

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

TİBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Ecem KİRKİT

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA 2016

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

TİBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Ecem KİRKİT

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Özlem KARLI

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Mustafa ÇEKER

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Hayrünnisa ÖZDEMİR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA 2016

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne;

Bu çalışma, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan: Yrd. Doç. Dr. Özlem KARLI

(Danışman)

Üye: Prof. Dr. Mustafa ÇEKER

Üye: Doç. Dr. Hayrünnisa ÖZDEMİR

ONAY

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.

.../.../2016

Prof. Dr. Yıldırım Beyazıt ÖNAL

Enstitü Müdürü

NOT: Bu tezde kullanılan ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ETİK BEYANI

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim. / / 20...

Ecem Kirit

ÖZET

TİBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Ecem KİRKİT

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Özlem KARLI

Haziran 2016, 211 Sayfa

Hukukun koruduğu başat bir değer olan kişilik hakkını; bir kişilik hakkı değeri olarak hayat, sağlık ve vücut tamlığını ihlal edebilecek nitelikte olan tıbbî müdahaleler bazı koşulların varlığı halinde hukuka uygun kabul edilmektedir. Öncelikle bir müdahalenin tıbbî müdahale olup olmadığını ve sonrasında tıbbî müdahalenin de hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir. Bu çalışmada, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ışığında; tıbbî müdahalenin kapsamı belirlenmeye çalışılmış ve hukuka uygunluk değerlendirmesi yapılmıştır. Ayrıca tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunda önemli bir yer tutan bilgilendirme yükümlülüğü incelenmiş ve özellik arz eden bazı tıbbî müdahalelere kısaca değinilmiştir.

Anahtar kelimeler: Kişilik hakkı, tıbbî müdahale, bilgilendirme yükümlülüğü, hukuka uygunluk sebepleri, bilgilendirilmiş rıza

ABSTRACT

THE LEGALITY OF MEDICAL ATTENTION

Ecem KIRKİT

Master Thesis, Department of Private Law

Supervisor: Assistant Professor Özlem KARLI

June 2016, 211 Pages

Medical intervention, possessing the ability to impair life, health and physical integrity which are components of personal right, a dominant value which law protects, is legal during existence of certain terms. Primarily an intervention should be evaluated for whether or not it qualifies as a medical intervention and then should be evaluated for legitimacy (legality) in this study extent of medical intervention is tried to be identified and legitimacy of medical intervention is assessed In addition informed consent which is a important element of legitimacy of medical intervention, is analysed and some of the featured medical interventions are mentioned briefly.

Keywords: Personal right, medical attention, , obligation to inform, justification, informed consent

ÖNSÖZ

Yüksek lisans çalışmamızın konusu olan “Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu” ile tıp hukukunun temeli olan tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu değerlendirilmesi ve tıp hukuku doktrinde dağınık şekilde yer alan konuların bir araya getirilmesi hedeflenmiştir. Tıbbî müdahale kavramı ve bu kavramın diğer hukuki kurumlarıyla ilişkisi irdelenirken, doktrin görüşleri, yerli ve yabancı mahkeme kararları ve gerektiği ölçüde tıp ilimine ilişkin kaynaklar çalışmamızda yer bulacaktır.

Sonuca ulaşan, başarılan her durumda olduğu gibi, bu çalışmada da pek çok kişinin çok değerli katkıları mevcuttur ve emeklerinin karşılığı asla olamamakla birlikte;

Hayatıma girişini bir hediye olarak kabul ettiğim, yalnızca çalışmamda değil, yaşama dair her alanda ışığım olan, bu çalışmam süresince, bana sabırla emek veren, tezimi aşama aşama titizlikle takip eden ve değerli görüşlerini paylaşan tez danışmanım değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Özlem KARLI’ya,

Hukukçu ve akademisyen olma yolculuğundaki hikayeleriyle büyüdüğüm, böyle bir yolun varlığını küçük yaşlarda keşfetmeme gıyabında vesile olan kıymetli hocam Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER’e,

Hukukçu kadın duruşuyla idolüm olan, öğrencilik yıllarımdan itibaren önce hukuku, hukukçuluğu sonrasında medeni hukuku sevdiren, ilgisini ve desteğini hep yanımda hissettiğim ve varlığından ilham aldığım saygı değer hocam Prof. Dr. Yeşim ATAMER’e,

Tıp hukuku çalışma isteğimi destekleyerek, bu alanda çalışmalar yapmama vesile olan ve bu çalışmam süresinde yoğun temposuna rağmen her daim ilgisini ve görüşlerini esirgemeyen kıymetli hocam Prof. Dr. Mustafa ÇEKER’e,

Akademisyenliği anlamam ve sevmemde kıymetli katkıları bulunan, çalışma azmini örnek aldığım ve Almanca konusundaki desteğini esirgemeyen değerli hocam Doç. Dr. Zeki OKUR’a,

Tanıştığımız ilk andan itibaren desteğini esirgemeyen ve bu çalışmanın zenginleşmesinde tıp hukuku uzmanlığıyla yol gösteren Av. Halide SAVAŞ’a,

Laboratuvar ortamında yürütülen işlemleri anlamlandırmam ve tezime doğru aktarmam da sabırla yardımcı olan Biyolog Ali BİRDOĞAN’a,

Araştırma için şehir dışında bulunduğum süreçlerde çalışmam için bana evlerini açan ve destekçim olan Ayşegül YURT, Alper YÜKSELEN ve HAZAL TÜRK’e,

Bugün olduğum kişi olmamda ve bu aşamaya gelmemde pay sahibi olan değeri anne ve babama; hayatta edinmekten en keyif aldığım kimliğin ablalık olmasına müsebbip, varlığıyla hayatımın neşe kaynağı olan canım kardeşim İREM IRMAK’a,

Desteklerini, sevgilerini ve dostluklarını benden esirgemedi, hayata dair tüm süreçlerimde benimle olan ve bana olan inançlarıyla var olduğum eşsiz dostlarıma,

Varlığıyla yaşamımın her anını değeri kılan, çalışmam süresinde desteğini her daim hissettim, tecrübe ve fikirleriyle uygulamaya ilişkin problemleri anlamama yardımcı olan, tez süreci boyunca gerek değeri katkılarıyla gerekse de motivasyon desteğiyle ömrüm boyunca olacağı gibi bu süreçte de yol arkadaşım olan biricik eşim Mehmet KİRKİT’e, teşekkür etmeyi borç bilirim.

Ecem KİRKİT

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi

Adana, 2016

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ	vi
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE

I. GENEL OLARAK.....	3
II. TIBBİ MÜDAHALENİN TARİHİ GELİŞİMİ	3
III. TIBBİ MÜDAHALE İLE İHLAL EDİLEBİLEN KİŞİLİK DEĞERLERİ .	6
IV. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI.....	10
A. Tanım	10
B. Tıbbî Müdahalenin Unsurları.....	13
1. Genel Olarak	13
2. Hukuki Açıdan Yetkili Kişiler Tarafından İcra Edilme	15
a. Genel olarak	15
b. Tıbbî müdahalede bulunabilecek kişiler.....	16
aa. Hekimler	16
aaa Genel olarak	16
bbb Türk Hukuku bakımından hekimlik mesleğini icra edebilme şartları.....	17
1) Tıp fakültesi diplomasına sahip olmak	17

2) Tabip odasına kayıtlı olma.....	19
3) Hekimlik mesleğini sürekli ya da geçici olarak icra etme engeli bulunmamak.....	20
4) Yabancı hekimlerin durumu.....	21
bb. Hekimler dışındaki sağlık çalışanları	22
3. Hukuken Öngörölmüş Amaçlara Yönelme.....	29
a. Genel olarak	29
b. Teşhis.....	31
c. Tedavi.....	32
d. Önleme	34
e. Nüfus planlaması.....	34
4. Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olma ..	34
5. Hastanın Bilgilendirilmiş Rızasının Varlığı	37
C. Tıbbî Müdahalenin Hukuki Niteliği.....	38
1. Genel Olarak	38
2. Tıbbî Müdahale Sözleşmesi.....	41
a. Genel olarak	41
b. Tıbbî müdahale sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili görüşler	43
aa. Tıbbî müdahale sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşme olduğu görüşü	43
bb. Hizmet sözleşmesi olduğu görüşü.....	44
cc. Eser sözleşmesi olduğu görüşü.....	45
dd. Vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü	49
ee. Görüşümüz	52
3. Hekim İle Hasta Arasında Sözleşme Bulunmaması Halinde Sorumluluğun Dayandığı Sebepler	52
a. Genel olarak	52
b. Haksız fiil.....	53

c. Vekâletsiz işgörmeye	54
-------------------------------	----

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEDE BİLGİLENDİRME (AYDINLATMA) YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. GENEL OLARAK	56
II. TERMİNOLOJİ.....	58
III. BİLGİLENDİRME ÇEŞİTLERİ	59
A. Tedavi (Güvenlik) Bilgilendirmesi	59
1. Genel Olarak	59
2. Teşhise Yönelik Bilgilendirme	61
3. Kullanılan İlaçlar Hakkında Bilgilendirme	61
4. Araç Kullanmama Uyarısı	63
B. Karar (Otonomi)Bilgilendirmesi	63
1. Genel Olarak	63
2. Karar Bilgilendirmesinin Çeşitleri.....	64
a. Teşhis bilgilendirmesi	64
b. Süreç bilgilendirmesi	65
c. Alternatif müdahaleler ve yeni tıbbî yöntemlere ilişkin bilgilendirme. 66	
C. Sonuç, Risk ve Başarı Şansı Bilgilendirmesi	67
D. Masraf, Kalite ve Sigorta Konusunda Bilgilendirme	70
IV. BİLGİLENDİRMENİN KAPSAMI.....	71
A. Genel Olarak	71
B. Bilgilendirme Kapsamının Genişlemesi.....	74
C. Bilgilendirme Kapsamının Daralması	76
D. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Ortadan Kalkması.....	77

1. Hastanın Bilgilendirilme Hakkından Vazgeçmesi.....	77
2. Hastanın Bilgi Sahibi Olması.....	79
3. Tıbbî Zorunluluk Halleri	80
4. Hastanın Yasal Temsilcisinin Yaklaşımı	81
5. Bilgilendirmenin Olumsuz Etkisi veya Anlamını Yitirmesi	82
V. BİLGİLENDİRME ZAMANI	83
VI. BİLGİLENDİRMENİN MUHATABI	85
VII. BİLGİLENDİRMENİN YÜKÜMLÜSÜ	87
VIII. BİLGİLENDİRME ŞEKLİ.....	90

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

I. GENEL OLARAK.....	95
II. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA	96
A. Genel Olarak	96
B. Terminoloji	98
C. Rızanın Hukuki Niteliği.....	98
D. Rıza Ehliyeti	99
1. Genel Olarak	99
2. Tam Ehliyetliler	101
3. Sınırlı Ehliyetliler.....	102
4. Sınırlı Ehliyetsizler	103
5. Tam Ehliyetsizler	105
E. Rızanın Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye Yönelmesi	107
F. Bilgilendirmenin/Aydınlatmanın Yapılması	108

G.	Rızanın Açıklanma Zamanı	110
H.	Rızanın Şekli.....	110
İ.	Rızanın Konusu.....	113
J.	Varsayılan (Farazi) Rıza	116
1.	Genel Olarak	116
2.	Hukuki Niteliği.....	117
3.	Varsayılan Rızanın Uygulanabileceği Haller	119
K.	Rızayı Sakatlayan Haller.....	123
L.	Rızanın Geri Alınması ve Tedaviyi Ret Hakkı.....	125
III.	RIZA DIŞINDAKİ HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ	128
A.	Genel Olarak	128
B.	Üstün Nitelikte Özel Yarar	129
C.	Üstün Nitelikte Kamusal Yarar ve Kanunun Verdiği Yetki.....	133
1.	Genel Olarak	133
2.	Kişinin Rızası Hilafına Kamu Yararının Gözetildiği Haller	134
a.	Kamu sağlığının korunmasına ilişkin müdahaleler	134
b.	Kamu hukukundan kaynaklanan müdahaleler	139
c.	Özel hukuktan kaynaklanan müdahaleler	143
3.	Kişinin Rızasıyla Birlikte Kamu Yararının Gözetildiği Haller	148
D.	Rıza Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Varlığıyla Gerçekleştirilen Müdahalede Bilgilendirme	149

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖZELLİK ARZ EDEN TIBBİ MÜDAHALELER

I.	GENEL OLARAK	151
----	--------------------	-----

II. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELER	151
III. KAN, DOKU, VE ORGAN AKTARMALARI	154
A. Genel Olarak	154
B. Canlı Vericiden Yapılan Nakiller	157
C. Ölü Vericiden Yapılan Nakiller	159
IV. YAPAY DÖLLENMELER	162
V. EMBRİYO AKTARMALARI	164
VI. STERİLİZASYON	166
VII. KASTRASYON	168
VIII. GEBELİĞİN TIBBEN SONA ERDİRİLMESİ	169
IX. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNE YÖNELİK MÜDAHALELER	171
X. TIBBİ DENEYLER	173
A. Genel Olarak	173
B. Tedavi Amaçlı Tıbbî Deneyler	175
C. Bilimsel Amaçlı Tıbbî Deneyler	178
XI. KÖK HÜCRE NAKİLLERİ	181
XII. KLONLAMA	184
SONUÇ	186
KAYNAKÇA	191

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Aufl.	: Auflage (basım)
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: 1982 tarihli TC. Anayasası
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGH.	: Deutscher Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMK.	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
Dn.	: Dipnot
Der.	: Derleyen
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
EÜHFD.	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HFD.	: Hukuk Fakültesi Dergisi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HHY.	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK.	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK.	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İDDGK.	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JZ.	: Juristen Zeitung (Dergi)

K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
Komm.	: Kommentar (Şerh)
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MÜHFD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
No.	: Nummer (Sayı)
NPHK.	: 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
ODASNHK.	: 2238 sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması Ve Nakli Hakkında Kanun
OLG.	: Oberlandesgericht
OR.	: Obligationen Recht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Rn.	: Paragraf numarası
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD.	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK.	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDN.	: Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK.	: 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTB.	: Türk Tabipler Birliği
UHK.	: 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume (Cilt)
WHO.	: World Health Organisation (Dünya Sağlık Örgütü)
WMA	: World Medical Association (Dünya Tabipler Birliği)
Y.	: Yıl
Yy.	: Yüzyıl

Yarg. : Yargıtay
YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi



GİRİŞ

Hekimlik ve tıp bilimi insanlık tarihi kadar eskidir. İnsanlığın var olmasıyla birlikte, hayatta kalma kaygısı da var olmuş ve her ne kadar ölümsüzlük bulunamamışsa da hastalıklara devalar aranmış ve bulunan tedaviler ile ölüm geciktirilmeye çalışılmıştır. Öte yandan, yaşam hakkının kutsallığı ilk çağlardan bu yana kabul edilmiş ve hukuk düzenlerinde kural olarak vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı esas alınmıştır. Hukuk düzeninde çatışan bu iki değerın çözümü vücut dokunulmazlığı ana kuralına bir istisna tanımak şeklinde bulunmuştur. Kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı esas olmakla birlikte, hukukun imkân tanıdığı bazı hallerde vücut bütünlüğüne yönelen müdahaleler hukuka uygun kabul edilmektedir ve bu hallerin başında da tıbbî müdahaleler gelmektedir. Tıbbî müdahalelere istisna tanınmasında en önemli etken; kişilik hakkına, hakkın tahribine değil devamlılığına yönelik müdahale etmesidir. Bu sebeptendir ki, ötenaziyi bir tıbbî müdahale olarak değerlendirmiyor ve çalışmamızda yer vermiyoruz.

İnsanlık bilim ve teknolojiye ilerledikçe yaşanan değişiklikler gerek doğrudan tıp biliminin gelişmesine yol açarak gerekse de kuşakların değer yargılarını etkileyerek hasta ve sağlık personeli arasındaki ilişkiyi etkilemiştir. Hekim- hasta ilişkisinde çeşitli yaklaşımlar mevcut olmakla birlikte, geçmişte ülkemize hâkim olan hekimlere güvenin esas olduğu paternal (babacı) yaklaşım; günümüzde yerini katılımcı yaklaşıma terk etmektedir.

Katılımcı yaklaşım ile birlikte hastanın gerçekleştirilecek tıbbî müdahale hakkında bilgi sahibi olması ve bu bilgiye dayanarak karar vermesi önem kazanmıştır. Tıp bilimi gibi karmaşık ve bu işin profesyoneli olmayan kişilerce bilinmesinin zor olduğu bir alanda, kişinin karar verebilmesi için hekim tarafından tıbbî müdahale hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Hastanın kendi geleceğini belirlemesi bu bilgilendirmenin yapılmasıyla mümkün olabilmektedir.

Kişinin bilgilendirilmesinden sonra vermiş olduğu rıza da tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılan en temel haldir. Rıza dışında da hukuka uygunluğu sağlayan haller mevcut olmakla birlikte, öncelik kural olarak kişinin bilgilendirilmiş rızasının alınmasıdır. Kişinin rızası hilafına hareket edilmesi ve kişinin rızasıyla birlikte diğer hukuka uygunluk sebeplerinin aranabilmesi söz konusudur.

Kişinin rızası hilafına gerçekleştirilen müdahaleler eleştiri konusu olabilmektedir. Ancak, çalışmamıza temel teşkil eden bakış açısı, öncelikle yaşam hakkının kutsallığı

yaklaşımıyla temellenmektedir. Buna göre, kişinin hayatta kalması temel gayeyi teşkil etmekte ve kişi bundan sonrasını rızasıyla şekillendirebilmektedir. Ötenazi tartışması çalışmamızda yer bulmayacaksa da, bu kabul üzerinden değerlendirme yaptığımızı ifade etmek gerekir.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun değerlendirileceği bu çalışmanın birinci bölümünde tıbbî müdahale kavramı ele alınarak hangi müdahalelerin tıbbî müdahale kabul edilebileceği, tıbbî müdahalenin hukuki niteliği ve tıbbî müdahale ile ihlal edilen kişilik değerleri hususları değerlendirilecektir.

İkinci bölümde, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan en önemli husus olan bilgilendirme yükümlülüğü detaylı olarak ele alınacaktır. Bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği hallerde, hastanın rızası hukuka uygunluk sebebi teşkil edemeyeceğinden ve diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında da bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğundan bahisle, bilgilendirme yükümlülüğü özel olarak incelenecektir.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk koşulları başlıklı üçüncü bölümde, hukuka uygunluk sebepleri ile tıbbî müdahale arasında ilişki kurularak, hukuka uygun tıbbî müdahalenin koşulları özel hukuk çerçevesinde değerlendirilecektir. Lakin diğer mevzuatta öngörülmüş bir takım tıbbî müdahaleler öngörüldükleri mevzuat hükümlerince ele alınarak değerlendirilecektir.

Dördüncü ve son bölümde ise, kanun koyucunun özel kanunlar ile ayrıca düzenlediği özellik arz eden tıbbî müdahaleler hakkında kısaca bilgi verilerek, bu müdahalelerin hukuka uygunluğu için öngörülen bir takım farklı hükümlerden bahsedilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE

I. GENEL OLARAK

Tıbbî müdahale kavramını aydınlatabilmek için öncelikle, kişilik hakkı ve kişilik hakkına müdahale kavramlarının açıklığa kavuşturulması, daha sonra bilimsel ve teknolojik gelişmeler ışığında hangi müdahalelerin tıbbî müdahale kabul edileceğini ortaya koyabilecek bir tanım yapılması gerekir. Vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahalenin kişilik hakkının hukuka aykırı ihlali olduğundan¹ bahisle, aşağıda değinileceği üzere Anayasa’da istisna tanınan tıbbî müdahale teşkil edecek fiillerin tespiti gerekir. Tıbbî müdahalenin unsurlarını taşımayan veya taşısa ve tıbbî müdahale kabul edilse dahi hukuka uygun tıbbî müdahale olarak kabul edilemeyecek girişimler kişilik hakkını ihlal eder. Bu sebeple aşağıda özellikle kişilik hakkını ihlal edebilecek halleri ortaya koyduktan sonra tıbbî müdahalenin tanımı ve unsurları ele alınarak hukukun istisna tanıdığı bir hal olan hukuka uygun tıbbî müdahaleleri açıklığa kavuşturmak yerinde olacaktır.

II. TIBBİ MÜDAHALENİN TARİHİ GELİŞİMİ

Hekimlik mesleği beşeri tarih kadar eskidir ve insan yaşantısındaki her olgu gibi hukukun ilgi alanındadır. Varoluş doğum ile başlamış ve ölüm ile kişilerin yaşamları son bulmuştur. Yaşam var olduğu ilk andan itibaren, hayatta kalma mücadelesi sürdürmüştür. Hayvanlar dahi, içgüdüsel olarak uyguladıkları, gözlerinde katarakt oluşan keçilerin hasta gözlerini çalılara sürterek opak hale gelmiş lenslerini çıkarmaları, fazla yemek yiyen leyleklerin gagalarına aldıkları suyu rektumlarına boşaltıp lavman yaparak karınlarındaki şişkinliği gidermeleri örneklerindeki gibi çözümlerle hayata tutunmuş ve nesillerini devam ettirmişlerdir². İnsan da hayatta kalma arzusunun bir gereği olarak, ortaya çıkan sağlık problemlerine çözümler aramış ve geliştirilen

¹ **DURAL**, Mustafa / **ÖĞÜZ**, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 16. Bası. İstanbul 2015. (Kişiler), s. 106; **DURAL**, Mustafa, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24-25 Nisan 2008, İstanbul), İstanbul 2011, s. 249-258. (Aydınlatma Yükümlülüğü), s. 249.

² **BAYAT**, Haydar, Tıp Tarihi, 2. Bası, İstanbul 2010, s. 32.

özmler günümüz tıp biliminin temelini oluşturmıştır. Toplumsal yapıların, kültürlerin, inançların değışkenliği ile tıp bilimi coğrafyalarda farklılıklar göstermiştir.

İnsanlığın ilk zamanlarında, hastalıkların tabiatüstü güçlerin iradesi olarak algılanması sebebiyle bunları iyileştirmeye çalışan kişiler “özel kişiler” olarak kabul edilmişti³. Büyücü hekim kabul edilen bu kişiler; tılsımlı sözler, doğadan elde edilmiş bitkisel ilaç ve merhemler yoluyla kişileri iyileştirmeye çalışmaktaydı⁴.

İlk çağlarda dini inançlar, sağlıklı olma çabaları ve hekimlik mesleği iç içe geçmişti. Örneğin, Mısırlıların dini inançları, bedenlerini, evlerini ve yiyeceklerini temiz tutmayı emrettiğinden; bedenlerini günde iki kere yıkar, temiz bulmadıkları hayvanları yemez, sünnet uygulaması gerçekleştirir, bağırsaklarda toplandığını düşündükleri zararlı maddeleri atmak için müshil içerlerdi⁵.

İlk çağlardan bugüne gelen tıbbî bilgi değerlendirildiğinde; eski Mısırlıların göz, deri, bademcik, kalp, karaciğer, safra kesesi gibi hastalıkları ayırt edebildiği ve bugünkü katarakt, migren gibi hastalık isimlerinin Mısırlılardan geldiği görülmektedir⁶.

Eski Yunan’da “Hipokrat öncesi dönem” ve “Hipokrat sonrası dönem” olmak üzere iki farklı dönemde tıbbın gelişimini izlemek mümkündür. Hipokrat öncesi dönem mitolojik öğelerle tıbbın iç içe olduğu dönemdir. Apollo, hastalık ve tedavilerin Tanrısı iken, Kherion’un iyi bir hekim olarak yetiştirdiği Asklepion O’nun yerini almış ve Asklepion Tapınakları o dönemin hastanesi olarak işlev görmüştür⁷.

Günümüz tıbbının babası kabul edilen ve mesleki yemine ismini vermiş olan Hipokrat ve Galen deney ve gözlem yoluyla yürüttükleri bilimsel çalışmalar ile tıbbın metafizik bir olgudan çıkıp bir bilime dönüşmesinin yolunu açmışlardır⁸.

Rönesans döneminin kilisenin baskıcı etkilerinden kurtarmasıyla birlikte, insan anatomisiyle ilgili gerçek bilgilere Leonardo da Vinci ve Andreas Vesalius tarafından yürütölen detaylı gözlemler sonucu ulaşılmıştır⁹. Harvey’in kan dolaşımını, Horace,

³ ÖZPINAR, Berna,

Morton ve James Simpson'un anesteziyi ve Pasteur'un bakterilerin hastalık yaptığını ve kuduz aşısını bulmasıyla tıbbî tedavi önemli bir aşama kaydetmiştir¹⁰.

Türk tıp tarihinde de efsuncu hekim (ruh hekimi) kavramı var olmakla birlikte, 16. yy.'a kadar zamanında geçerli olan en bilimsel esaslara dayanmıştı¹¹. Türk tarihi pek çok değerli hekim yetiştirildiği, hekime önem verildiği ve hekimlerin usta-çırak ilişkisi içerisinde yetiştirildiği görülmektedir¹². Büyücü hekim anlayışından pozitif hekim anlayışına geçiş Türk tarihinde de yaşanmıştır. Otacı (pozitif hekim) ve efsuncu (ruh hekimi) olmak üzere iki tip hekim olan Karahanlılar döneminde Yusuf Has Hacıp tarafından kaleme alınan Kutadgu Bilig'de hekimler yer bulmuştur¹³. Anadolu Selçukluları döneminde hekimler yetiştirilmiş ve Darüşşifalar açılmış; Osmanlı İmparatorluğu döneminde de bu gelişmeler devam etmiştir. Türk tıbbında batının etkileri 17. yy'da görülmeye başlamış ve modern tıp eğitiminin ilk adımları ise 19. yy'da atılmıştır¹⁴. 19. yy.'da Tazminat Fermanı (1839) sonrasında tıp eğitiminde usta-çırak ilişkisi yerini okullaşmaya bırakmaya başlamış ve bu okullar İstanbul Tıp Fakültesi ve Cerrahpaşa Tıp Fakültesi adıyla iki ayrı kurum olarak günümüzde de eğitime devam etmektedir¹⁵. Osmanlı Türklerinin bilinen ilk tıp kitabı İshak bin Murad tarafından yazılan Havassu'l Edviye'dir¹⁶. İbn-i Sina'nın tıp biliminin temel ilkelerini, hastalıkların teşhis ve tedavi yöntemlerini anlattığı **Tıbbın Kanunu** anlamına gelen "Kanun Fi't-Tıb" ¹⁷ adlı eseri tıp biliminin gelişimine katkı sağlamıştır.

<http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hamdi-celik/tr-tip-egitiminde-kadavra-sorunu-8211-II-72-74-1422.html>, ET: 16.10 2015.

¹⁰ GÜNDAY, R., s. 4.

¹¹ ŞEVKİ, Osman (Sadeleştiren: İlder Uzel), Beş Buçuk Asırlık Türk Tababeti Tarihi, Ankara 1991, s. 27.

¹² KAHYA, Esin/ERDEMİR, A. Demirhan, Medicine in the Ottoman Empire, İstanbul 1997, s. 23 vd.; KAHYA, Esin/ERDEMİR, Ayşegül D., Bilimin Işığında Osmanlıdan Cumhuriyete Tıp ve Sağlık Kurumları, Ankara 2000, s. 24 vd.

¹³ ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.(Teşhis ve Tedavi), s. 36.

¹⁴ SARITAŞ, Hatice, "Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s. 4.

¹⁵ İŞİL ÜLMAN, Yeşim, "Modern Dönem Osmanlı Tıbbı (1827-1923)", Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s. 97-99.

¹⁶ ŞEVKİ, s. 29.

¹⁷ ŞEVKİ, s. 34-35; DİNÇ, Gülten, "Orta Çağda İslam Tıbbı", Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s. 48, ÇELİK

Tarihsel süreçte oluşan bu tedavi yöntemlerinin gelişimiyle orantılı olarak, hukuksal olgu olarak da karşılığı doğmuştur. Örneğin Hammurabi kanunlarında, hekim tehlikeli yara açarak hastasını öldürür ise, iki elinin kesileceği, hekimin gerçekleştirdiği ameliyat karşılığı ücret alması gibi hususlar öngörülmüştür¹⁸.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu ise, sorumluluk hukukundan ziyade fiilin kendisinin hukuka uygunluğunu değerlendirmektedir. Bu sebeple, hekimlik mesleğinin nasıl yürütüleceğine ilişkin ilkelerin gelişimiyle paralel geliştiği söylenebilir. Hekimlik mesleğinin yürütülmesine ilişkin ilkelerin gelişimi ise; Hipokrat'ın deontolojik kurallar belirlemesi ve bugün de yürürlükte olan "Hipokrat Yemini"nin ortaya çıkışı ile başlamış, çeşitli mesleki kurallar ve nihayet çeşitli hukuk kuralları ile somutlaşmıştır¹⁹. Hipokrat yemine göre hekim; hastanın sırrını saklamak, ehil olmadığı konularda tıbbî müdahalelerde bulunmamak gibi,- aslında bugün de gerek tıp etiğinde yer alan gerekse de tıbbî müdahale sözleşmesinde yer alan-, yükümlülükleri üstlenmektedir²⁰. Ancak özellikle vurgulamak gerekir ki, Osmanlı Hukukunda, kişinin rızası tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılan sebeplerden biri kabul edilmişti ve neredeyse bugünkü niteliğiyle hekimi sorumluluktan kurtaran bir haldi²¹.

III. TIBBÎ MÜDAHALE İLE İHLAL EDİLEBİLEN KİŞİLİK DEĞERLERİ

Kişilik hakkı, kişinin sadece var olması dolayısıyla sahip olduğu, kişiliği oluşturan değerlerin tamamı üzerindeki hakkıdır.²² Kişilik hakkı, gerek Anayasada gerekse de Medeni Kanun'da düzenlenirken, hem devletten hem bireyden hem de kişinin kendisinden²³ korunmuştur²⁴. TMK. m.28'de kişilik "*Kişilik, çocuğun sağ olarak*

¹⁸ GÜNDAY, R., s. 5; ÖZSUNAR, s. 8.

¹⁹ SARITAŞ, s. 5-6; KICALIOĞLU, s. 9.

²⁰ KICALIOĞLU, s. 9.

²¹ BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 61.

²² HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, 6. Bası, İstanbul 2016.(Gerçek Kişiler), s. 99.

²³ DURAL/ÖĞÜZ, s. 105. Kişinin kendisinin dahi kendi kişiliğini ortadan kaldırmasına hukuk cevaz vermemiştir; ötenazi yasaktır. ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s. 347; DOĞAN, Cahid, "Ötenazi (Acısız Ölüm, Euthanasia)" KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012)" Ankara 2013, s. 197-282.(Ötenazi), s. 264,270.

HHY m.13: "Ötenazi yasaktır. Tıbbî gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dâhil, kimsenin hayatına son verilemez."

tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Gerçek kişiler bakımından tam ve sağ doğumla kazanılan kişilik hakkı genel anlamıyla var olmayı ve sahip olmayı ifade etmekle birlikte, kişilik hakkının ifade ettiği değerler tahdidi olarak sayılmamış; gelişen teknoloji ve değişen toplumsal yapı gerektirdikçe hâkim tarafından takdir edilmek üzere²⁵ yalnızca çerçevesi çizilmiştir.²⁶ Bu çerçeveye uygun kişilik hakkı tanımlamaları, gerek doktrin ve gerekse de Yargıtay tarafından yapılmış ve günümüzde kişilik hakkı kavramının ifade ettiği hususlar ortaya konulmuştur.

Kişilik, hukuk düzeni tarafından korunmaya değer bulunan hak sahibi olma ehliyeti, kişinin hukuki durumu, kişinin hukuki, manevi varlıklarının tümü olarak yalnızca çerçevesini çizerek ifade edilebilir²⁷. Günümüzde kişilik hakkının ifade ettiği değerleri tahdidi olmaksızın sıralayan kişilik hakkı tanımları da yapılmaktadır²⁸. Gelişen teknoloji ve değişen toplum yapısı, bu sayılan değerleri kapsam dışı bırakabileceği gibi, yeni bir kavramın bu değerler arasına girmesine yol açabilecektir. Türk Hukukunda kişilik hakkının ifade ettiği değerler bakımından “sınırlı sayı (*numerus clausus*)” ilkesi geçerli değildir²⁹. Yargıtay da³⁰; “...Kişinin doğumla kazandığı, bağımsız varlığını ve

²⁴ OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2015, s. 6; DURAL/ÖĞÜZ, s. 99; AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2014, s. 356 vd.

²⁵ TMK. m.4: “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”; DURAL/ÖĞÜZ, s. 101.

²⁶ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 101.

²⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s. 9; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2.

DURAL/ÖĞÜZ, s. 9: “*Kişilik denilince, kişi ile birlikte, kişinin, hukukun korumaya değer bulduğu, hukuki, manevi nitelikteki varlıklarının tümü anlaşılır.*”; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 2 : “*Kişinin, hukuk düzeni tarafından korunan başta hak sahibi olma ehliyeti gibi özellikler, kişinin hukuki durumu ve kişiye bağlı olarak tanınan yetkiler, onun kişiliğini ifade eder.*”.

²⁸ SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, 4.Bası. İstanbul 2013, s. 453-456 : “...yaşama, bedensel ve ruhsal bütünlüğe, cinsel dokunulmazlığa, sağlığa, onura, saygınlığa, özel yaşamın gizliliğine, özgürlüklere, söze, sese, resme, isme ve tüketici biçimde sayılamayacak insansal, bireysel, kişisel değerlere ilişkin haktır.”

²⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 157; DURAL/ÖĞÜZ, s. 101; GÜRBÜZ, Meral, “Kişilik Hakkı Açısından Tıbbî Genetik Analizler”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2010, s. 52.

³⁰ Yarg. 4.HD. T. 10.04.2008, E.2007/9966 K. 2008/5096; www.kazanci.com.

bütünlüğünü oluşturan, hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve çalışma özgürlüğü, onuru, ismi, resmi, sırları ile aile bütünlüğü ve duygusal değerlerinin tümü kişilik hakkını oluşturur...” şeklindeki kişilik hakkı tanımıyla kişilik hakkının ifade ettiği değerleri tahdidi olmaksızın sıralama yoluna gitmiştir.

O halde, kişilik hakkını oluşturan başlıca değerler; mesela hayat, sağlık ve vücut tamlığı, kişinin şeref ve haysiyeti, kişinin hayat alanı, kişinin kendi resmi üzerindeki hakkı, kişinin sırları olarak sıralanabilir³¹. Çalışmamızı doğrudan ilgilendiren ve tıbbî müdahale ile ihlal edilmesi muhtemel en temel kişilik hakkı değeri ise hayat, sağlık ve vücut tamlığıdır.

Kişilik hakkı herkese karşı ileri sürülen ve kişinin hukuken korunan varlık ve değerinin tanınmasını sağlayan mutlak bir haktır. Kişilik hakkının ifade ettiği değerler para ile ölçülemediğinden şahıs varlığı hakkıdır³². Devredilemez ve vazgeçilemez nitelikte ve yalnızca hak sahibi tarafından kullanılabilen şahsa sıkı surette bağlı bir haktır³³. Hâkimiyet yetkisi yalnızca kişilik hakkının ifade ettiği varlık ve değerlere sahip kişide olduğundan tekелci bir haktır³⁴.

Kişilik hakkı hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Bu nedenle hukuk düzeni bu hakkı ihlal edebilecek nitelikteki müdahaleleri yasaklanmıştır. Kişinin hayat, sağlık ve vücut tamlığı olası müdahalelere karşı gerek Anayasa gerekse de Medeni Kanun ile koruma altına alınmıştır. AY. 17.maddesinde; “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz. Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah*

³¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 157 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s. 104 vd.

³² Para ile ölçülememe; doğrudan para ile değerlendirilmemeyi ifade eder. Haksız fiil sonucu tazminat ödenmesi dolaylı olarak ortaya çıktığından, şahıs varlığı niteliğini kaldırmak için yeterli değildir. TANDOĞAN, Haluk, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması.”, *AÜHFD* C. 19, S. 1, Y. 1962, s. 251-275.(Şahsiyet), s. 260; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 155; DURAL/ÖĞÜZ, s. 103; GÜRBÜZ, s. 56.

³³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 155; DURAL/ÖĞÜZ, s. 104; GÜRBÜZ, s. 56-57.

³⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 157; DURAL/ÖĞÜZ, s. 103; GÜRBÜZ, s. 57-58.

kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.” şeklinde öngörülen bu koruma özel hukuk bağlamında karşılığını TMK. m.23³⁵ ve m.24³⁶,’te bulmaktadır. TMK. m.23 düzenlemesi, kişinin kendisinden dahi kişilik hakkı korumaktadır. TMK. m.24 hükmü gerek diğer kişilere ve gerekse de devlete karşı korumayı içermektedir³⁷.

Kanun kişilik hakkından vazgeçmeye cevaz vermediğinden, rıza ile fiilin hukuka aykırı niteliği ortadan kalkmamaktadır³⁸. Bu sebeple, düello, ötenazi gibi hallerin rıza ile hukuka uygun hale gelmesi söz konusu değildir³⁹. Kişilik hakkının ihlali, üstün düşünce ve amaçlarla gerçekleştiğinde rıza hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir⁴⁰. Dolayısıyla tıbbî müdahalelerde de her ne kadar kişinin rızası bulunsu da ilk anda kişilik hakkını ihlal edebilecek nitelikte müdahalelerdir⁴¹. Bu sebeptendir ki, bir müdahalenin tıbbî müdahale olması ile hukuka uygun tıbbî müdahale olması hususlarının farklı olduğunu kabul etmekteyiz⁴².

³⁵ TMK. m.23: “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.”

³⁶ TMK. m.24: “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. 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.”

³⁷ **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 102-103.

³⁸ **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015.(Genel Hükümler), s. 603-604; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 105.

³⁹ **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 105.

⁴⁰ **EREN**, Genel Hükümler, s. 604.

⁴¹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 604; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 106; **AYAN**, Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk, Ankara 1991, s. 11; **ÇİLİNGİROĞLU**, Cüneyt, Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s. 37; **IŞIK ÖZCAN**, Funda,

IV. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI

A. Tanım

Tıbbî müdahalenin, teknoloji ve teknik gelişmelere bağlı, sürekli değişen ve dönüşen bir kavram olması itibariyle tanımlanması oldukça güçtür. Şu kadar ki, bahse konu kavramın adlandırılması konusunda dahi doktrinde bir bütünlük yoktur. Kavramın ifade ettiği eylem, “Tıbbî Yardım ve El Atma”⁴³, “Tıbbî Uygulama”⁴⁴, “Tıbbî Girişim”⁴⁵, “Teşhis Tedavi Edimi”⁴⁶, “Hekimlerin Mesleki Faaliyetleri”⁴⁷ ve “Tıbbî Faaliyetler”⁴⁸ olarak anılmışsa da⁴⁹, “Tıbbî Müdahale” ağırlıklı olarak⁵⁰ tercih

⁴³ AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 15.

⁴⁴ POLAT, Oğuz, Tıbbî Uygulama Hataları, Ankara 2005, s. 28.

⁴⁵ ÖZ, Pınar, “Vücuda Tıbbî Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, ABD, S. 5, Y. 1984, s. 708; HATUN, Şükrü, Hasta Hakları, Ankara 1999, s. 13; SÜTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000, s. 42.

⁴⁶ ÖZDEMİR, s. 51.

⁴⁷ REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Y. 1983, s. 2; GÜRAN, Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Y. 1983, s. 77.

⁴⁸ BAYRAKTAR, s. 9; ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.(Hekimin Sorumluluğu), s. 3; SAVAŞ, Halide, “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbî Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, İBD, C. 81, S. 3, Y. 2007, (Tıbbî Faaliyet), s. 1001.

⁴⁹ SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları, 3. Bası. Ankara 2013.(Tıbbî Müdahale Hataları), s. 26; ÖZGÜL, Mehmet Emin,

edilmiştir. Kanaatimizce de en uygun kavram tıbbî müdahaledir; kişinin bedenine veya ruhuna müdahale edilmekte ve bu müdahale tıbbî maksatla gerçekleştirilmektedir.

Tıbbî müdahale kavramını açıklığa kavuşturabilmek için öncelikle “tıp” ve “müdahale” kelimelerinin ayrı ayrı anlamları üzerinde durulmalıdır. Türk Dil Kurumu sözlüğünde⁵¹ tıbbî müdahale kavramı yer almamakla birlikte, tıp kavramı “*Hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla başvurulmuş teknik ve bilimsel çalışmaların tümü, tababet*”, müdahale kavramı “*karışma, araya girme*” olarak tanımlanmıştır. EREN müdahaleyi; “*başkasının bir hukuki varlığının bir insan davranışıyla ihlal edilmesi*” olarak tanımlamıştır⁵². Biyotıp Sözleşmesi⁵³ Ek Protokol⁵⁴ m.2/3’te müdahale; “*bir fiziksel müdahaleyi veya ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müdahaleyi içerir*” şeklinde ifade edilmiştir. Türk Hukukunda ise, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik⁵⁵ m.3’te müdahale; “*Tabip veya diğer sağlık*

personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler” olarak tanımlanmıştır.

Tıbbî müdahale denildiğinde ilk akla gelen müdahale tipi olan cerrahi müdahale “ameliyat” olarak tanımlanırken; ameliyat ise; “*Hasta üzerinde tedavi amacıyla uygulanan kesme ve dikme işlemi, cerrahi müdahale, operasyon*” olarak tanımlanmıştır⁵⁶. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m.3 cerrahi müdahaleyi; “*Tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar*” olarak tanımlamıştır.

Tıbbî müdahale kavramı, hastalığın iyileşmesi, hafiflemesi ve önlenmesini ele almakla birlikte cerrahi müdahaleler tıbbî müdahalenin yalnızca küçük bir bölümünü oluşturduğundan, ameliyat veya cerrahi müdahale tanımları tıbbî müdahaleyi ifade etmek için yetersiz kalır. Hastalığın tedavisi için her zaman cerrahi müdahale gerekmediğinden, ilaçla tedavi veya hastalığı önleyici aşının da tıbbî müdahale teşkil edeceği açık olmakla birlikte bu tanımlarda karşılık bulamamaktadır. Tıbbî müdahale kavramı; unsurlarını taşımak koşuluyla muayeneyi, ilaçla tedaviyi, aşıyı ve hatta bazı hallerde alternatif tıbbî kapsayan geniş bir kavramdır.

Tıbbî müdahale kavramına ilişkin olarak, doktrinde farklı tanımlar yapılmıştır. Buna göre tıbbî müdahaleyi ifade etmek üzere; “yetkili bir kişi tarafından doğrudan veya dolaylı şekilde tedaviyi amaçlayan her türlü faaliyet⁵⁷”, “resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin hayatını, sağlığını, vücut tamlığını tehdit eden fiziksel veya ruhsal anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genellikle kabul edilmiş kuralları ve teknik gereklerine uygun biçimde gerçekleştirilen girişim⁵⁸”, “doktorun hastasını sağlığına kavuşturmasını hedefleyerek yaptığı her şey⁵⁹”, “resmi ehliyetli bir kimse tarafından doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelen ve müdahaleyi gerçekleştiren resmi ehliyetli kişinin mesleki bilgisi dâhilinde kalan müdahaleler⁶⁰”, “Kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını, teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığında

⁵⁶ Çevrimiçi: www.tdk.gov.tr, ET: 07.03.2016.

⁵⁷ AYAN, s. 5.

⁵⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 15.

⁵⁹ SÜTLAŞ, s. 42.

⁶⁰ BİRTEK, Fatih, “Tıbbî Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”, *İBD*, C. 81, S. 5, Y. 2007, s. 1999.

hastalığı hafifletmek veya acılarını dindirmek veyahutta rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması yapmak amaçlarıyla tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet”⁶¹ gibi tanımlar kullanılmıştır.

Hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş kişiler tarafından, teşhis ve tedavi amaçlı gerçekleştirilen müdahaleler olmaları neredeyse tüm tanımlarda yer almakla birlikte; bu kişilerin yalnızca hekimler mi olduğu, teşhis ve tedavinin kapsamı gibi hususlarda farklılıklar ortaya çıkmıştır. Aşağıda tıbbî müdahalenin unsurları değerlendirilirken, bu farklılıklara değinileceğinden burada ele alınmayacaktır.

Kanaatimizce tıbbî müdahale; gerçekleştirilen müdahale bakımından yetkili kılınmış kişilerce, hukuken öngörülmüş amaçlara yönelik olarak, tıp biliminin genel kabul görmüş kuralları ışığında, müdahalenin yöneldiği kişinin bilgilendirilmiş rızası ve/veya diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı şartıyla gerçekleştirilen her türlü müdahaledir.

B. Tıbbî Müdahalenin Unsurları

1. Genel Olarak

Tıbbî müdahaleyi sıradan bir müdahaleden ayıran, bir takım unsurların varlığıdır. Öyle ki, bu unsurların varlığı, sıradan bir müdahaleyi tıbbî müdahale ve hatta hukuka uygun bir tıbbî müdahale haline getirmektedir.

Bazı yazarlar⁶² tıbbî müdahalenin unsurlarını; tıp mesleğini icraya hukuki açıdan yetkili kişilerce gerçekleştirilme, hukuken öngörülen amaçlara yönelme, tıp biliminin genel kabul görmüş 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 vardır. Bir görüş⁶³, hekim tarafından gerçekleştirilmesi ve doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik bulunması unsurlarını yeterli görürken; diğer bir görüş⁶⁴ hukuken öngörülmüş amaçlara yönelme koşulunu tıbbî

⁶¹ YENERER ÇAKMUT, s. 24.

⁶² ÇİLİNGİROĞLU, s. 16 vd.; YENERER ÇAKMUT, s. 26-41; SAVAŞ, Tıbbî Müdahale Hataları, s. 40; ŞATIR, Nejd, Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 2015, s. 15.

⁶³ AYAN, s. 5.

⁶⁴ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 10. Bası, Ankara 2015, (Tıp Hukuku), s. 355-361.

gerekliliğin/ zorunluluğun (tıbbî endikasyonun) varlığı olarak değerlendirilmiştir. Hukuken öngörölmüş amaçlara yönelme koşulu, tıbbî endikasyonun varlığı olarak değerlendirildiğinde bunun doğal sonucu olarak tıbbî müdahalenin amacı da tedavi, ile sınırlı kalmaktadır⁶⁵.

Kanaatimizce bir müdahaleyi tıbbî müdahale kılan unsurlar; hukuki açıdan yetkili kişilerce gerçekleştirilmesi, hukuken öngörölen amaçlara yönelmesi⁶⁶, tıp bilimince kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olması⁶⁷ ve hastanın bilgilendirilmiş rızasının⁶⁸ varlığıdır⁶⁹. Burada ayırt edilmesi gereken, müdahalenin tıbbîliği ile hukuka uygunluğunun farklı olgular⁷⁰ olduğudur. Bir müdahale tıp bilimi kurallarına uygun gerçekleştirildiği ölçüde tıbbî olmakla birlikte; her zaman hukuka uygun değildir. Örneğin; bir ırka yönelik olarak sistematik kısırlaştırma operasyonları yapıldığı bir

⁶⁵ **BAYRAKTAR**, s. 149. Ancak Bayraktar tedavi kavramını: “Bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak veya iyileşmesini çabuklaştırmak, hastalığın tehlikesini azaltmak, yarattığı ıstırapları teskin etmek, arazlarını ortadan kaldırmak veya hafifletmek için alınan tedbirlerin, uygulanan ilaçların veya cerrahi müdahalelerin bütünü” olarak değerlendirerek, daha geniş bir tedavi kavramı benimsemiştir.

BAYRAKTAR, s. 149; **SARIAL**, Enis, “Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler”, İstanbul 1986, s. 15; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 3; **AŞÇIOĞLU**, s. 49; **KAYALI**, Zeka, “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbî Müdahaleler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996, s. 31; **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, *AÜHFD*, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 58-59; **DERYAL**, Yahya, “Tıbbî Müdahale için Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Alınması” *Sağlık Hakkı Dergisi*, S. 2, Y. 2007, (Aydınlatma ve Onay), s. 47; aynı yönde, biliminin verilerine göre zorunlu müdahale unsuru olarak değerlendiren görüş: **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 355 vd.

⁶⁶ **YENERER ÇAKMUT**, s. 35; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 24-25; **İŞİK ÖZCAN**, s. 27; **ATEŞ**, s. 15.

Aynı yönde, gelişen tıp bilimi karşısında özellik arz eden tıbbî müdahaleler başlığında ele aldığımız diğer operasyonları da tıbbî müdahale kavramına dâhil eden görüş: **ŞENOCAK**, Zarife, “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, *AÜHFD* C. 50 S. 4 Y. 2001, (Küçüğün Rızası), s. 66-67.

⁶⁷ **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 106; **AYAN**, s. 18; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 33; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 365-366; **DERYAL**, Aydınlatma ve Onay, s. 47; **ATEŞ**, s. 13-19; **İŞİK ÖZCAN**, s. 15-35; **ADIGÜZEL**, Sibel, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *TAAD*, S. 19, Y. 2014, s. 946.

⁶⁸ Doktrinde aydınlatılmış onam olarak da ifade edilen bu unsur için; bilgilendirilmiş rıza ifadesi tercih edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. s.52, 87. Tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılan diğer hallerle birlikte rıza kavramı değerlendirilecektir.

⁶⁹ **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 106 vd.; **KAYALI**, s. 33 vd.; **ERMAN**, Hasan, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s. 146-149; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 201 vd.; **YENERER ÇAKMUT**, s. 41, 193 vd.; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 27-29; **SAVAŞ**, Tıbbî Müdahale Hataları, s. 40-42.

⁷⁰ **SAVAŞ**, Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbî Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007, (Sağlık Çalışanları), s. 53-54.

ihtimalde, kısırlaştırma operasyonlarının tıbben gereklilikleri yerine getirildiği ölçüde tıbbîdir; ancak hukuka uygun olamayacağı açıktır. Bu sebeple, hukuka uygunluğu sağlayan bilgilendirilmiş rıza aynı zamanda tıbbî müdahalenin unsurlarındandır; zira izin verilen ve mevzuatta tıbbî müdahale olarak söz edilenin hukuka uygun tıbbî müdahale olduğu ifade edilmelidir.

Kural olarak kişinin bilgilendirilmiş rızası aranmakla birlikte, diğer hukuka uygunluk hallerinin koşullarının varlığı halinde, rıza olmaksızın yalnızca bu hallerden biri de müdahaleyi hukuken uygun kılabilmektedir. Buna karşılık aşağıda ele alınacağı üzere bazı hallerde kişinin rızası diğer hukuka uygunluk sebeplerinin üzerinde tutulmuş ve kişinin rızası olmaksızın diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ile müdahalenin gerçekleştirilemeyeceği kanun koyucu tarafından öngörülmüştür⁷¹.

Hukuka uygun tıbbî müdahalelerin ortaya konulabilmesi için, öncelikle tıbbî müdahalenin unsurlarını taşıyıp taşımadığı değerlendirmesiyle bir müdahalenin tıbbî müdahale olup olmadığı belirlenmeli ve sonrasında hukuka uygunluk denetimi yapılmalıdır. Aşağıda tıbbî müdahalenin unsurları açıklığa kavuşturulacaktır.

2. Hukuki Açıdan Yetkili Kişiler Tarafından İcra Edilme

a. Genel olarak

Tıbbî müdahale, normal şartlar altında haksız fiil olarak değerlendirilebilecek kişilik hakkını ihlal eden bir hareketin, belirli şartlar altında hukuka uygun kabul edilmesi halidir. Tıbbî müdahale olarak değerlendirilemeyen bir fiilin hukuka uygun bir tıbbî müdahale teşkil edeceğinden söz edilemez. Bu sebeple, ancak özel olarak belirlenen kişilerin müdahaleleri hukuka uygun tıbbî müdahale kapsamına girebilecek, herhangi bir kişinin gerçekleştireceği müdahale, tıbbî müdahale kabul edilemeyeceğinden hiçbir halde hukuka uygun olamayacaktır. O halde, tıbbî müdahalenin açıkça ortaya konulabilmesi için ilk olarak kimlerin tıbbî müdahaleyi gerçekleştirebileceği net bir biçimde tanımlanmalıdır.

Kimlerin fiillerinin tıbbî müdahale sayılacağı TŞSTİDK. ile tek tek sayılarak hüküm altına alınmıştır. Kanunda sınırlı sayıda sayılan bu kişiler dışındaki kimselerin fiillerinin tıbbî müdahale kabul edilmesi mümkün değildir. Halk arasında lokman hekim, çıkıkçı gibi isimlerle bilinen, tıp eğitimi almamış ve kanunen herhangi bir

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.131.

yetkiye dayanarak hareket etmeyen bu tip kişilerin gerçekleştirdikleri müdahaleler hukuki açıdan yetkili olmamaları nedeniyle tıbbî müdahale teşkil etmemektedir.

Doktrinde ağırlıklı olarak hukuki açıdan yetkili olma⁷² ve diğer görüşe göre de hekim tarafından gerçekleştirilmiş olma şartı⁷³ şeklinde ayrı ayrı değerlendirmeler mevcut olmakla birlikte, TŞSTİDK.'nın ilgili hükümleri ışığında; yalnızca hekimlere değil, diğer sağlık personeline de bir takım haklar tanındığı görülmektedir. Kanaatimizce; diğer sağlık personeline tanınan bu haklar doğrudan kanun tarafından öngörüldüğünden, burada hekimden bu kişilere yetki devri, alt vekâlet veya ikame vekâletten değil⁷⁴ doğrudan kanundan doğan yetkiden bahsetmek gerekir.

b. Tıbbî müdahalede bulunabilecek kişiler

aa. Hekimler

aaa . Genel olarak

Hekimler⁷⁵; gerek ilk akla gelen sağlık personeli olmaları, gerekse de ciddi mahiyetli müdahalelerde bulunmaları sebebiyle tıbbî müdahaleyi gerçekleştirebilecek kişilerin başında gelmektedirler. Diğer sağlık personeli TŞSTİDK. ile sınırlı olarak yetkilendirilmiş olmakla birlikte, tıbbî müdahale sahnesinin başrolünü hekimler oynamaktadır.

⁷² **KAYALI**, s. 22-23; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 188-189; **ERMAN**, B., s. 92; **YENERER ÇAKMUT**, s. 26-27; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 23; **SAVAŞ**, Sağlık Çalışanları, s. 64; **ARPACI**, Abdülkadir, “Özel Hukuk Açısından Tıbbî Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, *YÜHFD*, C. VI, S. 2 (Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı), Y. 2009, s. 7; **IŞIK ÖZCAN**, s. 24; **ALTUNKAŞ**, Aysun, “Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbî Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu, Ankara 2015, s. 55-60.

⁷³ **BAYRAKTAR**, s. 111; **SARIAL**, s. 50 vd.; **AYAN**, s. 5-6; **SÜTLAŞ**, s. 42.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **SARIAL**, s. 51-52.

⁷⁵ 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.3'te: Hekim: Hastaya doğrudan veya dolaylı tıbbî hizmet vermek üzere yurt içindeki veya yurt dışındaki tıp fakültelerinden veya dış hekimliği fakültelerinden birisinden mezun edildikten sonra diploması Bakanlık tarafından onaylanarak meslek icrasına izin verilen kişi, olarak tanımlanmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TŞSTİDK. 1.maddesinin eski düzenlemesi, tıp mesleğinin icrası için “Türk bulunmak” şartını öngörmekteyken; 663 sayılı KHK⁷⁶’nın 58. maddesiyle bu şart kaldırılmıştır.

bbb. Türk Hukuku bakımından hekimlik mesleğini icra edebilme şartları

1) Tıp fakültesi diplomasına sahip olmak

Tıbbî müdahale gerçekleştirmek için yetkili kabul edilebilmenin, hekimlik mesleğini icra edebilmenin ilk şartı, TŞSTİDK. m.1⁷⁷ uyarınca tıp fakültesi diplomasına⁷⁸ sahip olmak ve m.2 uyarınca bu diplomanın tescil⁷⁹ edilmiş olmasıdır.

Sağlık Bakanlığı’nca kabul gören Tıp Fakültelerinden alınmış diplomaların varlığı esas olmakla birlikte tescil yalnızca bunun belirlenmesi amacın yöneldiğinden kurucu değil bildirici nitelik taşır⁸⁰.

Tescil ile elde edilen hukuki fayda olan hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin bir takip sisteminin varlığı ve mesleğin kanuni sınırlar içerisinde yürütmesinde toplumun ve bireylerin menfaatleri vardır. Toplumun menfaati, kamu sağlığını ifade ederken; korunan bireyin menfaati somut bir kişiyi değil toplum içerisindeki bir bireyin menfaatini ifade eder⁸¹. Hiçbir özel iradenin yetkisiz bir kimseyi rıza yolu ile yetkili kılması mümkün değildir⁸². Bu sebeple, tıbbî müdahaleye gösterilen rızanın yöneldiği kişi önem arz etmekte olup; aşağıda tıbbî müdahaleye rıza kapsamında daha detaylı olarak incelenecektir.

⁷⁶ RG. T. 02.11.2011, S. 28103.

⁷⁷ TŞSTİDK.m.1: “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”

⁷⁸ “Tıbbî müdahalelerde bulunan kimsenin yeterli fikri ve ilmi niteliklere sahip olduğunu gösteren belge diplomadır.” **BAYRAKTAR**, s. 112; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 17; **IŞIK ÖZCAN**, s. 19.

⁷⁹ TŞSTİDK.m.2 : “Yukarki maddede yazılı diplomanın muteber olması için diploma sahibinin 8 Teşrinisani 1339 tarih ve 369 numaralı kanun mucibince hizmeti mecburesini ikmal etmiş ve diplomasını Sihhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletince tasdik ve tescil edilmiş olması lâzımdır. Tababet sanatını icra etmek isteyen askerî tabipler de diplomalarını tasdik ve tescil ettirirler. Ancak hizmeti mecburelerini ifa eyledikleri müddetçe diplomaları alıkonulan tabipler bu müddet zarfında dahi icrayı sanata mezundurlar.”

⁸⁰ **BAYRAKTAR**, s. 113-114; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 190; **YENERER ÇAKMUT**, s. 28; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 18.

⁸¹ **BAYRAKTAR**, s. 112.

⁸² **BAYRAKTAR**, s. 112; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 190.

Hekimlik diploması yalnızca bu diplomaya sahip olan kişiye tıbbî müdahale yetkisi tanımaktadır. Yargıtay bir kararında⁸³ bu hususu; “*Doktorluk mesleğinin icrası ancak Türkiye Tıp Fakültelerinden diploma sahibi olan doktorun bizatihi kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmak koşuluyla sağlanmıştır.*” şeklinde ifade etmiş ve diploma kiralamasına ilişkin sözleşmenin geçersizliğine hükmetmiştir.

Mevcut mevzuat ışığında kural olarak pratisyen hekimlerin, tıbbın tüm alanlarında tıbbî müdahale yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği⁸⁵ m.27 ile bahse konu yönetmelik ile uzmanlık belgesi almayanların, uzmanlık unvan ve yetkisi kullanamamaları hüküm altına alınmıştır. Ancak unvan kullanmaksızın, uzmanlık gerektiren bir müdahalenin yapılabileceği söylenebilir. HAKERİ; mülga Tıpta Uzmanlık Tüzüğü⁸⁶’nde yer alan “*uzmanlıkla ilgili tıbbî faaliyetlerde bulunamazlar*” ifadesi bu hükümde yer almadığından mevzuatta yasak bulunmadığını ifade etmektedir⁸⁷.

TŞSTİDK. m.3⁸⁸ ve m.23⁸⁹’de büyük cerrahi müdahaleler bakımından uzmanlaşmanın altı çizilmişse de, doktrinde⁹⁰ sıkça eleştirilen bu durumun, kanunun tarihi de düşünüldüğünde o günkü şartları yansıttığı açıktır. Tıp biliminin hızlı ilerlemesi, yeni ve karmaşık yapıda hastalıkların ortaya çıkışı, teknolojik gelişmelerin

⁸³ Yarg. 13.HD. T. 30.05.1996, E.1996/5075 K. 1996/5380; www.kazanci.com .:

“.....”1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un tüm maddeleri birlikte ve amacı yorumla değerlendirildiğinde, kamu yararı ve genel sağlığın korunmasına yönelik sınırlamalar getirildiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmadığı açıkça görülür. Anılan Yasanın (1). maddesinden anlaşıldığı şekilde, doktorluk-mesleğinin icrası ancak Türkiye Tıp Fakültelerinden diploma sahibi olan doktorun bizatihi kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmak koşuluyla sağlanmıştır....”

⁸⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 191.

⁸⁵ RG. T. 26.04.2014, S. 28983.

⁸⁶ RG. T. 19.06.2002, S. 24790.

⁸⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 193.

⁸⁸ TŞSTİDK.m.3: “.....Sihhiye ve Maveneti İctimaiye Vekâleti tarafından açılan ve idare edilen mekteplerden mezun küçük sihhiye memurları ve işbu mekteplere muadil tedrisat yapan mekteplerden mezun olup şahadetnameleri Sihhiye ve Muaveneti İctimaiye Vekâletince tasdik ve tescil edilenler talimatnamelerinde yazılı olanlara munhasır kalmak şartıyla küçük ameliyeleri yapabilirler.....”.

⁸⁹ TŞSTİDK.m.23: “Umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler behemehal ihtisas vesikasını hâmil olan bir mütehassıs ile beraber diğer bir tabip tarafından yapılmak lâzımdır. Mütehassıs bulunması veya celbi mümkün olmayın mahallerde yapılması zaruri görülen ameliyeler ile ahvali müstacele ve fevkalâde bu hükümden müstesnadır.”.

⁹⁰ BAYRAKTAR, s. 115-117; YENERER ÇAKMUT, s. 29-30.

tıbbî yöntemlere adaptasyonu, bir hekimden tüm bölgelerle ilgili tüm hastalıklara ve tedavilere hâkim olmasının tıp biliminin birikimi karşısında beklenmesinin gerçeklikten uzak olması gibi sebeplerle tıpta uzmanlaşma zorunluluk haline gelmektedir⁹¹.

2) Tabip odasına kayıtlı olma

Hekimlik mesleğinin serbest olarak icrası için gerekli şartlardan biri de tabip odalarına kayıtlı olmaktır. Tabip odalarına kayıt olmak; 6023 sayılı TTB Kanunu⁹², nun m.7.I⁹³, de serbest çalışan hekimler bakımından zorunluluk olarak ve diğer hekimler bakımından m.7/II' de isteğe bağlı olarak düzenlenmiştir

1985 yılında 6023 sayılı TTB Kanunu'nun m.7/I hükmü, 3144 ve 3224 sayılı kanunlarla ve m.7/II hükmü 3144 sayılı kanun ile değişikliğe uğradığından en güncel mevzuat hükmü 6023 sayılı kanunun bu değişiklik sonrası halidir.⁹⁴

Bu konu farklı şekillerde daha önce defalarca düzenlenmiştir. TŞSTİDK. m.15 ile memur hekimler bakımından da tabip odalarına kayıt zorunluluk haline getirilmiş; ancak 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu⁹⁵ m.59 ile yürürlükten kaldırılmıştır. TBMM'nin 27.01.1956 tarihli 1956 sayılı yorum kararı ile memur hekimlerin odaya kayıtlı olma zorunluluğu açıklanarak, isteğe bağlı üyelik yerini zorunlu üyelik şartına bırakmıştır⁹⁶. Ancak 1985 yılında 6023 sayılı kanunda yapılan değişiklikler⁹⁷ ile güncel olarak serbest çalışan hekimler bakımından zorunluluk, memur hekimler bakımından isteğe bağlılık öngörülmüştür.

⁹¹ **BAYRAKTAR**, s. 117; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 194; **YENERER ÇAKMUT**, s. 30; **SARITAŞ**, s. 15.

⁹² 23.01.1953 tarihli Kanun, RG 31.01.1953 – 8323.

⁹³ TTB Kanunu m.7: “Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler.”.

⁹⁴ **DERYAL**, Yahya, “Hekimlik İçin Türk Olma Şartı ya da Yabancı Hekim Yasağı”, çevrimiçi: www.haksay.org/files/yahya08.doc, ET: 26.10.2015.(Türk Olma Şartı), s. 1.

⁹⁵ RG T.02.02.1956, S. 9223.

⁹⁶ **BAYRAKTAR**, s. 120; **YENERER ÇAKMUT**, s. 33; **IŞIK ÖZCAN**, s. 22.

⁹⁷ m.7/I: RG. T. 07.06.1985, S. 3224 ve m.7: RG. T. 08.01.1985, S. 3144.

3) Hekimlik mesleğini sürekli ya da geçici olarak icra etme engeli bulunmamak

Hekimlik mesleğini icra edebilmenin bir diğer koşulu sürekli veya geçici olarak icra engelinin bulunmamasıdır.

“Geçici icra etme engeli”, 6023 s. TTB Kanunu’nun 38. maddesi ile düzenlenen; Haysiyet Divanı’nın tabipler odasına kaydolmayan veya kanunun kendisine yüklediği sorumlulukları yerine getirmeyenlere disiplin cezası vermesi halidir. Bu ceza madde 39/I-c hükmü uyarınca 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men olabileceği gibi; 39/I-d hükmü uyarınca 3 defa meslekten men cezası alan hekimlerin o mntıkada çalışmaktan men olabilir. 40/II hükmü uyarınca bu cezalandırmalara itiraz olmasa dahi, cezalandırmalar Yüksek Haysiyet Divanı’nın inceleyip, onaylanmasıyla kesinleşir. 47/II hükmü bu kararlara karşı, Danıştay’a başvuru hakkı olduğunu ifade etmektedir. Geçici olarak meslekten men cezası almış hekimlerin, herhangi bir biçimde mesleklerini icra edemeyecekleri ve hasta kabul ettikleri yerlerin de kapatılacağı m. 49/I hükmü ile düzenlenmiştir.

“Sürekli icra etme engeli” teşkil edebilecek haller, TŞSTİDK. m.28 ile hüküm altına alınmıştır. TŞSTİDK. m.28 hükmü ile kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olan veya mesleği icra etmesine engel olabilecek nitelikte akıl hastalığına yakalanan hekimlerin, Sağlık Bakanlığı’nın teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla mesleğin icrasından menolunacağı ve diplomalarının geri alınacağı düzenlenmiştir.

Doktrinde, cezaların düzenleniş biçiminin geniş tutularak meslekle ilgili olmayan suçlar bakımından da uygulama alanı bulması haklı olarak eleştirilmiş, kamu ve kişilerin menfaatiyle örtüşmeyeceği vurgulanmıştır⁹⁸.

⁹⁸ BAYRAKTAR, s. 121; AYAN, s. 9; KAYALI, s. 27; YENERER ÇAKMUT, s. 34; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 20; IŞIK ÖZCAN, s. 23.

4) Yabancı hekimlerin durumu

663 sayılı KHK'nın 58. maddesiyle kaldırılmışsa da, TŞSTİDK. 1.maddesinin eski düzenlemesi, tıp mesleğinin icrası için "Türk bulunmak" şartını öngörmekteyken; Türkiye'de yabancıların hekimlik yapmaları kural olarak mümkün değildi⁹⁹. Ancak bu kuralın istisnasını teşkil eden durumlar söz konusuydu.

