

T.C.

ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HUKUK BİLİM DALI

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TIBBİ MÜDAHALEDE AYDINLATILMIŞ RIZA

Hafize Özdilek

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Sendi Yakuppur

İstanbul, Mart 2022

Özyeğin Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü

Hafize Özdilek'in tezi,
aşağıda belirtilen jüri tarafından onaylanmıştır.

Dr. Öğr. Üyesi Sendi Yakuppur
Jüri Üyesi
(Tez Danışmanı)

Prof. Dr. Hakan Hakeri
Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Tolga Özer
Jüri Üyesi
(Üniversite Dışından)

Mart 2022

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ:	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
GİRİŞ	1
I – TIBBİ MÜDAHALENİN TANIMI VE UNSURLARI	5
1. Tıbbi Müdahalenin Tanımı.....	5
2. Tıbbi Müdahalenin Unsurları	9
2.1. Hukuki Açıdan Yetkili Kişiler Tarafından İcra Edilme Unsuru	11
2.1.1. Tıbbi Müdahalede Bulunabilecek Kişiler	12
2.1.1.1 Doktorlar:	12
2.1.1.1.1. Doktorluk Mesleğini İcra Edebilmenin Şartları	13
2.1.1.1.1.1. Türkiye’de Doktorluk Mesleğini İcra Yetkili Olmak.....	13
2.1.1.1.1.2. Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olmak	14
2.1.1.1.1.3. Uzmanlık Şartı.....	14
2.1.1.1.1.4. Tabip Odasına Kayıtlı Olmak	16
2.1.1.1.1.5. Mesleği İcra Engeli Bulunmamak.....	16
2.1.1.2. Doktorlar Dışındaki Sağlık Çalışanları	17
2.2. Tıp Biliminin Verilerine Göre Zorunlu ve Bu Verilere Uygun Tıbbi Müdahale (Endikasyon)	18
2.3. Tıp Biliminin Genel Kabul Görmüş Prensipleri ve Kurallara Uygun Olma.....	21
2.4. Aydınlatma	25
2.5. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası	25
II – AYDINLATMA	28
1. Genel Olarak Aydınlatma.....	28
2. Aydınlatmanın Amacı	30
3. Aydınlatmanın Kapsamı.....	33
4. Aydınlatmanın Geremediği Haller	36
4.1. Hastanın Üzerinde Fena Tesir Yapma İhtimali.....	36
4.2. Kişinin Kendisine veya Yakınlarına Bilgilendirme Yapılmasının Yasaklandığı Hal	37
4.3. Hastanın Önceden Bilgi Sahibi Olması Hali.....	38
4.4. Acil Durum Hali.....	39
4.5. Ameliyatın Genişletilmesi Hali.....	39

4.6. Aydınlatmanın Hasta Bakımından Anlamını Yitirmiş Olması	40
5. Aydınlatma Yükümlüsü	40
6. Aydınlatmanın Muhatabı.....	44
7. Aydınlatmanın Şekli.....	47
8. Aydınlatmanın Zamanı.....	54
III. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA	57
1. Rıza Kavramı.....	57
2. Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Hukuki Niteliği	60
2.1.Kavram	60
2.2. Hukuki Niteliği.....	64
2.3. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Hukuki Dayanakları	66
2.3.1. Uluslararası Düzenlemeler	66
2.3.1.1. Lizbon Bildirgesi	66
2.3.1.2. Amsterdam Bildirgesi	66
2.3.1.3. Lizbon Bildirgesi II	68
2.3.1.4Hasta Hakları Avrupa Şartı	69
2.3.1.5. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi	70
2.3.2. Ulusal Düzenlemeler	72
2.3.2.1. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun	72
2.3.2.2. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi	73
2.3.2.3. Hasta Hakları Yönetmeliği.....	73
2.3.2.4. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun	75
2.3.2.5. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun	76
2.3.2.6. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ...	76
2.3.2.7. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği	77
2.3.2.8.Hekimlik Meslek Etiği Kuralları.....	77
2.3.2.9. Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik	78
2.3.2.10. Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği	79
2.4.Tıbbi Müdahaleye Rıza Ehliyeti	79
2.4.1. Tıbbi müdahaleye Rızanın Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Bir Hak Olması	79
2.4.2. Tıbbi Müdahaleye Rıza Verecek Hastanın Ehliyeti.....	80
2.4.2.1. Tam ve Sınırlı Ehliyetlilerin Tıbbi Müdahaleye Rızadaki Durumu.....	80
2.4.2.2. Tam Ehliyetsizlerin Tıbbi Müdahaleye Rızadaki Durumu	80
2.4.2.3. Sınırlı Ehliyetsizlerin Tıbbi Müdahaleye Rızadaki Durumu.....	81

2.4.3. Acil Müdahale Gerektiren Durumlar	87
2.5. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Konusu ve Kapsamı.....	88
2.6. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Şekli.....	91
2.7. Yazılı Rıza Gerektiren Haller.....	92
2.7.1. Büyük Ameliyatlar	93
2.7.2. OVDNHHK'da Öngörülen Hal.....	93
2.7.3. İnsan Kökenli Biyolojik Maddelerin Alınması, Aşılması ve Nakli	93
2.7.4. Tıbbi Araştırmalar	93
2.8. Varsayılan Rıza	94
2.9. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Zamanı.....	95
2.10. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Geri Alınması, Tedaviyi Ret Hakkı ve Hasta Vasiyeti	96
2.11. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Sakatlanması.....	100
2.12. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Aranmayacağı Haller.....	102
2.12.1. Üstün Nitelikte Özel Yarar.....	103
2.12.2. Üstün Kamusal Yarar ve Kanunun Verdiği Yetki	104
2.12.3. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Aranmadığı Diğer Bazı Tıbbi Müdahaleler.....	105
2.12.3.1. Acil ve Zorunlu Hallerdeki Tıbbi Müdahaleler.....	105
2.12.3.2. Ameliyatın Genişletilmesi.....	106
2.12.3.3. Ceza Hukukundan Kaynaklanan Müdahaleler.....	107
2.12.3.4. Tutukevi ve İnfaz Kurumlarında Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler....	107
IV. SONUÇ	109
KAYNAKÇA:	121

KISALTMALAR CETVELİ:

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AY : Anayasa

CİK. : Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

HHY : Hasta Hakları Yönetmeliği

HMEK : Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

OVDNHHK: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun

TDN : Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TCK : Türk Ceza Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

TŞSTİDK: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

TTB : Türk Tabipleri Birliği

ÖZET

Hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin ön şartı olduğu hususunda öğreti, uygulama ve mevzuatta genel kabul gören “Tıbbi Müdahalede Aydınlatılmış Rıza” konusunda hazırlanan bu çalışmada, öncelikle tıbbi müdahaleye rızanın konusunu teşkil eden tıbbi müdahaleler özellik arz eden türleri ile birlikte incelenmiştir.

Tıbbi müdahale konusu tüm yönleriyle ele alındıktan sonra bu müdahalenin ön şartı olan aydınlatma konusu ele alınmış, aydınlatmanın amacı, kapsamı, yükümlüsü, muhatabı, şekli ve zamanı detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

Son kısımda ise aydınlatmaya dayalı olarak alınması gereken “tıbbi müdahaleye rıza” ile ilgili detaylı bir inceleme yapılarak, tıbbi müdahaleye rızanın hukuki niteliği ele alınmıştır. Rızayı doğrudan düzenleyen uluslararası ve ulusal mevzuat ele alınarak incelenmiş, ardından rıza konusunda çok önemli bir konu olan ehliyet konusu medeni hukuk kavramlarına ve ceza hukuku kavramlarına da başvurulmak suretiyle detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Son olarak rızanın kapsamı, zamanı, şekli, rızayı sakatlayan haller, rızayı geri alma, esirgeme, tedaviyi reddetme hakkı ve rıza aranmayan haller ele alınarak çalışmaya son verilmiştir.

Böylece bir mantıki silsile ve biri diğerinin önceli ve şartı olmak üzere, incelememiz tıbbi müdahale, aydınlatma ve tıbbi müdahaleye rıza başlıkları altında incelenerek tamamlanmıştır.

Anahtar kelimeler: tıbbi müdahale, tıbbi müdahaleye rıza, aydınlatma, aydınlatılmış rıza, rıza ehliyeti, varsayılan rıza, yasal temsilcinin rızası, hasta yakınlarının rızası, küçüğün ve kısıtlının rızası

ABSTRACT

In this study, which is prepared on the subject of "Information and Informed Consent in Medical Intervention", which is generally accepted in the doctrine, practice and legislation that a legal medical intervention is a prerequisite, first of all, medical interventions are required. Subjects of consent were examined together with their specific types.

After all aspects of the medical intervention, the subject of illumination, which is the prerequisite of this intervention, was discussed, and the purpose, scope, responsible, addressee, form and time of the enlightenment were discussed in detail.

In the last part, a detailed examination of the "consent", which should be obtained based on enlightenment, was made, and first of all, the terminology was discussed in the context of the terms consent and then its legal nature was discussed. The international and national legislation that directly regulates consent has been examined, and then the issue of competence, which is a very important issue in consent, has been discussed in detail by referring to the concepts of civil law . Finally, the scope, time and form of consent, the conditions that invalidate consent, the right to withdraw consent, the right to refuse treatment, and the cases for which consent is not sought, the study was terminated.

Thus, our study was completed by examining it under the headings of medical intervention, consent, as a logical sequence and one being the precedent and condition of the other.

Keywords: medical intervention, consent to medical intervention, enlightenment, informed consent, capacity to consent, assumed consent, consent of legal representative, consent of relatives of patients, consent of minors and persons with disabilities

GİRİŞ

Sağlıklı olarak ruh ve beden tamlığı içerisinde yaşamak insanın haiz olduğu en temel iç güdülerden biridir. Ama aynı zamanda da kişisel varlıkların en önde gelenlerindendir. Kişinin hayatı, beden tamlığı ve sağlığı üzerinde sahip olduğu hak kişilik hakkına dahildir¹. Sağlıklı olarak yaşayabilmek için insanlar servet harcamaktan kaçmamışlar, inançları doğrultusunda tapındıkları yaratıcılara yakarmışlar, yaşamlarını tehdit edebilecek her türlü unsurla mücadele etmeye çalışmışlardır. Tıp bilimi de insanlık tarihi müddetince insanların en önemli mücadele araçlarından olmuştur. Bu sebeple çağımızdaki anlayışta, yaşam hakkı ile birlikte en önemli haklardan biri olarak sağlık hakkı genel kabul görmüştür². Sağlık hakkı da kendini en çok tıbbi müdahalelerde göstermektedir.

Tıbbi müdahaleler, bu müdahaleler çerçevesinde hasta ve doktor ilişkisi ve tıbbi müdahalelerin sonuçları açısından tıp ve hukuk her zaman kol kola olmuştur. Bireylerin kendi bedenleri üzerinde müdahaleyi kabul etmesi ve doktorun bu müdahaleyi gerçekleştirmesine müsaade etmesi veya hastanın temyiz kudretinin bulunmaması halinde doktorun tıbbi müdahalesinin uygunluğu ile bu yapılan tıbbi müdahalelerin hukuki dayanağı, kapsamı ve sınırları sürekli tartışmalara konu olmuştur.

Tıbbi müdahaleler, hem geçmişte hem de günümüzde hukukçuların üzerine önemle eğildikleri alanlardan biridir. Hassaten, tıptaki hızlı gelişmelerle beraber, devamlı yeni hukuki problemler belirlemekte, zaman içinde doktorların uymak zorunda olduğu etik kurallar gibi, tıbbi müdahalelerin hukuki boyutlarına ilişkin hukuki

¹DURAL, Mustafa – ÖĞÜZ, Tufan, “Türk Özel Hukuku, Cilt III, kişiler Hukuku”, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, OĞUZMAN, Kemal – SELİÇİ, Özer, ÖZDEMİR – OKTAY, Saibe, “Kişiler Hukuku”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s.224, ÖZTAN, Bilge, “Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler”, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.298, ERDOĞAN, İhsan – KESKİN, A. Dilşad, “Türk Medeni Hukuku”, Genişletilmiş 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s.281.

² YILMAZ, Kerem, “Defansif Tıp, Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.20.

düzenlemelerin, uygulamaların, doktrine de temel teşkil eden prensiplerin değişmesi zorunlu hale gelmektedir³.

Tıbbın başat hedefi, insanların sağlıklarını korumak ve onları yaşatmak olagelmıştır. Doktorların insan sağlığı ve yaşamına ilişkin bu fonksiyonları, Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi'nde *“Tıbbın insanlık hizmeti için uygulanması, insanlar içinde ayırım yapılmadan vücut ve ruh sağlığının korunması ve iyileştirilmesi, hastaların acılarının dindirilmesi ve hastaları rahat hissettirmek, doktorlara verilmiş bir imtiyazdır. “olarak belirtilmektedir⁴.*

Doktorların hareket alanları belirlenirken tıp biliminin temel prensipleri ve bu prensipler kapsamında meydana getirilmiş olan “etik ilkeler” doktorların tıbbi müdahalelerinin ve tıp bilimini uygulamasının temeli olmamakta; iyileştirme, sağlığına kavuşturma gibi temel fonksiyonlarına hukuki düzenlemeler ile sınırlamalar getirilebilmektedir⁵.

Bilim ve teknoloji alanında kaydedilen önemli gelişmeler tıbbı da etkilemiş ve daha önceki zamanlarda görülmeyen bir hız ile çok büyük ilerlemeler gerçekleşmiştir⁶. Tıbbın gelişmesi ile ortalama insan ömrü ve yaşam kalitesi artmış, bu durum ise daha önce öngörülemez farklı ve karmaşık hukuki sorunları beraberinde getirmiştir⁷.

Kaydedilen bu gelişmeler, birçok yeni tıbbi uygulamanın sağlık alanında sunulan birer hizmet olarak ortaya çıkmalarına yol açmış ve dolayısıyla bu sunuma karşılık bu hizmetlerden faydalanmak isteyen kişilerin de talebi meydana gelmiştir. İletişim ve ulaşım teknolojilerindeki büyük gelişme ile birlikte tıp aletleri, uygulanan metotlar, ilaçlar ve bilgi dünya çapında ulaşılabilir hale gelmiştir.

³ ERMAN, Barış, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.23.

⁴ TUNALI, Işıl Güney, “Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Doktora Programı Doktora Tezi, Mayıs 2019, s. 1.

⁵ TUNALI, s.2.

⁶ KIRKİT, Ecem, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 1.

⁷ ERMAN, s. 23.

Bu ilerlemelerle beraber tıbbın finanse edilmesi de gerekmiş, yani artan arz ve talep ile ilgili finansmanın ve bu finansmanın sağlanması halinde de yönetiminin ne şekilde gerçekleştirileceği tartışılmış ve kamu ile özel sigortaların farklı biçimlerde birleştirildiği sistemler geliştirilerek, tıbbi müdahaleleri ve doktorlar ile hastaları arasındaki ilişkileri de etkilemeye başlamıştır.

Bu nedenlerle, tıbbi müdahaleler gerçekleştirilirken farklı ve yeni kavramların ve düzenlemelerin oluşturulmasına başlanılmış ve doktorların tıbbi müdahalelere karar verme aşamasında sadece tıbbın prensipleri, etik ve yerleşmiş uygulamalardan oluşan davranışları, bu yeni ortaya çıkan finansal durum ve teknolojiye ilerlemelerle beraber değişime uğramıştır⁸.

Teknolojide kaydedilen gelişmeler sayesinde, teşhis ve tedavideki başarı yüzdelерinin artış kaydettiği şu durumda, gerçekte doktorların bugüne kadar uyguladıkları mevcut hareket tarzı, teşhis ve tedavi yöntemleri ile etik ilkelerden taviz vermeden ve önceki zamanlara kıyasla teşhis ve tedavide daha fazla başarı sağlayabilme olanağı da göz önüne alındığında hasta ile doktor ilişkisinin daha az sorunlu bir noktaya geldiği düşünülebilir. Fakat şu anda bunun tersine bir durumun meydana geldiği ve hastaların doktorlara karşı daha fazla şikâyetle bulundukları, hasta doktor ilişkilerinde çok sorun yaşandığı gözlemlenmektedir⁹.

Doktorun insan vücudunu en iyi tanıyan kişi olması hasebiyle, hastası ile ilgili en doğru kararı alacağına dair “paternalist” görüşe göre, doktorun hastasına her halükarda müdahalede bulunmak, onu iyileştirmek veya hayatını kurtarabilmek için bütün bilgisini ve yeteneğini kullanmak suretiyle tıbbın gereğini yerine getirmeye ilişkin üstlendiği vazife, hem çağdaş ilerlemeler, hem doktor ile hastası arasında oluşan ilişkide hakim hale gelmiş olan katılımcı görüş nedeniyle sorgulanmaya başlanmış ve artık doktor teşhis ve tedavi kapsamında hastasına yapacağı müdahalenin yerinde olup olmadığına tek başına karar veremez olmuştur¹⁰. Çağdaş tıp bilminde, hastaların kendi iradelerini ver haklarını gözetmeyen, Hipokratçı, sadece doktorun doğru olanı

⁸ TUNALI, s.3.

⁹ YILMAZ, Kerem, “Defansif Tıp, hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.7.

¹⁰ TUNALI, s.4.

uyguladığı varsayımına dair yukarıda bahsettiğimiz “paternalist ”doktorluk yaklaşımı günümüzde hukuk ve tıp doktrininde ve uygulamasında doğru bulunmamaktadır¹¹.

Tıpta, tıbbi uygulamalarda ve tıp teknolojilerinde kaydedilen gelişmeler, hasta haklarının da ortaya çıkmasına ve gelişmesine vesile olmuştur. Tıbbi müdahaleye ilişkin doktorun aydınlatma yükümlülüğü ve hastanın aydınlatılma hakkı, aydınlatmadan sonra tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için rızanın alınması gibi haklar günümüzde artık daha önemli ve hastalar tarafından da daha talep edilir hale gelmiş bulunmaktadır¹².

Hasta haklarında meydana gelen bu artışın temel nedenine bakıldığında teknolojiye kaydedilen ilerlemeler görülmektedir. Teknolojiye yaşanan gelişmeler sayesinde tıbbi müdahaleler çeşitlenmiş ve aynı zamanda da karmaşık bir duruma gelmiştir. Medikal cihazlardan, tıbbi sarf malzemelerine, yapay zekadan, robotik cerrahiye kadar farklı farklı alanlarda ortaya çıkan tıbbi müdahaleler kapsamında, hastanın bu müdahaleleri kavraması ve kavrayışına göre tıbbi müdahalelere rıza vermesi veya vermemesi, hastanın hangi kapsamda ve ne şekilde aydınlatıldığı ile çok yakından ilgilidir. Bu nedenle de yukarıda belirttiğimiz “paternalist” yaklaşım terk edilerek, hastanın kendi öz iradesine saygıyı ön plana alan, doktor- hasta iş birliğini kendine dayanak alan “tıbbi müdahaleye rıza” kavramı ortaya çıkmıştır¹³.

Bu çalışmada, aslında kişilik haklarına ve doğrudan vücut bütünlüğüne bir müdahale niteliğinde olan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sebebi olarak, “aydınlatma” ve “rıza” konusu ele alınmıştır.

Birinci bölümde “Tıbbi Müdahale” ikinci bölümde “Aydınlatma” ve üçüncü bölümde “Tıbbi müdahaleye rıza” ele alınarak konu incelenecektir.

¹¹ SUBAŞI, İlhan, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Aydınlatılmış Onam, Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.15.

¹² YARDIM, İsa, “Tüketici Olarak Hasta Hakları”, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.1, ÖZCAN, Funda Işık, “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s.1.

¹³ SUBAŞI, s.15.

I – TIBBİ MÜDAHALENİN TANIMI VE UNSURLARI

1. Tıbbi Müdahalenin Tanımı

Tıbbın en temel maksadı ve doktorların da öncelikli misyonu, insan hayatının ve sağlığının devamlılığını, muhafazasını ve daha iyiye götürülmesini sağlamaktır. Sağlık, DSÖ'nün Anayasası'nda *“bedenen, manevi ve sosyal olarak bütüncül bir iyi olma hali”* olarak tanımlanmaktadır¹⁴. 1982 Anayasası'nın 56. maddesine göre ise *“herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.”* Devlet, vatandaşlara sağlık içinde bir hayat sağlamak üzere tüm şartları karşılama yükümlülüğünü taşımaktadır¹⁵.

Bu tam iyi olma halinin bozulduğu hallerde, karşımıza teşhis, tedavi ve tıbbi müdahale kavramları çıkmaktadır. Tedavi kavramı, hastalığa yönelik teşhis faaliyetlerini, hastalıklardan korunma önlemlerini ve hastalıktan sonra sürdürülmesi gereken bakımı da içeren bir terim olarak kullanılmaktadır. Tedavi, esas itibarı ile hastalığın iyileştirilmesi, hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması olarak belirlenmektedir. Tedavi amacıyla kişiye aşı uygulanması, hastalığın teşhisi için gerekli tahlillerin ve klinik muayenelerinin yapılması, cerrahi müdahalelerde bulunulması, hastanın gözetim altında tutulması ve ruhsal hayatının düzenlenmesi “tıbbi müdahale” olarak adlandırılmaktadır¹⁶.

Bir rahatsızlığın veya noksanlığın ortaya çıkmaması için gereken tedbirleri almak veya menfi sonuçlarını asgariye indirmek amacıyla, basit metotlardan karmaşık girişimlere kadar, tüm ameliye tıbbi müdahale içerisinde görülmektedir. Yalnızca beden tamlığına değil, psikolojik tamlığa yönelmiş müdahaleler, hekimin konuşmaları, tavsiyeleri, hareket tarzı, hülasa hekimin hastaya dair tüm girişimleri esnasındaki çeşitli pratikleri, tıbbi müdahale olarak değerlendirilmektedir¹⁷.

¹⁴ TUNALI, s.13.

¹⁵ YARDIM, s.1.

¹⁶ HAKERİ, Hakan, “Tıp Hukuku”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, Güncellenmiş 12. Baskı, s. 30.

¹⁷ TUNALI, s.14.

ÇAKMUT'a göre tıbbi müdahale, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığını, eksikliğini teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmaz ise rahatsızlığı hafifletmek veya hastanın acılarını azaltmak veya rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amaçlarıyla tıp mesleğini icra etmeye hukuken yetkili olan kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak yapılan, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahaleleri de kapsayan her çeşit faaliyettir¹⁸. Benzer tanım için bkz¹⁹.

HAKERİ'ye göre insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale tıbbi müdahaledir.²⁰

Direkt olarak fiziksel bütünlüğe ilişkin olmamakla birlikte, ruh sağlığına ilişkin girişimler de tıbbi müdahale kapsamındadır. Bu sebeple, doktorun sözleri, tavsiyeleri, davranışları, hastayla ilişkisinde kullandığı iletişim metodu dahi bu kavram kapsamında değerlendirilebilecektir²¹.

Tıbbi müdahalenin, teknolojik ilerlemelere bağlı, sürekli değişen ve dönüşen bir kavram olması sebebiyle tek tip tanımının yapılmasının oldukça zor olduğu doktrinde belirtilmektedir. Hatta, bahse konu kavramın adlandırılması hususunda bile doktrinde bir bütünlük bulunmamaktadır. Doktrinde “Tıbbi Yardım ve El Atma”, “Tıbbi Uygulama”, “Tıbbi Girişim”, “Teşhis Tedavi Edimi”, “Hekimlerin Mesleki Faaliyeti”, “Tıbbi Faaliyetler” gibi kavramların da kullanıldığı belirtilmektedir²². Biz yaygın olarak

¹⁸ÇAKMUT YENERER, Özlem, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, Tebliğler, Temmuz 2007, s.4.

¹⁹TUNALI, s.14.

²⁰ HAKERİ, Hakan, “Tıp Hukuku, Cilt I Genel Hükümler”, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 23. Baskı, Ankara, 2021, s.43.

²¹ÇAKMUT YENERER, Özlem, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, s.4, ZEVKLİLER, Aydın, Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları, 1982-1982 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni (www.dicle.edu.tr/Contents/4d87aa77-7d4b-406b-ae50-9d1fdbf0350e.pdf, 26.9.2015).

²² KİRKİT, s.11, ÖZCAN, s.5, BADUR, Emel, “Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 23, GÜRCAN, Merve, “Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s.40, DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD, S. 3, 2008, s. 225-252.

kullanıldığı ve konuyu daha iyi izah ettiği için tıbbi müdahale kavramını kullanmayı tercih ediyoruz²³.

Tanımlarda genellikle iyileştirme amacına vurgu yapılmaktadır. Fakat doğrudan iyileştirme amacına yönelmemekle birlikte, sağlık koruma maksadı haricinde gerçekleştirilen kürtaajlar, yapay dölleme, uzuv nakline dair girişimler ile bireylerin hayatına, sağlığına ve beden tamlığına olumsuz etki yapma ihtimali olan durumlardan bireyleri uzaklaştırmak maksadıyla mesela bulaşıcı hastalıkları önlemek için gerçekleştirilen aşılama faaliyetleri de tıbbi müdahale olarak kabul edilmektedir²⁴.

Doktrinde yapılan tanımların yanısıra yürürlükteki ulusal ve uluslararası mevzuatta da tıbbi müdahale ile ilgili tanımlara yer verilmektedir.

Tıbbi müdahale kavramı, HHY4. Madde, (g) bendinde: *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim”* olarak tanımlanmıştır.

“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”’in tanımlar başlıklı 3. maddesine göre, müdahale, tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon ve önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemler olarak tanımlanmış; cerrahi müdahalenin ise, tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar olduğu ifade edilmiştir²⁵.

Uluslararası düzenlemeler bakımından bakıldığında ise Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi hükümlerinde

²³Doktrinde yapılan diğer tıbbi müdahale tanımları için bkz. GÜRCAN, s.40, YILMAZ, Yasemin, “Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu”, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s.8, OZANOĞLU Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, Yıl.2003, C.52, S. 3, s. 66, SARITAŞHatice, Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 2005, s. 18; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, “Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi”, İstanbul, 2006, s. 22; ÖZKAN Nazan, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s. 4.

²⁴ YARDIM, s.14.

²⁵ ÖZCAN, s. 7.

tıbbi müdahale kavramına çeşitli maddelerde yer verilmesine karşın, tıbbi müdahalenin doğrudan bir tanımının yapılması yoluna gidilmemiştir. Sözleşmenin amaçlarına dair birinci maddesi ve diğer hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, tıbbi müdahalenin, biyolojinin ve tıbbın uygulanması olarak anlaşıldığı tespit edilmektedir²⁶.

1219 sayılı TŞSTİDK'nun 3. maddesine 02.01.2014 tarihinde, 6514 sayılı Kanun ile eklenen son fıkrasında da tıbbi müdahale kavramı kullanılmış ancak Kanun'un gerek bu gerek başka maddelerinde bir tanım verilmemiştir. Yasa koyucu tarafından genel olarak Kanun'da tıbbi müdahale tanımına yer verilmemiş, bunun yerine *“tababet icrası”, “tıbbi ameliye”, “hasta tedavisi”* ve *“hastaya müdahale”* gibi farklı kavramlar kullanılmıştır²⁷.

Yargı kararları incelendiğindeyse tıbbi müdahale kavramına ilişkin en kapsamlı tanım, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmıştır. Kararda tıbbi müdahale, *“...hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerdir.”* olarak tanımlanmıştır²⁸.

Bu tanımlar genel olarak ya iyileştirmeye yani amaca göre ya da uygulayıcıya göre yapılmış olan tanımlardır. Ancak uygulamada konunun bu tür sınırlamalara tabi olamayacak kadar geniş olduğu görülmektedir. Bu nedenle de bu tanımların günümüzdeki tıbbi müdahaleyi bütünüyle tanımlamaktan uzak olduğu kanaatindeyiz.

Elbette, esasen tıbbi amaçlarla, hastalığın önlenmesi, teşhis edilmesi, tedavi edilmesi, rehabilitasyon ya da yaşam kalitesinin korunması veya yükseltilmesi maksadıyla tıbbi müdahale gerçekleştirilmektedir. Ancak, tıbbi müdahalenin maksadı daima tıbbi fayda sağlamak değildir. Bazen suç delillerinin elde edilmesi, bazen inanışların, örf ve adetlerin yerine getirilmesi maksadıyla vücut bütünlüğüne müdahale edildiği görülmektedir ve bu müdahaleler de geniş anlamda tıbbi müdahaleyi

²⁶ YÜCEL, Özge, SERT, Gürkan, “Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 32.

²⁷ BADUR, s. 21.

²⁸ BADUR, s. 29, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Numarası : 2013/1789, Karar Tarihi : 11/11/2015 Resmi Gazete Tarihi: 24 Aralık 2015 Resmi Gazete Sayısı: 29572 11.11.2015 tarih ve 2013/1789 sayılı kararı.

belirtmektedir. Öyleyse doktrinde ve mevzuatta yapılan yukarıda yer verdiğimiz tanımlar dar anlamda tıbbi müdahaleyi belirtmektedir. Oysa tıbbi müdahale, ileride ele alacağımız bir kavram olan “tıbbi endikasyon” maksadı olmayan fakat tıbbi yöntemlerle gerçekleştirilen müdahaleleri de içermektedir²⁹.

Tıbbi müdahale kavramına, cerrahi müdahaleler, anestezi, röntgen ve ışın tedavileri, şok-terapi, ultrason, ilaçla tedavi gibi müdahalelerin yanı sıra, kan testleri, organ fonksiyon testleri, koruyucu aşılar, laparoskopi, endoskopi, rektoskopi gibi müdahaleler ya da psikoterapi de dahildir. Yani aslında insan vücudu üzerinde tıp biliminin uygulanması maksadıyla yapılan her tür işlem tıbbi müdahale kavramına dahildir³⁰.

Bu nedenle biz tıbbi müdahale için dar tanımın değil, geniş bir tanımın yapılması gerektiği, bu sayede tıbbi müdahale kavramının kapsamının çok daha doğru olarak belirlenebileceği kanaatindeyiz. Buna göre tıbbi müdahale, insan üzerinde, tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü fiziki veya ruhi müdahale olarak nitelendirilmelidir.

2.Tıbbi Müdahalenin Unsurları

Yukarıda verilen tanımlardan sonra bu tanımların içlerinin doldurulabilmesi için tıbbi müdahalenin unsurlarının neler olduğu tespit edilmelidir.

Tıbbi müdahaleyi diğer müdahalelerden ayıran bazı unsurlar bulunmaktadır. Bu unsurların bulunması durumunda, sıradan bir müdahale tıbbi müdahale ve hatta hukuka uygun bir tıbbi müdahale haline gelmektedir³¹.

Bireyin hayat, sıhhat, beden tamlığı değerleri vs. haklarını çiğneyen veya çiğneme ihtimali olan bir girişimine şekilde, ne maksatla ve kimin eliyle yapıldığı, bahse konu

²⁹ YÜCEL – SERT, s.33.

³⁰ YÜCEL – SERT, s.33.

³¹ KIRKİT, s.15.

müdahalenin, tıbbi müdahale kavramı içine girip girmeyeceğini belirlemede büyük önem taşımaktadır³².

Bazı yazarlar tıbbi müdahalenin unsurlarını, tıp mesleğini icraya hukuki açıdan yetkili kişilerce gerçekleştirilme, tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun tıbbi müdahale, tıp bilimince kabul görmüş genel ilke ve kurallara uygun olması ve hastanın rızası olmak üzere dört başlık altında toplamışlardır. Ancak, unsurlara ilişkin olarak da tıpkı tanımlarda olduğu gibi, doktrinde görüş ayrılıkları vardır³³.

Hukuk yazınında belirtilen bir görüşte, Türkiye’de meri hukuk açısından bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için, iki farklı ögenin bulunması gerekmektedir. Bunlardan birincisi, girişimin bir hekim tarafından icra edilmiş olması, ikincisi ise, girişimin direkt veya endirekt şekilde iyileştirme maksadı ile yapılmasıdır³⁴.

Başka bir görüş ise, tıbbi müdahalede bulunmaya yasal olarak ehliyetli olanlarca icra edilme ve hastanın rızasının varlığı, tıbbi müdahalelerin hukuka uyarlık koşulları olarak belirtilmiştir³⁵.

Bir diğer ve yaygın olarak kabul edilen görüşte, tıbbi müdahalenin öğeleri, yasalarca yetkili kılınanlar tarafından uygulanma, hukuki olarak belirtilen maksatlara yönelmiş olma, tıbbi prensip ve kurallara uygunluk ve hastanın aydınlatılmış rızasının varlığı olarak belirtilmiştir³⁶.

³² ÖZCAN, s.15, OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1315.

³³ KİRKİT, s.16, YILMAZ, Yasemin, s.9.

³⁴ ÖZDEMİR, s.1315.

³⁵ BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.111.

³⁶ ÖZCAN, s.16, YAŞAR, s.5, KİRKİT, s.16, KAYA, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S.100, s.47, ŞENOCAK, Zarife, “Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C.50, S.4, 2001, s.66, IŞIK – YILMAZ, Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s.59, KAHRAMAN, Zafer, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, çevrimiçi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/416428>, AYAN, Mehmet, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, 1. Baskı, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. Ankara, 1991

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C.52, S.3., 2003, s.59, ŞİMŞEK, Uğur, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı, 2014, s.3537.

Tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun tıbbi müdahale koşulu, tıbbi endikasyonun varlığı olarak değerlendirildiğinde, bunun doğal sonucu olarak tıbbi müdahalenin amacı da tedavi ile sınırlı kalmaktadır ve bu nedenle de dar bir tanıma yol açmakta ve tedavi dışındaki tıbbi müdahaleleri dışarıda bırakmaktadır³⁷.

Unsurları tespit ederken dikkat edilmesi gereken husus, müdahalenin tıba ilişkin olması ile hukuka uygunluğunun farklı olmasıdır. Bir müdahale tıp kurallarına uygun gerçekleştirildiği ölçüde tıbbi olmakla beraber, her zaman hukuka uygun değildir. Örneğin, bir ırka yönelik olarak sistematik kısırlaştırma operasyonları düzenlendiği varsayımında, kısırlaştırma operasyonları tıbben gereklilikler yerine getirildiği ölçüde tıbbidir, ancak hukuka uygun olmayacağı ortadadır³⁸.

Bu açıklamaların ardından kanaatimizce bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için gerekli olan unsurlar; yasal olarak yetkili kılınmış kişiler tarafından uygulanma, hukuki olarak belirtilen maksatlara yönelmiş olma, tıbbi prensip ve kurallara uygunluk ve hastanın aydınlatılmış rızasının varlığıdır. Bu unsurlardan birinin dahi eksik olması yapılan müdahaleyi tıbbi müdahale olarak nitelermemizi engelleyecektir. Bu unsurlar aşağıda incelenmiştir.

2.1. Hukuki Açıdan Yetkili Kişiler Tarafından İcra Edilme Unsuru

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için gerekli ilk unsur, müdahalenin kim tarafından yapıldığının tespitidir. Çünkü yukarıda belirttiğimiz çeşitli görüşlerden de anlaşılacağı gibi, tıbbi müdahalenin tanımında ve unsurlarının açıklanmasında tıp mesleğini, tıbbi gerekliliklere uygun icra edilip edilmemeyi veya amacı esas alan farklı yaklaşımlar mevcuttur. Konu irdelenirken ister tıp mesleği ister tıbbi gerekliliklere uygunluk isterse de amaç bakımından ele alınsın kilit noktanın bu müdahaleyi yapanın kim olduğunun doğru olarak tespit edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü müdahaleyi yapan kişi hukuken yetkisi olmayan bir kişi ise, bu

³⁷ KİRKİT, s.16.

³⁸ KİRKİT, s.17.

bir tıbbi müdahale teşkil etmemekle beraber ayrıca hukuki ve cezai neticeler de doğuracaktır.

