

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Ayça ÇAKAL

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2018

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Ayça ÇAKAL

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA

Danışman

Yrd. Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2018

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Ayça ÇAKAL'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan	: Yrd. Doç. Dr. Süleyman DOST	(İmza)
Üye (Danışmanı)	: Yrd. Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ	(İmza)
Üye	: Yrd. Doç. Dr. Agah Kürşat KARAUZ	(İmza)

Tez Başlığı: Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 27/12/2017

Mezuniyet Tarihi : 25/01/2018

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Ayça ÇAKAL





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Ayça ÇAKAL
Öğrenci Numarası	20118519104
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Yrd. Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ
Tez Başlığı	Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza
Turnitin Ödev Numarası	17219170

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 148 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 19/01/2018 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 13

alıntılar dahil % 24 'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

19/01/2018

(imzası)

Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Yrd. Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	v
ÖZET	vii
SUMMARY	viii
ÖNSÖZ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TIBBİ MÜDAHALEYE RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK İNCELENMESİ

1.1. Genel Olarak	4
1.2. Kavram	4
1.3. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları	6
1.3.1. Hukuki Açıdan Yetkili Kişiler Tarafından İcra Edilme	6
1.3.1.1. Yetkili Kişinin Tıbbi Müdahaleyi Gerçekleştirmesi	6
1.3.1.1.1. Yetkili Kişi Kavramı	7
1.3.1.1.1.1. Hekimler	8
1.3.1.1.1.1.1. Hekimlik Mesleği Koşulları	9
1.3.1.1.1.1.1.1. Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olmak	9
1.3.1.1.1.1.1.2. Tabip Odasına Kayıtlı Olmak	11
1.3.1.1.1.1.1.3. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici veya Sürekli Engel Hali Bulunmamak	11
1.3.1.1.2. Diğer Sağlık Çalışanları	12
1.3.2. Hukuken Öngörülmüş Amaçlara Yönelik Olması	13
1.3.2.1. Teşhis	14
1.3.2.2. Tedavi	15
1.3.2.3. Önleme	16
1.3.2.4. Nüfus Planlaması	16
1.4. Özellik Gösteren Bazı Tıbbi Müdahaleler	16
1.4.1. Estetik Ameliyatlar	16
1.4.2. Kan, Doku Ve Organ Nakilleri	17
1.4.3. Gebeliğin Sona Erdirilmesi (Kürtaj)	19
1.4.4. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları	20
1.4.4.1. Yapay Döllenmeler (Dar Anlamda ÜYTE)	20

1.4.4.2. Embriyon Aktarmaları (Geniş Anlamda ÜYTE).....	21
1.4.5. Sterilizasyon / Kısırlaştırma	21
1.4.6. Kastrasyon	22
1.4.7. Cinsiyete Yönelik Müdahaleler	23
1.4.8. Tıbbi Araştırmalar	23
1.4.8.1. Bilimsel Amaçlı Tıbbi Araştırmalar	24
1.4.8.2. Tedavi Amaçlı Tıbbi Araştırmalar.....	24
1.4.9. Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş Kurallara Uygun Olması	25
1.5. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Aykırılığı	26
1.6. Hukuka Aykırılığın Gerçekleşmesi.....	27
1.7. Hukuka Aykırılığın Engellenmesi	27
1.7.1. Hukuka Aykırılığın Hastanın Rızası İle Engellenmesi.....	27
1.7.1.1. Genel Olarak	27
1.7.2. Hukuka Aykırılığın Hastanın Rızasının Bulunmadığı Özel Durumlarda Engellenmesi	28
1.7.2.1. Hastanın Rızasının Bulunmadığı Özel Durumlar	29
1.7.2.1.1. Tıbbi Zorunluluk Durumları.....	29
1.7.2.1.2. Kanunun Verdiği Özel Yetki.....	31
1.7.2.1.2.1. Özel Hukuktan Kaynaklanan Bir Yetkinin Kullanılması.....	31
1.7.2.1.2.2. Kamu Hukukundan Kaynaklanan Bir Yetkinin Kullanılması.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

RIZA KAVRAMI, AÇIKLANMASI VE ŞEKLİ, KONUSU, VARSAYILAN RIZA VE RIZANIN ÖZELLİK GÖSTEREN MÜDAHALELER AÇISINDAN İNCELENMESİ

2.1. Genel Olarak	35
2.2. Rıza Kavramı	35
2.3. Rızanın Hukuki Niteliği.....	37
2.4. Rızanın Konusu.....	38
2.4.1. Yaşama Hakkı	40
2.4.2. Sağlık Hakkı	41
2.4.3. Vücut Bütünlüğü Hakkı.....	42
2.5. Rızanın Kapsamı.....	43
2.6. Rıza Ehliyeti	44
2.6.1. Yeterlik Kavramı	46

2.6.2.	Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayanlar	47
2.6.3.	Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Küçükler	48
2.6.4.	Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Küçükler	53
2.6.5.	Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Kısıtlılar	56
2.7.	Rızanın Açıklanma Zamanı	58
2.8.	Rızanın Şekli	58
2.9.	Rızanın Özellik Gösterdiği Haller	60
2.9.1.	Doku ve Organ Nakilleri	60
2.9.1.1.	Ehliyet	60
2.9.1.2.	Organ Nakline İlişkin Rızanın Alınma Usulü ve Şekli	61
2.9.1.2.1.	Yaşayan Vericiden Organ Nakli	61
2.9.1.2.2.	Ölü Vericiden Organ Nakli	65
2.9.2.	Gebeliğin Sona Erdirilmesi	67
2.9.3.	Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları	69
2.9.4.	Sterilizasyon	70
2.9.5.	Kastrasyon	71
2.9.6.	Cinsiyet Değiştirmeye Yönelik Müdahaleler	71
2.9.7.	Tıbbi Araştırmalar	75
2.9.7.1.	Bilimsel Amaçlı Tıbbi Araştırmalar	76
2.9.7.2.	Tedavi Amaçlı Tıbbi Araştırmalar	77
2.10.	İlaç ve Terkiplerin Araştırma Amacıyla Kullanılması	77
2.11.	Varsayılan Rıza	77
2.12.	Rızanın Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye Yönelmesi	80
2.13.	Rızanın Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmaması	81
2.13.1.	Genel Olarak	81
2.13.1.1.	Kişilik Haklarına Aykırılık	82
2.13.1.2.	Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık	83
2.13.1.3.	Genel Ahlaka Aykırılık	84
2.13.1.4.	İradeyi Sakatlayan Nedenlerin Bulunmaması	85
2.14.	Hastanın Aydınlatılmış Olması	86

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZAYA İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR VE RIZANIN TEMSİLCİ ARACILIĞYLA AÇIKLANMASI

3.1. Genel Olarak	89
3.2. Kişilik Hakkı Kavramı ve Tıbbi Müdahaleye Rıza ile İlişkisi	90
3.3. Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Hak Kavramı	91
3.4. Rızanın Geri Alınması	93
3.5. Rızanın Esirgenmesi	97
3.6. Ameliyatın Genişletilmesi	100
3.7. Rızanın Aşılması.....	102
3.8. Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Temsil.....	104
3.8.1. Tam Ehliyetsiz Kişinin Temsili.....	106
3.8.2. Tıbbi Müdahaleye Rıza Açısından Velayetin Kullanılması	107
3.8.3. Yasal Temsilcinin Rıza Göstermekten Kaçınması	109
3.8.4. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Üçüncü Bir Kişi Tarafından Açıklanması	110
3.8.4.1. Rızanın Yakınlar ve Aile Üyeleri Tarafından Açıklanması.....	110
3.8.4.2. Hastanın İradi Temsilci Ataması	112
3.8.4.3. Hasta Tasarrufu (Hasta Vasiyeti).....	115
SONUÇ	118
KAYNAKÇA.....	126
ÖZGEÇMİŞ	134

KISALTMALAR LİSTESİ

AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bk.	: Bakınız
C	: Cilt
CMBMY	: Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik
dn.	: Dipnot
E	: Esas Numarası
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K	: Karar Numarası
KDK	: Kamu Denetçiliği Kurumu
m.	: Madde
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun.
ODNK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
RTSHYDİT	: Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük
RG	: Resmi Gazete
SMMİSHÇDMMİVGTDY	: Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik
S	: Sayı
s.	: Sayfa
T	: Tarih
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTB	: Türk Tabipler Birliği
TTBK	: Türk Tabipler Birliği Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
UHK	: Umumi Hıfzısıhha Kanunu
ÜYTE	: Üremeye Yardımcı Tedavi
ÜYTEY	: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik
Y	: Yargıtay



ÖZET

Günümüzde hasta ile hekim arasındaki ilişkinin temelini tıbbi müdahaleler oluşturmaktadır. Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi açısından müdahaleye maruz kalacak kişinin rızası büyük önem taşımaktadır.

Tıbbi müdahale ile kişinin en önemli kişilik değerlerinden olan yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı ihlal edilmekte, bazen de telafisi güç zararların doğumuna sebep olunmaktadır. Kişilik hakkının ihlali sonucunu doğuran tıbbi müdahaleler açısından rıza, müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesinin en önemli şartıdır. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilmesi bakımından rızanın geçerli olarak ortaya konulması gerekir.

Rızanın geçerlilik şartları, içeriği ve şekli; özellikle ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar açısından rızaya ilişkin tartışmalar bağlamında incelenmiş ayrıca bazı özel nitelikteki tıbbi müdahaleler açısından rızanın alınma şartları birbirinden farklılık gösterdiği için bu konu çalışma konusu olarak seçilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Rıza Ehliyeti, Küçüğün ve Kısıtlının Rızası, Rızanın Temsilci Aracılığıyla Açıklanması, Varsayılan Rıza.

SUMMARY

CONSENT TO MEDICAL INTERVENTION IN TURKISH PRIVATE LAW

Today, the basis of the relationship between the patient and the physician is the medical interventions. The intervention of the person who will be exposed to intervention in order to be able to perform the medical intervention is of great importance.

With medical intervention, one of the most important personality values of a person is violation of life, body integrity and health, sometimes causing deterrent power loss. Consent for medical interventions likely to infringe on the right of personality is the most important condition for the intervention to be carried out in accordance with the law. In order to be able to make medical intervention lawful, it is necessary to present the incident as valid.

The validity conditions of the claim were examined in the context of content and form, particularly with respect to the smallness and limitations of discrimination power, and also because the conditions for receiving the claim differ in terms of medical interventions with special qualities.

Keywords: Consent to Medical Intervention, Consent of Consent, Exploitation of the Minor and the Restraint, Disclosure by the Representative of the Consent, Default Consent.

ÖNSÖZ

Tıbbi müdahaleler kişinin en önemli kişilik değerlerinden olan yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığına yönelmektedir. Kişinin hukuken korunmuş olan en önemli kişilik değerlerini ihlal edebilecek nitelikteki tıbbi müdahalenin, kişinin rızası ile hukuka uygun hale geleceği açıktır. Rızanın alınma şartları ve içeriğinin özel nitelikli tıbbi müdahaleler bakımından değişiklik gösterdiği haller uygulamada sıklıkla karşımıza çıkabilmektedir.

Bu düşüncelerden hareketle hazırlamış olduğum “Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza” başlıklı çalışmamda, bilgi ve tecrübelerinden her zaman faydalandığım, tez konusunun seçiminden başlığın belirlenmesine kadar tez çalışmamın her aşamasında her türlü desteği veren tez danışmanım değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Selin Sert SÜTÇÜ’ ye çok teşekkür ederim.

Tez çalışmamın sonuçlandırılmasında manevi desteğini benden esirgemeyen Arş. Gör. Olgu ÖZDEMİR’ e çok teşekkür ederim.

Tez çalışmamın tamamlanmasında her türlü fedakarlığı gösteren, manevi desteklerini hep hissettiğim en değerli varlıklarım annem ve babama çok teşekkür eder, çalışmanın tüm ilgililere faydalı olmasını dilerim.

Ayça ÇAKAL

Antalya, 2018

GİRİŞ

Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahalenin kişinin sağlığını koruma veya refahını arttırma amaçlarını taşıması ya da müdahale sonucunda bu sonuçlara ulaşılmış olması, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemektedir. Hukukun koruduğu en önemli değer olan kişilik hakkını, kişilik hakkı değeri olarak da kişinin yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlığını ihlal eden tıbbi müdahaleler; bazı koşulların varlığı halinde hukuka uygun kabul edilmektedir.

Kişinin en temel kişilik değerlerinden olan yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığını ihlal eden tıbbi müdahaleler, kişilik hakkına saldırı niteliğinde olduğundan kural olarak hukuka aykırıdır. Hukuk düzenimiz kişiye kendi yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde tasarruf etme imkanını rızaya bağlı kılmıştır. Kişi; tıbbi müdahaleye rıza göstererek hukukun kendisine sağladığı bu korumadan vazgeçmekte ve bu kişilik değerleri üzerinde bazı girişimlerde bulunulmasına razı olmaktadır. Tıbbi müdahaleye rıza, kişinin müdahaleye izin vermesi anlamını taşıyan tek taraflı bir irade beyanıdır. Müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan en önemli unsur, müdahaleye maruz kalacak olan kişinin rızasıdır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için gereken koşullar; tıbbi müdahalenin yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi, müdahalenin hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olması, tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olması ve tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin rızasının alınmış olmasıdır.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler, zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar ile kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır. Tıbbi müdahaleler bakımından kural, hukuka aykırılığın kişinin rızası ile engellenmesidir. Ancak bazı durumlarda kişinin üstün nitelikte özel veya kamusal yararı ya da kanundan kaynaklanan yetkinin kullanılması nedeniyle tıbbi müdahale hukuka uygun olmaktadır.

Çalışmamızda rıza, özellikle tıbbi müdahaleler açısından ele alınacaktır. Günümüzde tıp alanında yapılan bilimsel araştırmalar ve teknolojik çalışmalar sonucunda, pek çok farklı türde tıbbi müdahale ortaya çıkmıştır. Bu müdahalelerin ayrı ayrı incelenmesi ve müdahalelere özgü niteliklerin ortaya konması tıbbi müdahale kavramının anlaşılabilmesi açısından önemlidir.

Bazı tıbbi müdahaleler kişinin rızası aranmaksızın veya kişinin rızasını esirgemesi halinde dahi gerçekleştirilebilmektedir. Tıbbi zorunluluk halleri, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması hallerinde hukuka aykırılık, müdahaleye maruz kalacak kişinin iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Bu

hukuka uygunluk sebepleri tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin vereceği rıza kadar kolaylıkla tespit edilememektedir. Bu kapsamdaki hukuka uygunluk sebepleri bakımından kanunun verdiği özel hukuktan ya da kamu hukukundan kaynaklanan yetkinin yanında mahkeme kararı aranmaktadır. Oysa tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran diğer sebeplerden farklı olarak rıza, müdahaleye maruz kalacak kişinin iradesine dayanmaktadır.

Kişinin maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının yanı sıra kendi geleceğini belirleme hakkı, tıbbi müdahaleye rızanın temel dayanakları olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda AY m. 17/1’de yer alan “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” denilerek tıbbi müdahaleye rızanın anayasal temeli ifade edilmiştir. Tıbbi müdahalenin rıza ile hukuka uygun hale geleceği, AY m. 17/2 uyarınca “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” denilerek açıkça belirtilmiştir.

Tıbbi müdahalenin bir diğer yasal dayanağı, TMK m. 23/3’te yer alan ve “*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.*” şeklinde ifade edilmiş olan kişilik hakkının korunmasına yönelik düzenlemedir.

Tıbbi müdahaleye rızanın, müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilmesi için geçerli bir şekilde rıza beyanında bulunulmuş olması gerekir. Rızanın irade beyanı olduğu fikrinden hareketle, geçerli bir rızadan söz edilebilmesi için öncelikle rızanın rıza ehliyeti olan kişi tarafından açıklanması gerekir. Çalışmamızda özellikle küçüklerin ve kısıtlıların rıza ehliyeti bağlamında güncel tartışmalar ışığında değerlendirmelere yer verilecektir.

Çalışmamızın “*Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tıbbi Müdahaleye Rızanın Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İncelenmesi*” başlıklı birinci bölümde, tıbbi müdahale kavramı, ayrıca tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları olarak nitelendirdiğimiz, hukuki açıdan yetkili kişiler tarafından icra edilme, hukuken öngörülmüş amaçlara yönelik olma, tıp biliminin genel kabul görmüş kurallara uygun olma unsurlarına, doktrindeki görüş ve değerlendirmeler ışığında incelenecektir.

Çalışmamızın “*Rıza Kavramı, Açıklanması ve Şekli, Konusu, Varsayılan Rıza ve Rızanın Özellik Gösteren Müdahaleler Açısından İncelenmesi*” başlıklı ikinci bölümünde, genel hatları ile rıza kavramı, rızanın hukuki niteliği açıklanmaya çalışılacak, rızanın konusu bağlamında tıbbi müdahale ile ihlal edilebilen yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık hak ve değerleri

hakkında bilgi verilecektir. Rızanın özellik gösterdiği bazı tıbbi müdahaleler bakımından doku ve organ nakilleri, gebeliğin sona erdirilmesi, üremeye yardımcı tedavi uygulamaları, sterilizasyon, kastrasyon, cinsiyet değiştirmeye yönelik müdahaleler, tıbbi araştırmalar gibi özellik gösteren tıbbi müdahaleler ve rızanın bu müdahaleler açısından alınma şartları üzerinde durulmuştur.

Çalışmamız kapsamında özellik gösteren tıbbi müdahaleler bakımından rıza gösterecek kişinin sahip olması gereken ehliyet şartları ayrı ayrı değerlendirilecektir. Yine özellik gösteren müdahaleler açısından rızanın şekil şartına bağlanmış olduğu haller inceleme konusu yapılacaktır.

Çalışmamızın “*Tıbbi Müdahaleye Rızaya İlişkin Özel Durumlar ve Rızanın Temsilci Aracılığıyla Açıklanması*” başlıklı üçüncü bölümünde kişilik hakkı kavramı, kişilik hakkı kavramının tıbbi müdahaleye rıza ile ilişkisi incelenmeye çalışılmış, uygulama açısından da oldukça önemli olduğunu düşündüğümüz rızanın geri alınması ve rızanın esirgenmesi kavramları üzerinde durulmuştur. Bu bölümde ayrıca rızanın özellik gösterdiği bazı durumlar bağlamında ameliyatın genişletilmesi ve rızanın aşılması durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar üzerinde değerlendirmeler yapılmıştır. Rızanın temsilci aracılığıyla açıklanması ve özellikle yasal temsilcinin rıza vermekten kaçındığı hallerde sorunun nasıl çözümlenmesi gerektiği değerlendirilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TIBBİ MÜDAHALEYE RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK İNCELENMESİ

1.1. Genel Olarak

Her geçen gün gelişme gösteren tıp alanında daha uzun ve sağlıklı bir yaşamın nasıl elde edilebileceği konusunda çalışmalar yapılmaktadır. Tıbbi müdahale kavramının içeriğinin her geçen gün değiştiği ve geliştiği herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Tıbbi müdahale kavramının belirlenmesi, hangi tür girişimlerin tıbbi niteliğe sahip olduğunun ortaya konulması açısından büyük önem taşır.

Rıza bakımından taşıdığı önem nedeniyle çalışmamızın bu bölümünde, tıbbi müdahale kavramına ilişkin olarak yapılan çeşitli tanımlara değinilerek müdahalenin anlamı değerlendirilecektir. Tıbbi müdahale kavramı, çalışmamızın temelini oluşturan rıza açısından öncelikle incelenmesi gereken kavramlardan biridir. Rıza, tıbbi müdahaleye yönelik olarak gösterilmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için gereken koşullar; tıbbi müdahalenin yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi, müdahalenin hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olması, tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olması ve tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin rızasının alınmış olmasıdır.

Hukuka uygunluk sorununun tartışılabilmesi için öncelikle ortada bir tıbbi müdahalenin varlığı gerekir. Bu nedenle öncelikle bir müdahalenin tıbbi müdahale olup olmadığını ve sonrasında tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir. Bu noktada tıbbi müdahale kavramının anlamının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Çalışmamız kapsamında öncelikle tıbbi müdahale kavramı üzerinde durulacak ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan şartlar incelenecektir.

1.2. Kavram

İlerleyen bilim ve teknolojiye uygun olarak zaman içerisinde sürekli değişkenlik gösteren niteliği yanında, tıbbi, hukuki ve etik alanlar ile yakın ilişkisi sebebiyle, tıbbi müdahale kavramını karşılayan kesin bir tanım yapabilmek oldukça güçtür. Bununla birlikte, kavrama ilişkin olarak temelde benzer unsurları taşıyan çeşitli tanımlar yapıldığı görölmektedir¹.

¹ Işık Özcan, 2008: 5; Taştan, 2017: 5.

Uygulamada çoğunlukla “tıbbi müdahale” olarak kullanılan ve vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleşen bu fiile doktrinde “tıbbi uygulama”² “tıbbi yardım ve el atma”³, “tıbbi girişim”⁴, “tıbbi faaliyet”⁵, “teşhis ve tedavi edimi”⁶, “hekimlerin mesleki faaliyetleri”⁷ gibi isimler verilmektedir⁸. Ancak “tıbbi müdahale” kavramı doktrinde ve yargı kararlarında ağırlıklı olarak tercih edilmektedir⁹.

Tıbbi müdahale, mevzuatımızda Hasta Hakları Yönetmeliği¹⁰ m. 4/g’de; “*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim*” şeklinde tanımlanmıştır. Tıbbi müdahale; tıp, hukuk, etik gibi birçok farklı bilim dalını etkileyen önemli bir kavramdır.

“Tıbbi” ve “müdahale” sözcüklerinin kelime anlamlarından yola çıkılarak yapılan bir tanıma göre, tıbbi müdahale, hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla yapılan, teknik ve bilimsel çalışmalar yoluyla geliştirilen, vücut bütünlüğüne yönelik el atmalardır¹¹.

Bir başka tanıma göre tıbbi müdahale; kişideki bedensel veya ruhsal bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından tıp biliminin genel kabul görmüş kurallara ve tıp tekniğine uygun şekilde gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yönteminden en ağır cerrahi müdahaleye kadar uzanabilen her türlü faaliyettir¹².

Kanaatimizce tıbbi müdahale; yetkili kişiler tarafından kişinin yaşamını, vücut bütünlüğünü ve sağlığını tehdit eden fiziksel ya da psikolojik hastalıkları, hastalık niteliği taşımayan fiziksel ya da psikolojik bozuklukları teşhis etmek, tedavi etmek, hastalıklardan korumak ya da nüfus planlaması yapabilmek amacıyla gerçekleştirilen her türlü tıbbi girişim olarak tanımlanabilir.

² Polat, 2005: 28-29 aktaran: Savaş, 2013: 26 (Tıbbi Müdahale)

³ Aşçıoğlu, 1993: 15-144.

⁴ Hatun, 1999: 13 aktaran: Savaş, 2013: 26 (Tıbbi Müdahale)

⁵ Bayraktar, 1972: 9-65 aktaran: Savaş, 2013: 26 (Tıbbi Müdahale); Keyman, 1978: 58.

⁶ Özdemir, 2004: 51-52 aktaran: Savaş, 2013: 26.

⁷ Reisoglu, 1982: 2; Güran, 1983: 77 aktaran: Savaş, 2013: 26 (Tıbbi Müdahale)

⁸ Savaş, 2013: 26. (Tıbbi Müdahale)

⁹ Bu konuda bk. Çilingiroğlu, 1993: 15; Ayan, 1991: 5; Çakmut, 2003: 24; Şenocak, 2001: 66; Ozanoğlu, 2003: 58; Savaş, 2013: 27; Hakeri, 2012: 265; Erman, 2003: 48; Ateş, 2010: 13; Işık Özcan, 2008: 5; Ekici, 2016: 3; Özpınar, 2007: 5; Yavuz İpekyüz, 2015: 19; Işık Yılmaz, 2012: 390; Canbolat, 2009: 156; Özbilen, 2013: 100; Oral, 2011: 197; Fidan, 2010: 349; Günday, 2009: 1; Kazık, 2002: 44; Erçeltik, 2011: 29; Uygur, 2009: 51; Öztürkler, 2006: 70.

¹⁰ 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı RG.

¹¹ Işık Özcan, 2008: 5.

¹² Çilingiroğlu, 1993: 15; Ayan, 1991: 5; Kahraman, 2016: 480.

1.3. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

Tıbbi müdahaleler kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü değerlerine yönelmektedir. Kişinin en temel kişilik değerlerinden olan yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığını ihlal etme ihtimali olan tıbbi müdahaleler, kişilik hakkına saldırı niteliğinde olduğundan kural olarak hukuka aykırıdır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için gereken koşullar; tıbbi müdahalenin yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi, hukuken öngörülmüş amaçlara yönelik olması, tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara göre gerçekleştirilmesi ve tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin rızasının alınmış olmasıdır¹³. Bu şartların yanı sıra, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁴ m. 23¹⁵ ve m. 24¹⁶ ile düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça hekimin, iyileştirmek amacı ile de olsa, kişi üzerinde gerçekleştirdiği her tür tıbbi müdahale, esas itibarıyla kişilik haklarına ve vücut bütünlüğüne yapılan hukuka aykırı saldırı niteliğindedir. Bu bağlamda belirli şartlarda başvurulabilecek varsayılan rıza, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması ve zorunluluk hali şeklinde ifade edilebilecek hallerde, tıbbi müdahale hukuka uygun olacaktır¹⁷.

1.3.1. Hukuki Açıdan Yetkili Kişiler Tarafından İcra Edilme

1.3.1.1. Yetkili Kişinin Tıbbi Müdahaleyi Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahaleler, sonradan telafisi güç veya imkansız zararlara sebep olabilecek nitelikte riskli ve karmaşık girişimlerdir. Bu nedenle kişinin vücut bütünlüğü, yaşam ve sağlık değerlerine yönelen tıbbi müdahalelerin mutlaka yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi gerekir¹⁸.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için, öncelikle tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek kişinin bu konuda yetkili olması gerekir. Bir başka deyişle kişi tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme konusunda bir hakka sahip olmalıdır. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme hakkı, tıp meslek ve sanatının kullanılışından ileri gelir¹⁹.

¹³ Taştan, 2017: 9.

¹⁴ 8.12.2001 tarih ve 24607 sayılı RG.

¹⁵ TMK m. 23: “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, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz”.

¹⁶ TMK m. 24: “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, 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.”

¹⁷ Uygur, 2009: 27.

¹⁸ Çilingiroğlu, 1993: 16.

¹⁹ Özpınar, 2007: 18.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun²⁰ m.1 çerçevesinde, ülkemizde hasta tedavi etme hak ve yetkisi tıp fakültesi diploması sahibi hekimlere verilmiştir. Hekim diploması ve cerrahi veya alanında uzman olduğuna ilişkin yetkisi olmayan hiç kimse cerrahi müdahalede bulunamaz (TŞSTİDK m. 3/1).

Hukumumuzda hekimler dışındaki bazı sağlık çalışanlarına da tıbbi müdahalede bulunabilme yetkisi verilmiştir. TŞSTİDK'nın çeşitli hükümlerinde²¹ ve Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik²² ile hekimler dışında tıbbi müdahalede bulunabilecek olan sağlık çalışanlarının görev ve yetkileri belirlenmiştir. Anılan yönetmelik ile; sağlık meslek mensupları ile sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının iş ve görev tanımları düzenlenmektedir. Hemşirelerin iş ve görevleri ise Hemşirelik Yönetmeliği²³ ile ayrıca düzenlenmiştir.

Günümüz tıbbının gelişen koşulları ve tıbbi müdahalelerin farklı özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, şüphesiz hekimler dışındaki sağlık çalışanlarının da yetkili kişiler arasında sayılması gerekmektedir.

1.3.1.1.1. Yetkili Kişi Kavramı

Tıbbi müdahalenin yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan önemli unsurlardan biridir. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilecek olan kişiler arasında hekimler ilk sırada yer alır. Bununla birlikte, TŞSTİDK'nın çeşitli hükümlerinde, SMMİSHÇDMMİVGTDY ile ve ilgili diğer mevzuatta hekimler dışında tıbbi müdahalede bulunabilecek olan sağlık çalışanlarının görev ve yetkileri düzenlenmiştir.

Hekim dışındaki sağlık çalışanları; TŞSTİDK'da dişçiler (m. 29, 30), ebeler (m. 47), sağlık memurları (m. 3), sünnetçiler (m. 58) ve hastabakıcı hemşireler (m. 68), olarak sayılmaktaydı. Ancak bu kapsam, tıp bilimindeki uzmanlaşma ve iş bölümü sonucunda güncelliğini yitirmiş, günümüz ile uyumsuz hale gelmişti. Bu durum göz önüne alınarak 6514 sayılı Kanun²⁴ m. 20 ile sünnetçiler ile ilgili hüküm yürürlükten kaldırılmış, 2011 yılında

²⁰ 14.04.1928 tarih ve 863 sayılı RG. (26.11.2014 tarih ve 6569 sayılı kanun ile değişik) (TŞSTİDK olarak anılacaktır)

²¹ TŞSTİDK m. 3/2: "Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler."

²² 22.05.2014 tarih ve 29007 sayılı RG. (SMMİSHÇDMMİVGTDY olarak anılacaktır)

²³ 08.03.2010 tarih ve 27515 sayılı RG.

²⁴ 18.01.2014 tarih ve 28886 sayılı RG.

6225 sayılı Kanun²⁵ ile getirilen ek m. 13 ile daha sonra değineceğimiz sağlık çalışanları adı geçen kanuna eklenmiştir.

Konumuz açısından tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan kişilerden en önemlisi hekim olduğundan, hekim kavramı ile hekimlik yapabilmek için gerekli olan şartlara değinilecektir.

1.3.1.1.1.1. Hekimler

Hekim, modern hayatta hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış kişidir.