İlki, Lozan anlaşması kapsamında yer alan "İkamet ve Adli Salahiyet Mukavelesi" m.4/2'de "*1 Ocak 1923 tarihinden önce Türkiye'de mesleklerini ifa eden kimseler ve bu arada hekimler görevlerini yerine getirmeye devam edeceklerdir.*" hükmüne uygun olarak TŞSTİDK. m.77'de düzenlenen "*Türkiye'de mevzuatı kanununiyeye müsteniden hakkı müktesapları tanınmış olan ecnebi tabipler, dış tabipleri, dişçiler ve ebeler sanatlarını bu kanun ahkâmı dairesinde icra edebilirler.*" hükmü ile kazanılmış hak sahipleri lehine tanınan istisnadır. Ayrıca, 2182 sayılı kanun m.1/II'de maddesinde düzenlenen "*Ankara Hastanesi'nde vazife görmek ve bizzat müddetleri beş yılı geçmemek şartıyla beş ecnebi mütehassıs tabip getirilebilir.*" hükmü ile de yabancı hekimlerin Türkiye'de hekimlik yapabilmeleri söz konusu olmaktadır.

Bir diğeri, 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek Ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmesine İlişkin Kanun¹⁰⁰,un 3.maddesinde "*Türk soylu yabancıların, kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen meslek, sanat ve işlerde çalışabilme ve çalıştırılabilmeleri için, özel kanunlarda aranan nitelikleri taşımak ve yükümlülükleri yerine getirmek şartıyla, bu Kanun ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanuna göre, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları ile diğer ilgili bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca izin verilir.*" şeklindeki düzenleme ile Türk soylu hekimlere de istisna tanınmıştır.

Son olarak 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu¹⁰¹,nun mülga 7.maddesinde "*...Özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren veya ülke düzeyinde meslekî gelişmeyi sağlayacak Türk uyruklu ve yabancı uyruklu elemanlar da kadro karşılığı aranmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabilir.*" hükmü de istisna bir başka durumu düzenlemekteydi.

⁹⁹ BAYRAKTAR, s. 118; ATABEK, Reşat / SEZEN, Merih, "Hekimin Mesuliyeti", İBD, C. XXVIII, Y. 1954, s. 136-137; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 45.

¹⁰⁰ RG. T. 29.09.1981, S. 17473.

¹⁰¹ RG. T. 15.05.1987, S. 19461.

“Türk bulunma” şartının kaldırılmasıyla birlikte, mevcut mevzuat ışığında yabancı hekimlerin Türkiye’de hekimlik yapabilmelerine ilişkin yasak kalkmış; ancak doğrudan hekimlik yapmalarına müsaade edilmemiştir. Yabancı ülkelerden alınan tıp fakültesi diplomalarının geçerliliğine ilişkin olarak m. 4¹⁰² hükmü açık bir düzenleme ihtiva etmektedir. Buna göre Sağlık Bakanlığı’ndan ve tıp fakültesi profesörlerinden seçilmiş bir jüri tarafından diplomalarının Türkiye tıp fakültelerinin ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir fakülteden bütün sınav devreleri geçirilerek alınıp alınmamış olduğu araştırılarak denk olup olmadığı değerlendirilecektir. Sonrasında yabancı hekim, Sağlık Bakanlığı’ndan bir görevlinin de bulunduğu, tıp fakültesi profesörlerince seçilmiş bir jüri tarafından teorik ve pratik bölümleri olan bir sınava tabi tutulur. Bu sınav sonucunda yabancı hekimin Türkiye’de hekimlik mesleğini icra etmesine izin verilebilmektedir. Öğretim süresi veya ders programında eksiklik olan ve bu sebeple denk bulunmayan fakültelerden mezun yabancı hekimler Türkiye’de tıp fakültelerinde eksik ders ve stajlarını tamamlayabileceklerdir.

Güncel bir problem olan Suriyeli göçmen hekimlerin, Türkiye’de hekimlik yapma taleplerinde; bu maddede öngörülen prosedürün izlenerek gerekli izinin alınması gerekmektedir. Aksi takdirde hukuka uygun bir tıbbî müdahale gerçekleştirdiğinden söz edilemeyecektir.

bb. Hekimler dışındaki sağlık çalışanları

Sağlık sektörü hizmetleri düşünüldüğünde, sağlık çalışanı olarak hekimlerin yanı sıra hastane müdüründen temizlik görevlisine kadar geniş bir yelpazede çalışan kişiler

¹⁰² TŞSTİDK. m.4 : “Yabancı memleketlerin tıp fakültelerinden izinli “hekimlerin” Türkiye’de hekimlik edebilmeleri için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından ve Üniversite Tıp Fakültesi Profesörler Meclisinden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından hüviyetlerine bakıldıktan sonra diplomalarının Türkiye Tıp Fakültesi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir fakülteden bütün sınav devreleri geçirilerek alınıp alınmamış olduğu araştırılır. Bu şartlarda alınmış olduğu anlaşılan diplomalar kabul edilip Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığıınca onaylanarak kütüğe geçirilir ve iyelerinin sanat yapmalarına izin verilir. Bu şartlara uygun olarak alınmamış diplomaların iyeleri Tıp Fakültesi Profesörleri Meclisince seçilmiş bir jüri heyeti karşısında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığından gönderilecek bir işyar da bulunduğu halde teori ve pratikten bir sınav geçirilir. Bu sınavın şekli Sağlık ve Sosyal Yardım ve Kültür Bakanlıkları tarafından beraberce kararlaştırılır. Ancak Türkiye Tıp Fakültesi öğretim süresine ve ders programlarına göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere Tıp Fakültesinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınava girerler. Sınavları başaranların sanat yapmalarına usulüne göre izin verilir.”

olduğu görülmektedir¹⁰³. Sağlık çalışanı veya sağlık mesleği mensubu denildiğinde, akla ilk gelen hekim ve hemşireler olmakla birlikte; diyetisyen, biyolog, tıbbî teknolog, ebe, anestezi teknisyeni, röntgen teknisyeni, diş protez teknisyeni, fizik tedavi teknisyeni, laboratuvar teknisyeni gibi birçok sağlık mesleği mensubu ve temizlik görevlisi, şoför, imam-gassal gibi birçok sağlık çalışanı mevcuttur¹⁰⁴.

Sağlık çalışanları; bireylerin ruhen, bedenlen ve sosyal açıdan sağlıklı ve iyilik hallerinin devamını sağlamak, hastalıkları teşhis ve tedavi etmek amaçlarıyla, doğrudan veya dolaylı olarak çalışan kişilerdir¹⁰⁵. Sağlık çalışanları, sağlık mesleği mensupları da dahil olmak üzere doğrudan veya dolaylı olarak hizmet sunan tüm sağlık sektörü hizmeti sunucularını ifade eder¹⁰⁶.

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik¹⁰⁷ genel olarak, sağlık mesleği mensupları ve sağlık hizmetinde çalışan diğer meslek mensupları olarak ikili bir ayırım öngörmüştür. Buna göre; hekim, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire, klinik psikolog, fizyoterapist, fizyoterapist teknikeri, odyolog, odyometri teknikeri, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, radyoterapi teknikeri, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbî laboratuvar teknisyeni, tıbbî laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbî görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri,

¹⁰³ 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.3'te:

Sağlık Personeli: Kamu ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşlarında, muayenehanelerde ve sair yerlerde hastalara tıbbî hizmet vermeye yetkili ve görev, yetki ve sorumlulukları Bakanlıkça tanımlanmış kişi, olarak tanımlanmıştır.

¹⁰⁴ SAVAS, Sağlık Çalışanları, s. 31-75.

24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.2'de: düzenlenen "Bu Kanun, kamuya ve özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine ait ve her ne ad altında olursa olsun hastalıktan korunma, tıbbî teşhis, tedavi ve müdahale ile bu maksatlara yönelik yardımcı faaliyetlerde bulunulan yerlerde, fiili olarak çalışan hekim, diş hekimi, biyolog, eczacı, psikolog, veteriner hekim, fizyoterapist, diyetisyen, sağlık memuru, laboratuvar teknisyeni, röntgen teknisyeni, diş teknisyeni, hemşire, ebe, çocuk gelişimci, protezci, optisyen ve diğer sağlık personelinin tıbbî amaçlı müdahale ve uygulamaları ile bu işlemlerden doğabilecek hukuki ve cezai sorumluluğu kapsar.

Diğer kanunlarda yer alan sorumluluğa ilişkin genel hükümler saklıdır." Hükümüyle de bu kişiler sayılmıştır.

¹⁰⁵ SAVAS, Sağlık Çalışanları, s. 35.

¹⁰⁶ SAVAS, Sağlık Çalışanları, s. 75.

¹⁰⁷ RG. T. 22.05.2014, S. 29007.

tıbbî protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, diyaliz teknikeri, perfüzyonist, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist), iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, optisyen, acil tıp teknikeri, acil tıp teknisyeni, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni “*sağlık mesleği mensubu*” olarak düzenlenmiştir. “*Diğer meslek mensupları*” ise; psikolog, biyolog, çocuk gelişimcisi, sosyal çalışmacı/ sosyal hizmet uzmanı, sağlık eğitimcisi/tıbbî teknolog, sağlık idarecisi, çevre sağlığı teknisyeni/teknikeri, yaşlı bakım teknikeri / evde hasta bakım teknikeri, tıbbî sekreter, biyomedikal cihaz teknikeri olarak sayılmıştır. Yönetmelik bu kişileri sayarken, görev tanımlarını da açıkça belirlemiştir.

Örnek vererek hizmetleri tespit etmek gerekirse; ambulansla hastaneye getirilen yaralı kişiye hizmet sunan kişiler düşünüldüğünde; ambulans şoförü “*sağlık çalışanı*” olarak sağlık sektörü hizmeti sunmakta iken; hastaneye kaydını gerçekleştiren tıbbî sekreter diğer meslek mensubu olarak sağlık hizmeti sunmakta ve son olarak hastanın iyileştirilmesi için ise vücut bütünlüğüne müdahale hakkı olan sağlık mesleği mensubu olarak hekimler ve hemşireler tıbbî müdahale gerçekleştirmektedirler.

Sağlık sektörü içerisinde çalışan imam-gassal, şoför, hizmetli gibi kişiler tıbbî müdahale yetkisi olmayan; ancak sağlık çalışanı olan kişilerdir¹⁰⁸. Bu kişilerin faaliyetleri tıbbî müdahalelerin yapılması için gerekli ortamı sağlamakta, tıbbî müdahale yapacak kişilerin işlerini kolaylaştırmaktadır. Sağlık hizmetlerinde çalışan diğer sağlık mensupları da sağlık hizmeti sunmakta ancak tıbbî müdahale gerçekleştirmemektedir. Her sağlık hizmeti bir tıbbî müdahale değilse de, her tıbbî müdahale bir sağlık hizmetidir¹⁰⁹.

Sağlık alanında hekimler dışında çalışan, hemşire, ebe gibi diğer sağlık mesleği mensuplarının da kendi görev tanımlarının el verdiği ölçüde tıbbî müdahaleye yetkisi vardır¹¹⁰. HHY.¹¹¹ m.4/I-c hükmü bu kişileri personel olarak, “*Hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri*

¹⁰⁸ SAVAS, Sağlık Çalışanları, s. 39.

¹⁰⁹ SAVAS, Tıbbî Faaliyet, s. 74; ERSÖZ, Kürşat, “Tıbbî Müdahale Kavramı ve Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 45, Y. 2010, s. 121.

¹¹⁰ GÜRELLİ, Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, *İÜHF M C. XLV-XLVII* (Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan), S. 1-4, Y. 1981, s. 269; ERMAN, B., s. 95.

¹¹¹ RG. T. 01.08.1998, S. 23420.

mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseler” şeklinde tanımlamıştır.

TŞSTİDK. m.1,2 ve3 uyarınca hekimlere, m.29,30 uyarınca diş hekimlerine, m.47 uyarınca ebelere, m.68 uyarınca hastabakıcı ve hemşirelere tıbbî müdahale hak ve yetkisi tanımıştır. Tanınan hak ve yetki ölçüsünde tıbbî müdahalede bulunabilecek bu kişilerin gerçekleştirebildikleri müdahalelerin kapsam ve türleri farklıdır ve hak ve yetkileri ölçüsünde bulundukları bu tıbbî müdahalelerden doğan hukuki sorumlulukları da bu kapsam ve türler ölçüsünde söz konusu olacaktır¹¹².

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik ile sağlık mesleği mensubu olarak tanımlanan kişilerden; hekim, hemşire, ebe gibi kanunun da öngördüğü kişilere doğrudan tıbbî müdahale yetkisi tanınmıştır. Anestezi teknisyeni/teknikeri, hemşire yardımcısı gibi kişilere ise, anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanı hekimin, hemşirenin veya diğer tıbbî müdahale yetkisi olan kişilerin gözetiminde müdahaleye yardımcı işlerin yürütülmesi görevleri verilmiş, doğrudan tıbbî müdahale yetkisi tanınmamıştır.

Öte yandan, sağlık çalışanı olmasa dahi bir kişinin ilkyardım uygulaması mümkündür. İlkyardım Yönetmeliği¹¹³ m.4/I-c’de ilkyardım: “*Herhangi bir kaza veya yaşamı tehlikeye düşüren bir durumda, sağlık görevlilerinin yardımı sağlanıncaya kadar, hayatın kurtarılması ya da durumun kötüye gitmesini önleyebilmek amacı ile olay yerinde, tıbbî araç gereç aranmaksızın, mevcut araç ve gereçlerle yapılan ilaçsız uygulamalar*” olarak tanımlanmıştır. Acil tedavi ise, hekim veya tıbbî müdahaleye yetkili sağlık mesleği mensubu tarafından acil tedavi ünitelerinde yapılan tedavidir¹¹⁴. Acil tedavi, acil tıp uygulamaları olarak da bilinmektedir ve “*Acil tıp uygulamaları, hastanın kendi hekimi veya her zaman gitmekte olduğu hastaneye, tedavi için kliniğe gitmeden o ana kadar yabancı olan bir hekim ve sağlık çalışanları müdahalesine*

¹¹² Hemşirelerin hukuki sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **KÜRŞAT**, Zekeriya, “Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu”, *İÜHFM*, C. LXVI, S. 1, Y. 2008, s. 293-322; **DERYAL**, Yahya, “Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), Ankara 2010, s. 416-439, (Hemşire); **ÇETİNKAYA**, Perihan, Hemşirelikte Tıbbî Uygulama Hataları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2016.

¹¹³ RG. T. 29.07.2015, S. 29429.

¹¹⁴ Çevrimiçi: <http://www.sagliklidunya.com/makaleler/acil-tip/ilk-yardim/ilkyardim-ilk-yardim-nedir> , ET: 27.01.2016.

denir."¹¹⁵. Acil tedavi veya acil tıp uygulamaları bir tıbbî müdahale teşkil edecektir ve ancak hukuki açıdan yetkili kişilerce yapılacaktır. İlk yardım ise, kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal eden nitelikte bir müdahale olması sebebiyle hukuka uygunluk maksatlarından biri ile varsa kişinin rızası yoksa genellikle kişinin üstün nitelikte özel yararı ile hukuka uygun hale gelecektir. Zira ilkyardım bakımından tıbbî müdahalenin unsurlarını aramaya gerek yoktur, ilkyardım bilen herkes tarafından uygulanabilir. Gerçekten de ilkyardım ve tıbbî müdahale kavramları farklı kavramlardır¹¹⁶ ve hukuka uygunlukları da farklı şekillerde değerlendirilmelidir.

Doktrinde ilkyardımın tıbbî müdahale teşkil edeceği ve tıbbî müdahaleler bakımından sağlık personeli tarafından gerçekleştirilme şartının hayatın gerçekleri ile örtüşmeyeceği ileri sürülmüşse de¹¹⁷, yukarıda ifade edildiği üzere ilkyardımın tıbbî müdahale teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz. Bir an için tıbbî müdahale teşkil ettiği kabul edilse dahi; Yönetmelikte ilkyardımcı¹¹⁸ olarak tanımlanan ve ilkyardım eğitimi almış kişilerce yapılması halinde, hukuki açıdan yetkili kişiler tarafından icra edilme unsurunu sağlamaktadır. Zaten böyle bir kabul halinde de, en hafif müdahale ile olsa dahi bir tıbbî müdahale söz konusu olacağından hukuken yetkilendirilme şartının zorunlu olarak aranması gerekecektir. Ancak ilkyardımcı olarak tanımlanan ilkyardım sertifikası sahibi kişiler tarafından icra edilme ilkyardım gerçekleştirmenin bir şartı değildir. Yönetmelik m.19'da düzenlenen işyerlerinde bulundurma zorunluluğu bakımından, Yönetmelik'te tanımlanan sertifikalı ilkyardımcı olması önem arz etmektedir. Günlük hayat içerisinde ilkyardım bilen kişilerde ayrıca bir sertifika zorunluluğu arayan veya ilkyardım yapılmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır.

Doktrinde getirilen tıbbî müdahalenin unsurlarından sağlık personeli tarafından gerçekleştirilme şartının hayatın gerçekleri ile örtüşmeyeceği eleştirisi olduğu gibi, aynı

¹¹⁵ Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V, 2. Auflage 2010, PN.18. naklen: **DOĞAN**, Cahid, "Acil Tıp ve Hasta Güvenliği", KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (26-26 Nisan 2011), Ankara 2012, (Acil Tıp), s. 122.

¹¹⁶ **SAVAŞ**, Sağlık Çalışanları, s. 69-70.

¹¹⁷ **ERMAN**, B., s. 96; **İŞİK ÖZCAN**, s. 27.

Aynı doğrultuda **HAKERİ**, tıbbî müdahalede bulunma yetkisi olmayan kişinin zorunluluk hali dolayısıyla gerçekleştirdiği müdahalenin tıbbî müdahale olduğu görüşünün savunmaktadır. **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 198.

¹¹⁸ İlkyardımcı: "İlkyardım tanımında belirtilen amaç doğrultusunda, hasta veya yaralıya tıbbî araç gereç aranmaksızın mevcut araç ve gereçlerle ilaçsız uygulamaları yapan ilkyardım eğitimi alarak ilkyardımcı belgesi almış kişi".

zamanda reçetesiz satılan ilaç veya tıbbî malzeme uygulamasının tıbbî müdahale teşkil edeceğini ve bu unsura aykırılık teşkil edeceğini ifade etmektedir¹¹⁹. Bu görüş değerlendirildiğinde ise, ilaç veya tıbbî malzemenin reçetesiz satılıyor olmasının kişinin bunu hekime danışmadan kullanabileceği anlamına geldiği yönünde bir algıdan söz edilebilir. Oysaki kişinin hekime danışmadan kendi kendine reçetesiz satılan vitamin türevi kabul edilen ve aslen “ilaç” niteliği taşımayan ürünler haricinde, ilaç alıp kullanması kendine gerçekleştirdiği bir tıbbî müdahaleden ziyade, hekimin verdiği ilacın önerdiği doz dışında kullanımında olduğu gibi hukuki mesnetten yoksun kendine zarar veren bir fiil teşkil eder¹²⁰. Burada kişinin gerçekleştirdiği eylem yönünden yetkili olup bir tıbbî müdahale gerçekleştirdiğinden değil; yapmasının kendisi açısından zararlı olan eylemi bilinçli olarak gerçekleştirdiğinden söz edilebilir. Gerçekten de, ülkemizde yaygın olarak gerçekleştirilen hekim önerisi dışında antibiyotik kullanımının önüne geçebilmek için Sağlık Bakanlığı tarafından gerek bilinçlendirme kampanyaları¹²¹ gerekse de 6197 sayılı Eczaneler ve Eczacılar Hakkındaki Kanun¹²² m.24 kapsamında reçetesiz ilaç satışına karşı hukuki takip işlemleri yürütülmektedir¹²³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, reçetesiz satılan bu ilaçların bir kişi tarafından tavsiye edilmesi halinde; bu tavsiye tıbbî müdahale teşkil etmemektedir¹²⁴.

Tıbbî müdahalelerde sağlık personeli tarafından gerçekleştirilme şartının olmaması gerektiğine ilişkin bir diğer sav olan kişinin kendisine insülin enjekte etmesinin tıbbî müdahale olduğu görüşü¹²⁵ değerlendirildiğinde ise, hekimin kendisine reçete ettiği ilacı, aracı ve/veya yöntemi kendisine verilen eğitim sonrasında kullanan bir kişi söz konusudur. Bu halde, insülin enjekte etmek ile hap biçiminde verilmiş bir ilacı içmek arasında hukuki bir fark olmamalıdır.

İlkyardımdan farklı olarak, ayrıca, Türk Silahlı Kuvvetleri ile Emniyet Genel Müdürlüğünün Sağlık Meslek Mensubu Olmayan Personelinin Yapmaya Yetkili

¹¹⁹ **ERMAN**, B., s. 96; **IŞIK ÖZCAN**, s. 27.

¹²⁰ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 190.

¹²¹ Çevrimiçi : http://www.akilciilac.gov.tr/?page_id=1068&lang=tr_TR , ET: 27.10.2015.

¹²² RG. T. 24.12.1953, S. 8591.

¹²³ Çevrimiçi: <http://www.hurriyet.com.tr/ilacta-recete-kavgasi-buyuyor-23379902> , ET: 27.10.2015.

¹²⁴ **BELGESAY**, Mustafa Reşit, Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1953.(Mesuliyet), s. 155; **YENERER ÇAKMUT**, s. 29; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 201.

¹²⁵ **ERMAN**, B., s. 96; **IŞIK ÖZCAN**, s. 27.

Oldukları Acil Tıbbî Müdahaleler Hakkında Yönetmelik¹²⁶ m.4/I-a'da acil tıbbî müdahale: "Acil sağlık hizmetleri konusunda özel eğitim görmüş ekipler tarafından, tıbbî araç ve gereç desteği ile olay yerinde ve hastaneye nakil sırasında verilen hizmetler" olarak tanımlanmış ve m.5'te sayılan tıbbî müdahaleler¹²⁷ yönünden m.7;

¹²⁶ RG. T. 22.03.2016, S. 29661.

¹²⁷ Türk Silahlı Kuvvetleri ile Emniyet Genel Müdürlüğünün Sağlık Meslek Mensubu Olmayan Personelinin Yapmaya Yetkili Oldukları Acil Tıbbî Müdahaleler Hakkında Yönetmelik m.5: "(1) Türk Silahlı Kuvvetleri muharip sıhhiye personeli ile Polis Özel Harekât Sıhhiyesi personelin sağlık personeli yokluğunda, sağlık hizmetine ulaşınca kadar yapmaya yetkili oldukları acil tıbbî müdahaleler şunlardır:

- a) Cilt altı enjeksiyon yapmak.
 - b) Adale içi enjeksiyon yapmak.
 - c) İntravenöz girişim yapmak ve sağlık hizmetine ulaşınca kadar acil ilaçlarının ve sıvıların infüzyonunu yapmak.
 - ç) Yara pansumanları ile temizliğini yapmak.
 - d) Cilt ve cilt altı sütür atmak.
 - e) Açık göğüs yaralanmasına müdahale etmek.
 - f) Tansiyon pnömotoraksta interkostal iğne dekompresyonu yapmak.
 - g) Oksijen uygulaması yapmak.
 - ğ) Kardiyo-pulmoner resüsitasyon yapmak.
 - h) Sağlığı koruyucu önlemleri bilmek ve uygulamak.
 - ı) Lokal anestezi yapmak.
 - i) Kimyasal, Biyolojik, Radyasyon ve Nükleer (KBRN) etkilenimini tanımlamak, değerlendirmek ve ilk müdahalede bulunmak.
 - j) Kanama kontrolü yapmak.
 - k) Havayolu açıklığını sağlama araçları ile havayolu açıklığını sağlamak.
 - l) Sağlık paketinde belirlenmiş taktik acil ilaçları ve sıvıları kullanmak.
 - m) Dalgıçlık ve yüksek irtifa rahatsızlıklarına ait müdahaleleri yapmak.
 - n) Kırık, çıkık, burkulma ve travma stabilizasyonu sağlamak.
 - o) Harekât alanında triajı ve uygun taşıma tekniklerini bilmek ve uygulamak.
 - ö) Kemik içi enjeksiyon yapmak ve kemik içi mayi uygulamak.
 - p) Çevresel/İklimsel yaralanmalara müdahalede bulunmak.
 - r) Çatışma stresini tanımak ve tahliye hazır hale getirmek.
 - s) Temel yaşamsal bulguları değerlendirmek.
- (2) Türk Silahlı Kuvvetleri muharebe cankurtaranı personelinin sağlık personeli yokluğunda, sağlık hizmetine ulaşılınca kadar yapmaya yetkili oldukları acil tıbbî müdahaleler şunlardır;
- a) Adale içi enjeksiyon yapmak,
 - b) Yaralanmalara müdahale etmek, pansumanı ve temizliğini yapmak,
 - c) İntravenöz girişim yapmak ve sağlık hizmetine ulaşınca kadar damar yolu açıklığını sağlamak maksadıyla sıvı infüzyonu yapmak,

“Türk Silâhlı Kuvvetleri muharip sıhhiye personeli ile Polis Özel Harekât Sıhhiyesi personelinden ilgili eğitimi başarıyla tamamlayanlar 5 inci maddede belirtilen iş ve işlemleri, Türk Silâhlı Kuvvetleri muharebe cankurtaranı personeli 5 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen iş ve işlemleri sadece görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere sağlık personeli yokluğunda, sağlık hizmetine ulaşıncaya kadar yapmaya yetkilidirler” hükmü uyarınca sağlık personeli olmayan kişiler yetkilendirilmiştir.

Kanaatimizce bu yönetmelik ile ilgili olarak belirtilmesi gereken en önemli husus, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü’ne has bir yönetmelik olan bu yönetmeliğin; çatışma gibi acil hallerde sağlık personeli eksikliği sebebiyle yaşanabilecek can kayıplarının önlenmesi amacını taşımasıdır. Yani aslında, mesleğin getirdiği olağanüstü durum sebebiyle tanınmış önemli bir istisna halidir. Bu yönetmelik çerçevesinde öngörülen fiillerin tıbbî müdahale olduğu ve bu kişilerin sağlık personeli sayılamayacağının açıklığı karşısında; bu kişilerin kanunun verdiği yetkiyi kullanarak gerçekleştirdikleri müdahalenin hastanın üstün özel yararının da varlığıyla hukuka uygunluğunu kabul etmek gerekir.

3. Hukuken Öngörölmüş Amaçlara Yönelme

a. Genel olarak

Bir müdahalenin tıbbî müdahale kabul edilebilmesi için aranan şartlardan biri de müdahalenin hukuken öngörölmüş amaçlardan birine yönelmesidir. Bu amaçlardan, en önemlisi ve ilk akla geleni kuşkusuz tedavidir.

Doktrinde bir görüş; tıbbî müdahalenin yöneleceği amacı “*tedavi*” olarak ifade etmekte ve tedavi kavramını; “*bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak veya iyileşmesini çabuklaştırmak, hastalığın tehlikesini azaltmak, yarattığı ızdırapları teskin etmek, arazlarını ortadan kaldırmak veya hafifletmek*” olarak tanımlamakta ve yalnızca tedavi maksadıyla sınırlamaktadır¹²⁸.

ç) Kanamanın durdurulması/kontrolü için gereken müdahaleleri yapmak,

d) Temel yaşam desteği uygulamak,

e) Airway ile havayolu açıklığını sağlamak, gerektiğinde balon maske ile suni solunum yapmak,

f) Kırık, çıkık, burkulma ve travma stabilizasyonu sağlamak,

g) Çevresel/İklimsel yaralanmalara müdahalede bulunmak,

ğ) Harekât alanında triajı ve uygun taşıma tekniklerini bilmek ve uygulamak.”.

¹²⁸ BAYRAKTAR, s. 149; AYAN, s. 9; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 24.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise; bir müdahaleyi tıbbî müdahale kılan unsurlardan bir diğeri olan amaç unsuru, müdahalenin teşhis, tedavi, önleme ve nüfus planlaması gibi hukukî olarak öngörölmüş amaçlardan en az birine yönelmesini ifade etmektedir¹²⁹. Kuşkusuz tedavi tıbbî müdahalenin yöneldiğı bir amaçtır ve fakat tıbbî müdahalenin yegâne amacı değil ancak hukukî olarak öngörölen amaçlardan yalnızca biridir.

Tedavi maksadını benimseyen görüş, tıbbî müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için endikasyonun varlığını aramaktadır¹³⁰. Bu görüşe göre; endikasyonsuz gerçekleştirilen müdahaleler tıbbî müdahale teşkil etmemekte, sıradan bir müdahale gibi hukuka uygun hale gelmesinde ise engel bulunmamaktadır¹³¹. HAKERİ'ye göre ise; tıbbî müdahale olarak değerlendirilebilecek bu hallerde, bir unsur olarak aranan endikasyonun yokluğu halinde, adaba uygun olsa dahi sadece rıza ile fiilin hukuka uygun hale gelmesi söz konusu olamayacaktır¹³².

Kanaatimizce, gün geçtikçe gelişmekte olan tıp ilmini yalnızca endikasyonun varlığında, tedavi maksadıyla sınırlamak mümkün değildir. Tabii ki, dilini çatal yaptırmak üzere operasyon yaptırmak¹³³, iç çamaşırı firmasının reklamı için mankenin göğüslerini büyütmesi¹³⁴ örneklerinde olduğu gibi sadece şöhret kazanma veya maddî kazancı arttırma¹³⁵ gibi amaçlara yönelen müdahalelerin hukuka uygun olduğu iddiasında değiliz; lakin burada hukuka aykırılığın değerlendirildiğı nokta müdahalenin tıbbî müdahale olup olmasından ziyade ahlaka uygun olup olmamasıdır. Hukukun cevaz verdiği müdahalelere yönelen ve diğer unsurları taşıyan müdahalelerin tıbbî müdahale kabul edilmesi gerektiğı kanaatindeyiz.

Tıbbî müdahale açısından TDN¹³⁶ m. 13/III¹³⁷,te düzenlenen teşhis, tedavi ve önleme amaçları ve 2827 sayılı NPHK¹³⁸ m.2¹³⁹,de düzenlenen nüfus planlaması amacı

¹²⁹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 18; YENERER ÇAKMUT, s. 35; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 24 vd.; BULUT, Berivan, “Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğı”, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 64.

¹³⁰ KICALIOĞLU, s. 12; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 355 vd.

¹³¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 361. dn.793,794,795,796'da anılan yazarlar.

¹³² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 361.

¹³³ PETEK, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, DEÜHFD, C. 8, S. 1, Y. 2006, (Güzelleştirme), s. 182-183. dn.9.

¹³⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 364.

¹³⁵ ÖZAY, s. 26.

¹³⁶ RG. T. 19.02.1960, S. 10436.

olmak üzere dört temel amacın hukuken öngörüldüğünü söylemek mümkündür. Hastalığı hafifletmek ve acıyı dindirmek, hastalığı önlemek ve hastalıktan korumak da doktrinde bu amaçlar arasında görülmüştür¹⁴⁰.

b. Teşhis

Türk Dil Kurumu sözlüğünde tanı ile eş anlamlı olarak, hastalığın ne olduğunu araştırıp ortaya koyma, tanılama¹⁴¹ şeklinde tanımlanan teşhis; bir kişide var olduğu düşünülen rahatsızlığı aramak, bulmak ve tanı koymak için yapılan tıbbî faaliyetler¹⁴²; bir kişide fiziksel veya ruhsal bazı anomali¹⁴³lerin var olup olmadığının, eğer var ise, bunların tanısının tıbbî olarak konulması¹⁴⁴; bir kişide bedensel veya ruhsal bir hastalık, rahatsızlık, anomali ya da değişikliğin tespiti ve tanılaması¹⁴⁵ gibi yakın tanımlarla doktrinde ifade edilmiştir. BAYRAKTAR, bir çok fiili kapsayan teşhise; aileye soru sorulmasını, göğsün dinlenmesini, hastanın vücudunun elle yoklanmasını, konsültasyon yapılmasını, özel bir takım aletlerin kullanılmasını ve laboratuvar incelemelerinin yapılmasını da dahil etmektedir¹⁴⁶.

Teşhis aşamasının, tıbbî müdahalenin odak noktası olduğu ve teşhis sonucu hastanın geleceği hakkında karar verilmesi anlamına gelen yargının tedavinin de

¹³⁷ TDN m.13/III: “Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korumak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.”.

¹³⁸ RG. T. 27.05.1983, S. 18059.

¹³⁹ NPHK m.2: “Nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir.

Devlet nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır. Nüfus planlaması gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanır.

Gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.

Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.”.

¹⁴⁰ BAYRAKTAR, s. 179; AYAN, s. 9; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 24.

¹⁴¹ Çevrimiçi: www.tdk.gov.tr, ET: 07.03.2016.

¹⁴² YENERER ÇAKMUT, s. 35.

¹⁴³ Anomali: Bozukluk. Normalden sapma, normal ya da kural dışı, alışılmazlık ya da düzensizlik. Doğuştan şekil bozukluğu. DÖKMECİ, İsmet, Büyük Tıp Sözlüğü. İstanbul 2009.

¹⁴⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s. 18.

¹⁴⁵ IŞIK ÖZCAN, s. 28-29.

¹⁴⁶ BAYRAKTAR, s. 230.

başlangıcını teşkil ettiği ifade edilmiştir¹⁴⁷. Hekimin teşhis koyarken, hekimlik meslek etiği kuralları ve tıp biliminin o tarihteki gelişmişlik düzeyi ışığında hareket etmesi gerekmektedir¹⁴⁸. Önemle belirtmek gerekir ki, teşhis için yapılacak bir veya birçok işlemten sonra bir hastalığa rastlanmaz ise, bu durumda teşhis için gerekli olarak yapılmış olan bu işlemler teşhis niteliğini kaybetmez¹⁴⁹.

Kanaatimizce teşhis; bir kişinin sağlıklı olup olmadığının tıbbî pek çok yöntem kullanılarak, mesela elle muayene ederek deri altındaki oluşumların hissedilmesi (palpasyon), hastalık hikayesinin dinlenmesi (anamnez), laboratuvar araştırması için kişiden örnek alınması, ultrason, MR gibi çeşitli görüntüleme tekniklerinin kullanılması gibi tespiti ve ruhsal veya bedensel bir anomali var ise bu anomalinin giderilmesinde uygulanacak tedavi yönteminin belirlenmesi için gereken verilerin toplanması için yapılan faaliyetlerdir.

c. Tedavi

Tedavi; ruhsal veya bedensel bir anomali tespit edilen kişiyi iyileştirmek, iyileşmesini çabuklaştırmak, anomalinin yarattığı tehlike ve acıyı önlemek için gerçekleştirilen faaliyetlerdir¹⁵⁰.

Çok çeşitli hareketler tedavi kapsamında değerlendirilebilir¹⁵¹. Öyle ki; bir ilacın oral yolla alınmasını tavsiye etmekten, kapsamlı bir cerrahi müdahaleye, fizik tedavi gereği hastaya yaptırılan egzersizlerden psikoterapiye uzanan birçok eylem tedavi kapsamındadır.

Bir müdahaleyi gerçekleştiren kişinin hekim olması ve tedavi maksadı taşıması başlı başına, müdahaleyi tedavi kapsamına sokmaya yetmeyecektir. Aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere, tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olması da gerekmektedir. Hekimin hangi tedaviyi uygulayacağı ise, tıp biliminin genel

¹⁴⁷ KEYMAN, Selahattin, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, *AÜHFD*, C. 35, S. 1-4, Y. 1978, s. 81.

¹⁴⁸ BELGESAY, Doktorun Hukuki Borçları, s. 110.

¹⁴⁹ BAYRAKTAR, s. 231; YENERER ÇAKMUT, s. 36.

¹⁵⁰ BAYRAKTAR, s. 232; AYAN, s. 9; ÇİLİNGİROĞLU, s. 18; YENERER ÇAKMUT, s. 36; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 42; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 25; IŞIK ÖZCAN, s. 29.

¹⁵¹ YENERER ÇAKMUT, s. 36.

kabul görmüş ilke ve kurallara uygun¹⁵² olup etkinliğinin denenmiş olması¹⁵³ ve ayrıca doktrinde ifade edildiği üzere hekimi sorumluluk altına sokmaması ve uygulamada yaygın olması¹⁵⁴ koşullarıyla hekimin takdirindedir.

Tedavi kavramını daha geniş yorumlayarak, tıbbî müdahalenin amacının tedavi olduğunu ifade eden görüş ise, tedavi kavramını; *“bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak ya da iyileşmesini kolaylaştırmak, hastalığın tehlikesini azaltmak, ortaya çıkardığı acıları dindirmek, arazlarını ortadan kaldırmak ya da hafifletmek için alınan tedbirlerin, uygulanan ilaç ya da cerrahi müdahalelerin tamamını”* içerecek şekilde tanımlamıştır¹⁵⁵. Tedavi kavramını genişleten bu görüşe karşı ise, kanunda sayılan amaçlardan birine yönelme olarak geniş bir tanım kullanmanın, tedavi kavramını genişletmekten daha doğru sonuçlara ulaştıracağı ifade edilmiştir¹⁵⁶.

Kanaatimizce de, her geçen gün gelişen ve yenilenen tıp bilimi, gelişen teknoloji ile değişen tıbbî araç ve gereçler neticesinde kanunen tanımlanan bu amaç unsuru yetersiz kalabileceğinden, daha kapsayıcı¹⁵⁷ ve kanunun ruhuna uygun şekilde yoruma açık bir tanım yapılması halinde yaşanan belirsizlik çözüme ulaşabilecektir.

Estetik amaçlı müdahaleler, organ nakli gibi özellik arz eden tıbbî müdahaleler aşağıda¹⁵⁸ ilgili başlıkta ele alınacağı için; bu müdahalelerin hukuki durumu ve tedavi kapsamına ilişkin görüşler burada değerlendirilmeyecektir.

¹⁵² TDN m.13/I: “Tabip ve diş tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.”

¹⁵³ TDN m.11: “Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamıyacağı gibi aynı maksatla kimyevî, fizikî veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.

Klâsik medotların bir hastaya fayda vermiyeceği klinik veya lâboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde daha önce, mûtat tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedaviinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mûtat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağına muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir.”; GÜRELLİ, s. 270.

¹⁵⁴ SÜTLAŞ, s. 43; YENERER ÇAKMUT, s. 37.

¹⁵⁵; BAYRAKTAR, s. 149; AYAN, s. 9; KAYALI, s. 32; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 24; IŞIK ÖZCAN, s. 27-28; TÜRKMEN, Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, Ankara 2013, s. 40-41.

¹⁵⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 18; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 24; IŞIK ÖZCAN, s. 28.

¹⁵⁷ ATEŞ, s. 15.

¹⁵⁸ Bkz. s.134.

d. Önleme

Mevcut durumda hastalık teşkil etmeyen; ancak ilerisi için tehdit arz edebilecek anomalilerden kişiyi uzaklaştırmak (iyi huylu tabir edilen kistlerin alınması vb.) veya olası anomalilerin önlenmesi amacıyla koruyucu sağlık hizmetlerinin (aşı, sünnet vb.) sunulması da önleme maksadı taşır ve hukuken öngörölmüş amaçlardandır¹⁵⁹.

e. Nüfus planlaması

NPHK m.2/I ile nüfus planlaması düzenlenerek, kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olabilmelerine olanak tanınmıştır. Aşağıda özellik arz eden tıbbî müdahaleler başlığında detaylı olarak ele alınacak olmakla birlikte, özetle; sterilizasyon, gebeliğin sona erdirilmesi gibi haller kanunen öngörölmüş amaç olan nüfus planlaması amacına yöneldiğinden tıbbî müdahale kabul edilecektir¹⁶⁰.

4. Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olma

Hukuka uygun bir tıbbî müdahalenin mevcut olabilmesi için gereken koşullardan bir diğeri; müdahalenin tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olmasıdır¹⁶¹. Doktrinde hukuka uygunluğun sınırı olarak da anılmakta olan bu unsurun hukuken izin verilen bir faaliyet olan tıbbî müdahalenin teknik sınırlarını çizdiği ifade edilmektedir¹⁶².

Doktrinde, bu unsur bakımından tıbbî müdahaleyi hukuka uygun değerlendirebilmek için objektif ve subjektif iki sınırdan bahsedilmektedir¹⁶³:

¹⁵⁹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 18; YENERER ÇAKMUT, s. 37; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 25; IŞIK ÖZCAN, s. 32.

¹⁶⁰ Bkz. s.134.

¹⁶¹ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt-II, Beşinci Bası, İstanbul 2010, (Özel Borç İlişkileri), s. 416; GÜRELLİ, s. 268-269; AYAN, s. 12; ÇİLİNGİROĞLU, s. 33; SÜTLAŞ, s. 82; YENERER ÇAKMUT, s. 38; ARPACI, s. 7; AKBENLİOĞLU, s. 34; IŞIK ÖZCAN, s. 33; ATEŞ, s. 18; KICALIOĞLU, s. 13.

Bu unsur, 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.3'te: "Standart Tıbbî Uygulama" olarak: "Bilimsel olarak kabul edilmiş tıbbî uygulama kurallarına uygun olarak yapılan işlemler" şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁶² KEYMAN, s. 74; ERSOY, Yücel, "Tıbbî Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları", *TBB Dergisi*, S. 53, Y. 2004, s. 170.

¹⁶³ BAYRAKTAR, s. 147 vd.

Objektif sınır; tıp biliminin gereğince hareket ederek, kanunlara ve toplumdaki ahlaka anlayışına aykırı bir davranışa veya mesleki bir hataya sebep olmamaktır.

Subjektif sınır; tedavi amacıyla gerçekleşen bir müdahale olmasıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar bu iki sınır yalnızca tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olma unsurunun sınırları gibi değerlendirilmişse de, kanaatimizce subjektif sınır yukarıda açıkladığımız hukuken öngörülmüş amaçlara yönelme unsurunu ifade etmektedir. Ancak bu iki unsurun birlikte değerlendirilmesinde de bir sakınca bulunmamaktadır.

Bu iki sınır veya unsur dâhilinde değerlendirildiğinde; hekimin tedavi yöntemini seçme özgürlüğünün olması, hekimin tıp biliminin kabul etmediği bir yöntemi kullanabileceği veya daha önce yeteri kadar denenmemiş ya da olası etkilerinden emin olunmayan yöntemleri kullanabileceği anlamına gelmemektedir. TDN m.11 istisnai haller dışında tecrübe edinme maksadıyla gerçekleştirilecek müdahaleleri yasaklarken, m.13 *“Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez”* hükmüyle hekimin tıp bilimince kabul görmüş ilke ve kurallara uyması gerektiğinin altını çizmiştir. Biyotıp Sözleşmesi m.4; *“Araştırma dahil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir”* şeklindeki düzenlemesiyle bu unsuru vurgulamaktadır.

Doktrinde ayrıca, uygulamada yaygın¹⁶⁴ ve temel, yerleşmiş ve gerçekliği kabul görmüş¹⁶⁵ kuralların hekim tarafından bilinmesi ve tıp biliminin gelişmişlik düzeyi ve somut olayın gerekleri çerçevesinde uygulanması¹⁶⁶ aranmıştır. Önemle belirtmek gerekir ki, somut olayın gerekleri kapsamına, tıbbî müdahalenin gerçekleştirildiği yerin koşulları da dâhil edilmelidir. Küçük bir yerleşim yerindeki pratisyen hekimin en modern, karmaşık ve masraflı araçları gerektiren tedaviyi uygulaması beklenemez¹⁶⁷.

Tıp bilimine uygun olarak gerçekleştirilmeyen müdahaleler tıbbî müdahale olarak kabul edilmeyecek ve uygulayıcıların sorumlulukları doğabilecektir¹⁶⁸. Bu bağlamda

¹⁶⁴ SÜTLAŞ, s. 43; YENERER ÇAKMUT, s. 37.

¹⁶⁵ ZEVLİLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 23; YENERER ÇAKMUT, s. 39; ARPACI, s. 7-8.

¹⁶⁶ BAYRAKTAR, s. 148; ÇİLİNGİROĞLU, s. 34; YENERER ÇAKMUT, s. 38; IŞIK ÖZCAN, s. 34.

¹⁶⁷ BGE 64 II 207 naklen: TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 421.

¹⁶⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 33; YENERER ÇAKMUT, s. 40; IŞIK ÖZCAN, s. 34.

hastanın rızasının varlığı, hekimi sorumluluktan kurtaramayacaktır¹⁶⁹. Kanaatimizce; bu şarta aykırı gerçekleşen müdahale unsur eksikliğiyle bir tıbbî müdahale teşkil etmeyeceğinden, sıradan müdahalelerin hukuka uygunluğu kapsamında değerlendirilmelidir. Bu anlamda akupunktur, bitkisel tedavi gibi müdahale niteliği taşıyan ve fakat tıp doktrininde henüz yerleşmemiş tedavi yöntemlerinin de ancak hangi hastalığa, hangi doz hangi usulde verileceğinin tıp bilimi mensuplarının çoğunluğu tarafından belirlenmesiyle tıp doktrininde yerleşmesinden sonra tıbbî müdahale niteliği kazanacağı ifade edilmektedir¹⁷⁰.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de¹⁷¹; hekimin “*faaliyette bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorunda*” olduğunu ifade ettiği kararı ile bu hususun altını çizmiştir. Aynı kararda bu durumun yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülük olmadığını da vurgulamıştır¹⁷².

¹⁶⁹ BGE 62 II 274; hekimin hastanın arzusu üzerine tanımadığı ilacı damar yerine adeleye zerk etmesi naklen: **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 417.

¹⁷⁰ **ARPACI**, s. 7-8.

¹⁷¹ Yarg. 4.HD. T. 07.03.1977, E.1976/6297 K. 1977/2541; www.kazanci.com :

“Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbî uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır. İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.”.

¹⁷² “Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbî müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü rızanın ya da ıstırar halin varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tababette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz. Keza hekim, hastanın daha az önemdeki bir hukuki menfaatini tehlikeye ya da zarara sokarken, daha büyük değerdeki bir hukuki yararı ancak bu şekilde kurtarabiliyorsa hukuka aykırı davranışta bulunmamış olacaktır.”

Yine bir başka kararda ise Yargıtay 13. Hukuk Dairesi¹⁷³; “Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbî açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmedir.” şeklinde ifade etmiştir.

Çalışmamızın konusu olmamakla birlikte, önemine binaen vurgulamak gerekir ki; bu unsurun gereğince yerine getirilmesiyle hekimin sorumluluğunun doğmaması söz konusu olmaktadır¹⁷⁴. Yargıtay yeni tarihli bir kararında bu hususu bir cümle ile özetlemiştir: “Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte, sonuç değişmemiş ise doktor/hastane sorumlu tutulmamalıdır.”¹⁷⁵.

5. Hastanın Bilgilendirilmiş Rızasının Varlığı

Tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılan şartlardan bir diğeri de hastanın bilgilendirilmiş rızasının varlığıdır. “Aydınlatılmış onam” şeklinde de isimlendirilen ve

¹⁷³ Yarg. 13.HD. T. 19.10.2006, E. 2006/10057 K. 2006/13842; www.kazanci.com.

¹⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYAN**, s. 5 vd.; **ERMAN**, H., s. 143 vd.; **ÖZSUNAY**, Ergun, “Hekim ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Semozyum Notları, İstanbul 2007, (Hukuksal Sorumluluk), s. 89 vd.; **ÖZPINAR**, Berna, “Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, ABD, C. 66, S. 3, Y. 2008, (Kötü Uygulama), s. 90 vd.

24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.27 ile bu husus düzenlenmiştir: “Tıp bilimi açısından önceden öngörülebilme imkânı olmayan veya uygun tıbbî hizmet verildiği halde meydana gelen neticelerden zararlardan sorumluluk doğmaz.

Bu Kanun’un 19 uncu maddesinin dördüncü fıkrasındaki durum saklı kalmak kaydıyla, hastanın tedaviyi reddetme veya durdurma hakkını kullandığı hallerde; hastanın önceden bilgilendirilmiş olması kaydıyla, doğabilecek neticelerden de sorumluluk meydana gelmez.

Hasta sayısının o anda tıbbî hizmet verebilecek sağlık personeli sayısına göre fazla olduğu olağanüstü hallerde önceliğin hangi hastaya verileceğine, tıbbî müdahalenin gereklilik derecesi ve tedaviden alınabilecek olumlu beklentiye göre karar verme hak ve yetkisi hekime ait olup, öncelik verilmesi sebebi ile sorumluluk doğmaz.”

¹⁷⁵ Yarg. 13.HD. T. 06.05.2014, E. 2014/328 K. 2014/14669; (yayımlanmamıştır); aynı yönde: Yarg. 13.HD. T. 05.11.2014, E. 2014/10929 K. 2014/34504.

temelde hastanın müdahalenin niteliği ve olası sonuçları ile ilgili bilgi düzeyine uygun olarak bilgilendirildikten sonra bu müdahalenin gerçekleştirilmesine rıza göstermesini ifade eden bu kavram çalışmamızın ana konularından birini teşkil ettiğinden ayrı bir başlık altında incelenecektir¹⁷⁶.

C. Tıbbî Müdahalenin Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Tıbbî müdahaleyi hukuki bir fiil olarak ele aldığımızda, özü itibariyle hukuka aykırı bir fiil olduğu, ancak hukukun tanıdığı hukuka uygunluk sebepleri ile hukuka uygun bir fiil haline geldiği görülmektedir¹⁷⁷. Sıradan fiillerden farklı olarak, tıbbî müdahale anayasal düzeyde dahi açıkça istisna teşkil etmektedir.

Tıbbî müdahaleyi istisna olarak düzenleyen AY. m.17/II, AY. m.90/V hükmü uyarınca kanun hükmündeki uluslararası antlaşmalar, TMK., TŞSTİDK., yönetmelikler, genelgeler gibi bir çok hüküm tıbbî müdahaleye hukuki dayanak teşkil etmektedir.

Tüm unsurları taşıyan bir tıbbî müdahale, hastanın rızasıyla hukuka uygun hale gelmiş olsa dahi yani hukuka uygun bir tıbbî müdahale söz konusu olsa bile; bu durum yalnızca vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin hukuka uygunluğunu tesis eder¹⁷⁸. Oysa ki, tıbbî müdahale niteliği taşıyan bir fiil sıradan bir fiilden ayrı olarak, çeşitli düzenlemeler ile değerlendirilmiş ve mesela hasta ve hekim arasındaki hukuki ilişki, organ nakli için alıcı kişi ve verici kişi arasındaki ilişki gibi başkaca hukuki ilişkilerin kurulmasına vesile olmuştur. Bu hukuki ilişkide meslek hatası, yardımcı kişilerin hataları, tıbbî alet ve makinelerin bozukluğu gibi sebeplerden hasta zarara uğrarsa, hekimin, yardımcı kişilerin ve sağlık kurumunun sorumluluğu devam eder¹⁷⁹.

Çalışmamızda yalnızca hukuka uygun tıbbî müdahalenin bir hukuki fiil olarak, hangi hukuki ilişkilerin konusu olabileceği incelenecek; bu ilişkilerdeki yükümlülükler, yükümlülükler aykırılık veya olası hukuki sonuçlara değinilmeyecektir.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.85.

¹⁷⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 604; DURAL/ÖĞÜZ, s. 106; AYAN, s. 11; ÇİLİNGİROĞLU, s. 37; IŞIK ÖZCAN, s. 79; KILIÇARSLAN KARA, s. 38.

¹⁷⁸ DURAL, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 257.

¹⁷⁹ DURAL, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 258.

¹⁸⁰ Hukuki sorumluluk ve olası sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KANETİ, Selim, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Y. 1983, s. 61 vd.; REİSOĞLU, s. 1 vd.; ZEVLİLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 1

Tıbbî müdahalelerin çoğunlukla hekim tarafından gerçekleştirilmesi ve genellikle riskli tıbbî müdahalelerin de hekim tarafından gerçekleştirilen müdahaleler olmasından bahisle, çalışmamızda yalnızca hekim-hasta arasındaki ilişki üzerinden inceleme yapılacaktır.

Hasta ve hekim arasındaki ilişkinin niteliği değerlendirildiğinde; bağımsız çalışan hekimler bakımından hasta ile doğrudan sözleşme ilişkisi içerisinde oldukları görülmektedir. Doktrinde ve yargı kararlarında, aşağıda kapsamlı olarak ele alacağımız üzere bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir¹⁸¹. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁸² ise, m.3/I-1 hükmüyle vekâlet ve eser sözleşmelerini kanun uygulaması kapsamına dâhil etmiştir.

Kamu hastanelerinde görevli hekimler ile hasta arasında özel hukuk ilişkisi söz konusu değildir, hasta, hastane ve hekim arasında bir idare hukuku ilişkisi söz konusudur¹⁸³. Dava idareye yani hastaneye yöneltilmeli ve eğer bir tazminat sonucu doğarsa kamu personeli olan hekim veya diğer sağlık çalışanlarına rücu edilmelidir¹⁸⁴.

vd.; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğu”, *Türkiye Klinikleri Tıbbî Etik Dergisi*, C. 4, S. 1, Y. 1996, s.9 vd.; **ERMAN**, H., s. 149 vd.; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 145 vd.; **SARITAŞ**; **ÖZKAN**, Nazan, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s. 78 vd.; **ÖZTÜRKLER**, s. 23 vd.; **ÖZAY**, s. 19 vd.; **PETEK**, Güzelleştirme, s. 177 vd.; **ÖZPINAR**, Hukuki Sonuç, s. 11 vd.; **SAVAŞ**, Tıbbî Faaliyet, s. 1001 vd.; **HATIRNAZ EROL**, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 4. Bası, Ankara 2015, (Hasta Hakları), s. 241 vd.; **SAVAŞ**, Sağlık Çalışanları, s. 27 vd.; **ÖZPINAR**, Kötü Uygulama, s. 94 vd.; **UYGUR**, Atiye, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 12 vd.; **CANBOLAT**, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbî Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, *TBB Dergisi*, S. 80, Y. 2009, s. 156 vd.; **DEMİR**, Mehmet, Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010, (Tıbbî Organizasyon), s. 5 vd.; **IŞIK**, Olcay, “Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2010, s. 102 vd.; **ERÇELTİK**, s. 111 vd.; **GÜNDAY, R.**, s. 28 vd.; **SAVAŞ**, Tıbbî Müdahale Hataları, s. 25 vd.; **BULUT**, 59 vd.; **KILIÇ GÜNEŞ**, Bahu, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 67 vd.; **ŞATIR**; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 613 vd.; **KARACABEY**, Uğur, “Hekim Kusurundan Kaynaklanan Zararın ve Tazminatın Belirlenmesi”, *Fatih Üniversitesi HFD*, C. 3, S. 1, Y. 2015, s. 41 vd.; dış hekimlerinin sorumluluğu için bkz. **ÖZDEMİR**, Hayrünnisa, “Dış Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu”, *EÜHFD*, C. XV, S. 1-2, Y. 2011, (Dış Hekimi) s. 177 vd.

¹⁸¹ Bkz. s.37.

¹⁸² RG. T. 28.11.2013, S. 28835.

¹⁸³ **AYAN**, s. 46; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 601; **YILMAZ**, Battal, Açıklamalı - İtihtatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Bası, Ankara 2010, (Hukuki Sorumluluk), s. 30.

Özel hastanelerde görevli hekimler bakımından ise, doğrudan böyle bir sözleşme mümkün değildir, zira sözleşme hasta ve hekim arasında değil, hasta ve hastane arasında kurulmakta ve hastaneye kabul sözleşmesi¹⁸⁵ olarak adlandırılmaktadır. Bu ilişkide, sözleşmenin tarafı hastaneyken, hekim ve diğer sağlık çalışanları ifa yardımcısı olarak değerlendirilmeli ve TBK. m.116 anlamında sorumluluktan söz edilmelidir¹⁸⁶. Sözleşme öncesinde hasta ve hekim bir güven ilişkisi oluştururlar ve güven ilişkisinden ortaya çıkan borçların (bilgilendirme yükümlülüğü, özenli davranma borcu gibi) olumlu veya olumsuz bir davranışla ihlal edilmesi mümkündür¹⁸⁷. Bu borçların ihlali halinde veya hastanın zarar görmesi halinde sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) gereğince sözleşme hükümlerine tabi olur¹⁸⁸. Bu kapsamda değerlendirilemeyecek fiiller bakımından ise, doğabilecek bir sorumluluk haksız fiil hükümlerine¹⁸⁹ tabi olacaktır.

Hastanın gerek hekimle gerekse de hastane ile herhangi bir sözleşme ilişkisinde olmadığı acil durumlar gibi hallerde ise TBK. m.502 vd.'da düzenlenen vekâletsiz

¹⁸⁴ Yarg. 13.HD. T. 13.12.2004, E. 2004/8677 K. 2004/181152 naklen: **CANBOLAT**, s. 161.

¹⁸⁵ **AYAN**, s. 45-46; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 51; **AKKANAT**, Halil, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 25 vd.; **HATIRNAZ EROL**, Hasta Hakları, s. 51 vd.; **SAVAŞ**, Sağlık Çalışanları, s. 296; **HATIRNAZ EROL**, Gültezer, “Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi”, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, Y. 2012, (Karar İnceleme), s. 191; **ÖZDEMİR**, Hayrünnisa, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Makaleleri (10-17 Eylül 2011), Y. 2012, (Özel Hastane), s. 298-299.

¹⁸⁶ **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 134; **CANBOLAT**, s. 160; **ÖZDEMİR**, Hayrünnisa, “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü”, *TBB Dergisi*, S. 105, Y. 2013, (Üçüncü Kişi), s. 264 vd.

¹⁸⁷ **BAŞPINAR**, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004, (Vekilin Sorumluluğu), s. 229; **KAYA**, Mine, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı ile İlişkisi”, TAAD C. 1, S. 8, Y. 2012, (Kişilik) s. 57.

¹⁸⁸ **AYAN**, s. 49; **ŞENOCAK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 17 vd.; **İŞİK**, s. 117; **ÖZDEMİR**, Özel Hastane, s. 295.

¹⁸⁹ Memurlar bakımından; hastanın doğrudan hekime dava açamayıp idareye dava açması gerektiğinden, hekimin kusurlu olduğu durumlarda idarenin hekime rücu davası açması halinde haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi söz konusu olacaktır. **ŞENOCAK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 31. dn. 54.

işgörme hükümleri¹⁹⁰ uygulama alanı bulabilecektir¹⁹¹. Hekimin hastane ile arasındaki hukuki ilişki¹⁹² çalışmamız kapsamı dışında kaldığından bu ilişkinin hukuki niteliği değerlendirilmeyecektir.

Aşağıda hukuka uygun tıbbî müdahale fiilinin hukuki dayanakları ele alınacaktır.

2. Tıbbî Müdahale Sözleşmesi

a. Genel olarak

Doktrinde tedavi akdi¹⁹³, tıbbî tedavi sözleşmesi¹⁹⁴, teşhis ve tedavi sözleşmesi¹⁹⁵, hekimlik sözleşmesi¹⁹⁶, tıbbî müdahale sözleşmesi¹⁹⁷ gibi isimlendirmeler ile ifade edilen hasta ve hekim arasında tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesine ilişkin sözleşmeyi çalışmamızın niteliği gereği tıbbî müdahale sözleşmesi olarak isimlendireceğiz. Çalışmamızın ana konusunu tıbbî müdahale oluşturmaktayken, çalışmamız kapsamı dışında bıraktığımız hukuki sorumluluk ve buna bağlı olarak sözleşmenin ismi, türü, tarafları gibi tartışmalara¹⁹⁸ kapsamlı olarak yer vermeyecek olmamızın da etkisiyle isimlendirmeye ilişkin hukuki tartışmalardan bağımsız olarak bu isimlendirmeyi tercih etmekteyiz.

¹⁹⁰ Gerçekleştirilen tıbbî müdahale gerçek vekâletsiz işgörme ise, sözleşme benzeri fiil değil ise haksız fiil teşkil edecektir. **ŞENOCAK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 31.

¹⁹¹ **ŞENOCAK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 30-31.

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **DEMİR**, Mehmet, “Hekim - Hastane İlişkisi Temelinde Tıbbî Sorumluluğun Hukuksal Görünüm Biçimleri”, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009, İstanbul), İstanbul 2011, (Tıbbî Sorumluluk), sf.291.

¹⁹³ **ŞENOCAK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 17 vd.

¹⁹⁴ **KICALIOĞLU**, s. 47.

¹⁹⁵ **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 51; **ÖZDEMİR**, Özel Hastane, s. 298-299.

¹⁹⁶ **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 16 vd.; **DEMİR**, Mehmet, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *AÜHFD*, C. 57, S. 3, Y. 2008, (Hukuki Sorumluluk), s. 228; **ERYILMAZ**, Vildan, “Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbî Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi”, *Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları*, Ankara 2014, s. 40.

¹⁹⁷ **GÜLEL**, İlhan, “Tıbbî Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, *TAAD*, C. 1, S. 5, Y. 2011, s. 595 vd.

¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞENOCAK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 17 vd.; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 51vd.; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 16 vd.; **GÜLEL**, s. 595 vd.

Tıbbî müdahale sözleşmesi; tam iki tarafa borç yükleyen, teşhis, tedavi veya herhangi bir tıbbî müdahale edimini gerçekleştirmek üzere hekim ile hasta veya kanuni temsilcisinin bu edim karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği rızaî bir sözleşmedir¹⁹⁹.

Önemle belirtmek gerekir ki; tıbbî müdahaleye rıza gösterilmesiyle tıbbî müdahale sözleşmesinin kurulması ve rızanın gösterilmemesiyle sözleşmenin kurulamaması sonuçlarının doğmasına neden olan rıza iradesi bazı hallerde tek bir irade ortaya konulabilirse de, iki farklı sonuca yol açmaktadır²⁰⁰. Bu sebeple tek bir beyanla hem bahse konu bir tıbbî müdahaleye rıza gösterme iradesinin oluşmuş hem de tıbbî müdahale sözleşmesinin kurulmuş olması ile bu andan sonraki her tıbbî müdahaleye rıza gösterildiği anlamına gelmez²⁰¹. Örneğin hastalığının teşhisi ve tedavisi maksadıyla hekime başvuran kişi, teşhis için gerekli müdahalelere rıza gösterme ve tıbbî müdahale sözleşmesi akdetme iradesini tek bir rıza ile gösterebilirse de; kişinin bu sözleşmeyi akdetmesinin bundan sonra hekim tarafından gerçekleştirilecek tüm müdahalelere rıza gösterdiği anlamına gelmeyeceği ve her ne kadar sözleşme devam etmekteyse de, teşhis aşamasından sonra tedavi için kişiden tekrar bilgilendirilmiş rıza alınması gerekeceğini ifade etmek gerekir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre; hastanın tıbbî müdahale sözleşmesi kurmaktaki iradesi ile tıbbî müdahaleye rıza gösterebilme iradesi farklıdır²⁰². Zira hastanın hekimini seçip bu hekime tedavi olmak yönündeki iradesi ile tedaviye uygulanacak müdahale yöntemine yönelik iradeleri de farklı olabilmektedir. Ancak hayatın akışı içerisinde bir tedavi yöntemi üzerine bir hekim tarafından bilgilendirilen bir kişinin, hem hekime hem müdahale yöntemine aynı anda rıza göstermesi tek bir beyanla mümkün olabilmektedir. Buradaki irade tek olduğu zamanlarda dahi, doğurduğu hukuki sonuçlar birden fazladır. Bahse konu tek beyan, tıbbî müdahaleye

¹⁹⁹ Benzer bir tanımlı ÖZDEMİR teşhis ve tedavi sözleşmesi için, “Teşhis ve tedavi sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek özel sağlık kurum ve kuruluşlarıyla hasta veya kanuni temsilcisi arasında gerçekleştirilen ve hasta veya kanuni temsilcisinin tıbbî teşhis ve tedavi ediminin karşılığını oluşturan belli bir ücret ödemeyi üstlendiği rızaî bir sözleşmedir.” şeklinde ifade etmektedir. **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 51. Ancak biz özel hastane söz konusu olduğunda bunun hastaneye kabul sözleşmesi olduğu görüşünü benimsediğimizden, özel sağlık kurum ve kuruluşları yerine yalnızca hekim olarak kabul etmekteyiz. Aynı yönde bkz. **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 16.

²⁰⁰ **ŞENOCAK**, Küçüğün Rızası, s. 67.

²⁰¹ **ŞENOCAK**, Küçüğün Rızası, s. 67.

²⁰² **ŞENOCAK**, Küçüğün Rızası, s. 67.

rıza olarak hukuka uygunluk sebebi teşkil ederek tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırırken, aynı zamanda tedavi sözleşmesine kabul teşkil etmektedir.

Tıbbî müdahale sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin değerlendirilmesinden sonra, tıbbî müdahale sözleşmesine ilişkin kısaca bir inceleme yapılacaktır.

b. Tıbbî müdahale sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili görüşler

aa. Tıbbî müdahale sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşme olduğu görüşü

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, kısmen veya tamamen, kanunun düzenlediği sözleşme tiplerinin unsurlarını taşımayan ve kendine özgü unsurlardan oluşan sözleşmelerdir²⁰³.

İyi niyet ve uygulamada yaygın teamüllere göre yorumlanan ve tamamlanan bu sözleşmelere niteliklerinin izin verdiği ölçüde benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacak ve hüküm bulunamazsa TBK. genel hükümleri de uygulama alanı bulabilecektir.²⁰⁴ Yedek hukuk kurallarının doğrudan doğruya uygulanması söz konusu olmayıp, kıyasen uygulanabilmesi söz konusudur²⁰⁵. Somut sözleşme ilişkisi ve menfaatler dengesinde tarafların farazi iradeleri ile yedek hukuk kurallarının ayrıştığı hallerde farazi iradeye dayalı sözleşme yorumu yapılmalıdır²⁰⁶. Hâkimin TMK.m.1 uyarınca hukuk yaratarak sonuca ulaşabileceği kabul edilmektedir²⁰⁷.

Doktrinde azınlıkta kalan bir görüş olan, tıbbî müdahale sözleşmesinin sui generis bir sözleşme olduğunu savunan görüşe göre; bu sözleşmede çıkara dayalı edimlerin takasından ziyade bir taraf yardıma muhtaç, hasta ve bilgisiz bir konumdayken diğer

²⁰³ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Bası, Ankara 2015, (Özel Hükümler), s. 881; ZEVLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15.Bası, Ankara 2015, s. 12; ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.Bası, Ankara 2015, s. 56; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Ankara 2014, s. 24.

²⁰⁴ ZEVLİLER/ GÖKYAYLA, s. 12; UYGUR, s. 104; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 24-25.

²⁰⁵ ARAL/AYRANCI, s. 64; Yarg. HGK. T. 15.06.1994, E.1994/11-178 K. 1994/398; Yarg. HGK. T. 21.11.2012, E.2012/11-550 K. 2012/820; www.kazanci.com .

²⁰⁶ ARAL/AYRANCI, s. 64.

²⁰⁷ EREN, Özel Hükümler, s. 883; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 12.

tarafın uzman olmasından bahisle yardım, güven, anlayış, özen ve şefkat unsurlarının ağır bastığı bir ilişki söz konusudur ve diğer hiçbir sözleşmede böyle bir özellik mevcut değildir²⁰⁸. Hekimin hasta nam ve hesabına tasarrufta bulunmadığını kabul eden bu görüş aynı zamanda vekilin doğru bilgi verme yükümlülüğü bulunmadığını da kabul etmektedir²⁰⁹. Paternal yaklaşımı benimseyen bu görüş, günümüzde pek kabul görmemektedir.