Tıbbi müdahale, normal şartlar dahilinde haksız fiil veya yaralama eylemi şeklinde ele alınabilecek kişilik haklarını ve beden bütünlüğünü ihlal eden bir hareketin, belirli şartlar kapsamında hukuka uygun kabul edildiği bir müdahaledir. Tıbbi müdahale olarak nitelendirilmeyen bir eylemin hukuka uygun bir tıbbi müdahale oluşturması mümkün değildir. Bu nedenle, sadece özel olarak belirlenmiş kişilerin müdahaleleri hukuka uygun tıbbi müdahale kapsamında sayılabilir³⁹.

Mer'i hukuka uygun bir tıbbi girişimi yapmaya yetkisi olanların kimler olabileceği noktasında farklı fikirler mevcuttur. İlerleyen kısımlardaki açıklamalarımızda görüleceği gibi, bazı yazarlar, tıbbi müdahale yapabilecek kişileri yalnızca hekimler olarak belirtirken, kimi görüş sahipleri mer'i hukuk kapsamında tıbbi girişimi yapabilecek olanları doktorlar ve sair tıp personeli olarak belirtmektedir. Yaygın kabule göre ise, tıbbi müdahale yapabilecek kişiler, doktorlar, doktorlar haricinde katip personeliyle bunların dışındakiler şeklinde değerlendirilmektedir⁴⁰.

2.1.1. Tıbbi Müdahalede Bulunabilecek Kişiler

2.1.1.1 Doktorlar:

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek kişinin tıp mesleğini icra etme yetkisinin bulunması gerekmektedir⁴¹. Tıbbi müdahale kavramı ele alındığında, akla gelen ilk meslek grubu doktorlardır. Fakat uygulamada genel olarak bu yetkili kişi doktor olsa da bazı müdahalelere doktorun şahsen katılımı gerekmemekte, hemşire, ebe, hastabakıcıları gibi diğer sağlık görevlileri de kendi görev kapsamlarında bu yetkiye sahip bulunmaktadır⁴².

³⁹ KİRKİT, s.18, ERMAN, s. 48 vd., HAKERİ, s. 187, TUNALI, s.299.

⁴⁰ ÖZCAN, s.16, YAŞAR, s.6, YÜZEL – SERT, s.193 vd, TUNALI, s.26, BADUR, s.32.

⁴¹ YILMAZ, Yasemin, s.10.

⁴² YILMAZ, Yasemin, s.10.

2.1.1.1.1. Doktorluk Mesleğini İcra Edebilmenin Şartları

2.1.1.1.1.1. Türkiye’de Doktorluk Mesleğini İcraya Yetkili Olmak

Hukukumuzda doktorluğu icra edebilmenin ilk şartı, TC tabiiyetinde olmaktır. TŞSTİDK’nun 1. maddesinde düzenlendiği üzere “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tıp icrasında bulunabilmek ve her ne suretle olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türk bulunmak*” şartı.

Türkiye’de doktorluk mesleğini yapabilmek için aranan Türk vatandaşlığı şartına ilişkin hususlar, Türk Vatandaşlığı Kanunu kapsamında düzenlenmişti. Bu kuralın, Türk doktorlarını ecnebi doktorların eylemli baskısını önlemek amacıyla yürürlüğe sokulduğu belirtilmiştir⁴³. Fakat TŞSTİDK 1.maddesinin eski düzenlemesi, tıp mesleğinin icra edilebilmesi için “Türk bulunmak” şartını öngörmekteyken; 663 sayılı KHK’nın 58. maddesiyle bu şart kaldırılmıştır⁴⁴.

“*Türk bulunma*” şartının kaldırılmasıyla beraber, yürürlükteki mevzuat kapsamında yabancı doktorların Türkiye’de doktor olarak çalışabilmelerine dair yasak kalkmasına rağmen doğrudan doktorluk yapmalarına izin verilmemiştir. Yabancı devletlerden edinilen tıp fakültesi diplomalarının geçerliliğine dair m.4 hükmü açık bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenleme kapsamında, Sağlık Bakanlığı’ndan ve tıp fakültesi profesörlerinden seçilen bir jüri, yabancı doktorların diplomalarının Türkiye’deki tıp fakültelerinin ders programlarının ve öğrenim sürelerinin aynı veya benzeri olan bir fakülteden, bütün sınavlar geçirilerek edinilmiş olup olmadığına bakılarak denklik araştırması yapılacaktır. Bu araştırmadan sonra yabancı doktor, Sağlık Bakanlığı’ndan bir görevlinin de olduğu, tıp fakültesi profesörlerince seçilmiş bir jüri tarafından teorik ve pratik yönden bir sınava alınır. Bu sınav neticesinde yabancı doktorun Türkiye’de

⁴³ ÖZCAN, s.17, KİRKİT, s.20 vd., ERMAN, s.93 vd.

⁴⁴ KHK’nın 58. Maddesinde, (8) 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun;a) 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “Madde 1- Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.” b) 4 üncü maddesinin birinci cümlesindeki “Türk hekimlerinin” ibaresi “hekimlerin” şeklinde değiştirilmiş...”, KİRKİT, s.20, BADUR, s.32.

doktorluk yapmasına izin verilebilmektedir⁴⁵. Diğer bir söyleyişle, Türk olmak şart olmasa da Türkiye’de tıp doktoru unvanını kazanmış olmak ve doktorluk yapabilmek için gerekli tüm koşulları sağlamak gerekmektedir.

2.1.1.1.2. Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olmak

Doktorluk yapabilmek için gerekli bir diğer şart, tıp fakültesinden mezun olmaktır. 1219 Sayılı Yasa’nın birinci maddesine göre, Türkiye’de doktorluk yapabilmek ve hasta bakabilmek için tıp fakültesi diploması gerekmektedir. Fakat doktorluk yapabilmek için bu diplomanın bulunması kafi gelmemektedir. Kanun’un 2. Maddesine göre, diplomanın doktorluk yapabilmeye imkan verebilmesi için, Sağlık Bakanlığınca onaylanması gerekmektedir⁴⁶. Yani tıp fakültesini bitirmiş olan kişi tıbbi müdahale yapmaya yetkilidir; ama onaylanmış diplomasını elinde bulundurmeyen doktor mesleğini serbestçe icra edip muayenehane açmaya ya da özel hastanede doktorluk yapmaya yetkili değildir⁴⁷.

2.1.1.1.3. Uzmanlık Şartı

Tıp fakültesi mezunu olup, hekim sıfatını kazanmış kişiler kural olarak tıbbın bütün alanlarında tıbbi müdahale yetkisine sahiptir. Sadece, belirli bir dalda uzman olmak ve bunu ilan etmek bakımından uzmanlık belgesine sahip olmak gerekmektedir⁴⁸.

Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği’nin 5. maddesinde, “*Bu yönetmelik hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar*” denilmektedir. Ancak maddeden de

⁴⁵ KİRKİT, s.26.

⁴⁶ ÖZCAN, s.19, YAŞAR, s.7, BADUR, s.38, YÜCEL – SERT, s.38, KİRKİT, s.20.

⁴⁷ YÜCEL – SERT, s.38, ÖZCAN, Burcu G.- ÖZEL, Çağlar, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 1, s. 49-73.

⁴⁸ HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.264.

anlaşıldığı gibi, daha önce yürürlükte olan Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nde yer alan "uzmanlıkla ilgili tıbbi faaliyette bulunamazlar" hükmüne yönetmelikte yer verilmemiştir⁴⁹.

Düzenleme bu şekilde olmakla beraber, tıbbi müdahalelere izin verilirken uzmanlık alanının göz önünde bulundurulması gerektiğini düşünüyoruz⁵⁰. Çünkü tıbbi müdahaleler teknolojik gelişmelerin de yardımıyla daha karmaşık hale gelmekte, müdahalelerde kullanılan teknikler, araç, gereç ve cihazlar ile tıbbi malzemeler büyük bir hızla değişmektedir. Bu durumun ise uzmanlık gerektirdiği açıktır. Bu nedenle Yönetmelikteki unvan ve yetki kullanamama ifadesini tıbbi müdahalede bulunamama şeklinde yorumlamak daha doğru olacaktır.

Eğer tıbbi müdahale, bir cerrahi müdahale niteliğinde ise, TŞSTİDK'un 3. Maddesinde düzenlendiği üzere, cerrahi müdahalelerin yapılabilmesi için doktorun cerrahi bir dalda uzmanlığının bulunması zorunludur. Cerrahi müdahale; "ameliyatla vücudu ve organları keserek, çıkararak veya değiştirerek hastalıkları, yaralanmaları ve deformasyonları tedavi eden tıptaki uzmanlık alanı" olarak tanımlanmaktadır⁵¹. Ayrıca cerrahi müdahaleler, biri uzman, en az iki doktor tarafından yapılmalıdır (TŞSTİDK m.23). Cerrahlar sadece uzmanlaştıkları alanda görevlerini yapabilirler. Örneğin, cenin tahliyesi ve sterilizasyon ameliyatlarını kadın hastalıkları ve doğum uzmanları yapmak zorundadır. Beyin ile ilgili ameliyatları beyin cerrahının, kalp ameliyatlarını kalp cerrahlarının yapması gerekmektedir⁵².

Bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararında bir kalp damar cerrahi asistanı sanık hekimin, uzmanlık alanına göre tek başına torakotomi yapılmasına karar vermeye ve operasyona yetkili olup olmadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir⁵³.

⁴⁹ HAKERİ, "Tıp Hukuku, Cilt I", s.267.

⁵⁰ Aynı yönde bkz. HAKERİ, "Tıp Hukuku, Cilt I", s.267.

⁵¹ YAŞAR, s.7.

⁵² YAŞAR, s.8.

⁵³ HAKERİ, "Tıp Hukuku, Cilt I", s.267, 4 CD, 30.05.2007, 1624/5160.

2.1.1.1.4. Tabip Odasına Kayıtlı Olmak

Doktorluk yapılabilmesi için gereken başka bir şart, tabipler odasına kayıttır.⁶⁰²³ Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu (TTB Kanunu) 7/1 uyarınca, bir tabip odası sınırı dahilinde mesleğini yapan hekimler, o şehir veya bölge tabip odasına üye olmalı ve üyeliğin gereklerini yerine getirmelidir. Tabip odalarına kayıt olmak; 6203 sayılı TTB Kanunu m.7.I'de serbest çalışan doktorlar bakımından zorunluluk olarak ve diğer doktorlar bakımından m.7/II'de isteğe bağlı olarak düzenlenmiştir⁵⁴.

2.1.1.1.5. Mesleği İcra Engeli Bulunmamak

Doktorluk yapılabilmesi için bir diğer koşul, doktorun mesleğini yapmasına bir engelin olmamasıdır. Bu engel, arızı veya daimi olabilir. TBBK 38.madde uyarınca, Tabip Odası Haysiyet Divanı'nın, odaya kayıt olmayan veya Yasa'nın verdiği vazifeleri yapmayan doktorlar ile ilgili olarak disiplin cezası uygulayacağını hüküm altına almıştır. 6023 Sayılı Yasa'nın 39/1/c maddesi ile de Haysiyet Divanınca hekimlere uygulanacak cezalar hüküm altına alınmıştır.

Madde uyarınca, Kanun'un kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeyen doktorlar hakkında, 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men cezası verilebilir. Aynı mınıtkada üç defa meslekten men cezası alan doktorların, o mınıtkada çalışmaktan menedileceği de düzenlenmiştir (m.39/1-d). Her iki ceza da itiraz olsa da olmasa da, Yüksek Haysiyet Divanı tarafından incelenir ve Kurul'un onaylaması üzerine bu ceza kesinleşir (40/2). Yüksek Haysiyet Divanı kararlarına karşı Danıştay'a gidilebilir (47/2). Yasada bunun yansıra, geçici surette mesleği icra etmeme cezası uygulanan hekimlerin, hekimlik yapamayacağı ve hekimlik yaptıkları yerlerin kapatılacağı düzenlenmiş ve bu cezanın sonuçları da bu şekilde düzenlenmiştir (49/1).

Doktorluk yapmayı daimi engelleyen durumlar ise, TŞSTİDK m. 28 ile hüküm altına alınmıştır. Madde uyarınca; "ağır hapis, beş yıldan fazla hapis, daimi şekilde kamu

⁵⁴ KİRKİT, s.23.

hizmetlerinden yasaklanma veya meslek ve sanatın kötüye kullanılması suretiyle meydana getirilmiş bir fiil nedeniyle iki kez mahkemece meslek ve sanattan men cezasıyla cezalandırılan veya mesleğini yapmasına engel ve iyileşmesi imkansız olan ruhi rahatsızlığa duçar olmuş bulunan hekimler, Sağlık Bakanlığı'nın teklifini müteakip, Yüksek Haysiyet Divanı'nın vereceği kararla mesleği yapmaktan daimi surette yasaklanırlar ve diplomaları da geri alınır. Bu düzenlemedeki bazı yaptırımlar, maddenin geniş bir kapsama sahip olması, doktorluk ile ilgisi olmayan suçlar nedeniyle ceza alanlar hakkında da uygulanmasına yol açması nedeniyle eleştirilmiştir⁵⁵.

TŞSTİDK'un (23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen) 25. maddesinde, *"Diploması olmadığı halde, menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."* İfadesiyle, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişinin doktor olmasının güvencesini sağlamak amacıyla cezai yaptırımı da düzenlemiştir⁵⁶.

2.1.1.2. Doktorlar Dışındaki Sağlık Çalışanları

Sağlık hizmetlerinin çok çeşitli olması, sağlık çalışanı olarak doktorların yanısıra hastane sorumlu müdüründen hastabakıcıya kadar geniş bir yelpazede sağlık çalışanının görev yapmasını zaruri kılmaktadır. Sağlık çalışanı veya sağlık mesleği mensubu denilince, akla ilk doktorlar ve hemşireler gelmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere sağlık çalışanı veya sağlık mensubu yelpazesi çok geniştir. Diyetisyen, biyolog, ebe, anestezi teknisyeni, röntgen teknisyeni, diş protez teknisyeni, fizik tedavi teknisyeni, laboratuvar teknisyeni gibi birçok sağlık mesleği mensubu ve temizlik görevlisi, şoför, imam, gassal, sünnetçi gibi çeşitli sağlık alanında çalışanlar bulunmaktadır⁵⁷. Kısaca söylemek gerekirse, sağlık çalışanları, kişilerin vücut tamliklerinin ve sağlıklarının devamını sağlamak, hastalıkları teşhis ve tedavi etmek

⁵⁵ ÖZCAN, s.23.

⁵⁶ BADUR, s.33.

⁵⁷ KİRKİT, s.27.

amaçlarıyla doğrudan veya dolaylı olarak sağlık hizmeti veren kişilerdir⁵⁸. Fakat her bir sağlık hizmetinin tıbbi müdahale sayılmayacağı da aşıkardır. Buna karşın her tıbbi müdahale, sağlık hizmeti olarak görülmektedir.

Sağlık çalışanlarının kimler olduğu TŞSTİDK'nun Ek 13. maddesinde bentler halinde diğer sağlık mensupları sayılarak belirtilmektedir. Fakat maddeye göre, doktorlar ve diş doktorları dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunamaz, tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz⁵⁹.

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi zorunlu haller haricinde sadece doktorlara veya yerine göre diğer sağlık personeline verilmiş bir yetki olduğu için, bu yetki olmadan tıbbi müdahale yapan kişinin eylemi, TŞSTİDK'nun ihlali dışında, ayrıca meydana gelen sonuca göre kasti olarak yaralamaya da öldürme suçunu teşkil eder. Yalnızca doktor ve kendisine yetki verilmiş diğer sağlık personeli hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilirler. Doktor ve diğer sağlık personeli dışındaki kimseler sadece zorunluluk halinde tıbbi müdahale yapmaları halinde tüm şartları gerçekleşmiş olmak kaydıyla sorumlu tutulmazlar⁶⁰.

2.2.Tıp Biliminin Verilerine Göre Zorunlu ve Bu Verilere Uygun Tıbbi Müdahale(Endikasyon)

Bu unsur için, “tıbbi müdahalenin meşru bir amaca yönelik gerçekleştirilmesi”⁶¹, “kişinin sağlık refahının sağlanması, korunması veya artırılması amaçlarına yönelmesi”⁶², “endikasyon bulunması”⁶³, “tıbbi müdahalenin kanunen öngörölmüş amaçlara yönelik olması”⁶⁴ gibi başlıkların kullanımı tercih edilse de genel olarak “tıp

⁵⁸ YAŞAR, s.8, BADUR, s.33.

⁵⁹ YÜCEL – SERT, s.40.

⁶⁰ HAKERİ, s.199.

⁶¹ YAŞAR, s.8.

⁶² BADUR, s.39.

⁶³ YÜCEL – SERT, s.225'in atfıyla BICKHARDT, Jürgen, “Der Patientenwille – Was tun, wenn der Patient nicht mehr selbst entscheiden kann? Ein Ratgeber für Angehörige, Betreuer, Bevollmächtigte, Ärzte, Pflegekräfte, Seelsorger und andere, 3. Auflage, München 2013, s.17-18.

⁶⁴ YILMAZ, Yasemin, s.14.

biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun tıbbi müdahale”⁶⁵ başlığının teşhis, tedavi, hastalığı hafifletmek gibi tüm süreçleri kapsayıcı olduğunu düşündüğümüzden burada bu başlık kullanılmıştır.

Tıbbi müdahale denildiğinde ilk akla gelen tedavi kavramı, bir rahatsızlığın ortaya çıkmasını engellemek, ortadan kaldırmak veya iyileştirmek, rahatsızlığın etkisini azaltmak, verdiği acıları azaltmak, ortaya çıkardığı sonuçları azaltmak ya da tümüyle iyileştirmek için alınan tedbirlerin, uygulanan tedavilerin veya cerrahi müdahalelerin tamamını kapsadığı belirtilmektedir⁶⁶.

Bu kapsamda, bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için yasalarca düzenlenmiş teşhis, tedavi, acıyı azaltmak, rahatsızlıktan korumak gibi maksatlardan birinin bulunması gerekir⁶⁷.

Tıbbi müdahale tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu veriler doğrultusunda yapılmalıdır⁶⁸. Tıbbi endikasyon, sözlük anlamıyla; tıbbi bir müdahale veya cerrahi girişimin gereklilik sebebi, “hastada belirli bir tedavi veya müdahale uygulanmasına karar verilmesini gerektiren durum veya belirti” anlamına gelmektedir⁶⁹. Başka bir tanımla endikasyon, bir hastalığa karşı belirlenen teşhis ve tedavinin yapılabilmesi için, doktorun bu teşhis ve tedavisini zorunlu kılan bir durumun var olmasıdır. Endikasyon özetle tıbben mevcut verilere göre meydana gelmiş olan zorunluluk olarak nitelendirilebilir⁷⁰.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, tıbbi açıdan zorunlu olması gereğinin temelinde Anayasa’nın 17. maddesindeki şu hüküm bulunmaktadır: “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...*” Bu nedenle gerek hastanın veya yasal temsilcisinin rızasıyla, gerekse rıza yerine geçen başka bir hukuka uygunluk sebebiyle yapılsın, tıbbi müdahalenin ve hatta vücut bütünlüğünü ihlal eden herhangi bir müdahalenin hukuka uygun olabilmesi

⁶⁵ HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt 1, s.534.

⁶⁶ ÖZCAN, s.28.

⁶⁷ ÖZCAN, s.28.

⁶⁸ HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I, s.534.

⁶⁹ YAŞAR, s.8.

⁷⁰ TUNALI, s.311.

için bu müdahale ya tıbben zorunlu olmalı veya yasal bir düzenleme buna cevaz vermelidir⁷¹.

TDN'nin 13.maddesi, tıbbi müdahalenin teşhis, tedavi veya korunma amaçlı yapılması gerektiğini düzenlemiştir. HHY'nin 12.maddesinde de; *“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez”* denilmektedir.

Endikasyon'un tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri sayılmasındaki önemli neden, günümüzde yalnızca tıbbi zorunluluklar sebebiyle değil, tümüyle doktor veya hastanın talebi kapsamında da tıbbi müdahalelerin yapılabilmesidir. Tedavinin kapsamı ve içeriği tıbbi zorunluluklar ve meslek etiği kapsamında belirlenir. Fakat günümüzde, yalnızca bir hastalığın ortadan kaldırılmasına ilişkin tedbirlerin değil, aksine hazırlayıcı, teşhis edici veya tıbbi müdahale sonrasındaki müdahalelerin ve davranışların da endikasyon içerdiği kabul edilmektedir. Bu sebeple endikasyonun, sadece doğrudan doğruya tedavi amaçlı müdahaleler açısından mevcut olduğunun söylenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, narkoz da dahil olmak üzere ameliyat, ilaç tedavisi, kemoterapi gibi müdahaleler de endikasyon şartını yerine getirmektedir⁷².

Tıbbi müdahalenin her aşamasında endikasyon var olmalıdır. Kan alma, narkoz, röntgen çekilmesi gibi işlemler için de tıbbi endikasyon şartı vardır. Gereksiz yere, ticari amaçlarla örneğin hastadan MR çekilmesini istemek, hastayı EKG'ye yönlendirmek, söz konusu tıbbi müdahaleleri meşru amacın dışına itecektir⁷³.

Endikasyon, sadece tıbbi gereklilik olarak değil aynı zamanda psikolojik veya sosyal endikasyon olarak da ortaya çıkabilir. Psikolojik endikasyon, kişinin kendisini ruhsal açıdan daha iyi hissetmesine ve ruhsal açıdan daha iyi duruma getirilmesine

⁷¹ YÜCEL – SERT, s.225.

⁷² HAKERİ, s.291, TUNALI, s.313.

⁷³ TUNALI, s.311.

ilişkin gerçekleştirilen müdahalelere denilmektedir. Bu müdahalelerde, kişilerin ruhsal çöküntülerini giderme, onların ruhi durumlarını düzene koyma hedeflenmektedir⁷⁴.

Örneğin tedavi amaçlı olmayan, sadece bir insanın kendisini psikolojik olarak daha iyi hissetmesini sağlayan estetik operasyonlar, tıp mesleği çerçevesinde uygulandığı takdirde ve kişilik hakkına⁷⁵ aykırı bir müdahaleyi içermedikçe hukuka uygun sayılmaktadır. Ancak estetik operasyonlar güzelleştirme amacı dışında, tıbbi endikasyon nedeniyle de yapılabilir. Örneğin; tavşan dudak, fazla parmak, yüz deformasyonları, burun deformasyonları gibi anomalilerde estetik cerrahi yoluyla müdahale edilebilmektedir⁷⁶.

Sonuç olarak tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun olması yani, tıbbi, psikolojik veya sosyal endikasyonlara dayanılarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Endikasyon olmadan gerçekleştirilecek müdahaleler hukuka aykırılık teşkil edecek ve doktorun hem hukuki hem de cezai sorumluluğunu gerektirecektir.

2.3. Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş Prensip ve Kurallara Uygun Olma

Hukuken yetkili kılınmış kişiler tarafından, hukuki olarak öngörülebilen teşhis ve tedavi, maksadına dönük olsa da, bir müdahalenin tıbbi müdahale teşkil edebilmesi için, bu müdahale tıp tarafından genel kabul görmüş prensip ve kurallara uygun düşmelidir. Bu çerçevede, tıp tarafından genel kabul görmüş prensip ve kurallara uygun olma, tıbbi müdahalenin ana öğelerinden biridir⁷⁷.

⁷⁴ HAKERİ, s.292, YAŞAR, s.10, YÜCEL – SERT, s.227, TUNALI, s.315.

⁷⁵ Kişilik hakkı kavramı için bkz. OĞUZMAN, Kemal – BARLAS, Nami, “Medeni Hukuk”, 27. Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021, s.148, HELVACI, Serap, “Gerçek Kişiler”, 9. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021, s.103, AKİPEK, Jale – AKINTÜRK, Turgut – ATEŞ, Derya, “Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku 1. Cilt”, Yenilenmiş 16. Baskı”, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s.341, ÖZTAN, s.250.

⁷⁶ HAKERİ, s.292, YAŞAR, s.10, TUNALI, s.315.

⁷⁷ KIRKİT, s.41, ÖZCAN, s.34, BADUR s.41, TUNALI, s.320, YILMAZ, Yasemin, s.20, SÖZÜER, Adem- YASİN, Melikşah- KURŞAT, Zekeriya, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, Hastane Yönetimi, Nobel Tıp Kitabevleri, Bölüm 66, 2013, s. 1017-1034, OĞUZMAN, M. Kemal - ÖZ,

Müdahalenin tıbbi olabilmesi açısından önemli olan, tıp tarafından genel kabul görmüş olma ögesi, TDN 13/1-2’de hüküm altına alınmıştır.

Bu kapsamda tıp tarafından genel kabul görmüş prensiplere uygun olmayan bir müdahale, tıp tekniği bakımından tıbbi bir müdahale olarak ele alınamayacağı gibi, bu müdahalede bulunanın hukuki veya cezai sorumluluğunu gerektirmesi de gündeme gelebilir. Yapılan müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş prensiplerine uygunluğu ele alınırken, somut vakıanın nitelikleri ile tıbbın o an itibarıyla eriştiği bilimsel ve teknolojik gelişmişlik düzeyi dikkate alınmalıdır⁷⁸.

Bu bağlamda, doktrinde tıp standartlarına uygun olarak yapılan tıbbi müdahalelerden söz edilerek, genel kabul görmüş ilke ve kurallar yerine bir “standart” yaklaşımı getirilmektedir. Buna göre “standart” kelimesinin sözlük anlamı; “*belli bir tipe göre yapılmış, ölçülü*”dür⁷⁹. Tıbbi standart kelimesi ise; doktorlar tarafından uygulanan belli başlı ölçüde ve tipte kabul görmüş tedavi yöntemleri anlamına gelmektedir. Biyotıp Sözleşmesi’nin 4. maddesine göre; araştırmalar dahil olmak üzere, sağlık kapsamındaki her müdahalenin, ilgili mesleki sorumluluklar ve standartlara uygun olması zaruridir⁸⁰.

Tıbbi uygulamalar ve standartlar devamlı surette değişmektedir. Tıpta meydana gelen gelişmelerle birlikte yeni tedavi yöntemleri de ortaya çıkmaktadır. Doktorlar, yeni gelişmeleri takip etmeli, tıbbi literatürden geri kalmamalı ve her yeni gelişme kadar, tıbbi rehberlerde açıklanmış ve gerçekliği ve güncelliği kabul edilmiş metotları da bilmelidir. Sonuçları netlik taşımayan, faydalı olduğuna dair yeterli bilgi bulunmayan metotlar hasta üzerinde doğrudan denenmemelidir. Doktor, uygulayacağı metoda karar verirken hasta için en güvenli ve en az riskli olanı seçmelidir⁸¹.

Turgut, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, C. II, 10. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.23, KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, İÜHF, İÜ Yayınları: 3253, Hukuk Fakültesi: 686, İstanbul 1984, s.268.

⁷⁸ ÖZCAN, s.34.

⁷⁹ <https://sozluk.gov.tr>.

⁸⁰ YAŞAR, s.13, BADUR, s.41.

⁸¹ YAŞAR, s.13.

Ancak standart yaklaşımının kelimenin anlamı itibarı ile kısıtlayıcı olduğu kanaatindeyiz. Çünkü standart ile belli bir kurallar bütününün belli olaylar karşısında mutlaka uygulanmasının zorunlu kılınması ve bu çerçeve dışında hareket edilmemesi anlamına gelir ve standart yazılıdır. Oysa doktorluk mesleğinin icrasında ve tıbbi müdahalelerde doktorluk mesleğine dair genel ilkeler, kurallar ve uygulama kılavuzları ile standardı aşan bir durum ve kapsam ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde yukarıda belirtmiş olduğumuz standarda ilişkin görüşümüzle paralel görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre tıbbi standarda uygun müdahaleden kasıt, hem modern bilgi ve teknolojinin kullanılması hem de öncelikle denenmiş ve yerleşmiş metotların kullanılmasıdır⁸². “Tıbbi standart” ile tıbbın belirli bir uzmanlık alanında genel kabul görmüş kuralları kastedilmektedir. Genel kabul görmüş sayılabilmesi için, tıbbi kuralın ya da metodun yeterince denenmiş ve olumlu sonuç vermiş olması, böylece tıp dünyasında itibar ve güven kazanmış olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, tıbbi standarda uygun müdahale için denenmiş ve yerleşmiş metotların uygulanması gerekmektedir⁸³.

Doktrinde, bu unsur bakımından tıbbi müdahaleyi hukuka uygun olarak nitelendirebilmek için objektif ve sübjektif iki sınır olduğu belirtilmektedir⁸⁴.

Objektif sınır, tıp biliminin gerekleri kapsamında davranarak, kanunlara ve toplumdaki ahlak anlayışına aykırı bir davranışa veya mesleki bir hataya sebep olmamaktır⁸⁵. Tıbbi müdahalenin yapıldığı zaman dilimindeki tıp biliminin ulaştığı düzeyde bilgiye sahip olmak ve bu düzeye uygun teknolojileri kullanmak gerektiği gibi, doktorun herkes için geçerli olan objektif davranış yükümlülükleri ile mesleki davranış yükümlülüklerine de uygun davranması gerekir⁸⁶. Sübjektif sınır ise, tedavi amacına yönelmiş bir müdahale olmasıdır⁸⁷.

⁸² YÜCEL – SERT, s.229.

⁸³ YÜCEL – SERT, s.229.

⁸⁴ KİRKİT, s.41.

⁸⁵ YÜCEL – SERT, s.229, KİRKİT, s.41.

⁸⁶ YÜCEL – SERT, s.229.

⁸⁷ KİRKİT, s.41.

Uygulamada ayrıca, yaygın, yerleşmiş ve gerçekliği ve etkinliği genel kabul görmüş kuralların doktor tarafından bilinmesi ve tıp biliminin gelişmişlik seviyesi ve somut olayın özellikleri kapsamında uygulanması aranmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki, somut olayın özellikleri kapsamına, tıbbi müdahalenin yapıldığı yerin fiziki, coğrafi vb. tüm koşulları da dahil edilmelidir. Küçük bir yerleşim yerindeki pratisyen doktorun en modern, karmaşık ve masraflı araçları gerektiren tedaviyi uygulaması beklenemez⁸⁸.

Tıbbi standardın sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilirken, doktorun uzmanlığının da göz önünde tutulması gerekir. Normal şartlar altında ortalama seviyedeki bir doktorun ilgili durumda yapması gerekenler baz olarak değerlendirilirken, müdahale doktorun uzmanlığını gerektiren özel bir konuya dairse, bilgi seviyesi ve standart beklentisi de daha yüksek olacaktır⁸⁹.

Tıbbi müdahalenin tıbbın standartlarına uygun olarak yapılmasına dair unsura, yargı kararlarında da yer verilmiştir. Hukuka uygun tıbbi müdahalenin tıp biliminin objektif ve sübjektif sınırları içinde kalması gerektiğini belirten Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin E. 1976/6297, K. 1977/2451 sayılı kararı buna örnek gösterilebilir.

Yargıtay 13. Hukuk dairesi E. 1974/2637, K. 1974/2492 sayılı kararında “*muhakkak olmayan, tartışma konusu olup genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizliğin sorumluluğu gerektiren bir kusur olmadığına*” hükmetmiştir. Bu Yargıtay kararı aynı zamanda tıp biliminin tartışmalı kurallarının doktor tarafından uygulanmaması halinde, doktorun sorumluluğunun ne olacağı hususunda da ipucu vermektedir. Doktora genel kabul görmeyen tartışmalı tıp bilimi kurallarını uygulamaması nedeniyle kusur yüklenemeyecektir. Bu noktada doktorun üzerine düşen, tıp bilimindeki yenilikleri ve gelişmeleri takip etmek ve yaptığı her tıbbi müdahalede, güncel tıp ilkelerine, kural ve standartlara uygun davranmaya en üst seviyede önem vermesi ve gayret göstermesi olacaktır⁹⁰.

⁸⁸ KİRKİT, s.42.

⁸⁹ TUNALI, s.325.

⁹⁰ BADUR, s.43.

2.4. Aydınlatma

Tıpta aydınlatma, tıbbi müdahalenin üzerinde yapılacağı gerçek kişinin – ve şartları oluştuğunda yakınlarının veya yasal temsilcilerinin – müdahale öncesinde rızasını almak için bilgilendirilmesidir.⁹¹ Aydınlatma yükümlülüğünün iki işlevi vardır. Bu işlevlere bağlı olarak da aydınlatma çeşitleri belirlenmiştir.⁹² İlk işlev, teşhis ve tedavinin gereği gibi yerine getirilmesine ilişkin olarak hastanın bilgilendirilmesidir ki, buna tedavi (güvenlik) aydınlatması adı verilmektedir. İkinci işlev ise tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlamaktır ki, bu da otonomi (karar) aydınlatması ile sağlanır. Sonuç olarak aydınlatma tek bir çeşitten ibaret değildir.⁹³ Aydınlatma konusu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

2.5. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası

Doktrinde bazı yazarlar konuyu insan hakları bağlamında veya ceza hukuku açısından ele alarak tıbbi müdahalenin en önemli koşulu saymakta iken⁹⁴ bazı yazarlar diğer unsurlar ile bir öncelik sıralaması yapmamaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun insan haklarına saygı kapsamında en önemli şartı “rıza”dır⁹⁵. Tedavi hastaya ait bir haktır. Kendisi tıbbi yardım isteme ya da istememe ve hastalığı kabullenme konusunda seçimlik hakka sahiptir. Anayasa’nın 17. maddesine göre “herkesin yaşama ve manevi varlığını geliştirme hakkı vardır.” Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun en önemli şartının hastanın ya da velisi veya vasisinin rızası olduğunu ifade eden yazarlar da konuyu Anayasal hak bağlamında ele almaktadır⁹⁶.

AİHS’nin özel hayat ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. maddesi AİHM içtihadında yorumlanarak açıklığa kavuşturulurken, özel hayat kişinin kendi varlığını, kimliğini koruma ve geliştirme, kendi kaderini tayin etme hakkıyla

⁹¹ ÇAKMUT, s.3.

⁹² HAKERİ, Hakan, “Tıp Hukuku, Cilt I Genel Hükümler”, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 23. Baskı, Ankara, 2021, s.300.

⁹³ HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.300.

⁹⁴ ERMAN, s.79, YÜCEL – SERT, s.197, HAKERİ, s.240, YILMAZ, Yasemin, s.15, TUNALI, s.200.

⁹⁵ YÜCEL – SERT, s.197.

⁹⁶ HANCI, Hamit, “Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.87.

ilişkilendirilmektedir. Bu çerçevede, rızaya dayalı olmayan veya zorunlu tıbbi müdahaleler, müdahalenin haklı olup olmadığı meselesi bir yana, özel hayata müdahale olarak yorumlanmaktadır⁹⁷.

Bu görüşü Medeni Kanun da desteklemektedir. TMK'un 23/3 maddesinde “*yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.*” Yine Kanun’un 24. maddesinde de “*kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası ile haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*” denilerek rızanın özel hayata müdahale ve kişilik haklarına müdahale kapsamında değerlendirildiği görülmektedir⁹⁸.

Bu koruma kişinin kendisine karşı korunmasını da kapsamaktadır. Kişiliğin kişinin kendisinden korunması, hem müdahaleye rızanın serbestçe verildiği gibi serbestçe her zaman geri alınabilmesini güvence altına alır hem de kişinin kendisine ya da bir başkasına hiçbir yarar sağlamayacak bir müdahaleye göstereceği rızanın kesin olarak hükümsüz olmasını sağlar⁹⁹. Yani nasıl ki kişi kendini özgürlüğünden yoksun bırakmasını bir başkasından isteyemez ya da bu yönde bir rıza veremezse, beden tamlığını ihlal edebilecek bir müdahaleyi de bu müdahaleyi meşru kılan bir amaç olmadan isteyemez veya böyle bir rıza açıklamasında bulunamaz. Bu hususta MK’un 23/2 düzenlemesi ile kişi kendisine karşı da korunmaktadır¹⁰⁰.