Hekimler, uzmanlık seviyelerine göre “pratisyen hekimler” ve “uzman hekimler” olmak üzere iki ayrı gruba ayrılırlar. Lisans eğitimine dayalı olarak tıp mesleğini icra eden hekimler pratisyen hekimlerdir. Uzman hekimler ise, belirli alanda lisansüstü eğitim görmüş kişilerdir. Uzmanlık eğitimi, lkemizde Tıpta Ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Ynetmelięi²⁶ hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Gerçekleştirilebilmesi uzmanlık şartına bağlanmış olan tıbbi müdahalelerde, bu şartın girişimi tıbbi müdahale haline mi getireceği yoksa uzmanlığın müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan bir unsur mu olduğu konusu değerlendirilmelidir. Hekimlikte genel uzmanlık alanı, özel uzmanlık alanlarının varlığına rağmen sınırlandırılmadığından, genel uzmanlık eğitimi almış bir hekimin özel uzmanlık gerektiren bir alanda müdahalede bulunmasının kural olarak hukuka uygun olduğu savunulmuřtur²⁷. Bir görüş uyarınca, estetik cerrah, uygulamada Plastik ve Rekonstrüktif Cerrah içinde yer almakla birlikte, bir genel cerrahın, estetik ameliyat gerçekleştirmesi durumunda, müdahalenin hukuka aykırılığından söz edilemeyecek; ancak genel cerrah, kusurundan kaynaklanan zararlardan sorumlu olacaktır²⁸. İleri sürülen bir diğer görüşe göre ise, müdahale için hekime başvuran ve müdahaleye rıza gösterecek olan kişinin hekimin hangi alanda uzman olduğunu bilebilmesi çok güçtür. Uzman olmayan ya da alanı dışında müdahale eden hekimin söz konusu müdahaleyi yetkisiz olarak gerçekleştirmesi, müdahalenin tıbbi niteliğini ortadan kaldırmasa dahi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirir. Bu nedenle yetkili olmamasına rağmen kendi uzmanlık alanı dışında bir alanda cerrahi müdahalede bulunan hekimin müdahalesi, tıbbi nitelik taşısa dahi sözleşmeden doğan zen yükümlülüğüne aykırı olacaktır²⁹. Yargıtay, bir

²⁵ 26.04.2011 tarih ve 27916 sayılı RG.

²⁶ 26.04.2014 tarih ve 28983 sayılı RG.

²⁷ Aşioğlu, 1993: 45.

²⁸ Petek, 2006: 179.

²⁹ Ayan, 1991: 6; Fidan, 2010: 356; Badur, 2017: 37.

kararında³⁰, kanunun açık hükmüne aykırı hareket ederek kendi uzmanlığı dışında başka bir uzmanlık alanında çalıştığı gerekçesiyle bir çene cerrahının hastasına röntgen çekmesini hukuka aykırı bulmuştur. Örneğin bir psikiyatristin cerrahi müdahalede bulunması durumunda müdahale tıbbi nitelikte olmakla birlikte, uzmanlık alanı dışında müdahale gerçekleştiren hekim özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır.

Kanımızca, insan sağlığı göz önünde bulundurulduğunda, uzman olmayan hekimin uzmanlık gerektiren müdahalede bulunması yahut hekimin uzmanlık alanı dışında tıbbi müdahale gerçekleştirmesi günümüz tıp bilimi uygulaması açısından doğru değildir. Tıbbi müdahalenin yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesinin hukuka uygunluk unsuru olduğu kabul edildiğinde, hekimin müdahale için aranan uzmanlık koşulunu taşınamaması halinde müdahalenin hukuka aykırı olacağı düşüncesindeyiz.

Tıp fakültesinde lisans eğitimi alan öğrencilerden poliklinik aşamasında bulunanlarına “intörn hekim” denilmektedir. İntörn hekimlere de asıl hekimin denetim ve gözetimi altında olmak kaydıyla tıbbi müdahalede bulunabilme yetkisi verilmiştir. Bu nedenle intörn hekimler bağımsız hekim olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla intörn hekimler, katıldıkları tıbbi müdahaleler açısından yardımcı kişi konumundadır³¹. Hekim, gözetimi altındaki intörn hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahale nedeniyle doğacak olan zarardan sorumlu olur. Zararı ortadan kaldırmaya yönelik olarak yapılacak sorumsuzluk anlaşması 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³² m. 116/3 gereği hükümsüzdür³³.

Hukukumuzda hekimlik mesleğini yürütmeye yetkili olabilmek için gereken koşullar, TŞSTİDK ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu³⁴ ile düzenlenmiştir. Buna göre hekimlik faaliyeti için tıp fakültesi diplomasına sahip olmak, tabip odasına kayıtlı olmak, hekimlik mesleğinin icrasından geçici veya sürekli engel hali bulunmamak koşulları aranmaktadır. Aşağıda bu koşullar inceleme konusu yapılacaktır.

1.3.1.1.1.1. Hekimlik Mesleği Koşulları

1.3.1.1.1.1.1. Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olmak

Hukukumuzda hekimlik faaliyetinde bulunabilmek için gereken ilk koşul, tıp fakültesi diplomasına sahip olmaktır. TŞSTİDK m. 1’e göre; “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet*

³⁰ Y. 4. HD. E. 1976/692, K.1976/11046 T. 17.12.1976. Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 13.11.2017

³¹ Ayan, 1991: 6.

³² 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG. (TBK olarak anılacaktır)

³³ TBK m. 116/3: “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*”

³⁴ 31.01.1953 tarih ve 8323 sayılı RG. (TTBK olarak anılacaktır)

icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır". Hekimlik faaliyetini yürütebilmek için diploma sahibi olmak ve ayrıca diplomanın Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanması ve sicile işlenmesi koşulunun sağlanması gerekmektedir. (TŞSTİDK m.2) Hekimlik yapabilmek için gerekli diplomanın kural olarak Türk üniversiteleri tıp fakültelerinden alınması gerekir³⁵.

Yabancı sağlık çalışanları, Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik³⁶ hükümlerine uygun olarak ülkemizde faaliyet gösterebilirler. Buna göre yabancı sağlık çalışanları, Yönetmelik m. 5³⁷,’te yer alan şartları sağlamaları halinde özel sağlık kuruluşlarında çalışabilme imakına sahiptir. Son dönemde yönetmelikte yapılan değişiklik ile³⁸, geçici m. 1 Suriyeli hekimlere yönelik olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ülkemizde geçici koruma altına alınanlara hizmet vermek üzere, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığınca uygun görülen göçmen sağlığı merkezlerinde çalışmak isteyen Suriye uyruklu sağlık meslek mensuplarının mesleği icra etmeye yetkili olduklarını gösterir belge sunmaları halinde bazı şartlardan muaf tutularak Suriyeli göçmenlere hizmet vermeleri sağlanmaktadır.

³⁵ Diplomanın Türk üniversiteleri tıp fakültelerinden alınması kural olmakla birlikte, yabancı ülke tıp fakültelerinden alınan diplomalar da belirli şartlarda geçerli olabilmektedir. TŞSTİDK m. 4.’e göre yabancı ülkelerdeki tıp fakültelerinden alınmış olan tıp fakültesi diploması sağlık bakanlığı tarafından oluşturulacak bir kurulca incelenir. Diplomanın Türk tıp fakülteleriyle aynı ders programı ve öğrenim süresine sahip bir fakülteden bütün sınavlarda başarılı olarak alınmış olduğu görülürse, Bakanlık tarafından onaylanıp kütüğe geçirilerek hekimlik mesleğinin icrasına izin verilir. Ancak diploma gereken şartları taşımayan bir fakülteden alınmış ise, Türkiye tıp fakülteleri öğretim süresi ve ders programlarına göre okunmamış olan dersler bir tıp fakültesinde tamamlanarak staj görüldükten sonra, adaylar tıp fakültesi profesörlerinden oluşan bir kurul önünde sınava tabi tutulur. Sınavda başarılı olan adaylara hekimlik yapabilmeleri için izin verilir. Ayan, 1991: 7.

³⁶ 22.02.2012 tarihli ve 28212 sayılı RG.

³⁷ Yönetmelik m. 5: “Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancı sağlık meslek mensupları, aşağıda yer alan şartları sağlamak kaydıyla özel sağlık kuruluşlarında mesleklerini icra edebilirler :

a)Diploma ve/veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilleri yapılmış bulunmak.

b) Mesleğini icra etmesine kanunen engel hali bulunmamak.

c) Türkçe bilmek.

ç) İlgili mevzuata göre Türkiye’de çalışma ve ikâmet izni almış olmak.

d) Hekimler için, zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak.”

³⁸ 01.04.2017 tarih ve 30025 sayılı RG.

Geçici Madde 1:

“Suriye uyruklu sağlık meslek mensuplarının muafiyet durumu

(1) Türkiye’de geçici koruma altına alınanlara hizmet vermek üzere, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından kurulan barınma merkezleri ile Sağlık Bakanlığınca koordine edilen ve Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığınca uygun görülen göçmen sağlığı merkezlerinde çalışmak isteyen Suriye uyruklu sağlık meslek mensupları mesleğini icraya yetkili olduğuna dair belge ibraz etmek kaydıyla 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki şartlardan muaf tutulur.”

Değişiklik ile Suriyeli hekimlerin muaf tutulduğu maddeler şunlardır:

Yabancı sağlık meslek mensupları, özel sağlık kuruluşlarında mesleklerini icra edebilmeleri için

a-Diploma ve/veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilleri yapılmış bulunmak.

b- Mesleğini icra etmesine kanunen engel hali bulunmamak.”

1.3.1.1.1.1.2. Tabip Odasına Kayıtlı Olmak

Hekimlik mesleğini yürütecek kişilerde aranan bir diğer şart tabip odasına kayıtlı olmaktır. TTBK m. 7'ye göre, hekimlik mesleğini serbest olarak yürütecek hekimler bir ay içerisinde tabip odasına üye olmak ve üyelik gereklerini yerine getirmek zorundadır. TŞSTİDK m. 15'te memur hekimlerin de tabip odasına kayıt olması gerektiği düzenlenmişti. Ancak bu hüküm 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu³⁹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Daha sonra TBMM'nin memur hekimlerin de odaya kayıt olmalarının zorunlu olduğuna ilişkin bir yorum kararı⁴⁰ verildiyse de, günümüzde tabip odasına üyelik sadece serbest çalışan hekimler için zorunludur. Keza TTBK m. 7/2 'ye göre; *“Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışan hekimler ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyen hekimler tabip odalarına üye olabilirler”* denilmektedir. Düzenlemeden de anlaşıldığı gibi memur hekimler açısından üyelik isteğe bağlıdır⁴¹.

1.3.1.1.1.1.3. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici veya Sürekli Engel Hali Bulunmamak

Hekimlik mesleğini yürütecek kişilerde aranacak bir diğer şart mesleğin icrasına geçici veya sürekli engel halin bulunmamasıdır.

Mesleğin icrasını geçici olarak engelleyen durum TTBK m.38'de düzenlenmiştir. Buna göre; Tabip Odası Haysiyet Divanı tarafından meslekten men cezası verilmesi ve bu cezanın Yüksek Haysiyet Divanınca onaylanması ve kesinleşmesiyle hekim mesleğini geçici olarak yapamaz hale gelmektedir. Bu şekilde aynı bölgede 3 defa meslekten men cezası alan hekimler o bölgede çalışmaktan men edilirler. TTBK m. 49'da meslekten men edilen hekimlerin hiçbir şekilde mesleği yürütemeyeceği gibi, hasta kabul ettikleri yerlerin de kapatılacağı belirtilmiştir.

Hekimlik mesleğinin icrasına sürekli engel haller ise TŞSTİDK m.28'de belirlenmiştir. Buna göre, 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 ya da mesleği icra etmesine engel ve iyileşmesinin olanaksız olduğu tespit edilen akıl hastalığına yakalanmış

³⁹ 02.02.1956 tarih ve 9223 sayılı RG.

⁴⁰ TBMM 1956 tarih ve 1956 sayılı yorum kararı.

⁴¹ Savaş, 2013: 62 (Tıbbi Müdahale); Yavuz İpekyüz, 2006: 19, dn. 69; aktaran: Ekici, 2016: 22.

bulunan hekimler, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine, Yüksek Haysiyet Divanı kararıyla mesleğin icrasından sürekli olarak yasaklanırlar ve diplomaları geri alınır.

1.3.1.1.1.2. Diğer Sağlık Çalışanları

Tıbbi müdahaleyi uygulama konusunda hekimler dışında yetkili olan bir diğer meslek grubu ise sağlık çalışanlarıdır. Sağlık çalışanı kavramı, sağlık sektöründe sağlık hizmeti veren sağlık meslek mensuplarını ve sağlık meslek mensuplarının yanında sağlık hizmetinin verilmesine katılan diğer çalışanları ifade etmektedir⁴².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁴³ m. 280'de; "*Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır*" şeklindeki hüküm ile sağlık mesleği mensuplarının tespitinde, "sağlık hizmeti verme" kriteri olarak belirlenmiştir.

Tıbbi müdahalenin uygulanması konusunda yetkili kişinin belirlenmesi bakımından bir diğer tanımın yapıldığı HHY m. 4/c'ye göre "*Personel; hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseleri ifade eder*" denilmektedir. Buradaki tanımdan yola çıkılarak sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden kişilerin tıbbi müdahaleyi uygulamaya yetkili kişiler arasında sayılabileceği çıkarımı yapılabilir ise de, tanımdaki "iştirak eden" kavramı ile, tıbbi müdahale konusunda asıl yetkili kişilerin emir ve talimatı altındaki sağlık çalışanlarının kastedildiğini düşünmekteyiz.

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi hekimlere ait olmakla birlikte, bazı tıbbi müdahaleler hekim gözetimindeki diğer sağlık çalışanları tarafından gerçekleştirilmektedir. Örneğin hastadan kan alınması bu tür bir tıbbi müdahaledir. Radyoloji teknisyeninin röntgen çekmesi, fizyoterapistin fizik tedavi yapması gibi müdahaleler ise hekim dışındaki sağlık çalışanları tarafından bizzat yapılmaktadır.

Tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler; TŞSTİDK' da 2011 yılında 6225 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle⁴⁴, "klinik psikologlar, fizyoterapistler, odyologlar, diyetisyenler, dil ve konuşma terapistleri, podologlar, sağlık fizikçileri, anestezi teknisyeni/teknikerleri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikerleri, tıbbi görüntüleme teknisyenleri/teknikerleri, ağız ve diş sağlığı teknikerleri, diş protez teknikerleri, tıbbi protez

⁴² Savaş, 2009: 292. (Sağlık Hukuku)

⁴³ 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı RG.

⁴⁴ 26.04. 2011 tarih ve 27916 sayılı RG. (ek m. 13)

ve ortez teknisyenleri/teknikerleri, ameliyathane teknikerleri, adli tıp teknikerleri, odyometri teknikerleri, diyaliz teknikerleri, fizyoterapi teknikerleri, perfüzyonistler, radyoterapi teknikerleri, eczane teknikerleri, iş ve uğraşı terapistleri (ergoterapistler), iş ve uğraşı teknikerleri (ergoterapi teknikerleri), elektronörofizyoloji teknikerleri, mamografi teknikerleri, acil tıp teknikerleri, hemşire yardımcıları, ebe yardımcıları, sağlık bakım teknisyenleri” olarak belirlenmiştir. Ancak bu kişiler hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunamaz ve tedavi planlayamaz.

Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik⁴⁵ ile hekimler dışında tıbbi müdahalede bulunabilecek olan sağlık çalışanlarının görev ve yetkileri belirlenmiştir. Anılan yönetmelik ile; sağlık meslek mensupları ile sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının iş ve görev tanımları düzenlenmektedir. Hemşirelerin iş ve görevleri ise Hemşirelik Yönetmeliği⁴⁶ ile ayrıca düzenlenmiştir.

Sağlık çalışanlarının yetkili kişi kapsamında sayılabilmesi mümkün olmakla birlikte, bu kişiler kanunla belirtilen bağımsız görevlerinin dışında ancak kendilerine verilen emir ve talimat ile sınırlı olarak ve asıl yetkili kişi gözetiminde tıbbi müdahalede bulunabilirler.

1.3.2. Hukuken Öngörölmüş Amaçlara Yönelik Olması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan bir diğer koşul, müdahalenin hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olmasıdır. Tıbbi müdahalenin yönelmiş olduğu amacın mutlaka ve sadece kişinin sağlık ve refahının sağlanması, korunması veya arttırılması olması gerekir. Bu amaç, hukuken aranan bir koşul olmasının yanı sıra insanlığın geleceği açısından büyük önem taşımaktadır⁴⁷.

HHY m. 12’de, “Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.” Denilmektedir.

Nitekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁴⁸ m. 13/3’te, hekimin teşhis, tedavi veya koruma amacı olmaksızın, hastanın isteğine uyarak veya diğer sebeplerle akli veya bedeni mukavemeti azaltacak herhangi bir girişimde bulunamayacağı ifade edilmiştir.

Endikasyon⁴⁹, doktrinde bazı yazarlar tarafından tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biri olarak da kabul edilmektedir. Ancak endikasyon kavramı yaşayan organ

⁴⁵ 22.05.2014 tarih ve 29007 sayılı RG. (SMMİSHÇDMMİVGTDY olarak anılacaktır)

⁴⁶ 08.03.2010 tarih ve 27515 sayılı RG.

⁴⁷ Badur, 2017: 39.

⁴⁸ 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı RG. (TDN olarak anılacaktır)

vericisine, gebeliğin iradi olarak sonlandırılmasında gebe kadına uygulanan müdahalenin amacını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biri olarak endikasyon yerine kişinin sağlık ve refahının sağlanması, korunması veya artırılması amaçlarına yönelmiş olması koşulu tercih edilmelidir⁵⁰. Kanaatimizce de endikasyon, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biri olarak kabul edilmemelidir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları içerisinde yer alan hukuken öngörülmüş amaçlar, teşhis, tedavi, önleme ve nüfus planlaması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

1.3.2.1. Teşhis

Kişide fiziksel veya ruhsal bazı rahatsızlıklar bulunup bulunmadığının, var ise bu rahatsızlıkların neler olduğunun belirlenmesi için yapılan faaliyetlerin bütünü teşhis olarak tanımlanmaktadır⁵¹. Teşhis amacına yönelik olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale, hastalığın ortaya çıkmasından önce ya da hastalık ortaya çıktıktan sonra yapılabilir.

HHY m. 11’de, “*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz*” denilmiştir. Hekim modern tıbbın imkanlarından mümkün olduğunca yararlanarak teşhis koymalıdır.

Hekim teşhis koyarken mesleki bilgisinin yanı sıra kişisel tecrübelerinden de faydalanmalıdır. Aynı anda birden fazla hastalığa ait belirtilerin bulunması durumunda hekim doğru teşhisi koymakta zorlanabilir. Bu nedenle hekim öncelikle hastanın tıbbi hikayesini (anamnese) öğrenmeli ve hastayı bizzat muayene etmelidir. Muayene sonucunda hekim mutlaka bir hastalık bulunduğu kanaatine ulaşmak zorunda değildir, bu amaçla gerçekleştirilen eylemler de teşhis fiili niteliğindedir⁵². Hekim daha önce hastayı muayene etmiş olan hekimlerin tespitlerinden yararlanabilirse de sadece bu tespitlere dayanarak teşhis koymamalıdır⁵³.

⁴⁹ Endikasyon: “Bir hastalıkta izlenecek tedavi yöntemi ve müdahalenin belirlenmesi, indikasyon. Bir ilacın hangi hastalıklara ve hangi biçimde uygun olacağını veya bir operasyonun hangi koşullarda gerekli olduğunu ifade eder.”

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a51ad9777b994.86042064
erişim tarihi: 07.01.2018

⁵⁰ Badur, 2017: 40.

⁵¹ Çilingiroğlu, 1993: 18.

⁵² Özpınar, 2007: 22.

⁵³ Ayan, 1991: 65. Konuyla ilgili bir görüşe göre, hekimin teşhiste zorlanması durumunda başka meslektaşlarıyla konsültasyon yapma zorunluluğu yoktur. Aksi yöndeki görüşe göre ise, hekimin başka meslektaşlarına danışması vekalet sözleşmesinden doğan özen borcunun bir gereğidir. Kanaatimizce de burada hekimin vekalet sözleşmesinden doğan bir borcu söz konusu olduğundan, hekimin kendisini mesleki açıdan yeterli görmemesi ve

Kişinin tıbbi hikayesinin⁵⁴ alınması, vücudu üzerinde elle muayene yöntemiyle ya da özel/teknik aletlerle araştırma yapılması, laboratuvar araştırması için vücuttan kan ya da örnek alınması, organ ya da fonksiyon testleri gibi işlemler teşhis kavramı içerisindedir⁵⁵. Kafasından ağır bir darbeye maruz kalmış kişinin kafa röntgeninin çekilmesi de yine teşhis amacına yöneliktir⁵⁶.

1.3.2.2. Tedavi

Tedavi, teşhisten sonra başlayan süreçtir. Tedavi sürecinde, sağlığın kazanılması veya hastalık ya da hastalık sayılan durumların ortadan kaldırılabilmesine yönelik tıbbi müdahaleler gerçekleştirilir⁵⁷. Örneğin kan kanserinin ve sebep olduğu dayanılmaz acıların ortadan kaldırılabilmesi ya da azaltılabilmesi için yapılan kemoterapide amaç hastayı tedavi etmektir⁵⁸.

Teşhis sonucunda kendisinde fiziksel veya ruhsal bazı rahatsızlıklar bulunduğu belirlenen kişideki rahatsızlıkları iyileştirmek, bu rahatsızlıkların meydana getirmiş olduğu tehlike ve acıları ya da bozuklukları ortadan kaldırmak veya azaltmak amacıyla yapılan tıbbi, cerrahi ve psikolojik müdahalelerin bütünü tedavi olarak tanımlanır⁵⁹.

Kişi, çağdaş tıbbın geliştirmekte olan tekniklerine göre tedavi göreceğine inanarak hekime başvurur. Hastayı iyileştirme yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, hekim kişinin sağlığına kavuşması için gereken her şeyi tıp biliminin sınırlarına bağlı kalarak uygulamak durumundadır⁶⁰.

Tedavi sürecine ilişkin olarak, TDN m. 6/2’de; “*Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir*”. Denilmektedir. Hekim, hastası üzerinde teşhisini koyduktan sonra belirlediği hastalığın tedavisi için en uygun yöntemi seçmelidir⁶¹. Burada en uygun yöntem denilmekle, “hastalığın tedavisi için en az risk taşıyan ve başarı şansı en yüksek olan yöntem” kastedilmektedir. Hekim, aynı başarıyı daha az riskle elde etmeye uygun tanınmış bir yöntem varken, daha riskli yeni bir yöntem seçmemelidir. Ancak günümüzde tıbbın sürekli gelişme göstermesi gerçeğinin yanında bu prensibi her şartta uygulama olanağı bulunmamaktadır.

teşhis koymakta tereddüt etmesi halinde, özen borcu gereği alanında daha yetkin meslektaşlarına danışması yerinde olacaktır. Donay, 1968: 50 aktaran: Sarıal, 1986: 52.

⁵⁴ Hasta veya yakınlarından alınan, hastalığın mevcut durumu, geçmişi hakkındaki bilgilerin alınması. Kocatürk, 1989: 19 aktaran: Işık Özcan, 2008: 29.

⁵⁵ Çilingiroğlu, 1993: 18; Bayraktar, 1972: 230 aktaran: Çakmut, 2003: 36; Şenocak, 1998: 67.

⁵⁶ Ayan, 1991: 65.

⁵⁷ Sert ve Cihan, 2013: 10.

⁵⁸ Çilingiroğlu, 1993: 18.

⁵⁹ Çilingiroğlu, 1993: 18; Aşçıoğlu, 1993: 49; Ayan, 1991: 9; Gürelli, 1979: 271.

⁶⁰ Özpınar, 2007: 22.

⁶¹ Ayan, 1991: 66.

Başarı şansı daha yüksek yeni bir tedavi yönteminin bulunması durumunda, hekim, hastayı detaylı biçimde aydınlatmak şartıyla bu yöntemi de seçebilmelidir⁶².

1.3.2.3. Önleme

Yaşama, sağlığa ve vücut bütünlüğüne zarar vermeye yönelik muhtemel bazı anomalilerden kişileri uzak tutmaya yönelik işlemler önleme olarak adlandırılmaktadır.

Örneğin serum uygulamaları, koruyucu sağlık tedbirleri, tecrit⁶³, doğum kontrol yöntemleri önleme amacına yönelik tıbbi müdahalelerdir⁶⁴. Bir erkek çocuğunun sünnet edilmesinde veya kudurmuş bir köpeğin ısırığı bir kişiye kuduz aşısı yapılmasında da yine önleme amacı vardır⁶⁵.

1.3.2.4. Nüfus Planlaması

Nüfus planlaması, bireylerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olabilmeleri anlamına gelir (Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁶⁶ m. 2). Çocuk sahibi olmak istemeyen bir kişiye sterilizasyon müdahalesinin uygulanmasında, bir kadının gebeliğine tıbben son verilmesinde amaç nüfus planlamasıdır. In vitro fertilizasyon (IVF) (tüp bebek)⁶⁷ ve embriyon transferleri⁶⁸ de nüfus planlaması amacı içeren tıbbi müdahalelerdir.

Tedavi amacı taşımamakla birlikte, hukuken öngörülmüş olması sebebiyle nüfus planlaması amacına yönelik olarak verilen doğum kontrol hapları (oral kontraseptif ilaçlar) da yine tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁹.

1.4. Özellik Gösteren Bazı Tıbbi Müdahaleler

1.4.1. Estetik Ameliyatlar

Estetik ameliyatlar, kişinin vücudu üzerinde doğuştan veya sonradan bir etken sonucunda ya da kendiliğinden meydana gelmiş görünüş bozukluklarını gidermeye veya

⁶² Ayan, 1991: 66.

⁶³ Terim olarak “izolasyon” anlamına gelen tecrit; “Bulaşıcı bir hastalık taşıyan birey veya hayvanlardan, diğer kişi veya hayvanlara doğrudan veya dolaylı olarak enfeksiyon geçişini önlemek için uygulanan ayırma işlemidir.” (Hemşirelik Terimleri Sözlüğü, www.tdk.gov.tr erişim tarihi: 13.11.2017 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_hemsirelik&view=hemsirelik&kategori1=yazimay&kelime_r=izolasyon erişim tarihi: 13.11.2017)

⁶⁴ Savaş, 2007: 179.

⁶⁵ Çilingiroğlu, 1993: 18.

⁶⁶ 27.05.1983 tarih ve 18059 sayılı RG.

⁶⁷ bk. Bölüm 1 Başlık 1.4.4.1.

⁶⁸ bk. Bölüm 1 Başlık 1.4.4.2.

⁶⁹ Ateş, 2010: 33.

görünüş bozukluğu olmaksızın kişinin daha güzel bir dış görünüşe kavuşturulmasını sağlamaya yönelik tıbbi müdahalelerdir⁷⁰.

Tedavi amaçlı ve güzelleştirme amaçlı olmak üzere iki tür estetik ameliyattan söz edilir. Bu tür ameliyatlarda bazen hem tedavi hem de güzelleştirme amaçlarının birlikte gerçekleşmesi hedeflenmektedir. Estetik ameliyatlarda tedavi, koruma ve acı dindirme amacı olmadığını ileri süren bir görüş, bu ameliyatlara sırf güzel görüntü sağlamak için yapılan cerrahi müdahaleler olarak tanımlamıştır⁷¹. Kanımızca bu görüşün günümüzde geçerliliği kalmamıştır.

Beden sağlığı ile ruh sağlığı bir bütündür. Tedavi kavramı hem bedensel hem de ruhsal sağlığı kapsayacak şekilde düşünülmelidir. Kişiyi istemediği görünüşünü kabul etmeye zorlamak psikolojik rahatsızlıklara sebep olabilir⁷². Estetik ameliyatlarda zaman zaman tehlikeli sonuçlar da ortaya çıkabildiğinden, sırf güzelleşmek veya ünlü olmak amacıyla yapılan estetik ameliyatlara hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur⁷³. Doktrinde bir diğer görüşe göre ise, iyileştirme amacı tıbbi müdahalenin zorunlu bir unsuru olmadığından, bu amaca yönelmeyen tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez. İyileştirmeye yönelik olmayan (güzelleştirici) estetik müdahaleler, tıp mesleği çerçevesinde uygulandığından, kişilik haklarına saldırı oluşturmadığı sürece hukuka uygun sayılmalıdır⁷⁴.

Güzelleştirme amaçlı estetik ameliyatlara diğer tıbbi müdahale türlerine göre farklı özellikler barındırdığı açıktır. Kanaatimizce de, bu tür müdahaleler kişiyi içinde bulunduğu olumsuz ruhsal yapıdan kurtarmak amacıyla yapılmakta ve dolaylı da olsa tedavi amacı içermektedir. Kaldı ki HHY m.5/a'ya göre; *Sağlık, “bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali”* olarak tanımlandığından, kişinin güzelleşme amaçlı estetik ameliyat yaptırarak bedensel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi duruma kavuşmak istemesi kişilik hakları içerisinde yer alan sağlık hakkı kapsamındadır⁷⁵.

1.4.2. Kan, Doku Ve Organ Nakilleri

Özellik gösteren tıbbi müdahalelerden bir diğeri, kan, doku ve organ nakilleridir.

⁷⁰ Ayan, 1991: 34; Aşçıoğlu, 1993: 51; Sarial, 1986: 77; Çakmut, 2003: 180; Erman, 2003: 200-201; Petek, 2006: 180.

⁷¹ Güreli, 1979: 271-272.

⁷² Sert ve Cihan, 2013: 12.

⁷³ Ayan, 1991: 34; Sarial, 1986: 77; Aşçıoğlu, 1993: 51-52.

⁷⁴ Erman, 2003: 202-203.

⁷⁵ Petek, 2006: 185.

Kan tıbbi açıdan doku olarak kabul edilmesine rağmen, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun⁷⁶ m. 2/2 uyarınca kan nakli bu kanun hükümleri kapsamı dışında bırakılmıştır⁷⁷.