Yargı kararlarında yer bulmayan ve doktrinde azınlıkta kalan bu görüşe, kendine has somut normlarla düzenlenmesi gereken tıbbî müdahale alanında, sui generis sözleşme görüşünün kabul edilmesiyle içtihatlar oluşup yerleşik uygulama halini alana dek büyük belirsizliklere yol açabileceği için katılmıyoruz.

bb. Hizmet sözleşmesi olduğu görüşü

Tıbbî müdahale sözleşmesinin niteliğine ilişkin görüşlerden biri de; hizmet sözleşmesi olduğudur. TBK. m.393'te hizmet sözleşmesi tanımlanmıştır. Buna göre; *“Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.”*.

Hizmet sözleşmesinin unsurları; anlaşma (hizmet sözleşmesinin kurulması), zaman, işgörme (edim), ücret ve bağımlılıktır²¹⁰.

Tıbbî müdahale sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olup olmadığının tespiti için hizmet sözleşmesini diğer işgörme sözleşmelerinden ayıran bağımlılık unsuru yönünden tıbbî müdahale sözleşmesi değerlendirilmelidir. TDN m.6' da *“Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviye tâyinde serbesttir”* hükmü ile hekimin bağımsızlığı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda artık, bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğundan bahsedilemez²¹¹. Alman Hukuku tıbbî

²⁰⁸ ATABEK/SEZEN, s. 144 vd.

²⁰⁹ ATABEK/SEZEN, s. 143-144.

²¹⁰ EREN, Özel Hükümler, s. 534-538; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 448-454.

²¹¹ ATABEK/SEZEN, s. 142; SARIAL, s. 41; AYAN, s. 54; AŞÇIOĞLU, s. 36; AKINCI, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, (Hukuki Sonuç), s. 86; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 76; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 57; UYGUR, s. 97-98; ÖZGÜL, s. 61-62; KURT, Ekrem, “Hekimlik Sözleşmeleri”,

müdahale sözleşmesini, hizmet sözleşmesi olarak değerlendirmektedir²¹². Hizmet sözleşmesi olduğu görüşü Alman Hukukunda vekâlet sözleşmesinin ivazsız sözleşme olarak düzenlenmiş olması sebebiyle kabul edilen bir çözüm yolu olduğundan²¹³ Türk Hukuku yönünden kabul görmesi mümkün görünmemektedir²¹⁴.

Tıbbî müdahale sözleşmesine hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağı görüşü doktrinde ağırlıklıdır²¹⁵. İstisna olarak, hekim ve hasta ilişkisinin belirli bir iş için değil, aile doktoru örneğinde olduğu gibi bir süre devam ettiği hallerde hizmet akdi kabul edileceği öne sürülmüştür²¹⁶. Bu görüşte aile doktoru olarak ifade edilenin günümüzde aile hekimi olduğu yönünde bir yaklaşım ile incelemeler yapılmışsa²¹⁷ da bizim de katıldığımız görüşe göre, aile doktoru olarak bahsedilen hekim, günümüzde devlet hizmetinde çalışan hekimler değildir²¹⁸. Zira zaten bu kişilerle özel hukuk anlamında bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir.

Önemle belirtmek gerekir ki, belirli veya belirsiz süreli olması fark etmeksizin özel hastaneye bağlı olarak çalışan hekimler yönünden, hastane ve hekim arasındaki ilişki hizmet sözleşmesidir; ancak hasta ile hekim arasındaki ilişki bu halde de hizmet sözleşmesi değildir²¹⁹.

cc. Eser sözleşmesi olduğu görüşü

Bir başka görüş tıbbî müdahale sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliği taşıdığını ifade etmektedir. TBK. m.470'de; "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana*

Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24-25 Nisan 2008, İstanbul), İstanbul 2011, s. 63; **GÜNDAY**, Harun Mirsad, Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2015, s. 61.

²¹² **SCHMIDT-RECLA**, Adrian / **NOACK** Josephine / (Çev: MERİÇ, Nedim), "Alman Hukuku'nda Hekimin Tazminat Sorumluluğu", VIII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır), Ankara 2012, s. 74.

²¹³ **SARIAL**, s. 39; **AYAN**, s. 52; **ÖZGÜL**, s. 70-71; **KURT**, 63.

²¹⁴ **ATABEK/SEZEN**, s. 154; **AYAN**, s. 54-55; **ŞENOCAK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 19; **ÖZGÜL**, s. 70-71; **GÜNDAY**, H. M., s. 60.

²¹⁵ **BELGESAY**, Mesuliyet, s. 76; **AYAN**, s. 54; **AŞCIOĞLU**, s. 19; **ŞENOCAK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 19; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 75-78; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 57; **UYGUR**, s. 98.

²¹⁶ **REİSOĞLU**, s. 12.

²¹⁷ **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 58; **UYGUR**, s. 96-97.

²¹⁸ **ŞENOCAK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 21; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 597; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 77.

²¹⁹ **REİSOĞLU**, s. 12; **AŞCIOĞLU**, s. 36; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 78.

getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanan eser sözleşmesinin unsurları bir eserin meydana getirilmesi karşılığında ücret ödenmesi hususundaki anlaşmadır²²⁰.

Bu sözleşme tipinin en ayırt edici unsuru “*eser meydana getirme*”²²¹ olduğundan, öncelikle eser kavramı ortaya konulmalıdır ve sonrasında tıbbî müdahale sonucunun eser olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği değerlendirilmesi yapılmalıdır.

Eser kavramının kapsamı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, sadece maddi varlığa sahip olan sonuç taahhütlerini eser kavramına dâhil sayarken²²²; doktrinde hâkim olan diğer görüş ise, objektif tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesini yeterli görmüştür²²³.

Tıbbî müdahaleye uygulanabileceği düşünülebilecek diğer işgörme sözleşmeleri olan hizmet sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesinden farklı olarak süreç dâhilinde işi görme değil, sonuç taahhüt edilmektedir.²²⁴ Doktrinde, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin sonucun taahhüt edilip edilmemesi kriterine göre, eser veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirileceği ifade edilmektedir²²⁵. O halde, öncelikle sonuç taahhüdü değerlendirilmeli ve varsa, eser sözleşmesinden bahsedilmelidir.

Tıbbî müdahale sözleşmesi yönünden değerlendirildiğinde; öncelikle tedavi amaçlı müdahaleler ile bazı özel tıbbî müdahaleleri birbirinden ayırmak gerekir. Zira sonuç taahhüdü yönünden değerlendirildiğinde, tedavi maksadıyla gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler ile estetik operasyon gibi bazı özel tıbbî müdahaleler mahiyet itibarıyla farklıdır.

²²⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 2-35; EREN, Özel Hükümler, s. 588-598; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 486-499; ARAL/AYRANCI, s. 361-368; GÜMÜŞ, s. 4-7; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 747-751.

²²¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 2-3.

²²² GÜMÜŞ, s. 6.

²²³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 21; EREN, Özel Hükümler, s. 592; YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 986-988; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 487,491; ARAL/AYRANCI, s. 361; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 747-748; BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 32.

²²⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 35-40; EREN, Özel Hükümler, s. 598-601; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 751-752; BÜYÜKAY, s. 47-51.

²²⁵ BÜYÜKAY, s. 49.

Tedavi amaçlı sözleşmelerde, hekimin tedaviye yönelik olarak tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun çabası söz konusudur²²⁶. Bu çaba sonucunda iyileşmenin garantisi verilmez, gerekli özenin gösterildiği hallerde sonucun rizikosu hekime ait değildir²²⁷. Tedavi amaçlı müdahaleler yönünden eser sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir²²⁸.

Niteliği gereği bazı özel tıbbî müdahaleler bakımından ise; eser sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulabileceğinden bahsedilmektedir. Bir görüş; protez yapımını konu alan sözleşmeler bakımından eser sözleşmesinin uygulama alanı bulabileceğini ifade ederken²²⁹; diğer görüş, protezin de amacının tedavi olduğundan bahisle bu görüşü eleştirmektedir²³⁰. Protez yapımını eser sözleşmesi olarak değerlendiren görüş, gen analizinin hazırlanması²³¹, yalnızca ceninin görüntülenmesi, apandisit ameliyatının yapılması, bel soğukluğu ve frengi gibi hastalıkların tedavisi, sonucu garanti edilebilen başka bir tedavinin hazırlanması gibi müdahale sonucunda bir

²²⁶ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 416; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 61.

²²⁷ **AYAN**, s. 63,54; **AKINCI**, Hukuki Sonuç, s. 84; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 78; **UYGUR**, s. 99.

²²⁸ “..belli başarılı bir sonuca erişilmesi, bu husus mahiyeti gereği tartılamayan ve yükümlülük altına girenin gücü dışında kalan faktörlere bağlı olduğundan, gerçekleştirileceğinin önceden yükümlenilebilmesie elverişli (versprechbar) değildir. Bu yüzden, dişlerin veya bir hastalığın tedavisine, cerrahi bir ameliyata, hatta vücudun sağlığa kavuşturulması ile ilgisi olmayan bir estetik ameliyata ilişkin sözleşmeler istisna sözleşmesi olarak nitelendirilemezler.” **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 21.

Ayrıca bkz. **EREN**, Özel Hükümler, s. 601; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 625; **BAYRAKTAR**, s. 35; **KANETİ**, s. 61; **REİSOĞLU**, s. 12-13; **AYAN**, s. 53-56; **ŞENOC AK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 25-29; **OZANOĞLU**, s. 55-56; **GÜMÜŞ**, s. 133; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 78-80,80-83; **ÖZTÜRKLER**, s. 57; **ARAT**, s. 226-228; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 64-71; **KICALIOĞLU**, s. 39; **ÖZKAYA**, Erarslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 3.Bası, Ankara 2013, s. 34.

²²⁹ **BELGESAY**, Mesuliyet, s. 77; **REİSOĞLU**, s. 12; **AYAN**, s. 52-55; **ERMAN**, H., s. 144; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 64; **UYGUR**, s. 100; **ÖZGÜL**, s. 63; **KURT**,68; **ERÇELTİK**, s. 125; **GÜNDAY**, H. M., s. 62.

Yarg. 15 HD. T. 20.12.1977, E.1977/3167 K. 1977/2307 naklen: **REİSOĞLU**, s. 12. dn.41.

²³⁰ **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 21; **AYAN**, s. 52-55; **AŞÇIOĞLU**, s. 20; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 83.

²³¹ **BÜYÜKAY**, s. 50; bu sözleşmenin eser sözleşmesi teşkil ettiğini; ancak sonrasında bu analize dayalı olarak gerçekleşen tedavinin vekâlet sözleşmesi teşkil etmesi karşısında karma sözleşmenin varlığını yahut tedavi sözleşmesi gen analizini gerçekleştiren hekimle kurulabileceği gibi, farklı bir hekimle de kurulabileceği ihtimalinde iki ayrı sözleşmenin varlığını ifade etmektedir.

sonucun ortaya çıktığı hallerin eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini ifade etmektedir²³².

Bir görüş estetik amaçlı müdahalelerde hasta ve hekim arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu ifade etmekteyken²³³; diğer görüş, estetik amaçlı müdahaleleri sınırda bir hal olarak değerlendirirken, cerrahi müdahalenin “yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi” sebebiyle bu halde de vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir²³⁴.

Kastrasyon işlemi söz konusu olduğunda, hasta ve hekim arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu dile getirilmektedir²³⁵. Sterilizasyon işlemi yönünden ise; müdahalenin sonucunun vaad edilebileceğinden²³⁶ bahisle eser sözleşmesi olarak nitelendiren görüşün yanı sıra; küçük de olsa kanalların tekrar açılabilmesi rizikosu karşısında²³⁷ Türk Hukuku açısından vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade eden bir görüş de mevcuttur²³⁸.

Yargıtay da bazı kararları ile diş protezi yapımını²³⁹, burun estetiği ameliyatını²⁴⁰ ve dövme izinin kaldırılması amaçlı cerrahi müdahaleyi²⁴¹ eser sözleşmesi kabul etmiştir.

²³² BÜYÜKAY, s. 50.

²³³ SARIAL, s. 43; PETEK, Güzelleştirme, s. 191; ÖZGÜL, s. 64; GÜNDAY, H. M., s. 62. Yarg. 15.HD. T. 03.11.1999, E.1999/4007 K. 1999/3868: www.kazanci.com.

²³⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 21.

²³⁵ ÖZDEMİR, Hayrinnisa, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), 2010, (Hadım), s. 197.

²³⁶ STRÖFER, Joahim, “Beratungspflicht” und Haftung beim Sterilizationsvertragne Wege im Artzhaftungsrecht VersR, 1981, 796. Naklen: BÜYÜKAY, s. 51.

²³⁷ Alman Hukuku açısından hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde: BGHZ, 76, 259; BGH, NJW, 1981, 631; BGH, NJW, 1984, 2625. Naklen: BÜYÜKAY, s. 51.

²³⁸ BÜYÜKAY, s. 51.

²³⁹ Yarg. 15.HD. T. 08.06.2006, E.2005/7988 K. 2006/3417; Yarg. 15.HD. T. 03.10.2007, E.2006/4800 K. 2007/5945; Yarg. 3.HD. T. 24.05.2012, E.2012/8534 K. 2012/13263; Hasta ve diş hekimi arasındaki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi, protez yapımını ise eser sözleşmesi kabul etmektedir. : Yarg. 15.HD. T. 03.10.2007, E.2006/4800 K. 2007/5945.

²⁴⁰ Estetik maksatlı olarak eser sözleşmesi olarak kabul ederken; Yarg. 13.HD. T. 05.04.1993, E.1993/131 K. 1993/2741; kemik eğriliğinin tedavisi amaçlı olduğunda vekâlet sözleşmesi olarak kabul etmektedir.: Yarg. 13.HD. T. 09.04.2014, E.2013/30822 K. 2014/10772.

²⁴¹ Yarg. 15.HD. T. 03.11.1999, E.1999/4007 K. 1999/3868.

Doktrinde bir görüş ise eser sözleşmesinin hiçbir ihtimal için uygulanmasına gerek olmadığını, tüm tıbbî müdahalelerin vekâlet sözleşmesine tabi olması gerektiğini haklı olarak ileri sürmektedir²⁴².

Maddi olmayan sonuçların objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli olduğu ölçüde eser kabul edilebilmesinin gerekmesi ve eserin teslimi ve muayenesine ilişkin hükümlerin uygulanmasının maddi değerlemeyi gerektirmesi nedenleriyle tıbbî müdahalenin eser olarak nitelendirilemediği ve bu sebeple de eser sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı haklı olarak ifade edilmiştir²⁴³. Estetik operasyonların da sonuç taahhüt etmekte elverişsiz kalacağını, zira hekimin elinde olmayan nedenlere bağlı olduğu vurgulanmıştır²⁴⁴.

ÖZDEMİR; protez veya dolgu gibi hallerde bir eser ihtimali bulunmaktaysa da, protezin yapımındaki esas hedefin tedavi olduğunu ve bu hedefi gerçekleştirecek olan asıl edimin teşhis ve tedavi edimi olduğunu, bu sebeple bu ilişkilere de vekâlet sözleşmesinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir²⁴⁵.

dd. Vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü

Doktrin ve Yargıtay kararlarında çoğunlukla kabul edilen görüşe göre ise, tıbbî müdahale sözleşmesi vekâlet sözleşmesi niteliklerini haizdir. Vekâlet sözleşmesi TBK. m.502'de "*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır. Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Kanunun yaptığı bu tanım vekâlet sözleşmesinin tüm unsurlarını içermediğinden, doktrinde yapılan tanım üzerinden unsurları incelemek yerinde olacaktır. Vekâlet sözleşmesi; vekilin, vekâlet veren ile arasındaki özel güven ilişkisine dayalı şekilde, vekâlet verenin menfaat ve iradesine uygun olarak belirli bir işi görmeyi, zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten yersel ve maddi bağımsız şekilde bir işi yapmayı,

²⁴² AYAN, s. 56; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 80; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 63-64.

²⁴³ AYAN, s. 56; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 63.

²⁴⁴ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 61.

²⁴⁵ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 83.

sonucun elde edilip edilmemesi rizikosundan ari olarak borçlandığı sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁴⁶.

Vekâlet sözleşmesinin unsurları ise; bir işin görülmesi, bir işlemin yapılması unsuru, işin vekâlet veren yararına görülmesi unsuru, anlaşma unsuru, vekâlet sözleşmesinin talilik (ikincilik) unsuru, tarafların her zaman vekâleti sona erdirmeye yetkisi, ücret unsuru olarak ifade edilmektedir²⁴⁷.

Tıbbî müdahale sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesinin tanım ve unsurlarını haiz olduğu ve vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerektiği doktrinde²⁴⁸ ve doktrin ile paralel olarak Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasında²⁴⁹ kabul edilmiştir. Gerçekten de Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de 2014 tarihli bir kararında²⁵⁰ bu hususu *“Somut olayda olduğu gibi doktorlar ile hasta arasındaki uyuşmazlıkların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğreti ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır.”* ifadesiyle vurgulamıştır. Hekimin tıbbî müdahale sonucunu garanti edebilmesi söz

²⁴⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 355-356; EREN, Özel Hükümler, s. 705; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 625; ARAL/AYRANCI, s. 434; GÜMÜŞ, s. 122.

²⁴⁷ EREN, Özel Hükümler, s. 708-718.

²⁴⁸ EREN, Özel Hükümler, s. 601; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 625; BAYRAKTAR, s. 35; KANETİ, s. 61; REİSOĞLU, s. 12-13; AŞÇIOĞLU, s. 20; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 25-29; OZANOĞLU, s. 55-56; ÖZTÜRKLER, s. 57; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 64-71; ÖZKAYA, s. 34; ARAT, s. 226-228; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 80-83; AYAN, s. 53-56; GÜMÜŞ, s. 133; KICALIOĞLU, s. 39.

²⁴⁹ Yarg. 13.HD. T. 04.03.1994, E.1994/8557 K. 1994/2138; Yarg. 13. HD. T. 06.11.2000, E.2000/8590 K.2000/9569; Yarg. HGK. T. 26.09.2001, E.2001/4-595 K. 2001/643; Yarg. 13.HD. T. 21.12.2001, E.2001/9800 K. 2001/11883; Yarg. HGK. T. 11.12.2002, E.2002/13-1011 K.2002/1047; Yarg. HGK. T. 26.02.2003, E.2003/21-95 K.2003/113; Yarg. 13.HD. T. 06.03.2003, E.2002/13959 K. 2003/2380; Yarg. 13.HD. T. 09.04.2003, E.2003/711 K. 2003/4255; Yarg. 13.HD. T. 07.02.2005, E.2004/12088 K. 2005/1728; Yarg. 13.HD. T. 09.02.2005, E.2004/17626 K. 2005/2021; Yarg. 13.HD. T. 15.12.2005, E.2005/11677 K. 2005/18599; Yarg. 13.HD. T. 27.12.2005, E.2005/13615 K. 2005/19261; Yarg. 13.HD. T. 12.02.2014, E.2014/4142 K. 2014/3700; www.kazanci.com.

Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kararı mevcuttur: BGE 105 II 284.

²⁵⁰ Yarg. 13.HD. T. 12.02.2014, E.2014/4142 K. 2014/3700; www.kazanci.com.

konusu değildir²⁵¹. İsviçre hukukunda da hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir²⁵².

Yargıtay bir kararında²⁵³ hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi hükümleri ışığında ayrıntılı olarak ele almış ve hekimin sorumluluğunu özen borcuna aykırılığa dayandırmıştır.

Kamu kurumu ile hekim arasındaki ilişki için dahi vekâlet ilişkisinin varlığı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun içtihadı²⁵⁴ ile kabul edilmektedir.

²⁵¹ **ERTAŞ**, Şeref, “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, *DEÜHFD*, Y. 1980, s. 174; **AYAN**, s. 57; **ŞENOC AK**, Hekimin Sorumluluğu, s. 26; **ÖZGÜL**, s. 66-67; **GÜN DAY**, H. M., s. 63.

²⁵² **HONSELL**, H., Handbuch des Arztrechts, Y. 1994, s. 22-23; **KUHN**, M., Die Entwicklung in der Haftpflicht des Arztes, *ZSR*, N.F. 105, 1986; **NÄGELİ**, Max, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Zürich 1984, s. 71 naklen: **ABİK**, Yıldız, “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, *AÜHFD*, C.54, S. 3, Y. 2005, s. 256.

²⁵³ Yarg. 13.HD. T. 09.04.2014, E.2013/30822 K. 2014/10722 www.kazanci.com : “Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdini düzenleyen 386 vd (Yeni TBK. 502 vd) maddeleri uyarınca, vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (TBK.nın 396/1 md.) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbî açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nın 394/1. (TBK. 510/1.) maddesi hükmü uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.”

²⁵⁴ Yarg. HGK. T. 26.02.2003, E.2003/21-95 K. 2003/113; www.kazanci.com : “Devlet, üniversite, belediye ve SSK'na ait hastaneler ile doktor arasındaki ilişki ilke olarak kamusal bir ilişkidir. Ancak hastanede çalışan doktorun, hastane ile eylemli ilişkisi ne olursa olsun, tedavi söz konusu olduğu durumlarda, kurum mensubu veya kurumun tıbbî yardımında bulunan doktor arasındaki ilişkinin vekâlet

ee. Görüşümüz

Tıbbî müdahale sözleşmesi, hekimin hastayı sağlığına kavuşturmak maksadıyla tıbbî müdahale gerçekleştirdiği bir tür vekâlet sözleşmesidir. Tıbbî müdahale sözleşmesi taraflarının hak ve borçları TBK. m.502 vd.'da düzenlenen Vekâlet Sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması ile bulunacaktır. Hekimlerin yükümlülükleri; sözleşmeden doğan asli ve yan edim yükümlülükleri olmasının yanı sıra etik ve mesleki nitelik taşıyan yükümlülüklerdir²⁵⁵.

Hekim vekil, hasta müvekkildir; hekim *bir iş ya da hizmeti görme* yani tıbbî müdahalede bulunma ve hasta da ücret ödeme borcu altındadır. Ancak hekimin menfaatinin hastanın ödediği ücret değil, güven unsurunun ağır bastığı bir güven ilişkisi olduğundan bahisle hastanın iyileşmesi hususundaki menfaati olduğu ifade edilmektedir²⁵⁶. Bu menfaatin sağlanması ise hekimin yükümlülükleri ile ilişkilendirilmiş ve bu yükümlülüklerden en önemlisinin “*kendi geleceğini bizzat tayin hakkı*”²⁵⁷ndan doğan bilgilendirilmiş rıza olduğu ortaya konulmuştur²⁵⁸.

3. Hekim İle Hasta Arasında Sözleşme Bulunmaması Halinde Sorumluluğun Dayandığı Sebepler

a. Genel olarak

Tıbbî müdahale hukuka aykırı ise, hekimin sorumluluğu yalnızca hasta ve hekim arasında varsa sözleşmeden doğmaz. Sözleşme olmayan hallerde de bu hukuka aykırılığın yaptırımı söz konusu olacaktır. Sözleşme ilişkisinin varlığında da, sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı haksız fiil sorumluluğu yarışmaktaysa da avantajlı olan

ilişkisi olduğu baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması da aynı ilkeleri benimsemiştir (Y. 9. H.D. 18.11.1991 gün ve E: 8375 K: 14336 .”

²⁵⁵ UYGUR, s. 118.

²⁵⁶ ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 36.

²⁵⁷ Alman Anayasası m.2/I'de “Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiş bir hak ve bilgilendirme yükümlülüğü bu hakka dayandırılıyor. TEMEL, Alman Hukuku, s. 36. Kanaatimizce Türk hukuku yönünden de, AİHS.'nin AY. m.90/V hükmü gereğince kanun hükmünde olması gereğince “kendi geleceğini bizzat tayin hakkından doğduğu ifade edilebilecektir.

²⁵⁸ ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 36.

sözleşme ilişkisi olduğundan bu hallerde haksız fiil sorumluluğu göz ardı edilerek değerlendirilmektedir²⁵⁹.

b. Haksız fiil

Tıbbî müdahale teşkil eden eylemler özü itibariyle kişilik hakkını, hayat, sağlık ve vücut tamlığı hakkını ihlal edebilecek niteliktedir ve hukuka uygunluk sebeplerinin yokluğunda sözleşme ilişkisi veya vekâletsiz işgörme hükümleri uygulama alanı bulamazsa, TBK. m.49 vd.'da düzenlenen haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulabilecektir²⁶⁰. Açlık grevinde ve ölüm halinde de kurtarılmak istememe iradesi açık olan bir hastaya müdahale edildiğinde, burada tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu üstün nitelikte özel yararın varlığı ile sağlanırken²⁶¹, sorumluluk yönünden sözleşme ve vekâletsiz işgörme hükümleri uygulanamayacağından haksız fiil hükümleri uygulanır.

Haksız fiilin unsurları; fiil, kusur, zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır²⁶². Hekimin tıbbî müdahale teşkil eden fiili, kusurlu ve bununla illiyet bağı ile ilişkilendirilebilecek bir zarar meydana getirmiş ve hukuka uygun değil ise sözleşme ilişkisinin yokluğu ve vekâletsiz işgörme hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı hallerde haksız fiil hükümlerince hekimin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Özetle ifade etmek gerekirse hekimler için haksız fiilin, tıbbî malpraktis²⁶³ olduğu söylenebilir²⁶⁴. Ancak kanaatimizce hukuka uygun hale gelmeyen bir tıbbî müdahale söz konusu olduğunda da, kişilik hakkına saldırı anlamında bir haksız fiil meydana gelmesi söz konusu olacaktır. Örneğin; bilinci yerinde olmayan bir Yehova Şahidine²⁶⁵ hayati tehlike yok iken, kan nakli yapılması halinde, kişinin üstün özel yararı söz

²⁵⁹ REİSOĞLU, s. 15; AYAN, s. 116; AŞÇIOĞLU, s. 65; ERMAN, H., s. 144; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 14,111; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 125; PETEK, Güzelleştirme, s. 222-223.

²⁶⁰ KANETİ, s. 62; REİSOĞLU, s. 3; AYAN, s. 116; ERMAN, H., s. 144; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 11 vd.; SAVAŞ, Sağlık Çalışanları, s. 295; ÖZPINAR, Kötü Uygulama, s. 95; FİDAN, s. 358; YALÇINTEPE, Neylan,

konusu değilken, varsayılan rızası hilafına hareket eden hekimin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olacaktır²⁶⁶.

Alman doktrininde, endikasyon olmaksızın müdahale mümkün olduğundan endikasyonsuz müdahale eden hekim tedavi hatası yaptığında kusurundan; endikasyon varken meslek standartlarına aykırı tedavi yapmaz ise kusurundan; endikasyon olduğunda tıp meslek standartlarına uygun tedavi gerçekleştirirken, hastanın bilgilendirilmiş geçerli bir rızası yoksa bedensel zarar doğmasa bile bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali ile kusurlu kabul edilerek bu fiilden haksız fiil hükümleri ışığında sorumlu tutulmaktadır²⁶⁷. Müdahale neticesinde doğan zararın bedensel zarar olması aranmamıştır.

c. Vekâletsiz işgörmeye

Vekâletsiz işgörmeye hükümleri TBK. m.526-531 maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır. TBK m.526 uyarınca “*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.*”.

Doktrin vekâletsiz işgörmeyi gerçek vekâletsiz işgörmeye ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye olmak üzere ikiye ayırmaktadır²⁶⁸. Çalışmamız kapsamında değerlendirilmesine gerek bulunmaması dolayısıyla ele alınmayacaktır²⁶⁹. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu ayırım ışığında hekimin tabi olduğu kategori kanaatimizce gerçek vekâletsiz işgörmeye; zira hastanın yararına ve çoğunlukla varsayılan rızasına uygun bir müdahale gerçekleştirilmektedir. Hekimin gerekmeyen bir tıbbî müdahale gerçekleştirmesi halinde gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye söz konusu olabilecektir de²⁷⁰, gerekmeyen bir tıbbî müdahaleyi hasta rızası olmaksızın gerçekleştiren hekim örneği hayatın olağan akışı içerisinde yer bulamayacaktır.

²⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.103, 114.

²⁶⁷ SCHMIDT-RECLA/NOACK, s. 80.

²⁶⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 676; GÜMÜŞ ise, caiz gerçek vekâletsiz işgörmeye, caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörmeye, iyi niyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye ve kötü niyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye olarak dörde ayırmaktadır GÜMÜŞ, s. 226.

²⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, s. 227-252.

²⁷⁰ CANBOLAT, s. 169-170.

Vekâletsiz işgörmenin unsurları; bir işin görülmesi, görülen işin bir başkasına ait olması, iş görene vekâlet verilmemiş olması ve işgörme iradesinin bulunmasıdır²⁷¹. EREN bu unsurların yanı sıra işin görülmesinin iş sahibi için zorunlu olmasını aramıştır²⁷². YAVUZ bu unsurlara ek olarak, işgörmenin iş sahibinin yasaklarına aykırı olmaması ve işgörmenin o işi yapamayacak durumdaki iş sahibinin varsayılan menfaatine uygun yapılmasını da aramaktadır²⁷³.

Acil durumlarda²⁷⁴, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda²⁷⁵ ve ameliyatın genişletilmesi gereken durumlarda²⁷⁶ vekâletsiz işgörme ilişkisi söz konusudur²⁷⁷.

Acil durumlarda tıbbî müdahalede bulunmak TDN m.3 uyarınca hukuki bir yardım yükümlülüğüdür²⁷⁸.

DOĞAN'a göre; hastanın bilinci açık ise rızasının alınmasıyla kapalı ise varsayılan rızasına göre her durumda AY. m.17'de düzenlenen yaşam hakkının üstünlüğü çerçevesinde vekâletsiz işgörme hükümlerine uygun tıbbî müdahalede bulunulmalıdır²⁷⁹. Kanaatimizce, TBK. m.526'nın getirmiş olduğu "*iş sahibinin varsayılan iradesine uygun görme*" yükümlülüğü gereğince, hayati tehlike arz etmeyen durumlarda kişinin varsayılan rızasına riayet etmek gerekmektedir. Tabii ki, hayati tehlike halinde kişinin üstün özel yararı gereği varsayılan rızası hilafına müdahale edilebilecektir²⁸⁰.

²⁷¹ TANDOĞAN, Haluk, Vekâletsiz İş Görme, Ankara 1957, (İş Görme), s. 74-157; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 678-681; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 667-668; ÖZKAYA, s. 1086-1089.

²⁷² EREN, Özel Hükümler, s. 831-834.

²⁷³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1361-1362.

²⁷⁴ TOPUZ, Seçkin, "Acil Tıbbî Müdahalede Hekimin Sorumluluğu." *Erciyes Üniversitesi HFD C. 3, S. 1*, Y.2008, s. 294; DOĞAN, C., Acil Tıp, s. 132-133.

²⁷⁵ ÖZTÜRKLER, s. 223.

²⁷⁶ AYAN, s. 113; TOPUZ, s. 294.

²⁷⁷ AYAN, s. 113; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 102; ERMAN, H., s. 144; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 127; PETEK, Güzelleştirme, s. 225; SAVAŞ, Sağlık Çalışanları, s. 295; YALÇINTEPE, s. 30 vd.

²⁷⁸ TOPUZ, s. 295.

²⁷⁹ DOĞAN, C., Acil Tıp, s. 136.

²⁸⁰ AYAN, s. 61; Ayrıntılı bilgi için bkz. s.103, 114.

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEDE BİLGİLENDİRME (AYDINLATMA) YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. GENEL OLARAK

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını¹ ve kişilik hakkının bir parçası olan hayat, sağlık, vücut bütünlüğü üzerindeki hakkını kullanabilmesi için, neye rıza gösterdiğini bilmesi ve gerçekleştirilecek tıbbî müdahaleyi anlaması gerekir². Eğitim düzeyi her ne olursa olsun, kişinin gerçekleştirilecek müdahale ile ilgili tanı, tedavi yöntemi gibi aşağıda detaylarıyla ele alınacak bir takım bilgileri bilmesi gerekir. Kişinin eğitim düzeyine uygun, anlayacağı şekilde bilgilendirilme hakkı vardır³.

Doktrinde bilgilendirme yükümlülüğünün iki temel işlevi olduğu kabul edilmektedir⁴:

İlk olarak, teşhis ve tedavinin hakkıyla yerine getirilmesi bakımından hastanın bilgilendirilmesidir ve aşağıda ele alacağımız bilgilendirme çeşitlerinden tedavi bilgilendirmesini ifade eder.

İkinci olarak ise, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu sağlamaya yönelik bilgilendirmedir ve aşağıda ele alacağımız bilgilendirme çeşitlerinden karar bilgilendirmesi yoluyla elde edilir.

Tıbbî müdahalede bulunacak kişinin, özellikle hekimin söz konusu müdahale ile ilgili olası yan etkiler, müdahalenin çeşidi ve ulaşılmak istenilen amaç gibi⁵ bilgileri hastasına vermesi gerekir.

¹ Tıbbî müdahalelerin kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına olan etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TACİR**, Hamide, “Tıbbî Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı.” II. Ulusal Sağlık Hukuku "Tıbbî Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu", Ankara 2015, (Bildiri), s. 13 vd. Kişinin kendi sağlığı ve yaşamı hakkında karar verebilmesi için hekim tarafından ayrıntılı olarak bilgilendirilerek, kişinin kendi geleceği hakkında kararı kendisinin vermesi sağlanmaktadır.

² **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 203.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.80.

⁴ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 207; **ZEYTİN**, Zafer, “Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Sağlık Hakkı Dergisi* (4. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), S. 3, Y. 2007, s. 168 vd.

⁵ **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 78.

Genellikle rızanın sağlıklı şekilde alınmasının bir unsuru olarak hastanın bilgilendirilmesi arandığı düşünülmektedir, ilk akla gelen karar bilgilendirmesi açısından doğru olan bu düşünce, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında vereceği karardan farklı maksatlara hizmet eden tedavi bilgilendirmesi yönünden yanlıştır. O halde diğer hukuka uygunluk hallerinde de kişinin bilgilendirilmesi gerekir⁶. Zira bilgilendirme yükümlülüğü hekimin takdirine bırakılamayacak⁷ ve hukuka uygunluk sebeplerinden biri olarak HHY. m.15⁸'te düzenlenmiş, bir yükümlülüktür⁹. Yargıtay da bir kararında¹⁰ bilgilendirmeyi Biyotıp Sözleşmesi m.5 ve Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 26.maddesinden bahisle “...davalıların¹¹ ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur” şeklindeki ifadeyle zorunluluk olarak tanımlamıştır.

⁶ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 260.

⁷ **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 77.

⁸ HHY. m.15: “Hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
 - b) Tıbbî müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
 - c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
 - ç) Muhtemel komplikasyonları,
 - d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
 - e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
 - f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
 - g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,
- hususlarında bilgi verilir.”.

⁹ **BAŞPINAR**, Veysel, “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, (Organ Nakli), s. 194: “Hekimin hastayı aydınlatması konusundaki görevinin yükümlülüğü (Obliegenheit), ödev, yükümlülük veya yüküm olduğu doktrinde tartışmalıdır. Meselenin pratik sonucu ise, söz konusu yükümlülük husus ihlal edildiğinde özel hukuk anlamında karşılaşılabilecek müeyyidedir. Gerçekten de, hekimin bu konudaki görevi bir yüküm olarak kabul edilir ve bu da hekim tarafından ihlal edildiği takdirde sadece belirli haklardan yararlanma imkanı ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık aynı hususun yükümlülük olduğu savunulduğunda, ihlal eden hekim tazminat müeyyidesi ile karşı karşıya kalır.” ; **AKYILDIZ**, Sunay, “Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü” *Ankara Barosu Dergisi* (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), Ankara 2010, (Kısırlaştırma), s. 19-20; **KAYA**, Kişilik, s. 57.

¹⁰ Yarg. 13.HD. T. 15.09.2014, E.2013/26330 K. 2014/27050; www.kazanci.com.

¹¹ Karara konu olayda davalılar operasyonu gerçekleştiren hekim ve çalıştığı Vakıf Hastanesidir.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasının bir gerekliliği olan bilgilendirme yükümlülüğü; HHY. ile düzenlenmesinin yanı sıra, gerek vekâlet sözleşmesinden doğan sadakat borcunun bir gereği olarak gerekse de hekimlik mesleğinin etiğinden de doğmaktadır. Bu yükümlülüğün ihlali; kişinin kendi kaderini tayin hakkını elinden almakta, rızayı geçersiz kılmakta ve bu sebeple de hekimin sorumluluğuna yol açmaktadır¹². Fiziki zarar doğmasa dahi, manevi tazminat istenebilir¹³.

Tıbbî müdahaleden önce yapılması gerekmektedirle birlikte, tıbbî müdahalenin türüne göre zamanı, kapsamı değişiklik gösterebilmektedir¹⁴. Ayrıca bilgilendirmenin içeriğine göre çeşitleri de söz konusu olabilmektedir.

II. TERMINOLOJİ

Bilgilendirme terimi yerine aydınlatma terimi de doktrinde tercih edilebilmekte ve hatta aydınlatmanın daha geniş kapsamlı ve doğru ifade eden bir terim olduğu iddia edilmektedir.¹⁵ Bu görüşe göre, aydınlatma hastanın kendisine verilen bilgileri anlamasıyken; bilgilendirme anlamamasıdır¹⁶. Aydınlatma, hastanın anlayabileceği şekilde şahsi bilginin nakledilmesini ifade etmekte ve bilgiler hastaya nakledilirken hastanın ve hastalığının özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir¹⁷.

Bilgilendirme teriminin kullanılmasını savunan görüş ise; İngilizce “*informed consent*” olarak bilinen kavramın bilgilendirilmiş rıza olduğu, aydınlatmanın ise

¹² ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 44-45; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 261; KAYA, Mine, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklı Tazminat Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, S. 100, Y. 2012, (Tazminat), s. 75.

¹³ AŞÇIOĞLU, s. 42; YILMAZ, B., Hukuki Sorumluluk, s. 79; KAYA, Tazminat, s. 75. Çalışmamız kapsamında yükümlülüğün ihlaline daha fazla değinilmeyecektir. Hekimin bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali sebebiyle doğan tazminat borcu ile ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Tazminat, s. 75 vd.

¹⁴ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 83.

¹⁵ DOĞAN, Cahid, “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne Amerikan Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (2-3 Mart 2009), Ankara 2010, (Aydınlatma ve Rıza), s. 126-128; ADIGÜZEL, s. 951-952; KAVAK KONRAT, Elif Gizem, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2015, s. 20.

¹⁶ DOĞAN, C., Aydınlatma ve Rıza, s. 126.

¹⁷ WORTHINGTON, R., “Clinical Issues on Consent: Some Philosophical Concerns”, *Journal of Medical Ethics*, S. 28, Y. 2002, s. 377-380 naklen: DOĞAN, C., Aydınlatma ve Rıza, s. 127.

İngilizcede “to enlighten”, “to clarify”, “to illuminate” gibi kelimeler ile ifade edildiğinden bahisle doğru terimin bilgilendirme olduğunu ileri sürmektedir¹⁸.

Kavram 2014 yılında yapılan değişiklik¹⁹ ile HHY. m.4/I-ğ’de bilgilendirme terimiyle “**Bilgilendirme:** Yapılması planlanan her türlü tıbbî müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesini” şeklinde tanımlanmıştır.

HAKERİ ise; bu iki terim arasında bir fark bulunmadığını, terimin aynı kavramı karşıladığını ifade etmiştir.²⁰

Kanaatimizce de; her ne kadar mevzuat ile bilgilendirme kavramı öne çıkmaktaysa da, tıp hukuku alanı tıp bilimi ile hukuk arasında multidisipliner bir alandır ve tıp doktrinde “aydınlatılmış onam” terimi tercih edilmekteyken, bu terimi tamamen görmezden gelmek ve bir terimi tercih etmek doğru olmayacaktır. Doktrinde her iki terim ile aynı kavram açıklandığından bahisle bu iki terim arasında bir anlam farkı olmaksızın bir biri yerine kullanılabileceği görüşündeyiz.

III. BİLGİLENDİRME ÇEŞİTLERİ

A. Tedavi (Güvenlik) Bilgilendirmesi

1. Genel Olarak

Tedavi bilgilendirmesi rıza alma maksadı taşımadan yapılan bilgilendirme türü olduğundan güvenlik bilgilendirmesi veya uyarı yükümlülüğü (Sicherheitsaufklärung - Sicherungsaufklärung)²¹ olarak da anılmaktadır.²²

Tedavi bilgilendirmesinin amacı; “*hastanın kendi iyileşme sürecine aktif olarak iştirak etmesini sağlamak ve sağlığını tehlikeye sokacak davranışlardan*²³ *kaçınmasını temin etmektir.*²⁴”²⁵.

¹⁸ TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011, (Kitap), s. 149; TACİR, Bildiri, 44.

¹⁹ RG. T. 08.05.2014, S. 28994.

²⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 202.

²¹ Bkz. ÖZGÜL, s. 188. dn.81’de anılan yazarlar.

²² ÖZGÜL, s. 188.

²³ Karş. BGH, NJW 1994, 3012; GEHRLEIN, Markus, Grundriss der Arzhaftpflicht, 2.Aufl. München 2006 naklen: TEMEL, Erhan, “Alman Hukukuna Göre Çocuklarda Aydınlatılmış Rıza.”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (8-9 Kasım 2013), Ankara 2014, (Alman Hukuku), s. 35.

Tedavi bilgilendirmesi hekimin özen yükümlülüğünün bir parçası olmakla birlikte, amacı; hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması değil²⁶, hastanın korunması, tedavinin olabilecek en iyi düzeyde yürütülmesi ve komplikasyonların²⁷ önlenmesidir²⁸.

Tedavi bilgilendirmesi oldukça geniş kapsamlı bir yükümlülüktür²⁹; şu kadar ki, kalp hastası kişiye diyet yapması ve ağır spor yapmamasının tavsiye edilmesi dahi bu kapsamda değerlendirilecek ve yapılmaması mesleki kusur kabul edilecektir³⁰.

Hastanın tedaviyi reddetmesi veya tıbben kabul edilemeyecek talepler ileri sürmesi halinde, hekimin bu bilgilendirme türü kapsamında hastayı daha geniş kapsamlı olarak bilgilendirmesi ve kişiyi sağlığı için doğru olana yönlendirmesi gerekmektedir³¹. Hekimin paternal yaklaşım ile kişiyi kendisi için doğru olanı seçmeye yönlendirmesi ve dolayısıyla kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına etkisi söz konusudur. Şu kadar ki, hasta bilgilendirilmemeyi istese dahi; hekim, hastanın iradesi ile bu bilgilendirme yükümlülüğünden kurtulmayacağından, tedavi ve güvenlik bilgilendirmesini yapma yükümlülüğü altındadır³².

²⁴ Karş. LAUFS, Adolf/UHLENBRUCK, Wilhelm, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München 2002, § 62, Anm.1, GEHRLEIN, B.46; GeiB/GREINER, Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl., München 2006, B.95; naklen: TEMEL, Alman Hukuku, s. 35; FICHER, Gerfried (Çev.: Efe DİRENİSA), “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü - Die ärztliche Aufklärungspflicht im deutschen Zivilrecht.”, Türk Alman Tıp Sempozyumu (21-22 Nisan 2006, İstanbul), YÜHFD, C. III, S. 2, Y. 2006, s. 18.

²⁵ TEMEL, Alman Hukuku, s. 35

²⁶ ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 47; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 221.

²⁷ Komplikasyon: “Hekimlik meslek ve sanatının doğasından kaynaklanan, tıbbî standartların (Tıbbî standartlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Tıbbî Organizasyon, s. 47-57) gerektirdiği objektif dikkat ve özen gösterilse bile kaçınılmaz türden bir takım olumsuz sonuçlar” DEMİR, Tıbbî Organizasyon, s. 42.

²⁸ ÖZGÜL, s. 189.

²⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 221.

³⁰ ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 46; ÖZGÜL, s. 189.

³¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 222; ÖZGÜL, s. 189;; Bu hal, bilgilendirme yükümlülüğünün genişlemesi başlığı altında kapsam açısından değerlendirileceğinden, burada yalnızca bilgilendirmenin yapılması yönüyle ele alınmıştır.

³² ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 47; ZEYTİN, s. 169; ÖZGÜL, s. 190.

2. Teşhise Yönelik Bilgilendirme

Teşhise yönelik bilgilendirme, teşhis yönelik müdahaleler öncesinde teşhis koyabilmek için yapılacak müdahaleler sebebiyle yapılması gereken bilgilendirmedir³³. Örneğin hastalığının teşhisi için hastadan kan alınması, teşhise yönelik bir tıbbî müdahale olup, bu aşamada da hastanın bu işlem dâhilinde bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Teşhis bilgilendirmesi farklı bir kavram olup, aşağıda karar bilgilendirmesinin bir türü olarak ele alınacaktır.

3. Kullanılan İlaçlar Hakkında Bilgilendirme

Hekim hastaya kullanacağı ilaçların yan etkileri, ne kadar süreyle alınacağı, dozu gibi hususlarda gerekli bilgiyi verme yükümlülüğü altındadır³⁴. Bu bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı ilacın yan etkileri ve bu etkilerin taşıdığı risk ve tehlikeler ile orantılı olarak artmaktadır³⁵. İlacın tehlikeliliği ve doz aşımının sonuçlarının da açıklanması gerekmektedir³⁶. Hekimin “*bilgilendirilmiş aracı*” olduğu ve ilaç üreticisi firmanın açıklamış olduğu yan etkileri bilerek hastasına tavsiye etmesi ve bilgilendirmesi gerekmektedir³⁷.

İlaç hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü Danıştay Dava İdareleri Genel Kurulu bir kararında³⁸ ayrıntılarıyla irdelemiş ve kulak zarında delinme bulunan bir hastaya verilen ilacın yan tesirinin işitme kaybına yol açtığı olayda, hastanın kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde, ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunun davacıya bildirilmemesi, böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması, riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlama gerekliliğinin gösterilmemesinin ağır hizmet kusurunu oluşturduğu ifade ederek bilgilendirme yükümlülüğüne vurgu yapmıştır.

³³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 223; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 77; ÖZGÜL, s. 190.

³⁴ ÖZGÜL, s. 191; HAKERİ, Hakan, İlaç Hukuku, Ankara 2015, (İlaç), s. 188.

³⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 224; ÖZGÜL, s. 191;.

³⁶ BGH, VersR 1970, 324. Naklen: HAKERİ, İlaç, s. 188

³⁷ SOMER, Pervin, “İlaç Üretiminde ve Kullanımında İlaç Üreticisinin, Hekimin ve Eczacının Özel Hukuk Sorumluluğu.”, I. Ulusal Sağlık Hukuku "Klinik Araştırmalar ve İlaç Hukuku" Sempozyumu (4 Mayıs 2013, İstanbul), Ankara 2014, s. 179.

³⁸ Danıştay İDDGK T. 07.03.2003, E. 2002/176 K. 2003/91; www.kazanci.com

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de bir kararında³⁹ hekimin ilaç hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü ele almış ve hastanın bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına dair kanıt aramıştır.

Hekimin ilacı kendisinin uyguladığı hallerde, tüm bilgilendirmeyi hekimin yapması beklenirken; reçete etmesi söz konusu olduğunda bu yükümlülüğün hekim ile ilaç üreticisi firma arasında paylaşıldığı kabul edilmektedir⁴⁰.

Reçete ettiği bir hapın kullanımıyla ilgili olarak, hekimin ilacın doğrudan etkileri ve sık görülen yan etkilerini anlattıktan sonra kullanmadan önce prospektüsünü okumayı tavsiye ederek, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacağına ilişkin görüş⁴¹, hastanın prospektüste yazanlara değil hekime itibar edileceğinden bahisle tüm bilgilendirmenin hekim tarafından yapılması gerektiğini ileri süren görüş⁴² tarafından eleştirilmektedir.

Kanaatimizce, ağır yan etkili ilaçlar bakımından hekim tarafından ayrıca vurgu yapılması gerekmele birlikte, kural olarak hekimin prospektüse atıf yapmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Zira mevcut ilaç firmalarının muadil ilaçları düşünüldüğünde, hekime adeta bir eczacı kadar ilaç bilgisi yüklemenin ve her firmanın ilacının olası yan etkilerini bilmesini beklemenin anlamsızlığı açıktır. Kaldı ki, bu bilgiye sahip olsa dahi, hekimlerin reçete yazarken etken madde esaslı olarak ilaç yazdığı ve uygulamada eczanelerin bulunmayan ilacın yerine başka markanın muadil

³⁹ Yarg. 13.HD. T. 19.10.2006, E. 2006/10057 K. 2006/13842; www.kazanci.com : “..davalı, davacıya verilen ilaçlar arasında bulunan "Exen Forte tablet" adlı ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceğini, ancak davacıya sorulmasına rağmen böyle bir hassasiyeti olduğunu bildirmediğini savunmuştur. Davacı, davalı tarafından bu ilaçla ilgili olarak kendisinin uyarılmadığını ve mide şikayeti ile ilgili soru sorulmadığını bildirmiştir. Diğer yandan, hükme esas alınan Üroloji uzmanı Op. Dr. D.A. tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda; ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan Exen Forte tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan, kullanılması zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı şeklinde görüş bildirilmesine rağmen; hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı kanaatine varılmıştır. Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. ..”

⁴⁰ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 224; **ÖZGÜL**, s. 191; **HAKERİ**, İlaç, s. 198.

⁴¹ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 224; **HAKERİ**, İlaç, s. 198.

⁴² **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 224; **ZEYTİN**, s. 170; **ÖZGÜL**, s. 191.

ilacını verebildiği düşünülürken, hedeflenen faydanın sağlanamayacağı da açıktır. Hedeflenen maksadın, ilacın yan etkilerinin hastaya anlatılması olduğu kabul edilirse, bu yükümlülüğün hekime mutlak şekilde bırakılmasındansa eczacılarla paylaşılması daha yerinde olacaktır.

4. Araç Kullanmama Uyarısı

Gerçekleştirilen tıbbî müdahale sonrasında araç kullanmanın tehlike yarattığı hallerde hekimin bu konuda hastayı bilgilendirmesi gerekir; bilgilendirmenin yapılmaması bilgilendirme yükümlülüğü ve özen yükümlülüğüne aykırıdır⁴³.

Hekimin uyarılarına rağmen, hastanın araç kullanmakta ısrar etmesi halinde ise, hekimin sır saklama yükümlülüğü⁴⁴ dolayısıyla ilgili makamlara bildirim zorunluluğu bulunmamakla birlikte; bu yükümlülüğün feragat etmesini gerektirecek büyük bir tehlikenin varlığında (örneğin kişinin fiilinin suç teşkil etmesi hali⁴⁵) bildirmesi gerekecektir⁴⁶.

B. Karar (Otonomi) Bilgilendirmesi

1. Genel Olarak

Otonomi⁴⁷ bilgilendirmesi olarak da anılan karar bilgilendirmesi; Anayasa ile tanınan kendi geleceğini belirleme hakkı olan otonominin kullanım biçimidir⁴⁸. Karar bilgilendirmesinden sonra kişi özgür iradesiyle tıbbî müdahaleye rıza gösterebilecektir.

Hekim yalnızca hastaya yalnızca risklere ilişkin değil; hastalığın türü ve ağırlığından başlayarak tedavi kapsamı, gerçekleştirilecek müdahalenin türü,

⁴³ ÖZTÜRKLER, s. 257; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 225; ZEYTİN, s. 170; ÖZGÜL, s. 191-192; HAKERİ, İlaç, s. 188.

⁴⁴ Hekimin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Hayrünnisa, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü”, Sağlık Hukuku Digestası, S. 1, Y. 2009, (Sır), s. 148 vd.; KARASU, Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009; YILDIZ, Pervin, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (01-04 Mayıs 2014), Muğla 2014, s. 191-214.

⁴⁵ ÖZDEMİR, Sır, s. 160-161; KARASU, s. 79-85; YILDIZ, s. 205-209.

⁴⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 226; ZEYTİN, s. 170; ÖZGÜL, s. 191-192.

⁴⁷ Otonomi sözcüğü; Fransızca’dan dilimize geçmiştir ve kendini yönetme (hakkı) anlamına gelmektedir. Bkz. <http://www.etimolojiurkce.com/kelime/otonomi>

⁴⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 208; ÖZGÜL, s. 192-193.

müdahalenin gelişimiyle ilgili tüm süreci kapsayacak şekilde muhtemel etkiler ve müdahale sonrası periyotta yaşanacak etkilere uzanan geniş bir yelpazede bilgi vererek hastanın karar vermesini sağlayacak kapsamlı bir bilgilendirme yapılmalıdır⁴⁹.

Hastanın kararını vermesinde önemli bilgileri içeren ve kararında etkili olacak bilgilendirmenin yapılması gerekir⁵⁰; ancak tıbbî müdahalenin gidişatına ilişkin tüm detayların verilmesine gerek yoktur⁵¹.

Karar bilgilendirmesi; teşhis bilgilendirmesi, süreç bilgilendirmesi ve alternatif tıbbî müdahaleler hakkında bilgilendirme olmak üzere üç çeşittir⁵².

2. Karar Bilgilendirmesinin Çeşitleri

a. Teşhis bilgilendirmesi

Hastanın hastalığa ilişkin tıbbî bulgular hakkında bilgilendirilmesi, teşhis bilgilendirmesidir⁵³. Hastanın teşhis ve bulgular hakkında bilgilendirilmesiyle, hastanın kendi hakkında karar verebilmesi (otonomi) mümkün olacaktır⁵⁴.

Alman doktrinde, bilgilendirme yükümlülüğü kapsamına teşhis ve bulguları dahil etmemekte ve yanlış bilgilendirmenin mümkün olduğunu ve hasta talep etmez ise bu hususta bilgilendirme yapılmayabileceğini kabul edilmektedir⁵⁵.

Türk Hukuku yönünden ise, hastanın teşhis ve bulgular hakkında bilgilendirilmesi kural olmakla birlikte, ağır hastalık hallerinde hastaya eksik veya yanlış bilgi verilmesinin bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali olup olmadığı hususunda doktrinel tartışma mevcuttur⁵⁶. Bir görüş, hastaya bu bilgilendirmenin yapılmasının yarar yerine zarar getirebileceğini ve bilgilendirmenin yapılması kuralından ayrılmanın mümkün olduğunu⁵⁷; teşhisin veya bulguların öğrenilmesi sağlığını riske ediyorsa tedavinin bir

⁴⁹ ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 52; ÖZGÜL, s. 192.

⁵⁰ ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 52; ÖZGÜL, s. 193.

⁵¹ ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 52; GÜZELDEMİR, M. Erdal, “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, *Sendrom Tıp Dergisi*, Y. 2005, s. 11; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 79; ÖZGÜL, s. 193.

⁵² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 208-216; TEMEL, Alman Hukuku, s. 37.

⁵³ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 41; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 211; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 77; BAŞPINAR, Organ Nakli, s. 198; PETEK, Güzelleştirme, s. 202; ÖZGÜL, s. 193.

⁵⁴ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 41; ERMAN, B., s. 106; ÖZGÜL, s. 193; IŞIK ÖZCAN, s. 106.

⁵⁵ ERMAN, B., s. 106 dn.141 ve dn.143’te anılan yazarlar; IŞIK ÖZCAN, s. 106.

⁵⁶ ERMAN, B., s. 106; OZANOĞLU, s. 66; ÖZGÜL, s. 193; IŞIK ÖZCAN, s. 106-107.

⁵⁷ OZANOĞLU, s. 66; IŞIK ÖZCAN, s. 107.

parçası olarak teşhis bilgilendirmesinden kısmen veya tamamen vazgeçilebileceğini⁵⁸ ifade etmektedir. Diğer görüş ise, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında hastalığıyla ilgili gerekli önlemleri alabilmesi için her şeyi bilmesi gerektiğini⁵⁹ ileri sürmektedir. Hastalığın ağırlığı değerlendirildiğinde, detaylı olarak aktarma yerine genel bir çerçevenin çizilmesi yeterli görmüştür⁶⁰.

Kanaatimizce, hastanın hastalığını bilmesi ile yaşayacağı psikolojik çöküntü durumu ile kendi geleceğini belirleme yönünde vereceği karar sağlıklı olamayacağından; tedavinin bir parçası olarak hekimin bu bilgilendirmeden kaçınabilmesinin bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali olmadığını kabul etmek gerekir.

Hastanın menfaati gereği bilgilendirilmemesi söz konusuysa, bu durum hasta dosyasında belirtilmeli, hastanın dosyayı incelemesine izin verilmemelidir⁶¹.

Henüz kesinleşmemiş şüpheli teşhis söz konusu ise, hastaya bu aşamada bilgi verilmemeli ve hastanın tedirgin olmasına yol açılmamalıdır⁶². Teşhiste tam bir kesinlik söz konusu değil ise, o anda verilen bilgi ve görüşlerin geçiciliğinin altı mutlaka çizilmelidir⁶³.

b. Süreç bilgilendirmesi

Bilgilendirme yükümlülüğünde karar bilgilendirmesi bölümünün bir diğer alt başlığı ise süreç bilgilendirmesidir. Kişinin kararını verebilmesi ve bu kararın müdahalenin sonuna kadar geçerli olabilmesi için kişinin tüm süreç hakkında da genel bir bilgisinin olması gerekmektedir⁶⁴. Süreç bilgilendirmesi; müdahale öncesi durum, sonrası durum ve tedavi sürecinin ana hatlarıyla anlatılması olarak tanımlanabilir⁶⁵.

Tıbbî müdahalenin öncesiyle başlayan süreç bilgilendirmesi, tıbbî müdahalenin türü, şekli, kapsamı, yöntemi, aciliyeti, öngörülebilirliği ve nasıl yürütüleceği

⁵⁸ **ERMAN**, B., s. 106. dn. 141’de anılan yazarlar; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 79; **ÖZGÜL**, s. 193.

⁵⁹ **REİSOĞLU**, s. 6; **ÖZSUNAY**, Aydınlatma Ödevi, s. 41; **ERMAN**, B., s. 107 dn.146’da anılan yazarlar; **ÖZDEMİR**, Hayrünnisa, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *EÜHFD*, C. 12, S. 3-4, Y. 2008, (Aydınlatma), s. 354; **IŞIK ÖZCAN**, s. 107.

⁶⁰ **ERMAN**, B., s. 107. dn.148’de anılan yazarlar.

⁶¹ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 212; **ÖZGÜL**, s. 193-194.

⁶² **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 211; **ERMAN**, B., s. 107; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 79; **ÖZGÜL**, s. 193-194.

⁶³ **ERMAN**, B., s. 107, dn.150’de anılan yazarlar.

⁶⁴ **ÖZSUNAY**, Aydınlatma Ödevi, s. 41; **ÖZKAN**, s. 114; **İŞIK ÖZCAN**, s. 108.

⁶⁵ **AYAN**, s. 71; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 212; **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 354.

konularını⁶⁶ da kapsamalı ve hastanın müdahaleyi reddetmesi halinde meydana gelebilecek olası sonuçların aktartılmasıyla tamamlanmalıdır⁶⁷.

Hekimden beklenen tıbbî müdahale sürecini tüm detaylarıyla anlatması değil, sürece ilişkin genel bir betimleme yapmasıdır⁶⁸. Örneğin apandisit ameliyatında, karın bölgesinin açılacağı, iltihap kapmış dokunun alınacağı ve midenin temizlenmesinin ardından karın bölgesine hortum sokulacağı bilgisinin verilmesi gerekir⁶⁹.

Müdahalenin başarısına ilişkin beklentiler, başarı şansına ilişkin bulgular ve başarısızlığı halinde meydana gelebilecek sonuçlara ilişkin bilgilendirme ve tıbbî müdahalenin niteliği, hekimin kimliği ve deneyimi, müdahalede kullanılacak malzemenin özelliklerine ilişkin bilgilendirme de süreç bilgilendirmesi kapsamına dahildir⁷⁰.

Müdahale literatürde tartışmalı ise, hekimden müdahaleye yönelik literatürdeki itirazları aktarması da beklenmektedir⁷¹.

c. Alternatif müdahaleler ve yeni tıbbî yöntemlere ilişkin bilgilendirme

Karar bilgilendirmesi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi maksadıyla yapılmakta ve kişinin bu hakkı layıkıyla kullanabildiğinden söz edebilmek için kişinin alternatifler hakkında da bilgi sahibi olarak bir seçim yapması gerekmektedir⁷². Bu bilgilendirmenin yapılmaması, bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği ve eksik bilgilendirme yapıldığı anlamına gelir⁷³. Belirli bir tedavi yönteminin son çare olmadığı, başka yöntemlerin de alternatif olabileceğinin hastaya anlatılması gerekir⁷⁴.

⁶⁶ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 41; AYAN, s. 72; ÇİLİNGİROĞLU, s. 62; OZANOĞLU, s. 66; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 212; ERMAN, B., s. 108. dn151; ÖZGÜL, s. 194; IŞIK ÖZCAN, s. 108.

⁶⁷ ÖZGÜL, s. 194.

⁶⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 213; VOLL, Doris, Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt a.M., 1996, s. 116 naklen: ERMAN, B., s. 108. dn.153; ÖZGÜL, s. 194.

⁶⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 213.

⁷⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 213; ERMAN, B., s. 108-109; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 78; BAŞPINAR, Organ Nakli, s. 198; IŞIK ÖZCAN, s. 108; ÖZGÜL, s. 194.

⁷¹ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 41; IŞIK ÖZCAN, s. 108; ÖZGÜL, s. 194.

⁷² ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 41; ÖZGÜL, s. 182.

⁷³ HATUN, s. 24; ERMAN, B., s. 114; PETEK, Güzelleştirme, s. 202; BAŞPINAR, Organ Nakli, s. 198; ÖZGÜL, s. 195.

⁷⁴ BGH NJW 1981, 1321 naklen: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 214.

Hekimden beklenen uygulanması imkân dâhilinde olan alternatiflerden bahsetmesidir; tüm alternatiflerden ve/veya aynı başarı şansına sahip alternatifler içerisinde kendi seçtiği yöntemin sebebini açıklaması beklenemez⁷⁵. HAKERİ, “müdahalenin aciliyeti” ölçütü ile değerlendirilerek, vakit olduğu ölçüde alternatiflerden birini seçme kararının hastaya bırakılması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁶.

Henüz denenme aşamasında olan, tıbbî müdahale niteliği taşımayan veya hedeflenen tedavi sonucunu gerçekleştirilmeyen alternatif yöntemler bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı dışında kalır⁷⁷. Hastanın alternatif yöntemlere ilişkin bilgi edinmek istemesi halinde hekimden soruları yanıtlaması ve hastanın bireysel bilgi alma ihtiyacını karşılaması beklenmektedir⁷⁸.

Hekimin gerçekleştireceği müdahale olarak yeni tıbbî yöntemlerden birini seçmesi halinde bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamının genişleyeceği ve konuya ilişkin ayrıntılı açıklama bilgilendirme kapsamının genişlemesi başlığında anlatıldığı için burada tekrar bahsedilmeyecektir.

C. Sonuç, Risk ve Başarı Şansı Bilgilendirmesi

Bir tıbbî müdahalenin, tıp biliminin gereklerine uygun olarak yapılması, tüm olumsuz durumları ortadan kaldırmak sonucunu doğurmaz, bir takım olumsuz sonuçların ortaya çıkabilme ihtimali mevcudiyetini sürdürecektir⁷⁹. Bu ihtimalden kaynaklı olarak hastaya tıbbî müdahalenin sonuçları, riskleri ve başarı şansı hakkında bilgilendirme yapılması gerekir⁸⁰. Hastanın olası sonuçlar, riskler ve başarı şansı hakkında bilgilendirilmesiyle, sağlıklı karar verebilmesi mümkün olacak ve bu vesileyle kendi geleceği hakkında karar verme hakkını kullanabilecektir⁸¹.

⁷⁵ ÖZGÜL, s. 192-193.

⁷⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 219.

⁷⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 215; ÖZGÜL, s. 196.

⁷⁸ ÖZGÜL, s. 196. Yeni tıbbî yöntemlerin hukuki durumuna ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGÜL, s. 196 vd.

⁷⁹ OZANOĞLU, s. 67; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 355.

⁸⁰ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 41; ÇİLİNGİROĞLU, s. 60; ROGGO, Antoine, Aufklärung des Patienten, Bern 2002, s. 100 vd.; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 355; DOĞAN, C., Aydınlatma ve Rıza, s. 140; IŞIK ÖZCAN, s. 109.

⁸¹ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 41; IŞIK ÖZCAN, s. 109.

Müdahale sonucunda ortaya çıkması kesin olan sonuçlar yönünden hekim tarafından amaçlanması, istenmesi gibi koşullar aranmaksızın bilgilendirme yapılması zorunludur⁸². Sonuçlara ilişkin yapılacak bilgilendirme, tıp biliminin ulaştığı noktaya göre bilinen veya bilinmesi gereken bilgilerden oluşmalı ve sübjektiflikten uzak, hekimin bilimsel temelli objektif bilgi ve görüşlerini içermelidir⁸³. Hekim istatistikî veriler kullanarak, yüzdelerle riskin gerçekleşme olasılığını ifade edebilir⁸⁴.

Gerekli özenin gösterildiği veya tıbbî müdahale hatasız yapıldığı ihtimalde dahi hekimin müdahalesi sonucu ortaya çıkabilen muhtemel daimi veya geçici yan etkiler konusunda hastanın bilgilendirilmesi risk bilgilendirmesidir⁸⁵. Risk bilgilendirmesine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hastanın tıbbî müdahaleden kaçınması sonucunu doğurabileceği için risklerin hastaya bildirilmemesi gerektiği görüşü ve gerçekleşme ihtimali oldukça uzak kabul edilen ihtimallerin dahi hastaya anlatılması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁸⁶. Bir başka görüş ise, hastanın hayatını oldukça az etkileyebilecek nitelikte olan çok düşük ihtimallerin hastaya açıklanmasının mümkün olmadığıdır⁸⁷. Kanaatimizce burada belirlenen ölçüt, hastanın hayatını etkilemesi ve meydana gelme ihtimalinin düşük olması kıstaslarının birlikte mevcut olmasıdır. Düşük dahi olsa hayati bir risk söz konusuysa burada artık, bu riskten bahsedilmesi gerekecektir.

Alman Federal Mahkemesi bir kararında; “Kadın doğum uzmanının hastasına verdiği ilacın yan etkilerini tam olarak anlatmadığından dolayı hastasının rahatsızlanmasından hekimi sorumlu tutmuştur.”⁸⁸. Yargıtay da; “*nadiren de olsa sonucun, riskin meydana gelebileceğinin açık olarak hastaya bildirilmesi gerektiğine*” hükmetmiştir⁸⁹.

Tedavi sırasında tespit edilen ve tıp biliminin o gün itibarıyla geldiği nokta itibarıyla bilinen risklere işaret etmek ve somut risklerin ağırlığına ve yönüne ilişkin

⁸² **ERMAN**, B., s. 109; **İŞİK ÖZCAN**, s. 109.

⁸³ **İŞİK ÖZCAN**, s. 109.

⁸⁴ **ÖZANOĞLU**, s. 67; **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 355.

⁸⁵ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 216.

⁸⁶ **BAYRAKTAR**, s. 126. dn.26’da anılan yazarlar; **BAYRAKTAR**, s. 127. dn.28’de anılan yazarlar.

⁸⁷ **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 62; **ERMAN**, B., s. 110; **İŞİK ÖZCAN**, s. 110.

⁸⁸ BGH Az: VI ZR 289/03; BGH, 17.04.2007 (VI ZR 108/06) naklen: **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 355.