Hak sahibinin kendi kişiliğini aşırı derecede sınırlamasının geçerli olmadığına dair bu yukarıda belirtilen ilke, hukuk dilinde kişiliğin içe karşı korunması ilkesi olarak da isimlendirilir¹⁰¹. MK hükmünün amacı, kişilerin özgür iradeleriyle yapabilecekleri hukuki işlemlerin sınırını belirlemektir¹⁰². MK m.23 ile getirilen ilke, kişiliği meydana getiren unsurların, ehliyetlerin ve özellikle maddi, manevi ve ekonomik varlıkların hiçbir şekilde hukuki işlemlere konu edilememesidir. MK’da yapılan bu düzenleme ile kişilerin, kişiliklerinin tamlığının, mevcudiyetinin, ilerleme ve gelişme olanaklarının

⁹⁷ YÜCEL – SERT, s.197.

⁹⁸ SEROZAN, Rona, “Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.468, HAKERİ, s. 240, YARDIM, s.119, OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s. 36.

⁹⁹ OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.209.

¹⁰⁰ SEROZAN, s.457, YÜCEL – SERT, s.199.

¹⁰¹ AKİPEK – AKINTÜRK – ATEŞ, s.358.

¹⁰² OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.209.

tümüyle veya kısmen dahi olsa ortadan kalkmasına neden olacak hukuki işlemleri yapmalarına engel olmak istenmektedir¹⁰³.

Aydınlatılmış onam şeklinde de isimlendirilen ve temelde hastanın müdahalenin niteliği ve olası sonuçları ile ilgili bilgi düzeyine uygun olarak bilgilendirildikten sonra bu müdahalenin gerçekleştirilmesine rıza göstermesini ifade eden bu kavram¹⁰⁴, çalışmamızın ana konusunu oluşturduğu için ikinci bölümde tüm ayrıntılarıyla birlikte incelenecektir.



¹⁰³ AKİPEK – AKINTÜRK – ATEŞ, s.361.

¹⁰⁴ KİRKİT, s.45.

II – AYDINLATMA

1. Genel Olarak Aydınlatma

Kişilik hakları, kişiye bağlı, devredilemeyen, vazgeçilemeyen, kanuna ve ahlaka aykırı şekilde sınırlandırılmayan, parayla ölçümü mümkün olmayan haklardır. Kişilik hakları hukuki düzenlemeler ile korunmaktadır¹⁰⁵. Bu nedenle bireyin, üzerinde özgür bir şekilde işlem yapabileceği kişilik hakları gündeme geldiğinde rıza, kişilik haklarına yapılan müdahaleleri hukuka uygun kılması bakımından çok önemlidir¹⁰⁶.

Maksadı tanı veya tedaviye yönelik olsa da kişinin beden tamlığı, yaşamı, sağlığı gibi değerlerine yönelik yapılacak müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için, kişinin rızası zorunludur. Tıbbi müdahaleler açısından hasta bireyin veya yasal temsilcisinin vereceği rıza, özel hukuk ve ceza hukuku açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır¹⁰⁷.

Tıpta aydınlatma, tıbbi müdahalenin üzerinde yapılacağı gerçek kişinin – ve şartları oluştuğunda yakınlarının veya yasal temsilcilerinin – müdahale öncesinde rızasını almak için bilgilendirilmesidir¹⁰⁸. Bir başka söyleyişle, aydınlatılmış bir iradenin varlığı için evveleminde, iradesini rıza verme veya rıza vermeme biçiminde açıklayacak olan kişinin, bu iradesini vermesine neden olan tıbbi müdahalenin kapsamı ve neticeleri üzerinde tam bir bilgisi olması gerekmektedir¹⁰⁹. Bu biçimde, bir kişinin uygulanacak

¹⁰⁵ ÇAKMUT, s.2, DURAL– ÖĞÜZ, s. 100, OĞUZMAN – SELİÇİ - ÖZDEMİR OKTAY, s.169 vd, ÖZTAN, s.252, ERDOĞAN – KESKİN, s.274, HATEMİ, Hüseyin, “Kişiler Hukuku”, Güncellenmiş 8. Baskı, Oniki levha Yayınları, İstanbul 2020, s.66.

¹⁰⁶ ERSOY, Nermin: “Aydınlatılmış Onam”, Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: Ayşegül DEMİRHAN ERDEMİR, Özhan ÖNCEL, Şahin AKSOY), İstanbul 2003, s. 213.

¹⁰⁷ OĞUZMAN – SELİÇİ - ÖZDEMİR OKTAY, s.224, AKİPEK – AKINTÜRK – ATEŞ, s.403, SUBAŞI, s.31, HELVACI, s. 150, HATEMİ, “Kişiler Hukuku”, s.67, ERDOĞAN – KESKİN, s.294.

¹⁰⁸ ÇAKMUT, s.3.

¹⁰⁹ ERMAN, s.99, ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜEHFD, C. XII, S. 3-4 2008, s. 348, REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, 1983, s. 8.

tıbbi müdahale ve neticeleri hakkında iradesini beyan edebilmesi için yapılması gereken bilgilendirmeye aydınlatma denilmektedir¹¹⁰.

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, hastanın rızası kural olarak gereklidir. Ancak bu rızanın hukuken geçerli bir irade beyanı olarak değerlendirilebilmesi için ise, hastanın yukarıda belirtildiği şekilde aydınlatılmış olması zorunludur. Bu nedenle de hastanın aydınlatılması, doktorun rızaya bir hukuka uygunluk sebebi olarak dayanabilmesinin ön şartı durumundadır¹¹¹.

ÖZSUNAY, hastanın aydınlatılmasından, hekimin tıp alanında sahip olduğu uzmanlığını iletmesi şeklinde anlaşılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre geniş manada hastanın bilgilendirilmesi; rahatsızlığı, yapılması öngörülen teşhis ve tedavi metotları ile sair teşhis ve tedavi olanakları ve ihtimalleri, oluşabilecek muhtemel neticeleri, aciliyeti, yapılacak müdahalenin sosyal ve iktisadi bakımlardan hasta nezdinde oluşturabileceği sonuçları ve müdahalede bulunulmaması veya müdahalenin sonraya ertelenmesi halinde meydana gelebilecek olası neticeleri konusunda aydınlatmak şeklinde ifade edilebilir¹¹². Aydınlatma, müdahalenin yapılacağı kurum ve kuruluş ile müdahalede bulunacak kişilerin imkanlarından en şekilde istifade edebileceğini de içermelidir¹¹³. Bir görüşe göre hasta, kendisine yapılan aydınlatmayı anlamamışsa; bu durumda hastaya sadece tıbbi bilgi verilmiştir ve aydınlatma tam manasıyla yapılmamıştır¹¹⁴.

¹¹⁰ KIRKİT, s.68, BADUR, s.67, HAKERİ, s.201, HANCI, s.72, YARDIM, s.103, YÜCEL – SERT, s.201, EROL HATIRNAZ Gültezer, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s.129, DEDE, Emine, “Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s.149, GÜRCAN, s.85, TUNALI, s.226.

¹¹¹ ÖZCAN, s.130, YAŞAR, s.40, HAKERİ, s.241, YARDIM, s.117, HANCI, s.87, SUBAŞI, s.71, ERMAN, s.79, ÇAKMUT, s.19, YILMAZ, Kerem, S.109, OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.225, GÜRCAN, s.100, EROL, s.169.

¹¹² ÖZSUNAY, Ergun: “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 32, BADUR, s.67.

¹¹³ ÖZCAN, s.36.

¹¹⁴ YAŞAR, s.28.

2. Aydınlatmanın Amacı

Aydınlatmanın amacı, hastanın tıbbi müdahaleye dair rızasının hukuken geçerli bir şekilde meydana gelmesi ve kendisinin bu tıbbi müdahale ile ilgili özgür iradesinin ortaya konulmasıdır. Bu durum, teşhis ve tedaviye yönelik müdahaleler başta olmak üzere bütün tıbbi müdahaleler için geçerlidir. Bu şekilde hasta, tıbbi müdahalenin nesnesi olmaktan çıkarak, öznelerinden biri haline gelecek, müdahalenin yapılıp yapılmayacağına, duruma göre bunun ne biçimde gerçekleştirileceğine ve bu açıdan kendi geleceğinde kendisi karar verecektir. Aydınlatmayla, hastanın, müdahalenin ve müdahaleye vereceği rızanın niteliği, önemi ve kapsamı konularında tam bir bilgi sahibi olması ve yapılacak müdahalenin avantaj ve dezavantajlarını değerlendirebilmesine imkan tanınması amaçlanmaktadır¹¹⁵.

Yukarıda belirtilen amacın dışında hastanın aydınlatılmasının üç temel amacı olduğu belirtilmektedir: teşhis, tedavi ya da koruma önleminin alınmasını ve böylece hastanın güvenliğini, beden bütünlüğünün muhafazasını sağlayabilmek, hastanın kendi geleceğini belirleme yani özerklik hakkını kullanabilmesini sağlamak ve son olarak tıbbi müdahalede mevcut riskleri öngörülebilir kılarak, risklerin gerçekleşmesi durumunda sağlık mesleği mensubunu sorumluluktan kurtarmaktır. Bu nedenle de amaçlarına göre “karar aydınlatması”, “güvenlik aydınlatması” ve “risk aydınlatması” olarak üç farklı aydınlatma türünden söz edilmektedir¹¹⁶.

Karar aydınlatması, otonomi aydınlatması olarak da isimlendirilmekte olup, hastanın serbest biçimde ve kendi karar verme sorumluluğunun bilincinde olarak karar vermesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu açıdan karar aydınlatması, teşhis aydınlatmasını da içermektedir. Teşhis aydınlatması, hastanın hastalığının sebebine dair tıbbi bulgu veya bulgular konusunda bilgilendirilmesidir. Hasta, hasta olduğunu ve hastalığının hangi hastalık olduğunu ve hastalığın geldiği noktayı ve ciddiyet derecesini öğrenmelidir¹¹⁷.

¹¹⁵ SUBAŞI, s.41, DEDE, s.157, ERMAN, s.102.

¹¹⁶ YÜCEL – SERT, s.202, SUBAŞI, s.41, HAKERİ, s.206.

¹¹⁷ HAKERİ, s.208, YÜCEL – SERT, s.202, SUBAŞI, s.43.

Karar aydınlatması kapsamında olan süreç aydınlatmasında ise dikkat edilmesi gereken husus, hastanın tıbbi müdahale öncesindeki durumu ile başarılı bir tıbbi müdahale sonrasındaki durumunun ne olacağının açıklanmasıdır. Süreç aydınlatması ile hastaya, tedavinin türü, ağırlığı, kapsamı, yürütülmesi, müdahale sonrasında oluşabilecek komplikasyonlar ve süreçler gibi hususların tamamı aktarılmalıdır¹¹⁸.

Güvenlik aydınlatması yapılırken hastanın kendine zarar vermesini önlemek amacıyla ve aynı zamanda teşhis veya tedavinin hedefine ulaşabilmesi amacıyla açıklamalar yapılır. Örneğin, tıbbi müdahaleden sonraki dönemde ilacı hangi dozda ne kadar süreyle ve ne şekilde kullanması gerektiği, aksi takdirde ne gibi sonuçların meydana gelebileceği anlatılmalıdır¹¹⁹. Amaç, hastanın doğru ve yapılan tıbbi müdahale ile hedeflenen sonuca uygun hareket etmesini sağlamak, sağlığına dair risklerin karşılanması veya tedavinin başarıya ulaşması için takibi gerekli kurallara uymasını sağlamaktır¹²⁰.

Güvenlik aydınlatması, hastanın kendi geleceğini tayin etmesine dair yapılan aydınlatmaya göre hukuken daha az problem yaratmaktadır. Güvenlik aydınlatması ile hastanın bir zarar görmesini engellemek maksadıyla kendisine sağlık durumu ve hareket tarzı ile ilgili, örneğin kaçınması gereken fiiller, uyması gereken beslenme kuralları, alması gereken ilaçların dozları, yan etkileri gibi hususlara dair de aydınlatma yapılmaktadır¹²¹.

Risk aydınlatması, gerekli tüm özenin ve çabanın gösterilmesine veya müdahalenin hatasız yapılmasına karşın doktor müdahalesi neticesinde oluşabilecek olası kalıcı veya geçici yan etkiler konusunda hastanın bilgilendirilmesidir. Risk aydınlatması, müdahaleyi müteakiben oluşması olası ve oluşmasının önüne geçilmesi noktasında tıbbin garanti veremediği neticeleri de kapsamalıdır¹²².

¹¹⁸ HAKERİ, s.208, YÜCEL – SERT, s.202, SUBAŞI, s.43.

¹¹⁹ YÜCEL – SERT, s.202.

¹²⁰ SUBAŞI, s.41.

¹²¹ TUNALI, s. 237.

¹²² HAKERİ, s.217, YÜCEL – SERT, s.203, SUBAŞI, s.46.

Risk aydınlatması için, hastanın kendi geleceğine kendisinin karar vermesine yönelmiş aydınlatma da denilebilir. Hasta, yapılacak tıbbi müdahale sonrasında bu tıbbi müdahalenin getirebileceği tehlikeler hakkında detaylı bir şekilde aydınlatılırsa ancak hür iradesini kullanabilir ve kendi geleceği hakkında bir karar verebilir. Ne derece özenli hareket edilmiş ve müdahale ne derece hata olmadan yapılmış olursa olsun kimi yan etkiler ve/veya öngörülemeyen sonuçlar kaçınılmaz bir şekilde ortaya çıkabilir. Risk aydınlatması ile hastanın yapılacak tıbbi müdahale ile ilgili tehlikeler, girişimin türü ve çeşidi noktasında umumi bir bilgilendirme yapılması gerekmektedir. Aydınlatma kapsamını belirlerken, yalnızca olası komplikasyonların frekansını değil, yapılacak müdahale ile yakinen irtibatlı olması ve hastanın hayatına yapacağı etkilerin yoğunluğu da önem taşımaktadır¹²³.

Aydınlatmanın bir başka amacı da hastanın doktorla işbirliği yapmasını arttırmaktır. Aydınlatma neticesinde tedavi olanaklarından ve seçeneklerinden bilgi sahibi olan hastanın, kendisini iyileştirebilecek bir müdahaleden yoksun kalma veya hatalı kullanım sonucu bir ilaçtan zarar görme olasılığı azalmaktadır¹²⁴.

Aydınlatmanın her hastaya özgü olarak, onun kendi özel durumuna münhasır olarak yapılması gerekliliği, hastanın bu aydınlatmayı anlayabilecek ve kavrayabilecek bilgi ve eğitim düzeyinde olmasını gerektirir. Bu durum ise doktorun aydınlatmayı yaparken hastanın eğitim düzeyi ile psikolojik durumunu dikkate alarak aydınlatma yapmasını gerektirir. Doktor, hastanın anlayabileceği basitlikte ve açıklıkta terimler kullanmalı, ancak bunu yaparken aydınlatmanın amacını ortadan kaldıracak veya azaltacak veya hastanın yanlış anlayabileceği şekilde yapmamalıdır. Bunun dışında, hastaya soru sormaya yönlendirici, özel bilgilendirilme ihtiyacını göz önüne alan ve bilgilendirilmeyi isteme hakkından rücu etme talebine saygı duyan bir şekilde hareket edilmelidir¹²⁵.

Müdahaleye özgülenmiş aydınlatma ise, verilen bilgilerin, yürütülecek somut müdahaleye ilişkin tüm bilgileri ve hususiyetleri içermesi demektir. Her ne kadar aydınlatma yükümlülüğü tamamen bertaraf edilemeyecekse de müdahalenin acilliğine

¹²³ TUNALI, s.241.

¹²⁴ SUBAŞI, s.41, ERMAN, s.102.

¹²⁵ ERMAN, s.102.

göre, kapsamı dar tutulabilecektir. Yine de burada ölçüt, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının sağlanması olmalıdır¹²⁶.

3. Aydınlatmanın Kapsamı

Aydınlatmanın kapsamı; tıbbi müdahalenin aciliyeti, tehlikenin derecesi, komplikasyonların yoğunluğu, risklerin varlığı gibi durumlara göre değişkenlik gösterebilir¹²⁷. Yapılacak tıbbi müdahale acil ve zorunlu değilse kapsamı genişler.

Tıbbi müdahalenin riski büyükse, meydana gelebilecek zarar kalıcı ise, organ nakli ya da kısırlaştırma gibi geri dönülemez neticeleri olacaksa, estetik ameliyatlar gibi doğrudan tedavi amacı güdülmeyen bir müdahale söz konusu ise kapsam genişleyecektir¹²⁸.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını ve sınırını net olarak belirlemek genellikle mümkün olmamaktadır. Hastaya neyin anlatılması neyin anlatılmaması gerektiği çok dikkat edilmesi gereken hassas bir konudur. Almanya’da bu konuda Federal Mahkeme’nin 1959 yılına kadar verdiği kararlar, somut olaylara ilişkin olduğundan temel prensipleri ortaya koyan ilke kararlarına rastlanmamaktadır. 1958 yılında verilen ve 2. Elektro Şok Kararı olarak bilinen karar¹²⁹ bu konuda bazı ilkelerin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Kararda aydınlatma yükümlülüğü bakımından, ortalama düzeyde makul bir hastanın dikkate alınacağı ifade edilmiştir. Makul ölçü ise her somut olaya göre değerlendirilecek, hastanın içinde bulunduğu koşullar, yaşam, eğitim ve kültür düzeyi dikkate alınacaktır. Kararda, kapsam belirlenirken tipik tehlike esasına dayanılması gerektiği belirtilmiştir. Tipik tehlike, yapılan müdahale sebebiyle ortaya çıkabilen, tıp biliminin genel uygulamaları ve tecrübeleri uyarınca gerçekleşebileceği tahmin edilebilen tehlikelerdir. Alman Federal Mahkemesi’nin 1962 yılından itibaren verdiği kararlarda¹³⁰, ana olarak hastanın kararında etkili olacak oranda bir ağırlığı olan

¹²⁶ ERMAN, s.103.

¹²⁷ ERMAN, s.111.

¹²⁸ GÜRCAN, s.96, TUNALI, s.235, YARDIM, s.105.

¹²⁹ ÇAKMUT’tan naklen.

¹³⁰ ÇAKMUT’tan naklen.

tehlike ya da yan etkinin ona anlatılmasının, hastanın bu konuda aydınlatılmasını teşkil edeceği belirtilmiştir¹³¹.

Aydınlatmanın kapsamının dar tutulması, hastanın sağlığının gidişatı bakımından faydalı ise doktor takdir hakkını dar kapsam yönünde kullanacaktır. Bu husus doktorun tedavi ayrıcalığı olarak nitelendirilmektedir. Ancak hasta mutlaka bir aydınlatma istediğinde, ruhi zararlara yol açsa da, doktor hastanın bu isteğini yerine getirmelidir¹³².

TDN'nin 14. maddesinde, "...hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır..."denilerek ruhi duruma etkisi açısından aydınlatmanın kapsamı belirlenmiştir¹³³.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ile müdahalenin acil nitelik arz etmesi arasında bir ters orantı bulunmaktadır. Müdahale ne kadar acilse, aydınlatmanın da kapsamı o ölçüde daralacaktır. Burada önemli olan husus, doktorun tıbbi müdahalede bulunma göreviyle aydınlatma yükümlülüğü arasındaki dengenin, hastanın haklarının muhafazası bakımından en elverişli olan şekilde belirlenmesidir¹³⁴.

Bu nedenle, hastanın ruhi durumuna zarar getirebilecek durumlarda aydınlatmanın kapsamının daraltılmasında olduğu gibi, böyle bir durum ortaya çıktığında da hastaya yapılacak aydınlatmada temel noktalara değinmekle yetinilebilir. Buna karşılık, yine yukarıda belirttiğimiz üzere, bu durumun hastanın kendi geleceğini tayin etme hakkının sınırlanması anlamına gelmeyeceği, hastanın yaşamı ve vücut bütünlüğü yakın bir tehlike altında da olsa, hastaya, müdahalede bulunulup bulunulmayacağı konusunda bir seçim hakkı verilmesi gerektiği belirtilmektedir¹³⁵.

Alman hukukunda %3'lük bir gerçekleşme ihtimali olan bir olası tehlike için dahi hastanın aydınlatılması gerektiği kabul edilmektedir. Bildirilmesi gerektiği halde bildirilmemiş riskler sorumluluğa yol açacaktır. Bu durumda, aydınlatmanın kapsamı

¹³¹ÇAKMUT, s.13.

¹³²YARDIM, s.105.

¹³³GÜRCAN, s.97, HANCI, s.74.

¹³⁴ERMAN, s.111.

¹³⁵ERMAN, s.111.

her somut olayın kendine özgü hali ve özellikleri dikkate alınarak tespit edilmelidir. Fakat her halükârda doktor hastasını gerçekleştirmeyi planladığı tıbbi müdahale hakkında, serbestçe karar vermesini sağlayacak bilgi düzeyine ulaştıracak şekilde aydınlatmalıdır¹³⁶.

Aydınlatmanın kapsamı yukarıda belirtildiği üzere her müdahalenin kendine özgü nitelikleri sebebiyle değişmekteyse de kapsamın tespit edilmesinde bazı temel noktalar belirlemek mümkündür. Bunlar¹³⁷:

- Müdahalenin aciliyeti ve yaşamın tehlikeye girmesi
- Komplikasyonun yoğunluğu ve tipik riskler
- Tedavi seçenekleri
- Hastanın özel durumu'dur.

Aydınlatmanın kapsamı, yürürlükteki mevzuatta ana olarak HHY'nin 15. maddesi ile düzenlenmiştir. Maddeye göre hastaya:

- *Hastalığın olası nedenleri ve nasıl seyredeceği,*
- *Tıbbi müdahaleyi kimin, ne biçimde ve hangi metotları uygulayarak yapacağı ile tahmini süresi,*
- *Sair teşhis ve tedavi olanakları ve bu olanakların getireceği yararlar ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki olası etkileri,*
- *Olası komplikasyonları,*
- *Red halinde meydana gelebilecek olası yarar ve riskleri,*
- *Verilen ilaçlar ve nitelikleri,*
- *Önemli yaşam tarzı tavsiyeleri,*
- *Tıbbî yardıma ulaşma yolları,*

Konularında bilgi verilmelidir.

Çok sayıda olasılığın var olması durumunda, esasında doktor, tedavi yöntemini belirleme hürriyeti kapsamında kural olarak, yapacağı tıbbi müdahale yöntemini

¹³⁶ DEDE, s.158.

¹³⁷ ERMAN, s.114, DEDE, s.159.

belirlemede serbesttir. Doktor birbirine benzer olan metotlardan kendisi için en uygun olanı tercih edebilir. Fakat hastanın kendi geleceğini tayin etme hakkı, bu seçenekler hakkında da aydınlatılmasını zorunlu kılmaktadır. Tıbbi olarak aynı endikasyona sahip olan fakat buna karşın hastada yaratacağı zorluklar, riskler ve iyileşme şansı bakımından farklılıklar taşıyan birden fazla metot varsa, hastanın bu metotlardan her biri hakkında aydınlatılması gerekmektedir. Eğer tıp dünyasında bir tedavi metoduna yönelik itirazlar mevcutsa, bu itirazlar da tedavi bilgilendirilmesi çerçevesine oturtulmalıdır¹³⁸.

4. Aydınlatmanın Gerekmediği Haller

HHY'ne göre aydınlatmanın gerekmediği haller; hastanın üzerinde fena tesir yapma ihtimali (m.19); kişinin kendisine veya yakınlarına bilgilendirme yapılmasını yasakladığı hal (m.20); hastanın önceden bilgi sahibi olması, acil durum hali (m.18/5) ve ameliyatın genişletilmesinin zorunlu olması halidir (m.31)¹³⁹. Çalışmanın bu bölümünde bu haller detaylı olarak sırasıyla incelenecektir.

4.1. Hastanın Üzerinde Fena Tesir Yapma İhtimali¹⁴⁰

HHY'nin 19.maddesinde bu durum şu şekilde belirtilmektedir: *“Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde tabibin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin*

¹³⁸ TUNALI, s.237.

¹³⁹ ÇAKMUT, s.17 vd, YAŞAR, s.39 vd, EROL, s.138 vd.

¹⁴⁰ Konu hakkındaki karşıt görüş ve tartışmalar ile mukayeseli hukuk durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener, “Doktorlarca Hastadan Sağlık Durumu Gizlenebilir mi?”, V. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Editörler: Prof. Dr. Dr. h. c. Yener Ünver & Prof. Dr. İ. Hamit Hancı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s.139.

bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenememesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir”.

Benzer olarak TDN'nin 14. maddesinin 2. fıkrası; *“Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur”* şeklindedir.

Aydınlatma yapılırken, yapılacak aydınlatmanın hasta üzerinde kötü tesir gösterip göstermeyeceği de mutlaka dikkate alınmalıdır. Aydınlatmanın hastanın ruhi durumunu kötüye götürebileceği durumlarda bilgilendirmenin kapsamının dar tutulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴¹. Burada doktor, hastanın geleceğini tayin etme hakkının çiğnenmesi ile aydınlatma neticesinde hastanın psikolojik yönden zarara uğraması ihtimali arasında seçimde bulunarak, mevcut olayın niteliği kapsamında takdir yetkisini kullanmalıdır¹⁴².

4.2. Kişinin Kendisine veya Yakınlarına Bilgilendirme Yapılmasının Yasaklandığı Hal

Hasta, kendisine veya yakınlarına doktor tarafından bilgi verilmemesini talep edebilir. Hastanın bilgilendirilmek istememesinin nedeni haklı sebeplere dayanmalıdır. HHY m.20'ye göre:

“İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı

¹⁴¹ YARDIM, s.105, KANETİ, Selim, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 5. Sempozyumu "Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu", Ankara 12-13 Mart 1982 - Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1983, s. 61-75.

¹⁴² TACİR, Hamide, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.118 vd.

olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

HMEK m.27’ye göre de; *“Hasta, hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine vararak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir”.*

Doktor, herhangi bir hukuki veya cezai sorumluluğunun doğmaması için, hastasından bilgilendirilmek istemediğine dair talebini yazılı olarak almalıdır. Doktor, hastasının aydınlatılmamaya dair olan isteğine saygı duymalı ve onun isteği doğrultusunda hareket etmelidir¹⁴³. Ayrıca yazılı olma gerekliliği kişiyi düşünmeye sevk etmesi açısından da önemlidir. İradesini yazılı olarak açıklayan hastanın, yazılı bildirimini yaparken düşünme süresinin uzayacak olması ve yazdığı hususlar ile gerçek iradesini örtüştürmesinin gerekli olması sebebiyle hasta gerçek iradesi konusunda düşünmeye sevk edilmiş olacaktır.

4.3. Hastanın Önceden Bilgi Sahibi Olması Hali

Hasta, tıbbi müdahale öncesinde hastalığı ve kendisine yapılacak tıbbi müdahale hakkında yeterli bilgiye sahip ise tekrar bilgilendirilmek istemeyebilir. Aynı şekilde hasta kendisi de doktor veya sağlık çalışanı olduğu için hastalığı ve gerçekleşmesi gereken tıbbi müdahale hakkında yeterince bilgi sahibi olabilir. Doktorun, hastasının gerekli olan tüm bilgilere sahip olduğu kanaatine varırsa hastasını ayrıca aydınlatma yükümlülüğü altında olmadığı belirtilmekle¹⁴⁴ birlikte biz bu görüşe katılmıyoruz. Burada sayılan istisnalar hariç olmak üzere aydınlatmanın mutlaka yerine getirilmesi gerektiğini bunun da dayanağının tıbbi müdahalenin kişinin beden tamlığı üzerinde yapılacak olması ve bunun da en temel kişilik haklarından biri olmasıdır. Bu bakımdan

¹⁴³ YAŞAR, s.39.

¹⁴⁴ YAŞAR, s.39, GÜRCAN, s.97.

hastanın doktordan aydınlatma almasının da temel bir kişilik hakkı olduğunu düşünmekteyiz.

4.4. Acil Durum Hali

Tıbbi zorunluluk içeren acil hallerde hastanın aydınlatılması fiilen imkânsız olabilir. Hastaya müdahale yapılmadığı takdirde, hastada geri dönülemez arazlar oluşacaksa veya hastanın ölmesi muhtemelse acil durum söz konusudur. Acil durumlarda doktor hastanın aydınlatılmasına bakmadan derhal tıbbi müdahalede bulunmakla vazifelidir. Acil durumlarda ve ameliyatın genişletilmesinde bir zorunluluk hali mevcut olduğundan (AY m.17, HHY m.18, 24/7, 31) aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır¹⁴⁵.

4.5. Ameliyatın Genişletilmesi Hali

HHY'nin "Rızanın Kapsamı ve Aranmayacağı Haller" başlıklı 31. maddesi uyarınca:

“Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.”

Bazen ameliyat esnasında ameliyatın genişletilmesi gerekebilmektedir. Ameliyatın genişletilmesi öngörülebilir ise, doktorun bu konuda da aydınlatma yapması gerektiği doktrinde belirtilmiştir¹⁴⁶.Doktor alışılmış yöntemlerden sapmayı düşünüyorsa ya da

¹⁴⁵ YAŞAR, s.39.

¹⁴⁶ YAŞAR, s.40.

farklı riskleri olan birden fazla tedavi metodu var ise aydınlatmanın daha detaylı yapılması gerekmektedir¹⁴⁷.

4.6. Aydınlatmanın Hasta Bakımından Anlamını Yitirmiş Olması

Aydınlatmanın yapılmayabileceği son hal ise aydınlatmanın hasta bakımından anlamını yitirmiş bulunmasıdır. Tıbbi müdahalelerin artık fayda etmediği ve ölümü beklenen bir hastaya yapılan ve yalnızca acılarını dindirmeye yönelik yapılan tıbbi müdahaleler için ayrıca aydınlatma yapılmayabilir¹⁴⁸.

5. Aydınlatma Yükümlüsü

Aydınlatma yükümlülüğünü kural olarak, tıbbi müdahaleyi yapacak doktor bizzat yerine getirir¹⁴⁹. Doktor, özel yasal düzenlemelere tabi olan ve ancak belirli şartları haiz olanların yapabileceği doktorluk mesleğinden neşet eden yükümlülüğünü, üstün bir dikkat ve özenle ve şahsen yerine getirmelidir. Doktorun aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağını AY. m17, TMK m.23, TDN m.14, TŞSTİDK m.70 gibi düzenlemeler oluşturmaktadır¹⁵⁰.

Bu yasal düzenlemelerin önemli bir kısmında açık bir biçimde doktorun aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilmemiştir. Fakat aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahalelerde rızanın hukuken geçerli kabul edilebilmesi için bir ön koşuldur. Bu nedenle de hastanın kendi hayatı, sağlığı ve vücudu üzerinde kararları hür bir şekilde alabilmesi için tıbbi müdahaleye dair aydınlatılması zorunludur.

Ancak, doktorun şahsen aydınlatma yükümlülüğünün olması, aydınlatma yükümlülüğünün TBK'nun 116. maddesi anlamında ifa yardımcısı sayılan doktorlara

¹⁴⁷ TUNALI, s.237'nin atfıyla JANDA, Constanze, Medizinrecht, 3, Auflage, UVK Verlagsgesellschaft, Konstanz und München, 2016, s. 134.

¹⁴⁸ HAKERİ, "Tıp Hukuku, Cilt I", s.376.

¹⁴⁹ SUBAŞI, s.57, HAKERİ, s.225, HANCI, s.79, GÜRCAN, s.94, EROL, s.142, ERMAN, s.103.

¹⁵⁰ YAŞAR, s.39.

devredilmesine engel değildir¹⁵¹. Alman Medeni Kanunu ise 2013 yılında yapılan bir ek ile aydınlatma yükümlüsü olarak tıbbi müdahaleyi yapan kişinin dışında, ilgili tıbbi müdahale konusunda teknik bilgisi olan bir kişinin de aydınlatma yapabileceğini düzenlemiştir (mnd. 630e/2-1)¹⁵².

Böyle bir durumda doktorun kendi alanında olmayan konularda kesin ve yanıltıcı ifadelerde bulunmaması gerekir. Teşhis işlemiyle, müdahale işlemi ayrı doktorlar tarafından yapılacaksa, her bir doktor, hastayı aydınlatmakla yükümlü olacaktır. Aydınlatma yükümlülüğü, doktor dışındaki diğer sağlık çalışanlarına (hemşire, hasta bakıcı gibi) bırakılmamalıdır¹⁵³.

Doktorun haricinde diğer sağlık mensuplarının da aydınlatma yapabileceğine dair görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere göre aydınlatmanın yükümlüsü bizzat tıbbi müdahaleyi yapan veya yapacak olan sağlık meslek mensubudur¹⁵⁴. Bu görüşe dayanak olan, HHY m.18/2'ye göre *“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 yapmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir.”*

Hasta birden fazla doktor tarafından tedavi edilmekte ise, doktorların her biri kendi alanıyla alakalı aydınlatmayı yapmalıdır. Kimlerin tıbbi müdahalede bulunabileceği TŞSTİDK'da kesin bir biçimde gösterilmiştir. Buna göre doktorlar, diş doktorları, dişçiler, ebeler, sünnetçiler, sağlık memurları ile hastabakıcı ve hemşireler tıbbi müdahalede bulunma ehliyetine sahip olan sağlık personelidir. Bu durumda tıbbi müdahaleyi hangi personel yapacaksa, aydınlatmayı da onun yapması gerekecektir. Aydınlatma yükümlülüğü aslen doktorlara yükletilmiş olmasına karşın kendisine

¹⁵¹ SUBAŞI, s.57, HAKERİ, s.225, HANCI, s.79, ERMAN, s.103.

¹⁵² HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s. 347.

¹⁵³ YAŞAR, s.39, HANCI, s.79, ERMAN, s.103.

¹⁵⁴ HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.345, YÜCEL – SERT, s.203, DEDE, s.161, KİRKİT, s.104.

yardım eden hemşire, hastabakıcı ve laborantlar da kendi sorumluluk alanları kapsamında aydınlatma yapacaklardır¹⁵⁵.

HHY m.18/2 uyarınca, müdahaleyi gerçekleştiren ve bilgilendirmeyi yapan sağlık mesleği mensubunun farklı olmasının zorunlu olması halinde bilgilendirme yapan kişinin bilgilendirme yeterliliğine sahip olması ve hastaya durumun açıklanması şartı ile bilgilendirme yapılabilecektir. Örneğin, hemşirenin bilgilendirme yükümlülüğü kendi sorumluluk alanında bir müdahale ile, mesela kan alırken ortaya çıkabilecek hususlarla ilgiliyken, tedavi sürecini yürüten doktor tedavi bilgilendirmesi yükümlülüğü altındadır¹⁵⁶.

Hastanın bir doktor değil de hemşirece bilgilendirilip bilgilendirilemeyeceği, Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında da ele alınmış ve bilgilendirme sorumluluğunun doktora ait olduğu kararı verilmiştir¹⁵⁷.

Üzerinde tartışmalar bulunan bir diğer konu ise tedavi yapan doktorun mu yoksa bizatihi müdahaleyi yapacak doktorun mu aydınlatmayı yapacağıdır. Yani örneğin cerrahi müdahale gerektiren bazı durumlarda hastalığın türüne göre tedavisini yürüten hekim ile cerrahi girişimini yapan doktor farklı olabilir. Bu hususta hem tedavi yapan doktorun, hem de bizatihi müdahaleyi yapan doktorun bilgilendirme sorumluluğu bulunduğu savunulmaktadır¹⁵⁸.

Alman Federal Mahkemesi, tedaviye devam eden doktorun yönlendirmesi ile apandektomi ameliyatı için hastaneye yatan bir hastada, ameliyat ertesinde oluşan komplikasyon açısından ameliyat olmaya yönlendiren doktor ile ameliyatı

¹⁵⁵ DEDE, s.161, ÖZCAN, s.95.

¹⁵⁶ KİRKİT, s.105.

¹⁵⁷ ÖZCAN, s.94'ın atfıyla ÖZSUNAY, Ergun, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu", MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.49.