Doku ve organ nakli, artık görevini yapamaz hale gelmiş hücre, doku veya organın çıkartılması ve yerine yeni bir hücre, doku veya organın yerleştirilmesidir⁷⁸. ODNK m. 1'e göre; tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir. Kanunda organ ve doku naklinin tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte, ODNK m. 2/1 uyarınca, organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. ODNK m. 2/2'ye göre; *otogreft*⁷⁹, *saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu, bu kanun hükümlerine tabi olmayıp yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.*

TMK m. 23/3'te, açıkça organ ve doku terimleri kullanılmamış olmakla birlikte, *“yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür”* ifadesiyle organ ve doku naklinin yanı sıra düzenleme ile insan kökenli biyolojik maddelerin nakline de izin verilmektedir⁸⁰.

İnsanlar arası organ nakilleri, canlı vericiden yapılacak doku veya organ nakilleri ve ölü vericiden yapılacak doku veya organ nakilleri olmak üzere iki kısımda incelenebilir.

Canlı vericiden yapılan organ nakillerinde, canlı kişiden alınan organ, ihtiyaç duyan bir başka kişinin vücuduna yerleştirilmektedir⁸¹. ODNK m. 8'e göre de, *kişinin yaşamını mutlak surette tehlikeye sokabilecek organ ve dokuların alınması yasaktır*". Canlı vericiden nakledilecek organın, onun için yaşamsal derecede önem taşıyan organlardan biri olmaması gerekir. İnsan vücudunun kısa sürede yenileyebileceği organların alınması mümkündür. Kalp gibi yaşamsal önemi olan bir organın canlı vericiden nakledilmesi söz konusu olamaz. Çünkü bu naklin gerçekleşmesi halinde, kişinin yaşamını kaybedeceği açıktır. Buna karşılık vücudun yeniden oluşturamayacağı böbrek gibi çift organlardan birinin verilip verilemeyeceği, naklin kişinin sağlığında önemli bir etki yaratıp yaratmayacağı değerlendirilerek belirlenmelidir⁸².

⁷⁶ 3.6.1979 tarih ve 16655 sayılı RG. (ODNK olarak anılacaktır).

⁷⁷ Akıncı, 1996: 11.

⁷⁸ Ayan, 1991: 17.

⁷⁹ İnsanın vücudundaki belirli bir bölümden elde edilen organ ya da dokunun yine aynı insan vücudunun başka bir bölümüne aktarılmasıdır. Burada alıcı ve verici konumunda iki insan olmadığından gerçek anlamda bir organ ya da doku nakli bulunmamaktadır. Organ ya da dokunun sahibi aynı kaldığından, olsa olsa bir yer değiştirme kavramından söz edilebilir. ODNK m. 2/2 uyarınca bu tür tıbbi müdahaleler organ nakli kapsamında değildir. bk. Sert ve Cihan, 2013: 25.

⁸⁰ Badur, 2017: 320.

⁸¹ Ayan, 1991: 18.

⁸² Dural ve Ögüz, 2013: 114.

Organ nakli ameliyatı öncesinde, canlı verici ve alıcı kişilerin yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri önleyebilmek amacıyla mutlaka gerekli tıbbi araştırmalar yapılmalıdır. Bu şart, ODNK m. 9’da yer verilen, “*Organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur*” hükmüyle ifade edilmiştir. Alınacak organın nakil için uygun olup olmadığı, alıcı ve verici arasındaki yaş farkı, alınacak organın sağlıklı olup olmadığı, verici ile alıcı arasında kan ve doku uyumu bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır⁸³.

Ölüm ile birlikte kişilik sona erdiğinden, ceset üzerindeki müdahalenin kişilik haklarına zarar verdiği söylenemez. Tıp biliminin ilerlemesi ile birlikte ölü kişinin bazı organları alınarak ihtiyacı olan hastalara nakledilmesi mümkün olmaktadır. Genel ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla ölüden her türlü organ alınması mümkündür⁸⁴.

1.4.3. Gebeliğin Sona Erdirilmesi (Kürtaj)

Gebeliğin sona erdirilmesi, ceninin gelişimine son verilerek tıbbi müdahaleyle ana rahminden alınması anlamına gelir. Gebeliğin sona erdirilmesi ile ilgili olarak uygulamada gebeliğin tahliyesi, rahim tahliyesi, kürtaj, düşük gibi kavramlar da kullanılmaktadır.

NPHK m. 5/1’de gebeliğin sona erdirilmesi düzenlenmiştir. Buna göre gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilebilmektedir. Müdahalenin yapılabilmesi için tıbbi zorunluluk olmasına gerek yoktur. Burada yapılacak olan tıbbi müdahalede önleme amacı ön plandadır⁸⁵. Ancak gebe kadının sağlığı açısından tehlikeli sonuçlar doğurabilme ihtimali bulunuyorsa, bu durumda gebeliğe son verilemez.

NPHK m. 5/2’de ise gebeliğin sona erdirilmesinde tıbbi zorunluluk hallerine özgü şartlar hüküm altına alınmaktadır. Buna göre, “*Gebelik süresinin on haftayı geçmesi durumunda annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği ya da doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır sakatlığa yol açacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.*” Bu konuda örneğin down sendromu gibi birtakım genetik hastalıkların erken dönemde tespit edilmesi halinde gebeliğe son verilmesi mümkündür.

Derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale

⁸³ Zevkliler, 1983: 27; Ayan, 1991: 21.

⁸⁴ Zevkliler, 1983: 26; Toroslu, “ölüye saygı gösterilmesi” şartından söz etmektedir. bk. Toroslu, 1978: 100.

⁸⁵ Çilingiroğlu, 1993: 30.

yapılarak rahim tahliye edilir (NPHK m. 5/3). Veli veya sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin koşulu aranmamıştır (NPHK m. 6/3).

1.4.4. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları

1.4.4.1. Yapay Döllenmeler (Dar Anlamda ÜYTE)

Yapay döllenme, erkek spermi ile kadın yumurtasının cinsel birleşme olmaksızın birleştirilmesini sağlayan tıbbi müdahaledir⁸⁶. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁸⁷ ile yapay döllenme ile ilgili esaslar düzenlenmiştir. Buna göre; *“yönetmeliğin amacı; çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.”* denilmektedir.

Yapay döllenme, ÜYTEY’ in “Tanımlar” başlıklı m. 4/ğ’de, *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 tıbbi tedavi yöntemi olarak kabule edilen uygulamalar*” olarak ifade edilmiştir. Yapay döllenme günümüzde üremeye ilişkin sağlık sorunları olan çiftlerin çocuk sahibi olabilmesini sağlamak amacıyla uygulanmaktadır. Yapay döllenme yöntemine başvurulmasının bir başka nedeni de döllenmiş embriyonun ana rahmine yerleştirilmesinden önce genetik hastalıkların tanısının yapılabilmesidir. Bu yöntemle embriyo üzerinde yapılan araştırmalar ile ebeveynlerden genetik bir hastalık alabilecek cinsiyetler belirlenerek sağlıklı bireyler dünyaya getirme amaçlanmaktadır⁸⁸.

Yapay döllenme yöntemleri, çiftlerin çocuk sahibi olmalarını amaçlayan tıbbi müdahalelerdir. Yapay döllenme yöntemlerinde temelde erkek ve kadına ait üreme hücrelerinin bir araya getirilmesi ve kadının gebe kalması sağlanır⁸⁹. Günümüz tıp uygulamasında yapay döllemeler homolog döllenme⁹⁰ ve heterolog döllenme⁹¹ olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilmektedir⁹².

⁸⁶ Cihan, 1971: 18.

⁸⁷ 30.09.2014 tarih ve 29135 sayılı RG. (ÜYTEY olarak anılacaktır)

⁸⁸ Kırkbeşoğlu, 2006: 43.

⁸⁹ Badur, 2017: 187.

⁹⁰ Homolog döllenme evli çiftlerin üreme hücrelerinin yapay yolla döllendirilmesi olarak tanımlanabilir. Burada önemli olan evli çiftlerin sperm ve yumurtalarının kullanılmasıdır. Dar anlamda yapay döllemede cinsel soğukluk, anatomik ya da fonksiyonel hastalıklardan dolayı erkeğin doğal yollarla cinsel birleşmeyi gerçekleştirememesi durumunda üreme hücreleri cinsel birleşme dışında bir yöntemle evli kadının üreme organına aktarılır. Geniş anlamda yapay döllenmede ise erkekten alınan sperm ve kadından alınan yumurta vücut

1.4.4.2. Embriyon Aktarmaları (Geniş Anlamda ÜYTE)

Embriyon aktarması, erkek üreme hücreleri ile kadın üreme hücrelerinin dış ortamda döllendirilmesi ve belirli bir gelişme aşamasından sonra kadının rahmine yerleştirilerek çocuk doğumunun sağlanmasıdır⁹³.

Embriyon aktarmaları dört farklı ihtimal dahilinde incelenmektedir. Bunlardan birincisinde; anatomik veya fonksiyonel bir bozukluk (örneğin tüplerin kapalı olması) nedeniyle cinsel ilişki ile gebe kalabilme imkanı bulunmayan evli kadından ve onun kocasından alınan üreme hücreleri dış ortamda (bir tüp içerisinde) döllendirilerek elde edilen embriyon bir süre sonra kadının rahmine aktarılmaktadır. İkinci ihtimalde evli kadının üreme hücrelerinin üreme yeteneğinden yoksun olması durumunda, kocasından alınan üreme hücreleri yabancı bir kadının rahmine aktararak, oluşan embriyon daha sonra verici kadının rahminden alınarak evli kadının rahmine yerleştirilmektedir. Üçüncü ihtimalde ise karı kocanın normal birleşmesi sonucu oluşan embriyon çıkartılarak yabancı bir kadının rahmine yerleştirildikten sonra, çocuk yabancı bir kadın tarafından doğurularak karı kocaya geri verilmektedir. Dördüncü ihtimalde karı kocanın her ikisi de üreme yeteneğinden yoksundur. Bu halde, başka bir kadın ve erkeğin cinsel birleşmesi sonucunda oluşan embriyon yabancı kadının rahminden alınıp çocuğu olmayan kadının rahmine aktararak çocuğu onun doğurması sağlanmaktadır⁹⁴.

1.4.5. Sterilizasyon / Kısırlaştırma

Sterilizasyon, cinsel arzu ve cinsel ilişkide bulunma yeteneğine zarar verilmeksizin erkeklerde sperm, kadınlarda yumurta kanallarının kapatılarak üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasıdır⁹⁵.

NPHK m. 4/1’de ise sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine engel olmadan izalesi için yapılan müdahale şeklinde

dışında yapay yöntemlerle döllendirilmektedir. Homolog döllenme yöntemleri dolaylı bir şekilde tedaviyi içeren tıbbi müdahalelerdir.

⁹¹ Heterolog döllenmede ise evli olmayan bir kadına herhangi bir erkeğin veya evli bir kadına kocası dışında bir erkeğin üreme hücreleri aktarılır. Bu yöntem erkeğin genetik veya sperm yapısının bozuk ya da kısır olması veya evli olmayan bir kadının cinsel ilişkiye girmeden çocuk sahibi olma isteği gibi sebeplerle uygulanmaktadır. Heterolog döllenmede eşlerden birinde veya her ikisinde döllenme yeteneğinin bulunmamasına sebep olan fiziksel veya ruhsal bir hastalığın tedavisi değil, kişilerin çocuk sahibi olabilme isteğinin tatmin edilmesi amaçlanmaktadır. Heterolog döllenme yani evli çift dışında üçüncü bir kişiye ait üreme hücrelerinin kullanılması ÜYTEY’ e göre mümkün değildir.

⁹² Erol, 2012: 36; Ayan, 1991: 40; Çilingiroğlu, 1993: 22; Badur, 2017: 189.

⁹³ Çilingiroğlu, 1993: 24; Ayan, 1991: 43.

⁹⁴ Çilingiroğlu, 1993: 25; Ayan, 1991: 43.

⁹⁵ Çilingiroğlu, 1993: 26; Ayan, 1991: 25.

tanımlanmıştır. Ayrıca Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük⁹⁶ ile sterilizasyonun sebep ve şartları düzenlenmiştir.

NPHK m. 4/2'ye göre, *Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır.*" Bu düzenleme ile, tıbbi sakınca yaratmadığı sürece sterilizasyon yapılabilceği vurgulanmıştır. Sterilizasyonda amaç, kişinin üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması olduğundan, bu sonuç kişinin sağlığının olumsuz etkilendiği anlamına gelmemektedir.

Sterilizasyon, kişinin serbest iradesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığından hareketle ihtiyari sterilizasyon ve mecburi sterilizasyon olarak ikiye ayrılmaktadır. İhtiyari sterilizasyon genellikle kabul edilen görüşe göre tedavi amacıyla yapılabilir. Örneğin kişiye önemli bir hastalıktan kurtulması için sterilizasyon uygulanabilir. Yine genetik hastalıkların gelecek kuşaklara aktarılmasını engellemek amacıyla da sterilizasyon gerçekleştirilebileceği savunulmaktadır⁹⁷. Bu durumda tıbbi müdahalenin önleme amacı ön planda olacaktır. Mecburi sterilizasyon ise kişinin rızası aranmaksızın gerçekleştirilen sterilizasyondur.

1.4.6. Kastrasyon

Kastrasyon, kanunda doğrudan düzenlenmemiş olmakla birlikte, NPHK m. 4/2'de, *"Bu kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz"* şeklinde ifade edilmektedir. Kastrasyon mevzuatımıza göre belirli şartlar altında uygulanabilen bir tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilir.

Kastrasyon (hadım etme), kişideki cinsel salgı bezlerinin alınarak kişinin üreme yeteneğine son verilmesini amaçlayan tıbbi müdahaledir. Sterilizasyondan farklı olarak kastrasyonda, cinsel arzu ve cinsel ilişkide bulunabilme yeteneği tamamen ortadan kaldırılmakta, böylece kişinin üreme yeteneği sonlandırılmaktadır⁹⁸. Daha çok erkeklere yönelik olarak algılansa da kadınlar açısından da kastrasyon mümkündür⁹⁹.

Kastrasyon kişinin ergenliği öncesinde ya da sonrasında uygulanabilmektedir. Cinsel faaliyette bulunma isteği ortadan kaldırılmadan kimyasal maddeler verilerek cinsel arzusun ortadan kaldırılması şeklinde gerçekleştirilen kastrasyona kimyasal kastrasyon adı verilmektedir¹⁰⁰.

⁹⁶ 18.12.1983 tarih ve 18255 sayılı RG.

⁹⁷ Zevkliler, 1983: 30; Ayan, 1991: 26.

⁹⁸ Çilingiroğlu, 1993: 27; Ayan, 1991: 27.

⁹⁹ Çağlayan, 2010: 94.

¹⁰⁰ Badur, 2017: 171.

1.4.7. Cinsiyete Yönelik Müdahaleler

Cinsiyete yönelik tıbbi müdahaleler, kişinin kadından erkeğe ya da erkekten kadına dönüştürülmesini amaçlayan ameliyatlardır. Bu tür müdahaleler ile kişinin sahip olduğu cinsiyet özellikleri ortadan kaldırılarak karşı cinse ait görünüm kazandırılmaktadır¹⁰¹. Cinsiyet değişikliği, niteliği itibariyle farklı özellikler taşıyan bir tıbbi müdahaledir. (TMK m. 40)¹⁰²

Cinsiyet değişikliği için aranan ilk şart, kişinin 18 yaşını doldurmuş olmasıdır. Kanunkoyucu burada erginlik değil özellikle 18 yaşın doldurulması şartını aradığı için mahkeme kararıyla veya evlenme ile erginlik kazanılması bu kapsamda değerlendirilemez¹⁰³.

Cinsiyet değişikliği için aranan ikinci şart, kişinin evli olmamasıdır. Kişi cinsiyet değişikliği isteğinde bulunacağı dava tarihi itibariyle evli olmamalıdır¹⁰⁴.

Cinsiyet değişikliği için aranan üçüncü şart, kişinin cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olduğunu eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesidir. TMK m. 40'da yer alan üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartı, doktrinde ve uygulamada çeşitli eleştirilere neden olmaktadır. AYM, en son kararı ile, Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yapılan itiraz başvurusu sonucunda “*üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk*” şartını iptal etmiştir¹⁰⁵.

Cinsiyet değişikliği için aranan şartlardan bir diğeri; kişinin transseksüel yapıda olmasıdır. Transeksüel yapıdaki kişi, ait olduğu cinsiyete değil, karşı cinsiyete ait karakteristik özellikler taşımakta, karşı cinsiyete ait hissetmekte ve yaşamaya çalışmaktadır¹⁰⁶. Cinsiyet değişikliği müdahalesi ile kişi, ruhen ait hissettiği cinsiyete uygun fiziki yapıya kavuşmaktadır.

1.4.8. Tıbbi Araştırmalar

Tıbbi araştırmalar, insan bedeni üzerinde ilk kez uygulanacak olan ve uygulanmaları durumunda ne tür etkilerinin olacağı tıp biliminin mevcut bilgi düzeyi ile belirlenemeyen

¹⁰¹ Ayan, 1991: 30.

¹⁰² TMK m. 40: “Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz 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 tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

¹⁰³ Başara, 2012: 251; Sert, 2015: 259.

¹⁰⁴ Badur, 2017: 164.

¹⁰⁵ <http://aa.com.tr/tr/turkiye/cinsiyet-degistirmede-ureme-yeteneginden-yoksun-olma-sarti-kalkti/985974> erişim tarihi: 05.01.2018

¹⁰⁶ Güven, 2007: 58.

girişimlerdir¹⁰⁷. Bu girişimler henüz yeterince denenmemiş olduğundan bilimsel araştırma niteliğindedir¹⁰⁸.

Tıbbi araştırmalar, bilimsel amaçlı tıbbi araştırmalar ve tedavi amaçlı tıbbi araştırmalar olmak üzere iki kısımda incelenebilir.

1.4.8.1. Bilimsel Amaçlı Tıbbi Araştırmalar

Bilimsel amaçlı tıbbi araştırmalar hastayı iyileştirme amacından çok, yeni tedavi yöntem ve araçları üzerinde araştırma yapmaya yönelik girişimlerdir¹⁰⁹. HHY m. 32/2'ye göre: *“Tıbbi araştırmadan beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz”*. Maddeye göre, yaşam ve vücut bütünlüğünün korunması için gerekli olduğu takdirde, ne kadar önemli olursa olsun, tıbbi araştırmadan vazgeçilmesi gerekmektedir¹¹⁰.

HHY m. 32/3'e göre, *Tıbbi araştırmalar, sadece, mevzuata göre araştırmada bulunmaya yetkili ve yeterli tıbbi bilgi ve tecrübeyi haiz olan personel tarafından, mevzuat ile belirlenmiş bulunan yerlerde yürütülür. Gönüllünün tıbbi araştırmaya rıza göstermiş olması, bu araştırmada görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”* denilmektedir.

1.4.8.2. Tedavi Amaçlı Tıbbi Araştırmalar

Tedavi amaçlı tıbbi araştırmalar kişinin yeni yöntem ve araçlarla tedavi edilmesidir. Burada öncelikli olan sadece tedavi amacıdır¹¹¹. TDN m. 10'a göre;

“Araştırma yapmakta olan hekim, bulduğu teşhis ve tedavi yöntemini yeteri kadar tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı sonuçlar meydana getirmeyeceğine kanaat getirmediğiçe uygulayamaz veya tavsiye edemez. Ancak, yeteri kadar tecrübe edilmemiş olan yeni bir buluşun uygulaması sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini çekmek ve henüz tecrübe aşamasında olduğunu eklemek şartı ile, bu buluşu tavsiye edebilir.”

TDN m. 11/2'de;

“Klasik yöntemlerin bir hastaya faydalı olmayacağı klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda sabit olduğu takdirde, daha önce, mutlak deney hayvanları üzerinde yeterli derecede denenmek suretiyle faydalı etkileri anlaşılmış olan bir tedavi yönteminin uygulanması caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin uygulanabilmesi için hastaya faydalı olacağının ve başarı elde edilmemesi halinde ise mutlak tedavi yöntemlerinden daha elverişsiz bir sonuç alınmayacağının muhtemel bulunması şarttır.”

denilmektedir.

¹⁰⁷ Çilingiroğlu, 1993: 30.

¹⁰⁸ Ayan, 1991: 12.

¹⁰⁹ Zevkliler, 1983: 24.

¹¹⁰ Parlak: 2009: 201.

¹¹¹ Ayan, 1991: 13; Çilingiroğlu, 1993: 32.

Kişi üzerinde denenecek olan yöntem tıp dünyasında henüz çok fazla uygulanmamış olduğundan kişinin hekim tarafından kapsamlı biçimde aydınlatılması gerekir. Hekim, yeni yöntemin neden seçildiğini ve bu yöntemin denenmemesi durumunda ne tür sonuçlar ortaya çıkabileceğini hastaya açıklamalıdır¹¹².

1.4.9. Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş Kurallara Uygun Olması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gereken bir diğer koşul, müdahalenin tıp bilimince genel olarak öngörölmüş esaslar çerçevesinde ve teknik gereklere uygun olarak yapılmasıdır¹¹³. Tıp bilimince genel olarak bilinen ve tanınan bir kuraldan söz edilebilmesi için, hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı ve benzer olaylarda sürekli uygulanıyor olması gerekir¹¹⁴.

Bu kural, HHY m. 11’de; *Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.*” ifadesiyle belirtilmiştir.

Nitekim HHY m. 12’de ise; teşhis, tedavi veya korunma amacı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamayacağı ve talep de edilemeyeceği açıklanmaktadır.

TDN m. 13/1’e göre, hekimin bilimsel gereklere uygun olarak teşhis koyması ve gereken tedaviyi uygulaması gerekir. TDN m. 2’de ise hekimin uygulamış olduğu tedavinin hastayı iyileştirmemesinden dolayı sorumlu tutulamayacağı belirtilmiş, tıbbi prensip ve kurallara aykırı veya aldatıcı içerikte teşhis ve tedavi yasaklanmıştır.

Hekim, genellikle kabul edilen ve tıp bilminde uygulanması alışlagelmiş olan ilkeleri bilmek ve meslek kurallarına uygun şekilde davranmak zorundadır¹¹⁵. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleşmesi için hekim, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve yöntemlerden faydalanmalıdır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi¹¹⁶ m. 13 hükmü uyarınca hekim tıp biliminin kabul ettiği ilke ve kurallara aykırı veya aldatıcı nitelikte tıbbi müdahalede bulunamaz. Aksi halde gerçekleştirilen müdahalenin bir “tıbbi müdahale”

¹¹² Ayan, 1991: 13.

¹¹³ Çilingiroğlu, 1993: 33; Ayan, 1991: 12; Gürelli, 1980: 269.

¹¹⁴ Yavuz İpekyüz, 2015: 34.

¹¹⁵ Basit bir parmak muayenesiyle biyopsi yapmadan rektum kanseri teşhisi konularak gereksiz yere yapılan ameliyat sonucu, ömrünün sonuna kadar büyük abdestini karnından yapmak durumunda bırakılmasında doktor yüzde yüz kusurludur. Y. HGK T. 16.02.1972 1971/4-137/105) Aşçıoğlu, 1993: 81.

¹¹⁶ 19.02.1960 ve 10436 tarihli RG.

olduğundan bahsedilemez ve böyle bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim açısından bu durum bir meslek kusuru teşkil eder¹¹⁷.

Konuyla ilgili olarak Yargıtay, bir kararında¹¹⁸, tıp biliminin objektif ve sübjektif sınırları içerisinde kalan tıbbi müdahalenin hukuka uygun nitelikte olduğunu ifade etmiştir¹¹⁹. Nitekim hekimin tıp biliminin henüz genel kabul görmemiş kurallarını uygulamakla yükümlü olup olmadığı uyuşmazlık konusu olmuş, yüksek mahkeme kararında¹²⁰ hekimin tartışmalı olan tıp bilimi kurallarını uygulamamış olmasının kendisine kusur olarak yüklenemeyeceğini ifade etmiştir.

1.5. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Aykırılığı

Tıbbi müdahalelerin daha sonradan telafisi güç veya imkansız zararlara sebep olabilecek nitelikte riskli ve karmaşık girişimler olduğu açıktır. Kişinin vücut bütünlüğü, yaşam ve sağlık değerlerine yönelen tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı nitelik taşıyıp taşımadığı öncelikli olarak çözümlenmesi gereken bir konudur.

Bir görüşe göre; tıbbi müdahalenin teşhis, tedavi, nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak yetkili kişilerce ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmiş olması halinde kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi kişilik değerleri ihlal edilmeyecektir. Çünkü burada tıbbi müdahalenin amacı kişilik değerlerini ihlal etmek olmayıp, kişinin bozulmuş sağlık durumunu normale döndürmek ya da muhtemel fiziksel veya ruhsal bozukluklardan korumak şeklindeki üstün bir amaçtır. Bu nedenle müdahale gerçekleştirildiği andan itibaren hukuka uygun kabul edilmelidir¹²¹.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre ise, kişi üzerinde gerçekleştirilen ve onun yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü ihlal eden tıbbi müdahale, gerçekleştirildiği andan itibaren hukuka aykırıdır. Bu durumun istisnası ise tıbbi müdahalenin hastanın rızası, hastanın üstün nitelikteki özel yararına hareket edilmesi veya üstün nitelikte kamu yararı gibi kişiler hukuku alanına özgü hukuka aykırılığı engelleyen nedenlerden biri ile gerçekleştirilmesidir¹²². Bu görüş kanaatimizce de yerindedir. Aksi halde tıbbi müdahalede rıza şartının bulunup bulunmadığının araştırılmasının müdahalenin gerçekleştirilebilmesi açısından bir anlamı

¹¹⁷ Kahraman, 2016: 482; Çilingiroğlu, 1993: 33; Demir, 2008: 246-247.

¹¹⁸ Y. 4. HD. E. 1976/6297, K. 1977/2541 T. 07.03.1977. Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 15.03.2017

¹¹⁹ Badur, 2017: 42.

¹²⁰ Y. 13. HD. E. 1973/2637, K. 1974/2492 T. 14.10.1974. Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 13.11.2017

¹²¹ Sarıal, 1986: 71.

¹²² Çilingiroğlu, 1993: 37; Badur, 2017: 51.

kalmayacaktır. Bu nedenle tıbbi müdahalenin kural olarak hukuka aykırı müdahaleler arasında sayılması gerekir.

1.6. Hukuka Aykırılığın Gerçekleşmesi

Tıbbi müdahale ile kişinin yaşam, sağlık ve cismani bütünlük gibi kişilik değerleri, dolayısıyla maddi bütünlüğüne ilişkin kişilik değerleri ihlal edilmiş olmaktadır. Maddi bütünlüğe ilişkin kişilik değerleri de yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, kişilik hakkı kapsamında yer alır.

Kişilik hakkının ihlali sonucunu doğuran tıbbi müdahaleler kural olarak hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahale ancak kanunda sınırlı biçimde sayılmış olan istisnai durumlarda hukuka uygun kabul edilecektir. Hastanın rızasına, üstün nitelikte özel yarar veya kamu yararına yahut kanunun verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirilen müdahaleler hukuka uygun olacaktır¹²³.

1.7. Hukuka Aykırılığın Engellenmesi

1.7.1. Hukuka Aykırılığın Hastanın Rızası İle Engellenmesi

1.7.1.1. Genel Olarak

Rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren nedenlerin başında gelir. Hangi şekil ve kapsamda olursa olsun tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için hastanın ya da durumun gerektirdiği şekilde yasal temsilcisinin müdahaleye rıza göstermesi gerekir¹²⁴.

Tıbbi müdahalenin kişilik haklarına yöneldiği ve kural olarak hukuka aykırı nitelik taşıdığı düşünüldüğünde, TMK m. 24/2’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 aykırıdır.”* denilerek rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak açıkça düzenlenmiştir.

Rıza alma zorunluluğu, “rıza gösterene haksızlık yapılmış olmaz” şeklinde tercüme edilebilecek olan Roma hukuku kaynaklı “volentinon fit iniuria” ilkesinden doğmaktadır¹²⁵. Nitekim rızaya ilişkin olarak TŞSTİDK m. 70’te; her türlü tıbbi müdahale için hekim tarafından hastanın, eğer hasta küçük ise velisinin, kısıtlı ise vasisinin rızasının alınması gerektiği düzenlenmiştir.

¹²³ Çilingiroğlu, 1993: 42.

¹²⁴ Ayan, 1991: 11.

¹²⁵ Özbilen, 2011: 260.

HHY m. 5/d' de; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamayacağı, dolayısıyla rızanın tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan neden olduğu düzenlenmiştir. Hastanın rızası alınmadan gerçekleştirilecek bir tıbbi müdahale, eğer başka bir hukuka uygunluk sebebi bulunmuyor ise, yetkili kişiler tarafından usulüne uygun şekilde gerçekleştirilmiş olsa dahi hukuka aykırı olacaktır¹²⁶.

HHY m. 24/1'de, *“Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.”* denilmektedir.

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin velisi veya vasisi bulunmaması halinde ya da kişinin beyanı alınamayacak durumda ise bu durumda rıza alınması şart değildir (TŞSTİDK m. 70/3).

Doktrinde ileri sürülen bir görüş¹²⁷, müdahalenin tedavi amacına yönelmesi durumunda hekimin müdahalede bulunma hakkını kullandığından yola çıkarak müdahalesinin aynı zamanda mesleki ve hukuki bir görev olduğunu ifade etmekte ve tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kabul etmekte, tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının rol oynamayacağını savunmaktadır. Bu görüş, *“Tıbbi müdahale uygulanacak kişinin velisi veya vasisi bulunmaması halinde ya da müdahale uygulanacak kişinin beyanı alınamayacak durumda ise rızanın alınması şart değildir”* biçimindeki TŞSTİDK m. 70 kuralını, tedavi amacıyla yapılan müdahalelerde rıza aranmadığı şeklinde yorumlamaktadır. Karşı görüşe göre ise buradaki düzenlemenin amacı, hastanın rızasının alınması imkanı bulunmayan hallerde onun zarar görmesini önlemektir. Zira maddenin birinci fıkrasında rızanın alınması gerektiği kural olarak düzenlenmiştir. O halde rıza hukuka aykırılığın engellenmesi açısından gereklidir¹²⁸. Kanaatimizce de tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinde hastanın rızasının alınması kural, alınmaması ise istisnadır. Kaldı ki her türlü tıbbi müdahale için hastanın rızasının alınması gerektiği zaten kanunda açıkça düzenlenmiştir.