⁸⁹ Yarg. 4.HD. T. 07.03.1977, E.1976/6297 K. 1977/2541; www.kazanci.com.

genel bir resim oluşturmak yeterlidir. Risklerin tıbben tam olarak ve bütün muhtemel şekilleriyle aktarılması beklenmemektedir⁹⁰.

Tıp bilimine hâkim bir ilke olan “*Hastalık yoktur, hasta vardır*” ilkesinin özetlediği üzere, hekim tıp biliminin o güne kadar ulaştığı son bilgiler ışığında tedavi gerçekleştirse dahi komplikasyon ve planlanamayan gelişmeler ortaya çıkabilir. Bu komplikasyonlara ilişkin hastanın ne ölçüde bilgilendirileceği hususu esas hukuki problemi oluşturmaktadır. Bu bilgilendirme kapsamı belirlenirken göz önünde tutulacak kriter, hastanın kararı açısından bu bilginin hasta tarafından bilinmesinin gerekli olup olmadığıdır⁹¹. Riskin görülme sıklığı ile ağırlığı da bilgilendirmenin sınırı belirlenirken göz önünde tutulmalıdır⁹².

Risk aydınlatmasının, meydana gelmesi olası olan ve önlenmesi konusunda tıp biliminin verilerinin önleyebileceği kesin olmayan sonuçları da kapsamı gerekir⁹³. Öngörülebilir sonuç ve risklere ek olarak ortalama bir kişinin seçimini etkileyebilecek etmenlerin bu yükümlülük kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁹⁴.

Az rastlanan riskler de risk bilgilendirmesinin kapsamındadır, özellikle riskin ağır olduğu durumlarda tipik risk ve tipik tehlikelerin anlatılması gerekir⁹⁵.

Hastanın kararı yönünden bilmesi gereken riskler, doğrudan müdahalenin tehlikelerinin yanı sıra müdahale sonucu ortaya çıkabilecek riskleri de içerir. Müdahalenin diğer organlara, doğacak çocuk gibi üçüncü kişilere etkileri de bu kapsamdadır⁹⁶.

Yeni tıbbî yöntemler söz konusu ise, bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı genişlemekte ve tüm riskleri içeren bir bilgilendirme yapılması gerekmektedir⁹⁷.

Hekimin kendi hatasını bir risk, sonuç veya başarı şansı olarak değerlendirerek bilgilendirme yapması kanaatimizce hayatın olağan akışıyla bağdaşır nitelikte değildir; zira yapabileceği hatayı öngörebilecek bir hekimin bunu önlemesi mümkün olabilecek ve bu ihtimal bilgilendirmesinden daha sağlıklı sonuçlar doğuracaktır. Gerçekten de,

⁹⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 217.

⁹¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 217.

⁹² ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 355; IŞIK ÖZCAN, s. 109.

⁹³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 216.

⁹⁴ ERMAN, B., s. 112; IŞIK ÖZCAN, s. 110.

⁹⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 217.

⁹⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 217.

⁹⁷ ÖZGÜL, s. 202. Bkz. s.66.

bilgilendirme yükümlülüğünün hekim hatalarını kapsayacak ölçüye taşınması doktrince uygun değerlendirilmemiş ve medeni hukukun prensipleriyle bağdaşmadığı vurgulanmıştır⁹⁸.

Sonuçlar, riskler ve başarı şansına ilişkin bu bilgilendirme türü, belki de tüm müdahale tiplerinden fazla kişinin sağlığına kavuşma dileğinden çok ulaşmak istediği güzellik hedefiyle dolayısıyla da sonuçla ilgilendiği bir müdahale türü olan estetik müdahaleler yönünden önem taşımaktadır. Tıbbî müdahalenin sonuçları, hastanın beklentisine uygunluğu, kişinin dayanıklılık yönüyle bu müdahaleye uygunluğu ve tehlike ve riskleri içeren geniş kapsamlı bir bilgilendirme yapılması gerektiği ve bu bilgilendirmenin meydana gelebilecek tüm tehlikeleri, gerçekleşmesi en düşük olan ihtimale varana dek tüm ihtimalleri içermesinin uygun olacağı ifade edilmektedir⁹⁹.

D. Masraf, Kalite ve Sigorta Konusunda Bilgilendirme

Hekimin bilgilendirme yapabileceği konulardan biri de, masraflar ve sigortanın karşıladığı hususlar hakkında bilgilendirmedir¹⁰⁰. Hekimin planlanan tıbbî müdahalenin maliyeti ve/veya farklı maliyetlerdeki diğer tıbbî yöntemler hakkında bilgilendirmesi ekonomik aydınlatma olarak ifade edilmektedir¹⁰¹. Hekimin gerçekleştirilmesi planlanan tıbbî müdahalenin maliyeti ve alternatif tıbbî müdahalelerin maliyetleri hususunda hastasını bilgilendirmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰². Ancak belirtmek gerekir ki; ekonomik bilgilendirmenin yapılmaması müdahalenin hukuka aykırılığı veya rızanın geçersizliği gibi bir sonuç doğurmayacaktır¹⁰³. Zira hukukumuzda HHY. m.18/VII “*Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir.*” şeklindeki hükmüyle hastanın talebine bağlı olarak düzenlenmiştir.

⁹⁸ OZANOĞLU, s. 69.

⁹⁹ BAYRAKTAR, s. 129; SARIAL, s. 57; YENERER ÇAKMUT, s. 182; ÖZAY, s. 63; ÖZTÜRKLER, s. 74; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 355; IŞIK ÖZCAN, s. 111.

OLG Hamm 3 U 35/05; OLG Düsseldorf, Az: 8 U 18/02 naklen: ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 355.

¹⁰⁰ BAŞPINAR, Organ Nakli, s. 199.

¹⁰¹ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 80; ÖZGÜL, s. 204.

¹⁰² BAŞPINAR, Organ Nakli, s. 199.

¹⁰³ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 80; ÖZGÜL, s. 204.

Hastanın sigortasının bahse konu tıbbî müdahaleyi karşılayıp karşılamadığı konusunda bilgilendirmenin yapılmasının yeni tıbbî yöntemler veya tedavi amaçlı tıbbî denemeler söz konusu olduğunda gerekli olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴.

Zorunlu olmamakla birlikte, aynı tıbbî müdahalenin daha iyi koşullarla ve kalitede başka bir yerde yapılabileceği konusunda hastanın bilgilendirilmesi ise kalite bilgilendirmesidir. Bu bilgilendirmenin hastanın iyileşme şansının diğer alternatifte daha yüksek olduğu hallerde yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵.

Kanaatimizce gerek ekonomik bilgilendirme gerekse de kalite bilgilendirmesinin zorunlu olması Türk hekiminin hasta yükü düşünüldüğünde gerçekçi olamayacaktır ve Türk Hukukunda zorunlu tutulmamıştır. Ancak imkânların el verdiği ölçüde yapılmasının faydalı olacağı gerçeğini yadsınamak gerekmektedir.

IV. BİLGİLENDİRMENİN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamını belirleyen temel sınır; hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile hekimin tedavi etme borcu arasındaki menfaat çatışmasıdır¹⁰⁶.

Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı 2014 yılında yapılan değişiklik¹⁰⁷ ile HHY. m.15 ile düzenlenmiştir. Daha öncesinde en açık hüküm TDN m.14/II iken, HHY. m.15 ile kapsama ilişkin net sınırlar yönetmelik ile öngörülmüştür.

HHY. bilgilendirmenin kapsamı başlıklı 15. madde¹⁰⁸ ile bilgilendirme sırasında verilmesi gereken bilgileri; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbî

¹⁰⁴ ÖZGÜL, s. 204.

¹⁰⁵ ÖZGÜL, s. 204; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 219.

¹⁰⁶ DOĞAN, C., Aydınlatma ve Rıza, s. 146.

¹⁰⁷ RG. T. 08.05.2014, S. 28994.

¹⁰⁸ HHY. m.15: “Hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- b) Tıbbî müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- ç) Muhtemel komplikasyonları,
- d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri ve gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında verilecek bilgi olarak özetlemiştir.

Doktrin ise; teşhis amaçlı olarak gerçekleştirilmesi planlanan veya alternatif tıbbî bulgu yöntemleriyle elde edilen teşhis ve bulgular, yürütülmesi planlanan tıbbî müdahale süreci, tıbbî müdahalenin türü, şekli, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve riskleri, alternatif tedavi seçenekleri ile karşılaştırmalı olarak karşılaştırılması muhtemel riskler, komplikasyonlar ve bahse konu tıbbî müdahale gerçekleştirilmediği takdirde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların tamamı¹⁰⁹ olarak ifade etmektedir¹¹⁰.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.26'da ise; *“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır”* şeklinde düzenlenmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tüm risklerin hastaya aktarılması görüşünü benimsemektedir. Bir kararında¹¹¹ karar verme yetkisinin hekime değil hastaya ait

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.”

¹⁰⁹ **AYAN**, s. 74; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 62; **ERMAN**, B., s. 106-108; **SARITAŞ**, s. 66; **KIZILYEL**, Serkan, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007), Y. 2008, s. 211; **İŞİK ÖZCAN**, s. 105.

¹¹⁰ Mevzuat değişikliği öncesinde bilgilendirmenin kapsamına ilişkin olarak, tüm risklerin hastaya bildirilmesi gerektiğini ileri süren ve tüm risklerin aktarılmasını ileri süren iki farklı görüş bulunmaktaydı. İlk görüş; gerçekleşmesi ihtimali az olan tehlikelerin bildirilmesinin zorunlu olmadığını ifade etmekteydi **AYAN**, s. 74. Tüm riskleri bilen hastanın tıbbî müdahaleden çekinebileceği düşünülmekteydi **BAYRAKTAR**, s. 130. Diğer görüş ise; hastanın durumu ne kadar ümitsiz, sonuç ne kadar tehlikeli olursa olsun bildirilmesi gerektiğini, hastanın hekimlerden de önce kendi vücudu üzerinde karar verici durumunda olduğunu ifade etmekteydi **REİSOĞLU**, s. 5.

¹¹¹ Yarg. 4.HD. T. 07.03.1977, E.1976/6297 K. 1977/2541; www.kazanci.com.

olduğunu vurgularken; bir başka kararında¹¹² bilgilendirmenin kapsamına giren hususların bu meslek etiği hükmüne göre belirleneceğini hükme bağlamıştır.

Bu kararda rızanın kapsamı olarak ifade edilen hususu bilgilendirmenin kapsamı olarak anlamak gerekir, zira bahsedilen husus, verilen rızanın hangi tıbbî müdahaleleri kapsadığı değil, hekimin Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.26 uyarınca hangi bilgileri verdiğidir.

Hekim bu bilgileri verirken hastanın sosyal, kültürel ve psikolojik durumunu dikkate almalı¹¹³ ve tıbbî terimler yerine ortalama bir insanın anlayabileceği bir dil kullanmalıdır¹¹⁴. Küçüğe yapılacak bilgilendirmede de, dil, eğitim ve yaş seviyesine uygun ana hatlarla bilgi verilmesi uygun olacaktır¹¹⁵.

Bilgilendirmenin kapsam ve içeriği belirlenirken, öncelikle bilgilendirilecek hastanın hastalığının türü ve ağırlığı, hastanın yaşı, bilgi, anlama ve eğitim seviyesi gibi faktörler göz önünde bulundurulur¹¹⁶.

Bilgilendirmenin kapsamı, genel tek bir kural ile belirlenmemeli ve somut olayın özelliklerine göre şekillenmelidir¹¹⁷. Bazı özel hallerde mevzuat, bilgilendirme kapsamını özel olarak belirlemiştir. Örneğin ODASNHK m.7/I-a ve m.7/I-b’de organ ve doku nakli için yapılacak bilgilendirmenin konusu düzenlenmiştir. Buna göre vericiye,

¹¹² Yarg. 13.HD. T. 15.09.2014, E.2013/26330 K. 2014/27050; www.kazanci.com; benzer hususu vurguladığı diğer karar ise; Yarg. 13.HD. T. 02.07.2013, E.2013/23012 K. 2014/22561; Yarg. 13.HD. T. 16.01.2014, E.2013/17487 K. 2014/794; www.kazanci.com : “....Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde "Rıza" konusu düzenlenmiş ve "... Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir." düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve “.....” düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır.”

¹¹³ **BAYRAKTAR**, s. 128; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 242.

HHY .m. 18/I: “Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.”

¹¹⁴ **SARITAŞ**, s. 67. Bu husus “Bilgilendirme Şekli” başlığında detaylı olarak ele alınacaktır. Bkz. s.80.

¹¹⁵ **TEMEL**, Alman Hukuku, s. 39.

¹¹⁶ **TEMEL**, Alman Hukuku, s. 38.

¹¹⁷ **AYAN**, s. 75; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 242.

“uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbî, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek” ve “organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak” gerekmektedir.

Ancak bilgilendirmenin kapsamı bazı koşulların varlığına bağlı olarak daralmakta, genişlemekte ve hatta bazı hallerde bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır¹¹⁸.

B. Bilgilendirme Kapsamının Genişlemesi

Bir tıbbî müdahale acil olmadığı, hatta bazı durumlarda zaruri olmadığı hallerde bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı genişleyebilir¹¹⁹. Tıbbî bir zorunluluğu barındırmayan, tedavi amacı taşımayan estetik müdahaleler, sterilizasyon gibi operasyonlar¹²⁰ bakımından bilgilendirme kapsamının oldukça geniş tutulması gerekir¹²¹. Tavsiye edilen ancak zaruri olmayan, önlem amacıyla gerçekleştirilen veya ertelenebilen, teşhise yönelik müdahaleler yönünden de bilgilendirme kapsamı geniştir¹²². Tıbbî müdahalenin yol açtığı risklerin ağırlığı ve sıklığı arttıkça özellikle yaşamsal tehlike söz konusu ise bilgilendirmenin kapsamı da genişleyecektir¹²³. Müdahale sonucu meydana gelme riski sürekli veya kalıcı nitelikte zarar meydana getiriyor ise bilgilendirme kapsamı genişler, geçici nitelikte zarar meydana getirme riski ise bilgilendirmenin geniş kapsamlı olması zorunlu değildir¹²⁴.

¹¹⁸ **ERMAN**, B., s. 110; **İŞİK ÖZCAN**, s. 113.

¹¹⁹ **GÜRELLİ**, s. 103; **ÖZSUNAY**, Aydınlatma Ödevi, s. 39; **AYAN**, s. 76; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 65; **ERMAN**, B., s. 111; **OZANOĞLU**, s. 70; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 103; **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 360; **İŞİK ÖZCAN**, s. 114.

¹²⁰ Bkz. s. 134.

¹²¹ **BAYRAKTAR**, s. 127; **AYAN**, s. 77; **ERMAN**, B., s. 111; **SARITAŞ**, s. 68; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 82 **İŞİK ÖZCAN**, s. 114.

¹²² **BAYRAKTAR**, s. 127; **GÜRELLİ**, s. 104; **AYAN**, s. 76; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 65; **ERMAN**, B., s. 111; **İŞİK ÖZCAN**, s. 114.

¹²³ **ÖZSUNAY**, Aydınlatma Ödevi, s. 40; **AYAN**, s. 76; **ERMAN**, B., s. 112; **YENERER ÇAKMUT**, s. 69; **SARITAŞ**, s. 68; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 82; **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 360; **İŞİK ÖZCAN**, s. 114.

¹²⁴ **ÖZSUNAY**, Aydınlatma Ödevi, s. 40; **AYAN**, s. 77; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 65-66; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 103; **SARITAŞ**, s. 68; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 82; **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 360; **İŞİK ÖZCAN**, s. 115.

Gerçekleştirilecek tıbbî müdahaleye özgü, muhtemel ve tipik komplikasyon riskleri var ise, bu konularda bilgi verilmesi gerekliliğiyle beraber bilgilendirme yükümlülüğü artar¹²⁵. Geri dönüşü olmayan tıbbî müdahaleler için de bilgilendirme yükümlülüğü genişlemektedir¹²⁶.

Bir tedavi yöntemi ne kadar yeni ise hekimin hastasını o kadar geniş kapsamlı olarak bilgilendirmesi gerekmektedir¹²⁷. Tıbbî deneylerden bağımsız olarak, tıp biliminin kurallarına uygun ve kabul görmüş ve fakat yeni olan tedavi yöntemi yönünden bilgilendirme kapsamı genişlemektedir.

Hastanın sübjektif durumu da bilgilendirmenin kapsamını genişletecektir¹²⁸. Örneğin futbolcu bir hastanın, geçireceği operasyon sonrası bir bacağının kısa kalması ihtimali başka bir hastaya göre hayatında daha büyük değişimlere yol açacaktır¹²⁹. Bu halde hekimden beklenen gerçekleşme ihtimali az dahi olsa bu sonuç hakkında da gerekli bilgiyi hastaya geniş kapsamlı olarak aktarmasıdır.

Hasta hekimden gerçekleştirilecek tıbbî müdahale hakkında bilgilendirme istemek zorunda değildir, kural hekimin bilgilendirme yükümlülüğü altında olmasıdır¹³⁰. Ancak hastanın bu konuda talebi var ise, hekimden beklenen bu talebi mümkün olduğu ölçüde karşılamasıdır. Hekimin bilgilendirme yapması halinde değinmeyeceği hususları, hasta tarafından sorulduğunda hekim cevaplamalıdır¹³¹.

Hastanın tedaviyi reddetmesi de bilgilendirme kapsamını genişleten bir diğer haldir. Bu halde hekim, hastayı tedaviye ikna edebilmek için bilgilendirme kapsamını genişletmeli ve tedaviyi reddin olası sonuçları ile karşılaşması muhtemel zararları hakkında da geniş kapsamlı bilgi vermelidir¹³².

¹²⁵ **ERMAN**, B., s. 112; **IŞIK ÖZCAN**, s. 115.

¹²⁶ **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 66; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 104; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 82.

¹²⁷ **AYAN**, s. 77; **ERMAN**, B., s. 114; **YENERER ÇAKMUT**, s. 69; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 104; **SARITAŞ**, s. 69; **IŞIK ÖZCAN**, s. 115.

¹²⁸ **AYAN**, s. 77; **ERMAN**, B., s. 115; **SARITAŞ**, s. 68; **HANCI**, İ. Hamit, Malpraktis, Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 76; **IŞIK ÖZCAN**, s. 116.

¹²⁹ **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 82.

¹³⁰ **ÖZSUNAY**, Aydınlatma Ödevi, s. 40; **AYAN**, s. 77.

¹³¹ **GÜRELLİ**, s. 104; **ÖZSUNAY**, Aydınlatma Ödevi, s. 40; **AYAN**, s. 77; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 104; **SARITAŞ**, s. 69; **IŞIK ÖZCAN**, s. 116.

¹³² **ERMAN**, B., s. 115; **IŞIK ÖZCAN**, s. 116.

C. Bilgilendirme Kapsamının Daralması

Bilgilendirme kapsamının daraldığı halleri, bilgilendirme kapsamının genişlediği hallerin tam tersi olarak nitelendirilebilir¹³³.

Acil müdahaleler bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamının daraldığı hallerin başında gelmektedir¹³⁴. Acil hastasını bilinci açık ise hekim tarafından yerinde görüldüğü ölçüde bilgilendirme yapılır; ancak olayın seyrine göre bilgilendirmenin kapsamı daralır veya bilinç açık değilse tamamen ortadan kalkar¹³⁵. Bir müdahaleyi gerçekleştirmek için süre ne kadar darsa, durum ne kadar acilse ters orantılı olarak bilgilendirmenin kapsamı o ölçüde dar olacaktır¹³⁶. Örneğin, alerjik reaksiyon sonucu solunumun durması sebebiyle acilen trakeostomi¹³⁷ yapılması gerekliyse; hastaya boğazına delik açılacağı bilgisi verilebilirse de, oluşabilecek komplikasyonlardan olan ses telini hareket ettiren sinirin zarar görmesi sebebiyle ses teli felcinin gelişebileceği hakkında bilgilendirme yapılamamışsa burada artık yükümlülüğün ihlalinden söz edilemez.

Önemli riskler barındırmayan ve hayati tehlikesi bulunmayan küçük müdahaleler bakımından bilgilendirme yükümlülüğünün daraltılabileceği kabul edilmiştir¹³⁸. Riskler ve tehlikeler azaldıkça bilgilendirme kapsamının daralacağı ifade edilmelidir¹³⁹.

Hastanın bilgilendirilmesi halinde ruhen uğrayacağı zararın kendi geleceğini tayin etme hakkının ihlalinden ağır olması halinde bilgilendirmenin kapsamı daraltılabilir¹⁴⁰. Burada dikkat edilmesi gereken ölçüt; bilgilendirme sebebiyle ortaya çıkan zararın, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali sebebiyle doğan zarardan fazla

¹³³ ÇİLİNGİROĞLU, s. 67; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 104; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 83.

¹³⁴ AYAN, s. 77-78; ÇİLİNGİROĞLU, s. 67; OZANOĞLU, s. 70; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 104-105; HANCI, s. 76; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 83.

¹³⁵ DOĞAN, C., Acil Tıp, s. 156.

¹³⁶ GÜRELLİ, s. 103; AYAN, s. 76; ÇİLİNGİROĞLU, s. 65; OZANOĞLU, s. 70; ERMAN, B., s. 111; SARITAŞ, s. 69; HANCI, s. 76; IŞIK ÖZCAN, s. 114.

¹³⁷ Nefes borusuna tıbbî amaçlarla gırtlak seviyesinin altından dışarı delik açılarak yeni bir nefes alma deliği elde etme işleminin adıdır. ; <https://tr.wikipedia.org/wiki/Trakeostomi> ET. 06.02.2016.

¹³⁸ GÜRELLİ, s. 105; AYAN, s. 78; SARITAŞ, s. 70; HANCI, s. 76.

¹³⁹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 67; OZANOĞLU, s. 70; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 105; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 83; IŞIK YILMAZ, Ş. Berfin, “Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *TBB Dergisi*, S. 98, Y. 2012, s. 400.

¹⁴⁰ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 46 vd.; AYAN, s. 78; ÇİLİNGİROĞLU, s. 67; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 105; SARITAŞ, s. 80; HANCI, s. 76; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 83.

olmasıdır¹⁴¹. Bu ölçüte göre hekimin takdir yetkisi söz konusudur¹⁴². Ancak hasta her koşulda bilgilendirilmek istediğini ifade ederse, artık hekimin takdir yetkisi son bulur ve bilgilendirmenin yapılması gerekir¹⁴³.

D. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Ortadan Kalkması

1. Hastanın Bilgilendirilme Hakkından Vazgeçmesi

Bilgilendirme yükümlülüğünü ortadan kaldıran hallerin ilki, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının negatif yönlü kullanması ile bilgilendirmeden feragat etmesi halidir¹⁴⁴.

Biyotıp Sözleşmesi m. 10/II hükmü “*Herkes, kendi sağlığı hususunda toplanmış her bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir*” şeklindeki düzenlemesiyle ve HHY. m.20¹⁴⁵ ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.27¹⁴⁶, de hastanın bilgilendirilmemeyi istemesi düzenlenmiştir. Buna göre; kişinin bilgilendirme istememe kararı yazılı olarak alınır ve her an vazgeçme hakkı saklıdır¹⁴⁷. Hastanın bilgilendirmeden vazgeçtiği iddiasının ispatı hekime aittir¹⁴⁸.

¹⁴¹ OZANOĞLU, s. 71; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 105; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 83.

¹⁴² ATABEK/SEZEN, s. 150.

¹⁴³ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 105; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 83.

¹⁴⁴ GÜRELLİ, s. 105; ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 44; AYAN, s. 78; ÇİLİNGİROĞLU, s. 67; ERMAN, B., s. 116; ÖZTÜRKLER, s. 77; HANCI, s. 77; BORAN, Bedia, “Aydınlatılmış Rıza”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007), 2008, s. 100; KIZILYEL, s. 211; IŞIK ÖZCAN, s. 117.

¹⁴⁵ HHY. m.20 : “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 olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

¹⁴⁶ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.27 : “Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.”.

¹⁴⁷ 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.16/II’de bu durum açıkça ifade edilmektedir: “Hasta, hastalığı konusunda bilgilendirilmesini şahsen istemediğini yazılı olarak bildirirse, hekimin hastasına bilgi vermesi gerekmez.”

¹⁴⁸ AYAN, s. 79. dn.231; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 58; HATIRNAZ EROL, Hasta Hakları, s. 127.

Hastanın bilgilendirme hakkından feragati, bahse konu irade beyanının hukuken geçerli olması ile mümkündür, kişinin serbest iradesiyle vazgeçmiş olması önem arz eder¹⁴⁹. Vazgeçme ile hasta, tıbbî müdahalenin tüm kontrolünü hekime bırakmakta ve yapılacak müdahalelere rıza göstermiş kabul edilmektedir¹⁵⁰.

HHY. m.20’de 2014 yılında yapılan değişiklik¹⁵¹ ile yazılı alınma hususu açıkça ortaya konulmadan önce, örtülü olarak vazgeçmenin mümkün olabileceği görüşü¹⁵² ve yazılı belge alınması gerektiği görüşü¹⁵³ ileri sürülmüştür. Ancak 2014 yılı itibariyle, mevcut mevzuat uyarınca yazılı olarak alınması zorunludur. HHY. m.20’deki değişiklik ile “hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir” ifadesi getirilmiş ve “ailesi” ifadesi kaldırılmıştır. Buna göre; hastanın bilgilendirilmek istememe hakkı sadece kendisine ilişkin değil, hiç kimsenin bilgilendirilmemesi şeklinde kullanılabilecektir¹⁵⁴.

Yeni tıbbî yöntemler ile gerçekleştirilen ile hastanın hayatı yönünden büyük önem arz eden, geri dönülemez sonuçlara yol açabilecek müdahaleler bakımından vazgeçme kabul edilmemelidir¹⁵⁵.

Hastanın bilgilendirme hakkından vazgeçebilmesi için öncelikle bir miktar bilgi sahibi olması gerekir; belli bir bilgi düzeyine erişmeden daha fazla bilgilenmemeyi seçmesi mümkün olamayacaktır¹⁵⁶.

Kişinin bilgilendirilme hakkından kayıtsız şartsız vazgeçmesi mümkün değildir, hastanın muhakkak ve kapsamlı olarak aydınlatılması gereken hallerde vazgeçme beyanı hukuken uygun kabul edilmeyecektir¹⁵⁷. Zira TMK. m.23/II’de öngörüldüğü üzere, kişinin özgürlüklerinden vazgeçmesi veya hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlandırması söz konusu değildir.

¹⁴⁹ AYAN, s. 78; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 88; IŞIK ÖZCAN, s. 118.

¹⁵⁰ SARIAL, s. 59; AYAN, s. 79; ÇİLİNGİROĞLU, s. 67; AŞÇIOĞLU, s. 34; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 57-58; YENERER ÇAKMUT, s. 233; HATIRNAZ EROL, Hasta Hakları, s. 128.

¹⁵¹ RG. T. 08.05.2014, S. 28994.

¹⁵² ERMAN, B., s. 116. dn..212’de anılan yazarlar; BORAN, s. 100.

¹⁵³ ÖZTÜRKLER, s. 77.

¹⁵⁴ HATIRNAZ EROL, Hasta Hakları, s. 127.

¹⁵⁵ DURAL/ÖĞÜZ, s. 110; AYAN, s. 79; IŞIK ÖZCAN, s. 119.

¹⁵⁶ ERMAN, B., s. 117; SARITAŞ, s. 71; IŞIK ÖZCAN, s. 119; KAVAK KONRAT, s. 42.

¹⁵⁷ ÇİLİNGİROĞLU, s. 68; ERMAN, B., s. 117; IŞIK ÖZCAN, s. 119.

2. Hastanın Bilgi Sahibi Olması

Benimsediğimiz görüşe göre; hastanın gerçekleştirilecek tıbbî müdahale hakkında bilgi sahibi olması bilgilendirme yükümlülüğünün ortadan kalktığı hallerin ikincisidir. Hasta, kendisinin hekim veya müdahaleyi bilebilecek konumda bir sağlık çalışanı olması, daha önce bir hekim tarafından bu konuda bilgilendirilmiş olması, kişinin deneyimleri, müdahalenin niteliği gibi sebeplerle bilgi sahibi ise, bilgilendirme yapılmasına gerek kalmayacaktır¹⁵⁸. Ancak aksi görüş; hasta daha önce aynı türden bir ameliyat geçirmiş olsa dahi, yeniden aynı komplikasyonlar konusunda bilgilendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁵⁹.

Toplum tarafından bilinen konularda da hekimin bilgilendirme yapmamasının mümkün olduğu savunulmaktadır¹⁶⁰. Hekimin her somut olayda, hastanın özel durumunu göz önünde bulundurmak ve bilgisinin yeterli olup olmadığı belirleme yükümlülüğü vardır¹⁶¹. Yani hasta, hekim dahi olsa, her tıbbî müdahale yönünden bilgilendirme yükümlülüğünün kalktığından bahsedilemez, her durumda önce belirlemenin yapılması gerekmektedir¹⁶².

Yargıtay¹⁶³ da “*ameliyatta rizikoları, muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından kanıtlanması gerekir. Davacının tıbbî araç gereçlerle ilgili işte söz sahibi olması, her bir dalının bile kendi içerisinde ayrı uzmanlık gerektiren tıp ilminin bütün konularına vakıf olduğunu göstermez. Bu nedenle mahkemenin buna yönelik gerekçesine katılmak mümkün değildir. Ayrıca ameliyat için rıza alınmış olması bu rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermez. Dolayısı ile aydınlatılmış bir rızadan bahsedilemez*” şeklinde hüküm kurmuştur.

¹⁵⁸ BAYRAKTAR, s. 129; ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 45; AYAN, s. 79; AŞÇIOĞLU, s. 34; ERMAN, B., s. 115; SARITAŞ, s. 71; HANCI, s. 77; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 362; BORAN, s. 102; IŞIK ÖZCAN, s. 119.

¹⁵⁹ ERMAN, H., s. 147.

¹⁶⁰ ERMAN, B., s. 116; IŞIK ÖZCAN, s. 120.

¹⁶¹ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 45; AYAN, s. 79; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 254.

¹⁶² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 254.

¹⁶³ Yarg. 13.HD. T. 16.09.2008, E. 2008/4219 K. 2008/10660 naklen: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 255.

3. Tıbbî Zorunluluk Halleri

Tıbbî müdahalenin hemen gerçekleştirilmemesi halinde hastanın hayati tehlikesi doğacaksa ve/veya sağlığı açısından ağır bir tehlike oluşacaksa bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kalkabilir¹⁶⁴. Zorunluluk hali olarak değerlendirebileceğimiz iki temel hal söz konusudur: acil müdahale halleri ve müdahalenin genişletilmesi veya değiştirilmesini gerektiren haller.

Hastanın bilincinin kapalı olduğu ve gecikmeksizin müdahale edilmesi gereken hallerde, durumun kendisinden doğan zorunluluk hali mevcuttur ve bilgilendirme yükümlülüğünü kaldırır¹⁶⁵. Örneğin; kalbi duran bir hastanın, kalp masajı sırasında kaburgasının kırılabileceği konusunda bilgilendirilebilmesi mümkün olamayacağından burada bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edildiğinden söz edilemez.

Müdahalenin genişletilmesi veya değiştirilmesi söz konusu olduğunda, AYAN'a göre öngörülebilirlik ölçütü söz konusudur¹⁶⁶. Genişletme veya değiştirmenin öngörülebilir olması halinde hekimin baştan bilgilendirmeyi yapması beklenmektedir. Öngörülemeyen genişletme veya değiştirmeler bakımından ise; hayati bir tedaviyi hedeflemiyor ve yüksek riskler içeriyorsa hastanın uyandırılarak bilgilendirilmesi ve aşağıda açıklanacağı koşullarda rızasının alınması gerektiği, operasyonun durdurulmasının tehlikeli olması veya genişletme veya değiştirmenin tehlikeli olmaması ve hastanın bilgilendirilmeden de rıza göstereceği nitelikte olması halinde müdahaleye devam edilebileceği ifade edilmiştir¹⁶⁷. Müdahalenin genişletilmesi veya değiştirilmesi söz konusu olduğunda, hastanın objektif menfaati üstündür ve bu makul bir kişinin iradesi göz önünde tutularak belirlenmelidir¹⁶⁸. Bu konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler rıza konusunda, rıza verilmesi yönünden tekrar ele alınacaktır¹⁶⁹.

¹⁶⁴ GÜRELLİ, s. 106; AYAN, s. 79; ÇİLİNGİROĞLU, s. 68; SARITAŞ, s. 71; ÖZTÜRKLER, s. 76; IŞIK ÖZCAN, s. 120.

¹⁶⁵ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 45; AYAN, s. 79; ÇİLİNGİROĞLU, s. 47; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 106; BORAN, s. 95; DOĞAN, C., Aydınlatma ve Rıza, s. 151; IŞIK ÖZCAN, s. 120; DOĞAN, C., Acil Tıp, s. 156.

¹⁶⁶ AYAN, s. 80.

¹⁶⁷ AYAN, s. 80; IŞIK ÖZCAN, s. 121.

¹⁶⁸ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 44; IŞIK ÖZCAN, s. 121.

¹⁶⁹ Bkz. s.85.

Özel bir durum organ ve doku nakli halinde söz konusu olup, ODASNHK m.14/IV¹⁷⁰'te öngörülen koşulların varlığı halinde de m.11¹⁷¹'de öngörölmüş bulunan hekimler kurulu raporu ile ölen kişinin yakınları bilgilendirilmeksizin organ ve doku nakli yapmak mümkün olacaktır¹⁷².

4. Hastanın Yasal Temsilcisinin Yaklaşımı

TŞSTİDK. m.70'de *“Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)”* şeklinde öngöröldüğü üzere; yasal temsilcinin bilgilendirilmesi ve rızanın yasal temsilciden alınması yükümlülüğü gereği kural olarak yasal temsilcinin bilgilendirilmesi ve yasal temsilciden rıza alınması gerekmektedir.

Fakat yasal temsilcinin hakkını kötüye kullanması ve rıza göstermemesi halinde bu yükümlülüğün uygulanamaması söz konusu olabilir. Bu halde, hastaya kayyım tayin edilmesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bilgilendirmeden vazgeçilebilmesi uygun kabul edilmiştir¹⁷³.

¹⁷⁰ ODASNHK. m.14/IV : “Kaza veya doğal âfetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbî ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbî zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.”.

¹⁷¹ ODASNHK. m.11 : “(Değişik: 6514 - 2.1.2014 / m.41) Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbî ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.”.

¹⁷² IŞIK ÖZCAN, s. 122.

¹⁷³ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 45; KAYALI, s. 40; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 362.

5. Bilgilendirmenin Olumsuz Etkisi veya Anlamını Yitirmesi

Kişinin bilgilendirilmesi, kişinin hayatını ve tedavinin yürüyüşünü olumsuz etkileyecek ise hekimin bilgilendirme yapmaması mümkündür¹⁷⁴. Hastayı korumak maksadıyla bilgilendirmemenin tercih edilmesi hali, “*hekimin tedavi ayrıcalığı*” olarak isimlendirilmektedir¹⁷⁵.

HHY. m.19¹⁷⁶ ve TDN m.14/II¹⁷⁷ hekime bilgilendirip bilgilendirmeme konusunda takdir yetkisi tanımıştır, hekimin tedavinin olumsuz etkilenebileceği yönündeki kanaati ile bilgilendirmeme yapma yükümlülüğü ortadan kalkar.

Bilgilendirme konusu zor bir hastalık ise; hastanın bilgilendirme sonrasında psikolojik olarak zarar görmesi söz konusu olacaksa, bilgilendirme yapılmasının sağlığının bozulması tehlikesini arttırması ihtimali varsa ve üçüncü kişileri koruma amaçlı olarak bilgilendirmeden vazgeçilebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁸. Kanser hastasının psikolojik olarak çökmesinin tedaviyi olumsuz etkilemesi, kemoterapi almayı reddederek sağlığının bozulması tehlikesini arttırması ilk iki ihtimale örnek gösterilebilir. Üçüncü kişileri koruma yönünden ise, psikolojik rahatsızlığı olduğunu öğrenen bir kişinin üçüncü kişilere zarar verecek şekilde hastalığını kullanma

¹⁷⁴ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 46-47; SARIAL, s. 60; AYAN, s. 81; ÇİLİNGİROĞLU, s. 69; ERMAN, H., s. 149; ERMAN, B., s. 117; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 107; SARITAŞ, s. 71; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 89; BORAN, s. 101; IŞIK ÖZCAN, s. 122.

¹⁷⁵ AYAN, s. 81; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 89.

¹⁷⁶ HHY m.19 : “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 fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.

Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.”

¹⁷⁷ TDN m.14/II : “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 açıkca söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.”

¹⁷⁸ GÜRELLİ, s. 107; AYAN, s. 81; ÇİLİNGİROĞLU, s. 69; ERMAN, B., s. 117; IŞIK ÖZCAN, s. 122.

ihtimalinin varlığı örnek gösterilmektedir¹⁷⁹. HAKERİ; tedaviye zarar verme ihtimalini otonomi bilgilendirmesinin sınırı kabul etmektedir¹⁸⁰.

Tıbbî ve insani nedenlerle bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kalkabilmektedir. Terminal dönemde¹⁸¹ bulunan hastanın yalnızca acısını dindirmeye yönelik müdahaleler yönünden bilgilendirmenin anlamını yitirdiğinden bahisle yükümlülüğün sona erdiği kabul edilmektedir¹⁸². “Bilgilendirme suretiyle öldürme” ismi verilen durumun ortaya çıkmaması için, hastanın bilgilendirilmemesi tercih edilmelidir¹⁸³.

V. BİLGİLENDİRME ZAMANI

Bilgilendirmenin zamanı, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için önem taşımaktadır¹⁸⁴. Tıbbî müdahaleye rızanın tıbbî müdahaleden önce verilmesi gerektiğinden, bilgilendirme yükümlülüğü her durumda tıbbî müdahaleden önce gerçekleştirilmelidir¹⁸⁵. Tıbbî müdahaleden rıza göstermeye karar verebilecek kadar süre önce bilgilendirmenin yapılmış olması gerekmektedir birlikte, belirlenmesi gereken ise müdahaleden ne kadar süre önce gerçekleştirilmesi gerektiğidir¹⁸⁶.

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü¹⁸⁷ “Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller (meslek sahipleri) gerçekleştirecek herhangi bir ameliyat veya tedaviye

¹⁷⁹ AYAN, s. 81; ÇİLİNGİROĞLU, s. 69; ERMAN, B., s. 118; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 107; IŞIK ÖZCAN, s. 123.

¹⁸⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 256.

¹⁸¹ 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.3'te:

Terminal Safha: Tıp biliminin ve teknolojisinin bütün imkanları kullanıldığı halde hastanın iyileştirilmesinin mümkün olmadığı ve ölüme giden durum, olarak tanımlanmıştır.

¹⁸² AYAN, s. 81; ÇİLİNGİROĞLU, s. 69; ERMAN, B., s. 118; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 107; SARITAŞ, s. 72; IŞIK ÖZCAN, s. 123.

¹⁸³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 257.

¹⁸⁴ ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 365.

¹⁸⁵ GÜRELLİ, s. 111; AYAN, s. 83; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Konya 2015,(Genel Hükümler), s. 239; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; ERMAN, B., s. 103; IŞIK ÖZCAN, s. 97; KICALIOĞLU, s. 110-111; IŞIK YILMAZ, s. 407.

¹⁸⁶ DOĞAN, C., Aydınlatma ve Rıza, s. 151;

BGH, NJW 1994, 3009; OLG Hamm NJW 1993, 1538 naklen: ZEYTİN, Zafer, “Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, VIII. Türk-Aman Tıp Hukuku Sempozyumu - Hekimin Sorumluluğu (7-8 Ekim 2011), 2012, (Bildiri), s. 18.

¹⁸⁷ Yol gösterici belge olup, bağlayıcılığı yoktur. ADIGÜZEL, s. 955.

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 öngörmüştür.

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 dâhilinde güvendiği kişilerle görüşebileceği bir zaman periyodu önerilmiştir¹⁸⁸. Bu süre kısa tutularak hastanın üzerinde karar verme baskısı oluşturmamalıdır¹⁸⁹. Sürenin fazla uzun tutulması, çekmekte olduğu acı hasta üzerinde baskı oluşturacağından fazla uzun da tutulmamalıdır¹⁹⁰.

Makul süre müdahalenin niteliğine, önemine ve kişinin sağlık durumuna göre de değişiklik göstermektedir¹⁹¹. Çok acil hallerde ameliyat masasında dahi yapılabilirken¹⁹², planlanabilir bir operasyon için son anda yapılması ve hatta bir gün önce yapılması uygun olamayacaktır¹⁹³. Ayakta tedavide, aynı gün veya tıbbî müdahale sırasında yapılan bilgilendirme geçerli kabul edilmektedir¹⁹⁴.

Kanaatimizce, hekimin somut olayda müdahalenin anlaşılması için gereken süre ve hastanın psikolojisinin müdahaleye hazır olacağı süre yönlerinden değerlendirerek öngördüğü makul süre, yukarıda açıkladığımız kıstaslara da uygun olduğu ölçüde hukuka uygun olacaktır.

¹⁸⁸ GÜRELLİ, s. 111; SARIAL, s. 62; AYAN, s. 83; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; ERMAN, B., s. 104; BORAN, s. 93; ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, ABD, S. 2011/2, Y. 2011, s. 194; TACİR, Kitap, s. 183.

¹⁸⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 239; ERMAN, B., s. 104; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 84.

¹⁹⁰ ERMAN, B., s. 104.

¹⁹¹ AYAN, s. 83; OZANOĞLU, s. 74; YENERER ÇAKMUT, s. 225; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 365.

¹⁹² AYAN, s. 83; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; ROGGO, s. 204; OZANOĞLU, s. 73; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 239; HANCI, s. 81; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 366; TEMEL, Alman Hukuku, s. 40.

¹⁹³ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 52; AYAN, s. 83; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; OZANOĞLU, s. 73; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 239; POLAT, s. 96; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 366.

BGH NJW 1998, 1784; BGH Az. : VI ZR 131/02 naklen: ZEYTİN, Bildiri, s. 18.

¹⁹⁴ AYAN, s. 83; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 240; TACİR, Kitap, s. 183; ZEYTİN, Bildiri, s. 18; YAKUT, Cemil Buğra, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 50.

VI. BİLGİLENDİRMENİN MUHATABI

HHY. m.18/III'te düzenlenen “*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*” hükmü uyarınca, bilgilendirilmesi gereken kişi bizzat hastanın kendisidir¹⁹⁵. Gerçekten de, tıbbî müdahaleye rıza gösterme şahsa sıkı surette bağlı haklardandır ve kural olarak bizzat kişi tarafından kullanılması gerekir¹⁹⁶. Ancak kişinin temyiz kudretini haiz olması halinde bizzat kendisine bilgilendirme yapılması söz konusu olabilecektir¹⁹⁷; zira bilgilendirme kural olarak kararı verecek kişiye yapılacaktır. Kişinin, kendisi narkoz altındayken gerekecek bir müdahale için eşinin bilgilendirilmesi ve rıza vermesi hususunda vekil tayin edebileceği kabul edilmektedir¹⁹⁸.

Aşağıda rıza ehliyeti değerlendirilirken ele alınacak olan, rıza ehliyeti olan kişi aynı zamanda bilgilendirilmesi gereken kişi olacaktır. Bu durumun tek istisnası temyiz kudretini haiz ve durumu anlayabilecek küçüklerdir, bizim de katıldığımız ve güncel mevzuata uygun görüşe göre, bu halde bilgilendirmenin hem yasal temsilciye hem de mümeyyiz küçüğe yapılması gerekir¹⁹⁹. Zira kişinin şahsa sıkı surette bağlı bir hakkını kullanmasının karşısında, TŞSTİDK. m.70 ile mümeyyiz hastanın yasal temsilcisine bilgi verilmesi öngörülmüştür ayrıca doktrinde amaca uygun olarak değerlendirilmektedir²⁰⁰. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yapılan 2014 yılı değişikliği

¹⁹⁵ **BAYRAKTAR**, s. 129; **OZANOĞLU**, s. 72.

¹⁹⁶ **SARIAL**, s. 60; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 235; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 110; **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 362.

¹⁹⁷ **AYAN**, s. 82; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 70; **OZANOĞLU**, s. 72; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 110; **IŞIK ÖZCAN**, s. 95.

¹⁹⁸ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 237.

24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.16/I'de de bu durum ifade edilmiştir: “Hasta, durumu ile ilgili olarak kendisi dışında bilgi verilebilecek kişileri bizzat belirler. Reşit veya mümeyyiz olmayan hastalar bakımından kanuni temsilcilere, bilinci kapalı olan hastalar bakımından ise bilincin kapalı olduğu hal ve zaman ile sınırlı olmak kaydıyla yakınlarına bilgi verilir.”

¹⁹⁹ Bu hususta farklı görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KAVAK KONRAT**, s. 60-63.

BAYRAKTAR, s. 129; **OZANOĞLU**, s. 72; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 110; **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 364; **YILMAZ**, B., Hukuki Sorumluluk, s. 49.

²⁰⁰ **BAYRAKTAR**, s. 129; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 110.

ile²⁰¹, “*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 edilmiştir.

HHY. m.24/III²⁰², de de engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılması gerektiği hususu ifade edilmiştir.

Hastanın temyiz kudretini haiz olmadığı hallerde ise, ikili bir ayırmadan söz etmek gerekir. Temyiz kudreti geçici surette kaybedildiyse, yapılması zorunlu müdahaleler için bilgilendirme yapılması zorunlu değildir²⁰³; zira HHY. m.24/I²⁰⁴ hükmü gereğince bu hallerde rıza da aranmayacaktır. Hayati tehlike barındırmayan ve fakat yapılması gerekli görülen müdahaleler için kişinin yakınlarının bilgilendirilmesi ve bu kişilerden rıza alınması söz konusu olabilmektedir. Bu halde hasta yakınlarından kimin bilgilendirileceği husus ODASNHK m.14 hükmü kıyasen uygulanarak çözülebilecektir. Bazı hallerde ise, kişinin varsayılan rızasının tespiti için, yakın ilişki içerisinde olduğu komşu, arkadaş gibi kişilerin bilgilendirilmesi söz konusu olabilecektir²⁰⁵. Sürekli olarak temyiz kudreti kaybedilmiş ise, acil durumlar dışında bilgilendirmenin kanuni temsilciye yapılması gerekir²⁰⁶.

Kural olarak tıbbî müdahaleye rıza ehliyeti bulunan kişinin yakınlarına da bilgilendirme yapılması zorunluluğu yoktur. Bu kuralın istisnası ise, hastanın kişisel konumu ve/veya aile hayatının bu durumdan etkilenmesi halidir. Cinsel yolla bulaşan hastalık veya kastrasyon, sterilizasyon gibi cinselliği kuvvetli şekilde etkileyecek durumlar için eşin de bilgilendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁰⁷.

Yargıtay bir kararında, bizzat bilgilendirilmeyen hasta yerine kızının imzaladığı rıza formunu yetersiz görmüştür²⁰⁸.

²⁰¹ RG. T. 08.05.2014, S. 28994.

²⁰² HHY m.24/III: “Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır.”.

²⁰³ **AYAN**, s. 83; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 110.

²⁰⁴ HHY m.24/I: “Tıbbî 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.” Bkz. s.88.

²⁰⁵ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 237.

²⁰⁶ **AYAN**, s. 83; **OZANOĞLU**, s. 72; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 110; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 85.

²⁰⁷ **ATEŞ**, s. 30-31.

²⁰⁸ Yarg. 3.HD. T. 15.03.2012, E. 2012/177 K. 2012/6939 naklen: **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 237. :

VII. BİLGİLENDİRMENİN YÜKÜMLÜSÜ

Bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesi gereken kişi kural olarak “*hastaya tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mesleği mensubu*” dur. 2014 yılında yapılan değişiklik²⁰⁹ ile HHY. m.18/II’de “*Hasta, tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbî müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbî 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.*” şeklinde açıkça düzenmiş bulunduğundan, doktrindeki tartışmalar son bulmuştur.

Ancak bu düzenleme öncesi, bilgilendirme yükümlülüğünün hekim olduğu ve diğer sağlık çalışanları açısından böyle bir yükümlülük bulunmadığı da ileri sürülmekteydi²¹⁰.

Gerek yönetmelik hükmünün açıkça öngördüğü gerekse de düzenleme öncesi doktrinde ileri sürülen yönetmelik ile benzer görüşün ifade ettiği üzere, diğer sağlık çalışanları için hukuken yetkili kılındıkları müdahaleler²¹¹ bakımından bilgilendirme yükümlülüğü söz konusudur²¹². HHY. m.18/II 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 yapılabilir. Örneğin; hemşirenin bilgilendirme yükümlülüğü kendi sorumluluk alanında bir müdahale ile mesela; kan alırken ortaya çıkabilecek hususlarla, ilgiliyken, tedavi sürecini yürüten hekim tedavi

“Dosya içeriğinden, davalı doktor ile görüşen davacının ameliyatın türü hakkında bilgilendirildiği ve ikinci bir ameliyat olmamak adına ilk ameliyatta meme küçültme yanında estetik açıdan meme başının da taşınmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Ancak operasyon için davacının kızının oluru alınmış ise de, davacıya ameliyatın risklerinin anlatıldığı ve kabul ettiğine dair bir bilgi ve belge sunulmamış, dinlenen davalı tanıkları kendilerine benzer ameliyatlarda davalı doktorun bilgi verdiğini beyan etmişler ise de bu beyanlar davacının da bilgilendirildiğini kabule yeterli görülmemiştir.”

²⁰⁹ RG. T. 08.05.2014, S. 28994.

²¹⁰ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 49; ÇİLİNGİROĞLU, s. 70.

²¹¹ Tıbbî müdahalede bulunmaya yetkili diğer sağlık çalışanları için bkz. s.20.

²¹² OZANOĞLU, s. 72; İŞİK ÖZCAN, s. 94; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 238-239.

bilgilendirmesi yükümlülüğü altındadır²¹³. O halde kural olarak tıbbî müdahale süreciyle ilgili bilgilendirme yükümlülüğü hekimdedir²¹⁴.

Yargıtay da kararlarında, bilgilendirmenin yapılıp yapılmadığı hususunu hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesi yönüyle değerlendirmektedir²¹⁵.

Hekimler açısından da, HHY. m.18/II hükmü uyarınca, aynı şekilde kural tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren hekimin bilgilendirmeyi de yapması²¹⁶ olsa da istisnaen, bazı şartlar altında hekimin aydınlatma yükümlülüğünü başka bir hekime bırakabilmesi mümkündür²¹⁷.

Tıbbî müdahalenin tümünün aynı branştan birden fazla hekim tarafından yürütüldüğü hallerde, HHY. m.18/II' deki şartları sağlaması, özellikle de bu yükümlülüğü yerine getirebilme yeterliliğine sahip olma koşuluyla daha kıdemsiz birine bırakılması mümkündür²¹⁸. Ancak ROGGO²¹⁹,ya göre; bu halde bilgilendirme yükümlülüğü kıdemi en yüksek olan hekime aittir²²⁰.

²¹³ **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 364; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 238.

²¹⁴ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 238; BGE 117 Ib 197, 203 E. 3b; “Hekim, hastasına öngörülen tedavi sürecinin riskleri ve türü hakkında bilgi vermekle yükümlüdür.” naklen: **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 364. dn.100.

²¹⁵ “..davalının(hekim) aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği, giderek kusuru bulunup bulunmadığı yönünde inceleme yapılmak üzere, dosyanın tomar halinde üniversitelerden seçilecek konusunda uzman bilirkişilere teslimi ile taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık, ayrıntılı ve gerekçeli rapor tanzim edilmesinin istenmesi, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Yarg. 13.HD. T. 19.08.2008, E.2008/4519 K. 2008/10750; “Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. ...davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur.” Yarg. 13.HD. T. 19.10.2006, E. 2006/10057 K. 2006/13842; www.kazanci.com.

²¹⁶ **OZANOĞLU**, s. 72; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 238; **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 364.

²¹⁷ **AYAN**, s. 82; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 70; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 238; **ERMAN**, B., s. 103; **OZANOĞLU**, s. 72; **İŞİK ÖZCAN**, s. 94.

²¹⁸ **ERMAN**, B., s. 103; **İŞİK ÖZCAN**, s. 94.

²¹⁹ **ROGGO**, s. 153.

²²⁰ Bu görüşü Türk doktrinde de benimseyen yazarlar mevcuttur. **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 365.

Farklı branşlardan birden fazla hekimin birlikte müdahaleyi gerçekleştirdiği hallerde, her hekimin kendi branşı dâhilinde bilgilendirme yapması gerekir; ancak bu hekimlerden birinin yaptığı bilgilendirme diğer hekimlerin bilgilendirmelerinin içeriğini kapsıyorsa bu hekimin yaptığı bilgilendirme yeterli kabul edilir²²¹. Farklı branşlardan birden fazla hekimin müdahalenin farklı aşamalarını yürütecekleri hallerde ise, her bir hekimin kendi yürüteceği aşama bakımından bilgilendirme yükümlülüğü vardır²²². Hastaya anestezi uygulanması söz konusu ise, anestezi uzmanı hekimin anesteziye ilişkin olarak bilgilendirme yapması gerekir²²³.

Örnek vermek gerekirse, gerçekleştirilecek bir total tiroidektomi²²⁴ ameliyatında, ameliyatın yapılması kararını endokrinoloji uzmanı hekim verirken; hastanın bayıltılmasında anestezi uzmanı hekim; ameliyat bölgesinin açılması, tiroid bezlerinin alınması ve yaranın kapatılması gibi ameliyata ait işlemlerin yürütülmesinde genel cerrahi uzmanı hekim rol alırken, ameliyat sonrası patolojik doku kalıp kalmadığını görüntüleme yöntemleriyle radyoloji uzmanı hekim araştırırken, hormon değerlerini yine endokrinoloji uzmanı hekim takip etmektedir. Bu durumda, anestezi uzmanı hekim ile genel cerrahi uzmanı hekim tıbbî müdahaleyi birlikte gerçekleştirdiklerinden, kendi branşları dâhilinde bilgilendirme yapabilecekleri gibi, birinin bilgilendirmesi diğerinin bilgilendirmesini kapsadığı hallerde, örneğin; anestezi uzmanının bilgilendirmesi genel cerrahi uzmanının bilgilendirmesini kapsadığı halde, yapılan bilgilendirme yeterli kabul edilecektir. Endokrinoloji uzmanı hekim ve radyoloji uzmanı hekim arasında ise, farklı aşamaların yürütülmesi şeklinde bir iş bölümü bulunduğundan, her bir hekimin kendi branşı dâhilinde bilgilendirme yapması gerekmektedir.

Anestezi uzmanı hekimin anesteziye ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir²²⁵. Yargıtay bir kararında “*Davacıya imzalatılan rıza formunda tüm anestezi yöntemlerinde bazı risklerin olduğu, enfeksiyon, kanama, pıhtı oluşması vs. risklerin bulunduğu açıklanmıştır. Ancak bu formda anestezinin komplikasyonları açıklanmakla birlikte gözün katarakt operasyonundaki risklerin neler*

²²¹ GÜRELLİ, s. 109; ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; IŞIK ÖZCAN, s. 94.

²²² ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; IŞIK ÖZCAN, s. 94.

²²³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 238; HAKERİ, Hakan, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbî Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, *YÜHFD* III, S. 2, Y. 2006, (Taslak), s. 36.

²²⁴ Tiroid bezlerinin tamamen alınması.

²²⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 238.

olduğu, oluşacak olası komplikasyonların anlatıldığına ve davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair bir delil sunulmamıştır.” şeklinde ifade ettiği üzere; anestezi uzmanı hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiği; ancak genel cerrah uzmanı hekimin yerine getirmesi gereken bilgilendirme yükümlülüğünün bizzat genel cerrah uzmanı hekim veya onun yerine birlikte müdahaleyi gerçekleştiren anestezi uzmanı hekim tarafından yerine getirilip getirilmediğinin ortaya konulmadığını ifade etmiştir²²⁶.

Doğrudan araştırma konumuzla ilgili olmamakla birlikte, sözleşme tarafı olan hekim ile tıbbî müdahalede bulunacak hekimin farklı olduğu haller söz konusu olabilmektedir. Bu hallerde hem sözleşme tarafı hekimin hem de müdahalede bulunacak hekimin bilgilendirme yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir²²⁷.

VIII. BİLGİLENDİRME ŞEKLİ

HHY. m.18/II’de düzenlenen “*Hasta, tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbî müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir*” hükmünün öngördüğü şekilde 2014 yılındaki bu değişiklikten itibaren sözlü bilgilendirme yapılması zorunlu hale gelmiştir. Bu düzenleme öncesinde, doktrinde tıbbî müdahaleler için yapılacak bilgilendirmede kural olarak şekil serbestisi olduğu ve sözlü bilgilendirme de yapılabileceği kabul edilmişti²²⁸.

Bilgilendirmenin sözlü olarak yapılmasının önemi vurgulanmakta²²⁹ ve hatta doktrinde²³⁰ hasta hekim ilişkisindeki güven temeline uygun ve en sağlıklı bilgilendirme yönteminin hekimle yapılacak karşılıklı görüşme olduğu ifade edilmekteydi. Hastanın ihtiyaç duyduğu soruları derhal hekime sorabilmesi²³¹ ve hastanın tıbbî müdahale gerçekleştirecek hekim ile ilgili kanaat sahibi olabilmesi²³² imkanlarına ulaşabilmesi imkanlarının da sözlü bilgilendirmenin tercih edilmesi gerekliliğine sebep olarak

²²⁶ Yarg. 13.HD. T. 07.11.2013, E.2013/22812 K. 2013/27583 naklen: **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 238.

²²⁷ **ÖZSUNAY**, Aydınlatma Ödevi, s. 49-50; **AYAN**, s. 82; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 238; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 109; **IŞIK ÖZCAN**, s. 94.

²²⁸ **GÜRELLİ**, s. 113; **AYAN**, s. 84; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 71; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 245; **ERMAN**, B., s. 104; **OZANOĞLU**, s. 72; **YAVUZ İPEKYÜZ**, s. 86; **ER**, Ünal, Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s. 81; **İŞIK ÖZCAN**, s. 100; **ORAL**, s. 193.

²²⁹ **ROGGO**, s. 190.

²³⁰ **AYAN**, s. 85; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 71.

²³¹ **AYAN**, s. 85.

²³² **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 114-115.

gösterilmişti. Ancak sözlü bilgilendirme yapılması halinde ispat güçlükleri yaşanacağı değişiklik öncesinde de vurgulanmaktaydı²³³.

Alman doktrinde, hekimlerin hastalarını yüz yüze yapılacak bir görüşme ile bilgilendirmesi ve az veya çok ayrıntı ile formülize edilen, anlaşılabilir tutanağı hastalar ile birlikte imzalamasının arandığı ifade edilmektedir²³⁴.

Önemle belirtmek gerekir ki; sözlü yapılan bilgilendirmede yaşanan ispat zorlukları sebebiyle bilgilendirmenin şekline ilişkin problem bu hükmün gelmesiyle çözülmüş değildir.

Yargıtay kararlarında bilgilendirme ile ilgili problemlerde ispat külfetinin “*hekim veya çalıştığı hastanede*” olduğu açıkça ortaya konulmuştur²³⁵.

Uygulamada hekimler ispat yüküne çözüm olarak bir takım formlar ve broşürler ile bilgilendirme yapmayı tercih etmektedir. Formlar, bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki bilgilerin yanı sıra hastanın okuyup, anladığı ve müdahale ile ilgili olarak bilgilendirildiğine ilişkin kayıtlar içermekte ve hasta tarafından imzalanmaktadır. Broşürlerde ise, bilgilendirme yükümlülüğü kapsamına uygun şekilde hazırlanan bilgilerden oluşan kitapçığın hasta tarafından okunması suretiyle bilgilendirme gerçekleştirilmektedir²³⁶.

Doktrinde bu formların yalnız yazılı olarak verilmesinin bilgilendirmede yetersiz kalacağı ve ancak sözlü olarak desteklenmesiyle bilgilendirmenin yapılmış olacağı ifade edilmiştir²³⁷. Bu görüş HHY. m.18/II hükmü ışığında değerlendirildiğinde de, sözlü bilgilendirme ile desteklendiği müddetçe verilmesine bir engel bulunmadığı görülmektedir. Ancak bu formların altına alınan imzalar veya broşürlerin verilmiş

²³³ ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 115.

²³⁴ SCHMIDT-RECLA/NOACK, s. 76.

²³⁵ Yarg. 4.HD. T. 07.03.1977, E.1976/6297 K. 1977/2541; Yarg. 13.HD. T. 02.07.2013, E.2013/23012 K. 2014/22561; Yarg. 13.HD. T. 16.01.2014, E.2013/17487 K. 2014/794; Yarg. 13.HD. T. 09.04.2014, E.2013/30822 K. 2014/10722; Yarg. 13.HD. T. 15.09.2014, E.2013/26330 K. 2014/27050; www.kazanci.com.

Yarg. . HD. T. 20.11.2007, E. 2007/12837, K. 2007/13884 naklen: YILMAZ, Battal, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, S. 1, Y. 2009, (Rıza), 178.

²³⁶ GÜRELLİ, s. 113; AYAN, s. 84; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 245; ERMAN, B., s. 104; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 86; ER, s. 81; IŞIK ÖZCAN, s. 100.

²³⁷ ÇAKAR, Engin/SERT Gürkan/DURMUŞ, Oğuz/DİNÇER, Ümit/KIRALP, Mehmet Zeki, “Aydınlatılmış Onamın Günümüzdeki Yeri: Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Pratiğindeki Sık Uygulamalar İçin Örnekler Eşliğinde” *Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Dergisi*, S. 12, Y. 2009, s. 142.

olmasının ispata yeterli delil olamadığı unutulmalıdır²³⁸. Matbu bilgilendirme olarak değerlendirilen bu husus gerek doktrinde²³⁹, gerekse de 2014 yılına kadar verilen Yargıtay kararlarında ispata yeterli görülmemekteydi²⁴⁰. Yargıtay bu hususu bir kararında²⁴¹; “*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 etmiştir.

Yargıtay’ın bu uygulamasından ayrılarak 2014 yılında vermiş olduğu aksi yöndeki karar, HAKERİ tarafından, hiçbir tartışma yapılmaksızın gerekçesiz olarak verilmesi sebebiyle dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁴².

Değişiklik öncesinde de, sözlü bilgilendirmenin mutlaka yapılması, matbu bilgilendirmelerden kaçınılması ve hasta ile hekimin doğrudan temas halinde olması gerektiği doktrinde kabul görmüştür²⁴³. Sözlü bilgilendirme öncesi hazırlık olarak veya sonrası delil niteliği taşıması yönünden yazılı olarak da yapılmasında bir engel yoktur²⁴⁴. Şu kadar ki, hasta ile kararlaştırarak bilgilendirme ses veya video kaydı ile dahi kayıt altına alınarak ispat vasıtası olarak kullanılabilir²⁴⁵.

Rutin müdahaleler açısından yalnızca form üzerinden yapılan bilgilendirme, ayrıca sözlü bilgi verilmesi aranmamıştır²⁴⁶. Aşı takvimi dâhilindeki aşılar yönünden de broşür verilmesi soru sorulmasına imkân tanınması yeterli görülmüştür²⁴⁷.

²³⁸ GÜRELLİ, s. 114; AYAN, s. 84-85; IŞIK ÖZCAN, s. 101.

²³⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 245.

²⁴⁰ Yarg. 13.HD. T. 25.11.2013, E.2013/1737 K. 2014/29148; Yarg. 13.HD. T. 02.04.2010, E.2010/13945 K. 2010/4346 naklen: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 245.

²⁴¹ Yarg. 13.HD. T. 13.06.2013, E.2013/14354 K. 2013/16113; www.kazanci.com

²⁴² Yarg. 13.HD. T. 22.01.2014, E.2014/32755 K. 2014/1498 naklen: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 245; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 245. dn.319.

²⁴³ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 55; AYAN, s. 85; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 245; IŞIK ÖZCAN, s. 101.

²⁴⁴ ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 55; AYAN, s. 85; ÇİLİNGİROĞLU, s. 72; GÜZELDEMİR, 12; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 245; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 87; ÖZCAN/ÖZEL, s. 60; IŞIK YILMAZ, s. 407.

²⁴⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 245.

²⁴⁶ BGH VersR 2000, 728 naklen: HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 249.

ODASNHK m.6, NPHK m.5/IV ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.13 rızanın yazılı olmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Doktrinde rızanın yazılı olması zorunluluğunun bilgilendirmenin de yazılı olması zorunluluğu getirmediği kabul edilmektedir²⁴⁸.

Bilgilendirmenin anlaşılır şekilde yapılması gerekir. Hastanın dilini bilmeyen hekimin gerektiğinde tercüman yardımı alması zorunlu olarak görülmektedir²⁴⁹. Bilgilendirme yapılırken kullanılacak dil, terimlerden arınmış, sade ve halkın anlayabileceği düzeyde olmalıdır²⁵⁰. Bilgilendirme yapılırken, hastanın eğitim, kültür ve bilgi seviyesi dikkate alınmalıdır²⁵¹. Hekim hastanın idrak kapasitesine göre bilgilendirme yapmalıdır²⁵². Gerekirse konsültasyona başvurmalı ve, konsültasyon hekiminin de bilgi vermesini isteyerek, en son tüm bu bilgiler ışığında bilgilendirmeyi gerçekleştirmelidir²⁵³.

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü, Bilgi Hakkı başlıklı m.3/II’de “*Sağlık hizmetleri, sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller, hastanın dini, etnik ve dil özellikleri göz önünde bulundurularak hastaya onun anlayacağı şekilde bilgi vermek zorundadır*” şeklinde ve Rıza Hakkı başlıklı 4.maddesinin III. Fıkrasında “*Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller (meslek sahipleri) hastanın sahip olduğu dili kullanmalı ve onun anlayacağı şekilde (teknik terimlere/mevzuata/zemine yabancı olduğunu düşünerek) bilgileri aktarmalıdır*” şeklinde öngörülmüş olan bu husus; HHY. m.18’de “*Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir*” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Yargıtay²⁵⁴ da; “*Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde*

²⁴⁷ BGH, NJW 2000, 1784 naklen **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 249.

²⁴⁸ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 244; **ÇAKAR/SERT/DURMUŞ/DİNÇER/KIRALP**, s. 143; **TACİR**, Kitap, s. 182.

²⁴⁹ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 249.

²⁵⁰ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 249; **SARITAŞ**, s. 67; **ERÇELTİK**, s. 61.

²⁵¹ **DOĞAN**, C., Aydınlatma ve Rıza, s. 142.

²⁵² **DOĞAN**, C., Acil Tıp, s. 155.

²⁵³ **DOĞAN**, C., Acil Tıp, s. 155.

²⁵⁴ Yarg. 4.HD. T. 07.03.1977, E.1976/6297 K. 1977/2541; www.kazanci.com.

bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuğtan sorumludur” şeklindeki kararı ile bilgilendirme üslubunun hastanın anlayacağı biçimde olması gerekliliğini vurgulamıştır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

I. GENEL OLARAK

Tıbbî müdahalenin kural olarak kişilik hakkını ihlal eden bir fiil olduğuna yukarıda değinmiştik¹. Kişilik hakkının ise, mutlak hak olmasından bahisle kişilik hakkına müdahale eden herkese karşı korunması söz konusudur, yeter ki müdahale hukuka aykırı olsun. Müdahalenin hukuka aykırılığı olup olmadığını, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı etki etmektedir².