¹⁵⁸ ÖZCAN, s.95.

gerçekleştiren doktorun aydınlatma sorumluluğu açısından birlikte sorumlu olduğuna karar vermiştir¹⁵⁹.

Federal Mahkeme bir başka kararında ise, sağ kulağında ehemmiyetli seviyede duyma kaybı yaşayan bir hastanın, orta kulaktan ameliyat olması hususunda, bu tür ameliyatlara gerçekleştirildiği bir hastanenin başhekiminin de ameliyat ile ilgili tavsiyede bulunmasını müteakiben, aynı hastanede bir başka doktor tarafından ameliyat edilmiş, ameliyat esnasında hastanın yüz siniri hasar görmüş ve yüzünde kısmi felç meydana gelmiştir. Mahkeme bu durumda, böyle bir tehlikenin var olduğu noktasında bilgi vermeyen iki doktorun da sorumlu olduğuna hükmetmiştir¹⁶⁰.

Aydınlatma yükümlüsünün ancak doktor olabileceğine dair çoğunluk görüşüne ve çok istisnai durumlarda bu yükümlülüğün devri gerekse dahi devredilen kişinin de doktor olması gerektiği yönündeki görüşe katılıyoruz. Çünkü hemşire, laborant gibi ifa yardımcıları sadece doktorun belirlediği teşhis ve tedavi yöntemi içinde doktorun direktiflerini yerine getiren yardımcı personel durumundadırlar. Teşhisin ve tedavinin başarısı ya da başarısızlığı tamamen doktora ait olduğu için aydınlatma yükümlüsü de ancak doktor olabilir. Kaldı ki mesleki yeterlilik konusunda doktor olmayan birinin tıbbi müdahaleye dair aydınlatma yapabilmesi de zaten olanaklı değildir.

Doktor aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmekle mükelleftir. Aydınlatmada bulunduğunu ispat edemeyen doktor hukuken sorumlu olacaktır. Aşağıda “Aydınlatmanın Şekli” başlığında da izah edildiği üzere yazılılık şekil şartı olarak düzenlenmemiş ise de doktorun aydınlatmaya dair yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlamak açısından için faydalı olacaktır.

¹⁵⁹ ÖZCAN, s.94’in atfıyla ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu”, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.49.

¹⁶⁰ ÖZCAN, s.94’in atfıyla ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu”, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.50.

6. Aydınlatmanın Muhatabı

Aydınlatma bizzat hastanın kendisine yapılmalıdır. Çünkü aydınlatma sonucunda rıza verecek olan ve vücut tamlığına müdahalede bulunulacak olan kişi hastadır. Aydınlatma yapılabilmesi için gerekli olan unsurlar şunlardır:

-Hastanın ayırt etme gücü var olmalıdır. Ayırt etme gücü ilgili kişide mevcutsa, yapılacak tıbbi girişime ilişkin rıza bizatihi hastadan alınması durumunda geçerlilik kazanacaktır¹⁶¹. Ancak hastanın ayırt etme gücüne sahip olmasından kasıt; tıbbi müdahalenin niteliğini ve ehemmiyetini anlayabilecek, yararlarını ve zararlarını göz önünde tutarak özgür bir şekilde karar verebilecek bir halde bulunmasıdır¹⁶².

- Aydınlatma için hastanın doktordan herhangi bir talepte bulunmasına gerek yoktur. Böyle bir talep olmasa dahi doktor aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır¹⁶³.

- Aydınlatma bizzat hastanın kendisine yapılmalıdır. Yani tıbbi müdahale hususunda karar verecek olan kişinin aydınlatılması esastır. Kendi geleceğiyle ilgili karar verebilme hakkını kullanabilmesi için, kural olarak aydınlatılması gereken kişi hastadır.

Aydınlatma yükümlülüğünün muhatabı kural olarak sadece hastanın kendisi olmakla birlikte, tıbbi müdahale konusunda karar verici her zaman hasta olmamaktadır. Hastanın kendisi aydınlatma yapılmaya ve sonrasında rıza vermeye ehil¹⁶⁴ değilse o zaman hasta yerine rıza vermeye ehil olan yasal temsilcinin aydınlatılması gerekmektedir. Bu hususa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 6/4 hükmünde de işaret edilmektedir. Zira aydınlatmanın amaçlarından biri tıbbi müdahalenin yapılıp yapılmayacağı hakkında

¹⁶¹ DEDE, s.162, YÜCEL – SERT, s.204, SUBAŞI, s.55, HAKERİ, s.224, HANCI, s.80, GÜRCAN, s.94, YARDIM, s.106, KİRKİT, s.102, ÇAKMUT, s.18, EROL, s.89, TUNALI, s.231.

¹⁶² EROL, s.146.

¹⁶³ HAKERİ, s.224.

¹⁶⁴ SUBAŞI, s.72, BADUR, s.62, YÜCEL – SERT, s.209, KİRKİT, s.118, ÇAKMUT, s.22, YILMAZ, Kerem, s.110, GÜRCAN, s.109, HANCI, s.89, HAKERİ, s.246, EROL, s.170, TUNALI, s.213, ÖZCAN, s.79, ERMAN, s.80, DERYAL, Yahya, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25>, Erişim tarihi: 22.04.2020, OĞUZMAN – SELİÇİ – OKTAY ÖZDEMİR, s.41 vd, HELVACI, s.45 vd, AKİPEK – AKINTÜRK – ATEŞ, s.269 vd., DURAL – ÖĞÜZ, s.39 vd, ERDOĞAN – KESKİN, s.224 vd, HATEMİ, “Kişiler Hukuku”, s.4, ÖZTAN, s.97 vd, ayrıca bkz. Aşağıda “2.4. Onam Ehliyeti” başlıklı bölüm.

karar verilebilmesini sağlamaktır. Öte yandan hastanın güvenliğinin sağlanabilmesi için de onun korunmasını yasal olarak üstlenen kişinin aydınlatılması gereklidir¹⁶⁵.

Hastanın dışındaki bir kişinin aydınlatılabilmesi için buna yasal düzenlemelerin izin vermesi gerekir. Gerek 1219 sayılı yasa hükümleri gerek TMK hükümleri gereğince hasta dışında bir kimsenin hastanın bilgisi ve iradesi dışında aydınlatılabilmesi için bu kişinin hastanın yasal temsilcisi olması gerekmektedir. Hastanın bilgisi ve iradesi dahilinde bir başkasının bilgilendirilmesi de mümkündür. Diğer yandan HHY m.18/3'te öngörülen şu düzenleme hastanın özerklik hakkının ihlali anlamına gelebilecektir: *“Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir”*¹⁶⁶.

Ayırt etme gücüne sahip olunmaması, ergin olunmaması gibi hallerde hasta yerine hastanın yasal temsilcisinin ve hatta bazen de yetkili mahkemenin aydınlatılması gerekebilecektir¹⁶⁷.Örneğin, yasal temsilcinin, temsil ettiği kişinin menfaatine olacak şekilde karar vermediği durumlarda konu mahkemeye intikal edecektir. Bu durumda aydınlatma işleminin mahkemeye yapılması gerekecektir.

TMK m.16/1'e göre; *“ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”*

Bu madde kapsamında, küçük veya kısıtlılar ayırt etme gücüne sahip olduğu müddetçe, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanma ve bu haklara dair karar verme hakkına sahiptirler¹⁶⁸. Ayırt etme gücü bulunan küçükler ile ilgili olarak aydınlatmanın yalnızca ebeveynlere yapılması TMK'ya ve bilgilendirilme hakkına aykırı olacaktır. Benzer biçimde, savurganlık sebebiyle kısıtlanmış olan ancak ayırt etme gücü bulunan bir bireyin tedavisi ile alakalı aydınlatmanın yalnızca kanuni temsilcisine yapılması bilgilendirilme hakkının ihlali anlamına gelecektir. Hastanın tıbbi müdahaleye dair

¹⁶⁵ YÜCEL – SERT, s.204.

¹⁶⁶ YÜCEL – SERT, s.204.

¹⁶⁷ YAŞAR, s.30, SUBAŞI, s.55.

¹⁶⁸ KARAKAŞ, Fatma Tülay, “Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar”, Turhan Kitabevi, Ankara 2015 s.95.

aydınlatılması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için ayırt etme gücü bulunan, yani tıbbi müdahalenin niteliğini ve ehemmiyetini, fayda ve zararlarını özgürce değerlendirip karar alabilme yeteneğine sahip küçük veya ergin şahsen bilgilendirilmelidir¹⁶⁹.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gereken, bu nedenle de bu hakkın kullanımında genel olarak yasal ve iradi temsilin mümkün olmadığı haklardır. Örneğin, evlenme, nişanlanma, evlilik dışı çocuğun tanınması, ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakları gibi. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar konusundaki temel yasal düzenleme TMK'nun 16. maddesidir. TMK m.16 kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları sadece sınırlı ehliyetsizler bakımından düzenlemiştir¹⁷⁰. İleride aydınlatılmış rıza bahsinde bu hususlara tekrar temas edilecektir.

Nitekim HHY'de 2014 yılında yapılan değişiklik ile “*Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.*” Şeklinde düzenlenen m.24/II hükmüyle bu husus açıkça ifade edilmiştir¹⁷¹.

Hastanın ayırt etme gücüne haiz olmadığı hallerde ise, ikili bir ayırıma gidilmektedir. Ayırt etme gücü geçici surette kaybedildiyse, yapılması zorunlu müdahaleler için bilgilendirme yapılması zorunlu değildir, zira HHY m.24/1 hükmü gereğince bu hallerde rıza da aranmayacaktır. Hayati tehlike barındırmayan ve fakat yapılması zorunlu görülen müdahaleler için kişinin yakınlarının bilgilendirilmesi ve bu kişilerden rıza alınması söz konusu olabilmektedir¹⁷².

Ayırt etme gücüne sahip olan hastanın yerine yakınlarının aydınlatılması, hastanın aydınlatılması yerine geçmez. Keza hastalığın ağır veya ciddi olması durumunda da hasta yerine yakınının aydınlatılması kural olarak doğru değildir. Doktor, hasta

¹⁶⁹ YARDIM, s.106, DEDE, s.162, KİRKİT, s.102, ARPACI, Abdülkadir, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, YÜHFD C. VI S. 2 Y. 2009, s. 9.

¹⁷⁰ KARAKAŞ, s.3.

¹⁷¹ KİRKİT, s.103.

¹⁷² KİRKİT, s.103, TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 230-231.

yakınlarına hastalığı anlatıp, ne kadarını hastaya söyleme konusunu yakınlarının takdirine bırakamaz¹⁷³.

Organ nakillerinde aydınlatılması gereken iki kişi bulunmaktadır. Bu kişiler kendisinden organ/doku alınacak kişi ile organ veya dokunun nakledileceği kişidir. Nakledilecek kişi 18 yaşından küçükse, bu kişinin yasal temsilcisi de aydınlatılmak zorundadır. Organ veya doku vericisinin evli olması durumunda da eşinin bu karardan haberi olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Organ/doku vericisinin eşi de nakil hakkında yeteri kadar aydınlatılmalıdır.

7. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatmanın şekliyle ilgili genel ve emredici bir düzenleme bulunmamaktadır. Aydınlatmada bir şekil zorunluluğu bulunmamakta olup, hukuk sistemimizde hastanın veya yakınlarının yazılı veya şifahi olarak bilgilendirilmesi mümkündür. Aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı doktorun takdirine bırakılmıştır. Doktor, aydınlatma yaparken hastanın ruhi halini göz önünde bulundurarak aydınlatma yapar, hastadan aldığı reaksiyona uygun olarak da gerekli gördüğü yerde detay açıklamalarını sonlandırır¹⁷⁴.

Aydınlatma, sözlü olarak yapılabilecekse de ispat yükümlülüğü doktora olduğundan yazılılık önem taşımaktadır. Yazılılık önem taşısa da geçerlilik şartı olarak kabul edilmemiştir¹⁷⁵.

08.05.2014 tarihinde HHY’de yapılan değişikliklerle doktorun aydınlatma sorumluluğu hakkında yeni düzenlemeler yapılmıştır. Yönetmelik m.26’da aynı Yönetmeliğin “rızanın kapsamı” başlıklı 15. maddesine:“*Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tibben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu*

¹⁷³ HAKERİ, s.225.

¹⁷⁴ ERMAN, s.104, SUBAŞI, s.58, YARDIM, s.108, HAKERİ, s.228, HANCI, s.81, EROL, s.151, GÜRCAN, s.99, TUNALI, s.231, ÇAKMUT, s.18, YÜCEL – SERT, s.205.

¹⁷⁵ ÇAKMUT, s.18.

hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir.” şeklinde bir gönderme yapılmış olması dolayısıyla hastanın yazılı olarak bilgilendirilmesinin lüzumlu olduğu yönünde bir yorum yapılabilir.

Rıza formunda yer alan aydınlatma ile ilgili bilgilerin – 15. maddede düzenlendiği şekilde – bulunması mecburiyeti hastanın yazılı olarak bilgilendirilmesinin zorunlu olduğu şeklinde yorumlanabilirse de kanaatimizce bu yorum doğru değildir. Çünkü bu düzenleme tümüyle rıza ile alakalıdır. Aydınlatmada ise şekil serbestisi esastır¹⁷⁶.

Yine OVDNHK’nun 6. maddesinde ve Nüfus Planlaması Kanunu’nun 5/4. maddesinde bu konuya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. OVDNHK yazılı ve imzalı bir tutanaktan bahsederken, Nüfus Planlaması Kanunu bu konunun tüzükte düzenleneceğine işaret etmiş, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 13. maddesinde ise örneği tüzüğe ekli bir izin belgesinin alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ancak bu hükümler de tıpkı HHY’deki gibi rızanın yazılılığına dair hükümler olup, bu hükümlerden, aydınlatmanın da yazılı olması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkün olmaz¹⁷⁷.

HHY’nin 15. maddesinde belirtilen hususlardaki aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı, Yönetmeliğin 18. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre:

“Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheyi yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.

¹⁷⁶ SUBAŞI, s.58.

¹⁷⁷ HAKERİ, s.228.

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.

Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.

Hasta, aynı şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir.

Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır. Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır.

Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir.”

Nitekim bir mahkeme kararına konu olayda, hasta dosyasında aydınlatma formları bulunmuş, ancak bu formlar ne doldurulmuş ne de imzalanmıştır. Doktor, aydınlatmanın sözlü konuşma şeklinde yapıldığını, formların dosyada bulunmasının da bunu gösterdiğini, zira form esas alınarak, sözlü aydınlatma yapıldığını iddia etmişse de mahkeme, formların doldurulmamış ve imzasız olmasının aydınlatmanın yapılmadığının kabulünü haklı gösterdiğine karar vermiştir¹⁷⁸.

Amaca uygun bir aydınlatmanın şifahi yapılması, şifahi aydınlatmanın ardından bu hususun hastanın dosyasına işlenmesi gerekir. Yazılı aydınlatma ise iki biçimde gerçekleştirilebilir. İlk yöntem, hastaya bir form verilmesi suretiyle aydınlatma yapılmasıdır. Hasta formu inceleyerek imzalar. Bu suretle aydınlatmanın yapıldığı da hastanın imzası ile ispatlanmış olur. Hastaya imzalatılan bu aydınlatma formunun bir

¹⁷⁸ HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.356’dan naklen, OLG München, MedR 2006, 431, 432.

örneğinin hastaya verilmesi gerekmektedir. İkinci şekil ise, hastanın bir broşürle aydınlatılmasıdır. Hastaya tedavinin çeşitli yönleri, muhtemel fayda ve zararları, doktorun niçin bu tedaviyi belirlediğini de içeren bir broşür verilir¹⁷⁹.

Hastalıklar farklı hastalarda farklı etkiler, tablolar ve gelişimler gösterdiği için ve genel olarak eğitimleri ve kültür farklılıkları bulunduğu için her hastanın hastalığına özgü olarak hazırlanmamış olan, hastanın özgün durumu göz önüne alınmadan hazırlanmış olan ve genel bilgiler ihtiva eden önceden basılmış aydınlatma veya rıza formları, doktorun aydınlatma sorumluluğunun gerektiği şekilde yerine getirildiğini ispatlamaz. Çünkü bu şekilde önceden hazırlanmış olan formlar, kitapçıklar, broşürler hasta veya yakınlarınca tıbbi müdahalenin öncesinde, doldurulması zorunlu olan bir form olarak görülmekte, diğer belgelerle birlikte hastane ortamındaki panik hali ile imzalanmakta veya hastaların hasta odasına alınması ile ilgili formların içinde küçük bir ayrıntı olarak yer alarak imzalanmaktadır. Bu nedenle bu tür matbu aydınlatma formlarının hasta veya yakınlarınca okunup anlaşıldığı hususu net olmayacaktır. Formlarda yer alan ve hastanın anlayamadığı noktalar ise hasta üzerinde olumsuz etki bile yaratabilir¹⁸⁰.

Formlarla yapılmak istenen aydınlatmada, hastaya rahatsızlığı ve bunun tedavi edilmesi ile alakalı bilgileri barındıran bazı formlar verilmekte ve hastanın aydınlatıldığına dair kayıtları da kapsayan bu metin, hasta veya yakınlarınca okunarak imzalanmaktadır. Broşürler ile yapılan aydınlatmalarda ise, hastaya verilen tedavi, doktorun bu tedaviyi uygulamasının nedeni, olası faydaları ve zararları noktasında bilgilendirmelerden oluşan bir broşür verilmekte ve hasta bu broşürü okuyarak aydınlatılmaktadır¹⁸¹.

Önceden hazırlanmış matbu aydınlatma ve rıza formları, doktorların kısıtlı zamanları açısından faydalı olsa da hastalar, bu formlarda yazılanları okumadan, gelişigüzel her sayfayı imzalayıp geçebilmektedirler. Hatta doktor dışındaki sağlık çalışanları, hasta veya hasta yakınlarına, imzalanması gereken kısımları göstererek aydınlatma ve rıza

¹⁷⁹ EROL, s.152.

¹⁸⁰ SUBAŞI, s.59.

¹⁸¹ YAŞAR, s.37, ÇAKMUT, s. 18.

formlarını imzalatabilmektedir. Ülkemizde, doktor başına düşen hasta sayısının fazla olması, doktorun hastalarını tanımaması, eğitim düzeyinin düşüklüğü gibi etkenler hastanın yeteri kadar aydınlatılmamasına yol açmaktadır. Uygulamada hasta aydınlatma ve rıza formları, çoğu zaman doktor tarafından değil hemşire gibi sağlık çalışanlarınca farklı bir odada imzalatılmaktadır. Doktor olmayan kişilerin yaptığı bilgilendirmeler aydınlatma kapsamına girmemektedir. Hastalar, özensiz bir şekilde ve bir formaliteyi yerine getirmek için geçilen bir aydınlatılmış rıza süreci sonunda kendini tamamen teslim edeceği doktora güvensizlik hissedebilmektedir. Hasta - doktor ilişkisinde aciz durumda olan taraf hasta olduğu için buna karşı çıkamamaktadır¹⁸².

HHY, hasta aydınlatma ve rıza formu bakımından matbu nitelikte bir rıza formundan bahsetmekteyse de, aydınlatma ve rıza formları her hasta için özel hazırlanmalıdır. Aksi takdirde uygun bir aydınlatmadan bahsedilemez. Tıbbi müdahalelerde esas alınması gereken hastalık değil hastanın kendisidir. Her hastanın algılaması farklıdır. Doktorun, her hastaya özel bir form hazırlaması gerekir¹⁸³.

Bu nedenle, hastaya tıbbi müdahaleye dair hiçbir bilgi barındırmayan veya yetersiz açıklama barındıran yazıların sunulması veya hastanın aydınlatıldığına dair bir kağıt imzalatılması, hiçbir şekilde aydınlatmanın yapıldığı anlamına gelmeyecektir. Yine, bu gibi bir kağıdın imzalatılması, doktorun yükümlülüğünü yerine getirdiğini kanıtlaması açısından da belirleyici bir etken olmayacaktır. Zira söz konusu olan herhangi bir borcun ibrası değil, hastanın, kendisine yapılan müdahaleye verdiği rızanın geçerliliği, yani temel bir hakka yönelen müdahalenin hukuka uygunluk ölçütüdür. Nitekim tek belirleyici olanın, doktor ile hastası arasındaki güven olduğu, diğer ölçütlerin tek başına belirleyici olmadığı vurgulanmıştır¹⁸⁴.

Doktrinde, bu formların yalnız yazılı olarak verilmesinin bilgilendirmede yetersiz kalacağı ve ancak sözlü olarak desteklenmesiyle bilgilendirmenin yapılmış olacağı ifade edilmiştir¹⁸⁵. Bu görüş HHY m.18/II hükmü ışığında değerlendirildiğinde de sözlü bilgilendirme ile desteklendiği müddetçe verilmesine bir engel bulunmadığı

¹⁸² YAŞAR, s.37, ERMAN, s.105.

¹⁸³ YAŞAR, 37.

¹⁸⁴ ERMAN, s.105.

¹⁸⁵ KİRKİT, s.110.

görülmektedir. Ancak bu formların altına alınan imzaların veya broşürlerin verilmiş olmasının ispata yeterli delil olamadığı unutulmamalıdır. Matbu bilgilendirme olarak değerlendirilen bu husus gerek doktrinde gerekse de 2014 yılına kadar verilen Yargıtay kararlarında ispata yeterli görülmemektedir¹⁸⁶.

Yargıtay bu hususu bir kararında; *“Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi, dosyaya ibraz edilen onay formu matbu olup, davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriğiyle anlaşılamamaktadır.”* şeklinde ifade etmiştir¹⁸⁷.

Hasta, rıza formundaki açıklamaları anlamamışsa veya okumak için zamanı olmadan tıbbi müdahale gerçekleştirilmişse, aydınlatma yapılmamış demektir ve hasta bunu her türlü delille kanıtlayabilir. Bu sebeple, rıza formlarının aydınlatma sürecinde kullanılması faydalı olacaktır. Herhangi bir mal veya hizmet satışı ya da abonelik sözleşmesinde olduğu gibi genel işlem koşullarının önceden sunulması ve bu şekilde bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması uygun değildir. Zira herhangi bir sözleşme ilişkisinde meydana gelen zarar riski malvarlığındaki eksilmeye ilişkin olurken tıbbi müdahaledeki aydınlatmadaki eksikliğe bağlı zarar riski doğrudan yaşama veya sağlığa mal olmaktadır. Dolayısıyla rıza formlarına aydınlatma amaçlı kurulacak iletişimi tamamlayıcı ya da bunu hazırlayıcı bir işlev yüklenmelidir¹⁸⁸.

Rıza yazılı şekle bağlanmış olsa bile asıl olan, hastanın duruma hakim olması, anlayabilmesi ve serbestçe karar verebilecek duruma gelmesi olduğundan aydınlatmanın yazınlığı yalnızca rızanın geçerliliğine katkıda bulunur. Dolayısıyla hastanın aydınlatılabilmesi için yazılı, sözlü ve gerekli diğer yöntemlere başvurulmalıdır. Bu bağlamda HHY m.24/3 gereğince engellilerin durumuna uygun

¹⁸⁶ KIRKİT, s.110.

¹⁸⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 13.06.2013 tarih, 14354 E./16113 K. Sayılı kararı.

¹⁸⁸ YÜCEL-SERT, S.206.

bilgilendirme yapılmasına yönelik olarak sağlık hizmet sunucuları tarafından gerekli önlemlerin alınması şarttır¹⁸⁹.

Rutin müdahaleler açısından yalnızca form üzerinden yapılan bilgilendirme yeterli görülerek ayrıca sözlü bilgi verilmesi aranmamaktadır. Aşı takvimi dahilindeki aşılar yönünden de broşür verilmesi ve soru sorulmasına imkan tanınması yeterli görülmektedir¹⁹⁰.

Bilgilendirmenin anlaşılır şekilde yapılması gerekir. Hastanın dilini bilmeyen doktorun gerektiğinde tercüman yardımını alması gerekir. Bilgilendirme yapılırken kullanılacak dil, teknik terimlere boğulmamış, sade ve halkın anlayabileceği düzeyde olmalıdır. Bilgilendirme yapılırken hastanın eğitim, kültür ve bilgi seviyesi dikkate alınmalıdır. Doktor hastanın anlama kapasitesine göre aydınlatma yapmalıdır. Gerekirse konsültasyona başvurmalı ve konsültasyon doktorunun da bilgi vermesini isteyerek, en son ve tüm bu bilgiler altına bilgilendirmeyi gerçekleştirmelidir¹⁹¹.

Bu şekilde yapılan yazılı aydınlatmalara karşı mühim eleştiriler yapılmıştır. Yazılı olarak yapılan bilgilendirmeye getirilen en büyük eleştiri, hastada meydana getirebileceği güvensizlik duygusudur. Bunun yanı sıra hastaya verilen yazılı metinlerin içeriğini kavramadığı veya ayrıca aydınlatılmasının gerektiği hususlardaki sorularının yanıtlanmasına imkan vermediği için de eleştirilen yazılı aydınlatmanın, her bir vakıanın kendi özgün şartlarına uygun olmaması sebebiyle de gereksiz bilgilerin hastaya aktarılmasına sebep olabileceği belirtilmiştir. Yazılı aydınlatma, ispatta kolaylık sağladığı için savunuluyor olmakla beraber, genel olarak bir delil olarak yeterli olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır¹⁹².

Aydınlatmanın sözlü olması gerektiğini savunan görüşe göre, sadece şifahi olarak yapılacak bir aydınlatma ile doktor ile hasta arasında karşılıklı güvenin tesis edilebileceği, doktorun somut vakıanın niteliklerini ve hastanın özgün durumunu göz

¹⁸⁹YÜCEL-SERT, s.206, HHY M.24/3, “Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır.”

¹⁹⁰KİRKİT, s.111.

¹⁹¹KİRKİT, s.112, ÇAKMUT, s.18, YÜCEL – SERT, s.207, HAKERİ, s.230.

¹⁹²ÖZCAN, s.100.

önünde tutarak hastayı en uygun şekilde bilgilendireceği belirtilmiştir. Şifahi ve yazılı aydınlatmanın bir arada yapılmasını savunan görüş kapsamında, yukarıda izah edilen gerekçelerle şifahi aydınlatmanın mutlak surette yapılması gerektiği, ancak sözlü aydınlatmayı hazırlayıcı nitelikteki ve ispat kolaylığı sağlayacak yazılı aydınlatmanın da yapılacağı belirtilmiştir¹⁹³. Biz ise hem sözlü aydınlatma hem de yazılı aydınlatmanın yanı sıra hastaya ayrıca görsel olarak da aydınlatmanın yapılmasını teminen videolar, animasyonlar, piktogramlar gibi yöntemlerle görselleştirilmiş ve görsel algıya hitap eden yöntemlerin de kullanılması gerektiğini düşünüyoruz.

8. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatma, hastanın yapılması düşünülen müdahale ile ilgili olarak yeterli bir şekilde düşünüp, müdahalenin müspet ve menfi etkilerini de dikkate alarak bir karar tesis etmesine imkân verecek bir zaman diliminde yapılmalıdır¹⁹⁴.

Aydınlatmanın, tıbbi müdahale öncesinde yerine getirilmesinin gerektiği noktasında bir görüş uyuşmazlığı bulunmamakla birlikte, ne kadar süre önceden yapılması gerektiği hususundan et bir ölçü bulunmamaktadır¹⁹⁵.

Hasta Haklarına Dair Avrupa Statüsü “Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller, gerçekleştirecek herhangi bir ameliyat veya tedaviye ilişkin tüm bilgileri – riskleri, sıkıntıları, yan etkileri ve alternatif durumları ile ilgili bilgiler dahil olmak üzere – hastalara vermek zorundadır. Bu bilgi önceden (en azından 24 saat önce) verilmeli ki hasta durumu konusunda kendi seçimini yapabilsin.” şeklindeki m.4/II düzenlemesi ile 24 saatlik süre öngörmüştür¹⁹⁶.

Türk Hukukunda ise, HHY m.18/V “makul süre” koşulunu getirmiş, bu makul sürenin yorumu doktrinde yapılmıştır. Makul süre olarak hastanın sakin şekilde düşünebildiği, isteği dahilinde güvendiği kişilerle görüşebileceği bir süre önerilmiştir.

¹⁹³ ÖZCAN, s.101.

¹⁹⁴ TUNALI, s.246, SUBAŞI, s.60, HAKERİ, s.226, YARDIM, s.109.

¹⁹⁵ ÖZCAN, s.97.

¹⁹⁶ KİRKİT, s.100.

Bu süre kısa tutularak hastanın üzerinde karar verme baskısı oluşturulmamalıdır. Sürenin fazla uzun olması, çekmekte olduğu acı hasta üzerinde baskı oluşturacağından fazla uzun da tutulmamalıdır¹⁹⁷.

Aydınlatmanın tıbbi müdahaleden makul bir süre önce yapılmasının sebebi hastaya özgürce düşünerek karar verme olanağını fiili bir şekilde tanıyabilmektir. Zira makul süre tanınmadığı takdirde hasta kendisi için neyin doğru olacağını değerlendirme fırsatından yoksun kalmış olur. Makul sürenin ne kadar olduğu her tıbbi müdahalenin niteliğine ve ciddiyetine göre değişir. TMK m.2 gereğince bu süre dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir. Fakat acil durumlarda HHY m.18/5 kapsamında acil durumlarda makul sürenin tanınması mümkün olmayabilir ve böyle bir durumda üstün özel yarar gereğince makul süre tanınmaması hukuka aykırı olmaktan çıkar¹⁹⁸.

Aynı şekilde, önemli olmayan bir müdahale söz konusu ise ve hasta da hazır bulunursa, yine doğrudan doğruya müdahalenin öncesinde bir aydınlatma yapılabilir. Buna karşılık, normal durumlarda tam ameliyat masasında yapılan bir aydınlatma kabul edilemeyeceği gibi, hastaya sağlıklı düşünme ve karar verme imkânı bırakmayacağı için, tam ameliyat arifesinde de aydınlatma yapılamaz¹⁹⁹.

Almanya’da verilen mahkeme kararları, hastanın sakin bir şekilde düşünmesine ve yakınları ile görüşmesine imkan verecek bir zamanın kendisine sağlanmasının zorunlu olduğunu, ağır bir tıbbi müdahalenin söz konusu olması durumunda ise sadece hayati tehlikenin bulunmadığı durumlar için en az üç günlük süre tanınması gerektiğine hükmetmiştir²⁰⁰.

Kanaatimizce, aydınlatmanın yapılacağı vakit, her somut vakianın niteliğine bakılarak tayin edilmeli ve hastanın sağlık durumuna, psikolojik durumuna, sosyal ve

¹⁹⁷ KIRKİT, s.101.

¹⁹⁸ YÜCEL – SERT, s.209.

¹⁹⁹ HANCI, s.81, EROL, s.152.

²⁰⁰ ÖZCAN, s.97’in atfıyla ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu”, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.52.

kültürel anlayışına ve seviyesine göre, yapılan aydınlatmanın sonuçlarını değerlendirebileceği en uygun zamanda aydınlatma yapılmalıdır.



III. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA

1. Rıza Kavramı

Hukuk literatüründe “rıza”, tıp literatüründe ise daha çok “onam” olarak geçen kavram için biz tıbbi müdahalelerde aydınlatmaya dayanan rıza için, hukuken daha doğru olduğunu düşündüğümüz “rıza” kelimesini kullanacağız.

Rıza kelimesinin sözlük anlamı TDK tarafından “razı olma, isteme, istek” kelimeleriyle tanımlanmaktadır. Hukuki anlamıyla ve basit bir anlatımla rıza, korunan hukuki değerlere, hukuka uygun müdahaleyi mümkün kılan irade açıklaması olarak tanımlanabilir²⁰¹.

Rıza kavramına TMK’da ve TBK’da sıklıkla rastlanır. Tıbbi müdahaleye rızanın temelini oluşturan TMK hükmüne, Kanun’un 24/2. maddesinde kullanılan “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*” ifadesiyle yer verilmiştir.

TBK’nun rızayla ilgili temel hükmü olan ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallere ilişkin 63/2. maddesinde de “*Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.*” şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Hukuka uygunluk sebebi olarak rızadan bahsedilebilmesi için, en az iki kişinin bulunması gerekir. Bu kişilerden biri, rızayı açıklayan ve kişilik değerine yönelik müdahaleye izin veren; verdiği bu izinle müdahaleyi hukuka uygun kılan kişidir. Diğeri ise kişilik hakkına yönelik olası müdahalenin failidir. Bu kişi aynı zamanda rızanın muhatabı, yani rızanın ulaştığı kişidir. Geçerli bir rıza açıklaması, rıza gösteren kişiye

²⁰¹ BADUR, s.47, YILMAZ, Battal, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1 S. 1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 167, ÖZDİLEK, Ali Osman, “Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Nedeniyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu, çevrimiçi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_300.htm.

uygulanan ve kişilik hakkına yönelmiş müdahaleyi, baştan itibaren hukuka uygun kılma işlevine sahiptir²⁰².

Mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için, kişinin üzerinde geçerli olarak tasarruf edebileceği bir hakkı olması ve rızanın bu hakka dair olması ve ayrıca önceden içeriği belirlenmiş olan bir müdahaleye ilişkin olması gerekir. Yani kişilik hakkından genel olarak vazgeçmek veya kişilik haklarına yönelecek her türlü saldırıya rıza verilmesi geçerli değildir²⁰³.

Kendi kişiliğinin ihlaline olur veren mağdur son tahlilde ihlale kendisi yol açmış sayılır. Böyle bir kişinin korunmayı talep etmede menfaati olduğu söylenemez. En başta rıza verenin sonradan rıza vermediğini belirtmesi, hukukta çelişkili davranış (venire contra factum proprium) addedilir²⁰⁴.

Neticeten belirtmek gerekirse, rızanın bulunması durumunda hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Ancak, rızayı müdahale gerçekleşene kadar geri alma, serbest geri alma hakkının kullanılmasını oluşturur ve dolayısıyla çelişik davranış sayılmaz (TMK m.23, HHY m.24) Başka bir deyişle rıza her an serbestçe geri alınabilir. Yalnız son ana kadar serbestçe geri alma hakkı, uygun olmayan bir zamanda ve hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek bir şekilde kullanılırsa, bu geri alma nedeniyle müdahalede bulunacak kişinin uğrayabileceği zararların giderilmesinin gerekebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır²⁰⁵.

Mağdurun rızasının hukuka aykırılığı kaldırabilmesi için genel olarak müdahalenin etkide bulunacağı kişilik hakkından o müdahaleye ilişkin olarak vazgeçme iradesinin açık olarak belirtilmiş olması, verilen rıza vazgeçmenin sonucunu öngörebilecek şartlarda bilinçli ve serbest irade ile verilmiş olması, verilen rızanın ahlaka aykırı olmaması, rıza konusu hakkında yeterli bilgilerle donatılmış ve aydınlatılmış bir

²⁰² BADUR, s.48, SEROZAN, s.467, OĞUZMAN– SELİÇİ, ÖZDEMİR – OKTAY, s.224, BADUR, s.47, DURAL – ÖĞÜZ, s.153, AKİPEK– AKINTÜRK – ATEŞ, s.403, HATEMİ, “ Kişiler Hukuku”, s.4, KARAKAŞ, s.93.

²⁰³ OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.224.

²⁰⁴ OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.224.

²⁰⁵ SEROZAN, s.469.

mağdurdan özgürce ve bilinçli bir şekilde verilmiş olmasının arandığı doktrinde ifade edilmektedir²⁰⁶.

Öte yandan rıza, müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır, ama müdahalede bulunanın olası kusurunu ortadan kaldırmaz²⁰⁷.

Rızanın hukuka aykırılığı bertaraf edebilmesi için yukarıdaki unsurları yerine getirmesi ve geçerli bir rıza olması gerekir. Bu hususta ilk planda ehliyet önem taşır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin rızası TMK m.15 kapsamında geçerli değildir. Bu hususta yasal temsilcinin rızası da müdahaleye maruz kalacak kişinin rızasının yerini tutamaz. Sadece yapılacak müdahalenin müdahale edilen kişinin yararına olduğu hususunda bir karine teşkil edebilir²⁰⁸.