1.7.2. Hukuka Aykırılığın Hastanın Rızasının Bulunmadığı Özel Durumlarda Engellenmesi

Tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran başlıca nedenin müdahaleye maruz kalacak kişinin rızası olduğu kabul edilmekle birlikte, bazı özel durumlarda

¹²⁶ Ayan, 1991: 11.

¹²⁷ Dönmezer ve Erman, 1981: 63-64 aktaran: Sarial, 1986: 72.

¹²⁸ Sarial, 1986: 73.

müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelik olarak rıza alınamayabilir. Bunlar tıbbi zorunluluk durumları olabileceği gibi, kanunun verdiği yetkinin kamu hukukundan ya da özel hukuktan kaynaklanan bazı hallerde müdahale kişinin rızası aranmaksızın gerçekleştirilebilmektedir.

1.7.2.1. Hastanın Rızasının Bulunmadığı Özel Durumlar

1.7.2.1.1. Tıbbi Zorunluluk Durumları

Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için kural kişinin rızasının alınması olmakla birlikte, öngörülebilmesi mümkün olmayan bazı durumlarda kişiden müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelik olarak rıza alınamayabilir. Anayasa¹²⁹ m. 17/2'ye göre, “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” denilmektedir. Tıbbi zorunluluk gerektiren hallerde kişiye rızası alınmaksızın müdahale edilebilmesinin anayasal dayanağı bu hükümle ifade edilmektedir.

Tıbbi zorunluluk durumları uygulamada farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu hallerden biri ameliyatın genişletilmesidir¹³⁰. Genel anestezi etkisi altında bulunan hasta üzerinde gerçekleştirilmekte olan ameliyat sırasında, müdahale öncesinde öngörülebilmesi mümkün olmadığından hastaya açıklanamayan bir durumun ortaya çıkması halinde, hekimin ikinci bir müdahalede bulunması gerekebilir. Meydana gelen tıbbi zorunluluk gereği hastanın anestezi etkisinden çıkması ve ikinci müdahaleye rıza göstermesi beklenemeyecek ise, bu durumda hekim, gerçekleştirmekte olduğu ameliyatın kapsamını genişleterek hastaya genel anestezi halinde iken yeni bir müdahalede bulunmalıdır¹³¹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta ikinci müdahalenin mutlaka tıbbi bir gereklilikten kaynaklanmasıdır. Ameliyat sırasında oluşan beklenmedik duruma müdahale edilmemesi hasta açısından telafisi güç ya da imkansız bir zarar meydana getirmeyecek ise, müdahale tamamlanarak ikinci müdahale için kişiden yeniden rıza alınmalıdır.

Ortaya çıkabilecek bir diğer zorunluluk hali, apandisit delindiği için komaya giren kişinin apandisitinin alınması ve kişiye acil müdahale edilmesidir. Bu halde hekim, durumun aciliyetini göz önüne alarak gereken müdahaleyi derhal gerçekleştirmelidir¹³². Nitekim TDN m. 3'e göre “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.*” denilmektedir.

¹²⁹ 6771 sayılı Kanun ile Değişik Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. 9.11. 1982 tarih ve 17863 Sayılı RG.

¹³⁰ bk. Bölüm 3 Başlık 3.6.

¹³¹ Özbilen, 2011: 314; Ayan, 1991: 61; Çilingiroğlu, 1993: 47.

¹³² Özbilen, 2011: 313.

Ameliyat sırasında ortaya çıkan yeni durum hastanın yaşamını etkileyecek derecede önemli olmayıp, acilen müdahale edilmemesi hastanın yaşamı ve sağlığı açısından telafisi güç ya da imkansız zararlara yol açmayacaksa, bu durumda öncelikle hastanın rızası alınmış olan müdahale tamamlanmalı, daha sonra onun bilinçli hale gelmesi beklenmelidir. Hasta karar verebilecek duruma geldikten sonra rızası yeniden alınarak ikinci müdahale gerçekleştirilmelidir¹³³. Nitekim HHY m. 24/7’de,

“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 tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”

şeklinde ifade edilmektedir. Çünkü esas olan kişinin tıbbi müdahaleye rızasının alınmasıdır.

Üzerinde taşıdığı bir işaret (künye, kart, vs.) ile kendisine yapılacak her türlü tıbbi müdahaleyi ya da dışarıdan kan nakledilmesini reddettiğini bildiren kişilere acilen tıbbi müdahalede bulunulması gerektiğinde hekimin nasıl davranacağı doktrin ve uygulamada tartışma konusu olmuştur. Özellikle “Yehova’nın Şahitleri” adlı mezhebin üyesi olup kendisine kan verilmesine karşı çıkan kişilerle ilgili nasıl bir tutum izlenmesi gerekeceği hukuki, dini ve etik bir sorundur. 1989 yılında Amerika’da yaşanan bir olayda¹³⁴, Yehova Şahidi olduğunu ve kan nakline rızası olmadığını belirten kadına, *iki çocuk sahibi olması ve çocuklarının üstün yararı* gerekçesiyle mahkemeden karar alınarak kan nakli yapılmıştır. Hayatta kalan kadın, daha sonra kararı temyiz etmiş ve Florida temyiz mahkemesi; *korunması gereken menfaatin kadına ve inancı gereği yaşayabilme hakkına ilişkin olduğu gerekçesiyle* kararı bozmuştur. Burada kadının inancı gereği yaşayabilme hakkına saygı gösterilmesini ön planda tutulmuştur. Oysa tıbbi zorunluluk halinde kişi hayati tehlike içerisinde bulunuyor fakat buna rağmen yapılacak müdahaleyi reddediyorsa, yaşama hakkının vazgeçilmezliği o kişiye rızası hilafına müdahalede bulunulmasını zorunlu kılmaktadır¹³⁵. Kanaatimizce olayda hastaya müdahale edilmesi yaşam hakkı gibi temel bir insan hakkı söz konusu olduğundan yerindedir.

Aşırı kan kaybı nedeniyle bilinci kapalı şekilde hastaneye getirilmiş olan kişiye derhal kan verilmesi gerektiğinde, kişinin üzerinde Yehova’nın Şahitleri mezhebine üye olduğunu

¹³³ Özbilen, 2011: 315.

¹³⁴ Public Health Trust of Dade County v. Wons, 541 So. 2d 96 aktaran: Badur, 2017: 141.

¹³⁵ Oktay Özdemir, 2010: 1331.

bildiren bir işaret taşıması durumunda ne yapılacağı tartışma konusu olmuştur. Başka bir ihtimal, Yehova'nın Şahitlerine uygulanan kansız ameliyatlar sırasında bir komplikasyon meydana gelmesi durumunda, hastanın hayatını kurtarabilmek için acilen kan verilmesine ihtiyaç duyulmasıdır. Acil durumda dahi vücuda dışarıdan kan nakledilmeyeceği konusunda hastasına karşı taahhütte bulunan hekimin, bu tür bir durumla karşı karşıya kalması halinde, hastanın dini inancına saygı duyarak onun iradesine mi yoksa hayat kurtarma amacına mı öncelik vermesi gerektiği hukuki, etik ve dini açıdan tartışma konusu olmuştur. Burada hastasına karşı taahhütte bulunmuş olan hekimin yapmış olduğu anlaşmanın geçerli olup olmadığı sorunun çözümü açısından önemlidir. Hukukumuzda TMK m. 23 hükmü gereği kimseden kendi ölümüne neden olabilecek bir konu hakkında taahhütte bulunması istenemez. Bu konuda yapılacak olan anlaşma kesin hükümsüzdür. Kaldı ki böylesi bir durumda hasta daha önce reddetmiş olduğu kan nakli kararından dönebilecek ve müdahaleye rıza gösterebilecek durumda değildir. Hekim hastasında karşı kan nakletmeyeceği taahhüdünde bulunmuş olsa dahi onun ölümüne izin veremez. Hatta hekimin, gereken kanı nakletmemiş olmasından dolayı hastanın ölümüne yol açmasından sorumluluğu söz konusu olabilir. İki ihtimal açısından da TMK m. 24/2 gereği hastanın üstün nitelikte özel yararının göz önünde tutulması gerektiğinden, tıbbi müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerekir¹³⁶.

1.7.2.1.2. Kanunun Verdiği Özel Yetki

Kişinin rızası olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilecek hallerden bir diğeri, kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır. Tıbbi zorunluluk hali dışında kişinin vücudu üzerinde kanunun verdiği yetkiye dayanılarak tıbbi müdahale gerçekleştirilebilmesi için, bu konuda mutlaka açıkça düzenleme yapılmış olması gerekmektedir¹³⁷. Kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğu halde kişinin rızasına aykırı olarak vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilecek müdahale, TMK m. 24/2 uyarınca hukuka aykırı nitelikte olacaktır.

1.7.2.1.2.1. Özel Hukuktan Kaynaklanan Bir Yetkinin Kullanılması

Kanun tarafından verilen yetkinin, özel hukuktan kaynaklandığı bazı hallerde, kişinin rızasına ihtiyaç duyulmadan vücudundan örnek alınmasına yönelik tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin soybağının reddi (TMK m. 286 vd.), tanımanın iptali (TMK m. 298 vd.) ve babalık (TMK m. 301 vd.) davalarında uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından kan muayenesi ve DNA analizine başvurulmaktadır¹³⁸.

¹³⁶ Çilingiroğlu, 1993: 49; Özbilen, 2011: 315 (dipnot 809), aksi yönde görüş: Özsunay, 1983: 43. (Aydınlatma)

¹³⁷ İpekçioğlu, 2013: 1158.

¹³⁸ Özbilen, 2011: 323

Kişinin rızası alınmaksızın kan ya da DNA molekülü gibi biyolojik maddelerin vücuttan zorla alınması sonucunu doğuracak olan keşfe katlanma zorunluluğu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹³⁹,’nda düzenlenmiştir. HMK m. 291’e göre; “*Taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır.*” Denilmektedir.

Vücuttan biyolojik madde alınmasını gerektiren “Soybağı Tespiti İçin İnceleme”, HMK m. 292/1’de düzenlenmiştir. Buna göre; “*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.*” Denilmektedir. Buna göre, vücuttan kan veya doku alınması uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu olmalı ve kişinin sağlığı açısından tehlike meydana getirmeyecek olmalıdır¹⁴⁰. Sadece kan veya doku alınması değil, bunun zorla alınması da kişinin sağlığı açısından tehlike oluşturmamalıdır¹⁴¹. Düzenleme gereğince, tıbbi müdahale için kişinin rızası alınmaksızın ve gerekirse zor kullanılarak vücutundan kan veya doku alınmasına mahkemece karar verilebilecektir.

HMK m. 292/2’de ise, “*davanın tarafı olmayan üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınamaz.*” denilmektedir.

Soybağından kaynaklanan davalarda yargılama usulüne ilişkin bir diğer düzenleme TMK m. 284’de bulunmaktadır. Buna göre; taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir. Örneğin tanımanın iptali davasında, davacı anne çocuğunun biyolojik babasının tanıyan olmadığını ispat etmek zorundadır¹⁴². Bu davada davalı konumunda olan tanıyanın, soybağının tespiti için kendi vücutundan örnek alınmasına rıza göstermemesi halinde mahkeme davacı annenin iddiasının doğruluğunu ve tanıyanın çocuğun biyolojik babası olmadığını kabul edecektir¹⁴³.

HMK m. 292 hükmü, TMK m. 284’ün aksine davanın taraflarını ve üçüncü kişileri vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda bırakmaktadır. Aynı konuya ilişkin olarak iki madde arasında çelişki bulunduğu açık olmakla birlikte, sonraki hüküm olan

¹³⁹ 04/02/2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

¹⁴⁰ Baygın, 2010: 90.

¹⁴¹ Badur, 2017: 262.

¹⁴² Dural vd., 2010: 274, 276.

¹⁴³ Özbilen, 2011: 326.

HMK m. 292'nin, önceki hüküm olan TMK m. 284 hükmünü örtülü olarak kaldırmış olacağı kabul edilmektedir¹⁴⁴. Nitekim Yargıtay¹⁴⁵ da HMK m. 292 hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme kararı gereği kişinin vücudundan kan veya DNA örneği alınması şeklinde uygulanacak olan tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığı, kişinin rızası aranmaksızın kanun hükmü gereği ortadan kalkmaktadır.

1.7.2.1.2.2. Kamu Hukukundan Kaynaklanan Bir Yetkinin Kullanılması

Kanun tarafından verilen yetkinin kamu hukukundan kaynaklandığı bazı hallerde, kişinin rızası alınmaksızın vücudu üzerinde bazı tıbbi müdahaleler gerçekleştirilebilmektedir. Bu hallerden biri, bir suça ilişkin delil elde edilmesi amacıyla kişinin vücudundan örnek alınmasıdır. HHY m. 22/2' ye göre; *“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 tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakimın kararına bağlıdır. HHY m. 22/3'te ise, “Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir.”* denilmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu¹⁴⁶ m.75'te, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması düzenlenmektedir. Bir suça ilişkin delillerin elde edilebilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi için şüpheli, sanık veya diğer bir kişinin beden muayenelerinin yapılması veya bu kişilerin vücudundan örnek alınması gerekebilmektedir. CMK m.76 uyarınca mağdur ve soybağı araştırılacak olan çocuk diğer kişiler kapsamındadır.

Kişi üzerinde gerçekleştirilecek olan muayene, tıbbi müdahale niteliğindedir. CMK m.76'da şüpheli ve sanık açısından olmak üzere sadece iç beden muayenesi düzenlenirken, dış beden muayenesine yer verilmemiştir. Bu eksiklik Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik¹⁴⁷ m.5'te, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi başlığı altında düzenlenerek giderilmiştir. Vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşıyan dış beden muayenesinin kanunla değil yönetmelikle

¹⁴⁴ Özbilen, 2011: 330.

¹⁴⁵ Y.18. HD. E. 2015/7572 K. 2016/2526 T. 16.2.2016 “...babalık iddiası ile ilgili olarak... testi yaptırmak üzere davalı ...'a meşruhatlı davetiye çıkarılarak... testi için gerekli kan ve doku örneklerini vermesi, aksi taktirde zor kullanılarak bu incelemenin yaptırılacağı hususu ihtar edilmeli, buna rağmen davalı gelmez veya gelir de kan ve doku örneklerini vermez ise bu incelemelerin zor kullanılarak yapılmasına karar verildikten sonra... testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulü doğru görülmemiştir.” Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 19.02.2017

¹⁴⁶ 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı RG.

¹⁴⁷ 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı RG. (CMBMY olarak anılacaktır.)

belirlenmesi doktrinde eleştirilmektedir¹⁴⁸. İç beden muayenesi sadece hekim tarafından yapılabilirken, dış beden muayenesi hekim veya hekim gözetimindeki diğer sağlık mesleği mensubu kişiler tarafından gerçekleştirilebilir. (CMBMY m. 4, 5)

Vücuttan örnek alınırken ilgili kişinin sağlığının tehlikeye düşürülmemesi gerekmektedir (CMK m. 75). Bu işlem sırasında kişiye cerrahi müdahalede bulunulmamalıdır (CMK m. 76). Kanunda sadece şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişilerin vücutlarından örnek alınması bakımından bu şartın aranması, şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınmasında ise aynı şartın aranmaması doktrinde eleştirilmektedir¹⁴⁹. Vücuttan örnek alma işlemi sadece hekim veya hekim gözetimindeki sağlık mesleği mensubu tarafından gerçekleştirilebilir (CMBMY m. 6).

CMBMY m.18'e göre; “*Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.*” Denilmektedir. Kişinin beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması için rıza göstermemesi halinde bu işlemlerin zor kullanılarak yapılacağı anlaşılmaktadır¹⁵⁰. CMK m.76 uyarınca diğer kişilerin beden muayenesi veya vücudundan örnek alınmasında izlenecek yöntem konusunda, örneğin mağdurun rızası olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması durumunda ikinci bir mağduriyete sebebiyet verilebileceği düşünülebilir. Ancak burada hakim ve savcı kararıyla rızası aranmaksızın mağdurun vücudundan örnek alınması yahut muayene edilmesinin, rıza vermemesi konusunda mağdura yapılabilecek baskıları önlemeye yönelik olduğu düşünülmektedir¹⁵¹.

¹⁴⁸ Akbulut, 2016: 86; Ünver ve Hakeri: 2010: 128.

¹⁴⁹ Özbilen, 2011: 333.

¹⁵⁰ Badur, 2017: 314.

¹⁵¹ Özbilen, 2011: 335.

İKİNCİ BÖLÜM

RIZA KAVRAMI, AÇIKLANMASI VE ŞEKLİ, KONUSU, VARSAYILAN RIZA VE RIZANIN ÖZELLİK GÖSTEREN MÜDAHALELER AÇISINDAN İNCELENMESİ

2.1. Genel Olarak

Rıza, özellikle tıbbi müdahaleler açısından önem taşır. Kişinin tıbbi müdahaleye rıza göstermesi, kendi vücudu üzerinde karar verme yetkisinden, bir başka deyişle hastanın kendi geleceğini belirleme hakkından ileri gelir. Tıbbi müdahale niteliği itibarıyla kişinin yaşamını, vücut bütünlüğünü ve sağlığını tehlikeye düşürebilecek bir girişim olduğundan, müdahale hakkında karar verme yetkisi hekime değil, müdahaleye maruz kalacak kişiye aittir¹⁵².

Rızanın, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayabilmesi için, geçerli bir şekilde açıklanmış olması gerekir. Geçerli bir rızanın varlığından söz edilebilmesi için rıza bu konuda ehliyet sahibi kişi tarafından açıklanmalıdır. Rıza beyanında bulunacak kişinin ehliyetinin belirlenmesi bu nedenle önem taşır.

Rızanın maddi anlamda sonuç doğurabilmesi için, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme konusunda yetkili kişiye yönelmesi gerekir. Rıza beyanının muhatabı ise tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye yetkili kimsedir.

Tıbbi müdahaleler açısından yaşanan gelişim süreci sonucunda yaşamın her alanını ilgilendiren nitelikte ve karmaşık boyutta birçok farklı tıbbi müdahale ortaya çıkmıştır. Bu durum rızanın geçerlilik şartlarının özellik gösteren tıbbi müdahaleler açısından ayrı ayrı incelenmesini gerektirmektedir. Tıbbi müdahalenin türüne ve niteliğine göre rıza ehliyeti, rızanın şekli ve alınma şartları değişiklik göstermektedir.

2.2. Rıza Kavramı

Rızanın tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan en önemli neden olması, rıza kavramının öncelikle incelenmesini gerektirir. Ayrıca rızanın, hukukumuz açısından TBK uyarınca hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerinden biri olduğu gerçeği karşısında, inceleme konumuz olan tıbbi müdahaleye rıza kavramı ile yakın ilişki içerisinde olduğu tartışmasıdır.

¹⁵² Kahraman, 2016: 486.

Rıza kelimesi, TDK¹⁵³ tarafından “razı olma, isteme, istek” şeklinde tanımlanmaktadır. Rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan en önemli unsurdur¹⁵⁴.

TBK’ nın rızaya ilişkin temel hükmü olan ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebep olarak rıza, TBK m. 63/2’de, “Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz” şeklinde düzenlenmiştir.

TBK’ da haksız fiillerden doğan borç ilişkileri başlığı altında zarar görenin rızası düzenlenmiştir. TBK m. 52/1’e göre, 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.” Denilmektedir. Zarar görenin rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızadan farklı olarak, tazminattan indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Örneğin ahlaka aykırı olan bir rıza beyanı, hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilemeyecek fakat tazminattan indirim sebebi olabilecektir¹⁵⁵.

Tıbbi müdahaleye rızanın temelini oluşturan hüküm olan TMK m. 24/2’de rıza; “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” ifadesiyle açıklanmıştır. Maddede belirtilen haller ayırık olmak üzere kişilik haklarına yönelen her saldırı hukuka aykırı niteliktedir.

Rıza kavramıyla karşılaştığımız bir diğer düzenleme tam adı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi¹⁵⁶ olan kısaca Biyotıp Sözleşmesi¹⁵⁷ olarak ifade edebileceğimiz düzenlemedir. Sözleşme m. 5/1’de, Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir” denilmektedir.

¹⁵³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5914a7cd8d0fd7.04153106
erişim tarihi: 11.05.2017

¹⁵⁴ Konuyla ilgili olarak Yargıtayın vermiş olduğu bir kararda, “Türk doktrininde de üstün yarar görüşü olarak nitelenen bu görüşe rağmen, gerçekten zorunlu müdahale halleri dışında mağdurun rızasına önem verilmesi ile artık rıza teorisine dönüldüğü müşahade edilmektedir” denilmektedir. Y. 4. HD. E. 1976/6297, K. 1977/2541 T. 07.03.1977. Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 13.11.2017

¹⁵⁵ Badur, 2017: 48.

¹⁵⁶ 4 Nisan 1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi. Bu Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanmıştır (09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı RG.; 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı RG.

¹⁵⁷ 4 Nisan 1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi.

Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmede, kişiye rızası olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

Yasal mevzuatımızı incelediğimizde ise rıza, TŞSTİDK m. 70'te "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.*" hükmü ile ifade edilmiştir.

HHY' de rıza kavramı birden fazla maddede yer almaktadır. HHY m. 4/h'de rıza; kişinin müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi şeklinde tanımlanmıştır. HHY m. 5/d'de ise, *tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz*" denilerek rızası olmaksızın kişiye tıbbi müdahalede bulunulamayacağı açıkça belirtilmektedir.

HHY m. 22'de ise; "*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz*". denilerek kanunda belirtilmiş olan istisnai haller dışında kişiye rızası alınmaksızın müdahale edilemeyeceği gibi, ancak kişinin gösterdiği rızaya uygun olacak şekilde tıbbi müdahalede bulunulabileceği ifade edilmiştir.

Tıbbi zorunluluk halleri, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması hallerinde hukuka aykırılık, müdahaleye maruz kalacak kişinin iradesinden bağımsızdır¹⁵⁸. Bir başka deyişle, bu haller açısından kişinin iradesinin bir etkisi yoktur. Tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran diğer sebeplerden farklı olarak tıbbi müdahaleye rıza, müdahaleye maruz kalacak kişinin iradesine dayanmaktadır. Bu nedenle tıbbi müdahaleye rıza kavramının özel olarak incelenmesi gerektiği açıktır.

2.3. Rızanın Hukuki Niteliği

Tıbbi müdahaleye rızanın geçerliliği açısından, rızanın hukuki niteliğinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Kişinin müdahaleye yönelik rızasını açıklamasıyla birlikte, birtakım sonuçlar doğar. Kişinin göstermiş olduğu rızanın hukuka uygun şekilde sonuç doğurabilmesi, ancak geçerli bir rızanın varlığı ile mümkün olur.

Rızanın hukuki niteliği ile ilgili olarak, öncelikle hukuki işlem kavramına değinmek gerekir. Hukuki işlem, hukukun işlemi yapanın arzusuna uygun hukuki sonuç bağladığı irade beyanı olarak ifade edilmektedir¹⁵⁹. Tıbbi müdahaleye rızanın hukuki niteliği ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Türk ve İsviçre hukukunda hakim olan görüşe göre

¹⁵⁸ Badur, 2017: 49.

¹⁵⁹ Oğuzman ve Öz, 2013: 36.

tıbbi müdahaleye rıza bir hukuki işlemdir¹⁶⁰. Bu görüşe göre, tek taraflı bir hukuki işlem niteliği taşıyan rıza, hukuki sonuca yönelik bir irade açıklamasıdır. Rızanın tek taraflı bir hukuki işlem olması niteliği gereği, muhatabın iradesinin de rıza iradesine katılımı gerekmez. Hukuk düzeninin rızaya sonuç bağlamasının nedeni, rıza beyanında bulunan kişinin bu sonucu istemesidir. Rızanın geçerli olabilmesi için hukuki işlemin geçerlilik koşullarını taşıması gerekir¹⁶¹. Kanaatimizce de tıbbi müdahaleye rıza, kişinin müdahaleye izin vermesi anlamını taşıyan tek taraflı bir irade beyanıdır.

Rızanın hukuki işlem olarak nitelendirilmesi, hukuki işlemlere ilişkin kuralların kıyasen rızaya da uygulanabilmesi sonucunu doğurur. Nitekim, hukuki işlemlerde olduğu gibi, rızanın geçerliliği açısından hukuki işlem ehliyeti aranmaktadır¹⁶².

Alman ve Avusturya hukukunda hakim olan görüşe göre¹⁶³ ise rıza hukuki işlem benzeri bir fiildir. Buna göre, açıklanması durumunda rıza hukuki bir sonuca değil, tamamen fiili bir sonuca yani tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi amacına yönelmektedir. Hukuk düzeni de bu irade açıklamasının içeriği ile ilgilenmeksizin ona hukuka aykırılığın engellenmesi sonucunu bağlamaktadır. Rızayı açıklayan kişinin buna hukuk düzeni tarafından bağlanacak olan sonucu istemesine ve hatta bilmesine dahi gerek yoktur. Bu hukuki sonuç, rızayı açıklayan kişi istediği için değil, hukuk düzenince öngörüldüğü için ortaya çıkmaktadır¹⁶⁴.

Hukuki işlemlere ilişkin birçok kural, kıyas yoluyla hukuki işlem benzeri fiillere de uygulandığından, rızanın hukuki niteliği konusundaki tartışma, uygulanacak kurallar bakımından farklılık yaratmamaktadır. Nitekim Yargıtay¹⁶⁵, tıbbi müdahaleye rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara girmemekte ve rızanın sadece bir irade beyanı olduğunu ifade etmektedir.

2.4. Rızanın Konusu

Rızanın konusu, kişi üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaledir. Tıbbi müdahalenin, kişinin yaşamını kurtarmak, sağlık ve refahının sağlanması ya da vücut bütünlüğünü korunması amacına yöneldiği düşünüldüğünde, öncelikle rızanın bu amaca hizmet etmesi gerekmektedir.

¹⁶⁰ Şenocak, 2001: 68.

¹⁶¹ Özbilen, 2011: 261.

¹⁶² Badur, 2017: 57.

¹⁶³ Çilingiroğlu, 1993: 44; Aynı görüşte: Sarıal, 1986: 65.

¹⁶⁴ Çilingiroğlu, 1993: 43; Özbilen, 2011: 262; Şenocak, 2001: 69.

¹⁶⁵ Y. 15. HD. E. 2010/589, K. 2011/263 T. 25.01.2011 “Bu nedenlerle, davacının sağlık durumu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntılarıyla bildiğinin, bu konuda yeteri kadar aydınlatıldığının ve ameliyata onay vermesinin hukuka uygun şekilde yapılan irade bildirimi olduğunun kabulü gerekmektedir.” aktaran: Badur, 2017: 58.

Kişi iradesinin kişilik hakkının tasarruf edilemez kısımlarına ilişkin olması halinde ortada geçerli ve hukuka uygun bir rıza bulunmayacaktır. Kişilik haklarından vazgeçmek ya da bu haklara zarar verilmesine önceden rıza göstermek fiili hukuka uygun hale getirmez. Örneğin, kanser hastalığı nedeniyle çok acı çeken bir hastanın bu acılara dayanamadığı için hekimle anlaşarak hekimin yapacağı bir iğne ile ölmeye rıza göstermesi halinde, bu rıza beyanı kişilik haklarına aykırı olduğundan TMK m. 23 ve TBK m. 27 hükümleri uyarınca geçersizdir. Hekimin geçersiz rızaya dayanarak gerçekleştireceği müdahale, hukuka aykırı nitelikte olur¹⁶⁶.

Sağlıklı uzvunun kesilmesi, daha ince gözükme için bel hizasındaki kaburgalarının kesilmesini isteyen kişinin bu tür müdahalelere yönelik rızası hukuken geçersizdir. Müdahalenin tıp bilimi kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmiş olması dahi müdahaleye tıbbi nitelik kazandırmaz¹⁶⁷. Geçersiz rızaya dayanılarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale haksız fiil niteliğinde olmakla birlikte TBK m. 52/1 gereği zarar görenin rızası, tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilir.

Hukuk düzenince yasaklanmış bir konuya ilişkin verilen rızanın geçerliliğinden bahsedilemez. Yaşama hakkını ortadan kaldırmaya yönelik bir sonuç doğuran ötenazi kavramının bu bağlamda incelenmesi önem taşımaktadır. Ötenazi, *“iyileşemeyeceği ve dayanılmaz acıları ölümüne kadar süreceği tibben benimsenmiş olan, durumu yakınları ile kendisi tarafından bilinen, zihinsel yeterliliği bulunan bir hastanın hukuken geçerli bir rıza beyanı vermesi sonucunda acısız bir biçimde hekim tarafından tıbbi yardımın kesilmesi veya tıbbi yollarla ölümün gerçekleştirilmesi yoluyla yaşamının sonlandırılması”* olarak tanımlanabilir¹⁶⁸. Mevzuatımızda HHY m. 13’te yer alan düzenlemeye göre; *“Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle ve her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez”*. Denilmektedir. Ötenazi Türk hukuk sistemi tarafından kabul edilmemektedir.

Tıbbi müdahaleye rıza, yaşama hakkı ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğü üzerindeki haklar ile yakından ilgilidir. Kişinin maddi ve manevi bütünlüğü üzerindeki haklar kişiye yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğünün her türlü saldırıdan korunmasını isteme yetkisini verir¹⁶⁹. Yaşama hakkının ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün kişiye karşı dahi korunduğu hukuk düzenlerinde zorunlu olarak tıbbi müdahaleye rızanın geçerli olduğu alan

¹⁶⁶ Çakmut, 2003: 216.