Özel hukuk kapsamında hukuka uygunluk sebepleri; TMK. m.24/II³ ve TBK. m.64⁴'te sayılmıştır. Buna göre, hukuka uygunluk sebepleri: kanunun verdiği yetkinin kullanılması (kamu menfaatinin üstünlüğü) (TMK. m.24/II), özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması (TMK. m.24/II), zarar görenin (mağdurun) zarara razı olması (TMK. m.24/II), haklı savunma (TBK. m.64/I), zorunluluk hali (TBK. m.64/II), kişinin hakkını kendi gücüyle koruması (TBK. m.64/III), vekâletsiz işgörme (TBK. m.527)'dir⁵.

Tıbbî müdahale söz konusu olduğunda ise, meşru savunma (TBK. m.64/I) veya kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma (TBK. m.64/III) hallerinin uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Tıbbî müdahaleler için temel olarak TMK. m.24/II hükmü

¹ Bkz. s.6.

² DURAL/ÖĞÜZ, s. 149.

³ TMK. m.24/II: “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.”

⁴ TBK. m.64: “Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.

Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.”

⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 601 vd.; AYAN, Mehmet, Genel Hükümler, s. 233 vd.; ÇEKER, Hukuka Uygunluk, s. 5.

uygulama alanı bulurken, vekâletsiz işgörmeye (TBK. m.527) ve zaruret hali (TBK. m.64/II) varsayılan rızanın hukuki niteliği yönüyle önem arz etmektedir⁶.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu değerlendirilirken bir takım özel halleri dikkate almak yerinde olacaktır.

İlk olarak, yukarıda ortaya koyduğumuz unsurları taşıyan müdahaleleri ifade eden bir “tıbbî müdahale” den söz etmek gerekir. Bu unsurları taşımayan, dolayısıyla tıbbî müdahale kabul edemeyeceğimiz müdahalelerin hukuka uygunluğu; ancak sıradan fiillerin hukuka uygunluğu çerçevesinde değerlendirilebileceğinden çalışmamızın kapsamı dışında kalacaktır.

İkinci olarak, hangi hukuka uygunluk sebebi gerekçesiyle hukuka uygun hale gelirse gelsin, tıbbî müdahale öncesi bilgilendirme yapılması gerekir⁷. Hiçbir hukuka uygunluk sebebi bilgilendirme zorunluluğunu doğrudan ortadan kaldırmaya mahir değildir. Ancak yukarıda ele alındığı üzere, bilgilendirme yükümlülüğü kapsamının daraldığı, genişlediği, ortadan kalktığı haller mevcuttur ve zaman zaman kapsamın daraldığı haller ile hukuka uygunluk sebeplerinden üstün nitelikte özel yarar⁸ sebebi kesişebilir. Bu kesişmeler, durumun doğası gereği her iki parametrenin de etkilenmesi sonucu oluşur ve üstün nitelikte özel yarar sebebinin bilgilendirme yükümlülüğünü daralttığı anlamına gelmez.

II. TIBBÎ MÜDAHALEYE RIZA

A. Genel Olarak

Bir müdahale tıbbî müdahale kabul edilmesi için gerekli diğer tüm koşulları sağlasa dahi veya daha açık bir ifadeyle bir müdahale “tıbbî” olsa dahi hukuka uygun tıbbî bir müdahaleden söz edilebilmesi için hukuka uygunluk hallerinin varlığı gerekir. Zira tıbbî müdahalenin kendisi de aslen hukuka aykırılık teşkil edecek nitelikte bir eylemdir⁹.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.104.

⁷ Bkz. s.50.

⁸ Bkz. s.114.

⁹ Bkz. s.6.

Tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılacak en önemli şart kişinin bilgilendirilmiş rızasının varlığıdır¹⁰. Uygulamada aydınlatılmış onam olarak bilinen ve çeşitli matbu formlar ile alınmaya çalışılan bilgilendirilmiş rıza; tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğunun tabir-i caizse bel kemiğini oluşturmaktadır. Zira diğer hukuka uygunluk halleri genellikle acil durumlar, kanunun öngördüğü bazı özel hallerin uygulanması gibi¹¹ daha kısıtlı olarak uygulama alanı bulabilmekte iken, olağan olan kişinin tıbbî müdahaleye rıza göstermesidir. Doktrinde rızayı diğer hukuka uygunluk sebeplerinden ayrıca bu kadar önemli kılan 4 temel nedenden bahsedilmektedir. Bu nedenlerden ilki, kişinin kendisi için sağlıklı ve iyi olanı kişinin kendisinden iyi kimsenin bilemeyeceği; ikincisi, müdahalenin neden ve sonuçlarını anlayan kişinin buna uygun beklentiye girmesinin gerekliliği; üçüncüsü, kendi kararlarını veren bir vatandaşın toplum için faydalı olacağı ve son olarak dördüncüsü kişinin bedeninde olacaklara kendisinin karar verme hakkı olarak ifade edilmektedir¹².

Genel anlamda hukuka uygunluk sebebi teşkil eden rıza kavramı değerlendirildiğinde; kişilik hakkı zedelenen kimsenin hukuken geçerli kabul edilebilen rızasının varlığı halinde hukuka aykırılığın kalktığı ifade edilmektedir¹³. Tüm müdahaleler yönünden rızanın hukuka aykırılığı kaldırabilmesi OĞUZMAN'a göre üç şarta bağlıdır: müdahalenin etkileyeceği kişilik hakkından vazgeçme iradesinin açık olması, sonucunu öngörebilecek şekilde bilinçli ve serbest irade ile verilmiş bir rıza olması, rızanın ahlaka aykırı olmamasıdır¹⁴. AYAN'a göre ise bu şartlar: rızanın müdahaleden önce verilmesi, rızanın geçerli olması ve rızanın sınırlarının aşılmamasıdır¹⁵.

Tıbbî müdahaleye rızanın geçerlilik koşulları ise ayrıca ifade edilmektedir: müdahalenin kişilik hakkının tahribine değil, devamlılığına yönelik olması¹⁶; rızanın

¹⁰ BAYRAKTAR, s. 123; AYAN, s. 11; AŞÇIOĞLU, s. 24; KAYALI, s. 33; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 201; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 116.

¹¹ Bkz.s.113.

¹² BERG, Jessica, "All for One and One for All: Informed Consent and Public Health", *Houston Law Review*, C. 50, S. 1, Y. 2012, s. 7.

¹³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 401.

¹⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 196.

¹⁵ AYAN, Mehmet, Genel Hükümler, s. 239.

¹⁶ Yarg. 4.HD. T. 07.03.1977, E.1976/6297 K. 1977/2541; www.kazanci.com.

serbestçe verilmiş olması, irade hata, hile veya korkutma ile sakatlanmamış olması¹⁷; bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasıdır¹⁸.

Kanaatimizce; ehil bir kişi tarafından; müdahaleden makul bir süre önce yapılan bilgilendirme ışığında kişinin serbest iradesiyle hukuka uygun bir müdahale konusunda öngörülen şekil şartlarına uygun olarak verilen ve müdahaleye bulunmaya yetkili kişiye yönelen rıza bilgilendirilmiş rızadır.

Geçerlilik şartlarını taşımayan bir tıbbî müdahaleye rıza, hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediği hallerde dahi TBK. m.52¹⁹ anlamında tazminatın hesaplanmasında indirim sebebi olabilecektir²⁰.

B. Terminoloji

Bilgilendirme ve aydınlatma terimlerinde olduğu gibi, rıza terimi ile onam terimi doktrinde birbiri yerine tercih edilebilmektedir. Bir görüş; onam ifadesinin bilgilendirilip onay vermeden fazlasını ifade ettiğini, verilen bilginin hasta tarafından idrak edildiğini ve buna dayanarak hastanın hekimi yetkilendirdiği anlamına geldiğini ileri sürmektedir²¹. HAKERİ, bu iki terimin de birbiri yerine kullanılabileceğini ifade etmektedir²².

Ancak bilgilendirme ve aydınlatma terimlerinde olduğu gibi, aynı gerekçeler ile her ikisinin de kullanılabileceği kanaatindeyiz. Ancak çalışmamızda hukuki bir terim olan rıza tercih edilecektir.

C. Rızanın Hukuki Niteliği

Tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılan rızanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; rıza bir hukuki işlemdir, zira kişi bir hukuki sonuca

¹⁷ BAYRAKTAR, s. 138.

¹⁸ DURAL/ÖĞÜZ, s. 108.

¹⁹ TBK. m.52: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

²⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 149.

²¹ DOĞAN, C., Aydınlatma ve Rıza, s. 155; IŞIK ÖZCAN, s. 37.

²² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 202.

yönelik irade açıklamasında bulunmaktadır²³. Alman doktrinde de hâkim olan diğer görüşe göre ise; rızanın hukuki işlem benzeri fiildir²⁴. Bu görüş, kişinin maksadının tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak değil; fiili bir amaç olan tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesi olduğunu ve hukuk düzeninin kişinin iradesinden farklı bir sonucu bu irade açıklamasına bağladığını ileri sürmektedir²⁵.

Hukuki işlemlere uygulanacak kuralların hukuki işlem benzeri fiillere uygulanacağı kabul edilmektedir²⁶. Bu yönden değerlendirildiğinde rızaya uygulanacak hükümlerin her iki durumda da hukuki işleme uygulanacak fiiller olduğu görülmektedir.

D. Rıza Ehliyeti

1. Genel Olarak

Ehliyet her hukuki işlemin temel unsurudur. Kişinin hukuk düzeni içerisinde yer almasını sağlayan olgu ehliyettir. Ehliyet kavramı; hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılır:

Hak ehliyeti, kişilik ile eş anlamlı kabul edilen ve kişinin haklara sahip olabilme ve borç altına girebilme ehliyetidir²⁷.

Fiil ehliyeti ise kişinin kendi fiilleri ile haklara sahip olabilmesi ve borç altına girebilmesi ve hukuki durumlar yaratabilmesini ifade eder²⁸. Fiil ehliyeti hak edinebilme ve borç altına girebilmeyi kişinin kendi fiilleriyle mümkün kıldığından, hak ve borçlarda değişiklik yapabilmeyi, sona erdirebilmeyi, vazgeçebilmeyi, devredebilmeyi de kapsar²⁹.

²³ **EREN**, Genel Hükümler, s. 603; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 43; **ÇEKER**, Hukuka Uygunluk, s. 6; **ORAL**, s. 196.

²⁴ **PALANDI**, O., Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Aufl., München 1999. naklen: **ŞENOCAK**, Küçüğün Rızası, s. 69.

Aynı yönde bkz. **SARIAL**, s. 64-65; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 44.

²⁵ **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 44; **ŞENOCAK**, Küçüğün Rızası, s. 69; **DOĞAN**, C., Aydınlatma ve Rıza, s. 185.

²⁶ **EREN**, Genel Hükümler, s. 162; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 45.

²⁷ TMK. m.8: “Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.”

DURAL/ÖĞÜZ, s. 39, dn.99, **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 41.

²⁸ TMK. m.9: “Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir.”. **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 47.

²⁹ **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 47.

Kişileri fiil ehliyeti durumlarına göre sınıflandırmak gerekirse; tam ehliyetliler, sınırlı ehliyetliler, sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler olmak üzere dört ana başlıktan söz edilebilir.

Kişinin rıza gösterebilmesi için, rızaya konu hakkın da sahibi olması gerekmektedir³⁰. Başka bir ifadeyle, Roma hukukundan günümüze gelen “*nemo dat quod non habet (kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez.)*” ilkesi gereğince bir hak ile ilgili tasarruf yetkisi hak sahibinindir. Ancak tıbbî müdahaleye rıza gösterecek kişinin belirlenmesinde tıbbî müdahalenin yöneldiği kişinin ehliyet durumu da önem arz etmektedir. Kişinin rızaya konu hakka sahip olması noktasında, kural olarak her kişinin hak ehliyeti³¹ bulunmasından³² bahisle hukuki bir sorun mevcut değildir; fakat esas hukuki tartışmalar rıza gösterebilmek için fiil ehliyetinin bulunup bulunmaması noktasındadır. Kişinin fiil ehliyeti bulunup bulunmamasına bağlı olarak, tıbbî müdahaleye kişilerin kendilerinin bizzat rıza göstermeleri veya yasal temsilcilerinin (veli veya vasi) rıza göstermeleri gündeme gelebilmektedir.

Müdahalenin yöneldiği hukuksal yararın önem ve değerini anlama, rızanın hangi sonuç ve risklere yol açacağını öngörme veya rızanın yöneldiği sonuç yönünden hangi seçeneğin kendisine daha faydalı olacağını değerlendirme açısından yetersiz kalan kişiler tıbbî müdahaleye rıza gösterme yönünden ehliyetsizlerdir³³. Gerçekten de HHY. m.4/I-f³⁴ yeterliliği; “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma*

³⁰ **BAYRAKTAR**, s. 130; **AYAN**, s. 11; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 273; **YENERER ÇAKMUT**, s. 205; **HATIRNAZ EROL**, Hasta Hakları, s. 157; **IŞIK ÖZCAN**, s. 80.

³¹ Tıbbî müdahalelere muhatap olmakla ilgili olmamakla birlikte, hak ehliyeti; evlilik, miras sözleşmesi, evlat edinme, vasi olma, yabancıların taşınmaz sahibi olması kısıtı gibi konularda sınırlanabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **HELVACI**, Gerçek Kişiler, s. 43-46.

³² Bu noktada tam ve sağ doğmuş kişilik hakkını haiz kişiler ele alınmaktadır.

Cenin tam ve sağ doğmak koşuluyla kişilik kazanmaktadır. **AYDIN ÜNVER**, Tülay, Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul 2011, s. 10 vd.; NPHK.’da düzenlenen eşin rızasının arandığı istisna haller dışında gebe kadınlarda rıza verme yetkisi kadınındır. **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 274.

Cenin haklarına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **KESKİN**, Dilşad, “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, *Gazi Üniversitesi HFD*, C. 17, S. 1-2, Y. 2013, s. 743-777.

³³ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 275; **ERMAN**, B., s. 80; **YENERER ÇAKMUT**, s. 207; **ATEŞ**, s. 20; **SAMANTA, Jo / SAMANTA, Ash**, Medical Law, Newyork 2011, s. 130.

³⁴ RG. T. 08.05.2014, S. 28994.

yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbî müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma hali” olarak tanımlanmıştır. HAKERİ, rıza ehliyetinin medeni hukuktaki fiil ehliyeti ve ceza hukukundaki kusur yeteneğinin değil; hastanın karar verme, kavrama ve anlama yeteneğinin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir³⁵. Kanaatimizce, bu ölçüt yalnızca sınırlı ehliyetsizler yönünden değerlendirilmelidir. Bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirildikten sonra, tam ehliyetli hasta tıbbî müdahaleyi kendi düşünce düzeyinde kavramış olacağından, karar vermeye yetkin olduğu kabul edilmelidir. Aksi bir varsayım, şahsa sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması için hukuken öngörülmemiş bir kısıtlama getirme anlamı taşıyacaktır

Çalışmamızda psikiyatri hastalarının ehliyet durumu ayrıca tartışılmayacak ve genel ehliyet kuralları üzerinden değerlendirme yapılacaktır³⁶.

2. Tam Ehliyetliler

Tam ehliyetliler yani ergin, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan kişiler³⁷ ele alındığında; tıbbî müdahaleye rıza yönünden de, tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi ehliyetlidir³⁸. Tıbbî müdahale kişilik haklarından hayat, sağlık, vücut tamlığı ile ilgili şahsa sıkı surette bağlı hakları ihlal edebilecek nitelikte³⁹ olduğundan ilke kişinin kendisinin tek başına⁴⁰ rıza göstermesidir⁴¹. Şu kadar ki, ameliyata rıza gösteren bir hastanın ameliyatı sırasında yakınları ameliyatı istemese dahi hukuken değerli olan

³⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 275.

³⁶ Psikiyatri hastalarının tıbbî müdahaleye rıza gösterebilmeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, Yasemin, N., “Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam” Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1994, s. 1 vd.; KOVACIC, Sanja, “Informed Consent in Neurological Patients”, Harmonius, 2015, s. 137 vd.

³⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 76; DURAL/ÖĞÜZ, s. 65.

³⁸ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “Tıbbî Müdahaleye ve Tıbbî Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 1326; ADIGÜZEL, s. 957.

³⁹ BAYRAKTAR, s. 130; AYAN, s. 11; ŞENOCAK, Küçüğün Rızası, s. 73; YENERER ÇAKMUT, s. 209; HANCI, s. 80; IŞIK ÖZCAN, s. 79.

⁴⁰ ÇİLİNGİROĞLU, s. 54; IŞIK ÖZCAN, s. 81. dn.279. İlkenin istisnası olarak düzenlenen hükümler mevcuttur. Örneğin; sterilizasyon işlemleri için eşin de rızası aranmaktadır.

⁴¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 43; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 38; YENERER ÇAKMUT, s. 192; ÖZGÜL, s. 245; ERÇELTİK, s. 76.

hastanın kendisinin rızasıdır⁴². Ancak, kişinin, kendisi narkoz altındayken gerekecek bir müdahale için eşini bilgilendirilmesi ve rıza vermesi hususunda vekil tayin edebileceği kabul edilmektedir⁴³ ve fakat kişinin ayırt etme gücü bulunduğu ihtimalde vekil tayin edebilmesi söz konusu değildir⁴⁴.

Kişinin vekil tayin etmesi söz konusu değilse, kendisinin rıza verebilecek durumda olmaması halinde hasta yakınlarının rıza verme yetkileri yoktur⁴⁵. Hekimin bu durumda yapması gereken hasta yakınlarına değil doğrudan hastanın varsayılan iradesine başvurmak olacaktır. Hastanın varsayılan iradesine ulaşabilmek için, yakınları ile görüşülebilirse de, tüm emareler ışığında hekimde varsayılan iradeye yönelik oluşan kanaat bağlayıcı olacaktır⁴⁶.

3. Sınırlı Ehliyetliler

Sınırlı ehliyetliler; eski MK döneminde “evli kişiler” ve “kendilerine yasal danışman atananlar”dan oluşmaktayken; TMK. m.429 düzenlemesiyle birlikte evli kişilerin sınırlı ehliyetliler kategorisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş azınlıkta kalmıştır. Tek tarafı bağlamazlık yaptırımıyla “kendilerine yasal danışman atananlar” sınırlı ehliyetliler olarak adlandırılmaktadır⁴⁷.

Doktrinde sınırlı ehliyetliler olarak adlandırılan, hak ve fiil ehliyeti sahibi olan ve fakat kişinin kendi çıkarı gereği özellikle mali nitelikli bazı hukuki işlemler yönünden kendilerine yasal danışman atanan kişiler⁴⁸ oldukları düşünüldüğünde şahsa sıkı surette bağlı bir hak olan kişilik hakkını kullanmalarında bir engel yoktur⁴⁹. Tıbbî müdahale

⁴² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 247.

⁴³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 237.

⁴⁴ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1335.

⁴⁵ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1329-1330; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 273.

24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.15/III hükmü ile aksi yönde bir düzenleme öngörülmüştür: “Hastanın bilincinin kapalı olduğu veya karar veremeyeceği durumlarda izin, hastanın sırası ile eşinden, usulünden, fürundan, kardeşlerinden, bunların hiçbirisi yoksa sair yakınlarından alınır.” Bu düzenleme ile getirilen sistemde, hükümde sayılan yakınların iradesi kişinin varsayılan iradesinin önünde tutulmuştur.

⁴⁶ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1328; bkz. s.103.

⁴⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 103; DURAL/ÖĞÜZ, s. 66;

AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 334-338.

⁴⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 103; DURAL/ÖĞÜZ, s. 66.

⁴⁹ ADIGÜZEL, s. 958.

yönünden kısıtlanmaları da söz konusu olmadığından bu kişilerin de rıza ehliyeti bulunduğu ifade edilmelidir⁵⁰.

4. Sınırlı Ehliyetsizler

Sınırlı ehliyetsizler ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılardır⁵¹. Kural olarak vesayet altında bulunan sınırlı ehliyetsizlerde vasi tarafından; velayet altında bulunan sınırlı ehliyetsizlerde ise, velayet hakkını haiz ana ve baba tarafından birlikte rıza gösterilmesi gerekir⁵². Ancak TMK. m.336⁵³ uyarınca, sağ kalan veya velayet hakkı kendisine verilen ana ya da babanın tek başına rızası yeterli olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki; tıbbî müdahaleye rıza göstermek kişilik hakkının bir parçası olan hayat, sağlık ve vücut tamlığı hakkının kullanılmasıdır ve şahsa sıkı surette bağlıdır⁵⁴. Bu sebeple TMK. m.16/I-c.2 uyarınca kural olarak şahsa sıkı surette bağlı olan rıza verme hakkını kişinin bizzat kullanması gerekir⁵⁵. Buna karşılık nişanlanma (TMK. m.118/II), evlenme (TMKm.126), tanıma (TMK. m.295/II) gibi kanun koyucu tarafından önemli görülen ve kişinin korunmasını hedefleyen kurumlarda karara yasal temsilcinin de katılması gerekir⁵⁶. Bizim de katıldığımız görüşe göre; bu hallerde olduğu gibi, tıbbî müdahaleler,- özellikle önemli tıbbî müdahaleler⁵⁷-, yönünden de sınırlı ehliyetsizin rızası ile birlikte yasal temsilcinin rızasının alınması gerekir⁵⁸.

⁵⁰ **AYAN**, s. 11; **ATEŞ**, s. 72; **IŞIK**, s. 149-150; **ÖZDEMİR**, *Diş Hekimi*, s. 190; **ADIGÜZEL**, s. 958; **ÇEKER**, *Hukuka Uygunluk*, s. 6.

⁵¹ TMK. m.16/I: “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.” **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 87.

⁵² **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 88; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 86.

⁵³ TMK. m.336: “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.

Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.”

⁵⁴ **SARIAL**, s. 60; **HAKERİ**, *Tıp Hukuku*, s. 235; **ÖZDEMİR**, *Teşhis ve Tedavi*, s. 110; **ÖZDEMİR**, *Aydınlatma*, s. 362; **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 1323.

⁵⁵ **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 85.

⁵⁶ **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 93.

⁵⁷ **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 56.

⁵⁸ **UYGUR**, s. 188.

Sınırlı ehliyetsizlerin durumu, HHY.'de yapılan 2014 değişikliği⁵⁹ öncesinde doktrinde tartışılmıştır. Ayırt etme gücüne sahip oldukları halde küçük veya kısıtlı oldukları için sınırlı ehliyetsiz sayılan kişiler bakımından yasal temsilcinin mi yoksa sınırlı ehliyetsizin mi rızasının alınacağı noktasında üç temel görüş ortaya çıkmıştır. İlk görüş; yasal temsilcinin rızasını esas almakla birlikte sınırlı ehliyetsizin görüşünün alınması gerektiğini⁶⁰, ikinci görüş; yasal temsilci ve ehliyetsizin birlikte rızalarının alınması gerektiğini⁶¹, üçüncü görüş ise; sınırlı ehliyetsizin rızasının tek başına yeterli olduğunu⁶² ifade etmiştir⁶³.

Bizim de katıldığımız görüş olan sınırlı ehliyetsizin görüşü alınarak rızanın yasal temsilci tarafından verilmesi gerektiği görüşü değişiklik sonrası mevzuatta da karşılığını bulmaktadır. Gerçekten de kanun koyucunun iradesini hem küçükler hem de kısıtlılar yönünden; TŞSTİDK. m.70'te *“Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta **küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin** evveleminde muvafakatını alırlar”* ve HHY. m.24 'te *“Tıbbî müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta **küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden** izin alınır”* ve *“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**”* ifadeleriyle ortaya koymuştur. Buna göre; sınırlı ehliyetsizin karara katılması sağlanmaya çalışılmalı; ancak kural olarak rıza yasal temsilciden alınmalıdır⁶⁴.

Doktrinde, TŞSTİDK. m.70'de ifade edilen kişileri, “küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı” sebebiyle kısıtlanan kişiler olarak değerlendirmek ve bunlar dışındaki sebeplerden vesayet altına alınan kişilerin bizzat rıza gösterebilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵. Kanaatimizce çok yakın tarihte değişikliğe uğrayan Hasta Hakları

⁵⁹ RG. T. 08.05.2014, S. 28994.

⁶⁰ YENERER ÇAKMUT, s. 207-208.

⁶¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 56.

⁶² SARIAL, s. 66; AYAN, s. 11.

⁶³ ŞENOC AK, Küçüğün Rızası, s. 74-76; ATEŞ, s. 21.

⁶⁴ 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.15/II hükmü yalnızca yasal temsilciden alınan rızayı öngörmektedir: “Reşit veya mümeyyiz olmayan kişiler için izin, veli veya vasisinden alınır. Veli veya vasisinin bulunmaması halinde, gerekli hukuki işlemler yerine getirilene kadar, tıbben gerekli olan müdahaleler yapılır ve durum hasta dosyasına kayıt edilir.”

⁶⁵ BAYRAKTAR, s. 137; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 118.

Yönetmeliği'nin de bu hükmü aynı düzenleme ile içermesi karşısında, artık kanun koyucunun iradesinin böyle bir ayırım olmaksızın, küçük ve kısıtlılar için uygulanması olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Biyotıp Sözleşmesi m.6/II ise mümeyyiz küçükler yönünden: “*Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır*” hükmünü içermektedir.

Kanaatimizce, sınırlı ehliyetsizin de bilgilendirilmesi ve yasal temsilcinin rızasının aranması ile hekimin karşılaşılabileceği olası problemler yönünden korunması da söz konusu olabilecektir. Zira yasal temsil ilişkisinin amacı ehliyetsizin malvarlığı ve şahıs varlığı hakkını korumak olduğundan, gerek sınırlı ehliyetsizin menfaati korunmakta; gerekse de sınırlı ehliyetsizin tıbbî müdahaleye rıza yönünden ehliyetli kabul edildiği; ancak bu şekilde gerçekleştirilen tıbbî müdahaleye yasal temsilcinin karşı çıktığı ihtimalde yaşanacak problemlerin önüne geçilmektedir. Ayırt etme gücü olan küçük örneği üzerinden değerlendirecek, küçüğün rıza göstermesiyle gerçekleştirilen bir tıbbî müdahale sonrasında yasal temsilcinin karşı çıkması söz konusu olduğunda, olayın yargıya intikal etmesi, küçüğün tıbbî müdahaleye rıza yönünden o tarihteki ehliyet durumunun bilirkişilerce tespiti gibi uzun prosedürler ile çözüm aranması yerine usul ekonomisi gereği velinin rızasının alınmasının gerekmesi hekimi de korumak anlamına geleceğinden makuldür.

5. Tam Ehliyetsizler

Tam ehliyetsizler, ayırt etme gücü bulunmayan ve dolayısıyla fiil ehliyeti bulunmayan kişilerdir⁶⁶. Tam ehliyetsiz bir kişinin kendi irade beyanı ve bu kişiye yönelen irade beyanları hukuki sonuç doğurmaya elverişsizdir⁶⁷. Bu kişiler değerlendirildiğinde; tıbbî müdahalenin de kapsam ve önemini anlayabilmeleri kendilerinden beklenmeyeceğinden rıza verebilmeleri söz konusu değildir. Önemle belirtmek gerekir ki, tıbbî müdahaleye konu olan hayat, sağlık, vücut tamlığı üzerindeki

⁶⁶ TMK. m.15: “Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.” OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 76.

⁶⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 76; DURAL/ÖĞÜZ, s. 69;

AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 305..

hak şahsa sıkı surette bağlı olan kişilik hakkının bir görünümüdür ve kural olarak şahsa sıkı surette bağlı haklar yasal temsilci tarafından kullanılamazlar⁶⁸. Doktrinde, bu kuralın istisnasız uygulanması halinde, fiil ehliyetsizliğinin hak ehliyetsizliğine yol açtığı ihtimallerin söz konusu olabileceği ifade edilmiş ve bazı koşulların varlığı halinde yasal temsilci tarafından kullanılabilmenin mümkün olduğu ileri sürülmüştür⁶⁹. Tıbbî müdahaleye uygulanmasının uygun olacağı ve bizim de katıldığımız görüşe göre; şahsa sıkı surette bağlı haklarda, tam ehliyetsizin menfaatinin yasal temsilin yasak olmasına oranla fazla olduğu hallerde yasal temsilcinin bu hakları tam ehliyetsiz adına kullanabilmesinin mümkündür⁷⁰.

O halde bu kişilere yönelen tıbbî müdahaleye rıza verebilecek kişi bu kişilerin yasal temsilcileri olduğu kabul edilmelidir⁷¹. Hastanın rıza verecek durumda olmaması sebebiyle yasal temsilciden alınacak rızanın hastanın rızasının yerini tutması söz konusu değildir⁷². Yasal temsilcinin göstereceği rıza tek başına yeterli olmayacak, müdahalenin tam ehliyetsiz kişinin yararına olması da gerekecektir⁷³. Yapılacak müdahalenin hastanın yararına olması koşuluyla yasal temsilci rızası ile yapılan müdahaleler hukuka uygun hale gelmektedir⁷⁴. Hastanın yararına olmayan tıbbî müdahalenin, yasal temsilci rızası ile yapılmış olması hukuka aykırılığı kaldırmayacaktır⁷⁵. O halde, tam ehliyetsiz bir kişinin yasal temsilcisinin mesela; estetik müdahaleye rıza gösteremeyeceğini ifade etmemiz yanlış olmayacaktır.

⁶⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 82; DURAL/ÖĞÜZ, s. 78;

AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 316.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 82 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s. 78 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 316 vd.

⁷⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 82; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 317.

⁷¹ BELGESAY, Mesuliyet, s. 67; AYAN, s. 11; ÇİLİNGİROĞLU, s. 55; AŞÇIOĞLU, s. 26; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 247; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 116; UYGUR, s. 187; OKTAY ÖZDEMİR, s. 1324.

⁷² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 197.

⁷³ ÇİLİNGİROĞLU, s. 55; OKTAY ÖZDEMİR, s. 1324.

⁷⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 197; OKTAY ÖZDEMİR, s. 1324.

⁷⁵ BUCHER (Andreas), N.507 naklen: : OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 201; BGE 114 I 363 naklen: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 201.

Aksi yönde bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 401.

Gerçekten de Yargıtay bir kararında⁷⁶ kardeşine vasi olarak atanan kişinin, kısıtlı ile müşterek kardeşlerine kısıtlıdan organ nakli yapılmasına izin vermesini, kişinin ancak bizzat kendisinin yazılı rızası ile organ naklinin mümkün olacağından bahisle hukuka aykırı bulmuştur.

E. Rızanın Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye Yönelmesi

TMK. m.24/II kapsamında değerlendirildiğinde; kişilik hakkını ihlal eden kişiye karşı gösterilen rıza, kişilik hakkına yönelen bu saldırıyı hukuka uygun hale getirmektedir⁷⁷. Tıbbî müdahaleler söz konusu olduğunda ise; rızanın tıbbî müdahaleyi gerçekleştirmeye yetkili kişiye gösterilmesi gerekmektedir. Yaşam, sağlık ve vücut

⁷⁶ Yarg. 18.HD. T. 06.03.2014, E.2013/16178 K. 2014/3998; RG. T. 29.04.2014, S. 28986.: “Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; Talip Yıldırım’ın, Ereğli (Konya) Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 3/6/2010 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı kesinleşen ilamıyla kardeşi Şengül Yıldırım’a vasi olarak atandığı, kısıtlı ile müşterek kardeşleri olan Doğan Yıldırım’a, kısıtlı Şengül’dan organ nakli yapılabilmesi için vasi tarafından Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi’ne başvurulduğu, mahkemece Adli Tıp’tan “bir böbreğin alınması halinde diğer böbrekte hastalık veya hasar oluşmaması durumunda yaşam boyu vücut fonksiyonlarının idamesi için yeterli olacağı ancak kişide mevcut akıl zayıflığının olayın anlam ve sonuçlarını kavrama, hukuki ve psikolojik yanının değerlendirilmesine engel olacağına” ilişkin olarak alınan rapor doğrultusunda söz konusu iznin verildiği ve bu kararın 18/2/2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Yasa koyucu, vasinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa’da, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu’nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 23/1/2013 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı hükmü ile kısıtlı Şengül Yıldırım’dan kardeşi Erdoğan Yıldırım’a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi Talip Yıldırım’a izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır.”

⁷⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 196 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s. 149.

bütünlüğünü ihlal edebilecek nitelikte fiiller olan tıbbî müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için rızanın yetkili kişiye yönelmesi elzemdir⁷⁸.

Rızanın yetkili kişiye yönelmesi gerekliliği, bir müdahaleyi tıbbî müdahale kılan unsurlardan birinin yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi olmasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, kanunda hekim tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmüş bir müdahalenin herhangi bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde bu müdahalenin tıbbî müdahale olduğundan söz edilemez. Tıbbî müdahale kabul etmediğimiz bir müdahalenin hukuka uygunluğu ise, genel hükümlere tabi olacak ve çalışmamız kapsamı dışında kalacaktır.

Tıbbî müdahalede bulunabilecek kişiler, sıradan bir müdahaleyi tıbbî müdahale kılan unsurlardan biri olarak yukarıda ele alındığından burada tekrar bahsedilmeyecektir⁷⁹.

F. Bilgilendirmenin/Aydınlatmanın Yapılması

Yukarıda açıklandığı üzere hukuken geçerli bir rızanın varlığından söz edebilmek için, bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesi gerekmektedir⁸⁰. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, hastanın kendisine nasıl bir müdahalede bulunulacağı konusunda bilgi sahibi olması gerekir⁸¹. Rızanın alınmasında hastanın bilgilendirilmiş olması bir ön koşuldur⁸². Aksi halde tıbbî müdahalenin hukuka aykırı bir nitelik taşıması söz konusu olacaktır⁸³.

Her ne kadar tüm hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde de bilgilendirme yapılması gerekmedikçe de, karar bilgilendirmesi doğrudan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesinin gereğidir. Kişi rıza göstermeden önce, kararını

⁷⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 196-197; BORAN, s. 93; IŞIK ÖZCAN, s. 90.

⁷⁹ Bkz. s.14.

⁸⁰ AYAN, s. 11; AŞÇIOĞLU, s. 27; YENERER ÇAKMUT, s. 224; ARAT, s. 234; ÖZTÜRKLER, s. 70; UYGUR, s. 185; ÖZGÜL, s. 194; IŞIK YILMAZ, s. 393.

BGH Urt.v.08.3.1988, VersR 1988, s. 1032; BGH Urt.v.29.11.1988, VersR 1989, s. 478 naklen ÇEKER, Hukuka Uygunluk, s. 6, bkz. s.50.

⁸¹ BGH NJW 1971, 1887;1972,335 (337) naklen: ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 41.

⁸² REİSOĞLU, s. 8; AŞÇIOĞLU, s. 27; YILMAZ, B., Rıza, s. 171; AKBENLİOĞLU, s. 2; YILMAZ, Abdulkadir, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 76.

⁸³ EREN, Genel Hükümler, s. 604.

sağlıklı yönde verebilmesi için gerekli tüm bilgileri haiz olmalı ve sağlıklı karar verebilmelidir⁸⁴. Yargıtay 1977 tarihli bir kararında⁸⁵ bu hususu “*Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibardır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.*” şeklinde ifade etmektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi yeni tarihli bir içtihadında⁸⁶ Biyotıp Sözleşmesi hükmünden bahisle yerleşik içtihatlarına atıfta bulunmuş ve alınması gereken rızanın mutlaka bilgilendirilmiş rıza olması gerekliliğini ortaya koymuştur.

Bir başka kararında⁸⁷ ise; “*Davacı tarafından 24.03.2008 tarihinde imzalanan “Bilgilendirilmiş Onam” belgesinde işlemin tıbbî sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbî sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur*” şeklindeki ifade ile karar bilgilendirmesi yapılarak rıza alınmasının zorunluluk olduğunun altını çizmiştir.

Yüze dolgu malzemesi enjekte edilerek gerçekleştirilen bir estetik operasyon sonrasında hastada nadir görülen komplikasyonlardan birinin gerçekleşmesi sonucu giderilmesi mümkün olmayan kalıcı hasarların oluştuğu uyuşmazlıkta, Yargıtay⁸⁸;

⁸⁴ BELGESAY, Mesuliyet, s. 66; BAYRAKTAR, s. 125; UYGUR, s. 185.

⁸⁵ Yarg. 4.HD. T. 07.03.1977, E.1976/6297 K. 1977/2541; www.kazanci.com.

⁸⁶ Yarg. 13.HD. T. 16.01.2014, E.2013/17487 K. 2014/794; www.kazanci.com. : “Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde “Rıza” konusu düzenlenmiş ve “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir” düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Yukarıdaki açıklamalar gözetildiğinde, hastanın salt ameliyata rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir.”

⁸⁷ Yarg. 13.HD. T. 02.07.2014, E.2013/23012 K. 2014/22561; www.kazanci.com.

⁸⁸ Yarg. 13.HD. T. 19.08.2008, E.2008/4519 K. 2008/10750; www.kazanci.com

“...Çözümlemesi gereken husus, davalının üstlendiği tedaviyi yaparken **özen borcunu** yerine getirip getirmediğidir...” ifadesiyle vurgulayarak “aydınlatılmış onam alma yükümlülüğü” olarak tanımladığı bilgilendirme yükümlülüğünü özen borcuna dayandırmış ve bilgilendirilmiş rızanın alınıp alınmaması hususunun araştırılmadan verilen kararın bozulmasına hükmetmiştir.

G. Rızanın Açıklanma Zamanı

Rıza müdahale başlarken mevcut olmalı ve müdahalenin sonuna kadar mevcudiyetini sürdürmelidir⁸⁹. Hastanın rızasını koşullarının varlığı halinde her zaman geri alması da mümkündür⁹⁰.

Bilgilendirmenin zamanını değerlendirirken, hastaya tıbbî müdahaleye rıza gösterebilmesi için “makul süre” tanınması gerektiğinden bahsetmiştik⁹¹. Rızanın verilme zamanı açısından ise, kişinin bilgilendirilmesinin ardından makul sürede verdiği geçerli rızanın açıklanma zamanı yönünden bir kısıtlama bulunmaması gerekir. Gerçekten de, tıbbî müdahaleden önce verilmesi yeterli olacaktır ve hatta önceden bilgilendirmenin yapılmış olması ve karar vermek için makul süresi olması koşuluyla tedavinin başlaması sırasında dahi verilen rıza geçerli olacaktır⁹².

H. Rızanın Şekli

HHY. m.28⁹³ uyarınca, kural olarak rıza herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁹⁴. Değişen ve gelişen sağlık teknolojisiyle birlikte, klasik usulün ötesinde rıza alınabilmesi

⁸⁹ BORAN, s. 93; IŞIK ÖZCAN, s. 97; ATEŞ, s. 49.

⁹⁰ Bkz. s.110.

⁹¹ Bkz. s.74.

⁹² BAYRAKTAR, s. 142; ÇİLİNGİROĞLU, s. 53; AŞÇIOĞLU, s. 39; ARAT, s. 234; UYGUR, s. 195.

⁹³ HHY m.28: “Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.”

⁹⁴ 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.15/I hükmü de benzer bir düzenleme öngörmekle birlikte hayati risk halinde yazılılık şartı aramıştır: “Her türlü tıbbî hizmet ve müdahale, hastanın bilgilendirilmesi ve izninin alınması şartıyla yapılabilir. Bilgilendirerek izin alma, yazılı veya sözlü olabilir. Hastanın hayatını riske sokacak tıbbî yöntem ve girişimler için alınacak iznin yazılı olması şarttır.”

yakın gelecekte söz konusu olabileceksen de⁹⁵, bugünkü koşullar ışığında değerlendirildiğinde yazılı veya sözlü olarak verilen rıza, zımni olarak gösterilen rıza, - anlaşılabilirliği ölçüde işaretler dahi⁹⁶-, geçerli olacaktır.⁹⁷ Hastanın açıkça “*Ameliyatı kabul ediyorum.*” demeden, ameliyat için gerekli tetkikleri yaptırmaya başlaması ve hastaneye yatışını gerçekleştirmesi örneğindeki örtülü rızanın kabul edilmesi gerekir⁹⁸. Meğer ki; bahse konu ameliyat büyük bir operasyon olsun.

TŞSTİDK. 70.maddesinde “*Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır*” denilmiş ve fakat “*büyük ameliyei cerrahiye*”nin kapsamı belirtilmemiş ve hekimin takdirine bırakılmıştır⁹⁹. İhtilaf halinde ise, bilirkişinin görüşü alınmak suretiyle hâkimin takdiri belirleyici olacaktır¹⁰⁰.

Ancak sözlü alınan rızanın uygulamada ispat problemlerine yol açacağı da açıktır. Bu ispat problemi uygulamada önceden hazırlanmış standart formlarla¹⁰¹ aşılmaya çalışılsa da, ispat gücü oldukça zayıf olan bu formlar hâkim değerlendirmesine tabidir¹⁰². Tıp etiği yönünden, hastanın anlayabileceği şekilde yapılan bilgilendirmenin ardından sözlü olarak alınacak rızanın, hekimin hukuki açıdan korunması yönünden, konuşulanların kâğıda dökülerek karşılıklı imzalanması yoluyla somutlaştırılması önemlidir¹⁰³. Ancak mevcut iş yükü değerlendirildiğinde bunun gerçekleştirilmesindeki

⁹⁵ **GOLDSTEIN**, Melissa M., “Health Information Technology and the Idea of Informed Consent”, Journal of Law, Medicine and Ethics, The Effects of Health Information Technology on the Physician-Patient Relationship, Y. 2010, s. 27-35.

⁹⁶ **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 121; **İŞİK ÖZCAN**, s. 101.

⁹⁷ **BELGESAY**, Doktorun Hukuki Borçları, s. 127; **BELGESAY**, Mesuliyet, s. 67; **BAYRAKTAR**, s. 142; **SARIAL**, s. 65; **AŞÇIOĞLU**, s. 25; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 73; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 271; **YENERER ÇAKMUT**, s. 210; **ERMAN**, B., s. 124; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 120; **ARAT**, s. 231; **UYGUR**, s. 195; **İŞİK ÖZCAN**, s. 101.

⁹⁸ **BAYRAKTAR**, s. 140; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 271; **YENERER ÇAKMUT**, s. 210.

⁹⁹ **ARAT**, s. 231.

¹⁰⁰ **ARAT**, s. 231.

¹⁰¹ Aydınlatılmış Onam Kılavuzu çevrimiçi :

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=983:onam&catid=26:etik&Itemid=65 ET. : 28.01.2016.

¹⁰² **AŞÇIOĞLU**, s. 28; **UYGUR**, s. 196.

¹⁰³ **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 73; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 272; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 121; **ÇOBANOĞLU**, Nesrin, “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam”, çevrimiçi:

http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-nesrincobanoglu-1.htm#_Toc319664447,

zorluk kanun koyucu tarafından da değerlendirilmiş ve 2014 değişikliği¹⁰⁴ ile HHY. m.26 “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbî 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 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 tıbbî müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir” şeklindeki düzenlemesiyle standart formlar yasal zemine oturtulmuştur.

Kanaatimizce, yönetmelikle öngörülmüş olması dahi bu tip standart formları tek başına ispat vasıtası kılmamıştır. Hastanın bilgilendirilip bundan sonra sağlıklı rızasının alınıp alınmadığı hususu uyumsuzluk durumunda hala bilirkişi görüşü ışığında hâkimce takdir edilecektir.

Alman Hukukunda, hastanın ameliyata hazırlandığı ve ağrı kesici verildiği bir anda, önceden hazırlanmış rıza formunun hastanın yanında gözlüğü olmaksızın imzalanması halinde, bu rızanın geçersiz olduğu kabul edilmiştir¹⁰⁵.

HHY. m.28, mevzuatın öngördüğü istisnaları¹⁰⁶ hariç tutarak şekil serbestisini esas almıştır. Kanunun öngördüğü istisnalara örnek vermek gerekir ise; TMK. m.23/III’de düzenlenen “yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür” hükmü, HHY. m.29¹⁰⁷ ve ODASNHK m.6¹⁰⁸’da

ET: 26.06.2015, s. 6; UYGUR, s. 196.

¹⁰⁴ RG. T. 08.05.2014, S. 28994.

¹⁰⁵ BGH VersR 1983, 957. naklen: **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 273.

¹⁰⁶ Bkz. s. 134.

¹⁰⁷ HHY m29 : “18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınamaz. Bu şartları tamam olanlardan teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlar ile organ veya doku alınması, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’un 6 ncı maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına tabidir. Ölüden organ ve doku alınma şartı ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası hususunda 2238 sayılı Kanun’un 14 üncü maddesi hükümleri saklıdır.”

¹⁰⁸ ODASNHK. m.6 : “Onsekiz 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

öngörülen organ ve doku nakli için öngörölmüş bulunan iki tanık gerektiren yazılı şekil şartı¹⁰⁹ ve HHY. m.34¹¹⁰,te düzenlenen yazılı şekil şartı gösterilebilir. Bu hallerde öngörülen şekil şartına uyulması geçerlilik koşuludur¹¹¹.

İ. Rızanın Konusu

HHY. m.31/I uyarınca; “*Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbî müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır*”. Bu esasa göre; hasta önce bahse konu tıbbî müdahale hakkında bilgilendirilmeli sonrasında bu tıbbî müdahaleye yönelik rıza alınmalıdır. Aslında rızanın konusu, tıbbî müdahalenin içeriğine ilişkin olarak hastanın bilgilendirilmesinden sonra bu bilgilendirme içeriğine gösterilecek rızadan ibarettir.

Kişilik hakkını kullanırken, kişinin vücut bütünlüğü üzerinde serbest tasarrufta bulunabilme hakkı sınırsız değildir¹¹². Kişilik hakkı, kişinin kendisinden dahi korunmuş ve kişinin tasarruf yetkisi TMK. m.23/II’de öngörülen “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*” hükmü ile sınırlandırılmıştır. Kişilik haklarından bu sınırlamaya aykırı şekilde vazgeçmek veya bu haklara tecavüze önceden rıza göstermek fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmakta elverişsizdir¹¹³. Zira kişinin rıza ile belirli müdahalelerde bulunmaya sınırlı olarak izin vermesi durumu kişilik hakkının özüne dokunduğu ve hakkın eski kapsamıyla kullanılması olanağını ortadan kaldırdığı ölçüde geçersizdir¹¹⁴.

Tıbbî müdahaleler yönünden de aynı sınırlamanın uygulama alanı bulabileceğine kuşku yoktur. Hastanın rızasının geçerli kabul edilebilmesi için rızaya konu

verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.”

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **SARIAL**, s. 64 vd.

¹¹⁰ HHY. m.34 : “Tıbbî araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir.

Tıbbî araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir.”

¹¹¹ **UYGUR**, s. 196.

¹¹² **BELGESAY**, Doktorun Hukuki Borçları, s. 68; **GÜRELLİ**, s. 119; **YENERER ÇAKMUT**, s. 216; **ERMAN**, B., s. 125; **ERÇELTİK**, s. 80.

¹¹³ **YENERER ÇAKMUT**, s. 216; **UYGUR**, s. 198.

¹¹⁴ **ERMAN**, B., s. 125.

müdahalenin hukuka, ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir.¹¹⁵ HHY. m.28/II’de de “*Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz*” şeklindeki hüküm ile bu durum açıkça düzenlenmiştir.

Rızanın konusunu, daha önce bilgilendirilmesi yapılması koşuluyla spesifik olarak gerçekleştirilecek tıbbî müdahalenin oluşturması gerekir. Nitekim, HHY. m.31/III: “*Tıbbî müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir*” düzenlemesiyle, müdahalenin sınırlarını rızanın konusu ile belirlemiştir. Gerçekleştirilecek tıbbî müdahalenin sınırları, bilgilendirmenin konusu ile aynı müdahaleye yönelik olan hastanın rızasının konusu ile sınırlıdır¹¹⁶. Her ne kadar pratikte uygulanmaya çalışılsa da; soyut, genel ifadelerle alınan ve tüm müdahaleleri kapsayan rızanın verilmesi mümkün değildir ve alınan bu rızalar hukuken bir anlam taşımamaktadır¹¹⁷. Hastanın rızası hangi tıbbî müdahaleye yönelik ise, müdahalenin o konuda yapılması gerekir¹¹⁸. Ancak teşhis koyabilmek için yapılacak rutin tahliller yönünden, belirsiz bir konuya ilişkin rızadan söz edilebilir¹¹⁹.

Tıbbî müdahalenin kapsamına dâhil olan işlemler için, tıbbî müdahaleye yönelik olarak verilen rıza geçerlidir, tıbbî müdahaleyi oluşturan her bir işlem için ayrıca rıza alınması söz konusu değildir¹²⁰. Nitekim HHY. m.31/II’de “*Hastanın verdiği rıza, tıbbî müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Gerçekten de “*Çoğun içinde az da vardır.(in toto et pars continetur)*” ilkesi ışığında düşünüldüğünde, ameliyata rıza gösteren bir kişinin, bu ameliyatın öncesinde rutin olarak yapılan tahlile rıza gösterdiği kabul

¹¹⁵ BELGESAY, Doktorun Hukuki Borçları, s. 68; BAYRAKTAR, s. 144; GÜRELLİ, s. 119; REİSOĞLU, s. 8; AYAN, s. 12; AŞÇIOĞLU, s. 39; KAYALI, s. 43; ŞENOC AK, Hekimin Sorumluluğu, s. 42; YENERER ÇAKMUT, s. 218; ÖZTÜRKLER, s. 68; ERÇELTİK, s. 80.

¹¹⁶ BAYRAKTAR, s. 142 vd.; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 294; UYGUR, s. 197.

¹¹⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s. 111; AYAN, s. 12; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 294; UYGUR, s. 198; ÖZGÜL, s. 268; ERÇELTİK, s. 81.

¹¹⁸ BAYRAKTAR, s. 142; AYAN, s. 12; ŞENOC AK, Hekimin Sorumluluğu, s. 41; YENERER ÇAKMUT, s. 221-222; HATIRNAZ EROL, Hasta Hakları, s. 165.

¹¹⁹ BAYRAKTAR, s. 143; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 294.

¹²⁰ BAYRAKTAR, s. 142-143; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 294; YENERER ÇAKMUT, s. 221; UYGUR, s. 199; ÖZGÜL, s. 268; ERÇELTİK, s. 81.

edilmelidir. Burada belirleyici kıstas; hastanın kendisi üzerinde nelerin yapılacağını bilmesidir¹²¹.

Rıza konusu tıbbî müdahale 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 bilgilendirme yapılarak rızanın tekrar alınması gerekir¹²². Ancak rızanın beklenmesi geri dönüşü olmayan sonuçlara yol açacak ise, HHY. m.31/IV hükmünün “*Hastaya tıbbî müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbî zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbî müdahale genişletilebilir.*” şeklinde ifade ettiği üzere bu halde riske rağmen müdahale gerçekleştirilecektir¹²³.

ODASNHK m.3¹²⁴, m.5¹²⁵ ve m.8¹²⁶ ile getirilen yasaklamalar, kişiyi kendisinden dahi korumayı hedeflemektedir. Bu yasaklamalar aksine yapılacak bir nakil hukuka aykırı olacağından, bu noktada hastanın rızası bu aykırılığı gidermeye mahir olamayacaktır¹²⁷.

İyileştirme amacı gütmeyen veya mesleğin kabul görmüş kurallarına uygun gerçekleştirilmeyen müdahaleler hukuka ve ahlaka aykırılık sonucu ortaya çıkmaktadır. Sonucu ne olursa olsun, bu haller dışındaki maksat hukuka ve ahlaka aykırılığı ortadan kaldırmak olduğundan hukuka ve ahlaka aykırılıktan söz edilemez¹²⁸. Tıbbî müdahalenin hukuka ve ahlaka uygunluğu ölçüsünde rızanın konusu da hukuka ve ahlaka uygun hale gelecektir.

Özellik arz eden tıbbî müdahaleler bakımından değerlendirildiğinde, özellikle kürtaj, sünnet vs., tanımı gereği hukuka ve ahlaka aykırılık sonucu doğabileceği akla

¹²¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 294.

¹²² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 295; UYGUR, s. 199; ÖZGÜL, s. 268; ERÇELTİK, s. 81.

¹²³ ERÇELTİK, s. 81. Ayrıntılı bilgi için bkz. s.103.

¹²⁴ ODASNHK. m.3: “Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.”.

¹²⁵ ODASNHK. m.5: “Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.”.

¹²⁶ ODASNHK. m.8: “Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır.”.

¹²⁷ Bkz. s.137.

¹²⁸ ERMAN, B., s. 139.

gelmekte ise de, mevzuatta yapılan düzenlemelere uygun olduğu ölçüde hukuka ve ahlaka uygun kabul edilmeleri gerekmektedir¹²⁹.

Ötenazi¹³⁰ hastanın tolare edilemeyen ızdıraplarını sonlandırmak maksadıyla hastanın istemi üzerine yaşamına son verilmesini; ortanazi ise, hastanın tıbbî yardımların kesilmek suretiyle ölüme terk edilmesini ifade etmektedir¹³¹. Hukuka uygunluğu tartışmalı olan bu husus çalışmamızda ele alınmayacaktır. Ancak kısaca ifade etmek gerekirse, kişinin yaşamını sonlandırmaya yönelik olarak rıza vermeye mahir olmadığı kabul gören görüşü benimsemekteyiz¹³². Buna göre, kişinin yaşam hakkını sonlandıran müdahaleler konusunda verilen rızanın da geçerli olmayacağını kabul ediyoruz¹³³. Ortanazi bakımından da, hastanın tedaviyi ret hakkının sınırının yaşam hakkı olduğu, ölümle sonlanabilecek hallerde tedavinin reddedilemeyeceği kanaatindeyiz¹³⁴.

J. Varsayılan (Farazi) Rıza

1. Genel Olarak

Hastanın iradesini açıklayacak durumda olmadığı hallerde, hekimin hastasının yararına ve hastanın muhtemel rızasına (varsayılan rıza) göre hareket etmesi gerekir ve bu halde gerçekleşecek tıbbî müdahale hukuka uygundur¹³⁵.

¹²⁹ **ERMAN**, B., s. 139.

¹³⁰ 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.3'te:

Ötenazi: Kişinin tabii yollar dışında, tedavinin kesilmesi, hayatı sonlandırıcı bir yöntem veya madde kullanımı veya bu maksadı sağlayacak herhangi bir yol ile hayatına son verilmesi talebinin sağlık personeline yerine getirilmesi, olarak tanımlanmıştır.

¹³¹ **YILMAZ**, B., Hukuki Sorumluluk, s. 60.

¹³² **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 40; **YENERER ÇAKMUT**, s. 48; **ERMAN**, B., s. 125; **BORAN**, s. 94.

¹³³ Kişinin ölümüyle sonuçlanacak bir müdahaleye gösterdiği rızanın, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi söz konusu değildir. **BORAN**, s. 94; **İŞİK ÖZCAN**, s. 112; **ÇEKER**, Hukuka Uygunluk, s. 7.

24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.5 "Hiçbir tıbbî mülahaza ile kişinin yaşama hakkını ihlal edecek müdahalede bulunulamaz. Ötenazi yasaktır." hükmü ile ötenazinin yasaklanmasını öngörmektedir.

¹³⁴ Bkz.s.110.

¹³⁵ **BAYRAKTAR**, s. 141; **ŞENOCAR**, Hekimin Sorumluluğu, s. 43; **YENERER ÇAKMUT**, s. 211; **ERMAN**, B., s. 141; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 120; **UYGUR**, s. 200.

Müdahaleye maruz kalan kişinin durumu bilmesi halinde objektif ölçülere göre, mutlaka rıza göstereceği varsayımından hareketle varsayılan rıza ile müdahale hukuka uygun hale gelmektedir¹³⁶.

Varsayılan rıza kavramı, kişinin muhtemel iradesi ile bu iradenin tam tersi yöndeki irade arasındaki çatışmanın nesnel ve somut ölçüler ışığında hukuk düzeni tarafından çözümlenmesini ifade eder¹³⁷.

Doktrinde tıbbî zorunluluk olarak da anılan¹³⁸ kişinin kendisinin rıza gösteremediği halleri açıklamak üzere; varsayılan rıza ifadesini, ceza hukuku kavramı olan varsayılan rıza terimi olarak değil, kişinin varsayımsal iradesi ile tıbbî müdahaleye rıza göstermesi anlamında tercih etmekteyiz.

Bu ifade, tıp hukuku doktrininde ağırlıklı olarak kullanıldığından gerek ifade birliğini sağlamak açısından gerekse de kişinin varsayımsal iradesine yönelik atfi barındırmasından bahisle tercih edilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, tıbbî zorunluluk hallerinde hastanın varsayımsal iradesine başvurulmaktadır; ancak bizim bu kavramı tercih etmemizdeki en önemli sebep açlık grevi örneğinde olduğu gibi acil durumlarda kişinin varsayımsal rızası ile üstün özel yararının farklı olduğu hallerde değişen hukuka uygunluk sebebini vurgulamaktır¹³⁹. Özel hukuk ve dolayısıyla çalışmamız yönünden, varsayılan rıza ilişkin tartışmalar TMK. ve TBK. düzenlemeleriyle sınırlı olacaktır.

2. Hukuki Niteliği

Varsayılan rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar mevcuttur¹⁴⁰. Varsayılan rıza kavramı ceza hukuku kavramı olduğundan tüm görüşleri değerlendirmeye gerek görmüyoruz. Ancak özel hukukla ceza hukukunun kesiştiği görüşleri değerlendireceğiz. Varsayılan rıza, özel hukuk açısından tıbbî zorunluluk hallerinde; zaruret hali ve vekâletsiz işgörme ile ilişkilendirilmiştir.

¹³⁶ BAYRAKTAR, s. 140; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 331; IŞIK ÖZCAN, s. 102.

¹³⁷ ERMAN, B., s. 139; IŞIK ÖZCAN, s. 102.

¹³⁸ KEYMAN, s. 71; ÇİLİNGİROĞLU, s. 47; ÇEKER, Hukuka Uygunluk, s. 7; KAYALI, s. 44-45.

¹³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. s.114.

¹⁴⁰ Varsayılan rıza; gerçek vekâletsiz işgörme, mağdurun rızası ve zorda kalış hali ve izin verilen risk kurumuna dayandırılarak açıklanmaya çalışılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERMAN, B., s. 142-149.

Zaruret hali ile ilişkilendiren görüş, acil durumlarda gerçekleştirilen müdahalenin zaruret hali içinde gerçekleştirilmesini haklı sebep olarak değerlendirmektedir¹⁴¹. Bu görüşe göre; burada artık hastanın sübjektif varsayımsal iradesinin değil, hasta çıkarlarına uygun karar verme hakkına sahip hekimin davranışının zorunluluk sebebiyle meşrulaştığı kabul edilmelidir¹⁴². Ameliyatın genişletilmesi veya durdurulmasının hastaya zarar vereceği kabul edilebilecek hallerde de, ameliyatın devamı zaruret hali ile hukuka uygun hale gelir¹⁴³. Bu görüş AY. m.17'nin yaşam hakkını üstün tuttuğu ve hastanın varsayılan rızasının daima yaşama hakkı olacağı; bu sebeple de hekimin sadece zarurettten tıbbî müdahalede bulunmadığı, kanunun emrini yerine getirdiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹⁴⁴.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise; hastanın farazi iradesine uygun olarak müdahale edildiği varsayımı, vekâletsiz işgörmeye olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁵. Hekimin varsayılan rıza ile kendisini vekâletsiz işgörmeye hükümleri uyarınca yükümlülük altına soktuğunu ifade edilmektedir¹⁴⁶. Müdahalenin, “*işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak*” ifadesi sebebiyle hem kişinin yararına hem de iradesine uygun olarak gerçekleşmesi gerektiğini ve vekâletsiz işgörmeye ilişkin detaylara yukarıda değindiğimizden tekrar etmiyoruz¹⁴⁷. Ancak vurgulamak gerekir ki, kişinin varsayılan rızasına dayanarak yapılan müdahalenin vekaletsiz işgörmeye olarak değerlendirilebilmesi için, bir işin görülmesi, görülen işin bir başkasına ait olması, iş görene vekâlet verilmemiş olması ve işgörmeye iradesinin bulunmasının yanı sıra işgörmenin iş sahibinin yasaklarına aykırı olmaması ve işgörmenin o işi yapamayacak durumdaki iş sahibinin varsayılan menfaatine uygun yapılması da gerekmektedir¹⁴⁸.

Kişinin rıza gösteremediği bu halleri tıbbî zorunluluk halleri olarak nitelendiren görüş ise; tıbbî zorunluluk hallerinde varsayılan iradeye başvurmaya gerek olmadığı, TŞSTİDK. m.70 düzenlemesinde “*şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde*

¹⁴¹ ÖZSUNAY, Hukuksal Sorumluluk, s. 92 TACİR, Kitap, s. 174-175

¹⁴² TACİR, Kitap, s. 174-175.

¹⁴³ DOĞAN, C., Acil Tıp, s. 132.

¹⁴⁴ DOĞAN, C., Acil Tıp, s. 132.

¹⁴⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 606; BAŞPINAR, Organ Nakli, s. 202-203; YILMAZ, B., Rıza, s. 175; AKBENLIOĞLU, s. 107-108; ERÇELTİK, s. 183.

¹⁴⁶ ERMAN, B., s. 143.

¹⁴⁷ Bkz. s.48.

¹⁴⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1361-1362.

muvafakat şart değildir” ifadesi yer aldığından burada artık rızanın aranmayacağı hususu ile varsayılan rıza görüşünden ayrılmaktaysa da; bu hallerde vekâletsiz işgörmeye hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴⁹.

Vekâletsiz işgörmeye olduğu görüşü ise; genellikle iki temel sebeple eleştirilmiştir: İlki; vekâletsiz işgörmeye kurumu için kişinin gerçek iradesi ve yararının birlikte araştırılması gerekirken; varsayılan rızada kişinin objektif yararına olmasa dahi öngörülen ölçütlerle yürütülen varsayımla belirlenen iradeye uygun davranışın ceza hukuku açısından hukuka uygunluk koruması altında olmasıdır. İkinci ise; vekâletsiz işgörmeye kurumunun borçlar hukuku kavramı olması dolayısıyla ceza hukukunda tipe uygun eylem ile ilişkisinin kurulamayacağıdır¹⁵⁰.

Ceza hukuku yönünden eleştirilen bu kavram, özel hukuk yönüyle değerlendirildiğinde, kişinin yararı noktasında bir tartışma söz konusu olmamakla birlikte, kişinin iradesinin farklı olması üzerinden yapılan tartışmalar ışığında kişinin tıbbî müdahaleye yönelik varsayılan iradesinin vekâletsiz işgörmeye olarak nitelendirilmesi kanaatimizce de son derece uygun olacaktır. Zira kişinin yararı ve gerçekteki iradesinin bu yönde olması halinde varsayılan iradesi söz konusu olduğunda TBK. m.529 uyarınca düzenlenen gerçek vekâletsiz işgörmeye hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Kişinin iradesinin farklı olduğu hallerde ise, kişinin üstün özel yararı gündeme gelecek ve varsayılan rızası aranmayacaktır.

3. Varsayılan Rızanın Uygulanabileceği Haller

Varsayılan rızanın koşulları; müdahalenin rıza gösterilebilir nitelikte olması, hastanın konuya ilişkin bir açıklamasının bulunmaması, hastanın rızasının gereken sürede alınamıyor olması ve gerçek iradeye uygun sonuca ulaşmaya çalışılmasıdır¹⁵¹. Bu koşulların varlığı ile varsayılan rıza açık veya örtülü olarak kişinin bizzat kendisi tarafından verilen rıza ile aynı sonucu doğuracak ve tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılacaktır¹⁵². Hekimden beklenen, hastanın mevcut kişisel durumunu, kişisel yararını ve değer yargılarını öğrenmesi ve bunu öğrenebilmek için hastanın yakınlarından hastanın

¹⁴⁹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 51; ÇEKER, Hukuka Uygunluk, s. 9-10.

¹⁵⁰ ERMAN, B., s. 143-144.

¹⁵¹ ERMAN, B., s. 149-152.

¹⁵² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 333; ERMAN, B., s. 141.

muhtemel rızasıyla ilgili bilgi almaya çalışmaktır¹⁵³. Burada yakınların iradesi, varsayılan rızanın belirlenmesinde yardımcı rol oynarken; belirleyici değildir¹⁵⁴.

Varsayılan rıza doktrinel bir kavram olmakla birlikte, mevzuatta da bu kavramın uygulanmasına zemin hazırlanmıştır. Şöyle ki; Biyotıp Sözleşmesi m.8’de “*Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir*” ve m.9’da “*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınmalıdır*” şeklinde düzenlenmiş; TŞSTİDK. m.70’de “*Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir*” denilmiş ve HHY. m.24’te “*Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz*” ifadesiyle de desteklenmiştir.

Kişinin kendisinin rıza gösteremeyeceği iki hal mevcuttur: ilki kişinin kendisinin akıl hastalığı gibi bir sebepten ayırt etme gücü yerinde olmadığı için kalıcı olarak rıza gösterememesi, ikincisi ise, acil bir durumda kişinin bilincinin kapalı olması halidir¹⁵⁵. Derhal belirtmek gerekir ki, acil bir durumda kişinin bilincinin kapalı olması hali; kişinin kaza gibi durumlarda bilincinin kapalı olması halini kapsadığı kadar, önceden rıza gösterdiği bir ameliyat sırasında zorunlu olarak ameliyatın genişlemesi hallerini de kapsamaktadır.

İlk hal bakımından, rıza ehliyeti başlığında yaptığımız değerlendirmeler ışığında kişinin yasal temsilcisinin rıza göstermesi söz konusu olacağından varsayılan rızaya başvurmaya gerek yoktur¹⁵⁶. Zira varsayılan rıza için kişinin yanı sıra yasal temsilcisinin de rıza verememesi gerekmektedir. Yalnızca yasal temsilcinin hazır bulunmadığı hallerde, - var olan ve hazır bulunamayan yasal temsilcinin yanı sıra; henüz yasal temsilci tayin edilmemişse, hazır da bulunamayacaktır -, varsayılan rızaya başvurulabilir ki bunun acil bir durumda bilinci kapalı olan kişiden hukuken bir farkı yoktur.

¹⁵³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 334; ERMAN, B., s. 140; BORAN, s. 95; ÖZGÜL, s. 273; ERÇELTİK, s. 82.

¹⁵⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 334.

¹⁵⁵ KAYALI, s. 44-45; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 331-341; UYGUR, s. 200.

¹⁵⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 333.

İkinci hal bakımından ise, varsayılan rızanın uygulanması söz konusu olacaktır. Gerçekten de, acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabileceği Biyotıp Sözleşmesi m.8/I¹⁵⁷, de açıkça düzenlenmiştir.

Ayrıca TDN m.3 “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilkyardımda bulunur*” hükmüyle ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.10 da “*Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbî girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilkyardımda bulunur*” şeklindeki düzenlemesiyle acil durumlarda hekimin müdahale etmesini öngörmektedir¹⁵⁸. Ancak özellikle vurgulamak gerekir ki, ilkyardım yükümlülüğü bulunması ile acil durumda tıbbî müdahale uygulanması farklı kavramlardır. Zira ilkyardım ile tıbbî müdahalenin farklı kavramlar olmasından kaynaklı olarak, ilkyardım uygulamak için hekim olmak şartı bulunmadığına yukarıda değinmiştik¹⁵⁹. Bu noktada, bu hükümlerde muğlak bir ifadeyle belirtilen ilkyardım kavramını geniş yorumlayarak, acil durumda yapılacak ilk tıbbî müdahaleyi de kapsadığı kabul edilmeli ve bu hallerde varsayılan rıza ile ilk tıbbî müdahalenin gerçekleştirildiği ifade edilmelidir.