Rıza açık olabileceği gibi, zımni de olabilir. Rızanın yazılı olması şart kılınan hallerde bu şekle uyulmadan verilen rıza geçerli değildir. Rızanın yazılı olması şart olmayan hallerde bir davranışın rıza sayılıp sayılmayacağı güven ilkesi kapsamında değerlendirilecektir. Foto muhabirine poz veren kimsenin, bu fotoğrafın yayınlanmasına razı olduğu kabul edilebilir. Doktrinde tedavi için doktora başvuran hasta, doktorun uygulayacağı özel risk arz etmeyen tedavi metoduna razı olmuş sayılabilir şeklinde bir görüş var ise de biz bu görüşe özel risk arz eden ve arz etmeyen şeklinde bir ayırım yapılmasının zor olması ve böyle bir ayırım yapılsa dahi hastanın mutlaka aydınlatılmasının zorunlu olması gerekçesiyle katılmıyoruz²⁰⁹.

Rızanın özel hukuk açısından taşıdığı hukuka uygunluk sebebi olma özelliği, ceza hukuku açısından da geçerlidir. TCK'nun 26/2. maddesinde yer verilen “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı*

²⁰⁶ OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.224, SEROZAN, s.469.

²⁰⁷ SEROZAN, s.471.

²⁰⁸ OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.225, Ayrıca bkz. 2.4. Onam Ehliyeti başlıklı bölümde konu detaylı olarak ele alınmıştır..

²⁰⁹ OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.225, Görüşümüzü destekleyen görüş için bkz. HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I, s.390.

*rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” ifadesiyle ceza hukuku açısından da rızaya, hukuka uygunluk sebebi olma işlevi tanınmıştır*²¹⁰.

2. Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Hukuki Niteliği

2.1.Kavram

Tıbbi müdahaleye rıza kavramının ilk kez yeterli açıklıkta ve bağlayıcılıkta kullanıldığı hukuki metnin, 1947 tarihli Nuremberg Yasası olduğu aktarılmaktadır. Tıbbi araştırma etiğinden yükselen bu ilke, kısa zamanda klinik tıbbi etiğe yansımış ve hukuki normlar arasında yer bulması çok uzun sürmemiştir. Nihayet 1960’ların ikinci yarısından itibaren, her tıbbi müdahale için hastanın rızasının gerekli olduğu kabulüne ulaşılmıştır²¹¹.

Tıbbi müdahaleye rıza kavramı uluslararası metinlerde ve anayasalarda bedensel ve ruhsal bütünlüğün korunması ve kişinin kendi kaderini belirlemesi hakkı kapsamında incelenmektedir. AİHS’nde özel hayat hakkının bir parçası olarak kabul edilen bireyin bedensel ve ruhsal bütünlüğü kapsamında koruma görmektedir. Kavram, kişinin kendi kaderini belirleme hakkının bir uzantısı ve bu sebeple temel haklarından da birisi olarak kabul edilmektedir²¹². Hastanın kendi geleceğini tayin etme hakkının mutlak bir hak olduğu ve bu hak nedeniyle doktorun müdahalede bulunma sorumluluğunun ortadan kalktığı belirtilmektedir²¹³.

Bu suretle kişinin kendi vücudu üzerindeki tasarruf hakkının da gereği olarak rızası olmaksızın müdahaleye tabi tutulmama hakkı, hastanın kendisi ve geleceği hakkındaki kararları almasını, dolayısıyla hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının korunmasını da sağlamaktadır²¹⁴.

²¹⁰ BADUR, s.49.

²¹¹ BADUR, s.51.

²¹² ÜZELTÜRK TAHMAZOĞLU, Sultan, “Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı – Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla”, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s.243.

²¹³ TUNALI, s.204.

²¹⁴ TUNALI, s.204.

Kişinin iradesi, istisnai durumlar hariç olmak üzere, çoğu kez göz önünde bulundurulması gereken en önemli öge haline gelmektedir. Bu şekilde, kişinin iradesine öncelik verilerek, kendi durumu ile ilgili bilgi edinilmesini müteakip, vereceği rızası olmadan, kendisinin doğrudan yararına da olmuş olsa, tıbbi müdahale yapılamayacaktır. Başka bir deyişle, doktorun hastanın rızasının bulunmadığı hallerde, ona müdahale etmekten imtina etmesi, doktorun göz önüne alması gereken en önemli hususlardan biridir²¹⁵.

Tıbbi müdahaleye rıza kavramı insan onuru ile de yakın ilişki içindedir. Tıbbi müdahalede yetkin bir hastanın zorunlu tıbbi tedavi, davranış veya işleme tabi kılınması, temel bir hak olan bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne aykırı düşmektedir. Tıp hukukunun bir terimi olan aydınlatılmış rıza, genel olarak doktorun hastaya tavsiye edeceği tıbbi tedavi, özellikle de potansiyel riskleri hakkında bilgi verme ve bu bilgilendirme doğrultusunda hastanın rızasını alma yükümlülüğüdür²¹⁶.

Bireyin özerkliğinin de bir uzantısı olan tıbbi müdahaleye rıza açıkça AİHS’de tanınmamaktadır. Ancak Sözleşmeyi yorumlamakla da görevli olan AİHM bu konuda önemli kararlar vermekte ve sözleşmeden dolayı da olsa tıbbi müdahaleye rıza hakkını çıkarmaktadır²¹⁷.

Bu kararlara örnek olarak R.R. v Polonya davası verilebilir. R.R. v. Polonya davasında odak noktası, genel sağlık hakkı uygulamaları ve özellikle üreme sağlığına ilişkindir. Bayan R.nin Polonya yasalarına göre hamile olduğu bebeğin genetik anomalisi olduğundan kürtaja erişim hakkı bulunmaktadır. Ancak, kürtaja karşı olan hastane ve doktorlar tarafından yasal süre olan altı haftalık süreçte testleri tamamlanmamış ve bebek anormal kromozom (Turner sendromu) ile doğmuştur. Bayan R.nin iki çocuğu daha vardır. Mahkeme sağlık bilgilerine giriş hakkına odaklanmış ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu karar, tıbbi müdahale ön cesi sağlık bilgilerine ulaşma hakkı yönündeki AİHM’nin ilk kararı olması açısından önem taşımaktadır. Mahkemeye göre hakkın (bireyin sağlığı hakkında enformasyona giriş

²¹⁵ TUNALI, s.205.

²¹⁶ ÜZELTÜRK, s.243.

²¹⁷ ÜZELTÜRK, s.243.

hakkı) etkili kullanımı 8.madde tarafından korunan kişisel özerkliğin uygulanması açısından kişinin yaşam kalitesi ile ilgili olarak gelecekteki olayların seyri konusunda (tıbbi uygulamayı kabul veya reddetmek gibi) bu bilgiye dayanarak karar vermek açısından sıklıkla belirleyicidir. Bu sebeple mahkeme tarafından açıkça tıbbi müdahaleye rıza kavramına başvurularak bireylere yeterli ve anlaşılır bilgi sağlanarak, belli tıbbi müdahaleler için gönüllü rıza sağlanmış olunmaktadır²¹⁸.

Dolayısıyla insan hakları ve anayasal haklar bakımından konu ele alındığında, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun en önemli koşulu tıbbi müdahaleye rıza olarak ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın 17. maddesinde öngörülen yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı özerklik hakkının bir başka ifadesidir. Bu bağlamda, rızaya dayalı olmayan veya zorunlu tıbbi müdahaleler, müdahalenin haklı olup olmadığı meselesi bir yana, özel hayata müdahale olarak yorumlanmaktadır²¹⁹.

Özerklik hakkına yasal düzenlemelerle sınırlamalar getirilmesi Anayasaya ve AİHS'ne göre mümkündür ama bu sınırlandırmanın meşru bir amacı olmalı ve sınırlandırma hakkın özüne dokunmamalı, amaç ve araç arasında orantı bulunmalıdır. Bu çerçevede rıza olmaksızın hangi hallerde vücut bütünlüğüne dokunulabileceği hakkında çeşitli yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bu hususa HHY'nin 22. maddesinde şöyle işaret edilmektedir: “*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz*”²²⁰.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 5/1. maddesinde “sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.” kuralına yer verilmiştir. Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu'nun 34. Paragrafında, Sözleşme'nin 5/1 maddesinde yer verilen rızaya ilişkin genel kuralın, halihazırda uluslararası yaygınlıkla kabul edilmiş olan, hiç kimsenin

²¹⁸ ÜZELTÜRK, s.244, Kararın tam metnine ve dosya içindeki belgelere <https://reproductiverights.org/case/r-r-v-poland-european-court-of-human-rights/> adresinden ulaşılabilir.

²¹⁹ YÜCEL – SERT, s.197.

²²⁰ YÜCEL – SERT, s.198.

kendi rızası olmaksızın tıbbi müdahaleye maruz kalmaya zorlanamayacağına dair ilkenin doğrulanması olduğu belirtilmiştir. İnsanlar kendi kişilikleriyle, ilgili her türlü müdahaleyi reddetmek veya ona rıza vermek konusunda özgür olabilmelidirler. Bu kural, sağlık hizmetini yürütenlere hastayla ilişkilerinde hasta özerkliğini açıklar ve hastanın iradesini göz ardı edebilen paternist yaklaşımları da kısıtlar²²¹.

Böylece, hukuka uygunluk sebebi olarak hem TMK, TBK hem de TCK'da düzenlenen rıza, bireyin hayatına, beden tamlığına ve sağlığına karşı aslında hukuka aykırı eylem teşkil eden tıbbi müdahaleleri, hukuka uygun fiiller şekline dönüştürerek, doktorun hukuki sorumluluğunu engellemektedir. Böylece, doktorun sorumlu olmaması için, hastanın tıbbi müdahaleye rızasını vermesi ve hastanın verdiği rıza kapsamını aşan müdahaleleri yapmaması gerekir²²².

Bu açıklamalardan sonra tıbbi müdahaleye rıza, yapılacak tanı, tedavi, koruyucu işlem veya araştırma gibi tıbbi müdahalelere ilişkin yeterli, geçerli, anlamlı, hastanın hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde anlayabileceği bilginin aktarılmasından sonra, hastanın bunları kendi özgür iradesiyle gönüllü olarak kabul etmesi olarak tanımlanabilir²²³.

Bu tanım biraz daha genişletilerek; “tıbbi müdahaleye rıza, hastayı, hastalığını, yapılması düşünülen teşhis ve tedavi metotları ile sair teşhis ve tedavi olanaklarını, ortaya çıkabilecek olası sonuçları, zamanı, bu müdahalelerin sosyal ve finansal bakımlardan kişi nezdinde meydana getirebileceği etkileri ve müdahalenin yapılmaması durumunda meydana gelebilecek neticeler hususunda aydınlatmanın hasta nezdinde yeterli bir şekilde anlaşılmış olduğuna dayanarak, hastanın özgür iradesiyle tavsiye edilen teşhis veya tedavi metodunun uygulanmasını bilerek kabul etmesidir “olarak da yapılabilir²²⁴.

²²¹ BADUR, s.51.

²²² ÖZCAN, s.130, TUNALI, s.204.

²²³ GÜRCAN, s.102, DEDE, s.149, SUBAŞI, s.71.

²²⁴ ÖZCAN, s.53, ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2011 , S.187.

2.2. Hukuki Niteliği

Tıbbi müdahaleye rıza verilmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Ancak doktrinde tanı ve tedavi amacına yönelik olmayan tıbbi müdahaleler ile tanı ve tedavi amacına yönelik tıbbi müdahalelerin birbirinden ayırt edilerek ele alınması gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır. Buna göre, teşhis ve tedavi amacına yönelik olmayan tıbbi müdahaleler, estetik operasyonlar, cinsel özgürlüğün kazanılması amacıyla kısırlaştırmalar, üçüncü kişiye bağışlanması amacıyla yenilenmesi mümkün olmayan organ ve doku alınması gibi tıbbi müdahalelerin mutlak olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olduğu; teşhis ve tedavi amaçlı olan tıbbi müdahalelere rızanın ise kişiliğin korunmasına yönelik olduğu için nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu belirtilmektedir²²⁵.

Hastanın rıza vermeye yönelik iradesini açıklamasıyla birlikte, rıza sonuçlarını doğurmaya başlar. Geçerli bir rıza, rıza sahibi tarafından çizilen kapsamı çerçevesinde kalan tıbbi müdahaleyi baştan itibaren hukuka uygun kılar. Tıbbi müdahalenin ancak rızayla çizilen sınırlar içerisinde kalmakla hukuka uygun olacağı, HHY'nin 31/3. maddesinde “*Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir*” denilerek düzenleme altına alınmıştır²²⁶.

Tıbbi müdahaleye rızanın hukuki niteliğiyle ilgili olarak birbirinden farklı hukuki görüşler ileri sürülmüştür²²⁷. Rızanın bir maddi fiil olduğu yönündeki görüş uyarınca, rızaya hukuki işlem denmesiyle rıza verene zarara tahammül etme zorunluluğu yüklenirken, ihlali gerçekleştiren kimseye de zarar verme yetkisi tanınmış olur. Halbuki rızayla amaçlanan bir tarafın zarara katlanma yükümlülüğünü üstlenmesi ve diğer tarafın da zarar verme yetkisini elde etmesi değildir²²⁸.

²²⁵ KARAKAŞ, s.94, HELVACI, Serap, “Kişilik İşlem Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1993, s.89, ŞENOCAK, s.73, OĞUZMAN – SELİÇİ -OKTAY ÖZDEMİR, s.172, ERDOĞAN – KESKİN, s.276, AKİPEK – AKINTÜRK – ATEŞ, s.347, SEROZAN, s.455.

²²⁶ BADUR, s.56.

²²⁷ KİRKİT, s.117.

²²⁸ BADUR, s.56, KİRKİT, s.117.

İkinci görüş, rızanın hukuki işlem olduğuna ilişkindir²²⁹. Bir veya daha çok kişinin hukuki netice doğurmaya yönelmiş irade beyanlarına hukuki işlem denir²³⁰. İrade açıklaması belirli bir hukuki neticenin doğması arzulanarak yapılmışsa ve hukuk düzeni de bu arzuya o hukuki sonucu bağlamışsa ortada hukuki işlem var demektir²³¹. Hukuki işlem, irade açıklaması ve bu açıklamanın yöneldiği sonucun hukuk düzeni tarafından tanınması şeklinde iki ana unsurdan oluşmaktadır²³². Buna göre, rıza hukuk düzeninin öngördüğü hukuki sonuca yönelmiş bir iradeye dayandığından, hukuki işlem olarak nitelendirilmektedir. Rızanın hukuki işlem olduğunun kabulü halinde tek taraflı hukuki işlem olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira rızanın hukuka uygunluk sonucunu doğurabilmesi için, muhatabının iradesinin de rıza iradesine katılımı gerekmemektedir²³³.

Üçüncü ve son fikir uyarınca, rıza“ hukuki işlem benzeri” bir irade açıklamasıdır. Rıza hukuken bir sonuç öngörülerek verilmişse, ortada bir hukuki işlem, hukuki sonuç öngörülmeden verilmişse hukuki işlem benzeri vardır. Öğretide hukuki işleme ilişkin kuralların, hukuki işlem benzerlerine de uygulanacağı yönünde görüş benimsendiğinden, tıbbi müdahalenin hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olarak nitelenmesi arasında, bu tartışmada ileri sürülen görüşlerden birinden yana tavır alınması, konuya uygulanacak hukuk kuralları açısından bir fark yaratmamakta ve ciddi önem taşımamaktadır²³⁴.

Kanaatimizce tıbbi müdahaleye rıza, aydınlatma kapsamında yapılacak olan tıbbi müdahalenin önem ve neticelerini anlayarak bunun hukuki sonuçlarına yönelik irade beyanı teşkil ettiği için hukuki işlem niteliğindedir. Maddi fiil olarak nitelendirilmesi mümkün değildir, çünkü rıza açıklaması ile bir maddi fiil meydana getirilmemektedir. Maddi fiil bir aktif hareket ile yaratılan sonuçlardır. Bu sonuçlar doğrultusunda da özellikle ceza hukuku alanında ceza normları bu sonuçlara neticeler bağlamaktadır. O

²²⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.41.

²³⁰ ERDOĞAN – KESKİN, s.151.

²³¹ OĞUZMAN – BARLAS, s.165, HATEMİ, “Medeni Hukuka Giriş”, s.152.

²³² ERDOĞAN – KESKİN, s.151.

²³³ BADUR, s.56, KIRKİT, s.117.

²³⁴ BADUR, s.58.

nedenle ceza hukukuna dair bu kavramın özel hukuk alanında kullanılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

2.3. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Hukuki Dayanakları

Tıbbi müdahaleye rızanın hukuki dayanakları bu kısımda, uluslararası düzenlemeler ve ulusal düzenlemeler olarak ikiye ayrılarak incelenecektir.

2.3.1. Uluslararası Düzenlemeler

2.3.1.1. Lizbon Bildirgesi²³⁵

Bilgi alma hakkının deklare edildiği ilk uluslararası yazılı belge, Dünya Tabipler Birliğince 1981 yılında yayınlanan “Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi”dir.

Altı maddeden teşekkül eden bildirgede, hastaların sahip oldukları haklar sınırlı sayılmış, hastanın yeterince bilgilendirilmeyi müteakip, önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkı olduğu bilahare hüküm altına alınmıştır. Böylece hastaların bilgilendirilme hakları, uluslararası bir belgede ilk kez deklare edilmiştir.

2.3.1.2. Amsterdam Bildirgesi²³⁶

Lizbon Bildirgesi’ni müteakiben, 1994’te DSÖ tarafından Avrupa içinde Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam Bildirgesi) kabul edilmiştir. Bildirgede hastanın aydınlatılması ve rızasının edinilmesi ayrı maddeler ile ele alınmıştır.

²³⁵ Bildirgenin İngilizce metnine Dünya Tabipler Birliği’nin internet sitesi üzerinden <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-lisbon-on-the-rights-of-the-patient/> adresinden ulaşılabilir.

²³⁶ Bildirgenin İngilizce metnine Dünya Sağlık Örgütü’nün internet sitesi üzerinden https://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf adresinden ulaşılabilir.

Hastaların nasıl aydınlatılacağı ve kapsamının ne olacağının da düzenlendiği bildirge uyarınca, hastaların şahıslarını ilgilendiren bütün tıbbi hususları, tavsiye edilen tıbbi girişimleri ve tüm girişimlerin muhtemel zarar veya faydalarını, tedavi edilmemenin neticelerini, tavsiye edilen girişimlerin varsa alternatif girişimlerini, teşhis ve tedavinin gidişatı ve prognoz gibi hususlarda tümüyle bilgilendirilme hakkının olduğu ve bilgilendirilmenin hastanın anlayabileceği bir metotla ve sahip olduğu anlama ve zeka seviyesine göre, teknik jargonun en az şekilde kullanılması suretiyle yapılarak ve gerekiyorsa tercüme de yapılarak yapılması gerektiği net olarak düzenlenmiştir. Bildirgede ayrıca hasta ile ilgilenen sağlık çalışanı ve içinde bulunduğu sağlık kurumu hakkında da aydınlatılmasının gerekliliği de ayrıca düzenlenmiştir.

Bildirgede, bilgilendirilme hakkına hangi durumlarda kısıtlama getirilebileceği de düzenlenmiştir. Düzenleme kapsamında bilgilendirilme hakkı, sadece hasta nezdinde açıkça müspet etki yarattığını gösteren delillerin ve gerekçelerin varlığı durumunda ve hastanın bilgilendirilmeyi istememesi durumunda kısıtlanabilir.

Ayrıca, hastanın kendisine bilgilendirilme yapılmamasının mümkün olmaması durumunda kimin bilgilendirileceğini tespit etme hakkı, farklı bir görüş edinme hakkı, taburcu olduğunda yapılan teşhis ve tedavilere dair yazılı bilgi edinme hakkı olduğu da ayrıca düzenlenmiştir.

Bildirgenin 3. maddesi ile rıza konusu ele alınmış ve hastanın rızasının tıbbi müdahalenin ön şartı olduğu hükme bağlanmıştır. Maddede bunun yanı sıra hastanın tıbbi müdahaleyi durdurma ve reddetme hakkının da bulunduğu ve durdurulmuş veya reddedilmiş olan tıbbi müdahalenin neticelerinin de mutlak surette belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Hastanın iradesini açıklamasının imkânsız olduğu veya acil bir şekilde tıbbi müdahalede bulunulması gerektiği hallerde, daha önce bu girişimi reddetmiş olduğuna dair bir irade beyanı bulunmuyorsa rızası varsayılarak müdahale yapılabileceği ifade edilmiştir.

Son olarak, hastanın yasal temsilcisinin rızasının arandığı durumlarda, hastanın yasal temsilcisinin rızasının gerektiği ancak müdahalenin aciliyet arz ettiği hallerde, rızanın vaktinde elde edilememesi durumunda tıbbi müdahalenin yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

2.3.1.3. Lizbon Bildirgesi II²³⁷

Dünya Tabipler Birliği'nce, 1995'te Lizbon Bildirgesi kapsamına eklemeler yapılarak yeni bir bildirme yayınlanmıştır. Altı maddeden teşekkül eden ilk bildirgeye oranla ayrıntılı düzenlemeler barındıran bildirgede, hastanın bilgilendirilme hakkı ve tıbbi müdahaleye rızanın elde edilmesini gerektiren durumlar daha detaylı olarak ele alınmıştır.

Bildirgede, hastanın kendi geleceğini tayin etme hakkı olduğuna dair genel kural, tıbbi müdahaleye rıza ile ilişkili bir şekilde düzenlenmiştir.

Hastanın yasal temsilcisinin rızasının alınmasının gerekli olduğu durumlarla alakalı maddeler içeren bildirgede, bilinci kapalı olan veya kendini ifade edemeyecek durumda olan hastalar ile temyiz kudreti bulunmayanların yasal temsilcilerinden rıza alınması gerektiği belirtilmiştir. Hastanın yasal temsilcisinin rızası gerekmeyle birlikte, tavsiye edilen müdahalenin aciliyet arz ettiği hallerde, rızanın hızlı bir şekilde elde edilememesi durumunda, müdahale öncesinde bu müdahaleyi reddetmiş olduğuna dair bir irade beyanı bulunmuyorsa, rızanın alındığı varsayılarak tıbbi müdahalede bulunulabileceği düzenlenerek varsayılan rızaya da yer verilmiştir.

Bildirgede ayrıca hukuken ehliyetsiz olan ancak, mantıklı kararlar verebildiği durumlarda, hastanın kararına saygı duyulması gerektiği, bu durumlarda hastanın, yasal temsilcisine bilgi verilmesini yasaklama yönünde bir hakkı olduğu hüküm altına alınmıştır. Düzenleme uyarınca, hastanın yasal temsilcisinin, doktorun tavsiye ettiği

²³⁷ Bildirgenin İngilizce metnine Dünya Tabipler Birliği'nin internet sitesi üzerinden <https://www.wma.net/wp-content/uploads/2005/09/Declaration-of-Lisbon-1995.pdf> adresinden ulaşılabilir.

tedaviyi reddetmesi durumunda, doktorun, hastanın faydasını ön plana alarak, gereken hallerde, hastanın kararı ile alakalı hukuki çarelere müracaat etmesi gerekliliği bulunmaktadır. Buna karşın hastanın durumu aciliyet arz ediyorsa doktorun kendisinin, hastanın üstün özel yararını göz önünde bulundurarak girişimi yapacağı düzenlenmiştir.

Bilgilendirilme hakkı ayrı bir başlıkta ele alınmıştır. Bildirgede, hastanın kendisi ile ilgili bir rapor hakkında bilgi edinme ve sağlık durumu ile alakalı tıbbi durumu kapsayan bilgi edinme hakkı getirilmiştir. Bu hakkın ise hangi durumlarda kısıtlanabileceğinin ve bilgilendirmenin şeklinin de düzenlendiği bu kısımda, hastanın sağlık ve yaşamına ciddi negatif etkiler yapacağını düşündüren konularda hastaya bilgi verilmeyebileceği, bilginin hastanın anlayabileceği bir yöntemle aktarılması gerektiği, başkasının hayatının muhafazası için gerekmedikçe hastanın bilgilenmeme hakkının bulunduğu, hastanın kendisi yerine kimin bilgilendirileceğini belirleme hakkının olduğu da hüküm altına alınmıştır.

2.3.1.4.Hasta Hakları Avrupa Şartı²³⁸

2002’de kabul edilmiş olan “Hasta Hakları Avrupa Şartı” hasta hakları konusunda kabul edilmiş olan son uluslararası olması nedeniyle önem arz etmektedir. Şartın insan sağlığının üst seviyede muhafazası ve çeşitli ulusal sağlık kurumlarınca üst kalitede sağlık hizmeti sağlanmasını amaçladığı belirtilmektedir.

Şartın 3. maddesi ilk bendi ile, hastanın hangi hususlarda bilgi edinme hakkı olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, herkes kendi sağlık durumu, sağlık hizmetleri ve bu sağlık hizmetlerinden faydalanabilme şartları hususunda ve bütün bilimsel araştırmalar ve tıptaki teknik gelişmeler konusunda bilgi edinebilir.

²³⁸ Şart’ın İngilizce metnine

https://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf adresinden ulaşılabilir.

Bunun yanı sıra, bilgilendirmenin şekli ile ilgili düzenlemeye göre, hastaya bilgi sağlanırken, hastanın dini inancı, etnik kökeni ve dil özelliklerinin de göz önüne alınarak, hastanın anlayabileceği biçimde bilgi verilmesi gerekliliği düzenlenmiştir.

Sağlık hizmetleri ile alakalı bilgilerin kolayca erişilebilir olması gerektiği ifade edilerek, bilgiye erişimdeki bürokratik engellerin ortadan kaldırılması, sağlık çalışanlarının eğitimi ve bilgi içeren materyallerin bilgiyi talep edene ulaştırılması hususları da düzenlenmiştir. Ayrıca hastaların kendileri ile alakalı kayıt ve bilgilere erişim haklarının mevcut olduğu da hüküm altına alınmıştır.

Bilgilendirilmenin kapsamı, şekli ve zamanı ile alakalı düzenlemeler, Şartın “Rıza” başlıklı 4. maddesi ile düzenlenmiştir. Maddeye göre, sağlık hizmeti sunanların, tedavi veya müdahale ile ilgili tüm bilgileri vermelerine dair zorunluluk belirtilmiş ve tüm bilgiler deyiminin, müdahale ve tedavinin riskleri, yan etkileri ve alternatifleri ile alakalı bilgileri de kapsadığı düzenlenmiştir. Bilgilendirilme zamanına dairde düzenleme barındıran maddede, hastaya müdahale konusunda karar tesis edebilmesi maksadıyla, müdahaleden en az 24 saat önce bilgi verilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Ayrıca hastanın konuştuğu dil ile onun anlayabileceği biçimde bilgilendirme yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bilgilendirilmenin kısıtlanabileceği durumlardan olan, hastanın bilgilendirilmemeyi isteme hakkı da bu kapsamda düzenlenmiştir.

Şartın 4. maddesinde ise diğer uluslararası düzenlemelerde olduğu üzere, hastanın yasal temsilcisinin rızasının gerektiği hallerde, hastanın mümkün oldukça karar alma sürecine katılımının sağlanması ve hastanın tıbbi müdahaleyi kabul etmemeye hakkı olduğu hususları da düzenlenmiştir.

2.3.1.5. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi²³⁹

Türkiye’nin 2003’te kabul ettiği “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp

²³⁹ Sözleşmenin Türkçe metnine <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> adresinden ulaşılabilir.

Sözleşmesi”nde de hastanın bilgilendirilme hakkı ve tıbbi müdahale öncesi aydınlatılmış rızasının alınması gerekliliği düzenlenmiştir.

Sözleşmede, girişilecek herhangi bir tıbbi müdahalenin, hastanın müdahaleye özgür ve aydınlatılmış olarak rıza vermesini müteakiben yapılabileceği düzenlenmiştir. Maddede ayrıca kişiye müdahaleden önce, müdahalenin maksadı ve kapsamı ile neticeleri ve tehlikeleri ile ilgili bilgi sağlanması gerektiği ve hastanın verdiği rızayı dilediğinde geri alabileceği hüküm altına alınarak aydınlatma ve tıbbi müdahaleye rıza konusunda genel çerçeve oluşturulmuştur.

Sözleşmenin 6. maddesi, rıza verme ehliyeti olmayan hastalara tıbbi müdahalenin yalnızca onun yararı mevcut olduğu takdirde yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Maddede, rıza verme ehliyeti olmayan küçüğe, yasal temsilcisi ya da kanun ile belirlenen yetkili makam, kişi ya da kurumun izini ile müdahale yapılabileceği ve küçüğün iradesinin, yaşı ve olgunluk seviyesine göre daha belirleyici bir unsur olarak dikkate alınması gerekliliği düzenlenmiştir.

Bunun yanı sıra, kanunen akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer sebepler nedeniyle, müdahaleye rıza verme ehliyeti olmayan yetişkin kişilere karşı girişilecek müdahaleler için de yasal temsilcisinin ya da kanunen tespit edilecek kişi veya makamın rızasının bulunması gerekliliği ele alınmıştır. Ayırt etme gücü bulunmayan bu gibi kişilerin de karar verme sürecine mümkün olduğu ölçüde iştirak ettirilmesi gerektiği de düzenlenmiştir.

Sözleşmenin “akıl hastalığı olan kişilerin korunması” başlıklı 7. maddesi uyarınca, gözetim, denetim ve başka bir makama başvuruda dahil ve yasa tarafından düzenlenen koruyucu koşullarla kâin olarak, öngörülen tedavi yapılmadığı durumda kişinin sağlığı için ciddi zarar oluşmasının olası bulunduğu hallerde, akıl hastalığına düşen hastanın rızası bulunmadan, akıl hastalığının tedavisi için tıbbi müdahale yapılabileceği hüküm altına alınmıştır.

Sözleşmenin 8. Maddesi ile, aciliyet arz eden hallerde, rızanın elde edilememesi durumunda, hastanın sağlığını muhafaza amacıyla gereken tıbbi müdahalenin derhal yapılabileceği de hüküm altına alınmıştır.

Müdahale esnasında irade beyanını yapamayacak derecede olan hastalar açısından tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıkladığı bir iradesi varsa bu iradesinin de dikkate alınması gerektiği 9. Maddede hüküm altına alınmıştır.

Sözleşmede bunların yanısıra bilimsel araştırmalar açısından, ilgili kişinin aydınlatılmış rızasının alınmasının önkoşul bulunduğu 16 ve 17. maddelerde hüküm altına alınmıştır.

Organ ve doku nakilleri açısından da düzenleme getirilerek, rızanın açık bir şekilde ve belirli biçimde yazılı ve resmi bir makam nezdinde sağlanmasının gerekliliği düzenlenmiştir. Türkiye, sözleşmenin 20. Maddesine, bu maddenin rıza verme ehliyeti bulunmayan kişilerden, kendisini yenileyen dokuların alınmasına imkan veren 2. bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle uyumlu bulunmaması sebebiyle bu hükmün uygulanması hususunda çekince koymuştur.

2.3.2. Ulusal Düzenlemeler

2.3.2.1. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

Türkiye’de sağlıkla ilgili hizmetlerin düzenlenmesi hususundaki ilk düzenleme 1219 Sayılı “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”dur. Kanun 1928 yılında yürürlüğe girmiştir.

Kanun’un 70. maddesinde, doktorların ve diş doktorlarının, her türlü tıbbi müdahalenin öncesinde, müdahalenin üzerinde gerçekleştirileceği hastadan, hastanın küçük veya kısıtlı bulunması durumunda ise kanuni temsilcisinden rıza elde edilmesi gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Maddede, kanuni temsilcisi bulunmadığı durumlarda

yahut müdahalenin yapılacağı hastadan rıza elde edilmesinin imkansız olduğu durumlarda, rıza alınmasının zorunlu bulunmadığı hüküm altına alınmıştır.

Ciddi cerrahi girişimler ile ilgili olarak ise bir şekil şartı getirilmiş ve bu tür girişimlerin öncesinde elde edilecek rızaların yazılı olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme, tıbbi müdahaleye rızanın elde edilmesi açısından şekil şartı getirmeyen Türk yasal düzenlemeleri açısından ayrıksı bir durumdur.

2.3.2.2. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

Tıbbi müdahaleye rıza ile ilgili olarak 1960 tarihli “Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi de bir düzenleme getirmiştir. TDN’nin 14. maddesi ile, hastanın hastalığı ve kendisine önerilen tedavi hususunda aydınlatılması gerektiği düzenlenmiştir. Maddede, hastanın manevi durumuna ilişkin menfi etki yaratarak hastalığın ilerlemesi olasılığının olmadığı durumlarda, yapılan teşhis uyarınca alınması lüzumlu olan tedbirler ile alakalı olarak hastanın aydınlatılabileceği düzenlenmiştir. Maddede hastanın yakınlarına hangi durumlarda bilgi aktarılabileceği de hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, hastanın prognozu kötü olan hastalığı hakkında yakınlarına bilgi aktarılmaması hususunda bir talimatı bulunmuyorsa yahut bilginin aktarılacağı kişiyi belirlememişse, hastanın yakınlarına hastalığı ile alakalı bilgi aktarılabilecektir.

2.3.2.3. Hasta Hakları Yönetmeliği

01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve son olarak 16.01.2019 tarih ve 30657 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişikliklerle yürürlükte olan Yönetmeliğin 4. maddesinde kavramların tanımlarına yer verilmiştir. Madde ile hasta hakları, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı olan kişilerin, sırf birey olmaları nedeniyle sahip bulundukları ve Anayasa, uluslararası sözleşmeler, yasalar ve sair mevzuat ile garantiye alınmış haklar olarak tanımlanmıştır.

Yönetmeliğin “*Rıza Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama*” başlığını taşıyan 22. Maddesi ile, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu açısından temel prensip belirtilmiş, yasada belirtilen ayıksı durumlar haricinde, kimsenin rızası olmadan ve sağladığı rıza ile uygun bulunmayan bir tarzda tıbbi müdahalelere maruz bırakılamayacağı hükmü altına alınmıştır.

Yönetmeliğin 5. bölümü “*Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası*” başlığını taşımakta, “*Hastanın Rızası ve İzin*” (m.24), “*Tedaviyi Reddetme ve Durdurma*” (m.25), “*Küçüğün veya Mahcurun Tıbbi Müdahaleye İştiraki*” (m.26), “*Alışılmış Olmayan Tedavi Usullerinin Uygulanması*” (m.27), “*Rızanın Şekli ve Geçerliliği*” (m.28), “*Organ ve Doku Alınmasında Rıza*” (m.29), “*Aile Planlaması Hizmetleri ve Gebeliğin Sona Erdirilmesi*” (m.30), ve “*Rızanın Kapsamı*” (m.31) konularında hükümler içermektedir.

“*Hastanın Rızası ve İzin*” başlığını taşıyan 24. maddede, tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının, hasta küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcisinin rızasının elde edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bununla beraber, Yönetmeliğin 26. Maddesi ile, yasal temsilcinin rızasının gerekli ve yeterli bulunduğu hallerde bile, mümkün olduğu kadar küçüğün veya kısıtlının dinlenmesi ve tıbbi müdahaleye katılımının sağlanması gerekliliği düzenlenmiştir. Maddede bunların yanı sıra, yasal temsilcinin rızasının elde edilmediği hallerde, girişilecek müdahalenin tıbben zaruri bulunması durumunda, mahkeme kararı ile müdahale edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Fakat yasal temsilcinin rızasının veya mahkeme kararının elde edilmesinin zaman alacağı ve hastaya derhal girişim yapılmaması halinde yaşamı veya yaşamsal organlarından birisinin tehlikeye gireceği hallerde tıbbi müdahaleye rızanın aranmayacağı da net olarak düzenlenmiştir.