¹⁶⁷ Badur, 2017: 72.

¹⁶⁸ Akcan, 2013: 1.

¹⁶⁹ Akipek vd., 2012: 346.

da sınırlanmaktadır¹⁷⁰. Bu nedenle öncelikle yaşama hakkı, sağlık hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı kavramları üzerinde durulması gerekmektedir.

2.4.1. Yaşama Hakkı

En kutsal haklardan biri olan yaşama hakkı, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü koruyarak devam ettirebilmesi, varlığının çeşitli etkenlerle bozulmasını önleyebilmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹⁷¹. Yaşam ve sağlık hakkı, kişilik hakkının bedensel değerleri olarak kabul edilir¹⁷². Yaşama hakkı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilemez bir haktır.

Yaşama hakkı hakların özünü oluşturmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi¹⁷³ m. 3'te, bu hak, *"Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği her bireyin hakkıdır"* şeklinde ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁷⁴ m. 2/1'de ise; *"Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez"* denilmiştir.

Hukuk sistemimizde yaşama hakkı AY m. 17'de yer alan düzenleme ile *"herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz"* Şeklinde koruma altına alınmıştır. Kişinin temel hakları içerisinde yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakları ilk sırada yer almaktadır.

Kişi, yaşama hakkından hiçbir şekilde vazgeçemez, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne zarar verecek sözleşmeler yapamaz. Hukuksal koruma kapsamına giren bu hak üzerinde, üçüncü kişiler tarafından yapılacak müdahaleye rıza gösterilse dahi tasarruf edilemeyeceği savunulmaktadır¹⁷⁵. Örneğin bir kimse ne kadar büyük bir bedel karşılığında olursa olsun, öldürülmesine veya sakatlanmasına rıza gösteremez. Bu konuda yapılmış olan sözleşme ve buna ilişkin rıza TBK m. 27 hükmü gereği kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi

¹⁷⁰ Oktay Özdemir, 2016: 226.

¹⁷¹ Çakmut, 2003: 46; Yılmaz, 2007: 8.

¹⁷² Sert ve Cihan, 2013: 47.

¹⁷³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararıyla ilan edilmiştir. 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu ile "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması yayından sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Bildirge hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması" kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete' de yayınlanmıştır. bk. http://www.unikanakara.org.tr/doc_pdf/h_rights_turkce.pdf, erişim tarihi: 23.10.2017

¹⁷⁴ 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da kabul edilen sözleşme, Türkiye tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanarak 19 Mart 1954 tarihli Resmi Gazete' de yayımlanmıştır. (AİHS olarak anılacaktır) bk. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf erişim tarihi: 03.01.2018.

¹⁷⁵ Erman, 2003: 126.

olacaktır. Ancak böyle bir fiilden dolayı zarara uğrayan kişi, yapmış olduğu anlaşmayla vücut bütünlüğüne zarar verilmesine önceden rıza göstermiş olduğundan rıza, zarar verenin kişilik hakkına saldırı nedeniyle ödeyeceği tazminattan indirim sebebi olabilir¹⁷⁶.

TMK m. 23¹⁷⁷,te kişiliğin korunması kapsamında yaşama hakkından kısmen de olsa feragat edilemeyeceği, bu temel hakkın hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu hüküm karşısında hukukumuzda ötenazi yasaktır.

TMK m. 24¹⁷⁸,e göre; hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Davacının ayrıca TMK m. 25/1 uyarınca hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini istemesi mümkündür.

2.4.2. Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı kişilik hakkı içerisinde yer alır¹⁷⁹. Yaşama hakkı olan her bireyin sağlıklı yaşama hakkı olduğu kabul edilmelidir. Sağlık hakkının ihlaline yönelik tıbbi müdahaleler aynı zamanda kişilik hakkının ihlali niteliği taşır.

AY m. 56’da; “*Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler*” hükmü ile sağlık hakkı devlet tarafından anayasal güvence altına alınmıştır.

Sağlık kavramı, bedensel sağlığın yanında ruh sağlığını da kapsar. Bedensel sağlıkta meydana gelecek bozukluk kişinin ruh sağlığını da olumsuz etkileyecektir¹⁸⁰. Kişinin beden ve ruh sağlığını tehlikeye düşürebilecek nitelikteki tıbbi müdahaleler sağlık hakkının ihlali anlamına gelir¹⁸¹. Sağlık hakkı hem kişinin sağlığına kavuşmasını hem de sağlığının korunmasını kapsar¹⁸². Konuya bir başka açıdan bakacak olursak, kişinin sağlıklı kalabilmesi için, yetkili kişiler tarafından tıp biliminin genel kurallarına ve teknik gereklere uygun olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye rıza göstermesi onun menfaatine olacaktır.

¹⁷⁶ Akipek vd., 2012: 360.

¹⁷⁷ TMK m. 23: *Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz*”.

¹⁷⁸ TMK m. 24: *Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, 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.*”

¹⁷⁹ Ayan ve Ayan, 2016: 92.

¹⁸⁰ Ayan ve Ayan, 2016: 92.

¹⁸¹ Çilingiroğlu, 1993: 40.

¹⁸² Özpinar, 2007: 13.

2.4.3. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Yaşama hakkının bir uzantısını oluşturan vücut bütünlüğü, anayasal ve yasal düzeyde koruma altına alınmış fiziksel kişilik değerleri arasında yer almaktadır.

“AY m. 17’ye göre, *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.*” Denilmektedir. Kişi, vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere karşı anayasal güvence altına alınmıştır. Vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı aynı zamanda insan haklarının da bir parçası olarak görülmelidir. Kişinin hem fiziksel hem de ruhsal değerleri vücut bütünlüğü kapsamındadır. Örneğin birini yaralamak, bir hastalık geçirmek, kişinin ruhsal dengesini bozmak kişilik hakkının ihlali anlamına gelir.

Kural olarak kimse, kendi vücut bütünlüğüne saldırı oluşturabilecek nitelikte müdahalelere rıza gösteremez. Bir başka deyişle, kişinin bu konuda yapacağı sözleşme, TMK m. 23¹⁸³ hükmü karşısında geçerli değildir, çünkü kişinin rıza göstermiş olması, saldırının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır¹⁸⁴. Bu düzenleme ile kanunkoyucu, kişiyi, kişi varlığının tamamen veya kısmen ortadan kalkması sonucunu doğuracak işlemleri yapmaktan alıkoymak istemektedir. Kişilik haklarından tamamen vazgeçmek ya da hakkı aşırı şekilde sınırlamak hukuk düzenimizce kabul edilmemektedir.

Kişi üzerinde gerçekleştirilecek müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli olan şartların başında “rıza” gelmektedir. Kişinin rızası alınmaksızın yapılan tıbbi müdahale vücut bütünlüğünün ihlali anlamına gelir.

Kişilik hakkının aşırı şekilde sınırlanması hukuk düzenimizce kabul edilmediğinden, vücut bütünlüğüne yönelecek olan müdahaleye rıza gösterilmesi, müdahalenin kişiyi hayati tehlike altında bırakmaması şartına bağlanmıştır. Aksi halde müdahale TMK m. 23 gereği hukuken geçersiz olacaktır¹⁸⁵.

Bütün bu düzenlemeler çerçevesinde kişinin vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü tıbbi müdahale onun yararına da olsa, kural olarak hukuka aykırı niteliktedir. Kişinin hayatı ve sağlığını kurtarma amacına yönelik müdahale, onun kendi rızasına dayanıyorsa rıza, tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır¹⁸⁶. Hukuka aykırılığın ortadan kalkıp

¹⁸³ 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.”

¹⁸⁴ Akipek vd., 2012: 362.

¹⁸⁵ Akipek vd., 2012: 362.

¹⁸⁶ Akipek vd., 2012: 362; Dural ve Ögüz, 2013: 106 vd.; Ozanoğlu, 2003: 61.

kalkmayacağı, rızanın neye ilişkin olduğu ve yapılacak müdahalenin türüne göre değişir. Örneğin bir kimsenin kangren olmuş kolunun hekim tarafından kesilmesine rıza göstermesi hukuka uygun olacak, bu eylemin sebepsiz yapılması ise hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır¹⁸⁷.

2.5. Rızanın Kapsamı

Tıbbi müdahaleye rıza, belirli veya en azından belirlenebilir bir tıbbi müdahaleye yönelik olarak gösterilebilir. Kişilik haklarının vazgeçilemez niteliği karşısında, her türlü hak ihlaline önceden ve genel olarak rıza gösterilemez. Bu bağlamda her türlü tıbbi müdahaleye ilişkin genel ve soyut bir rıza beyanında bulunulamaz¹⁸⁸. Nitekim Yargıtay¹⁸⁹ tıbbi müdahaleye soyut ve genel nitelikte rıza gösterilmiş olmasını geçersizlik sebebi olarak değerlendirmektedir.

Rıza kural olarak sadece kişinin bilgilendirilmiş olduğu tıbbi müdahaleyi kapsar. Kişinin rızası hangi konuya ilişkin ise, hekimin müdahalesini o konuda gerçekleştirmesi ve gösterilen rızanın sınırları çerçevesinde kalması gerekmektedir¹⁹⁰. Ancak birden fazla tıbbi müdahaleye her biri belirli olmak şartıyla aynı anda ve tek bir rıza gösterilebilir.

Belirli bir tıbbi müdahale için gösterilmiş rıza, o müdahale sürecinin zorunlu bir parçası sayılabilecek tüm işlemleri de kapsamaktadır. HHY m. 31/2'ye göre; "*Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsar.*" denilmektedir. Kişi, asıl tıbbî müdahale konusunda bilgilendirildikten sonra, yapılması gereken özel bir risk taşımayan rutin işlemler açısından kişinin bilgilendirilmesine ve ayrıca rızasının alınmasına gerek yoktur¹⁹¹. Enjeksiyon, kan alınması gibi işlemler rutin işlemler olarak sayılabilir. Ancak, kişi açısından, kanın pıhtılaşması gibi özel riskler söz konusu ise, ayrıntılı olarak bilgilendirilerek rızasına başvurulması gerekir¹⁹².

Rızanın kapsamının aşıldığı tıbbi müdahale, ortada başka bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça hukuka aykırı olur. Bu kural, HHY m. 31/3'de, *Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir*" şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁸⁷ Erman, 2003: 134.

¹⁸⁸ Badur, 2017: 61.

¹⁸⁹ Y. 3. HD. E. 2015/1871, K. 2016/1669 T. 11.02.2016 "*...Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Somut olayda, genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir muvafakatname vardır. Davacı tarafından istenilen sonucun meydana gelmediği ortadadır, bu sonuca dair ayrıntılı uyarı, somut açıklama, onam formlarında yoktur, bu formların imzalatılması davalının uyarı görevini özel olarak yaptığı anlamını taşımaz, hastanın olası risk ve komplikasyonlar hususunda somut ve yeterli biçiminde aydınlatıldığına mevcut belgelerle ispatlanamadığı hususu sabittir.*" Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 11.11.2017

¹⁹⁰ Yılmaz, 2007: 39.

¹⁹¹ Hakeri, 2012: 245.

¹⁹² Uygur, 2009: 199.

Rızanın kapsamı ile ilgili olarak, ameliyatın genişletilmesi zorunluluğu ve rızanın aşılması halleri daha sonra incelenecektir.

2.6. Rıza Ehliyeti

Hukuka uygun tıbbi müdahaleden söz edilebilmesi için müdahalenin “geçerli bir rıza” ya dayanması gerekmektedir. Rızanın geçerliliği bakımından öncelikli unsur müdahaleye rıza gösterecek kişinin ehliyetidir¹⁹³. Kural olarak müdahaleye rıza gösterecek kişi tıbbi müdahaleye maruz kalacak olan kişidir¹⁹⁴.

Tıbbi müdahaleye rızanın temel ilkesi, rızanın müdahaleye maruz kalacak kişi tarafından açıklanmasıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan unsur olarak müdahaleye rıza göstermeye ilişkin hak, kişiliğin korunması ilkesi gereği, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardanır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak, hak sahibini çok yakından ilgilendirdiği için kullanılması aşamasında kişisel faktörler büyük rol oynar. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın bir diğer niteliği ise mutlaka bizzat hak sahibi tarafından kullanılmasının zorunlu olmasıdır¹⁹⁵. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak, doktrinde “*hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekli olan hak*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹⁶.

Mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların özelliği gereği, hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekmektedir. Buna karşılık nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, ayırt etme gücüne sahip kişiler tarafından bizzat kullanılabilen, ayırt etme gücüne sahip olmama durumunda ise yasal temsil yoluyla kullanılabilir¹⁹⁷. Uygulama ve öğretide genel kabul gören görüşe göre, kişilik değerlerinden olan vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelen tıbbi müdahaleye rıza nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır¹⁹⁸. Tıbbi müdahaleler açısından esasen müdahalede bulunulacak kişi tarafından müdahaleye bizzat rıza gösterilmesi gerekir. Tıbbi müdahaleye rızanın nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle, yasal temsil ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler açısından geçerli olmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabilmektedir. TMK m. 16 hükmü uyarınca, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar tarafından bizzat kullanılabileceği açıkça düzenlenmiştir.

¹⁹³ Ayan, 1991: 11.

¹⁹⁴ Özsunay: 1983: 51 aktaran: Kahraman: 2016: 486.

¹⁹⁵ Oğuzman vd., 2012: 81.

¹⁹⁶ Akipek vd., 2012: 315.

¹⁹⁷ Şenocak, 2001: 74.

¹⁹⁸ Oktay Özdemir, 2010: 1323; Şenocak, 2001: 73; Kahraman, 2016: 486.

Medeni hakları kullanma ehliyetine ilişkin kuralların düzenlendiği TMK’ da tıbbi müdahaleye rıza gösterecek kişinin ehliyeti konusunda özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Tam ehliyetli kişiler fiil ehliyetine sahip olduğundan tıbbi müdahaleye rıza gösterme yeteneklerinin var olduğu tartışmasızdır.

Tıbbi müdahaleye rıza ehliyetine ilişkin olarak, ayırt etme gücü kavramı ön plana çıkmaktadır. TMK sistematigi açısından değerlendirildiğinde, tıbbi müdahaleye yönelik olarak açıklanan rızanın hukuken geçerli olabilmesi için müdahaleye maruz kalacak olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekli ve yeterlidir¹⁹⁹. Ancak ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar açısından durum doktrin ve uygulamada tartışmalıdır.

Ayırt etme gücü, kişilerin gerçekleştirmiş oldukları eylemlerin neden ve sonuçlarını, kapsamını ve etkilerini kavrayabilme ve buna uygun şekilde hareket edebilme yeteneği olarak ifade edilebilir²⁰⁰. Tıbbi müdahaleye rıza göstermenin anlam ve sonuçlarını algılayabilecek zihinsel ve ruhsal olgunluğa erişmiş olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilmelidir²⁰¹. Kanunda ayırt etme gücünün varlığı bakımından herhangi bir derecelendirme yapılmayıp ayırt etme gücünün her bir duruma göre varlığı değerlendirilmiş, ya var olduğu ya da yok olduğu kabul edilmiştir²⁰². Ayırt etme gücünü ortadan kaldıran nedenler TMK m. 13’te sayılmaktadır. Buna göre yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, ayırt etme gücüne sahiptir. Uyuşturucu madde kullanılması sonucu ortaya çıkan sarhoşluğa benzer durumların yanı sıra ateş nöbetleri, hipnotizma, uyur-gezerlik gibi hallerin de maddede ifade edilen benzer sebepler kavramı içerisinde sayılabileceği kabul edilmektedir²⁰³. Yaşlılık tek başına ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir sebep değildir.

Ayırt etme gücüne ilişkin olarak bir diğer durum, ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedilmesidir. HHY m. 24/1’de, yasal temsilcisi olan kişiler ayrıca düzenlenmiş olduğundan, “ifade etme gücü olmayanlar” ifadesi ile bu durumdaki kişilerin tam ehliyetli olmakla beraber geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden kişiler olduğu kabul edilmektedir. Bu hüküm, rıza aranması gereken durumun acil olup olmadığından bağımsız olarak düzenlenmiştir²⁰⁴. Gerçekten de, burada ifade gücü olmayan kişiler ile kastedilen, tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyetine sahip olup müdahale sırasında ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun olan kişilerdir.

¹⁹⁹ Oktay Özdemir, 2010: 1326; Çilingiroğlu, 1993: 54; Kahraman, 2016: 487.

²⁰⁰ Akıntürk vd. 2012: 288; Oğuzman vd. 2012: 52; Dural ve Ögüz: 57.

²⁰¹ Kahraman, 2016: 486; Çilingiroğlu, 1993: 55.

²⁰² Oktay Özdemir, 2016: 225.

²⁰³ Oğuzman vd. 2012: 56.

²⁰⁴ Oktay Özdemir, 2010: 1327.

Ayırt etme gücü, somut olaya göre değişebilen göreceli bir kavramdır. Kişi basit bir davranış hakkında ayırt etme gücüne sahip olarak görülebilir fakat karmaşık bir durumun değerlendirilmesi bakımından kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı söylenebilir²⁰⁵. Bu nedenle, bir kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, o kişi açısından genel olarak değil, kişinin somut davranışına ilişkin olarak ve olaydaki sübjektif şartlar değerlendirilerek belirlenmelidir²⁰⁶. Örneğin 16 yaşındaki bir çocuğun, beyindeki tümörün alınmasına yönelik olarak gerçekleştirilecek ve kendisinin ölümüne yola açabilecek riskli bir müdahaleye rıza göstermesi bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadığı kabul edilmelidir. Öte yandan 13 yaşında bir çocuk sallanan dişinin çekilmesi için diş hekimine rıza beyanında bulunabilme açısından ayırt etme gücüne sahiptir²⁰⁷.

2.6.1. Yeterlik Kavramı

HHY’ de ifade edilen yeterlik, tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti açısından özellikle aranan bir diğer kavramdır. HHY m. 4/f’de;

“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma hali” yeterlik olarak ifade edilmiştir.

Yeterlik kavramı, TMK m. 13’ te yer alan ayırt etme gücü ile yakın ilişki içerisindedir. TMK m. 13 uyarınca, *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.”* Bir başka deyişle ayırt etme gücü, kişinin akla uygun şekilde davranabilme yeteneği anlamına gelir. Tıbbi müdahale gerçekleştirilecek kişinin yeterli sayılabilmesi için ayırt etme gücünün varlığı yanında, önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği sonuçları, makul şekilde anlama ve değerlendirebilme yeteneğine sahip olması gerekir²⁰⁸.

Yeterlik kavramını; kişinin üzerinde gerçekleştirilmesi düşünülen tıbbi müdahaleyi tıbbi ve kişisel sonuçlarıyla birlikte tam olarak algılayıp özgürce seçim yapabilecek olgunluğa erişmiş olabilmesi şeklinde düşünmek mümkündür. Müdahalenin önemi, tehlikeli sonuçlar doğurup doğurmayacağı, doğurabileceği sonuçların geri dönülemez olup olmadığı gibi hususların dikkatli şekilde irdelenmesi gerekmektedir.

²⁰⁵ Oğuzman vd., 2012: 59.

²⁰⁶ Oğuzman vd., 2012: 57; Zevkliler vd., 2000: 226.

²⁰⁷ Özbilen, 2011: 277.

²⁰⁸ Doğramacı, 2017: 186.

Ayırt etme gücü dışında yeterlik kavramının yönetmelikle ayrıca düzenlenmiş olması ayırt etme gücü ile birlikte kişide tıbbi müdahale açısından yeterlik aranması gerektiğinin göstergesidir. Kişinin maruz kalacağı tıbbi müdahalenin karmaşıklığı, müdahalenin sonuçlarının kalıcı olup olmayacağı gibi konulara ilişkin olarak karar verebilecek olgunluğa sahip olup olmadığı her somut müdahale bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

2.6.2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayanlar

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin eyleminin hukuki anlamda sonuç doğurmayacağına ilişkin TMK m. 15' te açıkça yer alan düzenleme²⁰⁹ hukukumuzda genel kural niteliğindedir²¹⁰. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler tam ehliyetsiz olarak ifade edilmektedir. Geçerli bir irade beyanında bulunabilmesi mümkün olmayan kişiden tıbbi müdahaleye rıza göstermesi beklenemez. Bu nedenle tam ehliyetsiz adına yasal temsilcisi rıza beyanında bulunur.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe²¹¹ göre, bazı haklar nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlıdır ve tam ehliyetsizin menfaatinin korunması bakımından yasal temsilci tarafından kullanılabilir. Tam ehliyetsiz kişinin çıkarlarının korunması açısından yaratılan bu istisna nedeniyle, yasal temsilcinin rıza göstermesinin hukuken geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Bir başka görüşe²¹² göre, ayırt etme gücü bulunmayanlar açısından, yasal temsilci tarafından müdahaleye rıza gösterilmesi kişinin temsil edildiği anlamına gelmez. Yasal temsilci tarafından verilen rıza, sadece tıbbi müdahaleyi hukuka uygun duruma getirmektedir. Ancak burada hukuka aykırılığın yasal temsilcinin rızası ile engellenebilmesi için, tıbbi müdahalenin tam ehliyetsiz kişinin üstün nitelikte özel yararına olması gerekir²¹³. Bir diğer görüşe göre ise, yasal temsilcinin müdahaleye rızası ayırt etme gücü olmayan kişinin rızası yerine geçmeyecektir. Burada hukuka uygunluğu sağlayan unsurun varsayılan rıza²¹⁴ olduğu ileri sürülmektedir²¹⁵. Diğer bir görüşe göre ise, ayırt etme gücü olmayan kişinin varsayılan rızasını araştırmak yerine yasal temsilcinin rızasının aranması menfaat dengesi bakımından daha yerinde olacaktır. Ancak kişinin üstün nitelikte özel yararının belirlenmesi mümkün ise bu rıza da aranmayabilir²¹⁶.

²⁰⁹ TMK m. 15': "Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz".

²¹⁰ Çilingiroğlu, 1993: 54.

²¹¹ Akipek vd., 2012: 317; Oğuzman vd., 2012: 82.

²¹² Oktay Özdemir, 2010: 1326.

²¹³ Çilingiroğlu, 1993: 55.

²¹⁴ bk. Bölüm 2. Başlık 8.

²¹⁵ Adıgüzel, 2014: 959.

²¹⁶ Kahraman, 2016: 488.

Tıbbi müdahaleye rıza açısından temel kriter, ayırt etme gücüdür. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler bakımından TŞSTİDK m. 70 “*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir)*” hükmü uygulama alanı bulacaktır. Maddenin açık hükmü gereği, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin maruz kalacağı tıbbi müdahaleye yasal temsilcinin rıza göstermesi gerekir.

Yasal düzenlemelerden anlaşılmaktadır ki tam ehliyetsizin maruz kalacağı tıbbi müdahale, yasal temsilcinin rıza göstermesiyle gerçekleştirilebilecektir²¹⁷. Ancak yasal temsilcinin rıza gösterdiği müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için, müdahale bu kişinin sağlığını tehlikeye atmamalı ve doğrudan onun yararına olmalıdır²¹⁸. Aksi halde yasal temsilcinin rızası müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır.

Kanaatimizce tıbbi müdahalenin tam ehliyetsizin menfaatine olacağı durumda bu kişinin varsayılan rızasını aramak yerine yasal temsilcinin rızasına bakılmalıdır. Yasal temsilcinin rızası müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir. Ancak burada tam ehliyetsiz kişinin menfaati gereği, üstün nitelikte özel yararı belirlenebiliyor ise yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır.

TMK’ da yer alan düzenlemelere paralel olarak, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin tam ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin sınırlı ehliyetsiz olarak nitelendirilmesi ve tıbbi müdahaleye rıza ehliyetlerinin de buna uygun olması gerekir. Ancak ayırt etme gücüne sahip olan küçükler açısından durum doktrin ve uygulamada tartışmalıdır.

2.6.3. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Küçükler

Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün, tek başına rıza beyanında bulunup bulunamayacağı tespit edilirken, tıbbi müdahaleye rızanın kişiye nisbi anlamda sıkı sıkıya bağlı hak olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. TMK m. 16’da yer alan “*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*”. hükmünün değerlendirilmesi gerekir. Nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından bizzat kullanılabilir. Öğretide nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelendirilen haklardan biri de, kişilik

²¹⁷ Badur, 2017: 148.

²¹⁸ Özbilen, 2011: 280.

değerlerinden olan ve vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelen tıbbi müdahaleye rızadır²¹⁹.

Öte yandan, ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasına ilişkin olarak; TŞSTİDK m. 70'te; rıza gösterecek kişi küçük ise velisinin öncelikle muvafakatinin alınacağı, velisi olmadığı veya bulunmadığı, yahut kişinin ifade gücü bulunmadığı takdirde rızanın şart olmadığı düzenlemesi yer almaktadır. TŞSTİDK m. 70 hükmü; “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir).*” şeklindedir.

Rıza ile ilgili olarak bir başka düzenleme HHY m. 24'te bulunmaktadır. Buna göre,

Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. 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. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”

denilmektedir. Maddede küçüğün rızasına ilişkin olarak, “*küçüğün velisinden izin alınır*” denilmekte ve devamında ise “*yasal temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi küçüğün alınacak kararlara katılımı sağlanır*” ifadesi yer almaktadır.

Medeni kanunumuz açısından ise, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, tıbbi müdahaleye yönelik olarak açıklanan rızanın hukuken geçerli olabilmesi için müdahaleye maruz kalacak olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekli ve yeterlidir²²⁰. Doktrinde genel kabul gören görüşe göre nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak kabul edilen tıbbi müdahaleye rızanın, TMK m. 16 uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından bizzat kullanılabilmesi gerekir.

TŞSTİDK, HHY ve TMK 'da belirtilen genel kuralların birbirinden farklı olması ve yorumlanması neticesinde ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün tıbbi müdahaleye rızasına ilişkin olarak öğretide üç farklı görüş ortaya çıkmıştır:

²¹⁹ Şenocak, 2001: 73.

²²⁰ Oktay Özdemir, 2010: 1326; Çilingiroğlu, 1993: 54; Kahraman, 2016: 487.

a. Yasal temsilcinin rızası ile birlikte küçüğün görüşünün alınması gerektiğini savunan görüş;

Birinci görüş, TŞSTİDK m. 70 ve HHY m. 24'te belirtilen, hasta küçük ise velisinin rızasının aranacağı kuralından hareketle tıbbi müdahaleye rıza hususunda yasal temsilcinin rızasını şart koşturmakla birlikte küçüğün görüşünün alınması gerektiğini ileri sürmektedir. HHY m. 24/2'de yer alan; *yasal temsilcinin rızasının gerekli ve yeterli olduğu hallerde dahi anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde küçüğün dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır*" hükmü uyarınca, yasal temsilcinin rızası yanında küçüğün görüşüne başvurulması gerekir. Ancak bu görüşe göre, küçüğün görüşü hekim açısından bağlayıcı değildir, rıza konusunda son kararı verecek olan kişi yasal temsilcidir²²¹.

Bu görüşü kabul eden yazarlara göre, küçüğün görüşüyle yasal temsilcinin iradesinin çatışması durumunda ise, yasal temsilcinin iradesine üstünlük tanınmalıdır. Tıbbi müdahale gibi hak sahibinin kişiliği ile sıkı bağlantı içerisinde olan bir konuda küçüğün edilgen bir bakışla değerlendirilmesi doktrinde eleştirilmiştir²²². Bu görüşün tıbbi müdahalenin vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve özel riskler içerebilen bir girişim olması düşüncesinden hareket etmiş olabileceği kanaatindeyiz.

TMK' da yer alan ve küçüğün kişiye sıkı sıkıya bağlı bazı haklarını (erginlik, evlenme gibi) yasal temsilci onayıyla kullanmasının öngörüldüğü, iradenin tamamen yasal temsilciye bırakılmadığı ve küçüğün rızasının yanında velinin izni ya da icazeti arandığı yönündeki düzenlemeler de bu görüşün bir diğer dayanağını oluşturmaktadır.

b. Yasal temsilcinin rızası yanında küçüğün rızasının da aranması gerektiğini savunan görüş;

İkinci görüş, tıbbi müdahaleye rıza konusunda sadece yasal temsilcinin rızasının değil, küçüğün rızasının da aranması gerektiğini savunmaktadır. Görüşün temelinde kişinin korunması düşüncesi yatmaktadır²²³. Yasal temsilcinin rızasının yanı sıra küçüğün rızasının da aranması, küçüğün ve yasal temsilcinin aynı yönde irade beyan ettikleri varsayımına dayanır²²⁴. Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün rıza gösterdiği tıbbi müdahale, yasal temsilcinin onaylaması halinde gerçekleştirilebilecektir. Yasal temsilci müdahaleyi onaylamayarak engelleme imkanına sahiptir. Ancak bu görüşü ilk görüşten ayıran nokta, küçüğün rızası olmaması halinde, sadece yasal temsilcinin iradesinin tıbbi müdahalenin

²²¹ Badur, 2017: 115; Şenocak, 2001: 74; Oral, 2011: 197.

²²² Şenocak, 2001: 75.

²²³ Şenocak, 2001: 75. Önemli tıbbi müdahaleler açısından aynı görüşte: Çilingiroğlu, 1993: 56; Adıgüzel, 2014: 960.