Ameliyatın genişlemesi halinde, gerçekleştirilen yeni müdahalenin varsayılan rıza ile hukuka uygun hale gelmesi için bu yeni müdahalenin hastanın acil durumu dolayısıyla zorunlu olması gerekmektedir¹⁶⁰. Şöyle ki, miyom ve kistlerin alınmasına rıza göstererek ameliyat olan bir hastanın rahmine yayılmış kanser hücreleri sebebiyle rahminin alınmasının iyi olacağını düşünen hekimin, yapması gereken hasta uyandıktan sonra rahminin alınmasına yönelik rızasını almak ve ikinci bir operasyonla bu işlemi gerçekleştirmekken¹⁶¹; böbreğindeki taşın alınmasına rıza gösteren bir hastanın

¹⁵⁷ Biyotıp Sözleşmesi m.8/I: “Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir.”

¹⁵⁸ 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.15/VI hükmü de benzer şekilde düzenlenmiştir: “Acil durumlarda gereken tıbbî hizmet verilir ve derhal hasta bilgilendirilir.”

¹⁵⁹ Bkz.s.20.

¹⁶⁰ AYAN, s. 61; ÖZBİLEN, Arif Barış, “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2013, (Rızanın Aranmadığı Haller), 102.

¹⁶¹ ÖZBİLEN, Rızanın Aranmadığı Haller, s. 103.

böbreğinin iltihaplandığı gören bir hekimin, ikinci ameliyatın hastanın sağlığı bakımından sakıncalı olması sebebiyle böbreği tamamen alması hukuka uygundur¹⁶².

Varsayılan rıza ve kişinin yasal temsilcilerinden alınan rıza arasında kişinin menfaati yönünden çatışma bulunması halinde kişinin menfaatinin zarar görmesi durumu ortaya çıkabilir. Hekim bu durumda, kişinin yasal temsilcisi varken varsayılan rızaya gitmemelidir. Ancak, kişinin menfaatinin aksine karar veren yasal temsilci durumunda; hekimin yapması gereken öncelikle mahkemeye başvurmakken¹⁶³; buna vakit yoksa, doğrudan hasta aleyhine geri dönülmez bir sonuç doğuyorsa bu halde hekim hastanın varsayılan rızasını veya kişinin özel yararını¹⁶⁴ dikkate almalıdır¹⁶⁵.

Varsayılan rızanın belirlenmesi oldukça güç olduğundan, hekimin yapması gereken her zaman öncelikle hastanın rızasını almaya çalışmak olmalı, aksi halde

¹⁶² Yarg. 4.HD. T. 05.03.1971, E.1971/10853 K. 1971/2906 naklen: **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 47.

¹⁶³ HHY m.24/IV: “Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”

TMK. m.487: “Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.”

¹⁶⁴ HHY m.24/VII: “Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbî müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbî müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbî müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbî müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”

¹⁶⁵ **ÖZSUNAY**, Aydınlatma Ödevi, s. 45; **KAYALI**, s. 40; **ÖZBİLEN**, Rızanın Aranmadığı Haller, s. 104.

24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.15/V hükmü ile farklı bir düzenleme öngörülmüştür: “Sağlık personeli, kanuni temsilcisinin veya yakınının izin vermemesinin hastanın sağlığı açısından olumsuz neticeler doğurabileceği kanaatinde ve bu durum hastanın hayatını tehdit ediyorsa, sağlık personeli başka bir meslektaşının görüşüne müracaat eder, bu meslektaşı ile aynı görüşte ise tıbbî hizmete başlar, aynı görüşte değil ise üçüncü bir meslektaşına müracaat eder ve görüşü olumlu ise tıbbî hizmete başlar. Bütün bu gelişmeler görüşlerine müracaat edilen sağlık personelinin de imzaları alınmak sureti ile, hasta dosyasına kayıt edilerek belgelendirilir. Sağlık personeli, başka bir konsültan personelin bulunamadığı acil durumlarda, yapılan bütün tıbbî işlemleri hasta dosyasına kayıt ederek, gerekli gördüğü tıbbî müdahaleyi yapar.”

mümkün olduğu ölçüde mahkemeye başvurmayla çalışmalı ve ancak ölüm ve yaşam arasında kaldığı durumlarda yaşam lehine müdahalede bulunmalıdır¹⁶⁶.

K. Rızayı Sakatlayan Haller

Tıbbî müdahaleye rızanın geçerlilik koşulları arasında; müdahalenin kişilik hakkının tahribine değil, devamlılığına yönelik olması¹⁶⁷ ve rızanın serbestçe verilmiş olması, irade yanılma, aldatma veya korkutma ile sakatlanmamış olması¹⁶⁸ aranmaktadır. HHY. m.34/I hükmünün “*Tıbbî 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 tıbbî müdahaleye rıza kişinin serbest iradesine dayanmalıdır.

Kişinin rızasının gerçek ve serbest iradesini yansıtmaması ve bu irade ile tıbbî müdahaleye rıza gösterdiğine ilişkin beyanın örtüşmesi gerekir. Yanılma, aldatma ve korkutma tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi, hastanın rızasını da sakatlayacaktır¹⁶⁹.

TBK. m.30 vd.’da düzenlenen yanılma, dar anlamda “*bir durum veya olay, kısaca gerçek hakkında bilinçli olmayan yanlış ya da eksik tasavvur*” olarak tanımlanırken; geniş anlamda bilgisizliği de içerdiği kabul edilmektedir¹⁷⁰. Kesin bilgisizliğin farkında olma ve gerçeklik hakkındaki şüphenin yanılma olmadığı değerlendirilmektedir¹⁷¹. Bilgilendirme öncesinde hastanın bilgisizliği hususunda bir şüphe yoktur; ancak bu kesin bilgisizliğin farkında olma hali, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali manası taşıdığından, yanılma bakımından değerlendirilmesine gerek kalmaksızın rıza geçersizdir. Yanılmanın gündeme gelebileceği hal, eksik veya yanlış bilgilendirme halidir. Eksik veya bilgilendirme halinde, hastada şüphe uyanmışsa bu halde de yanılmadan söz edilemeyecektir. Hekim tarafından eksik veya yanlış bilgilendirilen kişinin verdiği rızanın, kişide eksik veya yanlış bilgilendirildiğine ilişkin bir şüphe hali yok ise yanılma teşkil edebilmesi gerekir. Rızanın tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek

¹⁶⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 334-335.

¹⁶⁷ Yarg. 4.HD. T. 07.03.1977, E.1976/6297 K. 1977/2541; www.kazanci.com.

¹⁶⁸ BAYRAKTAR, s. 138.

¹⁶⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 346.

¹⁷⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 377-378.

¹⁷¹ EREN, Genel Hükümler, s. 378.

hekime verilmesi gerekmektedir, hekimde yanıma halinde de rıza geçersizdir¹⁷². Örneğin, profesör hekimin ameliyatını bizzat kendisinin gerçekleştireceğini düşünerek rıza veren hastanın ameliyatını yalnızca asistan hekimin gerçekleştirmesi halinde yanıma söz konusudur ve rıza geçersizdir.

TBK. m.36 ile hüküm altına alınan aldatma, “*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*” olarak tanımlanmıştır¹⁷³. Öncelikle ve önemle belirtmek gerekir ki, hastanın ruhsal sağlığı göz önünde bulundurularak bazı hususların saklanması veya hastalığın ve tıbbî müdahalenin basite indirgenerek anlatılması hallerinde, hekim hastanın iyiliği için hareket ettiğinden rızanın aldatma yoluyla elde edildiği söylenemez¹⁷⁴. Böyle bir durumda, hayat, sağlık, vücut bütünlüğü değerini korumak için kişinin yanıltılması söz konusu olduğundan kişilik hakkının ihlali sonucunun doğmaması gerektiği kanaatindeyiz. Öte yandan, hekimlerin bilimsel çalışmalarında kullanmak üzere deneysel çalışmalar için gerekli rızayı almak yerine başka bir operasyon için rıza alarak bu deneysel operasyonun gerçekleştirilmesinde hastanın vermiş olduğu rıza aldatma ile sakatlanmıştır¹⁷⁵. Bu durumda hekim yürüttüğü bilimsel çalışmaları hakkında hastayı bilgilendirmeli ve buna dayalı bilgilendirilmiş rıza almalıdır; aksi halde bilimsel çalışmaya konu tıbbî müdahale yönünden bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali ve bilgilendirilmiş rızanın yokluğu sebebiyle hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Tıbben gerekli olmayan müdahaleleri hastasının rızasıyla gerçekleştiren dış hekim örneğinde de, aldatmanın varlığından söz edilmektedir¹⁷⁶. Zira burada hastanın tıbbî bilgisizliğinden faydalanma durumu söz konusudur.

“*Bir kimsenin, diğer tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla bilerek onda korku yaratması veya mevcut bir korkudan yararlanması*” halinin TBK m.37 vd.’da düzenlenen korkutma olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁷. Bilerek korku yaratması hali

¹⁷² **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 347.

¹⁷³ **EREN**, Genel Hükümler, s. 397.

¹⁷⁴ **BAYRAKTAR**, s. 139. dn.95; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 346.

¹⁷⁵ **BAYRAKTAR**, s. 139; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 346; **YENERER ÇAKMUT**, s. 214; **DERYAL**

bakımından değerlendirildiğinde, organ kaçakçılığı gibi suç teşkil eden müdahaleler haricinde tıbbî müdahaleler yönünden uygulama alanı bulamayacaktır. Mevcut bir korkudan yararlanma ise, hastanın, hastalığın verdiği acı ve ızdıraplardan kurtulma veya ölüm korkusu etkisinde olduğu hallerde değerlendirilebilir. Ancak, bu etki hastada akıl hastalığı veya akıl zayıflığı oluşturacak düzeyde değilse, tıbbî müdahaleye gösterdiği rızanın serbest iradeyle verilmiş olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁸.

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere rızanın konusu hukuka ve ahlaka aykırı olamaz¹⁷⁹. Tüm hukuki işlemleri sakatlayan bir diğer hal olan hukuka ve ahlaka aykırılık da tıbbî müdahaleye rızanın butlanla batıl olması sonucunu doğuracaktır¹⁸⁰.

L. Rızanın Geri Alınması ve Tedaviyi Ret Hakkı

Verilmiş rızanın geri alınması kural olarak her zaman mümkündür¹⁸¹. Geri alınma anına kadar yapılan müdahaleler hukuka uygunken; hastanın vazgeçmesi anından itibaren yapılacak tıbbî müdahaleler hukuka aykırı olacaktır¹⁸².

Danıştay'ın bir kararında¹⁸³ vurguladığı üzere, ulusal ve uluslararası mevzuatlarda bu husus düzenlenmiştir. AY. m.12'de herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, m.17'de herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı ve

¹⁷⁸ **BAYRAKTAR**, s. 138; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 347; **KAYALI**, s. 43.

¹⁷⁹ Bkz. s.100.

¹⁸⁰ **AYAN**, s. 12; **KAYALI**, s. 43.

¹⁸¹ **AYAN**, s. 12; **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 348; **YENERER ÇAKMUT**, s. 210; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 122.

24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.15/IV hükmü “Hasta, bilinci yerinde olarak bilgilendirildiği halde tıbbî müdahaleye izin vermiyor ve hayati tehlike söz konusu ise, izin vermediğine dair yazılı beyanı alınır. Hastanın izin vermediği durumlarda, en az bir şahitle birlikte düzenlenecek bir tutanak ile durum tespit edilerek hasta dosyasına işlenir ve hastanın izin vermediği müdahale dışındaki tıbbî hizmetlere devam edilir.” düzenlemesiyle tedavinin reddi halinde hayati tehlike söz konusu olsa dahi ret söz konusu ise izin verilmeyenden başka müdahale ile müdahalenin gerçekleştirilmesi yönünde bir yaklaşım sergilemiştir.

¹⁸² **BAYRAKTAR**, s. 142; **ERMAN**, B., s. 122; **DERYAL**, Rıza, s. 69; **YENERER ÇAKMUT**, s. 210; **UYGUR**, s. 205; **ATEŞ**, s. 49.

¹⁸³ Danıştay 10. Daire T. 13.07.2010, E. 2007/6322 K. 2010/5981; www.kazanci.com.

m.56'da devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağığı içinde sürdürmesini sağılamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirerek amacıyla sağılık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği hükme bağlanmıştır. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü m.1'de her bir bireyin hastalıktan korunmak için uygun hizmet (tedavi) alma (görme) hakkına sahip olduğu, m.4'te kendi sağığı ile ilgili kararlara iştirak edebilmesi için (kendi sağığı ile ilgili kararlar alabilmesi için) her bireyin ilgili bilgileri alma hakkına sahip olduğu, hastanın tedavi veya tıbbî müdahaleye itiraz etme hakkı veya tedavi sürecinde kararını değıştirip devam edilmesine karşı itiraz etme hakkının olduğu, m.5'te hastanın, hangi teşhis ve tedavi yöntemin kullanılacağı ve doktor, uzman veya hastane seçimi konularında karar verme hakkına sahip olduğu, m.12'de her bireyin kendi kişisel ihtiyaçlarına göre teşhis ve tedavi programlarını yönlendirme hakkına sahip olduğu, m.14'te sağılık tedavisi sırasında fiziksel veya manevi ve psikolojik zarar gören bireyin kısa bir sürede tazminat alma hakkı varlığı hüküm altına alınmıştır. Dünya Tabipler Birliğı'nin 1981 tarihli Lizbon Bildirgesinde; hastanın, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da reddetme hakkına sahip olduğu; 28-30 Mart 1994 tarihli Amsterdam, Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nin 1.2. maddesi ile herkesin kendi yaşamını belirleme hakkına sahip olduğu; 2.2. maddesiyle, hastaların, durumları ile ilgili tıbbî gerçekleri, önerilen tıbbî girişimleri ve her bir girişimin potansiyel risk veya yararlarını, önerilen girişimlerin alternatiflerini, tedavisiz kalmanın sonucunu, tanı, prognoz ve tedavinin gidiş konularını içerecek şekilde sağılık durumları konusunda tam olarak bilgilenme hakkına sahip oldukları; 2.5. maddesinde, hastaların, kesin olarak belirttikleri takdirde bilgilendirilmeme hakkına sahip oldukları; 3.1. maddesi ile, hastanın bilgilendirilmiş onayının herhangi bir tıbbî girişimin ön koşulu olduğu; 3.2. maddesiyle, hastanın, tıbbî girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahip olduğu, reddedilen veya durdurulan tıbbî girişimin getireceğı sonuçların hastaya dikkatli bir şekilde açıklanması gerektiğı kurala bağlanmıştır.

HHY. m.25'e göre; kanunen zorunlu haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğı hastaya ait olmak üzere kişinin tedaviden vazgeçme veya tedavi durdurma hakkı vardır. HHY, 2014 yılında değışikliğe uğramadan önce; HHY. m.24/IV'de *"Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır"* hükmü

25.maddede; “*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. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz*” şeklinde yer alan tedavinin reddedilmesi hakkının bir kısıtlaması olarak düzenlenmişti. Ancak doktrinde rızanın tamamen hekimin denetimine girmesiyle baskı unsuru olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiş¹⁸⁴ ve dar yorumlanarak hayati tehlike dışında geri alabilmenin mümkün olabilmesi gerektiği¹⁸⁵ ileri sürülmüş idi. 2014 değişikliği ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmış ve 25.maddede düzenlenmiş bulunan tedaviden vazgeçme ve tedaviyi durdurma hakkının kısıtlaması ortadan kalkmıştır. Kanaatimizce bahse konu kısıtlama hükmü olmaksızın da, hastanın hayatı tehlikeye girdiği hallerde hekimin kişinin üstün özel yararından bahisle müdahale etmesi mümkündür¹⁸⁶. Zira bizim de katıldığımız görüşe göre ötenazi ve ortanazi yasak olduğundan, kişinin kendi yaşamını sonlandırıcı şekilde verdiği veya vermediği rızaya itibar edilmeyecektir¹⁸⁷.

Danıştay’ın 2014 değişikliği öncesinde vermiş olduğu bu kararda, “*Bu durumda, “Hasta Hakları Sözleşmesi” ve “Hasta Hakları Yönetmeliği” nin yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca hastaya yapılacak müdahalede hastanın rızasının alınması ve **bu rızaya aykırı tedavi yapılmaması** gerekmektedir. Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve **hastanın itirazına rağmen** diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup,..”* şeklinde ifade ettiği üzere hastanın rıza göstermediği müdahalenin yapılamayacağını altını çizmiştir.

¹⁸⁴ **ERMAN**, B., s. 123-124; **ATEŞ**, s. 49.

¹⁸⁵ **AYAN**, s. 12; **ÖZDEMİR**, Teşhis ve Tedavi, s. 122-123; **ATEŞ**, s. 49.

¹⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 114.

¹⁸⁷ Bkz. s.100.

III. RIZA DIŞINDAKİ HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

A. Genel Olarak

TMK. m.24/II'de 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 aykırı olduğu hüküm altına alınmıştır. Tıbbî müdahaleler yönünden kural kişinin rızasının alınmasıdır¹⁸⁸. Ancak rızanın alınmasının imkânsız olduğu haller ya da kamu veya özel yararın daha üstün olduğu haller söz konusu olduğunda kişinin rızası alınmasa dahi tıbbî müdahale hukuka uygun olabilmektedir. Kanunun verdiği yetkinin icrası TMK. m.24/II hükmünde ayrıca bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmişse de, tıbbî müdahaleler söz konusu olduğunda kamusal yararın mevcut olduğunda hallerde kanunda düzenleme yapılmasından bahisle kamusal yarar ile birlikte ele alınacaktır.

Kişinin rızasının alınmadığı haller, kişinin rızasının tek başına elverişsiz olduğunda haller ve kişinin rıza göstermediği (tedaviyi reddettiği) haller olmak üzere üç halde diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı aranabilir. Acil bir durumda¹⁸⁹ kişinin bilinci kapalı ve rızası alınamıyorsa üstün nitelikte özel yarar sebebiyle müdahale hukuka uygun hale gelecektir. Tıbbî deneyler söz konusu olduğunda kişinin rızası tek başına yeterli değildir, araştırma sonucu elde edilecek kamu menfaatinin riskten büyük olması halinde kişinin rıza göstererek bu deneye katılabilmesi mümkündür. Bu sebeple rızanın yanı sıra özel yarar veya kamu yararı da aranır. Kişinin tedaviyi reddettiği ve fakat o müdahale rızası hilafına gerçekleştirilmezse hayatını kaybedebileceği bir durumda özel yarar veya kişi müdahaleyi reddetmesine rağmen soruşturma kapsamında kişiden kan veya doku örneği alınmaya zorlanması halinde kamu yararı söz konusudur. Aşılama gibi kamu yararının bulunduğu veya açlık grevi örneğinde olduğu gibi özel yararın bulunduğu hallerde de kişinin rızası hilafına müdahale gerçekleştirilebilmektedir.

¹⁸⁸ BAYRAKTAR, s. 123; AYAN, s. 11; AŞCIOĞLU, s. 24; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 201; KAYALI, s. 33; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 116.

¹⁸⁹ Kişinin varsayılan rızası ile üstün özel yararının çeliştiği durumlarda üstün özel yarara başvurulabileceğinden bu kapsamdadır. Kişinin varsayılan rızasının, kişinin özel yararı ile uyumlu olduğu durumlarda varsayılan rızası ile hukuka uygun hale gelmektedir.

B. Üstün Nitelikte Özel Yarar

TMK. m.24/II’de sayıla hukuka uygunluk sebeplerinden biri de üstün nitelikte özel yarardır. Doktrin üstün nitelikte özel yararın kişiliği ihlal edilen kişi, fail veya üçüncü bir kişiye ait olabileceğini ifade etmektedir¹⁹⁰. Acil durumda bilinci kapalı olan hastaya müdahale edilmesi ve zorunlu hallerde ameliyatın genişletilmesi hallerinde kişinin kendisinin özel yararı söz konusudur. Üçüncü kişi veya failin üstün özel yararının bulunması ise, meşru savunma halinde söz konusu olabilmektedir ve TMK. m.24/II’de bu hüküm olmasa dahi meşru savunma ayrıca TBK. m.64/I’de düzenlenmiştir¹⁹¹. Tıbbî müdahaleler yönünden bu sebebin uygulama alanı bulmayacağını ifade etmiştik¹⁹². Çatışan iki değerden birini daha üstün kabul ederken dikkat edilmesi gereken temel husus, hiçbir yararın kural olarak kişilik hakkından üstün olamayacağıdır¹⁹³. Malvarlığı değerinden kaynaklı bir yararın kişilik hakkından üstün tutulması söz konusu değildir. Yarar değerlendirmesinin eş değer kişilik değerleri arasında yapılması gerekir¹⁹⁴. Kişinin hayat, sağlık ve vücut tamlığı değerini konu alan tıbbî müdahaleler söz konusu olduğunda, en üstün özel yararın kişinin hayatta tutulması olduğu kabul edilmelidir.

TŞSTİDK. m.70’de “*Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir*” ve HHY. m.24’te “*Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz*” ifadeleriyle rıza alınmaksızın gerçekleştirilecek müdahaleler genel olarak ifade edilmiştir. Hem varsayılan rızanın, hem de üstün özel yararın hukuki dayanağını bu hükümler oluşturmaktadır.

Kanunun “*ifadeye muktedir olmama*” ve “*ifade gücünün olmaması*” ifadelerinin belirsizliği doktrinde eleştirilmiş ve bu ifadelerin Biyotıp Sözleşmesi m.8’de yer alan “*acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması*” ifadesiyle uyumlu olarak “*hastadan rıza alınamaması*” ve “*hastanın rıza vermeye muktedir olmaması*” şeklinde

¹⁹⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 201; DURAL/ÖĞÜZ, s. 150; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 148.

¹⁹¹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 150.

¹⁹² Bkz. s.84.

¹⁹³ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 148.

¹⁹⁴ DURAL/ÖĞÜZ, s. 151.

anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹⁵. Felç veya sağır dilsizlik sebebiyle ifade gücü bulunmayan ve fakat tedavinin önemi ve sonuçlarını anlayabilecek, rızanın hangi sonuç ve risklere yol açacağını öngörme veya rızanın yöneldiği sonuç yönünden hangi seçeneğin kendisine daha faydalı olacağını değerlendirme açısından yeterli kişiler söz konusu olduğunda, hekimden beklenen; bu kişilerle yardımcı yöntemler aracılığıyla iletişim kurması ve rıza verdiği konusunda ulaştığı yeterli kanaat ile hareket etmesidir¹⁹⁶. Bu hallerde, kişinin üstün özel yararı sebebiyle değil, rızası ile tıbbî müdahale hukuka uygun hale gelecektir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde üstün özel yarar sebebiyle hukuka uygun hale gelecek haller, m.24/VII¹⁹⁷ ve m.31/IV¹⁹⁸,de düzenlenmiştir.

Yönetmelik bu iki hüküm ile üç halde kişinin üstün özel yararına başvurulabileceğini ifade etmiştir: hastanın rızasının bulunmadığı ve hayati tehlikesinin olduğu acil haller, hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak haller ve tıbbî müdahalenin genişletilmemesi halinde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek zorunluluk halleri.

Acil durumlarda, tıbbî müdahaleye rıza gösteremeyecek halde ve yanında rıza gösterebilecek kimsesi olmayan bir hasta geldiğinde hekimin müdahalesi gerek hastanın varsayılan rızası¹⁹⁹ gerekse de kişinin üstün özel yararı²⁰⁰ sebebiyle hukuka uygun

¹⁹⁵ ÖZBİLEN, Rızanın Aranmadığı Haller, s. 105.

¹⁹⁶ ÖZBİLEN, Rızanın Aranmadığı Haller, s. 105.

¹⁹⁷ HHY. m.24/VII: "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 durumun varlığı halinde, hastaya tıbbî müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbî müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbî müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbî müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur."

¹⁹⁸ HHY. m.31/IV: "Hastaya tıbbî müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbî zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbî müdahale genişletilebilir."

¹⁹⁹ Yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığı için burada ayrıca değerlendirilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. s.103.

²⁰⁰ HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 148.

olacaktır²⁰¹. Üstün özel yararı sebebiyle hukuka uygun hale gelmeyi sağlayan ölçüt kanaatimizce, HHY. m.24/VII’de düzenlenen “*hayati tehlike*” ölçütüdür.

Hayati tehlikenin varlığı halinde, Anayasa²⁰², Uluslararası Sözleşmeler²⁰³, Medeni Kanunla²⁰⁴ korunan yaşam hakkı tehlikede olacağından; gerek kişinin varsayılan iradesi hilafına gerekse de bilinci açık ve tedaviyi reddeden kişinin açık iradesi hilafına tıbbî müdahale gerçekleştirilebilecek ve tıbbî müdahale kişinin üstün özel yararı sebebiyle hukuka uygun olacaktır²⁰⁵.

Açlık grevi örneği²⁰⁶ veya Yehova Şahitleri örneğinde olduğu gibi, kişi kendisi rıza göstermiyor veya bilincini kaybettiği hallerde varsayılan iradesinin rıza göstermemek olduğu anlaşılıyorsa(cebinde kağıt olabilir veya Yehova Şahidi olduğu biliniyorsa) dahi kişinin üstün özel yararından bahisle bu kişilere hayati tehlikeyi geçirecek ölçüde müdahale edilecektir²⁰⁷. Yehova Şahidinin iradesi (açık veya varsayılan) kanın nakledilmemesi olsa dahi, hayati tehlike halinde hastanın üstün özel yararı gerekçesiyle kan nakli yapılacak ve hukuka uygun olacaktır. Aynı şekilde açlık grevi söz konusu olduğunda, kişiler kendi iradeleriyle aç kalmakta ve beslenme zorunluluğuna ilişkin bir kanuni düzenleme yer almamaktadır; lakin kişinin hayatını

²⁰¹ REİSOĞLU, s. 7; KAYALI, s. 45.

²⁰² AY. m.17/I : “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

²⁰³ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.3 : “Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır.” AİHS. m.2/I: “Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.”

²⁰⁴ TMK. m.23: “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.” Hak ehliyeti ölümle son bulacağından, hak ehliyetinden vazgeçememek kişinin yaşam hakkından vazgeçememeyi ifade etmektedir.

²⁰⁵ TMK. m.23 gereğince kimsenin hayat hakkından vazgeçmesinin mümkün değildir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 202.

HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 333; ERMAN, B., s. 140; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 148-149.

²⁰⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 202: TMK. m.23 gereğince kimsenin hayat hakkından vazgeçmesinin mümkün olmadığından bahisle hayati tehlike halinde bu kişilere müdahale edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

²⁰⁷ Ötenaziye ilişkin görüşler çerçevesinde bu husustaki görüşler de değişmektedir.

Hasta kesin olarak yaşamını kaybedecek olsa bile kan naklinin yapılmaması gerektiği ifade edilmektedir.

HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 530; Aynı yönde bkz. ERMAN, B., s. 170-171.

tehlikeye sokan bir durum ortaya çıktığında hekimin müdahalesi gereklidir²⁰⁸. Aksi halde, TDN. m.3'te hekimlere yüklenen acil durumda gereken tıbbî müdahaleyi gerçekleştirme yükümlülüğünün aksine hareket ederek rıza olmadığından bahisle müdahale etmeyen hekimin sorumluluğu gündeme gelebilecektir²⁰⁹.

Hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak acil müdahale edilmesi gereken hallerde ve tıbbî müdahalenin genişletilmemesi halinde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek zorunluluk hallerinde de kişinin üstün özel yararı sebebiyle müdahale hukuka uygun hale gelecektir.

Doktrinde tedavi maksadı dışında kişinin üstün özel yararı gerekçesine başvurulamayacağı ve hastanın rızasının bertaraf edilemeyeceği kabul edilmektedir²¹⁰. Buna göre sterilizasyon, kastrasyon gibi cinsiyete yönelik müdahaleler, estetik operasyonlar, bilimsel araştırmalar gibi hallerde doğrudan tedavi maksadı bulunmadığı hallerde kişinin rızasının bertaraf edilmemesi gerekir²¹¹. Kanaatimizce de, tedavi amacı olmaksızın gerçekleştirilecek müdahaleler aciliyet taşımamakta ve kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilmesinde üstün bir yarar bulunmamaktadır.

Kişinin üstün özel yararının bulunduğu hallerde, müdahale kanunda düzenlenmiş ise, kanunun verdiği yetkinin kullanılması da söz konusu olmaktadır. NPHK m.5/III hükmünün “*Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren*

²⁰⁸ Yaşam hakkının kutsallığı bakış açısıyla yaklaştığımızı ifade etmiştik. Konuyla ilgili hekimler ve hukukçular arasında birçok tartışma söz konusu olup, açlık grevine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇARSLAN KARA**, s. 41-43.

24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.15/VII hükmü de benzer bir düzenlemeyi içermektedir: “Açlık grevi yapan veya ölüm orucu tutan kişinin, sağlıklı karar veremeyecek duruma gelmesi veya şuurunun kaybolması veya komaya girmesi veya ruh ve beden sağlığında gerek geri dönüşsüz ve gerekse ölümcül zararlar oluşmaya başlamasından itibaren hekim, hastasının menfaatine uygun olarak ilgilinin veya yakınının iznini aramaksızın tıbbî hizmeti vermek zorundadır.”

²⁰⁹ **ÖZBİLEN**, Rızanın Aranmadığı Haller, s. 101. dn.2.

²¹⁰ **ÖZBİLEN**, Rızanın Aranmadığı Haller, s. 105-107.

²¹¹ **ÖZBİLEN**, Rızanın Aranmadığı Haller, s. 105-107.

gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.” şeklindeki düzenlemesiyle rahim tahliyesinde, hekime kanun tarafından yetki verilmiştir.

Aynı zamanda, ceninin annenin sağlığını tehlikeye düşürmesi söz konusu olduğunda; annenin rızasının olmadığı veya alınmadığı hallerde annenin üstün özel yararı söz konusudur. Burada hukuka uygunluk sebeplerinden üstün özel yarar ve kanunun verdiği yetki aynı anda mevcuttur.

Üstün nitelikte özel yararın üçüncü kişi lehine değerlendirilebileceği bir hal olan, “*kişinin biyolojik soybağı hakkında bilgi edinme hakkı*” Türk Hukukunda bağımsız bir hak olarak düzenlenmemiş ve soybağının reddi (TMK. m.286), tanımanın iptali (TMK. m.297), babalık davası (TMK. m.301) hükümleri kapsamında kullanılabilen bir haktır²¹². Bu hakkın kullanılmasında, kişi rıza göstermese dahi üçüncü kişi olan çocuğun soybağını öğrenmedeki üstün özel yararından bahisle müdahaleye katlanılması gerekir. Ancak bu yararı belirleyecek olan kişi hekim olmayacak, mahkemeye başvurulması gerekecektir²¹³. Üçüncü kişinin üstün nitelikte özel yararı kapsamında burada bu boyutuyla kısaca ele aldığımız meseleyi, aşağıda üstün nitelikte kamu yararı ve kanunun verdiği yetki boyutlarıyla ayrıntılı olarak tekrar ele alacağız²¹⁴. Ancak burada belirtmek gerekir ki, soybağının reddi için analiz isteyen velayet hakkı sahibi eşin de üstün özel yararının varlığı kabul edilmektedir²¹⁵.

C. Üstün Nitelikte Kamusal Yarar ve Kanunun Verdiği Yetki

1. Genel Olarak

TMK. m.24/II’de düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden iki tanesi ise, üstün nitelikte kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkidir. Kişilik hakkını ihlal edebilecek sıradan müdahaleler yönünden bu iki hukuka uygunluk sebebi ayrı ayrı değerlendirilmekteyse de, tıbbî müdahaleler söz konusu olduğunda genellikle ikisinin bir arada ortaya çıktığı görülmektedir²¹⁶. Çoğunlukla, üstün nitelikte kamusal yarar

²¹² SONAT

sebebiyle hukuka uygun kabul edilecek tıbbî müdahaleler özel kanunlarda yetki olarak düzenlenmiştir. Kanunlarda yer almasının sebebinin üstün nitelikte kamu yararı olduğu kabul edilmektedir²¹⁷. Kanunun verdiği yetkinin tek başına hukuka uygunluk sebebi olduğu hallerde, etikle ilgili problemler söz konusu olabildiğinden bu şekilde iki sebebin birlikte yorumlanması etik ile hukukun bir araya gelmesi anlamında da oldukça faydalıdır. Nazi Almanyası döneminde, insanlar üzerinde yapılan deneylerin o dönemki mevzuatta yasal olması, hekimlerin savaş suçlusu olarak yargılanmasına ve cezalandırılmalarına engel olamamıştır²¹⁸.

Üstün nitelikte kamusal yarar, kamunun menfaatinin bireyin menfaati karşısında öncelikli olmasını ifade eder ve bu önceliğin insan hakları ihlali anlamına gelecek şekilde kötüye kullanımını önlemek için AY. m.13'te *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”* şekline öngörülmüş bulunan sınırlamalara riayet etmek gerekir²¹⁹.

Değişik mevzuatlarda düzenlenmiş bulunan tıbbî müdahaleler değerlendirildiğinde, bazı müdahalelerin kişinin rızası hilafını gerçekleştirilmesi ve üstün nitelikte kamusal yararın varlığı ve kanun verdiği yetkinin kullanılmasıyla hukuka uygun hale gelmesi söz konusuyken; bazı müdahaleler yönünden kişinin rızası ve kamu yararının varlığı birlikte aranmaktadır.

2. Kişinin Rızası Hilafına Kamu Yararının Gözetildiği Haller

a. Kamu sağlığının korunmasına ilişkin müdahaleler

Kişinin rızası hilafına gerçekleştirilecek tıbbî müdahalelerin en başında kamu sağlığını korumaya yönelik tıbbî müdahaleler gelmektedir. Kişi rıza göstermese dahi, kamunun sağlığını hedefleyen bir tıbbî müdahale söz konusu olduğunda gerçekleştirilen

²¹⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 204-205; HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, (Davalar), s. 119; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 149; KILIÇARSLAN KARA, s. 89.

²¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. KERMAN, Onur Kemal, “Tıbbî Araştırmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 23; ÖZGÜL, s. 46.

²¹⁹ AYAN, Mehmet, Genel Hükümler, s. 242; KILIÇARSLAN KARA, s. 70.

tıbbî müdahale hukuka aykırı olmayacaktır. Zira kişilik hakkına yönelen müdahaleleri hukuka uygun kılan sebeplerden biri de TMK. m.24/II’de düzenlenmiş bulunan üstün kamu yararadır²²⁰.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu ²²¹ birçok hükümle kişinin rızası hilafına tıbbî müdahaleler öngörmektedir:

Umumi Hıfzısıhha Kanunu m.57²²²,de öngörülen kolera, veba, humma, dizanteri, şarbon, cüzam, ruam gibi toplum sağlığını tehdit eden hastalıklar için, m.64²²³ ile Sağlık Bakanlığı’nı gerekli tedbirleri almaya yönlendirmekte ve m.67²²⁴ ile hekimi muayene konusunda yetkilendirirken, rıza göstermeyen, karşı gelen hasta bakımından da ceza öngörmektedir. Kanun 72, 73, ve 74. Maddeleriyle salgın hastalık halinde hastanın tecriti ve aşılmasını hukuka uygun hale getirirken, m.75 ile kuduz olan veya kudurmuş olduğundan şüphe edilen hayvanlar tarafından ısırılmış olanların vakit kaybetmeden en yakın kuduz tedavi merkezine başvurarak tedavi olması zorunlu tutmuştur. Zorunlu çiçek aşısının yasal dayanağı bu kanunun 88 ve 90.maddeleridir. Kanun 103, 107, 112, 228, 291 maddeleriyle kanun, zührevi hastalığa kişiler

²²⁰ ÇİLİNGİROĞLU, s. 45; ÇEKER, Hukuka Uygunluk, s. 7.

²²¹ RG. T. 06.05.1930, S. 1489.

²²² UHK m.57: “Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi -paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümüatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) -bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak’ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.”

²²³ UHK m.64: “57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrü ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır.”

²²⁴ UHK m.67: “57 nci maddede zikrolunan sari ve salgın hastalıklar vakaları hakkında tetkikat yapan tabip bu tetkikatı kolaylaştırmak üzere hastanın yanına girmeğe ve hastayı ve icabına göre evin sair sakinlerini muayeneye ve hastalığın sureti zuhur ve seyrine dair izahat ve malumat talebine salahiyettardır. Bu hususta mümaneatı görülenler bu kanunda zikredilen ahkamı mahsusa mucibince cezalandırılır.”

bakımından da tedavi zorunluluğu ve hatta hastanede tedavisi veya tecriti zor kullanarak sağlanabileceğini öngörmüştür.

Hastalığa yakalanan kişiler bakımından teşhis, tedavi ve karantınayı, sağlıklı bireyler yönünden de aşılınmayı kabul etme zorunluluğu olduğu ifade edilmekteyse de²²⁵; zorunlu aşılınmanın hangi aşıları kapsayacağı hususu tartışmalıdır. HAKERİ'ye göre; UHK'da açıkça zorunlu olduğu belirtilen, -çiçek aşısı gibi-, aşılar dışında hiçbir aşı zorunlu değildir. UHK m.57'de sayılan hastalıklar yönünden ise, Sağlık Bakanlığı'nın salgını belirlemesinden sonra bahse konu aşının zorunlu olabileceğini, bu hükme dayanarak doğrudan genel aşı zorunluluğu bulunduğunun kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir²²⁶.

Zorunlu aşı tartışmaları son dönemde gittikçe artmış ve Yargıtay'ın 2014 yılında ve 2015 yılında verdiği aşının yapılması yönündeki kararlarından sonra, AYM. de 2015 yılında bireysel başvuru sonucunda konuyla ilgili aksi yönde karar vermiştir:

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2014 tarihli kararında²²⁷; aşının önleyici nitelikte bir tıbbî müdahale olduğu vurgulayarak, UHK.m.89 hükmünün ilgili kişinin muvafakat etmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını ifade etmiş ve küçükler ve akıl hastalığı veya benzeri sebeple muvafakat verme yeteneği bulunmayan yetişkinler hakkında, müdahalenin yasal temsilcilerinin izniyle yapılabileceğini ve aşılama halinde de rıza aranacağını vurgulamıştır.

2015 tarihli kararında²²⁸ ise; "Genişletilmiş Bağışıklama Programı" kapsamındaki aşıları zorunlu aşılar olarak kabul etmiş, bu kabulle zorunlu aşıyı yaptırmayan yasal

²²⁵ ÇİLİNGİROĞLU, s. 45-46; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 300 vd.; KILIÇARSLAN KARA, s. 89.

²²⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 300.

²²⁷ Yarg. 2. HD., T. 03.03.2014 E.2014/21336 K.2014/4508; emsal.yargitay.gov.tr. : "Aşı da önleyici nitelikte bir tıbbî müdahaledir. ...Umumi Hıfzısıhha Kanununda yeralan "her çocuğun doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılınmasının zorunlu olduğuna" ilişkin hüküm (m.89), müdahaleye ilgili kişinin muvafakat etmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Şu halde, kanunen zorunlu olan haller dışında kimse rızası olmaksızın veya aydınlatılmış rızası aranmaksızın tıbbî bir ameliyeye tabi tutulamaz. Küçükler ve akıl hastalığı veya benzeri sebeple muvafakat verme yeteneği bulunmayan yetişkinler hakkında, müdahale, yasal temsilcilerinin izniyle yapılabilir."

²²⁸ Yarg. 2. HD., T. 04.05.2015 E.2015/22611 K.2015/9162; www.kazanci.com.: "...ana babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini ve üstün yararlarını göz önünde tutmaları esastır. Buna aykırı bir tutum haklı görülmez. Küçüğe yapılacak müdahalenin amacı, niteliği ve sonuçlarıyla yapılmaması halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda aydınlatıldıkları halde ana ve baba haklı bir sebep göstermeksizin müdahaleye karşı çıkmaları durumunda çocuğun üstün yararı esas alınarak

temsilcinin durumunu irdelemiş ve yasal temsilcinin rıza göstermemesinin çocuğun üstün yararına aykırı olmaması gerektiğini vurgulamıştır.

AYM. ise bahse konu kararında²²⁹ hangi aşılardan zorunlu aşı olduğunu değerlendirmiş ve zorunlu aşının kapsamını çizen bir karar vermiştir:

“1593 sayılı Kanun’un 57. Maddesinde belirli hastalık türleri sayılmış, 72. Maddede ise 57. Maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda bir kısım tedbirlere başvurulacağı belirtilmiş ve söz konusu tedbirler arasında hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması şeklindeki tedbire de yer verilmiştir. İlgili Genelgede ise genel bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde belirli yaş grupları için çeşitli periyotlar dâhilinde bazı aşılardan uygulanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir. Söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun’un 57. Maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta, başvuruca tatbikine hükmedilen HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşılardan da 1593 sayılı Kanun’un 57. Maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. Maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. Madde hükmünün, başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Bunun yanı sıra 1593 sayılı Kanun’da münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları nazara alınarak Kanun’un 88-94. Maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte

müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verilmelidir. Somut olayda çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığı’nca belirlenen “Genişletilmiş Bağışıklama Programı” uyarınca yapılması zorunlu aşılar arasında olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe göstermeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz. Olayda ana baba çocuğa aşı uygulanmasına karşı çıkmışlar, buna rızalarının bulunmadığını yargılama sırasında ifade etmişlerdir. Ne var ki; bu beyanlarını haklı gösterecek bir sebep ve delil göstermedikleri gibi dosyada da, yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgu bulunmamaktadır. Aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu dosyadaki raporlardan anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.”

²²⁹ AYM 11.11.2015 tarih ve 2013/1789 bireysel başvuru numaralı karar; RG. T. 24.12.2015, S. 29572.

genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.

Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve aşı uygulamasının kanuni dayanağı bağlamında yer verilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi; bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevini Halk Sağlığı Kurumuna verdiği belirtilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır”

AYM.'nin zorunlu aşı kapsamını çizen ve kanunda açıkça ifade edilenler dışındakiler yönünden zorunlu olarak aşının yapılamayacağına ilişkin bu kararının ardından ise Yargıtay da bu karara atıfla benzer karar verme eğilimi göstermektedir²³⁰.

Kanaatimizce, toplum sağlığını doğrudan ilgilendiren aşı gibi önemli bir konu karşısında günümüz koşullarında azalan salgınlara dayanarak, UHK. m.57'de sayılan hastalıklar için aşının zorunlu olmadığını değerlendirmek sakıncalıdır. Zira son yıllarda artan Suriyeli göçmenlerle birlikte, demografik yapı değişmektedir ve uzun zamandır toplumda görülmeyen kızamık, çiçek gibi bulaşıcı hastalıklar tekrar görülmeye başlanmıştır. Bu noktada, UHK m.57 düzenlemesinin zorunlu aşı kapsamına dâhil edilmeyeceği AYM bireysel başvuru kararı ile ortaya konulduğundan, artık bireyin ve toplumun sağlığı için zorunlu aşı olması gereken aşıların hangileri olduğunun Biyotıp Sözleşmesi ve Anayasa'ya uygun²³¹ somut bir hukuki düzenleme ile açıklığa kavuşturulması gerekmektedir²³².

7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun²³³, un 7. Ve 10. Maddeleriyle kişi sıtmayla mücadele edilebilmesi için kurulan ekiplerin muayenelerine katılma, teşhis için kan alınmasına rıza vermeye mecbur tutulmuştur. Sıtma hastalığının kamu sağlığı

²³⁰ “Anayasa Mahkemesinin bu husustaki bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararı karşısında, hak ihlaline yol açmamak için hükmün bozulması gerekmiştir.” Yarg. 2. HD., T. 12.01.2016 E.2015/24695 K.2016/361; emsal.yargitay.gov.tr.

²³¹ Yasal düzenleme yapılsa dahi Biyotıp Sözleşmesi ve Anayasa'ya aykırı olabileceğine ilişkin bkz.

HAKERİ, Hakan, Genel Önleyici Aşı Zorunluluğu III, çevrimiçi:

<http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-genel-onleyici-asi-zorunlulugu-III-72-64-2918.html>, ET: 26.12.2015, (Önleyici Aşı).

²³² Aynı yönde bkz. **OKYAY**, Ramazan Azim/**AKBABA**, Muhsin/**KİRKİT**, Ecem, “Aydınlatılmış Onam ve Aşılama”, Turkish Journal of Public Health, C. 13, S. 2, Y. 2015, s. 158-159.

²³³ RG. T. 11.01.1960, S. 10402.

üzerinde oluşturacağı tehdit karşısında kişilik hakkı tercih edilmemiş ve kişinin kamunun üstün yararı sebebiyle tıbbî müdahaleye mecbur kalması durumu ortaya çıkmıştır.

TMK. m.432. maddesi de kamu yararını gözeterek kişinin gerekirse alıkonulmak suretiyle tedavi edilebileceğini “*Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar*” ifadesiyle hüküm altına almaktadır.

Bu hüküm gerek toplum için tehlike oluşturan bu kişileri korumayı gerekse de toplumun bu kişilerden korunmasını amaçlamaktadır.

Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü²³⁴, nün “*Bütün genel kadınlar izinli olsalar dahi, haftada iki defa, 23 üncü maddede yazılı kadınlar da on günde bir defa kendilerini resmî tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar*” şeklindeki 25.maddesi²³⁵nde bu kişilerin rızası aranmaksızın, kanunun kamu yararını gözetmesi neticesinde öngördüğü bir zorunluluk söz konusudur.

b. Kamu hukukundan kaynaklanan müdahaleler

Kamu yararı ve kişilik hakkı çatışmasında kamu yararının üstün tutulduğu hallerde kanunun kamu yararını koruyabilmek için kişilik hakkına müdahale yönünde yetki verdiği görülmektedir.

Türk Ceza Kanunu²³⁶, nun akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri başlıklı 57. Maddesinde; hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastalarının, yüksek güvenliqli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınmaları öngörmüştür. Aynı doğrultuda TCK.²³⁷ m.57/VII’de; suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı

²³⁴ RG. T. 19.04.1961, S. 10786.

²³⁵ Değişik: RG. T. 31.1.1973, S. 5786.

²³⁶ RG. T. 12.10.2004, S. 25611.

²³⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.

madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınması ve bu kişilerin tedavisinin, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam etmelerinin zorunlu tutulması söz konusudur. Akıl hastaları ve bağımlıların tedavi edilerek topluma kazandırılmalarıyla, toplumda bu kişilerden zarar görebilecek kişiler korunmakta ve bu kişilerin iyileşmeleriyle sağlıklı bireylerde oluşan bir toplumun meydana gelmesi söz konusu olmaktadır.

Türk Ceza Kanunu m.191/III'te de uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi için denetimli serbestlik kararı verilmesi halinde bu denetimli serbestlik süresi dâhilinde kişinin tedaviye tabi tutulabileceği öngörülmüştür. Uyuşturucu madde bağımlısı kişilerin rehabilite edilerek topluma kazandırılmaları ve bu kişilerin bu maddeyi temin edebilmek için madde satımına başlamaları ve uyuşturucunun topluma yaygınlaşması sonucunun doğmamasında kamunun yararı olduğu ifade edilmelidir. Gerçekten de gerek Yargıtay kararında²³⁸, gerekse de doktrinde²³⁹ zararlı sonucun toplum bakımından veya kişi bakımından ortaya çıkmış olması arasında fark olmadığı ve kişilerin bireysel sağlıkları ve kamu yararının bir arada bulunduğu ifade edilmektedir²⁴⁰.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.75/I²⁴¹'de bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine Cumhuriyet savcısının istemiyle veya re'sen hakim veya mahkeme tarafından karar verilebileceği düzenlenmiştir. CMK. m.76/I²⁴²'de ise bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısının istemiyle veya re'sen hakim veya mahkeme tarafından karar verilebileceği düzenlenmiştir. m.76/II, mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek olmadığını hüküm altına almıştır. Önemle belirtmek gerekir ki; bu

²³⁸ Yarg. 10. CD. T. 22.01.1993 E.1992/15979 K.1993/275; www.kazanci.com.

²³⁹ BAYRAKTAR, s. 146.

²⁴⁰ ERMAN, B., s. 176.

²⁴¹ Değişik: 5353 - 25.5.2005 / m.2.

²⁴² Değişik madde ve başlığı: 5353 - 25.5.2005 / m.3.

hükümler ışığında tıbbî müdahaleye “ultima ratio” olarak yani başka delil elde imkanı olmadığına başvurulacaktır²⁴³.

Bu hükümler ışığında, hâkim kararı alınmasına rağmen, ilgilinin muayeneye rıza göstermemesi halinde rızanın mı kamu yararının mı üstün tutulacağı doktrinde tartışmalıdır²⁴⁴. Doktrinde YENİDÜNYA, AİHM.’in Saunders/Birleşik Krallık davasında vermiş olduğu, sanığın iradesinden bağımsız olarak delil toplanması ve bu sırada belirli oranda zor kullanılmasının mümkün olup bunun hukuka aykırı olmayacağı kararını mevcut mevzuat ışığında değerlendirdiğinde sanık rıza göstermese de aleyhine yürütülen soruşturma işlemlerine katlanması gerektiğini ifade etmektedir²⁴⁵. SOYASLAN ise; hapis süresi ne olursa olsun kişinin ancak rızasıyla örnek verebileceğini ifade etmektedir²⁴⁶. Bu görüşe katılan, SERT vakaları değerlendirdiği makalesinde; 16 yaşındaki cinsel saldırı mağduru Y’nin mahkeme kararı ile genital muayene için kadın doğum kliniğine gönderildiği; ancak hekimin muayenenin cinsel saldırının failinin belirlenmesi için önemli olduğuna ilişkin bilgilendirmesine ve ailesi tarafından da ikna edilmeye çalışılmasına rağmen Y’nin muayeneyi reddettiği örnek için Y’nin yasal temsilcilerinin rızası olsa dahi, Y’nin bizzat rızası olmaksızın muayenenin yapılamayacağını ifade etmiştir²⁴⁷.

²⁴³ GÜLSOY, M. Tevfik/KÖK, Ahmet Nezih, “Tıbbî Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan HFD*, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s. 18.

²⁴⁴ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Bası, İstanbul 2015, s. 295-296; YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Bası, Ankara 2015, s. 643-644. Yazarlar, zorla yapılabileceğine ilişkin Türk hukukunda açık hüküm olmadığını ifade ederek, karşılaştırma hukuku değerlendirmişlerdir.

²⁴⁵ YENİDÜNYA, Caner/İÇER, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s. 659.

Sanığın rızasının olmaması halinde, soruşturma dolayısıyla tıbbî müdahaleye zorlanabilmesine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. CMK. m.75’te açık yasak olmaması ve m.76 düzenlemesi sebebiyle zorlamanın mümkün olduğu görüşü: ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Bası, Ankara 2015, s. 523; CMK.’da yer alan her koruma tedbirinde var olan potansiyel zorlamayı barındıracağı ve kişinin isteği olmasa da zorla örnek alınabileceği görüşü : ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/KIRIT SAYGILAR, Yasemin F./ÖZAYDIN, Özdem/AKCAN, Esra Alan/ERDEN, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Ankara 2015, s. 525.

²⁴⁶ SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Bası. Ankara 2014, s. 261.

²⁴⁷ SERT, Gürkan, “Üreme Sağlığı ve Cinsel Sağlık Hakları ile İlgili Etik - Hukuksal İkilemler.” 2. Tıp Hukuku Günleri: Adli Obstetrik ve Jinekoloji, İstanbul 2012, s. 110-111.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.22/II’de hüküm altına alınan “*Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbî ameliyeye tabi tutulması, hâkimin kararına bağlıdır.*” şeklindeki düzenleme hakim kararı ile tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir.

ÜNVER/HAKERİ’ye göre; Tüm bu hükümler değerlendirildiğinde bir suçun aydınlatılmasındaki kamunun yararı karşısında kişinin kişilik hakkına müdahale edilmesi gündeme gelmiş ve üstün kamu yararı sebebiyle kişinin rızasının yerine mahkeme kararının geçmesi öngörülmüştür. Mağdurun rızası olmaksızın yapılan bu müdahale ile örnek alınmasının ikinci bir mağduriyet yaratabileceği düşünülebilirse de, mağdurun rızasının tehdit ve baskıyla kontrol altına alınması yoluyla mağdur edilmesinin önünü kesmeyi amaçladığı söylenebilir²⁴⁸.

Yargıtay bu hususu değerlendirdiği bir kararında²⁴⁹; mağdurdan alınan kan örneği ile suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için mutlaka hakim kararı aramıştır. Yargıtay kanunun lafzı ile bağlı kalmayı tercih etmiş, doktrinin bahse konu görüşünü benimsememiştir.

²⁴⁸ ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 286.

²⁴⁹ “5237 sayılı TCK’nın 26/2. madde ve fıkrası uyarınca, ilgilinin (mağdurun) rızası hukuka uygunluk nedenidir.

5271 sayılı CMK.’nın 76/2. madde ve fıkrası uyarınca, diğer kişilerin (mağdurun) beden muayenesi ve vücudundan kan veya benzeri biyolojik örnek alınması işleminde diğer kişinin (mağdurun) rızasının varlığı halinde hakim veya mahkemeden, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yoktur.

Ancak;

5271 sayılı CMK.’nın 78. maddesi uyarınca, 75 ve 76. maddeye göre alınan örnekler üzerinde ... elde edilen bulgunun şüpheli ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için ... moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için mutlaka hakimden karar alınması, 79/1. madde ve fıkrasının amir hükmüdür.

Somut olayda, mağdurun rızası olduğu için, beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması için hakim veya Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yok ise de; 5271 sayılı CMK.’nın 78 ve 79/1. maddeleri uyarınca, mağdurdan alınan kan örneği ile suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için mutlaka hakim kararına gerek bulunmaktadır.” Yarg. 13. CD. T. 07.11.2012 E.2012/17565 K.2012/23123;

www.kazanci.com

Kişinin keyif verici madde etkisi altında veya alkollü olarak araç kullanıp kullanmadığının tespiti ile bu durum şekilde araç kullanan kişinin toplumun can güvenliği üzerinde yarattığı tehdit ortadan kalkacağından bu halde de üstün nitelikte kamu yararının varlığından söz edilir. Karayolları Trafik Yönetmeliği²⁵⁰ m.97/II uyarınca; trafik görevlilerince sürücüler her zaman alkol kontrolüne tabi tutulabilirler ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kontrolü ise durumundan şüphe edilen sürücüler üzerinde yapılır. m.97/IV-a²⁵¹ ve m.97/IV-b²⁵², de kişiden solunum havası, tükürük veya benzeri biyolojik örneklerin alınması ve vücudundan kan, tükürük veya idrar gibi örnekler aldırılmak üzere en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülmesi öngörülmüştür.

c. Özel hukuktan kaynaklanan müdahaleler

Kamu yararının kişilik hakkı karşısında üstün tutulduğu hallerde, özel hukuk mevzuatında bazı düzenlemeler öngörülerek, kişilik hakkına müdahalenin hukuka uygun olması sağlanmaktadır.

Üstün özel yarar başlığında kısaca ele alırken Türk Hukukunda bir hak olarak açıkça düzenlenmemiş biyolojik soybağı hakkında bilgi edinme hakkından bahsetmiş ve soybağının reddi (TMK. m.286), tanınmanın iptali (TMK. m.297), babalık davası (TMK. m.301) hükümleri ışığında ele alınacağına değinmiştik. Gerçekten de bu hükümler kapsamında ele alınan biyolojik soybağı hakkında bilgi edinme hakkında esasen kamu yararının mevcut olduğunun altı çizilmelidir. Kişinin genetik kökeni bilme hakkının

²⁵⁰ RG. T. 13.10.1993, S. 2918.

²⁵¹ Değişik: RG. T. 17.04.2015, S. 29329.

Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 97/IV-a: “Sürücülerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığı solunum havası, tükürük veya benzeri biyolojik örnekler üzerinden teknik cihazla tespit edilir.”.

²⁵² Değişik: RG. T. 17.04.2015, S. 29329.

Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 97/IV-b: “Teknik cihazla yapılan test sonucunda, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığı yönünde pozitif sonuç alınan sürücü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında uyuşturucu ya da uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespitinin yapılması amacıyla mahalli zabıtaya teslim edilir. Sürücü, Cumhuriyet savcısının talimatıyla Ceza Muhakemesi Kanununun 75 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen usuller çerçevesinde vücudundan kan, tükürük veya idrar gibi örnekler aldırılmak üzere en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülür....”.

ihlal edilen vücut bütünlüğü hakkı karşısında üstün bir nitelikte özel yarar içerdiği de kabul edilmektedir²⁵³.

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında²⁵⁴; kişinin biyolojik babasının tespitini istemesini üstün yarar olarak değerlendirmiş ve bu halde babalığın tespiti için yapılan DNA testini kişilik hakkı ihlali olarak görmemiştir. İsviçre’de genetik kökenini bilme hakkı düzenlenmişse de, Türk hukuku bakımından böyle bir düzenleme söz konusu değildir; ancak AİHM.’in 13 Temmuz 2006 tarihli Jäggi/Schweiz davasında AİHS. m.8’e dayanarak vermiş olduğu kişinin biyolojik kökenini öğrenebileceğine ilişkin karara dayanarak, AİHS. m.8’in ve buna paralel düzenlemeyi içeren AY.m17’nin Türk hukuku bakımından kişinin genetik kökenini bilme hakkının hukuki temelini teşkil ettiği ifade edilmektedir²⁵⁵. Bunun aksini ileri süren görüş ise, AY. m.17/II’de düzenlenen “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz*” hükmü karşısında kan veya doku örneği vermek istemeyen kişiye zorla müdahale edilerek bu örneklerin alınmasını “*kişilik hakkının çok ağır bir ihlali*” olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir²⁵⁶.

Biyolojik soybağının tespitinde toplumun menfaati; çocuğun sağlıklı aile ilişkileri ile büyümesi ve sağlıklı bir birey olarak kazandırılmasının yanı sıra, toplumun ahlaki ve etik değerlerinin korunmasıdır.

Yargıtay “*Nüfus kayıtlarındaki düzeltme istemine ilişkin davalarda, mahkemelerin hiçbir kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın doğru sicil oluşturmak zorunluluğu bulunduğu gözetilerek, somut olayda mahkemece salt tarafların kabulleri ve tanık beyanları ile yetinilmeyip bu iddia ile ilgili olarak DNA testi yaptırılıp alınacak rapora göre karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir*” şeklindeki kararı²⁵⁷ ile sicilin doğruluğu maksadıyla DNA testini zorunlu tutmuştur. Sicilin doğru

²⁵³ GÜRBÜZ, s. 150.

²⁵⁴ BGE 134 III 241. Naklen: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 202.

²⁵⁵ KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, “28.02.2008 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme”, TAAD, S. 24, Y. 2016, (Karar), s. 206-207.

²⁵⁶ MEMİŞ, Tekin/YILDIRIM, Mustafa Fadıl, “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar”, Atatürk Üniversitesi Erzincan HFD, Y. 2004, s. 300.

²⁵⁷ Yarg. 18. HD. 09.07.2012 E.2012/7400 K.2012/8722; www.kazanci.com; Aynı hususu vurgulayan benzer bir diğer kararı ise; “*Somut olayda;davalı ile S. S.’nin evlilik dışı ilişkisinden olan küçük Emre’nin gerçek babasının davalı Muharrem olduğunun tespiti ile nafakaya hükmedilmesi istenmiş, mahkemece*

oluşturulmasında toplumun menfaati vardır, zira kişilerin veya çocuğun menfaatinden öte gerçeği orta koyarak toplum düzenini koruma maksadı vardır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁵⁸ öncesi dönemde HUMK. yürürlükte iken, Yargıtay verdiği kararlarda²⁵⁹; “*Babalık davası; irs ve soybağı ilişkisinin, kuşkuyla yer bırakmayacak nispette açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir. Bu konuda tekniğin ve tıbbın tüm imkanlarından yararlanılmalıdır. Soybağına ilişkin davalarda hakim, maddi olguları res’en (kendiliğinden) araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder (TMK. md. 284/1). Bu tür davalarda davalının davayı kabulü tek başına sonuç doğurmaz. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları bakımından tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler (TMK. md. 284/2)*” ifadesini kullanmış ve rıza gösterme yükümlülüğünü vurgulamıştır. Kanun değişikliğiyle birlikte bu yükümlülük HMK m.292’de düzenlenmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.288-292’de öngörülen “keşif” kurumu kapsamında m.292’de “*Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğünden kaçınamaz*” şeklinde öngörülen düzenleme ile kişinin zorlanabilmesini öngörmektedir.

Medeni Kanun m.284/I²⁶⁰,de ise, rıza göstermemeyi aleyhe sonuç doğurma yaptırımına tabi tutmuştur.

davalının kabulü gözetilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Dava, küçük Emre'nin kayyımı tarafından açılmış babalığın tespiti, soybağının kurulması isteğine ilişkindir. Soybağına ilişkin davalarda, mahkemelerin hiç bir kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın soybağının doğru olarak oluşturması zorunluluğu bulunduğu gözetilerek, mahkemece tarafların beyanları ile yetinilmeyip bu iddia ile ilgili olarak küçük Emre'nin biyolojik babasının davalı Muharrem olup olmadığı konusunda DNA testi yaptırılıp kan ve genetik bulgular yönünden re'sen araştırma yapılması gerekirken; sadece kabule dayanılarak, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, doğru görülmemiştir.” şeklindedir. Yarg. 18. HD. T. 08.04.2013 E.2013/3287 K.2013/5680; www.kazanci.com.

²⁵⁸ RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

²⁵⁹ Yarg. 2. HD. T. 05.02.2009 E.2007/16236 K.2009/1545; Yarg. 2. HD. T. 05.02.2009 E.2009/8285 K.2009/12019; www.kazanci.com.

²⁶⁰ TMK. m.284/I: “Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır:

Her iki düzenleme ile de rıza gösterme yükümlülüğü getirilirken, yaptırımlar yönünden HMK. Kan ve doku alınmasına katlanma zorunluluğunu kabul etmiş; TMK. ise sonucun aleyhte değerlendirilmesini kabul etme şartıyla kurtulma imkânı tanımıştır²⁶¹. Bu durumda hangi kanun hükmünün uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak doktrinde tartışmalar mevcuttur.

Bir görüşe göre; “*lex posterior derogat legi priori*” ilkesi gereği sonraki düzenleme olan HMK. m.292 hükmünün önceki düzenleme olan TMK. m.284/I hükmünü ilga ettiği kabul edilmelidir²⁶². Kanun koyucu TMK. m.284/I hükmünün varlığına rağmen, iradi olarak HMK m.292 hükmünü getirmiştir ve bu halde yeni getirilen düzenleme uygulama alanı bulmalıdır.

Sonucu aleyhe sayma yaptırımının hâkimi gerçeğe aykırı sonuçlara yönlendirebilmesi ve tıp bilimindeki olağanüstü gelişmelere paralel olmaması gerekçeleriyle, kanun koyucu tarafından tatminkâr karşılanmadığı ve bu sebeple HMK ile zorunlu tutulduğu da ifade edilmektedir²⁶³.

Diğer bir görüşe göre ise; HMK m.292 ile TMK. m.284/I hükümleri arasında değiştirme veya ilga ilişkisi yoktur²⁶⁴. TMK. m.284/I-b.1 hükmü ile soy bağına yönelik davalar yönünden TMK. m.284/I-b.2 hükmünün uygulanması saklı tutulduğundan ve her ne kadar kenar başlığı “*Yargılama Usulü*” de olsa hüküm kişilik hakkına müdahale teşkil edecek nitelikte olduğundan; değişen HMK karşısında da özel hüküm niteliğini koruduğu ve uygulama alanı bulması gerektiği ifade edilmektedir.

TMK. m.284 düzenlemesinin, İsviçre Medeni Kanunu’nun 254. Maddesine karşılık geldiği, İsviçre’de yargılamaya ilişkin hükümlerin farklı kanunlarda yer

1. Hâkim maddi olguları re’sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder.

2. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.”

²⁶¹ ÖZBİLEN, Rızanın Aranmadığı Haller, s. 113.

²⁶² ÖZBİLEN, Rızanın Aranmadığı Haller, s. 115; ÖZBAY, İbrahim/AKSAN NAR, Şerife, “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul”, *EÜHFD*, C. XIV, S. 3-4, Y. 2010, s. 225.

²⁶³ TÜZÜNER, Özlem, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi.”, *AÜHFD*, C. 62, S. 4, Y. 2013, s. 2-3.

²⁶⁴ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt-III Aile Hukuku*, İstanbul 2016, (Aile), s. 263-264.

almasının kanun tekniği açısından doğru olmadığı görüşünün ortaya çıkmasıyla ve 254. Madde düzenlemesinin 19.12.2008 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2011 tarihinde yürürlükten kaldırıldığı ve Türk Hukuku yönünden de benzer şekilde yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir²⁶⁵. Zımni ilganın söz konusu olmadığı ve TMK. m.284/I hükmünün uygulanması kabul edildiğinde, bu yaklaşım ile davalının zorla getirilemediği gaiplik gibi hallerde pratik bir faydası var gibi değerlendirilebilirse de, hukuk güvenliği, maddi gerçekliğin ortaya çıkması ve kanun önünde eşitlik ilkesi bakımından isabetli bir sonuç doğurmayacağı vurgulanmaktadır²⁶⁶.

Yargıtay 2014 yılında verdiği kararlarda²⁶⁷, HMK'nın uygulanması ve DNA testi yapılması gerektiği görüşünü benimsenmiştir.

²⁶⁵ **AKBIYIK**, Cem/**AYDIN**, Gülşah Sinem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu", çevrimiçi: http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-cemakbiyik-gulsahsinemaydin-1.htm#_Toc389136985, ET: 27.10.2015, s. 11.

²⁶⁶ **AKBIYIK/AYDIN**, s. 11

²⁶⁷ Yarg. 18. HD. T. 13.10.2014 E.2014/6038 K.2014/13961; www.kazanci.com. : "Dosyadaki bilgi ve belgelerden; K. P.'a davacı S. Ö.'ın kayyım atandığı, kayyımın açtığı davada, davalı Şaheste'nin davalı Ahmet ile olan evlilik dışı ilişkisinden K. P.'ın doğduğunu ileri sürerek Pınar'ın babasının davalı Ahmet olduğunun tespitine karar verilmesi istendiği, mahkemece DNA testi yaptırılmadan taraf beyanları ile davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Dava, Türk Medeni Kanununun 301. Ve devamı maddelerinde düzenlenen babalığın tespiti istemine ilişkindir.

Bu talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak çocuk Pınar, anne Şaheste ve baba olduğu iddia edilen A. K.'e ait gerekli kan ve doku örneklerinin alınıp DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir."