Maddede bunun yanısıra rızanın yaşamı veya yaşamsal organlardan birisini tehdit eden aciliyet arz eden durumlar haricinde geri çekilmesinin imkan dahilinde olduğu da düzenlenmiştir. Bununla beraber, girişime başladıktan sonra rızanın geri çekilmesi ise, ancak tıbben bir sakınca olmaması şartıyla mümkündür.

HHY’de tıbbi müdahaleye rızanın kapsamı hususunda da düzenleme mevcut olup, rızanın hasta veya yasal temsilcisinin tıbbi müdahalenin kapsamı ve neticeleri konusunda aydınlatılmasını müteakip elde edilmesi gerekliliği düzenlenmiştir.

2.3.2.4. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun

3.6.1979 tarih ve 16655 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve son olarak 7151 sayılı ve 5.12.2018 tarihli Kanun ile değiştirilen 2238 sayılı Kanun’un 2. maddesinde, kapsamı belirlenmiş olup, Kanun’da yer alan organ ve doku kavramı ile, insan organizmasından alınan her türlü organ ve dokunun kastedildiği, otogreffer, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonlarının bu Kanun’un kapsamı haricinde olduğu belirtilmiştir.

Kanun, özel bir alanı düzenlemiş ve bu özel alanda girişilecek tıbbi müdahaleler ile alakalı aydınlatmalara özgü düzenlemeler yapmıştır.

Kanun’un “*Bilgi Verme ve Araştırma Yükümlülüğü*”başlığını taşıyan 7. maddesi ile, doktorların vericiyi aydınlatma sorumluluğu ele alınmıştır. Maddede, doktorun vericiyi, kendisinden organ ve doku alınmasının meydana getirebileceği riskler ile bu halin tıbben, psikolojik olarak ve sosyal olarak neticeleri hususunda, ayrıca girişilecek müdahalenin alıcıya sağladığı faydalarla ilgili olarak aydınlatması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Maddede, aydınlatmanın “*uygun bir biçim ve ayrıntıda*” yapılması gerekliliği düzenlenmiştir. Maddenin “c” bendi ise ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ile alakalı bir düzenleme yapmış ve doktorların bu kimselerin bağışlamak istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmekle yükümlü oldukları hüküm altına alınmıştır.

Kanun’un 6. Maddesi uyarınca organ ve doku bağışlayacak kimseden elde edilecek rızanın yazılı ve imzalı olması ve ayrıca iki tanık huzurunda alınması gerektiği düzenlenmiş ve böylece rızanın elde edilmesi ve yasal geçerliliği için bir şekil şartı düzenlenmiştir.

2.3.2.5. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

27.5.1983 tarih ve 18059 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2827 sayılı Kanun kapsamında yapılacak sterilizasyon, kastrasyon ve gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin tıbbi girişim öncesinde rıza alınması gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Kanun kapsamında kural olarak, gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon için ilgilinin rızasının elde edilmesi zorunludur. Maddede bunun yanı sıra, gebe kadın eğer küçük ise küçüğün ve yasal temsilcisinin; gebe kadın vesayet altında ise ve reşit bulunmuyorsa, kişinin kendisinin veya yasal temsilcisinin rızasının yanı sıra sulh hakiminin de izninin olması gerektiği düzenlenmiştir. Madde ile ayrıca akıl hastalığı sebebi ile şuur hürriyeti bulunmayan gebe kadın ile alakalı olarak rahim tahliyesi yapılması için o kişinin rızasının aranmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yasada evli olanlar açısından da bir düzenleme getirilmiş ve gebeliğin sonlandırılması veya sterilizasyon öncesinde eşin de rızasının elde edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

2.3.2.6. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik

13.04.2013 tarih ve 28617 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikte, ilgilinin aydınlatılması ve rızasının elde edilmesi ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Yönetmeliğin “*Araştırmanın Genel Esasları, Araştırma İçin Olur Alınması*” başlıklı II. Bölümü’nde, gönüllüler üzerinde araştırma yürütülebilmesi için gerekli koşullar belirtilmiştir.

Yönetmelik’ in 5. maddesinin (1) bendinde aydınlatma, (i) bendinde ise rıza konuları ele alınmıştır. Madde uyarınca gönüllülerden “*bilgilendirilmiş olur formu*” elde edilmesi zaruridir.

2.3.2.7. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği

30/9/2014 tarihli ve 29135 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik” ile, üremeye yardımcı olmak üzere tedavi yürütülecek çiftlere dair izin belgesinin örneği düzenlenmiştir. Yazılı şekil getirilen örnek belgede, işlemin tarafların rızası ve izni olmaksızın yapılamayacağı, bu işlemin tıbbi neticeleri ve olası komplikasyonları, riskleri, başarı garantisinin bulunmadığı, yapılacak laparoskopik girişimlerin ve sair girişimlerin risklerinin bulunduğu, olası “fetal anomali” riskinin mevcut bulunduğu ve gebelik meydana geldiğinde, gerekiyorsa anomalileri araştırmak amacıyla yapılacak testlerin riskleri ile alakalı aydınlatma yapılması gerekliliği ve hür irade ile rıza verilmesi gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Örnek belgede bunların yanı sıra , embriyoların dondurulmak suretiyle takip eden zamanlarda kullanılmak amacıyla ve üç seneyi aşmamak kaydıyla klinikte muhafazasına, muhafaza periyodunun nihayetinde veya taraflardan birinin ölümü veya boşanması veya talep halinde bu süreden önce, muhafaza edilen embriyoların derhal imhasının gerçekleştirileceğine rıza verilmesi gerekliliği de düzenlenmiştir.

2.3.2.8.Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

Doktorlar bakımından düzenleme getiren kuralların yer aldığı “*Aydınlatılmış Onam*” başlıklı 26. maddede, doktorun aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatmanın kapsamı, ölçüsü, şekli ve ne şekilde icra edileceği hususlarına değinilmiştir. Buna göre doktor, hastasını, sağlık durumu, yapılan teşhis, önerilen tedavi metodu, başarı şansı, riskleri, verilen ilaçların kullanım tarzı ve olası yan etkileri, önerilen tedavinin reddedilmesi durumunda meydana gelecek neticeler ve sair muhtemel tedavi olanakları ve riskleri hususunda aydınlatmalıdır.

Kuralların 26. maddesinde bunların yanı sıra, aydınlatmanın hastanın kültürel, toplumsal ve ruhi haline uygun biçimde ve hastanın anlayabileceği tarzda yerine getirilmesi, baskı, tehdit, eksik aydınlatma veya hile yolu ile elde edilmesi halinde rızanın geçersiz olacağı belirtilmiştir.

Rızası alınacak kişiler konusunda da düzenleme yapan 26. madde ile, aciliyet arzeden hallerde, hastanın reşit olmadığı veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği hallerde yasal temsilcinin rızasının gerektiği, yasal temsilcinin kötüniyetli şekilde izin vermediğinin düşünüldüğü durumlarda, bu hususun hastanın hayatını riske atması durumunda, adli mercilerden izin alınması gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Maddede ayrıca hastanın vermiş bulunduğu aydınlatılmış rızayı dilediği anda geri alabileceği de açıkça belirtilmiştir.

Kurallar'da ayrıca, hastanın bilgilendirilmeme hakkının da bulunduğu, hastanın bilgilendirilmek istemediğini belirttiği durumlarda doktoru bilgilendirmesinin lüzumlu olmadığı, yakınlarına sadece hastayla görüş birliği tesis edildiğinde haber verilebileceği, bilinci kapalı olan hastalar açısından yakınlarının bilgilendirilmesine doktorun karar vereceği konularında 27. madde ile düzenleme getirilmiştir.

2.3.2.9. Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik

Yönetmelikte aydınlatılma ve tıbbi müdahaleye rıza hususunda düzenlemeler bulunmaktadır. Yönetmeliğin 26. maddesi ile, hastaya evde bakım hizmeti verilebilmesi için, sağlık tesisinde hastanın veya hastanın tıbben içinde bulunduğu hal rıza vermeye müsait bulunmuyorsa yasal temsilcilerinin bilgilendirilmiş onam formu ile rızalarının elde edilmesini müteakip evde bakım hizmeti için kabul edilmiş olan hastaların, mevzuat ile belirlenmiş olan hakları da muhafaza edilecek biçimde, hasta hakları ve sorumlulukları ve hizmet içeriği hususunda bilgilendirileceği, hastanın bizzat kendisinin veya kendisi karar verme yetisine sahip bulunmuyorsa yasal temsilcisinin, verilecek hizmetin varsa riskleri hakkında tüm bilgiyi elde etmeye ve değerlendirmeyi müteakip hizmeti kabul etmeme hakkı bulunduğu düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 26/g maddesinde, hasta bakımı ile ilgili olarak sağlık kuruluşunca tavsiye edilen tedavi planının kabul edilmemesi halinde, bu tedavi metodunun uygulanmamasının yaratabileceği risklerin anlatılacağı ve hizmetin kabul edilmediğine dair yazılı beyanın talep edileceği düzenlenmiştir.

2.3.2.10. Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği

Yönetmeliğin başvuruya dair 9. Maddesi ile, Kordon Kanı Bankası açmak isteyen kuruluşların, Bankanın yer aldığı vilayetteki İl Sağlık Müdürlüğüne, bir başvuru dilekçesi ve Yönetmeliğin eki olan “bilgilendirilmiş olur formu”nuda içeren başvuru dosyası ile başvurmaları gerektiği düzenlenmiştir. Çalışma prensiplerinin yer aldığı 18. maddede, kordon kanı toplamanın, doğumun öncesinde annenin, Yönetmelik’te Ek-1 olarak yer verilen “Kordon Kanı Verici Anne İçin Bilgilendirilmiş Olur Formunu” imzalaması ile başlayacağı düzenlenmiştir.

2.4. Tıbbi Müdahaleye Rıza Ehliyeti

Tıbbi müdahaleye rızanın hukuken geçerli olabilmesi için en önemli şartlardan biri, rıza verecek kişinin bu hususta ehliyetinin, yani somut tıbbi müdahaleyi anlama ve kavrama yeteneğinin mevcut olmasıdır²⁴⁰.

2.4.1. Tıbbi müdahaleye Rızanın Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Bir Hak Olması

Tıbbi müdahaleye ilişkin rıza verme hakkı, kişinin vücut bütünlüğüne yani mutlak değerlerinden biri ile ilgili bir tasarrufa ilişkin olduğundan kişiyi sıkı sıkıya bağlı niteliktedir. Dolayısıyla esas itibarıyla hastanın kendi vücuduyla ilgili tıbbi müdahalelere ilişkin rıza ya da ret hakkını yalnızca kendisi kullanabilir, bir başkası buna yetkili değildir ve kişiyi sıkı sıkıya bağlı olduğundan rıza hakkının kullanılması bir başkasına bırakılamaz. Fakat kişiyi sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılabilmesi için

²⁴⁰ SUBAŞI, s.72, BADUR, s.62, YÜCEL – SERT, s.209, KIRKİT, s.118, ÇAKMUT, s.22, YILMAZ, Kerem, s.110, GÜRCAN, s.109, HANCI, s.89, HAKERİ, s.246, EROL, s.170, TUNALI, s.213, ÖZCAN, s.79, ERMAN, s.80, DERYAL, Yahya, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25>, Erişim tarihi: 22.04.2020, OĞUZMAN – SELİÇİ – OKTAY ÖZDEMİR, s.41 vd, HELVACI, s.45 vd, AKİPEK – AKINTÜRK – ATEŞ, s.269 vd., DURAL – ÖĞÜZ, s.39 vd, ERDOĞAN – KESKİN, s.224 vd, HATEMİ, “Kişiler Hukuku”, s.4, ÖZTAN, s.97 vd.

ayırt etme gücünün yerinde olması gerekmektedir. Ayırt etme gücünden yoksun olan birinin yapacağı irade açıklaması hiçbir hüküm ve sonuç doğuramaz²⁴¹.

2.4.2. Tıbbi Müdahaleye Rıza Verecek Hastanın Ehliyeti

Bir görüşe göre, rıza ehliyeti fiil ehliyeti olarak anlaşılmalı ve rıza verecek kişinin tam ehliyetli veya sınırlı ehliyetli olması şartı aranmalıdır²⁴². Bir görüşe göre²⁴³, rıza hususunda kişinin MK’da düzenlenen fiil ehliyeti veya ceza anlamındaki kusur durumu değil, karar verebilme, kavrama ve anlama yeteneği göz önünde tutulmalıdır. Kişi, yapılması planlanan sağlık girişimini, neticelerini, var olan riski değerlendirebilmeli, bir başka deyişle, tıbbi girişimin sebebini, manasını, aciliyetini ve olası sonuç ve etkilerini hiç olmazsa genel olarak değerlendirebilmelidir. Girişim ne kadar ciddi ise yahut girişim için başka seçenekler varsa ehliyet hususundaki kriterler de o derecesince elenip sıkı dokunmalıdır²⁴⁴.

2.4.2.1. Tam ve Sınırlı Ehliyetlilerin Tıbbi Müdahaleye Rızadaki Durumu

Tam ve sınırlı ehliyetli kişilerin, kural olarak, tıbbi müdahaleye rıza verme konusunda ehil oldukları tartışmasızdır.

2.4.2.2. Tam Ehliyetsizlerin Tıbbi Müdahaleye Rızadaki Durumu

Tam ehliyetsizlerin, ayırt etme gücüne ve dolayısıyla tıbbi müdahaleye rıza ehliyetine sahip olmadıkları yönünde de bir tartışma bulunmamaktadır.

²⁴¹ OĞUZMAN – SELİÇİ – OKTAY ÖZDEMİR, s.54 vd, , OĞUZMAN – BARLAS, s.191, HELVACI, s.59 vd, AKİPEK – AKINTÜRK – ATEŞ, s.288 vd, DURAL – ÖĞÜZ, s.57 vd, HATEMİ, “Kişiler Hukuku”, s.19, ÖZTAN, s.140 vd, ERDOĞAN – KESKİN, s.236 vd, YÜCEL – SERT, s.210.

²⁴² BADUR, s.62.

²⁴³ HAKERİ, s.246.

²⁴⁴ HAKERİ, s.246.

2.4.2.3. Sınırlı Ehliyetsizlerin Tıbbi Müdahaleye Rızadaki Durumu

Tıbbi müdahaleye rıza konusunda esas tartışmalı alan, sınırlı ehliyetsizlerin rıza ehliyetine dairdir. Bu kişiler, kural olarak ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılardır²⁴⁵.

Kişilerin ana ehliyet kurallarını düzenleyen MK, tıbbi müdahaleye rıza verecek hastanın ehliyeti hususuna özgü bir düzenleme getirmemektedir. Ayırt etme gücü olmayan tam ehliyetsiz hastalar için her durumda yasal temsilcilerin rıza beyanı yapabileceği tartışmasızdır. Buna karşın, ayırt etme gücü olup da kısıtlanmış olan kişiler ile 18 yaşını doldurmamış küçükler, MK.m.16/I’de düzenlenen istisna sebebiyle doğrudan tıbbi müdahaleye rıza verebilmelidir. Çünkü TMK.m.16/I’e göre, *“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir”*.

TŞSTİDK70. maddesinde rıza ehliyeti ile ilgili olarak *“tabipler, yapacakları her tür tedavi (ameliye) için hastanın, hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin öncelikle muvafakatini (rızasını) alırlar”* şeklinde bir düzenleme getirmektedir²⁴⁶.

HHY’nin 24/1. maddesinde *“hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır”* ifadesi kullanılarak ehliyet hususuna yer verilmiştir.

Dikkat edileceği üzere, bu hükümlerde küçük ve kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Buna karşılık HHY’nin 4/f maddesinde rıza ehliyetine karşılık gelmek üzere seçildiği düşünülen “yeterlik” terimi *“yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu etkisi ya da bunlara benzer sebeplerden akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği veya*

²⁴⁵ BADUR, s.63.

²⁴⁶ DERYAL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25> , Erişim tarihi: 22.04.2020

reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma halini” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır²⁴⁷.

Bir görüşe göre yukarıdaki tanım kapsamında, kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyetine sahip olması için, akla uygun davranma yeteneğinden yani ayırt etme gücünden yoksun olmaması ve tıbbi müdahaleye rıza vermesi veya rızasını esirgemesi halinde karşılaşılabilecek olası sonuçları anlama ve değerlendirme kapasitesine sahip olması aranmaktadır. Bu iki kritere sahip olan kişilerin, rıza ehliyetine sahip olmaları için kısıtlı olmamaları da ayrı bir şart olarak aranmamalıdır. Başka bir ifadeyle, rıza ehliyeti için aranan şartları haiz olan bir kişinin sadece küçük veya kısıtlı olması nedeniyle, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı niteliğindeki tıbbi müdahale için irade açıklamasında bulunma yetkisinin kendisinden alınarak, yasal temsilcisine verilmesi doğru değildir²⁴⁸.

Doktrinde, TŞSTİDK ve HHY düzenlemelerini temel alan ve DURAL tarafından savunulan görüş, kanuni temsilcinin rızasının temel alınacağını, çocuğusa yalnızca beyanının alınacağını, ancak çocuktan alınan bu beyanın bağlayıcı olmayacağını ileri sürmektedir.²⁴⁹ Fakat, DURAL’ın bu görüşüne eleştiriler gelmiştir. Bu eleştirilere göre bu görüş, tıbbi müdahaleye verilecek rızanın yukarıda da belirttiğimiz MK’nun 16. maddesi ile düzenlenen rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak teşkil ettiğini görmezden gelmektedir. Oysa bu kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan temyiz kudretini haiz olan çocuklar beden ve hayatlarını doğrudan etkileyen bu hususta rıza verebilmelidir. DURAL’ın kendisine dayanak yaptığı yasal düzenlemeler ise ancak temyiz kudretini haiz olmayan çocuklara ilişkin tıbbi girişimler için söz konusu olabilir.²⁵⁰

Ceza hukuku perspektifinden bakan ERMAN’a göre ise TŞSTİDK m.70’in ihlali bir kabahat niteliğindedir ve bu nedenle, maddenin ihlal edilmesinin rızanın geçersiz

²⁴⁷ BADUR, s.63.

²⁴⁸ BADUR, s.64.

²⁴⁹ HAKERİ, “Tıp Hukuku, I. Cilt”, s.398.

²⁵⁰ HAKERİ, “Tıp Hukuku, I. Cilt”, s.399.

olması sonucunu doğurmayacağını, yalnızca doktorun kabahat dolayısı ile sorumluluğuna yol açacağı belirtilmektedir.²⁵¹

TCK'daki kusur ile ilgili yaş ile ilgili sınırları dikkate alan görüşe göre, on iki yaşından daha küçük olanların rıza veremeyecekleri, on sekizden büyük olanların ise verebilecekleri belirtilmektedir.²⁵² DERYAL tarafından savunulan görüşe göre ise on beş yaş sınırının, Türk Hukukuna göre kabul edilebileceği ve uygulanabileceği, MK'nun on beş yaşında olan bir kişinin başkasına ihtiyaç duymadan, yalnız başına vasiyet düzenleyerek kendi mal varlığında işlem yapabilmesine imkan tanınmış olması nedeniyle, küçüğün vücuduna yapılacak tıbbi girişimlerden çok önemli olmayanları için rıza verebileceği ileri sürülmektedir.²⁵³

Doktrinde HAKERİ tarafından uygulamada Yargıtay tarafından, yeni TCK'nın yürürlüğünden sonra tesis edilen kararlarda, Yargıtay'ın on beş yaşından büyük olan kimselerin iradesini geçerli kılmaya yönelik bir eğilim gösterdiği ve bu eğilimin tıbbi girişimler açısından da geçerli olabileceği belirtilmektedir.²⁵⁴

Günümüzde doktrinde öne çıkan düşünce, belirli bir yaşın belirlenmesinden ziyade, somut olaydaki ruhsal gelişimi ilgili olayın somut olgularına göre belirlemek yönünde gelişmektedir. Böylece, çocuğun karar anındaki, yaşı, kabiliyetleri, tecrübesi, eğitimi, olgunluğunun ve değerlendirmesinin derecesine ve karar anındaki tutum ve davranışlarına göre, tıbbi müdahaleye rıza gösterme yeteneğine sahip bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Ancak on beş yaştan ufak çocuklar açısından rıza yeteneği bulunmadığının kabulü ve sadece yasal temsilcisinin rızası ile müdahalenin yapılabilmesi ve on sekiz yaşın doldurulmasından az bir zaman öncesinden başlayarak ise rıza yeteneğinin bulunduğu kabul edilmelidir²⁵⁵.

Yetişkin denilebilecek küçüklerde, küçüğün rızasına kıymet verilecek tıbbi girişimler riski düşük olan ve standart uygulamaları içeren tıbbi girişimler olmak

²⁵¹ HAKERİ, "Tıp Hukuku, I. Cilt", s.399.

²⁵² HAKERİ, "Tıp Hukuku, I. Cilt", s.399.

²⁵³ HAKERİ, "Tıp Hukuku, I. Cilt", s.399.

²⁵⁴ HAKERİ, "Tıp Hukuku, I. Cilt", s.399.

²⁵⁵ HAKERİ, "Tıp Hukuku, Cilt I", s.400.

durumundadır. Tıbbi girişimin yapılması gerekliliğinin doktor tarafından doğru görüldüğü durumlarda çocuğun kanuni temsilcisi rıza gösteriyorsa çocuğun rıza gösterip göstermediğine bakılmamalıdır. Bu nedenle, küçüğün yapılacak tıbbi girişime rıza vermemeye dair iradesi, tıbbi girişime rıza vermeye dair iradesine göre daha değersiz olarak kabul edilmek durumundadır. Bunun yanı sıra yetişkinlerin küçükler hakkında sadece sınırlı ve basit tıbbi girişimler için ret hakkına haizseler, küçükler de sınırlı ve basit tıbbi girişimler açısından ret hakkına haiz olmalıdırlar.²⁵⁶

Karşılaştırmalı hukukta ekseriyetle tıbbi müdahalenin ağırlığına oranla bir ayırım yapılarak rıza verme ehliyetine ilişkin yaşı da bu ayırım kapsamında her vaka başına ayrı bir şekilde belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda, kişi küçük dahi olsa, kendi vücut tamlığı üzerinde serbest bir şekilde tasarruf edebilecek vaziyette ise gerçekleştirilen eylemin hukuka uygun olacağı belirtilmektedir²⁵⁷.

TMK m.339/2 kapsamında, çocuk denetiminde olduğu ebeveynlerini dinlemekle yükümlü ise de ebeveynlerin haiz oldukları bu yetkinin de sınırları bulunmaktadır. Ebeveynler tıbbi müdahaleye rıza ehliyetini çocuğun yararını gözetererek kullanmak zorundadırlar. Çocuk üzerindeki velayet/vesayet yetkisinin kötüye kullanıldığı hallerde ebeveynin rıza ehliyeti kaldırılabilir. TMK m.346 uyarınca çocuğun yararı ve gelişimi tehlikeye düştüğü durumda, ebeveyn duruma bir çözüm bulmaz veya buna çözüm bulmaya güçleri yetmez ise yargıç çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır²⁵⁸.

Reşit olmayan kimsenin rıza yeteneğinin olmadığı anlaşıldığı hallerde, kanuni temsilcisinin rızası alınmalıdır. Uygulamada bu konuda tıbbi müdahalenin niteliğine göre üçlü bir değerlendirme yapılmaktadır. Rutin müdahalelerde, yani basit hastalık ve yaralanmalarda doktor, anne – babadan orada hazır bulunanın rızasını almakla yetinebilir. Buna karşılık orta ağırlıktaki müdahalelerde, başka bir deyişle, önemsiz denemeyecek riskler içeren ağırlıktaki müdahalelerde, doktorun hazır bulunan anne veya babadan, diğerinin de rıza verdiği konusunda emin olması gerekmektedir. Buna karşılık önemli riskler içeren ağır müdahalelerde her iki tarafın da rızasının

²⁵⁶ HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.400.

²⁵⁷ ERMAN, s.81, SUBAŞI, s.74.

²⁵⁸ SUBAŞI, s.75.

alınmış olması gerekir. Eşler arasında çocuklara yönelik tıbbi müdahale konusunda fikir ayrılığı çıkarsa yargıcın kararının alınması gerekir²⁵⁹.Eşler boşandığı takdirde rıza verme yetkisi velayet sahibi tarafa aittir²⁶⁰.

Çocuğun kendi iradesi ile yasal temsilcisinin iradelerinin birbirine karşıt olduğu durumlarda, 1219 sayılı Yasa açık bir şekilde anne babanın iradesini temel ve geçerli gördüğü için, böyle bir çatışma durumunda anne babanın rızasının esas alınması gerekir²⁶¹.

Küçüğün rıza ehliyetinin bulunmadığı hallerde yasal temsilcinin iradesine başvurulması hukuken kabul edilmesine karşın, rıza verilen hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu göz önüne alındığında bu şekilde bir olanağın var olup olmadığı gündeme gelebilir. Tıbbi müdahaleler de, kişinin bedenine ilişkin olmakla, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ilgilendirmektedirler ve bu nedenle kural olarak temsilci eliyle hukuka uygun hale gelemeyeceklerdir²⁶².Ancak burada çocuk açısından konu ele alındığında velayet ile vesayet arasında farkların olduğu da göz önünde tutulmalıdır. MK velayet altındaki ayırt etme gücüne sahip küçük ve vesayet altındaki ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların yaptıkları işlemlerde yasal temsilcinin rızasının alınması şartını aynı esaslara bağlamıştır. Fakat velayet altındaki kimselerde işlemin yapılabilmesi için anne ve babanın rızası yeterli olduğu halde, vesayet altındaki kimsenin yaptığı bazı işlemlerde, yasal temsilcinin rızasından başka, vesayet ve denetim makamlarının izninin gerekli olduğu da unutulmamalıdır²⁶³.

HHY m.24'e göre: *"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz."*

²⁵⁹ HAKERİ, s.408, GÜRCAN, s.112.

²⁶⁰ GÜRCAN, s.112.

²⁶¹ HAKERİ, "Tıp Hukuku, Cilt I", s.406.

²⁶² ERMAN, s.86.

²⁶³ OĞUZMAN – SELİÇİ – OKTAY ÖZDEMİR, s.106.

Denilerek hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde, ayırt etme gücü olup olmadığına bakmadan, yasal temsilcinin rızası aranmaktadır. Ancak küçüğün rızası yeterli olmasa da hasta küçüğün dinlenmesi şeklinde rızaya katılımı sağlanmalıdır. Bu husus HHY m.24/2’de şu şekilde düzenlenmiştir:

“Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.”

HHY 24/3 uyarınca *“kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi, Türk Medeni Kanunu’nun 272’nci ve 431’inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”*

“Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz”.

Kanaatimizce, yaşama hakkı ile vücut bütünlüğü hakkı, kişiye sıkı surette bağlı haklardır. Bu nedenle tıbbi müdahalenin önemini ve sonuçlarını kavrayabilecek olgunlukta olan küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerde, tek başına yasal temsilcinin rızası yeterli olsa da kişinin kendi kaderini tayin hakkı söz konusu olduğunda küçüğün yapılacak müdahaleyi ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda olması halinde karara küçüğün de katılımının sağlanması gerektiğini düşünüyoruz. Bununla birlikte, TŞSTİDK ve HHY’nin açık düzenlemeleri karşısında, ebeveynin rızası elde edilmeden tıbbi girişim yapılamayacaktır.²⁶⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki eski kanun yeni kanun uygulamasında yeni kanunun uygulanması gerektiği, MK’nun yeni kanun olması nedeniyle uygulanacağı ileri sürülmekteyse de TŞSTİDK doğrudan doğruya tıbbi

²⁶⁴ HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.404.

müdahalelere dair düzenleme getirdiği için MK’na göre özel kanun niteliğindedir ve öncelikle uygulanmak zorundadır²⁶⁵.

Yaş küçüklüğü (MK.m.404) veya akıl hastalığı (MK.m.405) sebebiyle hakkında kısıtlılık kararı alınmış olanlar hariç olmak üzere; savurganlık, alkol, uyuşturucu bağımlılığı, kötü yaşam tarzı veya kötü yönetim (MK.m.406) ya da bir yıl ve daha uzun süreli hapse mahkumiyet, yaşlılık, sakatlık, tecrübesizlik gibi sebeplerle hakkında kısıtlılık kararı alınmış olan sınırlı ehliyetsizlerin de, aynı nedenlerle tıbbi müdahaleye doğrudan kendilerinin rıza vermeleri gerektiği kanaatindeyiz²⁶⁶.

“2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” da, organ veya doku alınacak kimsenin “18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz” olmasını aramaktadır (m.6). “On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır” (m.5). Hasta Hakları Yönetmeliği’nde (m.29) aynı şekilde düzenlenen bu madde, küçük ve kısıtlıların kanuni temsilcilerinin muvafakati ile bile olsa organ ve dokularının alınamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır. 18 yaşını doldurmamış olup evlenme yoluyla rüşünü kazanmış kimselerin de organ ve doku vermeleri mümkün değildir²⁶⁷.

2.4.3. Acil Müdahale Gerektiren Durumlar

Acil müdahale gerektiren durumlarda, hastanın velisine veya vasisine ulaşılamıyorsa hastanın yasal temsilcisinin rızası aranmaksızın üstün özel yararın korunması amacıyla tıbbi müdahalede bulunulabilir. Hastanın velisi veya vasisi acil bir durumda rıza vermekten kaçındığı takdirde hasta çocuğun veya kısıtlının yüksek yararının korunması uğruna tıbbi müdahalede bulunulması hukuka uygun olur²⁶⁸.

²⁶⁵ HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.404.

²⁶⁶ DERYAL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25>, Erişim tarihi: 22.04.2020

²⁶⁷ DERYAL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25>, Erişim tarihi: 22.04.2020

²⁶⁸ YÜCEL – SERT, s.213.

Önceden açıklanmış rıza yani hastanın önceden vermiş olduğu talimatlar hukukumuzda bağlayıcı olmadığından, vasi olarak atanmış olan ve hastanın önceden tayin ettiği temsilcinin rıza vermekten kaçınması halinde dahi acil müdahalenin yapılması mümkündür. Önceden açıklanmış isteklerle ilgili olarak HHY m.24 f.5 – 6’da şu şekilde bir hüküm bulunmaktadır: “*Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir.*” İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 9. maddesinde de bu hususta taraf devletlere düzenleme konusunda takdir alanı tanınmaktadır²⁶⁹.

2.5. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Konusu ve Kapsamı

Kişinin bedeninde gerçekleştirilen girişimler bakımından rıza farklı bir önem taşımaktadır. Hastanın rızasıyla müdahalede bulunacak doktor, onun sağlığı ve belki de yaşamı üzerinde çok büyük sonuçlar doğuracak faaliyetlere girişmektedir. Kişinin bedeninde tasarrufta bulunma hakkı sınırsız değildir. Onu bu faaliyetlerini yapmaktan alıkoyacak şekilde vücut dokunulmazlığını bozmaya yönelik bir fiile ilişkin rıza hukuka aykırı olacaktır²⁷⁰. Hukuk düzeni, bir kimsenin kendi kişiliğini oluşturan unsurlar üzerinde; yaşama, ilerleme ve gelişme imkanlarını ortadan kaldıracak şekilde hukuki işlemler yapmasına izin vermez. Bir kimsenin kendi iradesiyle de olsa, maddi, manevi ve ekonomik bütünlüğünü tehlikeye sokacak şekilde kişiliğini oluşturan unsurları sınırlandırmasına engel olmak ister. İşte kişinin kendi kişiliğini aşırı derecede sınırlandırmasının geçerli olmadığına ilişkin ilke hukukta “*kişiliğin içe karşı korunması ilkesi*” olarak isimlendirilir²⁷¹.

Gerek TMK’nun 23/2. fıkrasında gerekse de BK’nun 20. maddesindeki düzenlemelerden çıkan sonuç, genel ahlak ve kamu düzenine aykırı akitler

²⁶⁹ YÜCEL – SERT, s.213.

²⁷⁰ ÇAKMUT, s.28.

²⁷¹ AKİPEK – AKINTÜRK – ATEŞ, s.358.

kurulamayacağı ve hukuken üzerinde serbestçe ve tam olarak tasarrufta bulunulamayacak haklara yönelik rızaların hukuken geçersiz olacaktır. Bu yüzden rızanın konusu, genel ahlak ve kamu düzeni kısıtlamalarına uymak şartıyla kişinin bedeni, hayatı ve sağlığı üzerindeki tasarruf yetkisidir. Ancak bu tasarruf, belli bir tıbbi müdahaleye ilişkin olmalıdır. Yoksa soyut ve genel nitelikte bir rıza geçerli olmadığı gibi kişilerin beden bütünlüğü ve sağlığına ilişkin özgürlüğünden peşinen vazgeçmesi de hukuken mümkün değildir²⁷². Doktor, hastanın rıza verdiği konuya ilişkin olarak müdahalede bulunabilecektir. Dolayısıyla gerçekleştirdiği fiil, rıza konusuyla sınırlı kalmaktadır. Doktorun, hastanın rıza verdiği konuyla bağlı kalmasını ne çok dar ne de çok geniş yorumlamalıdır. Rıza gösterilen girişim esnasında doktor, rızanın konusu haricinde olan, fakat hasta açısından tehlike barındıran bazı girişimleri de yerine getirebilmelidir. Fakat doktorun bu girişimleri yapabilmesi için, girişim yapmak açısından tıbben mecburiyet olması, kişinin rızasını almak amacıyla beklerken yaşanacak gecikmenin hastanın hayatı ve sıhhati bakımından onarılamaz neticeler ortaya çıkaracak olması veya başlanmış girişimin bırakılmasının bu tür neticeleri meydana getirebilmesi zaruridir²⁷³.

Yukarıda da belirtildiği üzere bireylerin sıhhatleri ve vücut tamlığına yönelik tasarrufta bulunma hakları, mutlak değildir. Bireyin rızası olsa bile şahsiyet haklarından bütünüyle feragat etme, devir etme veya ölçüsüz sınırlama neticesine varacak şekilde şahsiyet haklarını açık bir şekilde ihlal eden tasarruflar meydana getirilmesi halinde, bu tasarrufların hukuki olmayan neticeler doğuracağı izahtan varestedir. Kişinin kendisine karşı da korunması gerektiği TMK'nun 23. maddesi ile düzenleme altına alınmıştır. Nitekim TMK. 23/2'ye göre, "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz"²⁷⁴.

Kişinin rıza göstereceği girişimin, yasalara, yaygın kabul görüş ahlaki anlayışlara ve amme nizamına ters düşmemesi zorunludur. Örneğin yakalanmamak için estetik müdahale yaptırmak isteyen kimseye, rızasıyla yüz estetiği yapan hekimin

²⁷² SUBAŞI, s.81, EROL, s.177.

²⁷³ ÇAKMUT, s.31.

²⁷⁴ SEROZAN, S.457, OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.213, KIRKİT, s.134.

eylemi hukuka aykırıdır. Cinsiyet değişikliği ameliyatları yabancı yargı organlarınca genellikle ahlak ve etik dışı olarak değerlendirilmektedir. Fakat bu çeşit operasyonların manevi iyileşmeye olan katkısının da mutlaka değerlendirilmesi gerekir.²⁷⁵ Kişisel özgürlüğe ilişkin kısıtlamalar ancak hukuka ve ahlaka aykırı olmadıkları ölçüde geçerlidir. Sözleşmelerin kişilik haklarına aykırı olup olmadığını belirlerken zorunlu olarak TMK m.23/2'yi uygulamak gerekir. Çünkü kişisel özgürlük tüm kişilik haklarına ilişkin serbest karar verme yetkisini de kapsamaktadır. Kişisel özgürlük kısıtlamaları sıklıkla kişilik haklarına ilişkin karar verme özgürlüğünden vazgeçilmesi ya da bu özgürlüklerin ahlaka aykırı olacak derecede sınırlanması olarak görüneceklerdir²⁷⁶.