²²⁴ Badur, 2017: 115.

gerçekleştirilebilmesi için yeterli olmadığıdır. Bu görüş, tıbbi müdahalenin önemini ve kapsamını değerlendirebilecek bilişsel, ruhsal ve ahlaki olgunluğa erişebilmiş küçüğün korunmaya ihtiyacı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²²⁵.

c. Küçüğün rızasının tek başına yeterli olduğunu savunan görüş;

Üçüncü görüşe göre ise, ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün rızası tek başına yeterlidir. Tıbbi müdahaleye rıza konusunda ayırt etme gücüne sahip küçüğün özel bir korunmaya ihtiyacı yoktur. Buradan yola çıkılarak, TMK m. 16'da yer alan ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabileceğine ilişkin düzenlemeye rıza konusunda bir istisna getirilmemesi gerekir²²⁶. Velayet hakkının kapsamı küçüğün tedaviye rıza gösterme hakkını ortadan kaldıracak şekilde geniş yorumlanmamalıdır. TMK m. 339/1-3 uyarınca, küçüğün bakım ve gözetimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları almak ve uygulamakla yükümlü ana baba, aynı zamanda küçüğün olgunluğu ölçüsünde onun fikirlerini önemsemelidir²²⁷. Küçük, anlayabilme ve karar verebilme yeteneğine sahip olduğu ölçüde bizzat rıza beyanında bulunabilir.

Bu görüşe göre, iki durumda istisna getirilebilir. Bunlardan biri, küçüğün tıbbi müdahaleyi ve sonuçlarını anlayabilme ve kavrayabilme yeteneğine sahip olmadığı bir diğer deyişle yeterliliği olmadığı belirlenebiliyorsa ancak o zaman yasal temsilci rızası aranmalıdır²²⁸. Yasal temsilcinin rızasının da alınması gereken bir diğer durum ise önemli tıbbi müdahalelerdir²²⁹.

Yasal temsilcinin, küçük tarafından açıklanmış rızaya katılmaması ihtimalinde ise, gerçekleştirilen müdahalenin hukuka aykırılığı, sadece küçük tarafından açıklanmış rıza ile ortadan kalkacaktır. Yasal temsilcinin açıklamaktan kaçındığı rıza, sadece küçüğe (ya da kısıtlıya) mali külfetler yükleyerek onu borç altına sokabilecek olan tedavi sözleşmesini askıda bırakabilecektir²³⁰. Ayırt etme gücüne sahip küçük tedavi sözleşmesinin tarafı olamayacak, sadece küçüğün yasal temsilcisi sözleşmenin tarafı olacaktır.

Görüşümüz:

Kanaatimizce, ayırt etme gücüne sahip olan küçük tıbbi müdahaleye tek başına rıza gösterebilmelidir. TŞSTİDK ve HHY' de yer alan ve küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin rızanın yasal temsilcinin onayı ile geçerlilik kazanacağına ilişkin hükümler, TMK m. 16/1 hükmüyle uyumsuzdur. Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün kişiye sıkı sıkıya bağlı

²²⁵ Şenocak, 2001: 76.

²²⁶ Şenocak, 2001: 76; Kahraman, 2016: 489; Karakaş, 2015: 118; Özbilen, 2011: 270.

²²⁷ Adıgüzel, 2014: 961.

²²⁸ Sarıal, 1986: 66.

²²⁹ Ayan, 1991: 11

²³⁰ Çilingiroğlu, 1993: 57.

haklarını tek başına kullanabileceğine ilişkin TMK m. 16/1 hükmüne tıbbi müdahaleye rıza yönünden istisna getirilmemesi gerekir. Ancak küçüğün karar anındaki yetenekleri, tecrübesi, eğitimi, olgunluğu, değerlendirme derecesi ve davranış şekline göre tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti somut durum değerlendirilerek belirlenmelidir²³¹.

Nitekim ayırt etme gücüne sahip küçüğün sağlık kurumuna giderek tıbbi müdahale talep etmesi sonucunda gerçekleşen bir olayda, şikâyetçi, 18 yaşından küçük olduğu için yanında velisi olmaksızın ... Ağız ve Diş Sağlığı Merkezinden sağlık hizmeti alamadığı, bu nedenle mağdur olduğu gerekçesiyle 15 yaşını tamamlayan çocukların kendi iradeleriyle sağlık hizmeti alabilme imkanının tanınması gerektiği talebiyle Kamu Denetçiliği Kurumu²³²’na şikâyet başvurusunda bulunmuştur²³³. Başvurunun değerlendirildiği kararda,

“Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi ve Ülkemizin kabul ettiği Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi hükümleri ile bağdaşmamaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi çocukla ilgili her türlü kararlarda çocuğun üstün menfaatinin esas olduğunu öngörmektedir. Diğer yandan Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu ile yukarıdaki uluslararası sözleşme hükümlerine paralel olarak sosyal yaşama ilişkin durumların dikkate alınarak sağlıkta çocuğun yüksek menfaatine uygun kararların tereddüte meydan vermemek için mevzuata dönüştürülmesi gerekmektedir. Yukarıda gerek psikolog görüşünde ifade edildiği ve gerekse şikâyetçi ile Kurumumuz sosyal hizmetler uzmanı aracılığıyla yapılan görüşmede 1999 doğumlu şikâyetçinin kendini ifade etmekte zorlanmadığı, ailesiyle yapılabilecek görüşmede de açık ve özgüveni yüksek bir genç olduğu kanaatine varılmıştır. Bu nedenlerle; şikâyetçinin dış tedavisini yanında kanuni temsilcisi olmadığı için sadece 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda öngörülen kurallara göre yapılamayacağını belirten İdarenin işleminin Hukuk Devletinde uluslararası sözleşmeler, haklı beklentiye uygunluk ve yaşam hakkına aykırı olması sebebiyle şikâyetçinin yanında velisi veya vasisi olmadan dış tedavisi talebinin reddine yönelik idarenin işleminde hukuka ve uluslararası mevzuat hükümlerine uygunluk tespit edilememiştir.

denilmiştir. KDK tarafından şikâyetin kabulüne karar verilerek, “15 yaşını dolduran çocukların yanlarında kanuni temsilcileri olmadan sağlık hizmeti almaya sosyal yaşama ilişkin durumları dikkate alınarak sağlıkta çocuğun yüksek menfaatine uygun kararların mevzuata dönüştürülmesi bakımından Sağlık Bakanlığı’nca ilgili Kurum ve Kuruluşlarına genelge hazırlayıp yollaması konusunda Sağlık Bakanlığı’na tavsiyede bulunulmasına” karar

²³¹ Doğramacı, 2017: 194.

²³² 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, 29.06.2012 tarih ve 28338 sayılı RG.’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun 5. Maddesine göre kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir. (KDK olarak anılacaktır)

²³³ Şikâyet No: 2015/2521 Karar tarihi: 31.12.2015. Kararın tam metni için bk.

<http://www.kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf> erişim tarihi: 21.05.2017

verilmiştir. KDK bu karar ile sosyal yaşamda 15 yaşını dolduran çocuğun yeterli fikri olgunluğa sahip olması halinde tek başına sağlık hizmetinden faydalanabilmesi için gerekli yasal düzenlemenin yapılması gerektiğine dikkat çekmiştir.

Kanaatimizce yapılacak olan düzenlemede yaş kriterinden ziyade ayırt etme gücü kriteri öncelik taşınmalıdır. Nitekim öğretilerde genel kabul gören görüş de genel ve kesin bir yaş sınırının belirlenmesinden ziyade küçüğün karar anındaki olgunluğu, tecrübesi, tutum ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneği gibi özelliklerin belirleyici olması gerektiği şeklindedir²³⁴. Ayırt etme gücüne sahip küçük, sağlığı açısından gerekli olan tedavi sözleşmesini yasal temsilcinin rızası olmadan yapabilmelidir²³⁵. Kanaatimizce de somut olayın şartları, müdahalenin ciddiyeti ve küçüğün yararına olup olmadığı göz önünde bulundurulmak kaydıyla, ayırt etme gücüne sahip küçüğün fikri olgunluğu ölçüsünde tedavi sözleşmesini yasal temsilcinin rızası olmaksızın gerçekleştirebilmesi gerekir.

Küçük ya da kısıtlı olarak nitelendirilse bile, kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin kapsam ve sonuçlarını algılayabilecek düzeyde ayırt etme gücüne sahip olan kişi, müdahaleye yasal temsilcinin rızası olmaksızın tek başına rıza gösterebilmeli, kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hakkını bizzat kullanabilmelidir²³⁶. Bu nedenle tıbbi müdahaleye rızanın geçerliliği bakımından yasal temsilcinin onayı, yalnızca aşağıda açıklayacağımız ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ve kısıtlılar yönünden aranmalıdır.

2.6.4. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Küçükler

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti olmadığı kuralı karşısında, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün tıbbi müdahaleye rıza beyanında bulunamayacağı açıktır. Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe yapılacak olan tıbbi müdahaleye yasal temsilci tarafından rıza gösterileceği konusunda doktrinde bir tartışma yoktur²³⁷.

Yasal temsilcinin rıza konusunda küçüğün yararını gözeterek karar vermesi önem taşımaktadır. Bu bağlamda yasal temsilci, küçüğün üstün yararını göz önünde bulundurarak vermiş olduğu rızayı geri alma veya müdahaleye rıza göstermeme hakkına ve yetkisine de sahiptir²³⁸.

²³⁴ Doğramacı, 2017: 194.

²³⁵ Şenocak, 2001: 70.

²³⁶ Özbilen, 2011: 271.

²³⁷ Şenocak, 2001: 73; Badur, 2017: 111; Dural ve Ögüz, 2013: 106,

²³⁸ Badur, 2017: 112

Ayırt etme gücü olmayan küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye yasal temsilci tarafından rıza gösterilmemesi ve küçüğün ölümüyle sonuçlanan bir olayda, Yargıtay²³⁹ hekimin vekaleti özen yükümü gereği yasal temsilcinin rızası ile bağlı olmaksızın müdahaleyi gerçekleştirebileceğine işaret etmiştir. Yasal temsilcinin rıza gösterme yetkisinin sınırsız olmadığı ve küçüğün üstün yararını gözetmesi gerektiği şüphesizdir. Nitekim hekim küçüğe müdahale etmiş olsa idi, küçüğün üstün yararı ve varsayılan rızası müdahaleyi hukuka uygun hale getirecekti²⁴⁰. Yasal temsilcinin rıza gösterip göstermeme konusundaki tercihi küçüğün zarar görmesine sebep olmamalıdır.

Tartışmalı bir müdahale olan ve ayırt etme gücü olmayan küçüklere uygulanan zorunlu aşının rıza bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda²⁴¹, zorunlu aşların yapılmasına küçüğün ailesi tarafından rıza göstermediği ileri sürülerek ilgili sağlık kurumunca mahkemeye başvurulmuş, küçük hakkında sağlık tedbiri uygulanması talep edilmiştir. Yerel mahkemece küçük hakkında tedbir uygulanmasına karar verilmiştir. Küçüğün yasal temsilcilerinin kararı temyiz etmesi üzerine uyuşmazlık yüksek mahkemeye taşınmıştır. Yargıtay, zorunlu aşının kanunda düzenlenmiş olmasının, küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleye yasal temsilcinin rıza göstermesine ilişkin kuralı ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Olayda Yüksek mahkeme, yasal temsilcinin rızasına üstünlük tanımıştır. Ancak konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur²⁴².

Yine Mersin'de yaşanan bir olayda, yasal temsilciler tarafından yeni doğan küçüğe zorunlu aşı uygulanmasına rıza gösterilmemesi nedeniyle, Aile Danışma Merkezi tarafından çocuk hakkında sağlık tedbiri uygulanması istenmiştir. İstek üzerine Mersin 2. Çocuk Mahkemesince çocuk hakkında sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir. Karara yapılan itirazın mahkemece reddedilmesi sonrasında AYM önüne yasal temsilcilerin bireysel başvurusu yoluyla gelen uyuşmazlıkta mahkeme²⁴³, başvuru haklı bularak zorunlu aşı uygulamasının yasal dayanağı bulunmadığı ve bu uygulama ile AY m. 17'de güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar

²³⁹ Y. 13. HD. E. 1994/8557, K. 1994/2138 T. 04.03.1994. Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 10.11.2017

²⁴⁰ Badur, 2017: 112.

²⁴¹ Y. 2. HD. E. 2013/21336, K. 2014/4508, T. 03.03.2014. Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 13.11.2017

²⁴² Aksi yöndeki kararında yüksek mahkeme, "Yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgu bulunmamıştır. Aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu dosyadaki raporlardan anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur" şeklinde karar vermiştir. Y. 2. HD. E. 2014/22611, K. 2015/9162, T. 04.05.2015. Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 14.11.2017

²⁴³ Başvuru numarası: 2014/4077 erişim tarihi: 29.06.2016.

vermiştir. Rıza şartına istisna getirilebilecek hallerin acil durumlar bağlamında tıbbi zorunluluk halleri ve kanunda belirtilen durumlar ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Karar aynı zamanda gündemde tartışma yaratmıştır²⁴⁴. AYM, bu karar ile zorunlu aşı uygulaması açısından 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu²⁴⁵ m. 89’da yer alan “her çocuğun doğumu takip eden ilk 4 ay zarfında aşılmasının zorunlu olduğuna” ilişkin hükmü kanunda yazılı haller kapsamında değerlendirmemiş ve zorunlu aşının vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.

AYM’ nin bu kararı sonrasında Yargıtay bir kararında²⁴⁶,

“Çocuk Koruma Kanununun²⁴⁷un 5. maddesinin (1.) fıkrasının (d) bendine dayanan benzer uygulamalarda, bireysel başvuru konusu yapılması halinde Yüksek Mahkemece, bundan sonra da hak ihlalinin tespit edileceği ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yolunun açılacağı da olası gözükmetedir. Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türkiye’nin “taraf olduğu eki Protokollerin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının, öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yollarında çözüme kavuşturulması asıldır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ikincil nitelikte bir yoldur. Bu husus, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuruya dair birçok kararında ifade edilmiştir. O halde, yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilecek bu hususun, derece mahkemelerinde yargılaması devam eden davalarda da göz önüne alınması gerekir. Bu bakımdan mahkemece bozma ilamı doğrultusunda karar verilmiş ise de, Anayasa Mahkemesi’nin bu husustaki bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararı karşısında, hak ihlaline yol açmamak için hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”

Şeklinde karar vermiştir. Böylece Yargıtay, zorunlu aşının Anayasaya aykırılığının tespiti sonrasında yeni hak ihlallerinin doğmaması açısından yerel mahkemelerin zorunlu aşının vücut bütünlüğünün ihlali niteliğinde olduğu kuralını esas alması gerektiğini ifade etmiştir.

Aynı olayda, yeni doğan bebeklerde bazı metabolizma hastalıklarının teşhisi için yapılan zorunlu topuk kanı uygulaması da yeni doğan küçük yönünden başvuru konusu olmuştur. Söz konusu olayda AYM tarafından, UHK m. 3/1 ve m. 3/7 de ifade edilen genel nitelikteki düzenlemelerin tek başına zorunlu topuk kanı müdahalesinin kanuni temelini oluşturmadığı ifade edilmiş, ancak 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu²⁴⁸ m. 3/1’te yer alan, “...yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan tıbbi testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirler alınır.” şeklindeki ifadenin sağlık hizmetine yönelik temel bir düzenleme olarak ele alınması gerektiği belirtilmiştir. Zorunlu topuk kanı uygulamasına ilişkin esas ve usullerin düzenlendiği 2006/130 sayılı ve Neonatal

²⁴⁴ <http://www.hurriyet.com.tr/son-karar-zorunlu-asi-yasak-topuk-kani-alinmasi-serbest-40259711> erişim tarihi: 19.05.2017

²⁴⁵ 06.05.1930 tarih ve 1489 sayılı RG. (UHK olarak anılacaktır)

²⁴⁶ Y. 2. HD. E. 2016/6766, K. 2016/9249, T. 05.05.2016. Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 09.11.2017

²⁴⁷ 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı RG.

²⁴⁸ 15.05.1987 tarih ve 19461 sayılı RG.

Tarama Programı konulu Genelge ile 2014/7 sayılı ve Yeni Doğa Tarama Programı konulu Genelge birlikte değerlendirilerek bu uygulama açısından kanunilik şartının sağlandığına karar verilmiştir. Bu durumda zorunlu topuk kanı bakımından yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde mahkemece küçük hakkında sağlık bakım tedbiri uygulanması mümkün olacaktır.

Bir diğer ihtimal; ayırt etme gücü olmayan küçüğün gerçekte yararına olmayan bir müdahaleyi yasal temsilcinin talep etmesi ve müdahaleye rıza göstermesidir. Örneğin yasal temsilcinin, çocuğunu dilendirmek için kolunun kesilmesini istemesi halinde müdahalenin küçüğün yararına olmadığı açıktır. Böyle bir durumda yasal temsilci tarafından küçüğe uygulanması talep edilen girişim hukuka aykırı olacaktır²⁴⁹. Yasal temsilcinin küçüğün hayatını tehlikeye sokabilecek müdahaleye rızası müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır. Bu durumda hekim küçüğün korunmasına ilişkin TMK m. 346 uyarınca hakimın müdahalesini isteyebilecektir²⁵⁰.

2.6.5. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Kısıtlılar

Ayırt etme gücüne sahip kısıtlının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcinin rızasına bağlı olmaksızın kullanabileceği TMK m. 16/1 hükmünde ifade edilmektedir. Kişinin tıbbi müdahaleye rıza göstermesi de kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı kapsamında değerlendirilmektedir.

Vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelen tıbbi müdahaleye rıza konusunda da özellikle küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi ayırt etme gücünü ortadan kaldıran nedenlerle vesayet altına alınmış kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyeti bulunmadığı açıktır. Vesayete ilişkin düzenlemeler, kural olarak kısıtlı kişinin menfaatine ve onun korunması düşüncesine hizmet etmektedir. Küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi ayırt etme gücünü ortadan kaldıran nedenlerle vesayet altına alınmış kimselerin iradesi, gerek kısıtlanma gerekse yasal temsilcinin karar verme aşamasında dikkate alınmaz²⁵¹. Ancak kısıtlının örneğin hastalığın etkisinin geçici olarak azalması nedeniyle tıbbi müdahaleye ilişkin görüş oluşturma ve beyan etme yeteneği olduğu belirlenirse, yasal temsilci bu görüşleri dikkate almak durumundadır. Nitekim TMK m. 450/1’de; vesayet altındaki kişinin görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olması halinde, yasal temsilcinin kısıtlının görüşünü almakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir²⁵². Tıbbi müdahale gibi kısıtlı kişinin yaşamını ve

²⁴⁹ Badur, 2017: 113.

²⁵⁰ TMK m. 346: “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”

²⁵¹ Badur, 2017: 144.

²⁵² Badur, 2017: 145.

vücut bütünlüğünü tehlikeye düşürebilecek nitelikte önemli bir konuda kısıtlının mümkün olduğu kadar görüşüne başvurulması onun menfaati açısından en doğrusu olacaktır.

Öğretide ileri sürülen bir görüş, kısıtlılar bakımından vesayet altına alınma sebebi ile ilgili olarak bir ayrıma gidilerek sadece “küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı” nedeniyle vesayet altına alınmış olan kişiler açısından vasinin rızasının aranması gerektiğini ileri sürmektedir. Diğer sebeplerle (savurganlık, kötü yönetim, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, özgürlüğü bağlayıcı ceza) vesayet altına alınan kişinin tıbbi müdahaleye tek başına rıza gösterebilmesi gerektiği, aksi halde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanım imkanının daraltılmış olacağı savunulmaktadır²⁵³.

Kanaatimizce de savurganlık, kötü yönetim, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı ya da özgürlüğü bağlayıcı ceza gibi sebeplerle fiil ehliyeti sınırlanan kişi, özel yaşamının korunması açısından tıbbi müdahaleye tek başına rıza gösterebilmelidir. Örneğin alkol bağımlılığı sebebiyle kısıtlanmış lösemi hastası bir kadın, vücuduna kan nakledilmesine vasinin onayı olmaksızın tek başına rıza beyanında bulunabilmelidir²⁵⁴. Ancak kısıtlı, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı gibi sebeplerle vesayet altına alınmış ise bu durumda vasinin rızası aranmalıdır. O halde burada önemli olan nokta kişinin kısıtlanma nedenini belirlemektir.

Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılardan bir diğeri; kısıtlanmaları için yeterli nedenler bulunmamakla birlikte, birtakım çıkarlarının korunabilmesi açısından fiil ehliyetlerinin sınırlanması gereken ve kendisine yasal danışman atanan kişilerdir²⁵⁵. Bu kişiler bakımından asıl olan ehliyet, ehliyetsizlik ise istisnadır²⁵⁶. Sınırlı ehliyetliler olarak ifade edilen bu kişilerin TMK m. 429’da belirtilen sınırlı sayıdaki hukuki işlemleri gerçekleştirebilmeleri, ancak yasal danışmanın onayı ile mümkün olmaktadır²⁵⁷. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olan tıbbi müdahaleye rıza ise kanunda belirtilen sınırlı sayıda işlem arasında yer almamaktadır. Zaten kişiye yasal danışman atanmasındaki temel amaç esasen malvarlığı değerlerinin korunmasıdır²⁵⁸. Kendi tıbbi geleceğiyle ilgili kararları vasinin iznine tabi olmadan alabilmesi ayırt etme gücüne sahip kısıtlı kişinin hasta mahremiyeti ve özel yaşamının korunması açısından en doğrusudur. Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlı kişinin iradesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları açısından olduğu gibi tıbbi müdahaleye rıza gösterme açısından da tek başına yeterlidir. Öğretide genel kabul gören görüşe göre de

²⁵³ Adıgüzel, 2014: 960; Kahraman, 2016: 489; Bayraktar, 1972: 136.

²⁵⁴ Özbilen, 2011: 267.

²⁵⁵ Oğuzman vd., 2012: 101; Akipek vd., 2012: 337; Zevkliler vd., 2000: 258; Özbilen, 2011: 264; Badur, 2017: 152.

²⁵⁶ Arpacı, 2000: 40.

²⁵⁷ Dural ve Ögüz 2013: 65; Özbilen, 2011: 265; Badur, 2017: 152.

²⁵⁸ Oğuzman vd., 2012: 101; Özbilen, 2011: 265; Badur, 2017: 152.

ayırt etme gücüne sahip kısıtlının tıbbi müdahaleye rızası vasi iznine tabi olmaksızın geçerlidir²⁵⁹.

2.7. Rızanın Açıklanma Zamanı

Rızanın açıklanma zamanı, tıbbi müdahalenin geçerliliği açısından önem taşır. Hukuken geçerli bir rızadan söz edilebilmesi için gereken koşul, rızanın tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada açıklanmış olmasıdır²⁶⁰.

Rızanın açıklanma zamanı, müdahalenin ortaya çıkarabileceği sonuçlar bakımından önemlidir. Nitekim, rızanın sonradan açıklandığı ihtimalde, artık bir rızadan değil, olsa olsa bir icazetten söz edilebilir. Bu durumda hukuka aykırılığı engelleyebilecek bir rıza söz konusu olmayacağından, verilen icazet ancak hukuka aykırı müdahaleden doğabilecek tazminat talebinden vazgeçilmesi anlamına gelebilecektir²⁶¹.

Rızanın açıklanması ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek bir diğer ihtimal, kişinin tıbbi müdahaleyi reddetmesi veya durdurmasıdır²⁶². HHY m. 25'te;

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 düzenleme ile doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu kişiye yüklenerek müdahaleyi reddetme veya durdurma imkanı tanınmaktadır.

2.8. Rızanın Şekli

Geçerli ve hukuka uygun nitelikte bir tıbbi müdahaleye rızadan söz edilebilmesi için rızaya yönelik iradenin ortaya konulması gerekir²⁶³. Sözleşmelerin kurulmasına ilişkin olarak TBK' da düzenlenen irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceğine ilişkin temel kural, genel prensip olarak kabul edilmektedir. Kural olarak hukukumuzda rızanın açıklanması ile ilgili belirli bir şekil zorunluluğu bulunmamaktadır.

Borçlar kanunu sistematığıne uygun olarak, tıbbi müdahaleye rızaya ilişkin temel kural şekil serbestisidir. HHY m. 28/1, rızanın şekline ilişkin “*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.*” hükmü ile genel kurala uygun bir

²⁵⁹ Çakmut, 2003: 207; Özbilen, 2011: 270,

²⁶⁰ Çilingiroğlu, 1993: 53; Tekinay vd., 1993: 490; Bayraktar, 1972: 142.

²⁶¹ Çilingiroğlu, 1993: 53.

²⁶² bk. Bölüm 3 Başlık 3.5.

²⁶³ Badur, 2017: 61.

düzenleme getirmiştir. Rıza genel olarak herhangi bir şekil ya da geçerlilik şartına bağlı değildir²⁶⁴. Dolayısıyla tıbbi müdahaleye rıza, açık ya da örtülü; yazılı ya da sözlü olabilir²⁶⁵.

Tıbbi müdahaleye rıza açık bir irade beyanıyla verilebileceği gibi, örtülü biçimde (zımni) olarak da verilebilir. Ancak kişinin davranışlarından açık bir şekilde anlaşılabildiği takdirde kişinin tıbbi müdahaleye örtülü rıza verdiği sonucu çıkarılabilir. Kişinin müdahaleye sessiz kalması veya karşı çıkmaması örtülü rıza olarak kabul edilmemelidir²⁶⁶. Kişinin susması müdahaleyi kabul ettiği anlamına gelmemektedir. Sessiz kalması nedeniyle kişinin esasında istemediği bir müdahaleye maruz kalması kişilik hakkının ihlali niteliğinde olacaktır.

Mevzuatımızda öngörülen istisnalar dışında, rızaya ilişkin herhangi bir şekil zorunluluğu öngörülmemiş olmakla birlikte, ispat kolaylığı açısından rızanın yazılı olarak alınması yerinde olacaktır. Nitekim uygulamada “rıza formu” ya da “aydınlatılmış onam formu” şeklinde nitelendirilen formlar, “Rıza formu” başlığı altında HHY m. 26’da düzenlenmektedir. Buna göre;

“Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir” denilmektedir.

Tıbbi müdahaleye rıza bakımından genel kural şekil serbestisi olmakla birlikte, bazı tıbbi müdahale türleri açısından rızanın şekle uygun olarak alınması geçerlilik unsurudur²⁶⁷. Örneğin büyük cerrahi müdahaleler öncesinde rızanın yazılı olarak alınması gerekir. TŞSTİDK m. 70 ‘de yer alan “Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.” hükmü, bu açıdan şekil zorunluluğunun aranmadığı HHY m. 28’e istisna oluşturmaktadır. Basit tıbbi müdahaleler açısından ise kişinin hekime başvurması örtülü olarak rıza beyanında bulunduğu anlamına gelir²⁶⁸.

Tıbbi müdahaleye rızanın yazılı şekle bağlandığı hallerde, şekil şartına uyulmaksızın gösterilen rıza müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. (TBK m. 12/2) Kanunda belirtilen şekil şartına uyulmaksızın açıklanan irade beyanı hukuken geçersizdir.

²⁶⁴ Sert ve Cihan, 2013: 58.

²⁶⁵ Sarıal, 1986: 65.

²⁶⁶ Badur, 2017: 61.

²⁶⁷ Badur, 2017: 58.

²⁶⁸ Çilingiroğlu, 1993: 72.

Rıza açısından yazılılık şartının arandığı bir diğer örnek insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklidir. TMK m. 23/3'e göre, *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.”* denilmektedir.

Tıbbi müdahaleye rızaya ilişkin şekil ve ehliyet kuralları, rızanın kim tarafından hangi şartlara uygun olarak gösterilmesi gerektiği bazı özel nitelikteki müdahaleler açısından değişiklik göstermektedir. Tıbbi müdahaleye rızanın özellik gösterdiği haller başlığı altında, özel nitelikteki bazı tıbbi müdahalelere ilişkin olarak rıza ayrı ayrı ele alınacaktır.

2.9. Rızanın Özellik Gösterdiği Haller

2.9.1. Doku ve Organ Nakilleri

Organ ve doku nakillerinde temel prensip organ ve dokunun ilke olarak ölüden alınmasıdır. Ancak Türkiye’de organ nakillerinin büyük bir bölümünün canlı vericiden alındığı bilinmektedir²⁶⁹. Vericinin rızasının hangi şartlarda alınması gerektiği müdahalenin niteliği gereği önem taşımaktadır. Canlı vericiden yapılacak organ nakillerinde gerekli olan en önemli şart vericinin rızasıdır.

Organ veya dokunun vericiden alınmasından sonra alıcıya nakli sırasında alıcının ayrı bir tıbbi müdahaleye maruz kalacağı açıktır. Ancak tıbbi müdahaleye rıza açısından özellik taşıyan durum, canlı vericinin kendisinden organ veya doku alınmasına ilişkin vereceği rızadır. Alıcıya yapılacak olan nakil açısından rızanın alınmasına ilişkin usul ve esasların TŞSTİDK çerçevesinde genel rıza kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Alıcı açısından alınacak rızada önem taşıyan husus kişinin maruz kalacağı tıbbi müdahalenin önemini ve sonuçlarını anlayabilecek zihinsel olgunluğa sahip olmasıdır²⁷⁰. Alıcının tıbbi müdahaleye rızaya ilişkin genel ehliyet kurallarına uygun olarak rıza ehliyetine sahip olması gerekir. Alıcının tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olması halinde ise yasal temsilcilerinin rızası ile organ nakli alıcısı olabileceği kabul edilmektedir. Konuya ilişkin kanunda bu kişilerin alıcı olmasını açıkça yasaklayan bir hüküm yoktur. Üstün tutulan değer insan sağlığı olması nedeniyle tıbbi zorunluluk hali göz önünde bulundurularak kanunda açık bir düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır²⁷¹.

2.9.1.1. Ehliyet

Organ nakli vericisi ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmalı, bir başka deyişle tam ehliyetli olmalıdır. Bu kural ODNK m. 5’te; *“Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz*

²⁶⁹ Abik, 2014: 96 aktaran: Badur, 2017: 322.

²⁷⁰ Sert ve Cihan, 2013: 60.

²⁷¹ Sert ve Cihan, 2013: 76.

olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Organ ve doku nakillerinin özelliği gereği kanunkoyucu genel tıbbi müdahaleye rıza ehliyetinden farklı olarak ayırt etme gücünün yanında ergin olmayı aramıştır. Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetlilerin nakil vericisi olabilmesi mümkündür. Tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler ise nakil vericisi olamazlar.