Aynı doğrultuda:

"Dosyanın incelenmesinden, davalılar A. ve T. Y.'a ihtarlı davetiye çıkarıldığı, DNA incelemesi için icabet etmemeleri üzerine mevcut delil ve beyanlarla davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292/1. maddesi uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücutundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir hükmünü taşımaktadır. Mahkemece açıklanan yasa hükmü gözetilerek işlem yapılması gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir."Yarg. 18. HD. 16.10.2014 E.2014/7595 K.2014/14283; www.kazanci.com.

Kanaatimizce; HMK. m.292 hükmü getirilirken, mevcut TMK. m.284 maddesinin varlığına rağmen bu hükmün bu düzenleme ile getirilmesi kanun koyucunun bilinçli tercihidir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, kanuni karinenin üstünde tutulmuş ve maddi gerçekten doğan yararlar karşısında tıbbî müdahaleye rıza göstermeyen kişiye müdahaleye katlanma zorunluluğu getirilmiştir. Maddi gerçekliğin somut olarak ortaya konulmasında, hem biyolojik babanın hem TMK. m.284’te öngörülen karine dolayısıyla baba kabul edilen kişinin hem de çocuğun menfaati vardır. Toplumun temel taşı ailenin oluşturduğu düşünüldüğünde toplumun da bu durumdan menfaati olduğunu söylemek yanlış olmaz. HMK. m.292 hükmü ile soy bağının tespitine yönelik gen incelemesinin rızayı ortadan kaldırdığı ölçüde hem özel yararın hem de kamunun yararının sağlanması için kanunun verdiği yetkinin kullanılması olarak yorumlanması gerekir²⁶⁸.

3. Kişinin Rızasıyla Birlikte Kamu Yararının Gözetildiği Haller

Bazı hallerde kamu yararı ile kişinin rızası birlikte tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeye elverişlidir²⁶⁹. Kişinin rızası veya kamu yararı tek başına müdahaleyi hukuka uygun kılmaya yetmemektedir.

“Volenti non fit injura (Rıza gösterene yapılan fiil haksızlık oluşturmaz.)”²⁷⁰ ilkesi’nin Türk Hukukundaki yansıması kabul edilebilecek *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz”* şeklindeki TMK. m.23 hükmü gereğince kişinin hukuka veya ahlaka aykırı olarak bir müdahaleye rıza göstermesi mümkün değildir. Örneğin; kişinin sağlam kolunun kesilmesine rıza göstermesi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıramazken, kangren sebebiyle kolunun kesilmesine rıza göstermesi hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Burada farkı yaratan husus, sağlam kolun kesilmesinde bir fayda yok ve aksine zarar varken, kangren kolun

²⁶⁸ SONAT, s. 368.

²⁶⁹ KILIÇARSLAN KARA, s. 88.

²⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Volenti_non_fit_injuria ET. 02.03.2016.

kesilmesinde bir yararın bulunmasıdır²⁷¹. Bu durum üstün kamu yararının mevcut olduğu hallerde de gündeme gelebilmektedir. Şöyle ki, tıbbî deneyler söz konusu olduğunda bu yararın deney sonucundan fayda edecek kamunun üstün yararı olduğu görülmektedir²⁷².

Aşağıda tıbbî deneyler başlığında açıklarken detaylı olarak değinileceği üzere; tıbbî deneylerde rıza dışındaki hukuka uygunluk sebepleriyle hukuka uygun olması söz konusu değildir ve kişinin rızasını mutlak şart olarak aranmaktadır²⁷³. Tedavi amaçlı tıbbî deneylerde, deney sonucunda iyileşme ihtimali bulunduğundan kişinin bireysel yararı ön plandadır. Bilimsel amaçlı tıbbî deneyler yönünden değerlendirildiğinde ise, kişi bireysel olarak doğrudan bir menfaat elde etmemekte ve müdahaleye ancak üstün nitelikte kamu yararının varlığı sebebiyle mevzuatta izin verildiği ölçüde rıza gösterebilecektir. Bilimsel amaçlı tıbbî deneyler yönünden her ne kadar tek başına kamu yararının üstünlüğü müdahaleyi hukuka uygun hale getirmekte elverişsizse de, rızayı hukuka uygun hale getiren de tıbbî deneylerin yapılmasından elde edilecek bir yararın varlığıdır ve bu yarar da bilimsel amaçlı tıbbî deneyler için kamu yararıdır. Şu kadar ki, kişinin keyif verici bir maddenin üzerinde denenmesine rıza göstermesi, hukuka ve ahlaka aykırı ve dolayısıyla müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaya elverişsiz bir rıza iken, kişinin ağrı kesici amaçlı olarak bir ilacın üzerinde denenmesine rıza göstermesi hukuka uygun olacaktır.

D. Rıza Dışındaki Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Varlığıyla Gerçekleştirilen Müdahalede Bilgilendirme

Bilgilendirme yükümlülüğünün iki temel işlevi olduğunu yukarıda ifade etmiştik²⁷⁴. Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu sağlamaya yönelik bilgilendirme; kişinin rızası alınırken bunun bilgilendirilmiş rıza olabilmesi için yapılması gereken bilgilendirme, yani karar (otonomi) bilgilendirmesidir ve rıza dışındaki hukuka uygunluk sebeplerinin varlığıyla gerçekleştirilen müdahaleler yönünden yapılması zorunlu değildir. Ancak bilgilendirme yükümlülüğünün ikinci işlevi olan teşhis ve tedavinin hakkıyla yerine getirilmesi bakımından hastanın bilgilendirilmesi, tıbbî

²⁷¹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 105.

²⁷² KILIÇARSLAN KARA, s. 91.

²⁷³ Bkz. s.154.

²⁷⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 207; ZEYTİN, s. 168 vd., s. 50.

müdahale hangi sebeple hukuka uygun hale gelirse gelsin yapılması gereken bilgilendirmeyi ifade eder ki bu da karar (otonomi) bilgilendirmesi dışındaki diğer bilgilendirme çeşitlerinin yapılması gerektiği anlamını taşır. Bilgilendirme yükümlülüğünün ortadan kalktığı²⁷⁵ haller dışında bilgilendirmenin yapılması esastır.

Yargıtay bilgilendirme yükümlülüğünün devam ettiğine ilişkin olarak “*Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bir kişiye önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilmesi zorunludur. (Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m. 5) (R.G. 20.4.2004 tarih ve 25439 sayı) Muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. (Söz. m. 6/1) Kanuna göre bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği olmayan bir küçüğe veya akıl hastalığı ve benzeri herhangi bir sebepten dolayı muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, sadece yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen bir kişi veya makam ve kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir. (Söz. m. 6) Bu halde dahi, bu kişi, makam veya kuruluşa, müdahalenin amacı, niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgi verilmesi zorunludur.*” şeklinde hüküm kurmuştur²⁷⁶.

²⁷⁵ Bkz. s.68.

²⁷⁶ Yarg. 2. HD., T. 03.03.2014 E.2014/21336 K.2014/4508; emsal.yargitay.gov.tr.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖZELLİK ARZ EDEN TIBBİ MÜDAHALELER

I. GENEL OLARAK

Yukarıda ifade edildiği üzere, bir müdahalenin tıbbî müdahale kabul edilebilmesi ve tıbbî müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi bir takım şartlara bağlıdır. Bazı müdahaleler ise, mevzuatta özel olarak düzenlenmiş ve bu müdahalelere özel şartlarla izin verilmiştir. Özellik arz eden bu tıbbî müdahaleleri kısaca tanımlayarak, mevcut hukuki tartışmaları kısaca ele alacağız. Bu kapsamda; estetik amaçlı tıbbî müdahaleler, biyolojik madde nakilleri, yapay döllenmeler, embriyo aktarmaları, sterilizasyon, kastrasyon, gebeliğin tıbben sona erdirilmesi, cinsiyet değişikliğinin yönelik müdahaleler, tıbbî deneyler, kök hücre nakilleri ve klonlama başlıkları altında bu müdahaleler değerlendirilecektir. Çalışmamızda ele aldığımız bu müdahalelerin ortak noktası, müdahalenin bir yönüyle kişinin bireysel iyiliği ve/veya toplumsal faydayı hedeflemesidir. Çalışmamızın kapsamı dışında bıraktığımız ötenazi ise, kişiliğin sonlandırılması anlamı taşımaktadır ve bu müdahalenin gerçekleştirilmesiyle kişinin veya toplumun menfaat elde ettiğinden söz edilemez.

II. ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELER

Estetik amaçlı tıbbî müdahaleler; doğuştan, kaza sonucu veya kendiliğinden meydana gelmiş ve kişinin dış görünümü bozan deformasyon ve anomalilerin ortadan kaldırılması veya deformasyon veya anomali olmaksızın kişinin güzelleştirilmesini hedefleyen tıbbî müdahalelerdir¹.

Tıp biliminde estetik amaçlı tıbbî, müdahaleler “Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi”² ve “Estetik Cerrahi”³ olmak üzere iki branşta ele alınmaktadır⁴. Plastik ve

¹ BELGESAY, Doktorun Hukuki Borçları, s. 115-116; ÖZEK, s. 454; BAYRAKTAR, s. 165; ZEVLİLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 28; AYAN, s. 34; AŞÇIOĞLU, s. 51; ÇİLİNGİROĞLU, s. 19-20; YENERER ÇAKMUT, s. 180; ÖZAY, s. 23; PETEK, Güzelleştirme, s. 180.

² Branşın ilgi alanına giren operasyonlar için bkz. AKYILDIZ, Sunay, “Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hukuki Sorumluluk”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012), Ankara 2013, (Estetik), s. 66-67.

³ Branşın ilgi alanına giren operasyonlar için bkz. AKYILDIZ, Estetik, s. 69.

⁴ AKYILDIZ, Estetik, s. 65.

rekonstrüktif cerrahi, yeniden yapım ve onarım cerrahisi olarak da ifade edilebilir ve doğumsal veya sonradan edinilen anomalilerin, şekil ve fonksiyon bozukluklarının giderilmesini ve hastanın normale dönmesini hedeflemektedir⁵. Estetik cerrahi ise, şekil düzeltme cerrahisi olarak ifade edilebilir ve şekil ve/veya ölçüleri bozuk olan doku ve organların hastanın beğenisi ve ideal anatomik ölçüler baz alınarak değiştirilmesini ifade eder⁶.

Deformasyon ve anomalilerin giderilmesini hedefleyen müdahalelerin,- yani plastik ve rekonstrüktif cerrahinin-, tedavi amacına yöneldiği ve tıbbî müdahale kabul edileceğine dair doktrinde görüş birliği mevcuttur⁷.

Kişinin güzelleştirilmesini hedefleyen müdahaleler,- yani estetik cerrahi-, bakımından ise hukuka uygunluk tartışılmış ve kişiyi psikolojik olarak rahatsız eden bir durumun ortadan kaldırılması amaçlandığında kişinin ruh ve beden sağlığının ayrılmaz bir bütünü teşkil ettiğinden bahisle hukuka uygun olduğu kabul görmüştür⁸.

Farklı olarak ERMAN⁹; müdahalenin iyileştirme amacına yönelmesini zorunlu bir unsur olarak kabul etmediğinden, bu tarz müdahaleleri tıp mesleği çerçevesinde uygulanageldiği şekliyle hukuka uygun kabul etmektedir. İyileştirme amacı yerine, hukuka ve ahlaka uygunluk ölçütüyle denetlenmesi ve aydınlatma yükümlülüğünün son derece geniş ve katı şekilde uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.

Tedavi amacını, bedensel ve ruhsal sağlığın bütünlüğü ile ifade eden görüş de Erman ile paralel şekilde; müdahalenin hukuka ve ahlaka aykırı olmaması¹⁰ ve hekimin tam bir muayeneden geçirdikten sonra olası riskleri detayları ile anlatması ve bunun üzerine hastanın rızasının alınması¹¹ gerekliliğini vurgulamıştır.

Ayrıca, izin verilmiş bir müdahale olsa dahi bu tip müdahalelerde zorunluluk olmadığından, ortaya çıkacak zarar ve tehlike oranı müdahalenin sonucunda ulaşılmak

⁵ AKYILDIZ, Estetik, s. 66.

⁶ AKYILDIZ, Estetik, s. 65.

⁷ AŞÇIOĞLU, s. 51; ÇİLİNGİROĞLU, s. 20; YENERER ÇAKMUT, s. 181.

⁸ ZEVLİLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 28-29; SARIAL, s. 77; AYAN, s. 34; ÇİLİNGİROĞLU, s. 20-21; YENERER ÇAKMUT, s. 181; PETEK, Güzelleştirme, s. 184; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 24.

⁹ ERMAN, B., s. 202-203.

¹⁰ DERYAL, Rıza, s. 62.

¹¹ ÖZEK, s. 454-455; BAYRAKTAR, s. 168; ZEVLİLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 29; YENERER ÇAKMUT, s. 182.

istenen amacın değerinden yüksekse müdahaleden kaçınılması gerektiği¹² vurgulanmıştır.

Güzelleştirme amaçlı müdahalelerde tedavi, koruma veya acı dindirme maksadının bulunmadığını ve hukuka aykırı olacağını ifade eden, tamamen yasaklayıcı bir görüş de vardır¹³.

Kanaatimizce; tıbbî müdahalenin hukuken öngörölmüş amaçlara yönelmesi gerekmektedir ve mevcut hukuki düzenlemeler ışığında estetik müdahaleler ayrı bir düzenleme ile hukuken öngörölmüş durumda olmadığından tedavi amacı bağlamında değerlendirilmelidir. Gerçekten de, TDN m.13, teşhis tedavi veya koruma gayesi olmaksızın hekimin hastanın arzusuna uyarak müdahalesini yasaklamıştır. Tedavi amacı, ruh ve beden sağlığının bütünlüğü ile değerlendirildiğinde mevcut olduğu hallerde estetik amaçlı tıbbî müdahaleler hukuka uygun olacaktır. Ancak yalnızca güzelleştirme amaçlı müdahaleler söz konusu olduğunda kişinin sağlığını riske edebilecek nitelikteki müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Başlangıçta böyle bir tehlike bulunmamakla birlikte, operasyon sırasında tehlikeli hale gelmişse, salt güzelleştirme amacından vazgeçilerek hastaya zarar vermeyecek şekilde ameliyatın sonlandırılması gerekmektedir¹⁴.

Bu tıbbî müdahalelerde müdahalenin türüne göre değişmekle birlikte, özellikle komplikasyonlar ve sonuca ulaşma hususlarında yapılacak bilgilendirmenin geniş tutulması gerekmektedir ve bu bilgilendirmeye dayalı olarak verilen yazılı rıza hukuka uygunluk sebebidir¹⁵. Bu şekilde alınan yazılı rızanın eksikliği, operasyon başarılı olsa dahi hekimin sorumluluğuna yol açabileceğinden, hukuki sorumluluk ve kusur tespitinde bir ön koşul olarak değerlendirilmektedir¹⁶.

Yargıtay estetik operasyonu konu alan bir kararında¹⁷: “...*Dosya İçerisinde bulunan raporlarda davacının yüzünde oluşan hasarın nedeni, yabancı cisim reaksiyonu olarak bildirilmiştir. 22.12.2006 tarihli Adli Tıp Raporunda, enjeksiyon*

¹² ÖZEK, s. 455; BAYRAKTAR, s. 168; ZEVLİLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 29; AYAN, s. 34; YENERER ÇAKMUT, s. 182.

¹³ GÜRELLİ, s. 271-272.

¹⁴ ZEVLİLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 29; AŞÇIOĞLU, s. 52; PETEK, Güzelleştirme, s. 185.

¹⁵ AKYILDIZ, Estetik, s. 83.

¹⁶ AKYILDIZ, Estetik, s. 83.

¹⁷ Yarg. 13 HD. T. 19.08.2008, E.2008/4519 K.2008/10750; www.kazanci.com Aynı yönde bir başka kararı: Yarg. 13 HD. T. 21.05.2012, E.2011/11359 K.2012/12808; www.kazanci.com.

işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası **nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de**, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulu'nda verdiği 23.09.2005 tarihli ifadesinde, **davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon olursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir.** Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon olduğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz.” ifadeleriyle vurgulayarak bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin araştırılması gerektiğini ifade ederek kararın bozulması yönünde hüküm kurmuştur. Bu karar ile gerek işlemin ayrıntılarını anlatmanın vurgulanması ve az gerçekleşen bir komplikasyon olmasına rağmen ile bilgilendirmenin yapılmasının aranması ile estetik operasyonlarda bilgilendirme kapsamının geniş tutulmasına gerekse de kararda açıkça ifade edildiği üzere yazılı rızanın aranmasına ilişkin vurgular ile estetik amaçlı tıbbî müdahalelerde bilgilendirilmiş rıza özetlenmiştir.

III. KAN, DOKU, VE ORGAN AKTARMALARI

A. Genel Olarak

Kan, doku ve organ nakilleri, kan, doku veya organ nakli olarak özellikle belirtilmesi gerekmedikçe genel bir ifade ile “*transplant*” kelimesi ile ifade edilmekte ve bu “*nakil*”den yalnızca ölü kişinin halen çalışmakta olan organlarının başkasına naklinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸.

¹⁸ BANDER, Edward J./WALLACH, Jeffrey J., Medical Legal Dictionary, Newyork 1970, s. 67-68.

Canlı bir kişi veya bir ölü vericiden alınan kan, doku veya organların ya da insan dışında bir canlı¹⁹ veya yapay olarak üretilmiş organların yaşayan bir kişiye aktarılmasına ilişkin müdahalelerin tedavi amacına yönelmesi veya hukuken öngörülmüş olması sebepleriyle hukuka uygunluğu doktrinde kabul edilmektedir²⁰. Çalışmamızda somut hukuk boyutuyla değerlendirilecek olan biyolojik madde nakilleri etik ve dini birçok tartışmaya konu olmuştur²¹.

Kan, doku ve organ ifadesi yerine “İnsan kökenli biyolojik madde”²² ifadesi de kullanılmaktadır. Çalışmamızda genel olarak kan, doku ve organ naklinden bahsedilirken, “biyolojik madde nakli” ifadesi tercih edilecek ve özellik arz eden bir durum olduğunda tekil olarak organ, doku veya kan nakli ifadesi kullanılacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki, ODASNHK. m.2/II “*Oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılama ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbî deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir*” hükmü uyarınca kan nakli olağan bir tıbbî müdahale olarak nitelendirilmiştir. Bu sebeple, bu başlık altında çoğunlukla özellik arz eden doku ve organ nakillerini değerlendireceğiz.

Biyolojik madde nakilleri Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve kanunlar ile düzenlenmiş ve belirli sınırlar dâhilinde gerçekleştirilmesine hukuken cevaz verilmiştir. AY. m.15/II²³ ve m.17²⁴,de yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde biyolojik madde nakillerinin genel ifadelerle anayasal zemine oturtulduğu söylenebilir²⁵.

¹⁹ Ksenotransplantasyon: Hayvandan insana doku nakli.

²⁰ **BAYRAKTAR**, s. 159-200; **AYAN**, s. 9; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 21.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **YILMAZ**, Ergün, “Organ ve Doku Nakli”, Sağlık Hukuku Digestası, S. 2, Y. 2012, s. 212-217.

²² TMK. m.23/III’ün ifadesinden yola çıkılarak bu terim tercih edilebilmektedir. **ÖZBİLEN**, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011, (Biyolojik Maddeler), s. 7. Bu kavram; kan, doku ve organların yanı sıra kök hücre ve genetik materyali de kapsamaktadır. **ÖZBİLEN**, Biyolojik Maddeler, s. 8-12. Ancak çalışmamızda yalnızca kan, doku ve organlar bakımından bu ifade kullanılacak ve kök hücre ayrı bir başlık altında özel olarak incelenecektir.

²³ AY. m.15/II: “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, *kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz*; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

²⁴ AY. m.17: “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi²⁶ 19, 20 ve 21. maddelerinde canlı kişiden yapılan nakilleri düzenlemiştir. 19. madde ile naklin son çare olması öngörülürken; m.21 ticari amaçla nakiller yasaklanmıştır. 20. maddenin birinci fıkrası ile rıza yeteneği bulunmayanlardan nakil yapılabilmesi kural olarak yasaklanmışsa da, ikinci fıkra ile istisnalar getirilmiştir. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti 20.madde hükmüne çekince koymuştur, zira Türk Hukukunda mutlak yasak söz konusudur²⁷. Kanunlar ile de, aşağıda değerlendireceğimiz üzere özel hukuk yönünden TMK. ve ODASNHK. İle düzenlenmiştir. TCK m.91²⁸ ile de rıza dışı veya hukuka aykırı yapılan nakillere cezai yaptırım öngörülmüştür²⁹.

TMK. m.23'te kişilik hakkına müdahalenin istisnası olarak düzenlenen insan kökenli biyolojik madde nakli, ODASNHK. İle kapsamlı olarak düzenlenmiştir. ODASNHK ile insanlararası biyolojik madde nakilleri (Homotransplantasyon) düzenlenirken, hayvanlardan yapılan biyolojik madde nakilleri (Ksenotransplantasyon)

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.”

²⁵ YILMAZ, E., s. 222.

²⁶ 5013 sayılı “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”un yürürlüğe girmesi (RG. T. 09.12.2013, S. 25311) ile Türk hukuku bakımından AY. m.90/V hükmü gereğince kanun hükmündedir. Ancak Sözleşmenin 20 maddesinde öngörülen alıcının kardeşinden nakli öngören hüküme, ODASNHK. m.5’e aykırı olduğundan Türkiye çekince koymuştur.

²⁷ KATOĞLU, Tuğrul, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, *AÜHFD* C. 55, S. 1, Y. 2006, s. 187.

²⁸ TCK. m.91: “(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrafta belirtilen cezalara hükmolunur.

(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıllayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

²⁹ Çalışmamız yönünden rıza dışı ve hukuka aykırı gerçekleştirilen nakillere yönelik öngörülen ceza önem arz etmekle birlikte, satma, satın alma ve aracılık etmeye yönelik olduğu gibi başkaca fillere başkaca yaptırımlar da öngörülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, E., s. 224-227.

ve kişinin kendisinden yine kendisine gerçekleştirilen biyolojik madde nakilleri (Ototransplantasyon) (Oto-gref) kapsam dışında bırakılmıştır.

Kişinin kendisinden yine kendisine gerçekleştirilen biyolojik madde nakillerinde, ODASNHK m.2/II hükmü³⁰ gereğince genel hükümler uygulama alanı bulabilecektir. Bu durumda, alıcı da verici de kişinin kendisi olduğundan tıbbî müdahalenin diğer unsurlarının tam olduğu bir varsayımda kişinin rızası bu operasyon için gerekli ve yeterli olacaktır.

Hayvanlardan yapılan biyolojik madde nakillerinde ise, ODASNHK' nın kıyasen dahi uygulanması mümkün olamayacağından, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu³¹ 8 ve 9. maddeleri uyarınca hareket edilmesi söz konusu olabilecek veya insan hayatının kurtarıldığı gerekçesiyle naklin hukuka uygunluğu kabul edilecektir³².

İnsanlararası biyolojik madde nakillerinde, bir insanın (alıcı) ihtiyaç duyduğu biyolojik maddenin bir başka insanın (verici) vücudundan nakledilmesi söz konusudur ve her iki kişinin de vücut bütünlüğünü ve haklarını etkileyebilecek nitelikte olması sebebiyle hukuki açıdan üzerinde durulması gereken de bu nakillerdir³³. Bu nakiller de kendi içerisinde, ölü vericiden ve canlı vericiden gerçekleştirilen biyolojik madde nakilleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

B. Canlı Vericiden Yapılan Nakiller

Canlı vericiden yapılan biyolojik madde nakli; canlı bir insandan (verici), canlı bir insana (alıcı) iyileştirilmesi amacıyla yapılan nakildir³⁴. Canlı vericiden yapılan biyolojik madde nakillerinde bir takım şartlar aranmaktadır: ODASNHK m.3 uyarınca organ naklinin bir bedel veya başkaca çıkar karşılığında yapılmaması, m.5 uyarınca vericinin ayırt etme gücüne sahip olması ve on sekiz yaşını doldurmuş olması, m.8 uyarınca nakledilecek organın vericinin hayatı ve sağlığı için ciddi bir tehlike oluşturmaması, m.9 uyarınca gerekli tahlil ve incelemelerin yapılmış olması, m.10 uyarınca nakli yapacak hekimin uzman ve yapılacak sağlık kuruluşunun donanımlı

³⁰ “Oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılantması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbî deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.”

³¹ RG. T. 01.07.2004, S. 25509.

³² ÖZGÜL, s. 106.

³³ AYAN, s. 17; ÖZGÜL, s. 107.

³⁴ AYAN, s. 18; ATEŞ, s. 120.

olması ve tüm tıbbî müdahalelerde olduğu gibi müdahaleye maruz kalacak kişi veya kişilerin bilgilendirilmiş rızası.

Hem alıcı hem verici canlı birer kişi olduğundan burada her ikisinin de bilgilendirilmiş rızasına ihtiyaç duyulacaktır. Zorunluluk hali, kişinin veya kamunun üstün yararı alıcı bakımından uygulama alanı bulabilecekken, verici bakımından rızası hilafına nakil gerçekleştirilmesi mümkün olamayacaktır³⁵.

Canlı vericinin bilgilendirilmiş rızasının geçerli olabilmesi için; ODASNHK m.5 ve m.7/I-c uyarınca kişi ergin olmalı ve kişinin ayırt etme gücü bulunmalı, m.7/I-a,b uyarınca kişinin ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi sonrasında verilmiş olmalı³⁶, tüm tıbbî müdahalelerde olduğu gibi rızayı sakatlayan haller bulunmamalı³⁷, kişi evli ise, eş bakımından da sonuçları olabileceğinden ve eşin fikrinin kişinin kararını etkileyebileceğinden bahisle³⁸ m.7/I-d uyarınca eşin rızası olmalı, m.6 ve TMKm.23/III uyarınca rıza yazılı olmalı³⁹dır. Doktrinde rızanın geçerliliği ayrıca, naklin tedavi niteliğinde olması, tıp biliminde daha önce denenmiş ve tehlikeli sonuçları bertaraf edilmiş bir yöntemle naklin yapılmasına bağlanmış ve deneme amacıyla nakil yapılamayacağı ifade edilmiştir⁴⁰.

³⁵ **TOROSLU**, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk.” *AÜHFD* C. 35, S. 1-4, Y. 1978, s. 101; **ATEŞ**, s. 120.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu başlık altında incelenen sağlıklı biyolojik maddenin naklidir, kişinin sağlığını tehdit eden hastalıklı apandistinin alınması biyolojik madde nakli kapsamına giremeyeceğinden bu kapsamın dışında kalacaktır.

³⁶ **SARIAL**, s. 55 vd.; **DOĞAN**, Murat, “Organ ve Doku Nakli”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012), Ankara 2013, (Organ Nakli), s. 16; **SERT**, Selin/**CİHAN**, Ali Hulki, Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar, İstanbul 2013, s. 15.

³⁷ **AKINCI**, Şahin, “Organ Naklini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara 2007, (Çözüm Önerileri), s. 68; **SERT/CİHAN**, s. 15.

³⁸ **DOĞAN**, M., Organ Nakli, s. 17.

³⁹ Sözlü rızanın yazılı hale getirilebileceği görüşü de ileri sürülmektedir. **DOĞAN**, M., Organ Nakli, s. 17.

⁴⁰ **DOĞAN**, M., Organ Nakli, s. 18.

ODASNHK m.5⁴¹ 18 yaşını doldurmamış mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku naklini kesin olarak yasaklamıştır. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi de kısıtlı kişiler yönünden de bu yasağın uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁴².

Verici, nakil yapılana kadar her zaman rızasını geri alabilir⁴³. TMK. m.23/3 hükmünde *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz”* ifadesiyle, nakil için vericinin tamamen serbest iradesiyle karar vermesi tesis edilmeye çalışılmaktadır⁴⁴.

C. Ölü Vericiden Yapılan Nakiller

Ölü vericiden yapılan biyolojik madde naklinde; ölü bir insandan (verici), canlı bir insana (alıcı) nakil söz konusudur. Bu naklin söz konusu olabilmesi için m.11 uyarınca vericinin ölmüş olması aranmaktadır, ki bu noktada ölüm anının saptanması⁴⁵ önem arz etmektedir ve beyin ölümü görüşü kabul edilmektedir⁴⁶. Ölü kişiden naklin yapılabilmesi için kural olarak organ veya dokuları alınacak kimsenin önceden olumlu

⁴¹ ODASNHK. m.5: “On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.”

⁴² Yarg. 18.HD. T. 06.03.2014, E.2013/16178 K. 2014/3998; www.kazanci.com: “Yasa koyucu, vasiinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa’da, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu’nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir..... kısıtlı Ş.Y.’dan kardeşi E.Y.’a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi T.Y.’ye izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır.”

⁴³ AYAN, s. 20; SARIAL, s. 70; DOĞAN, M., Organ Nakli, s. 17.

⁴⁴ DOĞAN, M., Organ Nakli, s. 17.

⁴⁵ AYAN, s. 21; ZENGİN, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbî Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2012, s. 285-287; DOĞAN, M., Organ Nakli, s. 19.

Ölüm anının saptanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 371 vd.

⁴⁶ ZENGİN, s. 282; DOĞAN, M., Organ Nakli, s. 19.

beyanda bulunmuş olması veya herhangi bir beyanı olmadığında yakınları rıza göstermiş olması gerekir. Aşağıda değerlendireceğimiz üzere, zaruret halinde de organ ve doku nakli yapılabilmesi mümkündür.

Ölü kişiden nakil yapılabilmesi için gerekli rızanın kimler tarafından ve nasıl verileceği ODASNHK m.14⁴⁷, de düzenlenmiştir.

Vericinin ölüm öncesi rıza açıklamasında, belirli organ veya dokuya izin verilmesi veya organların tamamı bağışlanması mümkündür ve bir sınırlama getirilmişse buna da riayet etmek gerekecektir⁴⁸. Ölüm öncesi rıza açıklamasında

⁴⁷ ODASNHK. m.14: “Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmî veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.

Aksine bir vasiyet (Değişik ibare: 6514 - 2.1.2014 / m.42) “ibraz edilmedikçe” yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.

Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz.”

Kaza veya doğal âfetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbî ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbî zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.

(Ek fıkra: 2594 - 21.1.1982) Ayrıca vücudunu ölümünden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı (Değişik ibare: 6514 - 2.1.2014 / m.42) “ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış” cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler, Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

(Ek fıkra: 6514 - 2.1.2014 / m.42) Tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurt içinden yeteri kadar temin edilememesi hâlinde, kadavra veya kadavra parçası, soykırım ve insanlığa karşı işlenmiş suçlar yoluyla ölmüş kimselerden temin edilmemiş olması kaydı ile yurt dışından temin edilebilir. Kadavra veya kadavra parçası temini ile yurt dışından kadavra temin edecek kişi veya kuruluşların yetkilendirilmesine dair usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir.”

⁴⁸ DOĞAN, M., Organ Nakli, s. 21.

bulunacak kişinin vasiyetname ehliyetin sahip olması aranmaktadır; dolayısıyla ayırt etme gücünü haiz ve 15 yaşını doldurmuş olmak yeterlidir⁴⁹.

Ölü vericinin sağlığında açıkladığı rızada, doktrinde bir görüş sözlü rızanın ancak sözlü vasiyetname şeklinde açıklanabileceği kabul etmektedir⁵⁰. Diğer görüş ise; sözlü vasiyetnameyle rıza açıklanabileceği kabul edilmekte⁵¹ ve fakat kanun koyucunun sözlü vasiyetnameyi şart koşmadığı ifade edilmektedir⁵².

Ölü vericinin ölüm öncesinde olumlu beyanı bulunabileceği gibi olumsuz beyanı da bulunabilir. Bu halde, “*Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz*” şeklindeki m.14/III hükmü uyarınca bu irade beyanına riayet edilir ve organ veya doku alınamaz.

Ceset üzerinde değişiklik yapmayan kornea gibi dokular m.14/II hükmünün “*Aksine bir vasiyet (Değişik ibare: 6514 – 2.1.2014 / m.42) “ibraz edilmedikçe” yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir*” biçiminde açıkça ifade ettiği üzere vericinin olumsuz beyanı olmadıkça ve hatta yakınların rızası da aranmaksızın alınabilecektir⁵³. “*İbraz edilmedikçe*” ifadesi ile aksi yönde bir beyan bulunan ve fakat naklin gerçekleşeceği süre içerisinde ortaya çıkmayan hallerde ölen kişinin yakınlarının sonradan hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek şekilde hekime husumet yöneltmesinin önüne geçilmektedir.

Kanun koyucu bir takım özel hallerin varlığında rıza aranmaksızın da organ ve doku naklinin gerçekleştirilebileceğini m.14/IV’de “*Kaza veya doğal âfetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbî ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbî zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir*” şeklinde hüküm altına almıştır.

⁴⁹ DOĞAN, M., Organ Nakli, s. 22.

⁵⁰ AKINCI, Hukuki Sonuç, s. 142; AKINCI, Çözüm Önerileri, s. 70.

⁵¹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 118; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 114.

⁵² DOĞAN, M., Organ Nakli, s. 21.

⁵³ DOĞAN, M., Organ Nakli, s. 24.

Kanaatimizce, bu hüküm ile kaza ve doğal afet gibi toplu ölüme yol açabilecek hallerde, hayatta tutulabilecek kişilerin üstün menfaati karşısında, ölen kişinin yakınlarına ulaşmak için vakit kaybederek alınacak rıza göz ardı edilmiştir. Rıza göz ardı edilirken, tıbbî ölüm halinin alınacak organa bağlı olmadığına hekimler kurulu raporu ile belgelenmesi şartı aranmıştır, bu şart ile yaşama şansı olan kişilerin bu şansının bir kurul tarafından denetlenmesi sağlanmıştır. Doktrinde, kaza veya doğal afet sebebiyle ölüm hali ile ilgili bir özel düzenlemenin yalnızca “*vücutun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş*” olmasına özgülenmesi eleştirilmiş ve ölümün kaza veya doğal afet sebebiyle gerçekleştiği ve fakat vücutta ağır harabiyet bulunmadığı durumlarda bu hassasiyetin gösterilmemesinin gerekçesiz kaldığı ifade edilmiştir⁵⁴. Önemle belirtmek gerekir ki, yakınlarının olmaması kişinin kimsesiz olmasını değil; yakınlarının yanında olmadığına tespitidir⁵⁵. Aksi bir yorum, hükmü işlevsiz kılacaktır.

Otopsi gerektiren hallerde, organ naklinin öncelikle yapılması gerektiği ve otopsi sonrasına bırakılması gerektiğine ilişkin farklı görüşler⁵⁶ mevcut olmakla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, öncelik hayat kurtarmak olmalı ve hayat kurtarmak amacıyla nakli gerçekleştiren hekimler cezalandırılmama ve otopsi öncesi nakil mümkün olmalıdır⁵⁷.

Alıcı yönünden ise, canlıdan veya ölüden yapılması fark etmeksizin bilgilendirilmiş rızasının varlığı aranacaktır. Zira kanaatimizce, alıcı açısından sıradan bir tıbbî müdahaleden farklı bir durum söz konusu değildir. Alıcının ayırt etme gücünü haiz olmaması halinde, yasal temsilcinin bilgilendirilmiş rızası ile nakil yapılabilecektir⁵⁸.

IV. YAPAY DÖLLENMELER

Yapay döllenme⁵⁹ en geniş tanımıyla erkek ve kadından alınan üreme hücrelerinin, cinsel ilişki bulunmaksızın, çeşitli yöntemlerle döllendirilmesidir⁶⁰. Doğal

⁵⁴ SERT/CİHAN, s. 22.

⁵⁵ AKINCI, Çözüm Önerileri, s. 74-75; DOĞAN, M., Organ Nakli, s. 24.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 380 vd.

⁵⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 381.

⁵⁸ DOĞAN, M., Organ Nakli, s. 18.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, Öztürk, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2014, s. 41 vd.

yollarla hamileliğin gerçekleşemediği hallerde, tıbbî teknoloji yardımıyla döllenme gerçekleştirilebilmektedir. Dar anlamıyla yapay döllenme, cinsel ilişki yoluyla hamileliğin gerçekleşmemesi halinde, erkek üreme hücrelerinin mekanik yolla kadının rahmine enjeksiyonu ve yumurtanın bu yolla döllendirilmesidir⁶¹. Döllenmenin sağlanmasının ardından gametler veya embriyo anne adayına transfer edilir⁶². Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁶³ m.4/I-ğ’de, üremeye yardımcı tedavi; “Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbî tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar” olarak tanımlanmıştır.

Yönetmeliğin öngörmekte olduğu bu tanım yapay döllenmelerin iki çeşidinden biri olan homolog döllenme tanımıdır. Gerçekten de homolog döllenme, kocanın üreme hücrelerinin tıbbî yöntemlerle karısına aktarımıyla gerçekleştirilen yapay döllenmedir. Heterolog döllenme ise; arada bir evlilik bağı aranmaksızın, bekar bir kadına veya kocanın üreme hücreleri ile döllenmenin mümkün olmayacağı hallerde evli bir kadına 3.kişi konumunda bir erkeğin üreme hücrelerinin tıbbî yöntemlerle aktarılması yoluyla döllenmenin gerçekleştirilmesi halidir⁶⁴.

Homolog döllenme gerek yürürlükten kalkmış bulunan “Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği”⁶⁵ ile gerekse de mevcut yönetmelik ile açıkça düzenlenmiştir. Heterolog döllenme ise; İngiltere, Fransa gibi kimi ülkelerde evlilik dışı döllenmelere izin verilmesi veya sperm ve yumurta bağışı şeklinde kabul görmekle⁶⁶

⁶⁰ **ÖZDEMİR**, Hayrünnisa, “Üreme Merkezlerinin Hukuki Sorumluluğu”, VIII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır), Ankara 2012, (Üreme), s. 453; **GÖNENÇ**, Fulya İlçin, “Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (16-17 Ekim 2014, KKTC), Ankara 2015, s. 63.

⁶¹ **ÖZDEMİR**, Üreme, s. 453.

⁶² **AYDIN**, s. 42.

⁶³ RG. T. 30.09.2014, S. 29135.

⁶⁴ **YENERER ÇAKMUT**, s. 169; **ARPACIOĞLU TÜZÜN**, Işıl, “Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 1, Y. 2013, s. 14; **BAYRAKTAR**, s. 199-200; **ERGÜNEŞ**, Seda, “Yapay Döllenme”, *Sağlık Hukuku Makaleleri - II*, İstanbul 2012, s. 168.

⁶⁵ RG. T. 19.11.1996, S. 22822.

⁶⁶ **AYAN**, s. 42; **YENERER ÇAKMUT**, s. 172; Ayrıntılı bilgi için bkz. **EROL**, Yasemin, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik*, Ankara 2012, s. 95-97.

birlikte izin veya yasak içeren bir hüküm Türk Hukukunda bulunmamaktadır. Doktrinde; Anayasal güvence altında bulunan ailenin korunmasına, insan onuruna aykırı olduğu ileri sürülerek ve nesep karışıklıkları meydana getirebileceğinden de bahisle hukuka ve ahlaka aykırı kabul edilmiştir⁶⁷.

Tüm tıbbî müdahalelerde olduğu gibi homolog döllenmenin hukuka uygun hale gelmesinde de bilgilendirilmiş rıza önem arz etmektedir. Bu işlem bakımından, işlemi gerçekleştirecek hekim tarafından, hem kadının hem de kocanın olası sonuçlar ve yapılacak müdahale ile ilgili bilgilendirilmesinden sonra alınacak rıza ve bu rızayı gösterir nitelikte Yönetmelik Ek-8’de yer alan muvafakat formunun yazılı şekilde doldurulması ve imzalanması aranmaktadır⁶⁸. Elde edilen spermin kaliteli olmadığı ve bu sebeple oluşacak embriyonun sağlıklı olma ihtimalinin düşük olduğu veya kadının rahmindeki problemten kaynaklı olarak oluşan embriyonun rahimde gelişme ihtimalinin zayıf olduğu durumlarda hekim bu hususlarda da hastasını bilgilendirmelidir⁶⁹.

V. EMBRİYO AKTARMALARI

Embriyo; döllenmiş ve gelişme yeteneği bulunan yumurta hücresidir. Embriyonun döllendiği yere göre iki farklı embriyo nakli söz konusudur: in vivo (rahim içi) embriyo nakli ve in vitro (tüp bebek) embriyo nakli. In vivo embriyo naklinde, başka bir kadının rahminde döllendirilen embriyonun anne rahmine nakli söz konusu iken, in vitro embriyo naklinde laboratuvar ortamında in vitro ortamda döllendirilen embriyonun anne rahmine nakli söz konusudur⁷⁰.

In vivo embriyo nakli üç farklı şekilde gerçekleştirilebilir. İlki, kocanın üreme hücrelerinin yabancı kadın rahmine nakli ile oluşan embriyonun karısının rahmine aktarılması, embriyonun burada gelişip büyümesi ve doğumun gerçekleşmesiyle yabancı kadının yalnızca biyolojik bağının bulunduğu, karı ve kocanın anne-baba olduğu nakil şeklidir. İkincisi, evli karı koca ilişkisinden oluşan embriyonun yabancı

⁶⁷ BAYRAKTAR, s. 200; ZEVLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 33; ÇİLİNGİROĞLU, s. 23; YENERER ÇAKMUT, s. 171-172; ÖZSUNAY, Aydınlatma Ödevi, s. 81; GÜLŞEN, Recep, “Ceza Hukuku Açısından Yapay Döllenme”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012), Ankara 2013, s. 122-123.

⁶⁸ ÖZDEMİR, Üreme, s. 460.

⁶⁹ ÖZDEMİR, Üreme, s. 464.

⁷⁰ EROL, s. 52.

kadın rahmine aktarılması ve doğumun yabancı kadın tarafından gerçekleştirilmesi ve bebeğin evli karı kocaya verilmesi (Taşıyıcı Annelik) halidir. Üçüncüsü, evli karı koca ilişkisinden oluşan embriyonun çocuk sahibi olmak isteyen bir başka kadına naklidir, bu hal doğumdan önce evlat edinme olarak da isimlendirilmektedir⁷¹.

In vitro embriyo nakli iki farklı şekilde gerçekleştirilebilir. İlki, evli bir çift olan kadın ve erkekten alınan üreme hücrelerinin in vitro ortamda birleştirilerek oluşturulan embriyonun tekrar kadının rahmine yerleştirilmesi halidir⁷². İkincisi, heterolog döllemeye çok benzer şekilde yabancı bir kişinin üreme hücresinin eşlerden birinin üreme hücresiyle birleştirilerek oluşan embriyonun evli kadının rahmine nakli halidir⁷³. Heterolog döllemeden farkı, doğrudan yabancı erkek hücresinin anne adayının rahmine aktarılması yerine üreme hücreleri laboratuvar ortamında in vitro ortamda döllendirildikten sonra embriyonun anne rahmine aktarılmasıdır.

Tüm bu yöntemlerin tıbbî müdahale olduğu açık olmakla birlikte, hangilerinin hukuka uygun tıbbî müdahale teşkil edeceği tartışmalıdır. Ülkeden ülkeye yaklaşım farklılıkları gözlenmekteyse de, bu müdahaleler etik tartışmalara konu olmakta ve bir takım ceza hukuku yaptırımları öngörülmektedir⁷⁴. Özellikle yabancı kişilerin üreme hücrelerinin kullanıldığı yöntemlerin hukuka ve ahlaka uygunluğu tartışılmakta ve soy bağı bakımından ortaya çıkabilecek olası problemler dile getirilmektedir⁷⁵.

Türk Hukuku bakımından tüm bu embriyo aktarma yöntemlerinden yalnızca; tüp bebek olarak bilinen, eşlerin üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında döllendirilerek oluşan embriyonun anne adayı eşin rahmine aktarılması işlemi hukuka uygun kabul edilmektedir. Diğer yöntemler, heterolog dölleme ile aynı gerekçeler ile hukuka aykırı kabul edilmektedir⁷⁶. Gerçekten de Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m.4/I-ğ hükmüyle embriyo aktarma şekillerinden yalnızca bu yöntemi açıkça ifade etmek suretiyle

⁷¹ ZEVKLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 34-35; AYAN, s. 43; ÇİLİNGİROĞLU, s. 24-25; YENERER ÇAKMUT, s. 173; EROL, s. 53; ERGÜNEŞ, s. 168-169.

⁷² ZEVKLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 34; AYAN, s. 43; ÇİLİNGİROĞLU, s. 24; YENERER ÇAKMUT, s. 173; EROL, s. 59; ERGÜNEŞ, s. 168.

⁷³ EROL, s. 59.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜLŞEN, s. 124-126.

⁷⁵ ZEVKLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 35; AYAN, s. 43-44; ÇİLİNGİROĞLU, s. 25; YENERER ÇAKMUT, s. 174; ERGÜNEŞ, s. 170-171.

⁷⁶ ZEVKLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 35; AYAN, s. 43-44; ÇİLİNGİROĞLU, s. 25; YENERER ÇAKMUT, s. 174.

düzenlemiş bulunmaktadır. Biyotıp Sözleşmesi m.18⁷⁷ hükmüyle Kanunun tüpte embriyo üzerinde araştırmaya izin vermesi halinde, embriyo için yeterli koruma sağlanmasını emretmiş ve araştırma amaçlı insan embriyosu oluşturulmasını yasaklamıştır.

HAKERİ, çocuğun menfaatini gözeten ve genetik durumu esas alan bir takım kanuni düzenlemelerin varlığı ile taşıyıcı anneliğe izin verilmesi; ancak bu uygulamanın maddi menfaat karşılığı yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁸.

VI. STERİLİZASYON

Sterilizasyon veya halk arasında bilinen tabiriyle kısırlaştırma; NPHK m.4/I'de, *“bir erkek veya bir kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale”* olarak tanımlanmıştır. İsteğe bağlı bir operasyonla gerçekleştirilebileceği gibi, zorunlu olarak ya da bir hastalık veya işlev bozukluğunun ortadan kaldırılması dolayısıyla tesadüfen de ortaya çıkabilir⁷⁹. Sterilizasyon işleminden sonra, mikro cerrahi yöntemi kullanılarak üreme yeteneğinin geri kazanılması %60 ihtimalle sağlanabilmektedir⁸⁰.

Tarihi süreçte, zorunlu tutularak bu operasyonun soykırım maksatlı olarak da kullanılması gündeme gelmiştir⁸¹. İstemsiz olarak bu operasyonun gerçekleştirilmesi hukukumuzda uygun olmamakla ve yapılması suç teşkil etmekle⁸² birlikte, tarihi süreçte

⁷⁷ Biyotıp Sözleşmesi m.18: “Kanunun tüpte embriyo üzerinde araştırmaya izin vermesi halinde, embriyo için yeterli koruma sağlanmalıdır.

Araştırma amaçlarıyla insan embriyolarının oluşturulması yasaktır.”

⁷⁸ **HAKERİ**, Hakan, “Taşıyıcı Annelik”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (16-17 Ekim 2014, KKTC), Ankara 2015, (Taşıyıcı Annelik), s. 90-91.

⁷⁹ **DOĞAN**, Cahid, “Kısırlaştırma (Sterilizasyon)”, Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (01-04 Mayıs 2014), Muğla 2014, (Sterilizasyon), s. 347.

⁸⁰ **ÇEKER**, Mustafa, “Tıbbî Uygulamaların Hukuk Dünyamıza Etkileri” İslam&Tıp Tıbbî Nebevi Kongresi (7-10 Ekim 2015), 2015.(Tıbbî Uygulamalar), s. 9.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **SARP**, Nilgün, “Kısırlaştırma (Sterilizasyon)”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012), Ankara 2013, s. 52-57.

⁸² TCK. m.101/I: “Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır”

üç sebeple yapılmıştır: öjenik kısırlaştırma⁸³, tıbbî endikasyon sebebiyle kısırlaştırma⁸⁴ ve sosyal endikasyon sebebiyle kısırlaştırma⁸⁵.

İsteğe bağlı olarak erkekler için vazektomi (sperm kanallarının kapatılması) ve kadınlar için tüp ligasyonu (tüp kanallarının kapatılması) operasyonları gerçekleştirilerek kişinin cinsel arzularına ve faaliyetlerine zarar gelmeksizin üreme yeteneği ortadan kaldırılabilir⁸⁶.

Sterilizasyon operasyonun gerçekleştirilebilmesi için, tıbbî sakınca bulunmaması⁸⁷, kişinin reşit olması⁸⁸ ve eğer evli ise eşinin yazılı ve imzalı rızası⁸⁹ ve bu müdahalenin anlamı, etkisi, sonuçları hakkında geniş şekilde aydınlatıldıktan sonra alınmış bilgilendirilmiş rızasının varlığı⁹⁰ aranmıştır. Bu operasyonun hukuka uygunluğunda aranan bir diğer koşul, yetkili kişilerce gerçekleştirilmesidir ve yetkili kişilerce gerçekleştirilmemesi halinde gerçekleştiren kişilerin cezai sorumluluğu⁹¹ söz konusudur. Yetkili kişiler ise; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.10/II-III uyarınca; kadınlara sterilizasyon ameliyatı yönünden kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanları; erkeklere sterilizasyon ameliyatı yönünden ise, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarıyla bu konuda Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerdir.

⁸³ Kalıtsal olarak zihni veya bedeni rahatsızlık taşıyan kişilere uygulanan kısırlaştırma.

⁸⁴ Üremenin sağlık sorunu yaratabileceği hallerde (örneğin kadının doğum yapmasının sağlığı için tehlike arz eden hallerde) uygulanan kısırlaştırma.

⁸⁵ **DOĞAN, C.**, Sterilizasyon, s. 355.

Kalıtsal olmamakla birlikte bedeni veya zihni rahatsızlığı veya mali engeli bulunan kişilerin çocuğa bakamamaları ihtimali dolayısıyla gerçekleştirilen kısırlaştırma. Trans bireylerin kısırlaştırılması bu kapsamda olmakla birlikte, 02.06.2014 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü (WHO) bu tarz kısırlaştırılmaları kınayan bir bildiri yayınlamıştır.

⁸⁶ **BAYRAKTAR**, s. 197; **ZEVLİLİLER**, Tedavi Amaçlı, s. 29; **AYAN**, s. 27; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 26; **AŞÇIOĞLU**, s. 60; **YENERER ÇAKMUT**, s. 127.

⁸⁷ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.10/I: Sterilizasyon ameliyatı, tıbbî sakınca olmaması koşuluyla ve reşit kişinin isteği üzerine yapılır.”

⁸⁸ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.10.

⁸⁹ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.15.

⁹⁰ **YENERER ÇAKMUT**, s. 129; **DOĞAN, C.**, Sterilizasyon, s. 352-354.

⁹¹ TCK. m.101/II: “Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

VII. KASTRASYON

Kastrasyon veya bilindik adı ile hadım etme, sterilizasyondan farklı olarak yalnızca kişinin üreme yeteneği değil bunun yanı sıra cinsel arzu ve cinsel faaliyette bulunma yeteneğini de sona erdiren bir tıbbî müdahaledir. Sterilizasyondan farklı olarak, her iki yumurtalık veya testisin çıkarılması ile östrojen ve testosteron salgısı durdurulmaktadır⁹².

Cerrahi kastrasyon ve kimyasal kastrasyon olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleştirilebilir.⁹³ Bedensel ve ruhsal olarak sterilizasyona göre çok daha büyük etkiler meydana getirebilmektedir.⁹⁴

Sterilizasyonda olduğu gibi, hukukumuzda istemsiz olarak operasyon gerçekleştirilmesi mümkün olamayacaktır⁹⁵. Ancak NPHK m. 4/III'de “*Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbî zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir*” şeklinde öngörüldüğü üzere; ameliyat sırasında ortaya çıkan zorunluluk halinde tedavi amaçlı olarak kişinin rızası olmadan yapılabilecektir. Burada göz önünde bulundurulması gereken; kişinin rızası olmasa da ameliyat sırasında yararının bulunması halinde zorunluluk hali mevcut olup, başka sebeplerle (örneğin; tecavüz suçlularının cezalandırılması vs.) zorunlu olarak⁹⁶ gerçekleştirilememesidir. Ameliyat hali dışında kastrasyon zorunluluğu ortaya çıkması halinde ise, kanunun düzenlediği bu zorunluluk

⁹² SARP, s. 51.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Hadım, 189-193.

⁹⁴ AYAN, s. 27; AŞÇIOĞLU, s. 60; ÇİLİNGİROĞLU, s. 27; YENERER ÇAKMUT, s. 123; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 36; ÖZGÜL, s. 122.

⁹⁵ Nasyonal Sosyalizm dönemi Almanyasında zorunlu olarak uygulanan kastrasyon operasyonu o dönem yasaları ile geçerli ve mümkün kılınmıştı. ZEVKLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 30; YENERER ÇAKMUT, s. 124.

⁹⁶ Ülkemizde böyle bir uygulama bulunmamakla birlikte, ABD, Almanya, Danimarka, Norveç, İsviçre gibi ülkelerde cinsel suç işleyen kişilerin hadım edilmesini öngören hukuki düzenlemeler mevcuttur. ÇEKER, Tıbbî Uygulamalar, s. 10.

Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İnsanilik Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), 2010, s. 99 vd.; TEMEL, Erhan, “Hadımlaştırma Operasyonlarından Doğan Hukuki Sorumluluk.”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), Y. 2010, (Hadımlaştırma), s. 115 vd.

kapsamında uygulama yapılamayacağından kişinin bilgilendirilmiş rızası alınarak operasyon gerçekleştirilebilecektir⁹⁷.

İsteğe bağlı olarak kastrasyon operasyonun gerçekleştirilebilmesi de; kişinin tüm sonuçlar ile ilgili geniş kapsamlı olarak aydınlatılmasından sonra alınacak rızası ile, kanunun öngördüğü şartlar altında⁹⁸ ve tedavi maksadıyla gerçekleşmesi halinde mümkündür.⁹⁹

VIII. GEBELİĞİN TIBBEN SONA ERDİRİLMESİ

Gebeliğin tıbben sona erdirilmesi veya bilinen adı ile kürtaj, ceninin¹⁰⁰ ana rahmindeki mevcudiyetine tıbbî müdahale yoluyla son verilmesidir.¹⁰¹

Gebeliğin tıbben sona erdirilmesi, ahlaki ve dini boyutuyla halen tartışmalara konu olmakla¹⁰² birlikte, hukukumuzda mevcut düzenlemeler itibariyle mümkün olduğundan mevzuatın öngördüğü şekilde gerçekleştirilen müdahalelerin hukuka uygun bir tıbbî müdahale teşkil edeceğine şüphe yoktur. Şu kadar ki, ileride gerçekleşecek bir mevzuat değişikliği ile yasaklanması söz konusu olsa dahi, mevzuatın yürürlükte olduğu tarihlerde gerçekleştirilen müdahale hukukun öngörülmesi amaçlara yönelmiş bulunduğundan ayrıca tedavi maksadı aranmaksızın hukuka uygun kalmaya devam edecektir.

NPHK m.5¹⁰³, m.6¹⁰⁴ ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.3¹⁰⁵ ve m.5¹⁰⁶ hükümleri ile gebeliğin

⁹⁷ DOĞAN, Murat, “Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), Ankara 2010, (Hadımlaştırma), s. 143.

⁹⁸ Mevcut mevzuat ışığına ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. ÇAKMUT; Alman hukukunda Kastrasyon düzenlemelerinin ayrıntılı düzenlemelerinden bahisle, Türk hukukunda bu müdahalenin ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. YENERER ÇAKMUT, s. 124.

⁹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 165. dn.583; ZEVLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 30; YENERER ÇAKMUT, s. 124; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 116; ÖZGÜL, s. 123.

¹⁰⁰ Cenin: Fetüs. İlk trimestreden (3.aydan) sonra uterus içindeki canlıya verilen ad. DÖKMECİ.

¹⁰¹ AYAN, s. 28; ÇİLİNGİROĞLU, s. 29; YENERER ÇAKMUT, s. 131.

¹⁰² YENERER ÇAKMUT, s. 131.

¹⁰³ NPHK m.5: “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbî sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.

Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın

hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.

Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir”

¹⁰⁴ NPHK m.6: “5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. 4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir”

¹⁰⁵ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.3: “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbî sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir.

Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır.

Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapılabilir”

¹⁰⁶ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.5: “Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz.

Bu durumdaki kadınlarda, ancak, Tüzük’e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur.

Rahim tahliyesini yapan hekim, bu raporu, ameliyenin sonucuyla birlikte en geç bir hafta içinde, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine göndermek zorundadır. Bu raporlar il sağlık ve sosyal yardım müdürlüğünde toplanır.”

tibben sonra erdirilmesinde gebelik süresi üzerinden ikili bir ayırım öngörülmüştür¹⁰⁷: gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadarki süre ve gebelik süresinin on haftadan fazla olduğu durumlar.

Buna göre; onuncu hafta doluncaya kadar, annenin sağlığını tehlikeye düşürme ihtimali olmaması şartıyla istek üzerine tahliye mümkündür.

Onuncu haftadan fazla olduğu durumlarda ise; kural olarak gebeliğin sonlandırılması yasaklanmış ve TCK. m.100¹⁰⁸ ile çocuğun düşmesine yol açan anneye ceza öngörülmüştür. Ancak, acil bir hal yoksa annenin hayatının tehdit altında olması veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olabilecek hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye mümkündür. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayatı organlardan birisini tehdit eden acil hallerde ise, gebelik sona erdirilebilecek; ancak hekim müdahale öncesi veya bu mümkün değilse, müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi gerektiren gerekçeleri, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmek yükümlülüğü altındadır.

Her iki halde de, annenin rızası aranmakla birlikte, evli olması halinde eşinin, küçük veya kısıtlı ise veli veya vasinin de izni gerekmektedir. İznin geçerliliği; annenin, müdahalenin nedeni, sonuçları ve varsa tehlikeleri konusunda bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır¹⁰⁹.

IX. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNE YÖNELİK MÜDAHALELER

Cinsiyet değişikliği; cerrahi müdahale yoluyla¹¹⁰, kişinin mevcut cinsiyetine ilişkin özellikleri ortadan kaldırıp, karşı cinsi özelliklerinin kazandırılması veya anatomik yapısında belirgin olmayan cinsiyet özelliklerinin ortaya çıkarılmasıdır¹¹¹. Hem testis hem yumurtalıkları bulunan ve cinsiyet özellikleri belirgin olmayan kişiler

¹⁰⁷ ÇİLİNGİROĞLU, s. 29.

¹⁰⁸ TCK. m.100: “Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

¹⁰⁹ KICALIOĞLU, s. 17; ŞATIR, s. 224.

¹¹⁰ Cerrahi müdahaleye ek olarak, kişinin hormonal düzeylerini yeni cinsiyetlerine adapte edebilmek için kimyasal tedaviler de uygulanmaktadır. Bu tedavilerin de tıbbi müdahale teşkil edeceğinden şüphe yoktur.

¹¹¹ AYAN, s. 30; ÇİLİNGİROĞLU, s. 28; YENERER ÇAKMUT, s. 175; SARITAŞ, s. 28.

hermafroditler olarak adlandırılmaktadır. Travesti ve eşcinsellerin oluşturduğu transseksüel olarak anılan kişiler değerlendirildiğinde; kişinin belirgin cinsiyetinin karşı cinsiyetinde olma isteği göze çarpmaktadır. Hem travestilerde hem eşcinsellerde kendi cinsiyetinin özellikleri belirgindir. Travestilerde karşı cinse ait kimi davranışlar da görülebilir; eşcinsellerde ise karşı cinse ait davranışlar görülmez ve üreme yeteneği mevcutken karşı cinse ilgi söz konusudur.¹¹²

Cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahaleler oldukça tartışmalı¹¹³ iken, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU tarafından verilen mütalaa¹¹⁴ ve sonrasında eski Medeni Kanun hükmüne getirilen ek fıkra¹¹⁵ ile çözülmeye çalışılmıştır. 2002’de 4721 sayılı kanunun yürürlüğe girişiyle birlikte, TMK. m.40’da düzenlenen “*Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir*” hükmü açıkça cinsiyet değişikliğinin koşullarını düzenlemiş bulunmaktadır.

Hermafroditlerin kendini yatkın hissettiği cinsiyet yönünde belirgin bir cinsiyete kendi rızaları doğrultusunda kavuşturulması, tıbbî endikasyonun varlığından bahisle tedavi maksadıyla hukuka uygun olacaktır¹¹⁶. Önemle belirtmek gerekir ki, prosedür

¹¹² YENERER ÇAKMUT, s. 179.

¹¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜVEN, Kudret, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, *GÜHFD* C.1, S. 1, Y. 1997, s. 58-75.

¹¹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, “Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltmesi için Dava Açabilir mi?”, İstanbul 1986, s. 27 vd.

¹¹⁵ Türk Kanunu Medenisi m.29/II: “Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur.”

¹¹⁶ YENERER ÇAKMUT, s. 178.

yönünden hermafroditlerin cinsiyet değişikliği operasyonu da TMK. m.40 hükmü çerçevesinde gerçekleştirilecektir¹¹⁷.

Transeksüeller bakımından ise, TMK. m.40'da hükmüyle düzenlenen koşulların varlığı halinde, gerek kişide psikolojik sıkıntının giderilmesi amacıyla yapıldığından tedavi maksadından kaynaklı olarak gerekse de kanunun öngördüğü bir amaca yönelmesi gerekçesiyle hukuka uygun kabul edilecektir. Sağlık raporunun geçerlilik süresinin belirtilmemiş olması ve kişinin evli olması her ne kadar yasaksa da fiilen ortaya çıkması halinde kanun koyucunun çözüm getirmemesi doktrinde eleştirilmiştir¹¹⁸.

Hermafroditlerin durumuna ilişkin olarak doktrinde görüş birliği söz konusu iken; transseksüeller bakımından ise bu kişilere yapılan müdahalelerin hukuken ve ahlaken doğru olmayacağı ve kişilerin operasyon sonrası psikolojik problemler yaşayabilecekleri öne sürülmektedir¹¹⁹. Kanaatimizce, tedavi maksadıyla hukuka uygun kabul edilmesi tartışmalı olsa dahi, kanun yürürlükte olduğu sürece kanunun öngördüğü şekilde gerçekleştirildiğinde kanunun verdiği yetkiyi kullanan hekim yönünden hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.

X. TIBBÎ DENEYLER

A. Genel Olarak

Tıbbî deneyler; henüz araştırma aşamasında olduğundan, yeterince denenerek etkilerinden kesin olarak emin olunmamış yöntemlerdir¹²⁰. Tıbbî deneyler, uzun vadede insanlık için faydalı olabilecek yöntemlerin keşfi anlamına gelse de, üzerinde deney yapılan kişi için oldukça zararlı olabilecek ciddi sonuçlar doğurabilecektir. Bu sebeple kanun koyucu öngördüğü hukuki düzenlemeler ile yeni tedavi yöntemlerinin oluşması

¹¹⁷ SERT

için araştırma yapılırken, belirli sınırlar dâhilinde hareket edilmesini dolayısıyla deneye konu kişilerin az riskle karşılaşmasını hedeflemiştir¹²¹.

Tıbbî deneyler, bilimsel amaçlı ve iyileştirme amaçlı olmak üzere ikiye ayrılır¹²². İyileştirme deneyleri, bilinen yöntemlerle tedavi edilemeyen hastalıklar için yeni ve emin olunmayan yöntemlerin denenmesi¹²³ iken; bilimsel deneyler, yeni bir yöntem, araç veya ilacın, tedavi maksadı olmaksızın¹²⁴ araştırmaya katılan kişi üzerinde denenmesiyle bilimsel araştırmadan sonuç alınıp alınamayacağının gözlemlenmesi¹²⁵dir. Tedavi amaçlı denemelerde, sonucu ve başarı şansı kesin olarak bilinmemekle birlikte, bir tıbbî müdahalenin olduğu ifade edilmektedir¹²⁶. Bilimsel deneyler açısından ise, burada esas maksadın deneye katılan kişinin tedavisi olmadığı, araştırılan konu hakkında daha fazla bilgi edinmek olduğu kabul edilmektedir¹²⁷.

Anayasa m. 17/2’de düzenlenen “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz*” hükmü ile bilimsel amaçlı deneyler ve tedavi amaçlı deneyler bakımından açık bir düzenlemeyle kişinin rızası aranmıştır.

Tıbbî deneyler çok kapsamlı bir konu olmakla beraber, çalışmamızda genel hatlarıyla ele alınmıştır¹²⁸.

¹²¹ ATEŞ, s. 101.

¹²² EVANS, John Grimley/BECK, Peter, “Informed Consent in Medical Research”, Clinical Medicine, C. 2, S. 3, Y. 2002, s. 267.

¹²³ ERMAN, B., s. 226; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 99; ATEŞ, s. 104.

¹²⁴ QUAAS, Michael/ ZUCK, Rüdiger, Medizinrecht, 2. Aufl. München 2008, §68, kn.25; DEUTSCH, Erwin/ SCHPICKOFF, Aderas, Medizinrecht, 6. Aufl, Berlin, Heidelberg 2008, kn.934,959; LAUFS, Adolf/KATZENMEIER, Christian/LIPP, Volker, Artrecht, 6. Aufl, Cilt XIII, München, 2009, s. kn.16 naklen: EKİCİ ŞAHİN, Meral, “Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”, VIII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır), Ankara 2012, s. 483.

¹²⁵ ÇİLİNGİROĞLU, s. 30; SARITAŞ, s. 29; EKİCİ ŞAHİN, s. 483.

¹²⁶ QUAAS/ ZUCK, §68, kn.24 naklen: EKİCİ ŞAHİN, s. 484.

¹²⁷ QUAAS/ ZUCK, §68, kn.25 naklen: EKİCİ ŞAHİN, s. 483.

¹²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 396 vd.; YÜKSEL, Hilal, “Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 20 vd.

B. Tedavi Amaçlı Tıbbî Deneyler

Tedavi amaçlı denemeler, TDN m.11/II hükmü ışığında Türk Hukukunda mümkün kılınmıştır. Buna göre; *“Klâsik medotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya lâboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde daha önce, mutata tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağının muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir.”*

Tedavi amaçlı denemelerin yapılabilmesi için, hastanın denenecek tıbbî müdahaleden elde edeceği yararın, karşı karşıya kalacağı tehlikeden çok daha fazla olması, denenecek tıbbî yöntemin daha önce denenmiş yöntemlerin sonuçlarından çok daha ağır olmaması ve hekimin hastasının bireysel olarak yapısını tanıması ve olası olumsuz etkilere karşı her türlü önlemi alması gerekmektedir. Hastanın rızası olmaksızın denemenin yapılabilmesi mümkün olmadığı gibi, buradaki rıza tedavi yönteminin kapsamını, yeni olduğunu ve yüksek risk barındırdığını bildirerek konunun geniş kapsamlı olarak hastaya aktarılması ile alınan bilgilendirilmiş rızadır¹²⁹. Hastanın iradesi açısından risk-yarar dengesinin bariz şekilde müdahaleye olanak tanıması halinde olanak ölçüsünde hastanın öngörülen müdahaleye karşı tutumu belirlenerek varsayılan rızasının varlığı halinde bu varsayılan rızaya dayanarak tedavi amaçlı denemenin yapılabileceği de ileri sürülmektedir¹³⁰. Tedavi amaçlı deney niteliği taşıyan müdahalenin hastaya uygulanabilmesi için, laboratuvar ve hayvan araştırmalarında yeteri kadar denenmiş olması ve olası sonuçlarının arasında önemli ölçüde zarar doğuracak bir sonucun bulunmaması gerekir¹³¹.