Tıbbi müdahalenin kapsamına dahil olan işlemler için, tıbbi müdahaleye yönelik olarak verilen rıza geçerlidir. Tıbbi müdahaleyi oluşturan her bir işlem için ayrıca rıza alınmasına gerek bulunmamaktadır²⁷⁷. HHY m.31/2-3 fıkralarına göre, hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar. Tıbbi müdahalenin, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir. Tıbbi müdahalenin iyileşme amacına yönelik bir tıbbi müdahale olması gerektiği kural olarak kabul edilse de bugün kan bağıışı gibi iyileşme amacına yönelik olmayan ancak hukuken geçerli şekilde rızanın konusu olabilen tıbbi müdahaleler de mevcuttur²⁷⁸.

Rızanın konusu tıbbi müdahalede bulunma bakımından alınan rıza sayesinde, olağan ve hasta bakımından risk oluşturmeyen müdahaleler yönünden, ayrıca rıza alınmasına gerek yoksa da hastanın durumuyla ilgili özel bir risk ortaya çıkması halinde yapılacak işlem için ayrıca aydınlatma yapıp rızanın tekrar alınması gerekir²⁷⁹.

Rızanın konusu ve kapsamı başlığı altında ele alınması gereken bir diğer konu ise, mutad bulunmayan, yeni ortaya çıkmış tedavinin hayata geçirilmesi konusudur. Bu uygulama HHY m.27 kapsamında ancak aşağıdaki üç koşul gerçekleşirse mümkün olabilir. (m.27/I):

²⁷⁵ HAKERİ, "Tıp Hukuku, Cilt I", s.493.

²⁷⁶ OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.213.

²⁷⁷ KİRKİT, s.136.

²⁷⁸ SUBAŞI, s.81.

²⁷⁹ KİRKİT, s.136.

- Yapılan muayeneler ve testler neticesinde mevcut tedavi yöntemlerinin işe yaramayacağını tespit edilmesi ve denenecek tedavinin hasta için daha iyi sonuçlar getirme ihtimalinin bulunması,
- Uygulama öncesinde, dünya çapında kabul görmüş deney metotları ile yeterince denemesinin yapılmış ve bu deneyler neticesinde faydalarının ortaya çıktığının tespit edilmiş olması,
- Kişinin uygulanacak bu tedavi metodu için rızasını vermiş olması

Yukarıda sayılan koşullar önceden denemesi yapılmış tedavi metotlarının hasta olan kişi üzerinde uygulanmasını kapsar. Uygulama öncesinde yeterince denenmeden faydalı neticeleri tespit edilmemiş tedavi metotlarının uygulanması ise daha ağır koşullarla mümkün olabilecektir. Bu sebeple, denemesi yapılmamış bir tedavi metodu sadece, hastaya zararı dokunmayacağını ve hastayı iyileştireceğinin kesin bir şekilde tespit edilmesi şartıyla uygulanabilir²⁸⁰.

2.6. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Şekli

Rıza mevzuatımızda herhangi bir şekilde prensip olarak şekle tabi değildir. HHY m.28'e göre, mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle tabi bulunmamaktadır. Zımni olabileceği gibi yazılı olmak zorunda da değildir²⁸¹. Hususi olarak yazılılık bir şekli zorunluluk olarak düzenlenmemişse, yargılama esnasında, yazı ile verilmemiş olan söze dayanan rıza geçerli sayılmaktadır.

Rıza vermenin yazı ile yapılmasının koşul bulunmadığı durumlarda, kişinin davranışının rıza teşkil edip etmeyeceği güven prensibi kapsamında ele alınmalıdır. Eğer hasta, tıbbi girişim yapılmasına onay verdiği şeklinde yorumlanabilecek davranışlar sergiliyorsa, rıza verdiğini kabul etmek mümkün olabilecektir. Fakat, bu tür bir rızanın hukuk dünyasında kabul edilebilmesi için, kişinin davranışlarının, ortalama

²⁸⁰ DERYAL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25> , Erişim tarihi: 22.04.2020

²⁸¹ HAKERİ, s.243, KİRKİT, s.131.

bilgi düzeyine ve anlayışa sahip bir doktorda rızaya yönelik bir algı yaratabilecek düzeyde olması gerekir. Doktor ise rıza verildiğine dair çıkarım yaparken hüsnü niyet kaidelerine uymalıdır²⁸². Ancak önemle belirtmek gerekir ki, zımnen verilen rıza için hukuk alanında cevaz verilmesi, bu tür durumlarda aydınlatma zorunluluğunun olmadığı şeklinde yorumlanamaz²⁸³.

HHY'nin 26. maddesi rıza formları hakkında detaylı bir düzenleme içermektedir. Maddede mevzuatta yazılı rızanın öngörüldüğü durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşlarınca Yönetmelik'in aydınlatmanın kapsamına ilişkin 15. maddesindeki bilgileri içeren bir rıza formu hazırlanacağı düzenlenmiştir. Maddenin devamında, rıza formunda yer alan bilgilerin, sözlü olarak hastaya aktarılarak, formun hastaya veya yasal temsilcisine imzalatılacağı belirtilmiştir. Rıza formu iki nüsha olarak hazırlanır ve imza altına alınır. Bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya yasal temsilcisine verilir. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından da imzalanır. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir²⁸⁴.

Hastanın tıbbi müdahaleye rıza vermemesi durumunda bu durum yazılı hale getirilmeli ve hastaya imzalatırılmalıdır. Hasta imzadan çekinirse bu durum tutanağa geçirilmelidir²⁸⁵.

2.7. Yazılı Rıza Gerektiren Haller

Bazı tıbbi müdahaleler için rızanın yazılı olması geçerlilik şartıdır.

²⁸² TUNALI, s.254.

²⁸³ HAKERİ, s.243.

²⁸⁴ BADUR, s.73.

²⁸⁵ EROL, s.179.

2.7.1. Büyük Ameliyatlar

Rızanın yazılı olması gereken diğer bir durum büyük ameliyatlara ilişkin olandır. TŞSTİDK'nun 70/1. maddesi uyarınca, büyük cerrahi ve diğer bazı girişimler (organ ve doku nakli, rahim tahliyesi vs.) için rızanın yazılı olması gerekmektedir.

2.7.2. OVDNHK'da Öngörülen Hal

Rızanın yazılı geçerlilik şartına tabi tutulduğu hallerden birisi OVDNHK'nun 6.maddesinde yer alan, *“On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”*düzenlemesidir. Bu durum HHY'nin 29.maddesinde, *“..2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına tabidir”* şeklinde OVDNHK'na atıf yapılarak düzenlenmiştir.

2.7.3. İnsan Kökenli Biyolojik Maddelerin Alınması, Aşılması ve Nakli

MK'nun 23/3 maddesi gereğince insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli yazılı rıza üzerine mümkündür.

2.7.4. Tıbbi Araştırmalar

HHY m.34/II uyarınca tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir.

2.8. Varsayılan Rıza

Bu konuda ele alınması gereken bir kavram da “varsayılan rıza”dır. Varsayılan rıza genellikle bilinci yerinde olmayan hastalara yönelik tıbbi müdahaleler bağlamında gündeme gelmektedir. Hastanın bilinci kapalı olduğu için rızasının alınamadığı, onun adına rıza açıklayacak kişinin bulunmadığı ve beklemeye de zaman olmayan tıbbi zorunluluk hallerinde müdahalede bulunan doktorun hastanın varsayılan rızasına göre hareket ettiği kabul edilmektedir. Bir başka deyişle varsayılan rıza, açık bir irade beyanına ulaşamadığı durumlarda, bu beyanda bulunması gereken kişinin gerçek iradesi üzerinde bir tahminde bulunmaya ve bunun sonucuna göre hareket etmeye dayanmaktadır²⁸⁶.

Varsayılan rıza durumunda, hak sahibinin fail tarafından tahmin edilen iradesi ile ters doğrultuda olması olası bulunan gerçek iradesi çatışmakta ve bu çatışma, hukuk düzeni tarafından nesnel ve somut ölçütlere göre saptanan bir varsayılan rıza çerçevesinde çözülmektedir²⁸⁷.

Varsayılan rıza halinde gerçekleştirilen müdahalenin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Bu durum temelde, menfaatlerin dengelenmesi ilkesine dayanmaktadır. Gerçekten de bazen öyle olaylarla karşılaşmaktadır ki, korunacak hukuki menfaat, zarar verilecek menfaatten daha üstün tutulmaktadır ve böyle bir halde gerçekleştirilen fiil, diğer bazı şartların da varlığı halinde hukuka uygun kabul edilmektedir²⁸⁸.

Varsayılan rıza kavramına çeşitli uluslararası belgelerde de değinilmiştir. Bunlardan Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 9. maddesi, “müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önünde bulundurulacaktır” hükmüyle, bilinçsiz hastanın yararı yanında, kendi geleceğini

²⁸⁶ TUNALI, s.258.

²⁸⁷ ERMAN, s.139.

²⁸⁸ ÇAKMUT, s.26, YILMAZ, Kerem, s.113.

belirleme hakkına da saygı gösterilmesi gerektiğini kabul etmiş, böylece varsayılan rızanın bu konuda uygulama alanını benimsemiştir²⁸⁹.

Varsayılan rızadan söz edilebilmesi için, bu konuda verilecek bir rızanın geçerli olabilmesi, yani hukuk düzeninin, mağdurun rızasına geçerli bir etki tanıdığı bir konuya ilişkin olması gerekmektedir. Bu durumda, tıbbi müdahalelerde varsayılan rızadan söz edilebilmesi için bunun, yaşama hakkına ilişkin bulunmaması ve hukuka ve ahlaka aykırı bir sonuç doğurmaması gerekir²⁹⁰.

Bunun dışında, hastanın, bilinci yerinde olsaydı böyle bir durumda özgür iradesiyle karar verebilecek olması gerekmektedir. Yani, aydınlatmada bulunulduktan sonra böyle bir müdahaleye rıza vermesinin kendisinden beklenebilir olması aranmalıdır²⁹¹.

Varsayılan rızası araştırılacak kişinin, duruma ilişkin gerçek ve açık bir rızasının bulunmaması veya bu kişinin, rızasını açık bir biçimde esirgememiş olması zorunludur. Buna varsayılan rızanın ikincilliği denilmektedir. Ayrıca varsayılan rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için, hak sahibinin rızasının, müdahaleden önce uygun bir zaman da alınmasının olanaksız olması gerekmektedir²⁹².

2.9. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Zamanı

Doktorun aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği şekilde yerine getirmesinden sonra, rızanın doktora açıklanması şarttır. Bu açıklamanın en geç tıbbi müdahalenin yapıldığı sırada bildirilmesi gerekir²⁹³.

Tıbbi müdahale devam ederken verilecek rızanın geçerli olup olmayacağı noktasında kanaatimiz, başlamış ve devam etmekte olan bir tıbbi müdahalede iradesi

²⁸⁹ ERMAN, s.140.

²⁹⁰ ERMAN, s.149.

²⁹¹ ERMAN, s.149.

²⁹² ERMAN, s.149.

²⁹³ SUBAŞI, s.77, HAKERİ, s.243, OĞUZMAN – SELİÇİ – ÖZDEMİR, s.229.

baskı altında olan ve o anda sağlıklı düşünemeyecek durumda olan hastanın rızasının geçerli kabul edilmemesidir.

Girişimin ardından rıza verilmesi, girişimi hukuk alanında kabule değer bir hale getirmez. Bu netice ceza alanında geçerli olacaktır. Hukuk alanındaysa daha sonra verilen rıza ancak tazminat yükümlülüğünden hekimi kurtarır²⁹⁴.

Nitekim Alman mahkeme kararlarında da (müdahalenin türüne göre değişmekle birlikte), doktorun en az üç gün önce hastasını aydınlatıp rızasını alması gereği vurgulanmaktadır. Zira hastanın sakin olarak düşünüp, yakınları ile görüşüp karar verebilmesine elverişli bir zaman sürecine ihtiyacı vardır ki, sağlam bir rıza açıklaması yapabilsin²⁹⁵.

2.10. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Geri Alınması, Tedaviyi Ret Hakkı ve Hasta Vasiyeti

Rızayla ilgili ele alınması gereken önemli bir konu da hastanın tedaviyi reddetme hakkı kapsamında tıbbi müdahaleye rıza vermemesidir. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin ön koşulu hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasıdır. Kanuni istisnalar olmadıkça tıbbi müdahaleye rızası alınmadan kişinin vücut dokunulmazlığı ihlal edilemez, kişiye tıbbi müdahalede bulunulamaz. Hasta isterse daha tıbbi müdahaleden önce rızasını esirgeyerek tedaviden kaçınır, isterse de tedavi sürerken rızasını geri alıp tedaviyi durdurabilir²⁹⁶. Verilen bir rızanın, tıbbi müdahaleden önce veya müdahale esnasında geri alınabilmesi mümkündür. Bu

²⁹⁴ HAKERİ, s.243, SUBAŞI, s.78, TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP, Atila, Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993, s. 490; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 605.

²⁹⁵ÖZCAN, s.97'ın atfıyla ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu”, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.52.

²⁹⁶ SUBAŞI, s.81.

durumda doktorun yine de müdahale yapması veya müdahaleye devam etmesi, müdahaleyi hukuka aykırı hale sokar²⁹⁷.

Biyotıp Sözleşmesi'nde kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterme hakkının, gösterdiği rızayı geri alma veya rızasını esirgeme yetkilerini de kapsayacak genişlikte olduğu açıkça belirtilmese de Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu'nun 38. paragrafında hastanın her iki yetkiye de sahip olduğu açıklanmıştır. Paragrafta hastanın, sonuçları hakkında yeterince aydınlatılması koşuluyla, her zaman tıbbi müdahaleye gösterdiği rızayı geri alma hakkına saygı duyulması gerektiği belirtilmiştir²⁹⁸.

HHY m.24/4 ile bir hukuki işlem niteliğinde olan rıza beyanının geri alınması düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, “*rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir*”. Normal şartlar altında rıza beyanında bulunan hastanın bu beyanı her zaman geri alma hakkı vardır. Bu durumda, müdahaleyi kesmenin veya tedaviyi durdurmanın doğurabileceği olumsuz sonuçlar nedeniyle sorumluluğun hastaya ait olduğu hastaya veya kanuni temsilcisi ya da yakınlarına anlatılmalıdır. Hatta sadece anlatma ile de yetinilmemeli, bu sorumluluk uyarısının yapılmış olduğu yazılı bir belgeye bağlanmalıdır²⁹⁹.

HHY'nin “Tedaviyi Reddetme ve Durdurma” başlıklı 25. maddesine göre, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir³⁰⁰.

Bu bakımdan Yönetmelik, tedaviyi reddetme şeklindeki bu hasta hakkına saygı gösterilmesini ve bu hastanın aynı sağlık kuruluşuna yapacağı sonraki başvurularında ve tedavi taleplerinde bu vazgeçmesinin hasta aleyhine kullanılmamasını önemle

²⁹⁷ DERYAL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25>, Erişim tarihi: 22.04.2020

²⁹⁸ BADUR, s.75.

²⁹⁹ DERYAL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25>, Erişim tarihi: 22.04.2020

³⁰⁰ SUBAŞI, s.81.

vurgulamaktadır. Yani bir hastaya daha önce tedaviyi reddetmiş olması nedeniyle farklı davranılmamalıdır³⁰¹.

Tedavinin açık iradeyle reddedilmesinin söz konusu olabilmesi için, özgür iradenin ön koşulu olan aydınlatmanın, tedaviyi ret iradesi açısından da geçerli olması gerekir. Aydınlatmanın kişiye ve olaya özgülenmiş olma özelliğini göz önüne aldığımızda, tedavinin özgür iradeyle açık bir şekilde reddedilebilmesi için, tedavi konusu hastalığın ortaya çıkmasından ve bunun hakkında aydınlatma bulunulmasından sonra gerçekleşmesi gerekmektedir³⁰².

Alman doktrininde savunulan bir görüşe göre, doktor hastasının kararının tıbbi açıdan makul olmadığını, akıl ve mantığa aykırı olduğunu söyleyerek, bu karara aykırı davranamayacaktır. Bu nedenle mesela, bir dini tarikat mensubu belirli sebeplerden dolayı kan naklini ya da ameliyatı reddettiğinde, doktor hastanın rızası hilafına tıbbi müdahalede bulunamayacaktır³⁰³.

Hastanın tedaviyi tümünden reddetmesi durumunda, doktor bu iradeye karşı gelemeyeceğinden tedaviyi bitirmek durumundadır. Ancak hasta tedaviyi kısmen de reddedebilir ve rızasını kısmen de verebilir. Hasta kısmen rıza verirken tedavinin zorunlu parçalarını – örneğin kan naklini – bu rızanın dışında tutmuş olabilir. Böyle bir durumla karşı karşıya kalan doktor, hastanın iradesine uyması durumunda meslek kurallarına aykırı bir müdahalede bulunmuş olacak ve hukuka uygunluk korumasından yararlanamayacaktır. Yani hastanın rızasında bazı hususları rıza dışında tutmuş olması, doktoru lege artis davranma yükümlülüğünden kurtaramaz³⁰⁴.

Hasta vasiyeti olarak da adlandırılan tıbbi vasiyet ise, “kişilerin gelecekte ayırt etme gücünü, dolayısıyla karar verme yetisini kaybetmeleri veya iyileşme imkanı

³⁰¹ DERYAL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25>, Erişim tarihi: 22.04.2020

³⁰² ERMAN, s.155.

³⁰³ DERYAL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25>, Erişim tarihi: 22.04.2020

³⁰⁴ ERMAN, s.156.

bulunmayan bir hastalığa yakalanmaları durumunda, hangi tıbbi müdahalelere izin verdikleri hususundaki iradelerini içeren irade açıklamasıdır³⁰⁵.

Sorun, hastanın iradesini gösterme yeteneğine sahip olduğu bir dönemde veya vasiyetinde, örneğin sakat yaşamaktansa, ölmeyi tercih edeceğini belirtmiş olması durumunda varsayılan rızanın nasıl belirleneceğidir³⁰⁶.

Konu Biyotıp Sözleşmesi'nde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.”

Ancak bu şekilde düzenlemeler olmasına rağmen uygulamada şu hususlarda sorunlar çıkmaktadır³⁰⁷:

- Hastanın tıbbi vasiyeti ile hekimin tıbbi görüşünün birbiri ile çelişmesi
- Hastanın tıbbi vasiyetinin halen geçerli olup olmadığından emin olunamaması
- Hastanın tıbbi vasiyetini hazırladığı esnada irade yeteneğine sahip olup olmadığı konusunda hekimin emin olmaması
- Hastanın yakınlarının tıbbi vasiyetin aksine görüş bildirmesi

Öğretide, ölüm tehlikesiyle karşı karşıya kalan kimsenin genelde daha değişik kararlar verebileceği, bu nedenle bu tür karar veya belgelerin bağlayıcı olmadığı belirtilmektedir³⁰⁸.

Rızayı açıklamaya yetkili olan iradi veya yasal temsilciler, kural olarak rızanın geri alınması konusunda da irade açıklamaya yetkilidirler. Bununla birlikte, rızanın hasta dışında biri tarafından açıklandığı durumlarda, rızanın geri alınmasına her zamankinden daha fazla özenle yaklaşılmalıdır. Bu kararı kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde verecek ve tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi nedeniyle ortaya

³⁰⁵HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.508.

³⁰⁶HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.508.

³⁰⁷HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.509.

³⁰⁸HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I”, s.509.

ıkan zarara katlanacak olan kişinin hasta olmasıyla; tıbbi müdahaleye rızanın geri alınması kararını veren temsilci nedeniyle, hastanın yoksun kaldığı tıbbi müdahale sonucunda uğradığı zarar arasında fark gözetilmelidir³⁰⁹.

2.11. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Sakatlanması

Hukuki işlemlerin kurucu unsuru irade açıklamasıdır. Geçerli bir irade açıklamasında irade ve beyan birbiriyle çelişmez. Hukuki bir işlem olan rızanın geçerli olabilmesi için, irade beyanı, beyanda bulunan kişinin maruz kaldığı hata, hile veya ikrah yüzünden sakatlanmamış olmalıdır. Aksi halde işlem iptal edilebilir durumdadır³¹⁰. Kişinin tıbbi müdahaleye ilişkin vermiş olduğu rıza, onun serbest iradesini yansıtmalıdır.

Hata, hile ve ikrahın hangi şartlarla irade beyanını sakatlayacağı, sözleşmeler açısından BK m.30 vd.'de düzenlenmiştir. Bu hükümler, evlenme ve ölüme bağı tasarruflar gibi özel niteliğı itibariyle farklı hükümlerin uygulanmasını gerektiren bazı istisnai işlemler bir yana bırakılırsa, kural olarak her türlü hukuki işlem için uygulanabilir niteliktedir.³¹¹

HHY m.34/1 hükmünün “*tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir*” ifadesiyle ortaya konulduğu üzere tıbbi müdahaleye rıza kişinin serbest iradesine dayanmalıdır³¹².

Rıza açıklamasının hastanın usulüne uygun şekilde aydınlatılmasının sonrasında, hür iradeyle, hile ve baskı altında olmadan yapılmış olmalıdır.

Hasta, tıbbi müdahaleyle ilgili eksik veya yanlış bilgilendirildiyse hatadan bahsedilebilir. Hata kavramı, hukuki anlamından bağımsız olarak, gerçeğin yanlış

³⁰⁹ BADUR, s.76.

³¹⁰ OĞUZMAN – BARLAS, s.192.

³¹¹ OĞUZMAN – BARLAS, s.192.

³¹² KİRKİT, s.146.

tasavvur edilmesi olarak tanımlanabilir. Bir diğer ifadeyle hata, kişinin sahip olduğu tasavvur ile gerçek durum arasındaki uyuşmazlıktır³¹³. Ancak genel görüş bu olmakla birlikte gerçeğe ilişkin hatalı tasavvura sahip olmak tek başına hukuki anlamda hatanın oluşması için yeterli değildir. Hatalı tasavvurun, hukuken hata olarak kabul edilebilmesi için dış dünyada bir etki yaratması, bu tasavvurun etkisinde bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesi gerekir³¹⁴.Örneğin doktorda hata hali bu açıklanan anlamda bir hata teşkil edecektir. Bu durumda da hastanın tasavvur ettiği doktorun yapacağı hukuki müdahaleye dair vereceği rıza da iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacaktır.

Hiledeyse sözleşme yapması için kişide yanlış bir algı oluşturulmaktadır. Gerçekte mevcut olmayan bir durum mevcutmuş gibi gösterilmektedir. TBK. m.36’da bu durum, “Bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda kasten yanlış bir kanaat uyandırma veya esasen mevcut olan yanlış kanaati koruma veya sürdürme fiili” şeklinde belirtilmiştir. Doktorların, deneysel çalışma için hastanın rızasını almak yerine başka bir operasyon yapılacak gibi gösterip rıza almaları veya hastaya ameliyatını kendisinin gerçekleştireceğini belirtip sonradan başka doktorun ameliyatı gerçekleştirmesi hali hileli davranışa örnek gösterilebilir³¹⁵.

Cebir ve tehdit kullanılarak, baskı yapılarak alınan rıza dayukarıdaki örneklerde olduğu gibi hukuken geçerli değildirve böyle sakat rıza açıklamalarına dayanarak müdahalelerde bulunan doktorun sorumlu olacağı ve rızanın da iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacağı açıktır³¹⁶. Tıbbi müdahaleye rızanın bir hukuki işlem olduğunu tespit etmiş idik. Bu nedenle hukuki işlemleri sakatlayan sebepler rızayı da sakatlayacaktır. Bu sakatlık ise hukukumuzda düzelebilir hükümsüzlük olarak adlandırılmaktadır³¹⁷.

³¹³ ÖZER, Mustafa Tolga, “Medeni Hukukta Hata Kavramı”, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 31.

³¹⁴ ÖZER, s.36.

³¹⁵ YAŞAR, s.46.

³¹⁶ DERYAL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25> , Erişim tarihi: 22.04.2020

³¹⁷ HATEMİ, “Medeni Hukuka Giriş”, s.176, OĞUZMAN – BARLAS, s.216.

Aynı şekilde alkol, uyuşturucu ve sakinleştirici maddeler gibi kişinin tıbbi müdahalenin anlam, önem ve sonuçlarını kavrama yeteneğini geçici olarak ortadan kaldıran maddeler altında verilen rıza açıklamaları da sağlıklı değildir³¹⁸.

2.12. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Aranmayacağı Haller

Beden tamlığı, şahsiyet haklarını meydana getiren mükemmel kıymettir. Bu kıymete yönelen girişimlerin hukuk alanı içinde olduğunun söylenebilmesi prensip olarak hastanın rıza vermiş olmasına bağlıdır. Fakat genel prensip bu olsa da, kimi zaman, hasta kişinin veya temsilcisinin rızası olmasa da girişimin hukuk alanının sınırları içinde cereyan ettiğinin kabul edildiği durumlarda bulunmaktadır.

Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca, kişi rıza göstermese bile, yasalar çerçevesinde girişilecek bir girişim hukuka uygun addedilecektir. Anayasa'nın 19/2 maddesinin, kamu bakımından risk meydana getiren bir akıl hastasının, uyuşturucu bağımlısının yahut virüs bulaştırabilecek bir kişinin bir sağlık kurumunda zor yoluyla tedavi edilmesi de dahil edilerek özgürlükler kısıtlayabilen kimi müdahalelerin önünü açtığı da tespit edilebilmektedir.³¹⁹

Doktrininde rıza gerekmeden tıbbi girişimlerin yapıldığı bu istisnai hallerde hukuka hukuk uygunluk olduğu ekseriyetle kabul edilmekle beraber, hukuka uygunluk nedeninin ne olacağı konusunda tartışmalar mevcuttur. Rıza istenmeyen tıbbi girişimlerde hukuka uygunluk nedeni yasanın tanıdığı yetki ile birlikte veya üstün özel yarar veya üstün kamu yararı teşkil etmektedir ve sair hukuka uygunluk sebepleri tıbbi girişimler kapsamında gündem olmamaktadır³²⁰. Bu hukuka uygunluk nedenleri varsayılan rıza ile karıştırılabilir. Varsayılan rızada doktor önemli bir tehlikeye yol açmayan, sadece geçici yan etkileri olan alışılmış bir müdahalede bulunurken,

³¹⁸ SUBAŞI, s.78, ÖZCAN, s.112.

³¹⁹ SUBAŞI, s.82.

³²⁰ TUNALI, s.265.

müdahalenin neticeleri hakkında hastaya herhangi bir açıklama yapmayabilir. Bu durumda varsayılan rızanın varlığından bahsedilir³²¹.

Ancak yasanın tanıdığı yetki ya da üstün kamusal yarar gerekçesiyle yapılan bir girişimde kişinin veya yasal temsilcisinin rızası ek bir hukuka uygunluk sebebi yaratabilir; girişimin hastanın rızası aleyhine gerçekleştirildiği şeklinde yanlış bir anlayışa mahal verilmemelidir. Burada mühim olan girişimin rıza verilmeden de hukuka uygun yapılabilecek olmasıdır³²².

Tıbbi müdahaleye rızanın aranmayacağı haller aşağıda ele alınmıştır:

2.12.1. Üstün Nitelikte Özel Yarar

TBK m. 63/2 ve TMK m.24 hükümlerinde de yer aldığı gibi, üstün özel yararın varlığı halinde zarar veren eylem hukuka aykırı sayılmamaktadır. Genel anlamda üstün özel yarar, eylem nedeniyle zarar gören kişiye ait olabileceği gibi, eylemi işleyen kişiye ya da üçüncü bir kişiye de ait olabilir. Tıbbi müdahaleler bağlamında kural olarak eylem nedeniyle zarar gören kişinin kendisinin üstün özel yararı söz konusu olmaktadır³²³.

Hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarda, yapılması gereken acil müdahaleler için rızasının alınması mümkün olmamaktadır. Rızası alınamayan bilinci kapalı hastanın yaşamının kurtarılması için zorunlu olan müdahale, örneğin bir ameliyat hastanın üstün özel yararına dayanarak gerçekleştirilmektedir. Bununla beraber bu hususun TŞSTİDK 70. maddesinde düzenlenmiş olmasından dolayı, aynı zamanda kanunun verdiği yetkiden kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu da söylenebilir³²⁴.

AY'nın “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”

³²¹ ÖZTAN, s.330.

³²² TUNALI, s.266.

³²³ KİRKİT, s.152.

³²⁴ TUNALI, s.266.

şeklinde 17. madde hükmü uyarınca, tıbbi zorunluluklar kişinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulmasına izin verilen ve daha ziyade üstün özel yarar olarak algılamamız gereken ayrık halleri oluşturmaktadır. Bu hüküm HHY m. 5/d’ de “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. HHY m.24’de rızanın aranmayacağı hallere ilişkin düzenlemede ise, hastanın rızasının alınmadığı, hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak hallerde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmanın rızaya bağlı olmadığı görülmektedir.

2.12.2. Üstün Kamusal Yarar ve Kanunun Verdiği Yetki

TMK m. 24/2’de düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden iki tanesi ise, üstün nitelikte kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkidir. Ayrıca TBK m. 63/f’de açıklanmış olduğu üzere “ kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.”. Vücut bütünlüğüne müdahaleye imkan veren kanuni yetki, kamu hukukundan ya da özel hukuktan kaynaklanabilir³²⁵.

Kamusal yarar ya da kamu yararı, genele yönelik, halkı ilgilendiren çıkarları ifade etmektedir. Üstün kamusal yarar ya da kamu yararının hukuka uygunluk sebebi sayılmasında, çatışan iki yarardan kamuya ilişkin yararın üstün tutulması söz konusudur.

Üstün nitelikte kamusal yararın bulunduğu durumlarda bir kimsenin kişiliğine yapılan saldırılar hukuka aykırılık teşkil etmemektedir. Bu durumlarda, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahale, rıza alınmaksızın gerçekleştirilmiş olsa dahi, üstün kamu

³²⁵ KİRKİT, s.158.

yararının olması ve genellikle de bunun yanında kanun tarafından verilen bir yetkinin kullanılması gerekçesiyle hukuka uygun sayılmaktadır³²⁶.

Üstün kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması, iki ayrı hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmış olsalar da, üstün kamu yararına dayanılarak gerçekleştirilebilecek tıbbi müdahalelerin aynı zamanda kanunda düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Örneğin 2020 yılının Mart ayında ülkemizde pandemi olarak ilan edilen Covid – 19 gibi bulaşıcı hastalıklarda aşılama zorunluluğu veya TMK m. 432’de öngörülen diğer önlemler gibi, hemen hepsinde, üstün kamusal yararın yanı sıra bir yasal düzenlemenin varlığı da söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla tıbbi müdahale üstün kamu yararı gözetilerek gerçekleştirilse de kanun tarafından verilen yetki ile bir arada ortaya çıkmaktadır³²⁷.

2.12.3. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Aranmadığı Diğer Bazı Tıbbi Müdahaleler

2.12.3.1. Acil ve Zorunlu Hallerdeki Tıbbi Müdahaleler

Bazı hallerde hasta ani gelişen herhangi bir hastalık ya da bir travma sonucu bilinci kapalı, ağır bir durumda acilen sağlık kurumuna getirilmiş ve dolayısıyla da herhangi bir irade açıklaması yapmış olmaksızın, yaşamının kurtarılması amacıyla doktor tarafından hasta üzerinde tıbbi müdahaleye girişilmiş olabilir. Böyle acil müdahale edilmesi gereken bir hastada rıza alınamıyor ve hastanın yaşamını kaybetmesi ya da sürekli bir biçimde sakat kalması tehlikesi mevcut ise, onun üstün nitelikli özel yararı göz önünde tutularak, ki Tababet Kanunu m.70, Biyotıp Sözleşmesi m. 8 ve HHY m.24 düzenlemeleri de buna imkan vermektedir, müdahale hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilecektir. Böyle bir durumda zımni rızadan ziyade hastanın farazi olarak

³²⁶ TUNALI, s.269.

³²⁷ TUNALI, s.269.

rızasını açıkladığı kabul edilecektir³²⁸. Bunun da dayanağı yukarıda belirtildiği üzere hastanın özel üstün yararının bulunmasıdır.

2.12.3.2. Ameliyatın Genişletilmesi

Hastanın rızasıyla yapılan ameliyat sırasında, ameliyatın genişletilmesi gereği ortaya çıkabilir. Bu durumda hastanın rızasını almak mümkün olmazsa nasıl hareket edileceği de önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak Nüfus Planlaması Kanunu açık bir hüküm sevk etmiştir. Kanun'un 4/3 maddesine göre bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu (kimyasal hadım) gerektiren hallerde, kişinin rıza vermiş olup olmadığına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir³²⁹.

Bu tip durumlarda da varsayılan rızaya ilişkin prensiplere göre hareket etmek ve ameliyatın genişletilmesinin neden olacağı risklerin ameliyatın yarıda bırakılmasından kaynaklanabilecek risklerden yüksek olması durumunda hastanın varsayılan rızasına göre hareket edilmelidir³³⁰.

Ameliyat esnasında, genel anestezi altındaki hastaya yapılacak önceden öngörülme yeni bir müdahale, hastanın üstün özel yararına dayanarak hukuka uygun şekilde gerçekleşmektedir. HHY m.31 ile, hastanın verdiği rızanın, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsadığı, müdahalenin, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerektiği, maddenin devamına bakıldığında, hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda, şayet müdahale genişletilmez ise hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek ise, yani bir tıbbi zaruret halinde rıza aranmaksızın da tıbbi müdahalenin genişletilebileceği hüküm altına alınmıştır.

³²⁸ ÖZTAN, s.332.

³²⁹ HAKERİ, s.280.

³³⁰ HAKERİ, s.281.

Buna göre, verilen rıza ameliyat ile ilişkili rutin işlemleri kapsamaktadır. Rutin işlemler dışında ayrıca hastanın rızasının alınması gerekmektedir. Ancak hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret halinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale gerektiği şekilde genişletilebilecektir³³¹.

2.12.3.3. Ceza Hukukundan Kaynaklanan Müdahaleler

Suç soruşturmalarında, yasal düzenlemelerin çizdiği çerçeveye uygun olarak, fail veya mağdurun vücudundan suça ilişkin delillerin elde edilmesi veya mağdurdaki hastalık veya travmanın tespiti amacıyla çeşitli tıbbi müdahalelerin yapılması gerekli olmaktadır. TCK, CMK ve ilişkili düzenlemelerde, sanığın gözlem altına alınması, şüpheli ya da sanık ile diğer kişiler üzerinde beden muayenesi yapılması ve bunların vücutlarından örnek alınması gibi, kişinin rızası olmasa da suça ilişkin delil elde etme amacıyla vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen koruma tedbiri niteliğindeki bu müdahalelere izin veren hükümler yer almaktadır. Böylece müdahaleler, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirilmekte, hukuka uygunluk nedenini kanunun verdiği yetki oluşturmaktadır³³².

2.12.3.4. Tutukevi ve İnfaz Kurumlarında Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler

CİK'nun "*Sağlığın Korunması ve Tıbbi Müdahaleler*" başlıklı 3. Bölümünde, "*Hükümlünün Kendisine Verilen Yiyecek ve İçecekleri Reddetmesi*" başlıklı 82. maddesi uyarınca, hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde, bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu doktoru tarafından bilgilendirilirler, psikososyal hizmet birimince de bu konuda yapılan çalışmalara sonuç

³³¹ TUNALI, s.277.