Madde metninde açıkça 18 yaş şartı aranmıştır. Bu nedenle küçükler nakil vericisi olamazlar. Velayet hakkına sahip olan anne babanın, organ naklinin gerçekleştirilmesi konusunda çocuğa baskı uygulayabilme ihtimali 18 yaş şartı aranmasının bir gerekçesi olarak düşünülebilir. Örneğin kardeşler arasındaki doku uyumunun çok yüksek olması nedeniyle, 18 yaşın altındaki bir çocuk ailesi tarafından kardeşine organ vermesi için zorlanabilir. Yaş sınırını sağlamadığı gerekçesiyle kardeşine nakledilmesi için organının alınmasına rıza gösteremeyen ayırt etme gücüne sahip çocuk hayatı boyunca üzüntü duyacaktır²⁷². Gerçekten de böyle bir durumda 18 yaşından küçük kişinin yaşayabileceği psikolojik durum iradesini etkileyebilecek ve kişi aslında istemediği bir müdahaleye zorlanabilecektir.

18 yaşından büyük ve ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlılar bakımından ise ODNK’ da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde genel kabul gören görüşe göre organ nakli vericisi olabilmek kişiye sıkı sıkıya bağlı haktır²⁷³. Ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlının tıbbi müdahaleye rıza gösterebildiği tartışmasızdır. Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip kısıtlı kendisinden organ alınmasına da rıza gösterebilmelidir²⁷⁴. Bununla birlikte öğretide hakim olan görüşe göre, organ nakli vericisi olmanın sonuçları dikkate alındığında, bu kişilerin rızası yanında yasal temsilcilerinin onayı aranmasının yerinde olacağı da savunulmaktadır²⁷⁵. Kanaatimizce tıbbi müdahaleye rıza gösterebilen kısıtlı, müdahalenin önem ve sonuçlarını algılayabildiği ölçüde ve kendisi için hayati tehlike yaratmayacak olması şartıyla kendisinden organ alınmasına ilişkin müdahaleye de rıza gösterebilmelidir.

2.9.1.2. Organ Nakline İlişkin Rızanın Alınma Usulü ve Şekli

2.9.1.2.1. Yaşayan Vericiden Organ Nakli

Yaşayan vericiden organ nakline ilişkin rızanın alınma usulü ve şekli, müdahalenin ciddiyeti ve tehlikesi göz önüne alındığında son derece önemlidir. HHY m. 28’e göre, mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında rıza herhangi bir şekil ya da geçerlilik şartına bağlı değildir²⁷⁶. Rızanın şekline ilişkin açıklamalarımızda daha önce de ifade etmiş olduğumuz

²⁷² Özbilen, 2011: 272.

²⁷³ Ayan, 1991: 19; Dural ve Ögüz, 2013: 114; Helvacı, 2012: 110.

²⁷⁴ Badur, 2017: 329.

²⁷⁵ Ayan, 1993: 19; Dural ve Ögüz, 2013: 114; Oğuzman vd., 2012: 148; Helvacı, 2012: 110 (Kişiler).

²⁷⁶ Sert ve Cihan, 2013: 58.

gibi rızaya ilişkin genel kural budur. Rızanın şekline ilişkin olarak TŞSTİDK m. 70 hükmünde ise, “*büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır*” denilmekte ve büyük ameliyatlarda yazılı rıza şartı aranmaktadır. Organ naklinin büyük bir cerrahi müdahale olduğu ve önemli sonuçlara yol açtığı tartışmasızdır.

Şekil şartına ilişkin bir başka düzenleme olan HHY m. 34 hükmünde ise; “*Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir. Tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir.*” ifadesiyle tıbbi araştırma amaçlı işlemler için rızanın yazılı olarak alınması gerektiği belirtilmektedir.

Şekil şartının düzenlendiği bir diğer hüküm olan TMK m. 23/3’e göre ise, “*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.*” denilmektedir. Madde gereği alıcı ve verici bakımından yazılı rıza şartı konusunda ayırım yapılmamıştır. Kaldı ki müdahalenin niteliği göz önüne alındığında alıcı zaten büyük bir cerrahi müdahale geçireceğinden, TŞSTİDK m. 70 gereği yazılı rızası aranacaktır²⁷⁷. Bu durumda önem kazanan ve incelenmesi gereken asıl konu vericinin rızasıdır.

ODNK m. 6’ya göre; “*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 verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.*” ODNK, organ ve doku nakli bakımından özel bir düzenleme öngördüğünden, vericinin rızası bu kanuna uygun olarak alınmalıdır. TMK m. 23/2 hükmünde belirtilen sadece yazılı şekil şartı, bu madde ile daha ağır şekil şartına bağlanmıştır²⁷⁸. Verici ve alıcının rızasına ilişkin yazılı şekil geçerlilik şartıdır. Burada vericinin sözlü beyanının tutanağa geçirilmesi ve verici tarafından imzalanmasından söz edilmiş olmakla birlikte, bu irade açıklaması da yazılı nitelik taşıyacaktır²⁷⁹. Ayrıca maddede rızanın “önceden” verilmesi gerektiği ayrıca belirtilmiştir.

HHY m. 29’da, organ ve doku alınmasında gerekli şartları taşıyanlardan organ ve doku alınmasının ODNK m. 6’da öngörülen yazılı şekil şartına tabi olacağı açıkça ifade edilmiştir. Madde hükmüne göre;

“*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*

²⁷⁷ Badur, 2017: 319- 320.

²⁷⁸ Sert ve Cihan, 2013: 58.

²⁷⁹ Badur, 2017: 336.

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.” denilmektedir.

Vericinin rızası mutlaka açık olmalıdır. Kişi, kendisinden organ veya doku alınmasına rıza gösterdiğini hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde net olarak ortaya koymalıdır. Herhangi bir belirleme yapmaksızın kendisinden organ veya doku alınmasına ilişkin genel rıza beyanı geçerli değildir²⁸⁰. Verici, organ naklinde doğrudan kendi yararına olmayan, alıcının tedavisine yönelik bir müdahaleye rıza gösterdiğinden, söz konusu rıza zımni olarak verilemez²⁸¹.

Vericinin nakile ilişkin rızası serbest iradeye dayanmalıdır. Kişinin her türlü etkiden uzak bir şekilde organ nakline rıza göstermesi gerekir. Bunun için vericinin organ naklinden önce kapsamlı olarak aydınlatılmış olması şarttır²⁸². Aydınlatma yükümlülüğü kural olarak organ ve dokuyu alacak olan hekime aittir.

Vericinin evli olması halinde ise rızasının geçerliliği eşinin de rıza göstermesi şartına bağlı değildir. Hekimin sadece vericinin organ ve doku nakli kararından birlikte yaşadığı eşinin haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve ispat kolaylığı açısından öğrendiğini tutanakla tespit etmek yükümlülüğü vardır (ODNK m. 7/d). Vericinin eşinin durumdan bilgi sahibi olması yeterli görülmüştür. Eşler hakkında ayrılık kararı verilmesi, boşanma ya da ayrılık davası açılması halinde eşlerin ayrı yaşama hakkı bulunmaktadır. Eşler ayrı yaşıyorlarsa hekimin eşe bilgi verme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır²⁸³.

Rıza bağlamında, organ nakli için verilmiş olan rızanın geri alınmasına ilişkin şartlar üzerinde durulması gerekir. Vericiden alınan rıza, organ ve doku nakli gerçekleşinceye kadar her zaman geri alınabilecektir²⁸⁴. Rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olmasının bir sonucu olarak rıza ancak verici tarafından geri alınabilecektir. Verici, ölümünden önce organ nakline rıza göstermişse, ölümünden sonra verici adına rızayı geri alabilecek kimse yoktur. Rızanın geri alınması konusunda ölü vericinin yakınlarının organ nakline vermiş olduğu rızayı geri almak istemesi ortaya çıkabilecek ihtimallerden bir diğeridir. Vericinin ölümünden sonra organ nakline rıza gösterilmiş ise rıza ODNK m. 14²⁸⁵,te verilen sıralamaya uygun olarak geri alınmalıdır. Bir başka deyişle vericinin organlarının alınmasına rıza gösteren eşi ise rızayı yine eşi geri almalıdır. Rıza ergin çocuklarının oybirliğiyle verildiyse aynı şekilde onların

²⁸⁰ Badur, 2017: 333.

²⁸¹ Erman, 1988: 217.

²⁸² Özsunay, 1977: 114.

²⁸³ Badur, 2017: 335.

²⁸⁴ Sert ve Cihan, 2013: 59.

²⁸⁵ ODNK m. 14: “Ölmüş kimsenin ölüm anında yanında bulunan sırasıyla eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.”

rızasıyla geri alınabilecektir. Burada akla gelebilecek olan noktalardan biri, eş tarafından rıza verilmiş ise reşit çocukların rızayı geri alıp alamayacağıdır. Burada vericinin eşi, kanunda reşit çocuklara göre öncelikli olduğu için eşin vermiş olduğu rızayı kimse geri alamayacaktır. İkinci bir soru ise organ nakli yapılacağı zaman eşin vericinin yanında olmaması sebebiyle nakile çocuklar rıza göstermiş ise nakil gerçekleşmeden eşin rızayı geri almak istemesi halinde ne yapılacağıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre bu durumda kanundaki sıralamada eş daha öncelikli olduğundan çocukların verdiği rıza vericinin eşi tarafından geri alınabilir²⁸⁶.

Müdahaleye rıza göstermiş olan kişinin bu rızayı her zaman geri alabilmesi, kişilik haklarından vazgeçilemeyeceği ilkesinin bir sonucudur. Verici organ nakline rıza göstermiş olduğu için bu anlamda ifaya zorlanamaz²⁸⁷. Vericinin rızasını geri alması durumunda ona karşı yapılacak müdahale kişilik hakkının ihlali niteliğindedir²⁸⁸. Gerçekten de organ nakli gibi son derece karmaşık ve tehlikeli bir müdahaleye rıza göstermeden önce verici tarafından ciddi şekilde düşünülmüş olmalıdır. Kişi rızasını her zaman geri alabileceğini bilmeli ve hiçbir şekilde nakil vericisi olmaya zorlanmamalıdır. Aksi halde kişilik hakkının ağır derecede ihlali söz konusu olacaktır.

Rızanın geçerli olması için gerçekleştirilecek organ ya da doku nakli zorunlu olmalıdır. Alıcı açısından başka türlü tedavi olma imkanı bulunmamalıdır. Başka tedavi imkanlarının kullanılması olanaklı ise organ nakli için verilen rıza geçerli olmayacaktır²⁸⁹. Organ nakli gibi hem alıcı hem de vericinin sağlığını tehlikeye düşürebilecek zor bir müdahale en son düşünülmesi gereken tedavi yöntemi olmalıdır.

AY m. 17'ye göre; *tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” denilmektedir. Kişinin rızası olmaksızın vücut bütünlüğüne dokunulamayacağına ilişkin temel hüküm organ nakli vericisi olan kişinin haklarını da anayasal anlamda korumaktadır. Yine TMK m. 23'te, *“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.”* ifadesi ile organ nakli vericisinin edimini zorla yerine getirmesinin istenemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu hüküm ile kişiyi sadece kendi zaaflarına, kendi düşüncesizliklerine karşı

²⁸⁶ Sert ve Cihan, 2013: 60.

²⁸⁷ Sarıal, 1986: 18.

²⁸⁸ Zevkliler, 1988: 25.

²⁸⁹ Sert ve Cihan, 2013: 61.

değil, aynı zamanda kendisini boyunduruk altına alabilecek güçteki kişilere karşı da korumak amaçlanmıştır²⁹⁰. Kişinin organını vermeyi taahhüt etmiş olması onun zorla bu taahhüdü yerine getirmesi gerektiği anlamını taşımamaktadır. Nitekim bu amaçla hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği, 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 saldırının hukuka aykırı olduğu TMK m. 24'te belirtilmektedir. Kişi organ nakline rıza göstermiş olsa dahi verici organ nakline yönelik edimini yerine getirmesi için zorlanamaz.

2.9.1.2.2. Ölü Vericiden Organ Nakli

Ölü vericiden organ nakli ile ilgili olarak, ölenin yakınlarının rızasının gerekli olup olmadığı önemlidir. ODNK m. 14 uyarınca, kişi sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetname ile belirtmiş ya da bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış ise, ölü vericinin yakınlarının rızasına gerek yoktur. Mirasçılar, ölü vericinin arzusuna uygun davranmak zorundadır²⁹¹.

Ancak ölü verici hayattayken bu konuda herhangi bir irade açıklamasında bulunmamış ise yakınlarının rızası önem kazanır. ODNK m. 14 gereğince, *“Ölmüş kimsenin ölüm anında yanında bulunan sırasıyla eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.* Madde hükmü gereği burada rıza kanunda belirtilen sırayla alınacaktır. Eş var ise öncelik eşe aittir. Eş orada bulunuyorsa reşit çocukların, reşit çocuklar bulunuyorsa ana ve babanın vereceği rıza geçersizdir²⁹².

ODNK m. 14/2'ye göre; ölü verici aksine bir vasiyet ya da beyanda bulunmamışsa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular ölünün yakınlarının rızası aranmaksızın alınabilir.

ODNK m. 14/3'e göre; ölü verici, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse ölüden organ ve doku alınmaz.

Son yıllarda bazı ülkelerde yapılan yasal düzenlemelerle kişinin sağlığında kendisinden organ ve doku alınmasına karşı olduğuna ilişkin herhangi bir bildirimde bulunmamış olması halinde, ölüden organ ve doku alınabileceğine ilişkin yasal düzenlemeler

²⁹⁰ Sarıal, 1986: 18

²⁹¹ Sert ve Cihan, 2013: 18.

²⁹² Sert ve Cihan, 2013: 59.

hayata geçirilmiştir²⁹³. ODNK m. 14 uyarınca ölü vericinin vasiyeti veya yakınlarının rızası arandığından bu şekilde bir uygulama hukukumuz açısından mümkün değildir.

Mevzuatımızda ölü vericiden yapılacak organ naklinde rıza aranmayacak durum kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Kaza veya doğal afet sonucunda ölüm olayının gerçekleşmesi halinde nasıl bir yol izleneceği ODNK’ da bir ayrıma gidilerek ifade edilmiştir. ODNK m. 14/4’e göre;

“Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi 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 tıbbi 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.”

Kaza veya doğal afet sonucu vücudun ağır zarar görmesi halinde, maddede belirtilen şartlar gerçekleşmişse vasiyet veya yakınlarının rızası aranmayacaktır. Ölüm olayının, kaza veya doğal afet sonucu vücudun ağır zarar görmesi dışında bir sebeple gerçekleşmesi halinde, vericinin vasiyeti, beyanı ya da yakınlarının rızası yine aranacaktır. Bir görüşe²⁹⁴ göre, kaza ya da doğal afet sonucu vücudun ağır hasar görmesi durumunda vericinin beyanı, vasiyeti ya da yakınlarının rızasının aranmaması mirasçılarının kişilik hakkına aykırı olabilecektir. Sırf ölümün kaza ya da doğal afet sebebiyle gerçekleşmesinden dolayı ölenin yakınlarına karşı aynı hassasiyetin gösterilmemesi gerekçesiz ve düşündürücüdür. Kanaatimizce de, ölümün gerçekleşme şekline göre bu şekilde bir ayırım yapılmış olması kabul edilebilir bir gerekçeye dayanmamaktadır.

Organ ve doku nakillerinde rızanın geçerliliğini etkileyen en önemli nokta, kişilerin organ naklinin yaratabileceği tehlikeler ile müdahalenin psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında aydınlatılmış olmasıdır²⁹⁵. HHY m. 18’ uyarınca *“Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.”* denilmektedir. Aydınlatmanın eksik olması halinde nakile gösterilen rıza hukuken geçerli olmayacaktır²⁹⁶.

²⁹³ Fransa’da Ocak 2017’de getirilen yasal düzenleme ile, kişinin sağlığında öldükten sonra organlarının başka birisine nakledilmesini reddettiğine ilişkin bildirimde bulunmaması durumunda, tüm organlarını bağışlamış sayılacaktır. Fransa’da organ bağışı kararı, haberin tam metni için bk: http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/saglik/654834/Fransa_da_organ_bagisi_karari_Aksini_belirtmeyenlerin_tum_organlari_bagislanacak.html, erişim tarihi: 03.01.2017

²⁹⁴ Sert ve Cihan, 2013: 22.

²⁹⁵ Sert ve Cihan, 2013: 61.

²⁹⁶ Sert ve Cihan, 2013: 61.

2.9.2. Gebeliğin Sona Erdirilmesi

Gebeliğin sona erdirilmesinde rıza, NPHK m. 6'da "*Gebeliğin sona erdirilmesinde izin*" başlığı altında düzenlenmiştir. NPHK m. 6'ya göre, "*Kanunun 5. Maddesinde 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.*" Gebeliğin sona erdirilebilmesi için öncelikle gebe kadın tarafından müdahaleye rıza gösterilmesi zorunludur.

Reşit olmayan gebe kadın velayet altında ise, ayrıca velisinin de rahim tahliyesine ilişkin onayı alınmalıdır. Burada küçüğün iradesiyle veli veya vasinin iradesinin birbirinden farklı olması durumunda nasıl bir yol izleneceği önemli bir sorundur. Olasılıklardan ilki, küçüğün rahim tahliyesine rıza göstermemesidir. Bu durumda rahim tahliyesi, sadece yasal temsilcinin izniyle gerçekleştirilemez²⁹⁷. İkinci olasılık ise küçüğün rıza gösterdiği rahim tahliyesini veli veya vasinin onaylamamasıdır. Haklı bir neden olmaksızın veli veya vasi tarafından müdahaleye onay verilmemesi halinde TMK m. 346 vd. gereği hakim müdahalesi yoluna gidilmesi mümkündür²⁹⁸.

Ayırt etme gücüne sahip fakat reşit olmayan kadın vesayet altında ise, kısıtlı kadının rızasının yanı sıra vasinin rızası, ayrıca sulh hakimliğinin de izni aranacaktır. (NPHK m. 6/1).

Vesayet altındaki kadının akıl hastası olması durumunda kendi rızası aranmaz. (NPHK m. 6/1) Ayırt etme gücüne sahip olmayan gebe kadının gebeliği rızası alınmaksızın sonlandırılacaktır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kadının gebeliğine son verilebilmesi için vasinin rızası yanında sulh hakimliğinin de izni aranır.

NPHK m. 6/3 gereğince, veli veya sulh hukuk mahkemesinden izin alınmasının zaman gerektirdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde gebe kadının hayatını veya hayati organlarından birisini tehdit eden acil hallerde, veli veya mahkemeden izin alınması şart değildir. Ancak bu durumda da genel rıza kuralları çerçevesinde gebe kadının rızasının alınması doğru olacaktır²⁹⁹.

NPHK m. 6/2'de yer alan düzenlemeye göre, kadının evli olması durumunda gebeliğin sona erdirilebilmesi için eşinin de rızası istenecektir. Benzer bir düzenleme ile, HHY m. 30/3'te *Sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi hallerinde, hastanın rızası ile evli eşin de rızası gereklidir*" denilmektedir. Eşin rızasının alınmaması halinde uygulanacak olan yaptırım konusunda yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce rızası alınmayan eş, TMK

²⁹⁷ Şenocak, 2001: 79-80 dn.72; Badur, 2017: 218.

²⁹⁸ HHY m. 24/4: "*Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.*"

²⁹⁹ Badur, 2017: 216.

m.195/1’de yer alan; *“Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.”* hükmü uyarınca hakimin müdahalesini isteyebilir. Rızası alınmaksızın eşine rahim tahliyesi müdahalesi gerçekleştirilen kişi uğramış olduğu manevi zararın tazminini müdahalede bulunan kişiden talep edebilecektir³⁰⁰. Rızası alınmayan eşin, gebeliğe son verilmesi nedeniyle yoksun kalmış olduğu kar ya da destekten yoksun kalma tazminatı olarak zararının giderilmesini isteyebilmesi mümkün olabilir. Ayrıca kanaatimizce eşinin rızasına başvurmaksızın rahim tahliyesine rıza gösteren kadının davranışı, boşanma sebebi teşkil edebilecektir.

Rahim tahliyesine rıza gösterecek kişilerden, rızaya ilişkin izin belgesi alınması gerekir³⁰¹ (RTSHYDİT m. 13). İzin belgesi, maddede sözü edilen kişilere, rahim tahliyesi için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bu kişilerin rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılmaktadır. Belgeyi getiren kişinin, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğini gösteren belgeyi de imzalaması gerekir (RTSHYDİT m. 15).

NPHK m. 5/2’de gebeliğin sona erdirilmesinde tıbbi zorunluluk hallerine özgü şartlar düzenlenmektedir. Buna göre, *“Gebelik süresinin on haftayı geçmesi durumunda annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği ya da doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır sakatlığa yol açacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.”* denilmektedir. Gebeliğin on haftayı geçmesi halinde ancak maddede belirtilen şartların bulunması halinde gebelik sona erdirilebilir.

Konuya anne karnındaki çocuğun rızası açısından bakıldığında, cenin tam ve sağ doğmak kaydıyla hak ehliyetine sahip olmakla birlikte annenin bir parçası sayılır. Burada tam ve sağ doğum şartının geciktirici şart veya bozucu şart olması haline göre doktrinde farklı fikirler ileri sürülmüştür. Bozucu şart olduğunu kabul eden görüş, çocuğun anne karnına düştüğü anda hak ehliyetine sahip olacağı, bu durumda gebeliğin sona erdirilmesi için çocuğun rızasının yerine geçmek üzere bir kayyım atanması ve kayyımın rızasının aranması gerektiğini savunmaktadır. Ancak gebe kadına on haftaya kadar gebeliğe son verme şansı tanınması karşısında, mevzuatta tam ve sağ doğumun geciktirici şart olarak düzenlendiği sonucuna varılmaktadır. Kanunkoyucu kayyım tayinini sadece miras hukuku açısından menfaat çatışması bulunması halinde uygun görmektedir. Bu bağlamda madde hükmünde belirtilen anne karnındaki çocuğun bazı hastalıkları olması nedeniyle tıbbi müdahalede

³⁰⁰ Badur, 2017: 220.

³⁰¹ İzin belgesinin şekli ve esasları, RTSHYDİT’ nin 2762. sayfasında belirtilmiştir.

bulunulması zorunlu ise, sadece gebe kadının rızasının alınması yeterlidir. NPHK m. 6/2’de, *“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.”* denilmektedir. Madde hükmünde bahsedilen NPHK m. 5/1, on haftaya kadar olan gebeliklerde rahim tahliyesine ilişkindir. Bu durumda on haftayı geçen gebeliklerde meydana gelen zorunluluk hali gereği gebeliğin sonlandırılması bakımından sadece gebe kadının rızasının yeterli olacağı sonucuna ulaşabilmektedir. Anne karnındaki çocuğa annenin rızasıyla tıbbi müdahale gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.

Gebeliğin sona erdirilmesi işlemine ilişkin rızanın geçerliliği için ilgili kişilerin müdahalenin sebebi, önemi, sonuçları, müdahale neticesinde meydana gelebilecek tehlikeler hakkında kapsamlı şekilde aydınlatılmaları gereklidir³⁰².

2.9.3. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları

Üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE), tıbbi müdahaleye rızanın özellik taşıdığı durumlardan biridir. Hukukumuzda yer alan düzenleme gereği yapay döllenme yöntemlerinden sadece evli çiftler faydalanabilmektedir.

Ayırt etme gücünden yoksun ve dolayısıyla müdahaleye rıza gösterme yeteneği bulunmayan kişilerden üreme hücresi alınması mümkün değildir³⁰³. Tedaviden yararlanacak olan evli çiftler açısından kadın ve erkeğin her ikisinin de müdahaleye rıza göstermesi gereklidir. Müdahale sadece kadının vücut bütünlüğüne müdahale niteliği taşımakla birlikte, diğer eşin de üreme hücresi kullanılacağı için eşlerin rızası birlikte aranmaktadır³⁰⁴.

Homolog döllenme, evlilik birliği içerisinde yapılan döllenme olarak ifade edilmektedir. Rızanın TMK m. 23 gereği yazılı olarak alınması gerekir. Nitekim kanuna uygun olarak ÜYTE m. 19/2’ye göre, eşlerin yönetmelik ekinde yer alan muvafakat formunu doldurarak birlikte işlem yaptırmaları gerektiği ifade edilmiştir. Eşlerin her ikisinin de rıza formunu imzalaması gerekmektedir.

Embriyon aktarmalarında ise, embriyon aktarması öncesinde hekim eşlerden her ikisini de konuya ilişkin aydınlatmak ve ayrı ayrı rızalarını almak zorundadır. Eşlerden birinin rızası alınmaksızın yapılan embriyon aktarması hukuka aykırı nitelikte olacaktır³⁰⁵.

Embriyon aktarması için yapılan denemelerden her birinde eşlerden alınan rızanın yenilenmesi gerekip gerekmediğine ilişkin olarak kanunda açık bir düzenleme

³⁰² Ayan, 1991: 29.

³⁰³ Badur, 2017: 203.

³⁰⁴ Badur, 2017: 201.

³⁰⁵ Cihan, 1971: 62-63 aktaran: Ayan, 1991: 42.

bulunmamaktadır. Rızanın geri alınmasının herhangi bir şekle bağlı olmadığı düşünüldüğünde eşlerin rızalarının her seferinde yenilenmesi ispat bakımından yerinde olacaktır³⁰⁶.

2.9.4. Sterilizasyon

Sterilizasyon müdahalesine ilişkin olarak NPHK m. 4/2’de, “*Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır.*” denilmektedir. Buna göre, tıbbi bir sakınca olmaması halinde kural olarak on sekiz yaşını doldurmuş olan kişinin isteği üzerine sterilizasyon gerçekleştirilebilir. Ancak maddede reşit olma kavramından bahsedildiğinden evlenme ya da mahkeme kararı ile erginlik kazanmış kişilere de rıza göstermeleri halinde sterilizasyon uygulanabilecektir. Madde metninde ayırt etme gücünden bahsedilmese de, sterilizasyon uygulanacak kişi ayırt etme gücüne sahip olmalıdır³⁰⁷.

Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin veli veya vasi onayıyla isteğe bağlı sterilizasyon yaptırabilmeleri mümkün değildir. Bu kişiler açısından tıbbi zorunluluk hali taşıyan sterilizasyonun yapılması ise küçüklerin tıbbi müdahaleye rızası ile aynı şartlara tabi olacaktır³⁰⁸.

RTSHYDİT m. 15 uyarınca vasinin gelmemesi halinde vasinin iznine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli olmaktadır. Kanaatimizce ayırt etme gücüne sahip ergin kısıtlıların vasi onayı ile isteğe bağlı sterilizasyon yaptırabilmeleri mümkündür.

RTSHYDİT m. 15’te, “*Eşin ya da vasinin gelmemesi halinde bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır.*” denilmektedir. Sterilizasyon gerçekleştirilmeden önce eşin rızasının alınması zorunludur. Müdahaleye ilişkin izin belgesi eş tarafından mutlaka imzalanmalıdır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilere sterilizasyon uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin madde hükmünde bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiye ancak tıbbi zorunluluk halinde sterilizasyon yapılabileceği, isteğe bağlı sterilizasyonun ise veli veya vasi izni olsa dahi bu kimselere uygulanamayacağı kabul edilmektedir³⁰⁹.

Sterilizasyona ilişkin rıza için RTSHYDİT’ de yazılı şekil şartı getirilmiştir. Müdahale öncesinde kişiye işlemin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonları anlatıldığı, hiçbir şiddet, tehdit, telkin ya da maddi ve manevi baskı altında olmaksızın sterilizasyonu kabul ettiğini bildirir rıza formu³¹⁰ imzalatılır.

³⁰⁶ Badur, 2017: 202.

³⁰⁷ Badur, 2017: 228.

³⁰⁸ Badur, 2017: 231.

³⁰⁹ Badur, 2017: 229; Koca, 2009: 53; Ünver, 2012: 32. (Kısırlaştırma)

³¹⁰ bk. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük s. 2764.

Sterilizasyonun için kişinin müdahalenin sonuçları hakkında kapsamlı şekilde aydınlatılmış olması ve serbest iradesiyle hareket etmesi gerekir. Tıbbi müdahaleye rızaya ilişkin genel kurallardan hareketle sterilizasyon müdahalesine ilişkin rızanın geri alınması mümkündür.

2.9.5. Kastrasyon

Kastrasyon, kişinin isteğine bağlı olup olmaması bakımından rızai (isteğe bağlı) kastrasyon ve zorunlu kastrasyon olmak üzere ikiye ayrılır. NPHK m. 2/4’de yer verilen “*Bu kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz*” hükmü gereği, kişinin isteği üzerine isteğe bağlı kastrasyon yapılabilmesi mümkün değildir. Yürürlükteki mevzuat uyarınca sadece ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk gereği kastrasyon yapılabilir. Tıbbi bir zorunluluk nedeniyle kastrasyon uygulanması halinde kişinin rızası aranmaz³¹¹.

Tıbbi zorunluluk nedeniyle uygulanacak kastrasyon, NPHK m. 4/3’te, “*Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Ameliyat sırasında kastrasyonun tıbben zorunlu olan hallerin ortaya çıkması durumunda, hekim kişinin rızasını aramayacaktır. Ameliyatın seyri nedeniyle tıbbi zorunluluk halinde kişinin varsayılan rızasının olduğu kabul edilmiştir³¹².

Bir görüşe göre ise, cinsel dürtüleri sebebiyle saldırgan davranışlarda bulunan kişilerin tedavisi amacıyla kastrasyon yapılmalıdır³¹³. Kastrasyon sadece tedavi amaçlı uygulanabileceği, kişinin rızası olsa dahi uygulanmaması gerektiği de doktrinde ileri sürülen bir diğer görüştür³¹⁴. Başka bir görüşe göre, sadece ameliyat sırasında değil, tıbben zorunlu başka hallerde de zorunlu kastrasyon yapılabilir³¹⁵. Kanaatimizce tedavi amacıyla da olsa kişinin rızası alınmaksızın yapılacak kastrasyon kişilik hakkının ihlali niteliğinde olacaktır.