Tedavi amaçlı deneylerde uyulması gereken prosedürü ve buna aykırılığı değerlendiren Danıştay bir kararında¹³²; TDN. m.11 ve HHY. m.27’ye atıfla klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda klasik metotların hastaya fayda vermeyeceğinin

¹²⁹ BAYRAKTAR, s. 164; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 100; ÖZTÜRKLER, s. 97; ATEŞ, s. 105.

¹³⁰ ERMAN, B., s. 227-228.

¹³¹ BAYRAKTAR, s. 164; ZEVLİLER, Tedavi Amaçlı, s. 24; AYAN, s. 13; AŞÇIOĞLU, s. 55; KAYALI, s. 48.

¹³² Danıştay 1. Daire T. 30.10.2008, E. 2008/789 K. 2008/1091; www.kazanci.com.

anlaşılması halinde, daha önce denek hayvanları üzerinde yeterli derecede denenerek faydalı sonuçlar verdiği anlaşılmış bir tedavi usulünün hastaya uygulanabileceği, bunun için uygulamanın hastaya faydalı olacağı ve başarısızlık halinde klasik tedavi yöntemlerinden daha kötü bir sonuç alınmayacağı olasılığının bulunması gerektiğini ve HHY. m.32 uyarınca hiç kimsenin Sağlık Bakanlığı'nın izni ve kişinin kendi rızası bulunmaksızın tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı bir tıbbî müdahalenin konusu yapılamayacağını ifade etmiştir. Karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik¹³³ m.5 ve m.6'da düzenlenen izin mecburiyeti ve izne tabi araştırmalar hükümlerine atıf verilmişse de, 2013 yılında yürürlüğe giren ve 2014 yılında değişikliğe uğrayan İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik¹³⁴ hükümleri ışığında değerlendirilmesi gerekir. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m.5¹³⁵ hükmü ile düzenlenen hususlar

¹³³ Mülga. RG. T. 09.01.1993, S. 21480.

¹³⁴ RG. T. 13.04.2013, S. 28617, değişik: RG. T. 25.06.2014, S. 29041; RG. T. 13.09.2015, S. 29474.

¹³⁵ Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m.5: “(1) Gönüllüler üzerinde araştırma yapılabilmesi için aşağıdaki hususlar aranır:

- a) Araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda deney hayvanı üzerinde yapılmış olması şarttır.
- b) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını zorunlu kılması gerekir.
- c) Araştırmadan beklenen bilimsel faydalar ve kamu menfaati, araştırmaya iştirak edecek gönüllü sağlığından veya sağlığı bakımından ortaya çıkabilecek muhtemel risklerden ve diğer kişilik haklarından daha üstün tutulamaz.
- ç) Gönüllüye ait germ hücrelerinin genetik yapısını bozmaya yönelik hiçbir araştırma yapılamaz.
- d) Araştırmaya iştirak eden gönüllünün tıbbî takip ve tedavisi ile ilgili kararlar, bunların gerekli kıldığı mesleki nitelikleri haiz hekim veya diş hekimine aittir.
- e) Araştırma sırasında, gönüllüye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verecek yöntemlerin uygulanması yasaktır.
- f) Araştırma acıyı, rahatsızlığı, korkuyu, hastanın hastalığı ve gelişim safhası ile ilgili herhangi bir riski mümkün olan en alt düzeye indirecek biçimde tasarlanır. Hem risk sınırının hem de rahatsızlık derecesinin özellikle tanımlanması ve sürekli kontrol edilmesi gerekir.
- g) Araştırmayla varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması gerekir.
- ğ) Araştırmanın insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması şarttır.
- h) Elde edilecek faydaların araştırmadan doğması muhtemel risklerden daha fazla olduğuna etik kurulca kanaat getirilmesi hâlinde, kişilik hakları gözetilerek, usulüne uygun bir şekilde bilgilendirilmiş gönüllü

ışığında gönüllüler üzerinde araştırma yapılabilmesi mümkün olacaktır. Bilgilendirilmiş rıza alınırken öncelikle araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişinin veya kanunî temsilcisinin, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da dış hekimi olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilmesi ve sonrasında Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu ile belgelenen, gönüllünün tamamen serbest iradesi ile araştırmaya dâhil

olur formu alınması kaydıyla, etik kurulun onayı ve Kurum izni alındıktan sonra araştırma başlatılabilir. Araştırma ancak bu şartların devamı hâlinde yürütülür.

ı) Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya kanunî temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da dış hekimi olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir.

i) Gönüllünün tamamen serbest iradesi ile araştırmaya dâhil edileceğine dair herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmayan rızası alınır ve bu durum (ı) bendinde yer alan bilgilendirmeye yönelik hususları kapsayan Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu ile belgelenir.

j) Gönüllünün, kendi sağlığı ve araştırmanın gidişatı hakkında istediği zaman bilgi alabilmesi ve bu amaçla irtibat kurabilmesi için araştırma ekibinden en az bir kişi görevlendirilir.

k) Gönüllü, gerekçeli veya gerekçesiz olarak, kendi rızasıyla, istediği zaman araştırmadan ayrılabilir ve bundan dolayı sonraki tıbbî takibi ve tedavisi sırasında mevcut haklarından herhangi bir kayba uğratılamaz.

l) Gönüllülerin klinik araştırmadan doğabilecek zararlara karşı güvence altına alınması amacıyla, 10 uncu maddenin birinci fıkrasının (ç) bendinde belirtilen Faz IV klinik araştırmaları ve gözlemsel ilaç çalışmaları dışındaki klinik araştırmalara katılacak gönüllüler için ilgili mevzuat gereğince sigorta yaptırılması zorunludur.

m) Sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanmasına yönelik olarak gönüllü veya kanunî temsilcisi için herhangi bir ikna edici teşvikte veya malî teklifte bulunulamaz. Ancak gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybından doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır.

n) Araştırma sonucunda elde edilecek bilgilerin yayımlanması durumunda gönüllünün kimlik bilgileri açıklanamaz.”

edileceğine dair herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmayan rızasının alınması esastır. Danıştay bahse konu kararında Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 26. maddesinde düzenlenen bilgilendirilmiş rızanın şekli ve TCK. m.90/IV hükmü uyarınca tedavi amaçlı denemenin suç olmadığı hususlarına değinerek mevcut olayı “...söz konusu mevzuat hükümlerinde ve bilirkişi raporunda belirtildiği üzere, hasta üzerinde bu denemeyi yapabilmek için heyet raporu alınması, araştırma protokolü düzenlenmesi, Sağlık Bakanlığından izin alınması ve uygulama için hasta ve yakınlarına harcama yaptırılmaması gerektiği açıktır. ...’e yapılan aşı uygulamasında şüpheliler tarafından heyet raporu alınmadığı, onkoloji konseyine ve etik kurullara başvurulmadığı, araştırma protokolü düzenlenerek Bakanlıktan izin alınmadığı, uygulanan aşı konusundaki bilimsel çalışmaların bilinmediği, şüphelilerin birçok hasta için aşı ürettikleri dikkate alındığında, ruhsatı bulunmayan bu aşıyla ilgili deneme çalışmalarından yetkili kurul ve makamların haberdar edilmediği, uygulamaların amacı tedavi amaçlı deneme dahi olsa söz konusu uygulamaların ilaçla ilgili araştırmalar kapsamında, yetkili kurul ve makamların denetimi dışında gerçekleştirildiği, bu nedenlerle şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından,” şeklinde değerlendirmiştir.

C. Bilimsel Amaçlı Tıbbî Deneyler

Bilimsel amaçlı tıbbî deneylerin hukuka uygunluğuna ilişkin olarak iki görüş mevcuttur. Bir görüş¹³⁶; insan kişiliğinin korunması gerektiğini ve tıbbî ilerleme için kişinin rızası dâhilinde bile olsa kişinin deney aracı konumuna düşürülemeyeceğini ileri sürmektedir. Diğer görüş ise; tıp biliminin gelişmesi ve insanlığın bu gelişmeden fayda sayılabilmesi için önemli olan bilimsel deneylerin gerekli bilimsel ve etik ölçülere uyulmak koşuluyla hukuka uygun olabileceğini ifade etmektedir¹³⁷. Kanaatimizce; insanlığın üstün faydasının korunması için, üstün nitelikte kamu yararından bahsedilebileceğimiz durumlarda, bilimsel ve etik ölçülere uygun gerçekleştirilecek bilimsel deneylere kişinin göstereceği rızanın bu deneyleri hukuka uygun hale

¹³⁶ BAYRAKTAR, s. 162-163; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 162; DURAL/ÖĞÜZ, s. 112; AYAN, s. 12,14; AŞÇIOĞLU, s. 56; ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku - Hakiki Şahıslar, 7.Bası, Ankara 1997, s. 122; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 111.

¹³⁷ ERMAN, B., s. 228.

getireceği kabul edilmelidir. Türk Hukukunda mevzuat hükümlerinin izin verdiği ölçüde müdahalelerin bu gerekçeyle ve kanunun verdiği yetki ile hukuka uygun olacağını ifade etmek gerekir.

Deneyin tam ehliyetliler yönünden, hukuka uygunluğunu sağlayan koşullar; yetkili kurum/makamdan izin alınmış olması, deneyin önce insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması ve bu deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin insan üzerinde deneyi gerekli kılması, deneyin insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, deneyle varılmak istenen amacın bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basmasıdır¹³⁸.

Bilimsel amaçlı deneyler; cerrahi müdahale içeren deneyler, ilaç¹³⁹ ve biyolojik ürün deneyleri ve tıbbî araştırmalar olmak üzere üçe ayrılır¹⁴⁰. TDN m.11/I'de yer alan *“Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla kimyevî, fizikî veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez”* düzenlemesi ile cerrahi müdahale uygulanmasını içeren bilimsel deneyler yasaklanmıştır.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ile ilaç ve biyolojik ürünlerin deneyleri düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 5.maddesi ile araştırma yapılabilmesi için gereken koşullar düzenlenmiş ve araştırmadan beklenen fayda ve doğan kamu menfaatinin araştırmaya katılanın sağlığından veya sağlığı bakımından ortaya çıkabilecek muhtemel risklerden ve diğer kişilik haklarından daha üstün tutulamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu durumda, hukuka uygunluk sebeplerinden rızanın yokluğu halinde diğer hukuka uygunluk sebeplerinin uygulama alanı bulamayacağı açıktır.

¹³⁸ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 406. Ehliyet durumuna göre diğer kişilerin durumu ve tıbbî deneylerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 396 vd.

¹³⁹ İlaç araştırmaları başlı başına araştırma konusu oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **PETEK**, Hasan, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2009, (İlaç), s. 1 vd.; **ÖZTÜRK**, Esra, Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk, Ankara 2013, s. 20 vd.; **SOMER**; s. 151 vd. **DALCI**, Nurcihan, “TBK md.71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, S. 114, Y. 2014, s. 49 vd.; **HAKERİ**, İlaç, s. 2 vd.; **KASAPOĞLU TURHAN**, Mine, Klinik İlaç Araştırmalarında Denek Haklarının Korunması ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara 2015, s. 5 vd.

¹⁴⁰ **ATEŞ**, s. 109.

Tıbbî araştırmalar, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 6. Bölümünde düzenlenmiřtir¹⁴¹. Rızanın alınmasının usul ve şekli, gönüllünün korunması ve bilgilendirilmesi küçüklerin ve mümeyyiz olmayanların durumu ile ilaç ve terkiplerinin araştırma amacıyla kullanımı hususları bu bölümde düzenlenmiş bulunmaktadır. Tıbbî araştırmalar bakımından da HHY. m.32/II'de düzenlenmiş bulunan; “*Tıbbî araştırmalardan beklenen tıbbî fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz*” hükmüyle hukuka uygunluk sebeplerinden yalnızca rıza kabul edilmiştir. Bu rızanın geçerliliği için hem kamu yararının hem de rızanın bir arada arandığını, yukarıda kişinin rızasıyla birlikte kamu yararının gözetildiği halleri ele alınırken ifade etmiştik.

Tıbbî araştırmalarda bilgilendirilmiş rızanın “*rıza açıklama ehliyeti, bilgilendirme, anlama ve özgür irade (gönüllülük)*” olmak üzere dört unsuru olduğu ifade edilmektedir¹⁴². HHY. m.34/II hükmüyle düzenlendiği üzere; “*Tıbbî araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir.*”¹⁴³.

¹⁴¹ 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.13 bilimsel amaçlı tıbbî deneylere ilişkin düzenleme öngörmektedir: “Bilimsel bilgi birikimine katkıda bulunabilmek ve tıbbî hizmetlerin iyileştirilmesini sağlamak amacıyla hasta üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar, ancak hastanın bilgilendirilerek yazılı rızasının ve Bakanlıktan izin alınması şartıyla yapılabilir. Yapılan araştırmalar, sadece alınacak izinde belirtilen ve bilimsel ve mesleki yönden yeterli kişiler tarafından yürütölür. Araştırmanın sorumluluğu, izin verilen sağlık personeline aittir.

Bilimsel araştırmadan beklenen bilimsel katkı ve sonuç ne olursa olsun, denek için tıbbî araştırma dahilinde öngörölmemeyen veya deneğin hayatını tehdit edici bir risk şüphesinin varlığı halinde araştırmaya derhal son verilir.

Araştırmalarda kullanılacak deneklerin muhtemel zararlarının tazminini sağlamak üzere ayrıca sigorta yaptırılır. Araştırma giderleri, deneğe, yakınlarına ya da sosyal güvenlik kurumuna yansıtılamaz.

Mevcut durumun değerlendirilmesi ile istatistiki bilgi toplama amacına yönelik olarak ve standart teşhis ve tedavi metodları uygulanarak yürütölün çalışmalar bu madde kapsamında değerdir.

Bilimsel çalışma için Bakanlıktan izin belgesi alınması ve bilimsel araştırma yapma esas ve usulleri Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

¹⁴² KASAPOĞLU TURHAN, s. 197.

¹⁴³ 24.07.2002 tarihli Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.11 hükmü de yazılı rızayı öngörmektedir: “Sağlık personeli, hastası ile ilgili bilimsel yayın yapabilmek için, hastayı bilgilendirilerek yazılı iznini alır.

Tıbbî kayıtlar, hastanın kimlik bilgileri hiçbir surette anlaşılamayacak şekilde bilimsel araştırmalarda kullanabilir.”.

Tıbbî deneylere ilişkin olarak verilen rıza genel, soyut ve sınırsız olmamalı; yalnızca rıza gösteren tarafından tahmini süresi bilinen belirli bir araştırmaya yönelik olarak verilmelidir¹⁴⁴. Deneye tabi tutulacak kişinin; araştırmanın türü, amacı, uygulama şekli, uygulama kapsamında alınan koruyucu önlemler, uygulama süresi, yan etkiler, olası risk ve komplikasyonlar, bu yan etki, risk veya komplikasyonlardan birinin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan sorunun tedavi edilebilirliği hakkında geniş şekilde bilgilendirildikten sonra rızası alınmalıdır¹⁴⁵.

XI. KÖK HÜCRE NAKİLLERİ

En kısa şekilde “yaşamın kaynağı”¹⁴⁶ olarak tanımlanan kök hücre, tıp sözlüğünde; “Ana rahminde yumurta döllendikten sonra ilk günlerde oluşmaya başlayan ana hücrelerdir. İnsan vücudundaki tüm organlar kök hücrelerden oluşurlar. Hastalık ve yaralanmalarda oluşan hasarları onarır ve iyileştirirler. Hangi tip dokuya gereksinim varsa ona dönüşürler. Kök hücre, hem kendini yenileyebilme hem de farklılaşma özelliklerini bir arada barındırabilirler”¹⁴⁷ şeklinde anlatılmaktadır.

Farklılaşma kapasitesi en fazla olan hücre tipi olması itibariyle kök hücre, vücuttaki tüm doku ve organlara dönüşme potansiyeli taşımaktadır¹⁴⁸. Kök hücrelerin neredeyse sonsuza dek bölünme ve çoğalma yeteneğinin bulunması, özelleşmiş (farklılaşmış) olarak bulunmaması; ancak özelleşmiş (farklılaşmış) hücrelere dönüşebilme yeteneğine sahip olması, kök hücreleri sağlık için bu denli önemli kılan üç temel özelliğidir¹⁴⁹.

Kök hücre çeşitleri; farklılaşma özelliklerine göre ve elde edildikleri kaynaklara göre olmak üzere iki başlıkta değerlendirilebilir. Farklılaşma özelliklerine göre; totipotent kök hücre, pluripotent kök hücre, multipotent kök hücre ve unipotent kök

¹⁴⁴ KASAPOĞLU TURHAN, s. 215.

¹⁴⁵ ATEŞ, s. 109.

¹⁴⁶ CAN, Alp, “Kök Hücre Tanımları”, çevrimiçi: www.tuba.gov.tr/index.php?id=422; KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul 2011, s. 169.

¹⁴⁷ DÖKMECİ.

¹⁴⁸ KALKAN OĞUZTÜRK, s. 170.

¹⁴⁹ Türkiye Biyoetik Derneği, Kök Hücre Araştırmaları ve Uygulamaları Kurulu. Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuki Boyutu (2009 Raporu), Ankara 2009, (2009 Raporu), s. 19.

hücre olmak üzere dörde ayrılır¹⁵⁰. Elde edildikleri kaynaklara göre ise; yetişkin kök hücreleri ve embriyonik kök hücreler olmak üzere ikiye ayrılır¹⁵¹.

Farklılaşma özelliklerine göre yapılan ayırım, hücrenin dönüşebileceği hücre tiplerine ilişkindir ve bu ayırım işin teknik boyutuyla ilgilidir. Hukuken bizim ilgileneceğimiz ayırım, embriyonun hukuki niteliği itibariyle tartışma konusu olmasından da bahisle, elde edildikleri kaynaklara göre yapılan ayırım olacaktır.

Yetişkin kök hücreleri; başta kemik iliği olmak üzere çeşitli organlarda ve belli doku bölgelerinde kendini çoğaltabilen ve embriyonik hücrelere nazaran daha az sayıda hücre tipine farklılaşabilen hücrelerdir¹⁵². Yetişkin kök hücreleri ile yürütülecek çalışmalar, bir tıbbî müdahalede aranan şartların yanı sıra “Kök hücre çalışmaları” konulu genelge¹⁵³ ile öngörülen “*benzer çalışmanın öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, çalışmanın, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması*” gibi koşulları da taşımaları ve Genelgenin öngördüğü hastanelerde¹⁵⁴, öngördüğü şekilde¹⁵⁵ yürütülme ve nihayetinde Sağlık Bakanlığı’na bildirilmeli¹⁵⁶dir.

¹⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Türkiye Biyoetik Derneği**, 2009 Raporu, s. 13.

¹⁵¹ **KARAKAYA**, Ahmet, “Kök Hücre Çalışmaları ve Etik”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 15-26.

¹⁵² **KARAKAYA**, s. 22-23.

¹⁵³ Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü T. 01.05.2006, 2006/51 sayılı genelgesi.

¹⁵⁴ “Klinik amaçlı embriyonik olmayan kök hücre çalışmaları TC. Sağlık Bakanlığı’na kurulmuş olan “Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu” tarafından değerlendirilerek, Bakanlıkça bu alanda çalışmasına onay verilen bilimsel merkezlerde yapılır. Bu merkezlerin kök hücre çalışması yapmak üzere bilimsel kurula başvururken bu konuda gereken temel bilgi, beceri ve donanımına sahip olduklarını kanıtlayan verileri sunmaları gereklidir. Başvuru yapacak merkezin; ilgili dallarda kadrolu uzman tabip çalıştırmak suretiyle sağlık hizmeti veren; hasta kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dalları için gerekli ve günün gelişmiş tıp teknolojisine uygun olan diğer bütün teşhis ve tedavi birimlerini ve ayrıca asgarî radyoloji ünitesi ile biyokimya, mikrobiyoloji, kök hücre tanımlaması, sayımı, çoğaltılması ve ayırıştırması yapabilen hematoloji, immünoloji ve patoloji laboratuvarlarını bünyesinde bulunduran bir kurum olması gereklidir. Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu bu özellikleri taşıyan bilimsel merkezlerin daha önce yapmış olduğu hayvan deneyleri, ürettikleri bilimsel çalışmalar, yaptıkları yayınlar ve merkezde çalışan bilim insanlarının bu konudaki birikimini içeren kriterleri göz önüne alarak değerlendirmesini yapar.”

Embriyonik kök hücreleri; embriyonun¹⁵⁷ iç kısmında bulunan ve fõtal yapıyı oluşturan hücrelerin; yardımcı üreme merkezlerinde aksi durumda atılacak olan fazla embriyonların kişilerin rızası alınarak kullanılması, yetişkin kişiden alınan somatik hücrenin çekirdeğinin çekirdeğide çıkarılmış yumurta hücresine aktarılması yoluyla embriyo elde edilmesi veya istem üzerine sonlandırılan gebeliklerden ebeveynlerin izni ile embriyonun kullanılması gibi yollarla elde edilen embriyoların çeşitli yöntemlerle ayrıştırılmasıyla türetilen hücrelerdir¹⁵⁸.

Biyotıp Sözleşmesi m.18/II “*Araştırma amaçlarıyla insan embriyolarının oluşturulması yasaktır*” hükmü ile yalnızca araştırma amaçlı embriyo üretimini yasaklamıştır. Türk Hukuku kapsamında değerlendirildiğinde; Biyotıp Sözleşmesinin iç hukuk haline gelmesine ek olarak, başkaca embriyonik kök hücreleri ile çalışmaların yürütülmesi kanuni bir yasağa tabi değilse ve kanun yorumuyla uygun kabul edilebilir gibi değerlendirilse de genelgeler¹⁵⁹ ile yasaklanmış bulunmaktadır¹⁶⁰. 10 haftaya kadar

¹⁵⁵ “Klinik amaçlı çalışmanın planlandığı kurum bünyesinde, kök hücre çalışmalarına yönelik olarak kurulacak “yerel etik kurul” onayını takiben, çalışma başvuru dosyası Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu’na sunulur. Kurulun incelemesini müteakip Bakanlıkça izin verilmesi kaydıyla çalışma gerçekteştirilir. Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu’na başvuru esnasında, çalışmaya ilişkin ayrıntılı bilgilerin yanısıra, hastalara verilecek olan “bilgilendirilmiş gönüllü olur formu” taslağının da dosyaya eklenmesi gereklidir. Hastada bu uygulama sırasında ya da sonrasında gelişebilecek istenmeyen veya beklenmeyen etkilerin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve komplikasyonların telafı/tedavisi için güvence sağlanması (sigorta edilmesi) ardından çalışma başlatılır.”

¹⁵⁶ “Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu tarafından onay verilmiş olan çalışmaların, 6 ayda bir gelişme raporlarının ve çalışma sonrasında “Sonuç Raporunun” Sağlık Bakanlığı’na bildirilmesi zorunludur. Rapor içeriğinde, çalışma yapılan hastanın:-Adı Soyadı,-Yaşı,-Cinsiyeti,-Tanısı,-Evresi,-Daha önce uygulanan tedaviler,-Kök hücre kaynağı, miktarı, uygulama yolu,-Ek tedaviler,-Tedavi sonucu,-Gözlem ve öneriler,ayrıntılı biçimde belirtilmelidir.

Çalışmayı yapan kurum, hastanın takibinde oluşabilecek beklenmeyen ciddi yan etkilerin veya ölüm durumunun ortaya çıkması halinde, yedi gün içinde sebeplerine yönelik bilgilerle, komplikasyonların ayrıntılı dökümünü Sağlık Bakanlığı’na bildirir.

Klinik kök hücre çalışması tamamlanıp, sonuçları bilimsel bir ortamda veya hakemli bilimsel bir dergide yayınlanmadıkça söz konusu çalışma ile ilgili verilerin kamuoyunu yönlendirecek/yanıltacak biçimde açıklanması yasaktır. Hasta hakları ve insan onuruna saygı gereğı, hastalarla ilgili bilgilerde mahremiyet hakkının gözetilmesi ve tıp etiğine uyulması esastır. ”

¹⁵⁷ Embriyo için bkz. s.146.

¹⁵⁸ **KARAKAYA**, s. 19.

¹⁵⁹ Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü T:19.09.2005, 2005/141 sayılı genelgesi; Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü T:01.05.2006 2006/51 sayılı genelgesi.

isteğe bağlı kürtaja izin verilmesi ile yasal şekilde son verilen gebelikten elde edilen embriyonun yok edilmesi yerine embriyonik kök hücre çalışmalarında kullanılması hukukten uygun bir çözüm olabileceken; genelge tarafından yasaklanmış bulunmaktadır¹⁶¹.

XII. KLONLAMA

Türkçe karşılığı kopyalama olan klonlama; çekirdeği çıkarılmış bir yumurta hücresinin içine vücut hücresinin içinden çıkarılan bir DNA'nın koyulması elektroşok yoluyla bölünmesi ve büyüüp gelişmesinin sağlanması ile klonun (kopyanın) elde edilmesidir¹⁶².

Klonlama iki farklı amaçla gerçekleştirilmektedir: tedavi amaçlı klonlama ve üreme amaçlı klonlama¹⁶³.

Tedavi amaçlı klonlama, üreme amaçlı klonlamadan farklı olarak döllenme gerçekleştikten sonra anne rahmine yerleştirilmez ve embriyonun kök hücresi teknik işlemlerden geçirilerek istenen organ veya doku elde edilir ve kişiye aktarılır¹⁶⁴. Embriyonun kişinin kendi hücrelerinden elde edilmesi yöntemiyle kök hücre elde edilmesi söz konusudur. Kök hücre başlığında detaylarına yer verildiğinden, tekrara düşmemek adına burada tekrar bahsedilmeyecektir.

Üreme amaçlı klonlamada dölleme sonrası embriyo anne rahmine yerleştirilmekte, klonun bir kişi olarak dünyaya gelmesi ile sonuçlanması hedeflenmektedir¹⁶⁵. Üreme amaçlı klonlama tüm hukuk sistemlerini alt üst edebilecek nitelikte bir gelişmedir. Şu kadar ki, kişilik haklarından, miras paylarına uzanan bir yelpazede hukuk kurallarının klonları öngörecektir şekilde değiştirilmesini gerektirir. Klonun kişinin çocuğu, kardeşi, kendisi kabul edilebilmesi ihtimal dâhilinde olacaktır¹⁶⁶.

¹⁶⁰ **METİN**, Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul 2010, s. 484.

¹⁶¹ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 435-437.

¹⁶² **GÜL**, Cengiz, "Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı", çevrimiçi: <http://www.e-akademi.org>, ET: 21.10.2015.

¹⁶³ **GÜRBÜZ**, s. 45-50.

¹⁶⁴ **GÜRBÜZ**, s. 46.

¹⁶⁵ **GÜRBÜZ**, s. 46-47.

¹⁶⁶ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 442.

Etik ve ahlaki sorunlar, kötüye kullanılma potansiyeli ve hukuk sisteminin mevcut durumu karşısında, hukuk düzeni Dünya çapında üreme amaçlı klonlamayı yasaklanmıştır¹⁶⁷.

Türk Hukuku bakımından en açık hüküm; ülkemizin de taraf olduğu “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”¹⁶⁸ne ek olarak düzenlenen 12.01.1998 tarihli “İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Protokol”¹⁶⁹ madde 1’de düzenlenen “*Bir insana genetik olarak özdeş, canlı veya cansız başka bir insan yaratmayı amaçlayan herhangi bir müdahale yasaktır. Bu maddenin amacına hizmet etmesi için, bir başka insana “genetik olarak özdeş” ifadesi, bir insanın başka bir insanla aynı nükleer genetik seti paylaşması anlamına gelmektedir*” hükmüdür¹⁷⁰.

¹⁶⁷ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 443-444.

¹⁶⁸ RG. T. 09.12.2003, S. 25311.

¹⁶⁹ Türkiye tarafından imzalanmışsa da, onaylanarak yürürlüğe girmiş değildir. 23.12.2015 tarihinde “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi’ne Ek İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı” TBMM. ’ne sunulmuştur.

¹⁷⁰ **HAKERİ**, Tıp Hukuku, s. 442-443.

SONUÇ

Tıbbî müdahale; gerçekleştirilen müdahale bakımından yetkili kılınmış kişilerce, hukuken öngörülmüş amaçlara yönelik olarak, tıp bilimince genel kabul görmüş kurallar ışığında, müdahalenin yöneldiği kişinin bilgilendirilmiş rızası ve/veya diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı şartıyla gerçekleştirilen her türlü müdahaledir. Hukuka uygunluk sebepleriyle tıbbî müdahale hukuka uygun tıbbî müdahale haline gelmektedir. İfade etmek gerekir ki,

Tıbbî müdahale özü itibariyle şahsa sıkı surette bağlı, devredilemez ve vazgeçilemez nitelikte olan kişilik hakkının koruduğu değerlerden olan hayat, sağlık ve vücut tamlığı değerini ihlal edebilecek niteliktedir ve fakat Anayasal düzeyde tanınmış bir istisna ile hukuka uygun hale gelebilmesi söz konusudur.

Tıbbî müdahale olarak ifade ettiğimiz kavramın neyi ifade ettiğini ve hangi koşullarla tıbbî müdahale kabul edildiğini belirlemek gereklidir. Bir müdahalenin tıbbiliğinden söz edebilmek için öncelikle, yetkili kişilerce gerçekleştirilmiş olması gerekir ki bu kişiler yalnızca hekimler değil, kanunda düzenlenen kişilerin tamamıdır. Bir diğer koşul, müdahalenin hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmesidir ve tedavi hukuken öngörülen amaçlardan yalnızca biridir; teşhis, önleme ve nüfus planlaması da hukuken öngörülmüş amaçlardandır. Yalnızca tedavi maksadıyla gerçekleştirilen değil, hukuken öngörülmüş amaçlardan herhangi birine yönelen bir müdahalenin bu koşul bakımından tıbbî müdahale olarak kabulü gerekir. Tıp bilimince genel kabul görmüş kurallar ışığında gerçekleştirilmesi de bir müdahalenin tıbbî müdahale kabul edilmesinde aranan koşullardandır. Bu koşul bakımından en önemli ölçüt, hekimin görev yaptığı seviyeye uygun olarak ve görev yaptığı yerde bulunan imkânlar dâhilinde uygulamada yaygın ve tıp bilimince kabul görmüş tedaviyi uygulaması gerekliliğidir. Ufak bir kasabada görev yapan bir pratisyen hekim ile tam teşekküllü bir hastanede görev yapan uzman bir hekimin uygulayacağı tedavinin kapsamı aynı olamayacak ve bu durum bu koşulun ihlali anlamı taşımayacaktır. Son koşul ise hastanın bilgilendirilmiş rızası veya diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığıdır. Bu koşulun varlığıyla tıbbî müdahale hukuka uygun tıbbî müdahale haline gelmektedir.

Tıbbî müdahalelerin konu olduğu, tıbbî müdahale sözleşmeleri vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir. İnsan vücudu gibi karmaşık ve kişisel olarak farklılıklar gösterebilen, kuralların istisnalara açık olduğu bir bilimde, sonuç garanti edilmesinin imkânsızlığı, tıbbî müdahalenin kişinin kendisinin bile sınırlı tasarruf yetkisi olan vücut

bütünlüğü gibi bir alana müdahale niteliği taşıması ve hekimin her ne kadar kişiden aldığı yetkiyle bir işgörmesi söz konusu ise de tedaviyi seçerken ve uygularken bağımsız olması karşısında tüm tıbbî müdahale sözleşmelerinin vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul etmek gerekir.

Tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğunun sağlanması için yerine getirilmesi gereken en önemli yükümlülük, hekimin bilgilendirme yükümlülüğüdür. Hastanın bilgi sahibi olamayacağı zor bir bilim dalı olan tıp biliminde, kendisine yönelen müdahaleyi anlayabilmesi ve buna göre bir karar verebilmesi için karar (otonomi) bilgilendirmesinin gereği gibi yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Ancak yalnızca karar verilmesi gereken hallerde değil, her durumda bilgilendirme yapılması gerekmektedir; tedavinin sağlıklı yürüyebilmesi hastanın bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır. Tedavi (güvenlik) bilgilendirilmesi adı verilen bu bilgilendirme ile amaçlanan hukuka uygunluğu sağlamaktan ziyade tıbbî müdahalenin yürütüldüğü sürecin, tedavi sürecinin sağlıklı şekilde yürütülebilmesi amaçlanır. Hekimin sonuç, risk ve başarı hususlarında da bilgilendirme yapması beklenmektedir, bu hususlar da hastanın bilgilendirilmeksizin doğru muhakeme edemeyeceği hususlardır. Bu bilgilendirme hem hastanın karar vermesi hem de tedavi sürecinde beklentilerini belirleyebilmesi açısından önem taşımaktadır. İmkânların el verdiği ölçülerde hekimin masraf, kalite ve sigorta konularında da bilgilendirme yapması önemlidir. Tıbbî müdahale sonrasında hastanın mali olarak yetersizliğe düşeceği veya daha iyi kalitede hizmet almasının mümkün olduğu hallerde tercih hakkının kısıtlanması sonucunun doğacağı hallerin önlenmesi yönüyle önem taşıyan bu bilgilendirme türünün hekimlerin özellikle ülkemizdeki iş yükü düşünüldüğünde her durumda yapılması beklenmemelidir. Bir zorunluluk olarak olmasa da, bir gereklilik olarak bu bilgilendirmenin yapılması beklenebilir.

Bilgilendirmenin her tıbbî müdahale için ve her zaman aynı şekilde yapılabilmesi hayatın olağan akışı içinde mümkün olamamaktadır. Müdahalenin aciliyeti ve zorunlu olması karşısında bilgilendirme kapsamı daralırken; zorunlu olmayan, önlem amacıyla gerçekleştirilen veya ertelenebilen müdahaleler ile teşhise yönelik müdahaleler yönünden bilgilendirme kapsamı genişlemektedir. Bazı istisnai hallerde bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Bu hallerin ilki olan hastanın bilgilendirilmekten vazgeçmesi halinde, hastanın bir miktar bilgi sahibi olması ve hayatı açısından geri dönelemez sonuçlar doğurmayacak olması şartıyla bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kalkabilmektedir. İkincisi hastanın öncesinde bilgi sahibi olması halinde, hekim hastanın ve somut olayın durumunu değerlendirerek gerçekten hastanın bilgi sahibi

olduğu kanaatine ulaştıktan sonra bilgilendirme yapmaması söz konusu olabilmektedir. Üçüncüsü tıbbî zorunluluk hallerinde, yani acil durumlar, ameliyatın genişletilmesinin veya değiştirilmesinin zorunlu olması gibi hallerde bilgilendirme yapılması imkânsızlaşacağından yükümlülüğün de ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Hastanın ehliyetsiz olduğu hallerde, dördüncü hal olan yasal temsilcinin hakkını kötüye kullanması söz konusu ise, hekim bilgilendirme yapmaksızın bir sonraki aşamaya geçebilecektir. Bu aşama durum acil ise bilgilendirmeksizin müdahale etmek iken, gerekli vaktin bulunması halinde mahkemeye başvurmaktır. Beşinci hal, insani sebeplerle hekimin bilgilendirmekten kaçınabilmesini içeren bilgilendirmenin olumsuz etkisi veya anlamını yitirmesi halidir. Özellikle kanser hastaları gibi umutsuz hallerde, bilgilendirmenin yapılmasının hastaya vereceği psikolojik zarar karşısında bilgilendirme yükümlülüğünün önemini yitirerek, ortadan kalkması söz konusudur.

Bilgilendirme kural olarak hastanın kendisine ve tıbbî müdahaleden makul bir süre önce yapılır; ancak yasal temsilcinin rıza göstereceği hallerde, yasal temsilciye ve sınırlı ehliyetsize bilgilendirme yapılması söz konusudur. Bilgilendirmenin yükümlüsü, kural olarak müdahaleyi gerçekleştirecek hekimdir ve bilgilendirmenin sözlü olarak yapılması gerekir.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan hukuka uygunluk sebeplerinden en önemlisi bilgilendirilmiş rızadır. Bilgilendirilmiş rıza ile kişi kendi geleceğini belirleme hakkını ve şahsa sıkı surette bağlı kişilik hakkını kullanma imkânı bulmaktadır. Diğer hukuka uygunluk sebepleri ise, bilgilendirilmiş rızanın yokluğunda veya varlığının yanı sıra aranmaktadır.

Bilgilendirilmiş rızayı fiil ehliyeti olan ve tıbbî müdahalenin anlamını kavrayabilecek düzeyde olan kişilerin, bilgilendirilmelerinin ardından müdahale öncesinde göstermesi gerekmektedir. Müdahalenin her aşamasında, geri dönülemez sonuçlar doğurmayacak olması şartıyla rızanın geri alınması mümkündür, bu sebeple hukuka uygunluğu sağlayabilmesi için rızanın müdahale sonuna kadar varlığını sürdürmesi gerekmektedir. Bilgilendirilmiş rıza tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek kişiye yönelmelidir. Hekimde yanılma halinde, geçerli olamayacaktır. Hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı hallerde, olası iradesiyle yani varsayılan rızası ile hastaya müdahale etmek mümkün olduğu gibi, hastanın iradesinin tedaviyi ret olduğu anlaşılrsa dahi hastanın hayatı tehdit altında ise üstün özel yararının varlığı sebebiyle tedavi mümkündür. Üstün nitelikte kamu yararı ve kanunun verdiği yetki halleriyle de tıbbî müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi söz konusudur. Üstün

nitelikte kamu yararının tıbbî müdahale gerektirdiği haller kanunda düzenlenmiş bulunduğundan bu iki koşulu birlikte değerlendirmek gerekir. Kişinin rızası hilafına ve kişinin rızasıyla birlikte kamu yararının aranması söz konusu olabilmektedir. Kişinin rızası hilafına; kamu sağlığını sağlamak, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan toplumun huzur ve refahının temini için gerekli görülen müdahalelerin gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Kişinin rızasıyla birlikte kamu yararının arandığı haller ise tıbbî deneylerdir ve hem yararın hem de rızanın varlığı hukuka uygunluğu sağlamaktadır; iki sebepten biri tek başına hukuku uygunluğu sağlamaya mahir değildir.

Bir takım tıbbî müdahaleler kanunda özel olarak düzenlenmiş ve tıbbî müdahale için öngörülen hukuka uygunluk koşullarına ek farklı koşullar aranmıştır. Bu müdahaleler ile hedeflenen bireyin iyiliği ve toplumun faydasıdır. Estetik müdahaleler ile kişinin ruhsal olarak iyi olması hali hedeflenirken, biyolojik madde nakilleri ile bir kişinin hayattayken veya ölümü halinde diğer bir kişinin sağlığının yerine gelmesine vesile olması gündeme gelmektedir. Yapay döllenme kişilerin çocuk sahibi olma arzusunu yerine getirmeye olanak sağlarken, cinsiyet değişikliğine yönelik müdahaleler ise bireyin kendisini hissettiği cinsiyete fiilen de sahip olması anlamına gelmektedir. Gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon ve kastrasyon ise, bireylerin kendilerini yeterli gördükleri ve gerçekten sağlıklı bir hayat sunabilecekleri kadar çocuk sahibi olması yönüyle değerlendirildiğinde yine bireyin ve toplumun faydasını hedeflediği söylenebilir. Önemle belirtmek gerekir ki, bu yöntemlere etik ve maksadına uygun olarak başvurulması oldukça önemlidir; gebeliğin sonlandırılması bir doğum kontrol yöntemi olmadığı gibi kastrasyon da bir cezalandırma aracı değildir. Embriyo aktarmaları, kök hücre nakilleri, klonlama ve tıbbî deneyler ise, sağlıklı ve uzun bir yaşamın yollarının aranması için gerçekleştirilmekle birlikte, etik ve hukuki sınırlar içerisinde yürütüldüğü sürece insanlığa faydalı olabilecek nitelikte tıbbî müdahalelerdir.

Tıbbî müdahaleler gelişen ve değişen teknoloji ve tıp bilimi ile her geçen gün çeşitlenmekte ve zenginleşmektedir. Bu hızlı değişim ve çeşitlenme karşısında 1928 tarihli bir kanuna dayanarak hazırlanan yönetmelik ve çeşitli genelgeler ile aranan hukuki düzenleme arayışı yerine, günümüz teknolojisine uygun ve gelişen teknolojiye göre yoruma açık, değişen hekimlik anlayışı ile birlikte uygulamada sorun yaratan hastanın hakları, hekimin sorumlulukları gibi hususların net tanımlarla çözüme kavuşturulduğu bir kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. 2002 yılında hazırlanan tasarının kanunlaşması da bu düzenleme ihtiyacını karşılamakta yetersiz kalacaktır; zira

günümüz teknolojisine uygun ve gelişen tıp doktrini ile uyumlu yeni ve kapsamlı bir kanuna ihtiyaç duyulmaktadır.



KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız** : “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, AÜHFD, C.54, S. 3, Y. 2005, s. 241-287.
- ADIGÜZEL, Sibel** : “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TAAD, S.19, Y. 2014, s. 943-995.
- AKBENLİOĞLU, Sevgi** : “Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- AKBIYIK, Cem / AYDIN, Gülşah Sinem** : “Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu”, çevrimiçi: http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-cemakbiyik-gulsahtsinemaydin-1.htm#_Toc389136985, ET: 27.10.2015.
- AKINCI, Şahin** : “Organ Naklini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara 2007, s. 65-78.(Çözüm Önerileri).
- AKINCI, Şahin** : Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.(Hukuki Sonuç).
- AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya** : Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2014.
- AKKANAT, Halil** : “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 25-40.

- AKÜNAL, Teoman** : “2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Y. 1983, s. 19-31.
- AKYILDIZ, Sunay** : “Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hukuki Sorumluluk”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012), Ankara 2013, s. 63-92.(Estetik).
- AKYILDIZ, Sunay** : “Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü” Ankara Barosu Dergisi (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), Ankara 2010, s. 12-26.(Kısırlaştırma).
- ALTUNKAŞ, Aysun** : “Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbî Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu, Ankara 2015, s. 51-84.
- ARAL, Fahrettin** / **AYRANCI, Hasan** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.Bası, Ankara 2015.
- ARAT, Ayşe** : “Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Y. 2006, s. 225-239.
- ARPACI, Abdülkadir** : “Özel Hukuk Açısından Tıbbî Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, YÜHFD, C. VI, S. 2 (Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı), Y. 2009, s. 5-14.
- ARPACIOĞLU TÜZÜN, Işıl** : “Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2013, s. 11-20.

- AŞÇIOĞLU, Çetin** : Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.
- ATABEK, Reşat / SEZEN, Merih** : “Hekimin Mesuliyeti”, İBD, C. XXVIII, Y. 1954, s. 135-149.
- ATAMER, Yeşim** : “Transseksüellerin Türk Hukukundaki Durumu”, çevrimiçi:
<http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksueillerin-turk-hukukundaki-durumu/>, ET: 23.10.2015.
- ATEŞ, Zeynep** : “
- AYAN, Mehmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Konya 2015. (Genel Hükümler).
- AYAN, Mehmet** : Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk, Ankara 1991.
- AYDIN ÜNVER, Tülay** : Ceninin Hukuki Konumu, İstanbul 2011.
- AYDIN, Öztürk** : Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2014.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan** : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Ankara 2014.
- BANDER, Edward J./ WALLACH, Jeffrey J.** : Medical Legal Dictionary, Newyork 1970.
- BAŞPINAR, Veysel** : “Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 191-217.(Organ Nakli).
- BAŞPINAR, Veysel** : Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası. Ankara 2004.(Vekilin Sorumluluğu).
- BAYAT, Haydar** : Tıp Tarihi, 2. Bası, İstanbul 2010.
- BAYRAKTAR, Köksal** : Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- BELGESAY, Mehmet Reşit** : “Doktorun Hukuki Borçları”, İÜHFM C. XI, S. 3-4, Y. 1945, s. 108-127.(Doktorun Hukuki Borçları).

- BELGESAY, Mustafa Reşit** : Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1953.(Mesuliyet).
- BERG, Jessica** : “All for One and One for All: Informed Consent and Public Health”, Houston Law Review, C. 50, S. 1, Y. 2012, s.1-40.
- BİRTEK, Fatih** : “Tıbbî Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”, İBD, C. 81, S. 5, Y. 2007, s. 1997-2007.
- BORAN, Bedia** : “Aydınlatılmış Rıza”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007), 2008, s. 84-103.
- BULUT, Berivan** : “Teşhis ve Tedavi Hatalarında Hekimin Sorumluluğu”, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 59-82.
- BÜYÜKAY, Yusuf** : Eser Sözleşmesi, Ankara 2014.
- CAN, Alp** : “Kök Hücre Tanımları”, çevrimiçi: www.tuba.gov.tr/index.php?id=422, ET: 21.09.2015.
- CANBOLAT, Ferhat** : “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbî Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi, S. 80, Y. 2009, s. 156-181.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide** : Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Bası, İstanbul 2015.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan** : “İnsanlık Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), 2010, s. 92-114.
- ÇAKAR, Engin / SERT Gürkan / DURMUŞ, Oğuz / DİNÇER, Ümit / KIRALP, Mehmet Zeki** : “Aydınlatılmış Onamın Günümüzdeki Yeri: Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Pratiğindeki Sık Uygulamalar İçin Örnekler Eşliğinde” Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Dergisi, S. 12, Y. 2009, s. 140-150.
- ÇEKER, Mustafa** : “Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, çevrimiçi: www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tubbimudahaleler.rtf, ET: 25.04.2015.(Hukuka Uygunluk).

- ÇEKER, Mustafa** : “Tıbbî Uygulamaların Hukuk Dünyamıza Etkileri” İslam&Tıp Tıbbî Nebevi Kongresi (7-10 Ekim 2015), 2015.(Tıbbî Uygulamalar).
- ÇELİK, Hakan Hamdi** : “Tıp Eğitiminde Kadavra Sorunu” çevrimiçi: <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hamdi-celik/tr-tip-egitiminde-kadavra-sorunu-8211-II-72-74-1422.html>, ET: 16.10 2015.
- ÇETİNKAYA, Perihan** : Hemşirelikte Tıbbî Uygulama Hataları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2016.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt** : Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.
- ÇOBANOĞLU, Nesrin** : “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam”, çevrimiçi: http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-nesrincobanoglu-1.htm#_Toc319664447, ET: 26.06.2015.
- DALCI, Nurcihan** : “TBK md.71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S. 114, Y. 2014, s. 49-78.
- DEMİR, Mehmet** : “Hekim - Hastane İlişkisi Temelinde Tıbbî Sorumluluğun Hukuksal Görünüm Biçimleri”, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009, İstanbul), İstanbul 2011, s. 287-306.(Tıbbî Sorumluluk)
- DEMİR, Mehmet** : “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, AÜHFD, C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 225-252.(Hukuki Sorumluluk).
- DEMİR, Mehmet** : Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010.(Tıbbî Organizasyon).
- DERYAL, Yahya** : “Hekimlik İçin Türk Olma Şartı ya da Yabancı Hekim Yasağı”, çevrimiçi: www.haksay.org/files/yahya08.doc, ET: 26.10.2015.(Türk Olma Şartı).

- DERYAL, Yahya** : “Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), Ankara 2010, s. 416-439.(Hemşire).
- DERYAL, Yahya** : “Tıbbî Müdahale için Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Alınması” Sağlık Hakkı Dergisi, S. 2, Y. 2007, s. 47-52.(Aydınlatma ve Onay).
- DERYAL, Yahya** : “
- DİNÇ, Gülten** : “Orta Çağda İslam Tıbbı”, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007.
- DOĞAN, Cahid** : “Acil Tıp ve Hasta Güvenliği”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (26-26 Nisan 2011), Ankara 2012, s. 119-192.(Acil Tıp).
- DOĞAN, Cahid** : “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne Amerikan Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (2-3 Mart 2009), Ankara 2010, s. 111-219.(Aydınlatma ve Rıza).
- DOĞAN, Cahid** : “Kısırlaştırma (Sterilizasyon)”, Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (01-04 Mayıs 2014), Muğla 2014, s. 347-378.(Sterilizasyon).
- DOĞAN, Cahid** : “Ötenazi (Acısız Ölüm, Euthanasia)” KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012)” Ankara 2013, s. 197-282.(Ötenazi).
- DOĞAN, Murat** : “Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), Ankara 2010, s. 138-151.(Hadımlaştırma).

- DOĞAN, Murat** : “Organ ve Doku Nakli”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012), Ankara 2013, s. 9-26.(Organ Nakli).
- DÖKMECİ, İsmet** : Büyük Tıp Sözlüğü. İstanbul 2009.
- DURAL, Mustafa** : “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24-25 Nisan 2008, İstanbul), İstanbul 2011, s. 249-258. (Aydınlatma Yükümlülüğü).
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper** : Türk Özel Hukuku Cilt-III Aile Hukuku, İstanbul 2016. (Aile).
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan** : Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 16. Bası. İstanbul 2015. (Kişiler).
- EKİCİ ŞAHİN, Meral** : “Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”, VIII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır), Ankara 2012, s. 473-506.
- ER, Ünal** : Sağlık Hukuku, Ankara 2008.
- ERÇELTİK, Erman** : “
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015.(Genel Hükümler).
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Bası, Ankara 2015.(Özel Hükümler).
- ERGÜNEŞ, Seda** : “Yapay Döllenme”, Sağlık Hukuku Makaleleri - II, İstanbul 2012, s. 167-179.
- ERMAN, Barış** : Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.
- ERMAN, Hasan** : “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998,s. 143-153.

- EROL, Yasemin** : Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Ankara 2012.
- ERSOY, Yücel** : “Tıbbî Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, TBB Dergisi, S. 53, Y. 2004, s. 161-190.
- ERSÖZ, Kürşat** : “Tıbbî Müdahale Kavramı ve Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 5, S. 45, Y. 2010, s. 105-122.
- ERTAŞ, Şeref** : “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, DEÜHFD, Y. 1980, s. 173-204.
- ERYILMAZ, Vildan** : “Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbî Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi”, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara 2014, s. 37-56.
- EVANS, John Grimley / BECK, Peter** : “Informed Consent in Medical Research”, Clinical Medicine, C. 2, S. 3, Y. 2002, s. 267-272.
- FICHER, Gerfried (Çev.: Efe DİRENİSA)** : “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü - Die ärztliche Aufklärungspflicht im deutschen Zivilrecht.”, Türk Alman Tıp Sempozyumu (21-22 Nisan 2006, İstanbul), YÜHFD, C. III, S. 2, Y. 2006, s. 3-30.
- FİDAN, Nurten** : “Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, TAAD, C. 1, S. 3, Y. 2010, s. 349-362.
- GENCER, Zafer Adem** : Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2014.
- GOLDSTEIN, Melissa M.** : “Health Information Technology and the Idea of Informed Consent”, Journal of Law, Medicine and Ethics, The Effects of Health Information Technology on the Physician-Patient Relationship, Y. 2010, s. 27-35.
- GÖNENÇ, Fulya İlçin** : “Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (16-17 Ekim 2014, KKTC), Ankara 2015, s. 63-82.

- GÜL, Cengiz** : “Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı”, çevrimiçi: <http://www.e-akademi.org>, ET: 21.10.2015
- GÜLEL, İlhan** : “Tıbbî Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, TAAD, C. 1, S. 5, Y. 2011, s. 585-644.
- GÜLSOY, M. Tefik / KÖK, Ahmet Nezir** : “Tıbbî Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan HFD, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s. 1-21.
- GÜLŞEN, Recep** : “Ceza Hukuku Açısından Yapay Döllenme”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012), Ankara 2013, s. 109-148.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-II, 3. Bası, İstanbul 2014.
- GÜNDAY, Harun Mirsad** : Psikiyatristin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2015.
- GÜNDAY, Rezzan** : Tıbbî Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2012.
- GÜRAN, Sait** : “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Y. 1983, s. 77-88.
- GÜRBÜZ, Meral** : “Kişilik Hakkı Açısından Tıbbî Genetik Analizler”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2010.
- GÜRELLİ, Nevzat** : “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, İÜHFM C. XLV-XLVII (Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan), S. 1-4, Y. 1981, s. 267-275.
- GÜVEN, Kudret** : “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, GÜHFD C.1, S. 1, Y. 1997, s. 51-90.
- GÜZELDEMİR, M. Erdal** : “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, Sendrom Tıp Dergisi, Y. 2005, s. 1-28.
- HAKERİ, Hakan** : Genel Önleyici Aşı Zorunluluğu III, çevrimiçi: <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-genel-onleyici-asi-zorunlulugu-III-72-64-2918.html>, ET: 26.12.2015.(Önleyici Aşı).

- HAKERİ, Hakan** : İlaç Hukuku, Ankara 2015.(İlaç).
- HAKERİ, Hakan** : “Taşıyıcı Annelik”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (16-17 Ekim 2014, KKTC), Ankara 2015, s. 83-92.(Taşıyıcı Annelik).
- HAKERİ, Hakan** : Tıp Hukuku, 10. Bası, Ankara 2015.(Tıp Hukuku).
- HAKERİ, Hakan** : “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbî Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, YÜHFD III, S. 2, Y. 2006 s. 31-48.(Taslak).
- HANCI, İ. Hamit** : Malpraktis, Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006.
- HATIRNAZ EROL, Gültezer** : “Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi”, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, Y. 2012, s. 191-220.(Karar İnceleme).
- HATIRNAZ EROL, Gültezer** : Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 4. Bası, Ankara 2015.(Hasta Hakları).
- HATUN, Şükrü** : Hasta Hakları, Ankara 1999.
- HELVACI, Serap** : Gerçek Kişiler, 6. Bası, İstanbul 2016.(Gerçek Kişiler).
- HELVACI, Serap** : Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001. (Davalar).
- IŞIK ÖZCAN, Funda** : “
- IŞIK YILMAZ, Ş. Berfin** : “Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, S. 98, Y. 2012, s. 389-411.
- IŞIK, Olcay** : “Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2010.

- IŞIL ÜLMAN, Yeşim** : “Modern Dönem Osmanlı Tıbbı (1827-1923)”, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007, s. 97-99.
- KAHYA, Esin / ERDEMİR, A. Demirhan,** : Medicine in the Ottoman Empire, İstanbul 1997.
- KAHYA, Esin / ERDEMİR, Ayşegül D.** : Bilimin Işığında Osmanlıdan Cumhuriyete Tıp ve Sağlık Kurumları, Ankara 2000.
- KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu** : Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul 2011.
- KANETİ, Selim** : “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Y. 1983, s. 61-75.
- KARA, U. / KOLUSAYIN, M.Ö. / DAŞTAN, K. / DEMİRCAN, Y.T. / YÜKSELOĞLU, E.H.** : “Babalık Davalarında Malpraktis”, Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (01-04 Mayıs 2014), Muğla 2014, s. 91-94.
- KARACABEY, Uğur** : “Hekim Kusurundan Kaynaklanan Zararın ve Tazminatın Belirlenmesi”, Fatih Üniversitesi HFD, C. 3, S. 1, Y. 2015, s. 41-75.
- KARAKAYA, Ahmet** : “Kök Hücre Çalışmaları ve Etik”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- KARASU, Sinem** : Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul 2009.
- KASAPOĞLU TURHAN, Mine** : Klinik İlaç Araştırmalarında Denek Haklarının Korunması ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara 2015.
- KATOĞLU, Tuğrul** : “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, AÜHFD C. 55, S. 1, Y. 2006, s. 157-193.
- KAVAK KONRAT, Elif Gizem** : “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2015.
- KAYA, Mine** : “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı ile İlişkisi”, TAAD C. 1, S. 8, Y. 2012, s. 52-89.(Kişilik).

- KAYA, Mine** : “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklı Tazminat Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S. 100, Y. 2012, s. 45-82.(Tazminat).
- KAYALI, Zeka** : “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbî Müdahaleler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996.
- KERMAN, Onur Kemal** : “Tıbbî Araştırmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.
- KESKİN, Dilşad** : “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, Gazi Üniversitesi HFD, C. 17, S. 1-2, Y. 2013, s. 743-777.
- KEYMAN, Selahattin** : “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, Y. 1978, s. 57-89.
- KICALIOĞLU, Mustafa** : Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011.
- KILIÇ GÜNEŞ, Bahu** : “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- KILIÇARSLAN KARA, Seda** : “Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- KILIÇOĞLU, Ahmet** : “Hekimin Hukuksal Sorumluluğu”, Türkiye Klinikleri Tıbbî Etik Dergisi, C. 4, S. 1, Y. 1996, s. 9-11.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan** : Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul 2006.(Soybağı)
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan** : “28.02.2008 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme”, TAAD, S. 24, Y. 2016, s.199-225.(Karar)

- KIZILYEL, Serkan** : “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007), Y. 2008, s. 203-240.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : “Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açabilir mi?”, İstanbul 1986.
- KOVACIC, Sanja** : “Informed Consent in Neurological Patients”, Harmonius, 2015.
- KURT, Ekrem** : “Hekimlik Sözleşmeleri”, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24-25 Nisan 2008, İstanbul), İstanbul 2011, s. 59-77.
- KÜRŞAT, Zekeriya** : “Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu”, İÜHFM, C. LXVI, S. 1, Y. 2008, s. 293-322.
- MEMİŞ, Tekin / YILDIRIM, Mustafa Fadıl** : “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar”, AÜEHFD, Y. 2004, s. 283-306.
- METİN, Sevtap** : Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul 2010.
- OĞUZ, Yasemin, N.** : “Psikiyatride Onam ve Aydınlatılmış Onam” Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1994.
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe** : Kişiler Hukuku, 15.Bası, İstanbul 2015.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe** : “Tıbbî Müdahaleye ve Tıbbî Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 1315-1351.
- OKYAY, Ramazan Azim / AKBABA, Muhsin / KİRKİT, Ecem** : “Aydınlatılmış Onam ve Aşılama”, Turkish Journal of Public Health, C. 13, S. 2, Y. 2015, s. 155-159.
- ORAL, Tuğçe** : “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, ABD, S. 2011/2, Y. 2011, s. 185-210.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin** : “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 55-77.

- ÖZ, Pınar** : “Vücuda Tıbbî Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, ABD, S. 5, Y. 1984, s. 706-719.
- ÖZAY, Merter** : Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
- ÖZBAY, İbrahim, / AKSAN NAR, Şerife** : “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımının İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul”, EÜHFD, C. XIV, S. 3-4, Y. 2010, s. 177-226.
- ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker** : Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Bası, Ankara 2015.
- ÖZBİLEN, Arif Barış** : İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011.(Biyolojik Maddeler).
- ÖZBİLEN, Arif Barış** : “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2013, s. 99-124.(Rızanın Aranmadığı Haller).
- ÖZCAN, Burcu G. / ÖZEL, Çağlar** : “Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 1, Y. 2008, s. 49-73.
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa** : “Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu”, EÜHFD, C. XV, S. 1-2, Y. 2011, s. 177-229.(Diş Hekimi).
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa** : “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), 2010, s. 183-218.(Hadım).
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa** : “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtayın Görüşü”, TBB Dergisi, S. 105, Y. 2013, s. 263-290.(Üçüncü Kişi).

- ÖZDEMİR, Hayrünnisa** : “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Makaleleri (10-17 Eylül 2011), Y. 2012, s. 295-313.(Özel Hastane).
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa** : Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.(Teşhis ve Tedavi).
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa** : “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, EÜHFD, C. 12, S. 3-4, Y. 2008, s. 347-379.(Aydınlatma).
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa** : “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü” Sağlık Hukuku Digestası, S. 1, Y. 2009, s. 148-166.(Sır).
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa** : “Üreme Merkezlerinin Hukuki Sorumluluğu”, VIII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır), Ankara 2012, s. 453-472.(Üreme).
- ÖZEK, Çetin** : “Hekim ve Hukuk - Tıbbî Müdahalede Bulunma Hakkının Sınırları”, İÜTFM, C. 28, S. 4, Y. 1965, s. 445-458.
- ÖZGÜL, Mehmet Emin** :
- ÖZKAN, Nazan** : “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005.
- ÖZKAYA, Erarslan** : Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 3.Bası, Ankara 2013.
- ÖZPINAR, Berna** : “Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, ABD, C. 66, S. 3, Y. 2008, s. 90-103.(Kötü Uygulama).
- ÖZPINAR, Berna** :
- ÖZSUNAR, Erdal** : Roma Hukukunda Hekim ve Hekimin Sorumluluğu, Adana 2014.

- ÖZSUNAY, Ergun** : “Hekim ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu”, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul 2007, s. 89-96.(Hukuksal Sorumluluk).
- ÖZSUNAY, Ergun** : “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Y. 1983, s. 31-61.(Aydınlatma Ödevi).
- ÖZSUNAY, Ergun** : “Üremeye Yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-II 7-8 Kasım 2008), Ankara 2009, s. 57-82.
- ÖZTAN, Bilge** : Şahsın Hukuku - Hakiki Şahıslar, 7.Bası, Ankara 1997.
- ÖZTÜRK, Esra** : Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk, Ankara 2013.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA, Özge / KIRIT; Saygılar, Yasemin F. / ÖZAYDIN, Özdem / AKCAN, Esra Alan / ERDEN, Efser** : Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Ankara 2015.
- ÖZTÜRKLER, Cemal** : Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006.
- PETEK, Hasan** : “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, DEÜHFD, C. 8, S. 1, Y. 2006, s. 177-240.(Güzelleştirme).
- PETEK, Hasan** : İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2009.(İlaç).
- POLAT, Oğuz** : Tıbbî Uygulama Hataları, Ankara 2005.
- REİSOĞLU, Seza** : “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, Y. 1983, s. 1-18.

- ROGGO, Antoine** : Aufklärung des Patienten, Bern 2002.
- SAMANTA, Jo / SAMANTA, Ash** : Medical Law, Newyork 2011.
- SARI, Nil** : “İlk Çağda Tıp”, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul 2007.
- SARIAL, Enis** : “Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler”, İstanbul 1986.
- SARITAŞ, Hatice** : “Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005.
- SARP, Nilgün** : “Kısırlaştırma (Sterilizasyon)”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (7-8 Mayıs 2012), Ankara 2013, s. 51-62.
- SAVAŞ, Halide** : “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbî Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, İBD, C. 81, S. 3, Y. 2007, s. 1001-1025.(Tıbbî Faaliyet).
- SAVAŞ, Halide** : Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbî Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara 2007.(Sağlık Çalışanları).
- SAVAŞ, Halide** : “
- SAVAŞ, Halide** : Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları, 3. Bası. Ankara 2013.(Tıbbî Müdahale Hataları).
- SCHMIDT-RECLA, Adrian / NOACK Josephine / (Çev: MERİÇ, Nedim)** : “Alman Hukuku'nda Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, VIII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır), Ankara 2012, s. 73-82.
- SEROZAN, Rona** : Medeni Hukuk, 4.Bası. İstanbul 2013.

- SERT, Gürkan** : “Üreme Sağlığı ve Cinsel Sağlık Hakları ile İlgili Etik - Hukuksal İkilemler.” 2. Tıp Hukuku Günleri: Adli Obstetrik ve Jinekoloji, İstanbul 2012, s. 105-116.
- SERT, Selin** : “
- SERT, Selin / CİHAN, Ali Hulki** : Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar, İstanbul 2013.
- SOMER, Pervin** : “İlaç Üretiminde ve Kullanımında İlaç Üreticisinin, Hekimin ve Eczacının Özel Hukuk Sorumluluğu.”, I. Ulusal Sağlık Hukuku "Klinik Araştırmalar ve İlaç Hukuku" Sempozyumu (4 Mayıs 2013, İstanbul), Ankara 2014, s. 151-184.
- SONAT, K. Ali** : “
- SOYASLAN, Doğan** : Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Bası. Ankara 2014.
- SÜTLAŞ, Mustafa** : Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000.
- ŞATIR, Nejdett** : Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 2015.
- ŞENOCAK, Zarife** : “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası.”, AÜHFD C. 50 S. 4 Y. 2001 s. 65-80.(Küçüğün Rızası).
- ŞENOCAK, Zarife** : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.(Hekimin Sorumluluğu).
- ŞEVKİ, Osman** (Sadeleştiren: **İlter Uzel**) : Beş Buçuk Asırlık Türk Tababeti Tarihi, Ankara 1991.
- TACİR, Hamide** : Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011.(Kitap).
- TACİR, Hamide** : “Tıbbî Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı.” II. Ulusal Sağlık Hukuku "Tıbbî Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu", Ankara 2015, s.13-50.(Bildiri).

- TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt-II, Beşinci Bası, İstanbul 2010.(Özel Borç İlişkileri).
- TANDOĞAN, Haluk** : “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması.”, AÜHFD C. 19, S. 1, Y. 1962, s. 251-275.(Şahsiyet).
- TANDOĞAN, Haluk** : Vekâletsiz İş Görme, Ankara 1957. (İş Görme).
- TANERİ, Gökhan** : Hasta Hakları, Ankara 2014.
- TEMEL, Erhan** : “Alman Hukukuna Göre Çocuklarda Aydınlatılmış Rıza.”, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (8-9 Kasım 2013), Ankara 2014, s. 31-44.(Alman Hukuku).
- TEMEL, Erhan** : “Hadımlaştırma Operasyonlarından Doğan Hukuki Sorumluluk.”, ABD (Sağlık Hukuku Kurultayı-III 7-8 Mayıs 2010), Y. 2010 s. 115-125.(Hadımlaştırma).
- TOPUZ, Seçkin** : “Acil Tıbbî Müdahalede Hekimin Sorumluluğu.” Erciyes Üniversitesi HFD C. 3, S. 1, Y.2008, s. 293-313.
- TOROSLU, Nevzat** : “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk.” AÜHFD C. 35, S. 1-4, Y. 1978, s. 91-118.
- Türkiye Biyoetik Derneği** : Kök Hücre Araştırmaları ve Uygulamaları Kurulu. Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuki Boyutu (2009 Raporu), Ankara 2009.
- TÜRKMEN, Ali** : Hasta ve Hekim Hukuku, Ankara 2013.
- TÜZÜNER, Özlem** : “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi.”, AÜHFD, C. 62, S. 4, Y. 2013, s. 1139-1166.
- UYGUR, Atiye** : “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan** : Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.

- WORTHINGTON, R.** : “Clinical Issues on Consent: Some Philosophical Concerns.”, Journal of Medical Ethics, S. 28, Y. 2002 s. 377-380.
- YAKUT, Cemil Buğra** : “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- YALÇINTEPE, Neylan** : “
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz** : Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem** : Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- YENİDÜNYA, Caner / İÇER, Zafer** : Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe** : Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Bası, Ankara 2015.
- YILDIZ, Pervin** : “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (01-04 Mayıs 2014), Muğla 2014, s. 191-214.
- YILMAZ, Abdulkadir** : “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.
- YILMAZ, Battal** : Açıklamalı - İtihtatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Bası, Ankara 2010.(Hukuki Sorumluluk).
- YILMAZ, Battal** : “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, S. 1, Y. 2009, s. 167-180.(Rıza).
- YILMAZ, Ergün** : “Organ ve Doku Nakli”, Sağlık Hukuku Digestası, S. 2, Y. 2012, s. 203-230.
- YÜKSEL, Hilal** : “Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.

- ZENGİN, Mehmet Ali** : Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbî Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2012.
- ZEVLİLİLER, Aydın** : “Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, DÜHFD, S. 1, Y. 1983, s. 1-37.(Tedavi Amaçlı).
- ZEVLİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre K.** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15.Bası, Ankara 2015.
- ZEYTİN, Zafer** : “Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Sağlık Hakkı Dergisi (4. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), S. 3, Y. 2007, s. 165-190.
- ZEYTİN, Zafer** : “Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu - Hekimin Sorumluluğu (7-8 Ekim 2011), 2012, s. 1-36.(Bildiri).