³³² HAKERİ, s.270, ERMAN, s.177, TUNALI, s. 280, SUBAŞI, s.87.

vermediği takdirde, beslenmelerine başlanır. Doktor, açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlünün, sözü edilen bu önlemlere rağmen yaşamsal tehlikeye girdiğini veya bilincinin bozulduğunu saptarsa, kişilerin istekleri göz önüne alınmaksızın, kurumda veya mümkün olmadığı takdirde hemen hastaneye kaldırılarak, yaşamları ve sağlıkları için tehlike oluşturmamak şartıyla, muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler uygulanır. Aynı hüküm sadece açlık grevinde değil, tedavinin reddinin, hükümlünün yaşamını veya sağlığını tehdit ettiği diğer durumlarda ve aynı şekilde ceza infaz kurumunda bulunan diğer hükümlülerin yaşam ve sağlıkları açısından risk oluşturduğu takdirde de uygulanacaktır. Öngörülen bu tedbirler kurum doktorunun tavsiye ve yönetimi altında uygulanacak olmakla beraber, kurum doktorunun zamanında müdahale edememesi veya gecikmesinin hükümlü için hayati tehlike doğurabileceği hallerde ise, bu tedbirlere maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen koşullar aranmaksızın derhal başvurulabilecektir. Hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanacaktır³³³.

³³³ HAKERİ, s.270 vd, ERMAN, s.177 vd, TUNALI, s.289.

IV. SONUÇ

Tıbbın başlıca amacı ve dolayısıyla doktorların da öncelikli görevi, insan yaşamının ve sağlığının korunmasını ve iyileştirilmesini sağlamaktır. Sağlık, Dünya Sağlık Örgütü'nün Anayasası'nda "sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik hali "şeklinde tanımlanmaktadır. 1982 Anayasası'nın 56. maddesine göre ise "herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir". Devlet vatandaşlarına sağlıklı bir yaşam için gerekli koşulları sağlama yükümlülüğü altındadır.

Tıbbın bu ana amacı ve doktorların bu amacı yerine getirmek için başvurdukları yöntem tıbbi müdahaledir. Bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için gerekli olan unsurlar hukuki açıdan yetkili kişiler tarafından icra edilme, tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun tıbbi müdahale, tıp bilimi tarafından kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olma ve hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması zorunludur. Bu unsurlardan birinin dahi eksik olması yapılan müdahaleyi tıbbi müdahale olarak nitelememizi engelleyecektir.

Her tıbbi müdahalenin kural olarak bir endikasyona dayanması gerekmekte ve endikasyon, belirli bir tanı ve tedavi sürecinin uygulanabilmesi için, doktorun bu tedbirini haklı kılan bir nedenin bulunması şeklinde açıklanmaktadır. Endikasyon kısaca tıbbi gereklilik olarak da açıklanmaktadır.

Endikasyon, sadece tıbbi olarak değil aynı zamanda psikolojik veya sosyal endikasyon olarak da ortaya çıkabilir. Psikolojik endikasyon, kişinin kendisini ruhsal açıdan daha iyi hissetmesine yönelik yapılan müdahalelere denir. Bu müdahalelerde, kişilerin ruhsal çöküntülerini giderme, onlara moral kazandırma amaçlanmaktadır.

Tıbbi müdahalenin meşru bir amaca yani, tıbbi, psikolojik veya sosyal endikasyonlara dayanarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Endikasyon olmaksızın gerçekleştirilecek müdahaleler ise hukuka aykırı olup; doktorun hem hukuki hem de cezai sorumluluğunu doğuracaktır.

Tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına aykırı bir müdahale, teknik açıdan tıbbi müdahale olarak değerlendirilemeyeceği gibi, uygulayıcının sorumluluğuna gidilmesi durumu da söz konusu olacaktır. Bir müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olup olmadığı değerlendirilirken, somut olayın özellikleri ile tıp biliminin o tarihte ulaştığı bilimsel ve teknik gelişmişlik düzeyine bakılmalıdır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun insan haklarına saygı bağlamında en önemli koşulu rızadır. Tedavi hastaya ait bir haktır. Kendisi tıbbi yardım isteme ya da hastalığın kaçınılmaz gidişatını kabul etme konusunda seçimlik hakka sahiptir. Anayasa'nın 17. maddesine göre “herkesin yaşama ve manevi varlığını geliştirme hakkı vardır.”Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun en önemli şartının hastanın ya da velisi veya vasisinin rızası olduğunu ifade eden yazarlar da konuyu Anayasal hak bağlamında ele almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayat ve aile hayatına saygıyı öngören 8. maddesi AİHM içtihadında yorumlanarak açıklığa kavuşturulurken özel hayat öncelikle ve özellikle kişinin kendi varlığını, kimliğini koruma ve geliştirme, kendi kaderini tayin etme yani özerkliğine saygı duyulmasını isteme hakkıyla ilişkilendirilmektedir. Bu bağlamda rızaya dayalı olmayan veya zorunlu tıbbi müdahaleler, müdahalenin haklı olup olmadığı meselesi bir yana, özel hayata müdahale olarak yorumlanmaktadır.

Bu görüşü Medeni Kanun da desteklemektedir. TMK'un 23/3 maddesinde “*yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.*”Yine Kanun'un 24. maddesinde de “*kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası ile haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*” denilerek rızanın özel hayata müdahale ve kişilik haklarına müdahale ile ilişkilendirildiği görülmektedir.

Hatta bu koruma kişinin kendisine karşı korunmasını da içermektedir. Kişiliğin kişinin kendisinden korunması hem rızanın serbestçe verildiği gibi serbestçe her zaman geri alınabilmesini güvence altına alır hem de kişinin kendisine ya da bir başkasına hiçbir yarar sağlamayacak bir müdahaleye göstereceği rızanın geçerli olmamasını

güvence altına alır. Yani nasıl kişi bir başkasından kendini özgürlüğünden yoksun bırakmasını talep edemez ya da böyle bir rıza veremezse vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek bir müdahaleyi bunu haklı kılan bir amaç bulunmaksızın talep edemez veya böyle bir rıza açıklamasında bulunamaz. Bu hususta Medeni Kanun'un 23/2 düzenlemesi ile kişi kendisine karşı da korunmaktadır.

Kişi, kişilik hakkını oluşturan değerlerden olan vücut bütünlüğü değeri üzerinde mutlak bir hakka sahip olduğundan, bedeni üzerinde girişilecek her türlü tecavüzü durdurma hakkı bulunmaktadır. Kişilik hakları, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkıdır. Haklar, özgürlüklerin sağlanması amacıyla yazılı hukuk belgeleri ve yasalarla kişilere tanınmış yetkililerdir. Haklar, özgürlüklerin somutlaşmış halidir ve ulusal veya uluslararası düzenlemelerle koruma altına alınmışlardır. Kişilik hakları, kişiye bağlı, devredilemeyen, vazgeçilemeyen, yasaya ve ahlak kurallarına aykırı biçimde sınırlandırılmayan, parayla ölçülemeyen haklardır.

Bu sebeple kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği kişisel değerleri söz konusu olduğunda rıza kavramı bu kişisel değerlere yönelik müdahaleleri hukuka uygun hale getirmesi açısından büyük önem arz etmektedir.

Amacı teşhis, tedavi ya da korumaya ilişkin olsa da kişinin vücut bütünlüğü, hayatı, sağlığı gibi değerlerine yönelik yapılacak müdahalelerin hukuka uygun olması için kişinin rızası gerekmektedir. Tıbbi müdahaleler açısından hastanın ve/veya yasal temsilcisinin rızası, hem özel hukuk hem de ceza hukuku bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olmaktadır.

Tıbbi müdahaleye rıza, hastayı, hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri ile diğer tanı ve tedavi seçenekleri, meydana gelebilecek muhtemel sonuçları, zamanı, söz konusu işlemlerin sosyal ve ekonomik açıdan hasta üzerinde oluşturabileceği etkileri ve işlemin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında bilgilendirmek ve bu kapsamlı bilgilendirmenin hasta tarafından yeterince anlaşıldığına dayanarak, hastanın serbest iradesiyle önerilen tanı ya da tedavi yönteminin yapılmasını bilinçli ve gönüllü olarak kabul etmesidir.

Aydınlatmanın amacı, hastanın tıbbi müdahaleye yönelik rızasının sağlıklı bir şekilde oluşması ve onun özgür iradesinin gerçekleşmesidir. Bu hem iyileştirici, hem tanı koyucu müdahaleler başta olmak üzere bütün tıbbi müdahaleler için geçerlidir. Bu şekilde hasta, tıbbi müdahalenin objesi olmaktan, süjelerinden biri durumuna geçerek, müdahale yapılıp yapılmayacağına, duruma göre bunun ne şekilde gerçekleştirileceğine ve kendi geleceğine kendisi karar verecektir. Aydınlatmayla, hastanın, müdahalenin ve buna göstereceği rızanın niteliği, önemi ve kapsamı konularında genel hatlarıyla bilgi sahibi olması ve müdahalenin avantaj ve dezavantajlarını tartabilecek duruma gelmesi sağlanır.

Hastanın aydınlatılmasının üç ana amacı vardır: teşhis, tedavi ya da koruma önleminin alınmasını ve böylece hastanın güvenliğini, vücut bütünlüğünün bozulmamasını sağlayabilmek, hastanın kendi geleceğini tayin etme yani özerklik hakkını kullanabilmesi için serbestçe karar verebilmesini sağlamak ve tıbbi müdahalenin bünyesindeki riskleri öngörülebilir kılarak komplikasyonların gerçekleşmesi durumunda sağlık meslek mensubunu sorumluluktan kurtarmaktır.

Bilgilendirme yapılırken hastanın ruhsal durumu da göz önünde tutulmalıdır. Bilgilendirmenin hastanın ruhsal durumunu kötüleştireceği durumlarda bilgilendirmenin kapsamının dar tutulması gerektiği belirtilmektedir. Burada doktor, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali ile bilgilendirme sonucu doğabilecek hastanın ruhen zarar görmesi olasılığı arasında seçim yaparak, somut olayın özelliğine göre takdir hakkını kullanmalıdır. Bilgilendirmenin kapsamının dar tutulması hastanın iyileşmesi bakımından fayda sağlıyorsa doktor takdir hakkını bu yönde kullanmalıdır. Buna doktorun tedavi ayrıcalığı adı verilmektedir. Ancak hasta mutlaka bir bilgilendirme istediğinde, ruhsal zararlara yol açsa dahi, doktor hastanın bu isteğini yerine getirmelidir.

Aydınlatma yükümlülüğünü kural olarak, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek doktor bizzat yerine getirir. Doktor, kendine özgü nitelikleri olan mesleğinden kaynaklanan bu yükümlülüğü özenle ve şahsen yerine getirmelidir. Doktorun aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağını AY. m17, TMK m.23, TDN m.14, TŞSTİDK m.70 gibi düzenlemeler oluşturmaktadır.

Aydınlatılması gereken kişi bizzat hastanın kendisidir. Aydınlatma sonucunda rıza vermek için gerekli olan şartlardan ayırt etme gücü ilgili kişide mevcutsa, uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin rıza bizzat kendisinden alındığında geçerli olacaktır. Ancak hastanın ayırt etme gücüne sahip olmasından kasıt; tıbbi müdahalenin mahiyetini ve önemini kavrayabilecek, fayda ve zararlarını tartarak serbestçe karar verebilecek bir durumda olmasıdır. Aydınlatma için hastanın doktordan herhangi bir talepte bulunmasına gerek yoktur. Böyle bir talep olsun ya da olmasın aydınlatma doktorun yükümlülüğüdür.

Aydınlatma yükümlülüğünün muhatabı kural olarak sadece hastanın kendisi olmakla birlikte, tıbbi müdahale konusunda karar verici her zaman hasta olmamaktadır. Aslında sağlık durumuna ilişkin olarak bilgi edinme hakkı Anayasa ile güvence altına alınmış durumdadır. Fakat hastanın kendisi aydınlatılmaya ve sonrasında rıza vermeye ehil değilse o zaman hasta yerine rıza vermeye ehil olan yasal temsilcinin aydınlatılması gerekmektedir.

Aydınlatmanın yapılmasında şekil serbestisi olup, hukukumuzda hasta ve/veya yakınlarının yazılı ya da sözlü aydınlatılması mümkündür. Aydınlatmanın şekli konusundaki takdir hakkı, doktora bırakılmıştır. Doktor, aydınlatmada bulunurken hastanın psikolojik durumunu dikkate alarak, temel noktalardan detaylara doğru genişleyen bir aydınlatmada bulunur, hastadan edindiği izlenime göre gerekli gördüğü yerde detay açıklamalarına son verir.

Aydınlatmanın yapılması ve ispatı noktasında kanunen zorunlu olanlar dışında yazılı olarak yapılması zorunlu olmamasına rağmen uygulamada ispat kolaylığı açısından yazılı olması önerilmektedir. Bu noktada aydınlatılmış rıza formları uygulamada kullanılmaktadır. Önceden hazırlanmış matbu rıza formları, doktorların kısıtlı zamanları açısından faydalı olsa da, hastalar, bu formlardaki hususları okumadan gelişigüzel her sayfa altına imza atıp geçebilmektedirler. Hatta doktor dışındaki sağlık çalışanları, hasta veya hasta yakınlarına, imzalanması gereken kısımları göstererek rıza formlarını imzalatabilmektedir. Ülkemizde, doktor başına düşen hasta sayısının fazla olduğu, doktorun hastalarını tanımaması, eğitim düzeyinin düşüklüğü gibi etkenler hastanın yeteri kadar aydınlatılmamasına neden olmaktadır. Uygulamada hasta rıza formları,

çoğu zaman doktor tarafından değil hemşire gibi sağlık çalışanlarıyla farklı bir odada imzalatılmaktadır. Doktor olmayanların yaptığı bilgilendirmeler aydınlatma kapsamına girmemektedir. Hastalar, özensizce yapılan aydınlatılmış rıza süreci sonunda kendini tamamen teslim edeceği doktora güvensizlik hissedebilmektedir. Hasta-doktor ilişkisinde aciz durumda olan taraf hasta olduğu için buna karşı çıkamamaktadır.

Bu tür formlar veya hastaya okunan ve daha sonra altına hastanın ya da yasal temsilcisinin imzasının alındığı metinler ile aydınlatma ve aydınlatılmış rıza ispatlanmaya çalışılmaktadır. Ancak gelişen teknolojinin de göz önüne alınarak ispat noktasında artık rızaların tabletler üzerinden biyometrik imza ile alınması, çeşitli odyo – vizüel teknolojiler kullanılarak örneğin animasyonlarla, kısa videolar ile hastaların aydınlatılması ve bu aydınlatmanın yapıldığının ve bu aydınlatmaya göre rızanın verildiğinin dijital ortamda kayıt altına alınarak, biyometrik doğrulama usulleri ve zaman damgası gibi teknolojiler kullanılarak tereddüde yer vermeyecek şekilde ispatlanması mümkündür. Ancak literatürde henüz bu teknolojik gelişmeler ve imkanlar ve bunların aydınlatmanın yapılması ve aydınlatılmış rızanın alınması noktasında nasıl kullanılabileceği, bunların hukuki nitelikleri ve sonuçları gibi hususlar henüz tartışılmamıştır.

Bilgilendirmenin anlaşılır şekilde yapılması gerekir. Hastanın dilini bilmeyen doktorun gerektiğinde tercüman yardımı alması zorunlu olarak görülmektedir. Bilgilendirme yapılırken kullanılacak dil, terimlerden arınmış, sade ve halkın anlayabileceği düzeyde olmalıdır. Bilgilendirme yapılırken hastanın eğitim, kültür ve bilgi seviyesi dikkate alınmalıdır. Doktor hastanın idrak kapasitesine göre bilgilendirme yapmalıdır.

Aydınlatmanın hastanın kendisine uygulanması planlanan müdahale hakkında yeterince düşünüp, olumlu ve olumsuz etkileri tartarak bir karara varmasına imkan verecek bir süre öncesinden yapılması gerekmektedir.

Aydınlatmanın, uygulanması planlanan tıbbi müdahaleden önce yapılması gerektiği konusunda bir kesinlik olmakla birlikte, tıbbi müdahaleden ne kadar önce yapılması gerektiği konusunda bir kesin bir ölçü verilememektedir.

Tıbbi müdahaleye rıza kavramı uluslararası metinlerde ve anayasalarda bedensel ve ruhsal bütünlüğün korunması ve kişinin kendi kaderini belirlemesi hakkı kapsamında incelenmektedir.

AİHS’nde özel hayat hakkının bir parçası olarak kabul edilen bireyin bedensel ve ruhsal bütünlüğü kapsamında koruma görmektedir. Kavram, kişinin kendi kaderini belirleme hakkının bir uzantısı ve bu sebeple temel haklarından da birisi olarak kabul edilmektedir. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının mutlak nitelikte olduğu ve bu hak karşısında doktorun müdahale yükümlülüğünün kalktığı kabul edilmektedir.

Böylece kişinin kendi vücudu üzerindeki tasarruf hakkının da gereği olarak rıza olmaksızın müdahaleye tabi tutulmama hakkı, hastanın kendisi ve geleceği hakkındaki kararları almasını, dolayısıyla hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının korunmasını da sağlamaktadır.

Tıbbi müdahaleye rıza kavramı insan onuru ile de yakın ilişki içindedir. Tıbbi müdahalede yetkin bir hastanın zorunlu tıbbi tedavi, davranış veya işleme tabi kılınması, temel bir hak olan bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne aykırı düşmektedir. Tıp hukukunun bir terimi olan aydınlatılmış rıza, genel olarak doktorun hastaya tavsiye edeceği tıbbi tedavi, özellikle de potansiyel riskleri hakkında bilgi verme yükümlülüğüdür

Tıbbi müdahaleye rıza hakkı, kişiye kendi yaşamı, vücudu ve geleceği hakkında serbestçe karar alma, kaderini belirleme hakkını temin etmektedir. Anayasanın 17. maddesinde öngörülen yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı özerklik hakkının bir başka ifadesidir. Bu bağlamda, rızaya dayalı olmayan veya zorunlu tıbbi müdahaleler, müdahalenin haklı olup olmadığı meselesi bir yana, özel hayata müdahale olarak yorumlanmaktadır

Böylece, hukuka uygunluk sebebi olarak hem TMK, TBK hem de TCK’da düzenlenen rıza, kişinin yaşamına, vücut dokunulmazlığına ve bütünlüğüne ve sağlığına yönelik hukuka aykırı birer fiil olan tıbbi müdahaleleri, hukuka uygun birer eylem haline dönüştürerek, doktorun hukuken sorumlu tutulmasının önüne geçmektedir.

Dolayısıyla, doktorun sorumlu olmaması için, hastanın aydınlatılmış rızasını almış olması ve hastanın açıklamış olduğu rıza çerçevesi dışında müdahalede bulunmaması gerekmektedir

Tıbbi müdahaleye rıza verilmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Hastanın rızaya yönelik iradesini açıklamasıyla birlikte, rıza sonuçlarını doğurmaya başlar. Geçerli bir rıza, rıza sahibi tarafından çizilen kapsamı çerçevesinde kalan tıbbi müdahaleyi baştan itibaren hukuka uygun kılar. Tıbbi müdahalenin ancak rızayla çizilen sınırlar içerisinde kalmakla hukuka uygun olacağı, HHY'nin 31/3. maddesinde *“Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir”* denilerek düzenleme altına alınmıştır.

Tıbbi müdahaleye rızanın hukuken geçerlilik kazanabilmesinin en önemli şartlarından biri rıza vermesi beklenen kişinin bu konuda ehliyetinin, yani somut tıbbi müdahaleyi anlama ve kavrama yeteneğinin bulunmasıdır.

Tıbbi müdahaleye ilişkin rıza verme hakkı, kişinin vücut bütünlüğüne yani mutlak değerlerinden biri ile ilgili bir tasarrufa ilişkin olduğundan kişiye sıkı sıkıya bağlı niteliktedir. Dolayısıyla esas itibarıyla hastanın kendi vücuduyla ilgili tıbbi müdahalelere ilişkin rıza ya da ret hakkını yalnızca kendisi kullanabilir, bir başkası buna yetkili değildir ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğundan rıza hakkının kullanılması bir başkasına bırakılamaz. Fakat kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılabilmesi için ayırt etme gücünün yerinde olması gerekmektedir. Ayırt etme gücünden yoksun olan birinin yapacağı irade açıklaması hiçbir hüküm ve sonuç doğuramaz.

Reşit olmayan kimseler için ise 1219 sayılı Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin açık hükümleri kapsamında kanuni temsilcisinin rızası alınmalıdır. Uygulamada bu konuda tıbbi müdahalenin niteliğine göre üçlü bir değerlendirme yapılmaktadır. Rutin müdahalelerde, yani basit hastalık ve yaralanmalarda doktor, anne – babadan orada hazır bulunanın rızasını almakla yetinebilir. Buna karşılık orta ağırlıktaki müdahalelerde, başka bir deyişle, önemsiz denemeyecek riskler içeren ağırlıktaki müdahalelerde, doktorun hazır bulunan anne veya babadan, diğerinin de rıza verdiği konusunda emin olması gerekmektedir. Buna karşılık önemli riskler içeren ağır

müdahalelerde her iki tarafın da rızasının alınmış olması gerekir. Eşler arasında çocuklara yönelik tıbbi müdahale konusunda fikir ayrılığı çıkarsa hakim kararı alınması gerekir. Eşler boşandığı takdirde rıza verme yetkisi velayet sahibi tarafa aittir.

Kanaatimizce, yaşama hakkı ile beden tamlığı hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır. Bu nedenle tıbbi müdahalenin ehemmiyetini ve neticelerini kavrayabilecek olgunlukta bulunan küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerde, yasal temsilcinin rızasının yanı sıra kişinin kendi kaderini tayin hakkı söz konusu olduğunda küçüğün yapılacak müdahaleyi ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda olması halinde karara katılımının sağlanması yönündeki görüşe katılıyoruz.

Kişinin sağlığı ve vücut tamlığı üzerinde işlem yapabilme hakkı ve yetkisi, mutlak ve sınırsız değildir. Kişinin rızasına istinat etse dahi kişilik hakkından bütünüyle vazgeçme yahut bu hakları başkasına devretme veya aşırı ölçüde sınırlandırmaya tabi tutacak nitelikteki kişilik haklarına açıkça aykırılık teşkil eden hukuki işlemler yapılması durumunda, bu işlemler açıkça hukuka aykırı olacaktır.

Hastanın rızasını vereceği tıbbi müdahalenin konusunun da yasalara, genel ahlak ve adaba ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Kişisel özgürlüğe ilişkin kısıtlamalar ancak hukuka ve ahlaka aykırı olmadıkları ölçüde geçerlidir. Sözleşmelerin kişilik haklarına aykırı olup olmadığını belirlerken zorunlu olarak TMK m.23/2'yi uygulamak gerekir.

Rıza kural olarak bir şekle bağlı tutulmamıştır. HHY m.28'e göre, mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle tabi değildir. Yazılı veya şifahi, açık veya zımni olabilir. Özel olarak yazılı şekil istenmiyorsa, bir yargılama esnasında, yazılı olmayan şifahi rıza da geçerli addedilmektedir.

Rızanın yazılı olmasının bir şart olmadığı hallerde, bir davranışın rıza olarak ele alınıp alınamayacağı güven ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda aydınlatılmış rıza noktasında hastanın rızasının temin edilemediği durumlarda nasıl hareket edileceği varsayılan rıza kavramı ile açıklanmaktadır. Varsayılan rıza, açık bir irade beyanına ulaşılmadığı durumlarda, bu beyanda

bulunması gereken kişinin gerçek iradesi üzerinde bir tahminde bulunmaya ve bunun sonucuna göre hareket etmeye dayanmaktadır.

Varsayılan rıza durumunda, hak sahibinin fail tarafından tahmin edilen iradesi ile ters doğrultuda olması olası bulunan gerçek iradesi çatışmakta ve bu çatışma, hukuk düzeni tarafından nesnel ve somut ölçütlere göre saptanan bir varsayılan rıza çerçevesinde çözülmektedir.

Varsayılan rıza halinde gerçekleştirilen müdahalenin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Bu durum aslında, menfaatlerin dengelenmesi prensibi ile ilişkilidir. Zaman zaman öyle hadiseler meydana gelmektedir ki, korunacak hukuki yarar, zarar verilecek menfaate göre daha üstün tutulmaktadır ve böyle bir durumda yapılan fiil, bazı diğer koşulların da varlığı durumunda hukuka uygun addedilmektedir.

Hukuki işlemlerin kurucu unsuru irade açıklamasıdır. Geçerli bir irade açıklamasında irade ve beyan birbiriyle çelişmez. Çeliştiği takdirde iradede sakatlıktan söz edilecektir. İrade sakatlığı kavramı; “hukuki işlem yapılırken, bu işlemi yapan kişi veya kişilerin iradelerinin oluşumu veya açıklanması aşamasında ortaya çıkan bozukluklar” şeklinde tanımlanmaktadır. Kişinin tıbbi müdahaleye ilişkin vermiş olduğu rıza, onun serbest iradesini yansıtmalıdır. Rızanın serbestçe verilmiş olması, hastanın iradesinin hata, aldatma veya korkutma ile sakatlanmamış olması gerekir.

Tıbbi müdahaleye rıza konusunda çok önemli bir husus ise hastanın tedaviyi reddetme hakkı, rızasını geri alması veya hasta vasiyetidir. Bunların tamamı hastanın kendi kaderini tayin hakkı ile doğrudan ilgilidir. Eğer hasta dilerse henüz tıbbi müdahale öncesinde rızasını vermeyerek tedaviden kaçınır, isterse de tedavi devam ederken rızasını geri almak suretiyle tedaviyi durdurabilir.

Biyotıp Sözleşmesi’nde kişinin tıbbi müdahaleye rıza verme hakkının, verdiği rızayı geri alma yetkilerini de kapsayacak genişlikte olduğu açıkça belirtilmese de Sözleşme’nin Açıklayıcı Raporu’nun 38. paragrafında hastanın bu yetkiye sahip olduğu açıklanmıştır. Paragrafta hastanın, sonuçları hakkında yeterince aydınlatılması

koşuluyla, her zaman tıbbi müdahaleye verdiği rızayı geri alma hakkına saygı duyulması gerektiği belirtilmiştir.

HHY'nin “*Tedaviyi Reddetme ve Durdurma*” başlıklı 25. maddesine göre, “*kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir*”.

Hastanın tedaviyi tümünden reddetmesi durumunda, doktor bu iradeye karşı gelemeyeceğinden tedaviyi bitirmek durumundadır. Ancak hasta tedaviyi kısmen de reddedebilir ve rızasını kısmen de verebilir. Hasta kısmen rıza verirken tedavinin zorunlu parçalarını – örneğin kan naklini – bu rızanın dışında tutmuş olabilir.

Tıbbi müdahaleye rızayı açıklamaya yetkili olan iradi veya yasal temsilciler, kural olarak rızanın geri alınması konusunda da irade açıklamaya yetkilidirler. Bununla birlikte, rızanın hasta dışında biri tarafından açıklandığı durumlarda, rızanın geri alınmasına veya esirgenmesine her zamankinden daha fazla özenle yaklaşılmalıdır. Bu kararı kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde verecek ve tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zarara katlanacak olan kişinin hasta olmasıyla; tıbbi müdahaleye rızanın geri alınması veya esirgenmesi kararını veren temsilci nedeniyle, hastanın yoksun kaldığı tıbbi müdahale sonucunda uğradığı zarar arasında fark gözetilmelidir.

Bazı hallerde ise rıza alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bunlardan ilki kanunun verdiği yetki veya üstün kamusal yarardır. Bunlara istinaden yapılan bir girişimde de hastanın rızası ek bir hukuka uygunluk sebebi olarak yer alabilir. Girişimin hastanın rızasının aksine yapıldığı şeklinde bir yanlış anlaşılma olmamalıdır. Burada belirleyici husus, girişimin rıza olmadan da hukuka uygun şekilde yapılabilmesidir.

Hastanın rızasıyla yapılan ameliyat sırasında, ameliyatın genişletilmesi gereği ortaya çıkabilir. Bu durumda hastanın rızasını almak mümkün olmazsa nasıl hareket edileceği de önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu tip durumlarda da varsayılan rızaya ilişkin prensiplere göre hareket etmek ve ameliyatın genişletilmesinin neden olacağı risklerin ameliyatın yarıda bırakılmasından kaynaklanabilecek risklerden yüksek olması durumunda hastanın varsayılan rızasına göre hareket etmek gerekmektedir.

Netice olarak giderek karmaşıklaşan tıbbi uygulamalar, teşhis ve tedavi usulleri karşısında, birbirinden farklı eğitim seviyelerine, kültür yapılarına, yaşam koşullarına sahip geniş halk kitlelerine tıbbi hizmetler sunarken, hastaların aydınlatılması daha da zor ve daha da önemli bir hale gelmiştir. Takdir edilmelidir ki kendine özgü bir jargonu olan ve çok teknik bir alanı kapsayan tıp ve tıbbi uygulamaları gerçekleştiren doktorların karşısındaki hastaya ayırabildiği kısıtlı zamanda o kişinin ruhsal durumunu ve diğer tüm özelliklerini de göz önünde tutarak, karmaşık bir terminolojiye ve uygulamaya sahip tıbbi müdahale konusunda aydınlatabilmesi ve buna dayalı olarak hastanın rızasını alması giderek daha zor hale gelmekte ve bu nedenle de aydınlatma ve tıbbi müdahaleye rıza, uygulamada sadece kağıt üzerinde kalan bir formaliteye dönmekte ve hukuki hatalardan doktoru koruyan bir vasa sahip olmaktadır. Ama ana fonksiyon olan kişinin kendi kaderini tayin hakkı bu kez göz ardı edilmiş olmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce yeni teknolojiler de kullanılarak hem daha detaylı aydınlatmalar yapılabilir hem de aydınlatmanın ve tıbbi müdahaleye rızanın ispatı konusundaki tartışmalar sona erdirilebilir. Yine belki şu an için ütöpik görülecek olmakla birlikte doktorlar açısından aydınlatma uzmanlığı gibi bir uzmanlık dalı ihdas edilerek, her sağlık kuruluşunda bu uzmanlardan aydınlatmanın sağlıklı yapılması ve aydınlatılmış rızanın gerçek anlamda fonksiyonunu icra etmesi için destek alınabilir.

KAYNAKÇA:

Abdülkadir ARPACI, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, YÜHFD C. VI S. 2 Y. 2009.

Adem SÖZÜER- Melikşah YASİN - Zekeriya KURŞAT, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, Hastane Yönetimi, Nobel Tıp Kitabevleri, Bölüm 66, 2013.

Ahmet KILIÇOĞLU, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

Ali Osman ÖZDİLEK, “Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Nedeniyle Hekimin Hukuki Sorumluluğu, çevrimiçi, http://www.turkhukusitesi.com/makale_300.htm . Erişim tarihi: 21.01.2022

Aydın ZEVKLİLER - Ayşe HAVUTÇU, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

Aydın ZEVKLİLER - Mehmet Beşir ACABEY – Kadir Emre GÖKYAYLA, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1999.

Aydın ZEVKLİLER, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları”, 1982-1982 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni. (www.dicle.edu.tr/Contents/4d87aa77- 7d4b-406b-ae50-9d1fdbf0350e.pdf, 26.9.2015)

Barış ERMAN, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

Battal YILMAZ, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1 S. 1, Ankara Barosu Yayınları, 2009.

Berfin IŞIK YILMAZ, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C.52, S.3, 2003.

Bilge ÖZTAN, “Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler”, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Burcu Gülseren ÖZCAN - Çağlar ÖZEL, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 1.

Bülent KÖPRÜLÜ, “Medeni Hukuk”, İÜHF, İÜ Yayınları: 3253, Hukuk Fakültesi: 686, İstanbul 1984.

Ecem KİRKİT, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Emel BADUR, “Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

Emine DEDE, “Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

Ergun ÖZSUNAY, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983.

Fatma Tülay KARAKAŞ, “Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar”, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Fikret EREN, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Filiz YAVUZ İPEKYÜZ, “Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi”, İstanbul 2006.

Funda Işık ÖZCAN, “Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.

Gültezer EROL HATIRNAZ, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

Hakan HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt I Genel Hükümler”, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 23. Baskı, Ankara, 2021.

Hakan HAKERİ, “Tıp Hukuku, Cilt II Özel Hükümler”, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 23. Baskı, Ankara, 2021.

Hakan HAKERİ, “Tıp Hukuku”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, Güncellenmiş 12. Baskı.

Hamide TACİR, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Hamit HANCI, “Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

Hasan Seçkin OZANOĞLU, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, Y.2003, C.52, S. 3.

Hatice SARITAŞ, Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, Ankara 2005.

Hayrunnisa ÖZDEMİR, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜEHFD, C. XII, S. 3-4 2008, s. 348.

Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, “Medeni Hukuk”, İstanbul 1969.

Hüseyin HATEMİ, “Kişiler Hukuku”, Güncellenmiş 8. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2020.

Hüseyin HATEMİ, “Medeni Hukuk’a Giriş”, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021.

Işıl Güney TUNALI, “Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Doktora Programı Doktora Tezi, Mayıs 2019.

İhsan ERDOĞAN– Ayşe Dilşad KESKİN, “Türk Medeni Hukuku”, Genişletilmiş 3. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.

İlhan SUBAŞI, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Aydınlatılmış Onam, Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

İsa YARDIM, “Tüketici Olarak Hasta Hakları”, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Jale AKİPEK – Turgut AKINTÜRK– Derya ATEŞ, “Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku 1. Cilt, Yenilenmiş 16. Baskı”, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.

Kerem YILMAZ, “Defansif Tıp, Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

Köksal BAYRAKTAR, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.

Mehmet AYAN, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, 1. Baskı, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. Ankara, 1991.

Mehmet DEMİR, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD, S. 3, 2008, s. 225-252 .

Merve GÜRCAN, “Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

Mine KAYA, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S.100.

Mustafa DURAL – Tufan ÖĞÜZ, “Türk Özel Hukuku, Cilt II, kişiler Hukuku”, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

Mustafa Kemal OĞUZMAN – Nami BARLAS, “Medeni Hukuk”, 27. Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021.

Mustafa Kemal OĞUZMAN – Özer SELİÇİ, Saibe OKTAY ÖZDEMİR, “Kişiler Hukuku”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Mustafa Kemal OĞUZMAN - Turgut ÖZ, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, C. II, 10. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Mustafa Tolga ÖZER, “Medeni Hukukta Hata Kavramı”, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2019

Nazan ÖZKAN, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005.

Nermin ERSOY, “Aydınlatılmış Onam”, Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: Ayşegül DEMİRHAN ERDEMİR, Özhan ÖNCEL, Şahin AKSOY), İstanbul 2003.

Nur YAŞAR, “Tıbbi Müdahalelerde Karar Vericiler ve Rıza”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilgi Yönetimi Ana Bilim Dalı Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019.

Osman Gökhan ANTALYA, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1”, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Özge YÜCEL - Gürkan SERT, “Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

Özlem ÇAKMUT YENERER, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, Tebliğler, Temmuz 2007.

Rona SEROZAN, “Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Saibe OKTAY ÖZDEMİR, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Selahattin Sulhi TEKİNAY - Sermet AKMAN - Haluk BURCUOĞLU - Atilla ALTOP, “Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler”, 7. bası, İstanbul 1993.

Selahattin Sulhi TEKİNAY, “Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku”, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Selim KANETİ, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler 5. Sempozyumu "Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu", Ankara 12-13 Mart 1982 - Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1983.

Serap HELVACI, “Gerçek Kişiler”, 9. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2021.

Serap HELVACI, “Kişilik İşlem Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1993.

Seza REİSOĞLU, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, 1983.

Sultan ÜZELTÜRK TAHMAZOĞLU, “Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı – Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla”, Legal Yayınevi, İstanbul 2012.

Tuğçe ORAL, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2011.

Uğur ŞİMŞEK, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı, 2014.

Yahya DERYAL, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, çevrimiçi, <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/riza2.htm#:~:text=%25>

Yasemin YILMAZ, “Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu”, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019.

Yener ÜNVER, “Doktorlarca Hastadan Sağlık Durumu Gizlenebilir mi?”, V. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Editörler: Prof. Dr. Dr. h. c. Yener Ünver & Prof. Dr. İ. Hamit Hancı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

Zafer KAHRAMAN, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, çevrimiçi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/416428>

Zarife ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C.50, S.4, 2001.