2.9.6. Cinsiyet Değiştirmeye Yönelik Müdahaleler

Cinsiyet değişikliğine yönelik tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için TMK m. 40³¹⁶, ta aranan şartların yerine getirilmesi gerekmektedir.

³¹¹ Badur, 2017: 172.

³¹² Badur, 2017: 173.

³¹³ Çilingiroğlu, 1993: 27.

³¹⁴ Zevkliler, 1983: 29.

³¹⁵ Ayan, 1991: 27.

³¹⁶ “Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve

Cinsiyet değişikliğine yönelik tıbbi müdahale için aranan ilk şart, kişinin mahkemeye şahsen başvuruda bulunmasıdır. Cinsiyet değiştirme kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan, yasal temsilcinin cinsiyet değiştirecek kişi adına rıza beyanında bulunması mümkün değildir. Kişinin avukat ile temsil edilmesinde bir sakınca yoktur³¹⁷.

Cinsiyet değişikliğine yönelik tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için aranan ikinci şart, kişinin 18 yaşını doldurmuş olmasıdır. Kanunkoyucu burada erginlik değil özellikle 18 yaşın doldurulması şartını aradığı için mahkeme kararıyla veya evlenme ile erginlik kazanılması bu kapsamda değerlendirilemez³¹⁸. TMK m. 40 hükmünde belirtilmemiş olmakla birlikte cinsiyet değiştirmek isteyen ve buna yönelik rıza beyanında bulunan kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği açıktır. Cinsiyet değişikliği gibi önemli bir kararı alacak olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir³¹⁹.

Cinsiyet değişikliğine yönelik tıbbi müdahale için aranan üçüncü şart, kişinin evli olmamasıdır. Kişi cinsiyet değişikliği isteğinde bulunacağı dava tarihi itibarıyla evli olmamalıdır³²⁰. Kişinin daha önce evlenip boşanmış olması bu müdahaleye engel oluşturmamaktadır.

Tam ehliyetli kişi açısından evli olmama, transseksüel yapıda olma, resmi sağlık kurulu raporunun varlığı şartlarının sağlanması halinde kişi, cinsiyet değiştirmeye ilişkin rıza beyanında bulunabilecektir³²¹.

Sınırlı ehliyetli kişi açısından konu ikiye ayrılarak incelenmelidir. Eğer sınırlı ehliyetli kişi evli olduğu için sınırlı ehliyetli ise evli olmama şartını sağlamadığından cinsiyet değiştiremeyecektir. Kendisine yasal danışman atanan bir sınırlı ehliyetli kişi ise evli olmama, transseksüel yapıda olma ve resmi sağlık kurulu raporunun varlığı şartlarını sağlıyorsa cinsiyetini değiştirebilir³²².

Sınırlı ehliyetsiz kişi açısından yine durum ikiye ayrılarak incelenmelidir. 18 yaşından küçük olan sınırlı ehliyetsizler cinsiyetini değiştiremeyecektir. 18 yaşından büyük ergin ve kısıtlılar ise yasal temsilcinin iznini almadan cinsiyet değiştirebilmelidir. Cinsiyet değiştirme

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 tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus siciline gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

³¹⁷ Badur, 2017: 162.

³¹⁸ Başara, 2012: 251.

³¹⁹ Akipek vd., 2012: 494; Sert, 2015: 259.

³²⁰ Badur, 2017: 164.

³²¹ Sert, 2015: 260.

³²² Sert, 2015: 260.

kişiy e sıkı sıkıya baēlı bir hakkın kullanılması niteliēinde olduēundan³²³ yasal temsilcinin izni aranmaz³²⁴. Tam ehliyetsiz kişinin ise 18 yaşını doldurmuş olsa dahi ayırt etme gücünün varlığının aranması sebebiyle cinsiyet deēiştirme mümkün deēildir³²⁵.

Cinsiyet deēişikliğine yönelik müdahale için aranan dördüncü şart, kişinin cinsiyet deēişikliğinin ruh saēlığı açısından zorunlu olduēunu ve üreme yeteneēinden sürekli biçimde yoksun olduēunu eēitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi saēlık kurulu raporuyla belgelemesidir. TMK’ da yer alan düzenlemeler ile cinsiyet deēiştirme oldukça zorlayıcı koşullara bağlanmıştır. Üreme yeteneēinden sürekli yoksunluk şartının saēlanabilmesi için üreme yeteneēini ortadan kaldıracak şekilde kişiy e isteēe baēlı sterilizasyon uygulanması gerekmektedir. Yasal mevzuata uygun olarak cinsiyet deēişikliği ameliyatı geçirmek isteyen kişi, üreme yeteneēinden vazgeçmek durumunda kalmaktadır. Çocuk sahibi olan kişilerin cinsiyet deēiştirmesinin çocuēun gelecekteki sosyal, ruhsal ve duygusal durumunu olumsuz etkileyeceēi düşünülerek çocuēun korunması amacıyla yasal bir sınırlama getirildiēi düşünülebilir. Ancak, çocuksuz kişilerin cinsiyet deēişikliğine mahkemece izin verilmesinde sırf üreme yeteneēine sahip oluşu bir engel teşkil etmemeli, diēer şartların varlığı halinde müdahaleye izin verilmelidir³²⁶. Nitekim üreme yeteneēinden sürekli yoksunluk şartı, son yıllarda AİHM’ nin konuyla ilgili olarak vermiş olduēu kararın³²⁷. da etkisiyle, özel hayata saygı hakkının ihlali niteliēinde olduēu gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Ülkemizde de, yapılan itiraz başvurusu üzerine AYM tarafından en son verilen kararla TMK m. 40’ ta yer alan üreme yeteneēinden sürekli yoksunluk şartı kaldırılmıştır³²⁸.

Cinsiyet deēişikliğine ilişkin müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin, kişinin cinsiyet deēişikliği için mahkemeden almış olduēu izni sunduktan sonra da kişiden ayrıca bir rıza alması gerekip gerekmediēi önemlidir. Esasında kişi, cinsiyet deēiştirmesine izin verilmesi isteēi ile mahkemeye başvurarak bu konudaki rızasını mahkemeye açıklamaktadır³²⁹. Ancak kanaatimizce genel kurallar çerçevesinde hekim kişinin rızasını almalıdır.

Cinsiyet deēişikliğine ilişkin müdahalede, kişinin müdahaleye rızasının yanında, bu tıbbi müdahaleye ilişkin olarak mahkemeden izin alınma koşulu öngörölmüştür. Mahkemeden

³²³ Akipek vd., 2012: 494; Dural ve Öēüz, 2013: 125; Sert, 2015: 260; Güven, 1997: 76.

³²⁴ Sert, 2015: 260.

³²⁵ Sert, 2015: 260.

³²⁶ Gülel, 2018: 58.

³²⁷ Konuyla ilgili olarak AİHM tarafından verilen bir kararda, yasal mevzuatta aranan “üreme yeteneēinden sürekli yoksunluk” şartının “özel hayata saygı” hakkının ihlali olduēuna karar verilmiştir. Kararın tam metni için bk. Y.Y.v.Türkiye kararı, başvuru no: 14793/08

[http://hudoc.echr.coe.int/tur#{\"display\":\[\"0\"\],\"languageisocode\":\[\"TUR\"\],\"appno\":\[\"14793/08\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"CHAMBER\"\]\"}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{\) erişim tarihi: 25.03.2017

³²⁸ <http://aa.com.tr/tr/turkiye/cinsiyet-degistirmede-ureme-yeteneginden-yoksun-olma-sarti-kalkti/985974> erişim tarihi: 05.01.2018.

³²⁹ Badur, 2017: 170.

alınacak izin, TMK m. 40 uyarınca hukuka uygunluk şartıdır. Kişinin cinsiyet değişikliği müdahalesine rızası, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir³³⁰. Bu bağlamda cinsiyet değişikliği için diğer tıbbi müdahalelere verilen rızadan farklı olarak, öncelikle kişinin cinsiyet değişikliği için mahkemeye başvuruda bulunması gerekmektedir. Mahkemece verilen izin neticesinde tıbbi yöntemlere uygun olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildikten sonra ameliyatın resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde mahkemece nüfus kaydının düzeltilmesine karar verilmektedir.

Mahkeme önüne gelen bir olayda, cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahaleyi mahkemeden izin almaksızın geçiren kişi, nüfus kaydının cinsiyetine uygun olarak düzeltilmesi isteğinde bulunmuş, talep mahkemece reddedilmiştir. Uyuşmazlığın yüksek mahkemeye gitmesi sonucunda Yargıtay, kişinin cinsiyet değişikliği isteğine yönelik tıbbi müdahaleye mahkemece izin verilmesi gerekirken reddedilmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur³³¹. Bir diğer deyişle Yargıtay, cinsiyet değişikliği gerçekleştikten sonra mahkemeden icazet alınabileceği görüşündedir³³².

Alman vatandaşı olup yurtdışında geçirdiği cinsiyet değişikliği ameliyatı ile kadın cinsiyetine geçen kişi, vatandaşı olduğu devletin hukukuna uygun şekilde cinsiyet değişikliği geçirerek yurtdışındaki mahkemeden isim değişikliği kararı almıştır. Yargıtay, vermiş olduğu kararda³³³, kişinin isim değişikliğine ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınmasını istemesinde hukuki yararının bulunduğu hükmetmiştir. Kararda yüksek mahkeme, cinsiyet değişikliğinin TMK m. 40'ta aranan koşullar sağlanmadan yapılmış olmasının tek başına kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı sonucuna ulaşmıştır³³⁴.

Değerlendirilen TMK m. 40 hükmünden anlaşılmaktadır ki cinsiyet değişikliği, rızanın son derece özel ve zorlayıcı şartlara bağlandığı özel bir tıbbi müdahaledir.

³³⁰ Badur, 2017: 168.

³³¹ Y. 2. HD. E. 2009/19039 , K. 2010/20942 T. 13.12.2010 “Davacının sunduğu belgelerden Almanya’da özel bir hastanede operasyon geçirdiği, yargılama sırasında sevk edildiği Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalınca düzenlenen 11.07.2008 tarihli raporda da kişide “cinsel kimlik bozukluğu, cinsel yönden kadınlara ilgi duyan” tanısı konulduğu, bu haliyle Türk Medeni Kanununun 40.maddesi uyarınca transseksüel yapıda olduğu, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğu, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olduğu, tıbben uygun bir cinsiyet değiştirme operasyonu gerçekleştirilmesine karar verildiğinin bildirildiği anlaşılmaktadır.

Olayları açıklamak taraflara hukuki nitelendirme hakime aittir (HUMK.md.76, 4.06.1958 gün ve 15/6 sayılı İBK.). Davacının dava dilekçesindeki isteği Türk Medeni Kanunu’nun 40/1.maddesinde düzenlenen cinsiyet değişikliğine izin istemini de içermektedir. Yukarıda açıklanan hususlar ve toplanan deliller çerçevesinde davacının cinsiyet değişikliğine izin istemi hakkında bir karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle ret hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 12.11.2017

³³² Badur, 2017: 170.

³³³ Y. 2. HD. E. 2009/9678, K. 2009/22090 K.T. 21.12.2009 Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 13.03.2017

³³⁴ Oğuzman vd., 2012: 167

Cinsiyet değişikliğine ilişkin rızanın şekline ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Tıbbi müdahaleye rıza konusundaki genel kurallara uygun olarak hekim TŞSTİDK m. 70 gereği kişinin yazılı rızasını almalıdır³³⁵.

Tıbbi müdahaleye rıza konusundaki genel kural uyarınca kişinin müdahale gerçekleşene kadar rızasını geri alma imkanı bulunmaktadır. Kişi, cinsiyet değişikliği için vermiş olduğu rızayı her zaman geri alma hakkına sahiptir. Cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin almış olması nedeniyle kişi bu müdahaleyi yaptırmaya zorlanamaz³³⁶. Kişinin mahkemeden izin almış olması hekime müdahaleyi sırf bu izne dayanarak gerçekleştirme yetkisi vermemektedir. Kişi serbest iradesiyle cinsiyet değişikliği kararı vererek müdahaleye ilişkin rızasını açıkça beyan etmelidir. Aksi halde kişinin vücut bütünlüğü hakkı açıkça ihlal edilmiş olur. Hekimin hukuka aykırı müdahaleden sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

2.9.7. Tıbbi Araştırmalar

Tedavi amacı bulunmayan deneysel amaçlı tıbbi müdahalelerde rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışmalıdır. Deneysel amaçlı tıbbi müdahaleler, tıbbi araştırma niteliğindedir.

Tıbbi araştırmalar HHY’ de düzenlenmiştir. HHY m. 32’ye göre; *“Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamaz.*

Tıbbi araştırmalardan beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz.

Tıbbi araştırmaların tıbbi müdahale olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği rızanın incelenmesi bakımından önem taşımaktadır. Bir görüşe göre, HHY’ nin “Tıbbi Araştırmalar” başlıklı bölümü m. 32-36 arasında açıklanan tıbbi nitelikteki bilimsel araştırmalar her ne kadar rıza gösterilebilir ise de tıbbi müdahale olarak nitelendirilemezler. Dolayısıyla bu müdahalelere gösterilecek rıza tıbbi müdahaleye rıza olarak değerlendirilemez³³⁷. Bir diğer görüşe göre ise, HHY’ nin hükümleri uyarınca, yaşayan bir insan üzerinde bilimsel ve tedavi amaçlı tıbbi deneylerin yapılmasına belirli koşullar dahilinde imkan tanınmıştır. Bu nedenle bilimsel ve tedavi amaçlı tıbbi araştırmalar da tıbbi müdahale olarak kabul görmüştür. HHY’ de öngörülen koşullara uyulmak suretiyle yapılacak bu tür

³³⁵ Badur, 2017: 170.

³³⁶ Badur, 2017: 170.

³³⁷ Badur, 2017: 44.

tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığından söz edilemez³³⁸. Bu görüşün kabul edilmesi halinde ise tıbbi müdahale niteliğinde olan tıbbi araştırmaya rıza gösterilebilecektir.

Tıbbi araştırmalar, bilimsel amaçlı tıbbi araştırmalar ve tedavi amaçlı tıbbi araştırmalar olmak üzere iki kısımda incelenebilir.

2.9.7.1. Bilimsel Amaçlı Tıbbi Araştırmalar

HHY m. 32'ye göre, sağlık bakanlığının izni ve üzerinde araştırma yapılacak kişinin rızası ile yaşayan insan üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi araştırma yapılabilir. Üzerinde tıbbi araştırma gerçekleştirilecek olan kişinin rızasının hiçbir maddi ve manevi baskı altında olmaksızın tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmış olması gerekmektedir (HHY m. 34/1). Kişi, araştırmanın amacı, usulü, muhtemel faydaları ve zararları, araştırmaya katılmaktan vazgeçebileceği ve ayrıca başlangıçta vermiş olduğu rızayı araştırmanın her aşamasında geri alabileceği konularında önceden yeterince aydınlatılmalıdır (HHY m. 33/2). Kişinin aydınlatmadan feragati kabul edilmemelidir³³⁹. HHY m. 34/2, tıbbi araştırmalarda verilecek olan rıza açısından yazılı şekli zorunlu tutmuştur.

Küçükler ve ayırt etme gücüne sahip olmayanlar üzerinde sırf bilimsel amaçlı tıbbi araştırmalar yapılamaz³⁴⁰. Ancak bu kişilerin sağlığı yönünden faydalı olması şartı ile bu kimseler üzerinde tıbbi araştırma yapılabilmesi, velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlıdır. Tıbbi araştırmanın yapılmasına veli veya vasinin rıza vermekten kaçınması halinde, mahkemeden izin alınabilecektir³⁴¹.

HHY m. 32/2'ye göre: “Tıbbi araştırmadan beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz”. Bu hükme göre, yaşam ve vücut bütünlüğünün korunması için gerekli olduğu takdirde, ne kadar önemli olursa olsun, tıbbi araştırmadan vazgeçilmesi gerekmektedir³⁴².

HHY m. 32/3'e göre, “Tıbbi araştırmalar, sadece, mevzuata göre araştırmada bulunmayan yetkili ve yeterli tıbbi bilgi ve tecrübeyi haiz olan personel tarafından, mevzuat ile belirlenmiş bulunan yerlerde yürütülür. Gönüllünün tıbbi araştırmaya rıza göstermiş olması, bu araştırmada görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.” denilmektedir. Gönüllünün tıbbi araştırmaya rıza göstermiş olması, bu araştırmada görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

³³⁸ Parlak, 2009: 202.

³³⁹ Ayan, 1993: 15.

³⁴⁰ Dural ve Ögüz, 2013: 112.

³⁴¹ Dural ve Ögüz, 2013: 112; Parlak, 2009: 201.

³⁴² Parlak, 2009: 201.

2.9.7.2. Tedavi Amaçlı Tıbbi Araştırmalar

Tedavi amaçlı tıbbi araştırmalarda, kişi üzerinde denenecek olan yöntem tıp dünyasında henüz çok fazla uygulanmamış olduğundan müdahaleye maruz kalacak kişinin hekim tarafından kapsamlı biçimde aydınlatılması gerekir. Hekim, yeni yöntemin neden seçildiğini ve bu yöntemin denenmemesi durumunda ne tür sonuçlar ortaya çıkabileceği kişiye açıklamalıdır. Yapılacak olan aydınlatmanın kapsamı kişinin yararına olmak şartıyla daraltılabilir. Ancak aydınlatmanın daraltılmasını gerektiren bir durumun mevcut olup olmadığı, yeni yöntemi uygulayacak olan dolayısıyla mesleki çıkarı bulunan hekim tarafından değil, tarafsız bir hekim tarafından belirlenmelidir³⁴³.

Tedavi amacı ağır basan henüz deneme aşamasında olan yeni yöntem ve araçlarla kişi üzerinde girişimlerde bulunulabilmesi için kişinin yeterince aydınlatılması ve rızasının alınmış olması gerekir. Ancak girişim tedavi amacı taşımakla birlikte, laboratuvar ve hayvanlar üzerinde yeterince denenmemişse, bir diğer deyişle hasta açısından büyük ölçüde zararlı sonuçlar doğurması olasılığı varsa, kişinin rızası olmasına rağmen yapılan girişim kişilik hakkına saldırı niteliğinde olacaktır. Öte yandan yeni tedavi yönteminden olumlu sonuçlar alınmış ve bu yöntemin sağlayacağı olumlu sonuçlar ihtimal olmaktan çıkarak gerçekleşme sürecine girmişse, bu durumda yapılan girişim hukuka uygun sayılmalıdır³⁴⁴.

2.10. İlaç ve Terkiplerin Araştırma Amacıyla Kullanılması

HHY m. 36'ye göre; “Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmış olsa dahi, sırf tıbbi araştırma amacı ile hasta üzerinde kendi rızası ve Bakanlığın izni bulunmaksızın hiçbir ilaç ve terkip kullanılamaz. İlaç ve terkiplerin tıbbi araştırmada kullanımı, 29/11/1993 tarihli ve 21480 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik hükümlerine tabidir.” Bu düzenlemeden anlaşılmaktadır ki, ilaç ve terkiplerin araştırma amacıyla kullanılmasında kişinin rızası yeterli bulunmamış, Sağlık Bakanlığı’nın da izni aranmıştır.

2.11. Varsayılan Rıza

Varsayılan rıza, kişinin gerçek rızasının alınamadığı, veli ya da vasiye ulaşma imkanının olmadığı tıbbi zorunluluk hallerinde, kişinin yararına hareket edilmesi gereği karşısında müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan kendine özgü bir hukuka uygunluk nedenidir. Varsayılan rıza, “*kişi müdahalenin risk ve tehlikelerini bilseydi rıza verirdi*”

³⁴³ Ayan, 1991: 13.

³⁴⁴ Zevkliler, 1988: 24.

ilkesine dayanmaktadır. Varsayılan rızanın belirlenmesi açısından ortalama bir insanın iradesi ölçüt alınır³⁴⁵.

Varsayılan rızadan söz edilebilmesinin koşulu, tıbbi müdahaleden önce kişinin rızasının alınamayacak olmasıdır³⁴⁶. Kişinin iradesini açıklayabilecek durumda olmadığı ancak hekimin onun üstün nitelikte yararına ve varsayılan rızasına göre hareket etmesi gereken durumlar ortaya çıkabilmektedir.

Kişinin içerisinde bulunduğu hayati tehlike sebebiyle sonradan telafisi güç ya da imkansız zararlara uğramaması açısından, acilen tıbbi müdahalede bulunulması gereken tıbbi zorunluluk durumlarında, kişinin rızasının alınamamasından kaynaklanan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler doktrinde tartışma konusu olmuştur. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren yetkili kişilerin; kişinin temsilcisi, bedensel menfaatlerinin yöneticisi, hatta zorunlu vekili sıfatı ile hareket etmesi nedeniyle hukuka aykırılığın engellenmiş olduğu doktrinde savunulmuştur³⁴⁷.

Varsayılan rıza, kişinin kendisinden veya yasal temsilcisinden açık rıza alınamayan durumda kabul edilen bir hukuka uygunluk nedeni olduğundan ikincil niteliktedir³⁴⁸. Ancak varsayılan rızanın ikincil nitelikte bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur. İsviçre, Alman ve Türk hukukunda hakim olan varsayılan rıza görüşüne göre; müdahale gerçekleştirilen kişinin, müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda karar verebilecek bir durumda olsa idi, hayatın olağan akışına göre müdahaleye rıza göstereceği varsayılmakta ve varsayılan bu rıza doğrultusunda tıbbi müdahale gerçekleştirilmektedir³⁴⁹. Burada hukuka aykırılığın, kişinin zımni (örtülü)³⁵⁰ veya mefruz (varsayılan) rızasının bulunmasından dolayı engellenmiş olduğu savunulmaktadır.

Kişinin ifade gücünün olmadığı durumlarda varsayılan rıza görüşünün, TŞSTİDK m. 70 karşısında hukukumuz açısından kabul edilmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. TŞSTİDK m. 70'e göre, üzerinde tıbbi müdahale gerçekleştirilecek kişinin ifade gücü bulunmadığı takdirde hastanın rızasının alınması şart değildir. Karşı yöndeki bu görüşe³⁵¹ göre, TŞSTİDK m. 70/1'te;....*veli veya vasisi olmadığı veya*

³⁴⁵ Boran, 2007: 95.

³⁴⁶ Oral, 2011: 203.

³⁴⁷ Çilingiroğlu, 1993: 50. (anılan yazarlar)

³⁴⁸ Rosenau, 65 aktaran: Uygur, 2009: 200.

³⁴⁹ Özbilen, 2011: 317; Sarıal, 1986: 69.

³⁵⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, örtülü rıza ile varsayılan rıza birbirinden farklı kavramlardır. Örtülü rızada, kişinin iradesini açıkladığı bir hukuki işlem bulunmakta, ancak rıza iradesi açık beyanla değil, zımni olarak ifade edilmektedir. Oysa varsayılan rıza, kişinin rızasının alınamadığı haller açısından kabul edilen bir hukuka uygunluk nedenidir. Badur, 2017: 244.

³⁵¹ Çilingiroğlu, 1993: 51.

bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs, ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir” şeklindeki düzenleme ile, kişinin rızasının alınamadığı durumlarda rıza aranmayacağı hukukumuzda açıkça ifade edildiğinden, varsayılan bir rızaya da gerek kalmamaktadır. Ayrıca varsayılan rıza görüşünün, kişinin kendisine yapılacak olan her türlü tıbbi müdahaleye karşı çıktığını daha önceden ifade etmiş olduğu ihtimallerde³⁵², hukuka aykırılığın engellenmesi konusunda yeterli olmayacağı belirtilmektedir. Bu görüşe göre; tıbbi zorunluluk durumunda gerçekleştirilen müdahalelerin hukuka aykırılığı, TMK m. 24/2’nin açık hükmü gereği “kanunun verdiği yetki” ve “üstün nitelikte özel yarar” sebepleri ile engellenmektedir. Söz edilen hallerde yetkili kişilerin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi hastanın üstün nitelikte özel yararına yönelik olmasının yanında TŞSTİDK m. 23 uyarınca kanunun verdiği yetkiden kaynaklanmaktadır.

TŞSTİDK m. 70/1 hükmünde tıbbi zorunluluk durumlarından ve varsayılan rızadan açıkça bahsedilmemektedir. Rıza aranmaksızın madde gereği gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler, aynı zamanda kanun hükmü gereği gerçekleştirilmektedir. Ancak hükmün kapsamının acil tıbbi müdahaleler ve bu müdahaleler içerisinde varsayılan rızaya dayalı olarak gerçekleştirilenler ile sınırlandırılması gerektiği, bu nedenle hukukumuz açısından varsayılan rızanın yasal dayanağının TŞSTİDK m. 70 hükmü olduğu ifade edilmektedir³⁵³. Ancak belirtmek gerekir ki, varsayılan rıza görüşünün kabul edilmesi halinde dahi, hekimin kişinin ifadesinin alınamadığı her durumda kişinin yararına sonuç doğuracağı düşünülmektedir onun varsayılan rızasına dayalı olarak müdahalede bulunması kabul edilemez. Örneğin kişiye uygulanmakta olan burun estetiği ameliyatı sırasında onun varsayılan rızasına dayanılarak kepçe kulaklarının da düzeltilmesi hukuka aykırı olacaktır.

Doktrinde varsayılan rızanın TŞSTİDK m. 70 dışında kalan bir diğer yasal dayanağının vekaletsiz iş görme hükümleri olduğu ileri sürülmektedir³⁵⁴. Bu nedenle tıbbi zorunluluk durumlarında kişinin rızası alınmaksızın gerçekleştirilen müdahalelerde gerek müdahalenin hukuka uygunluk sebebi, gerekse hasta ile hekim arasındaki ilişki bakımından “vekaletsiz iş görme” hükümlerinin uygulanması gerekir. Gerçekten, başkasının işini görmek niyetiyle hareket edip, o kişinin yararına veya muhtemel iradesine uygun davranışta bulunmak amacıyla vekaleti olmaksızın başkası adına iş gören kişinin fiili de hukuka uygunluk nedenlerinden biri sayılır³⁵⁵.

³⁵² bk. Bölüm 3 Başlık 3.8.3.3.

³⁵³ Badur, 2017: 240.

³⁵⁴ Badur, 2017: 244.

³⁵⁵ Hatemi vd., 1992: 489-490.

Bir görüşe³⁵⁶ göre, varsayılan rıza her ne kadar hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını elinden alıyor gibi gözükse de, sağlık hakkının ve yaşam hakkının önemi göz önünde bulundurularak hastanın üstün nitelikte yararı ön planda tutulmalıdır. Varsayılan rıza belirlenirken somut olayın şartları göz önünde bulundurularak, tıbbi zorunluluk halleri ile sınırlı olacak şekilde kişinin varsayılan rızası aranmalıdır. Öte yandan, varsayılan rızaya ihtiyaç olmadığının kabul edilmesi halinde ise, kişinin üstün nitelikte yararı, TMK m. 24/2 gereği tıbbi zorunluluk durumları açısından geçerli olan bir diğer hukuka uygunluk nedenidir.

Kişinin ifade gücünün olmaması hali ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, müdahaleye rıza beyanını açıkça ifade edemeyen fakat rıza iradesini ifadenin yerini tutan davranışlarla yansıtabilen kişiler açısından nasıl bir yol izleneceğidir. Müdahaleye rıza gösterdiğini açıkça ifade edemeyen, fakat rıza iradesini, ifadenin yerini tutan davranışlarla dışarıya yansıtabilen bir hasta ile karşı karşıya kalan ve hastanın bu doğrultudaki iradesini belirleyebilen hekim, hukuka uygun bir müdahale gerçekleştirebilmek için hastanın rızasını mutlaka almalıdır. HHY m. 24/1’de ve TŞSTİDK’ m. 70’ de belirtilen “*ifade gücünün olmaması*” veya “*ifadeye muktedir olmama*” şeklindeki ifadeler, hastanın rızasının alınamaması şeklinde anlaşılmalıdır. Hastanın iradesi bir şekilde belirlenebiliyorsa bu rızaya itibar edilmelidir. HHY m. 24/1’de belirtilen, “*hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde rıza aranmaz*” ifadesi ile TŞSTİDK m. 70/1’de belirtilen, “*kişinin ifadeye muktedir olmaması durumunda muvafakat şart değildir*” ifadesi bu açıdan isabetsiz olmuştur. Çünkü burada esasen rıza aranmamasının sebebi, hastanın müdahaleye rıza gösterdiğini beyan ya da ifade edememesi değil, onun müdahalenin yapılıp yapılmayacağı konusunda karar verebilecek bir iradeye sahip olamamasıdır. Örneğin kişi bilinci kapalı şekilde hastaneye getirilmiş ise kişinin rıza beyanında bulunabilmesi mümkün değildir. Ancak kişi bilinci açık olup konuşamayacak vaziyette ise fakat kendisini bir şekilde davranışlarıyla ifade edebiliyor ise kişinin rızası alınmalıdır.

2.12. Rızanın Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye Yönelmesi

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olan rıza, ancak müdahaleyi gerçekleştiren kişiye yöneldiği takdirde hukuki bir anlam ifade edeceğinden, kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi en önemli kişilik değerlerini ihlal etme olasılığı bulunan tıbbi müdahaleler açısından rızanın müdahalede bulunmaya yetkili kişiye yönelmesi gerekir.

Yetkili kişi kavramından kimlerin anlaşılması gerektiğini çalışmamızın birinci

³⁵⁶ Badur, 2017: 241.

bölümünde detaylı olarak açıklamıştık³⁵⁷. Yasal düzenlemeleri incelediğimizde, tıbbi müdahaleye rıza beyanının yöneltileceği kişi kural olarak hekim ve bazı tıbbi müdahaleler açısından yetkilendirilmiş diğer sağlık çalışanlarıdır³⁵⁸.

Rızanın yetkili kişiye ulaşmamış olması rızanın şekline ilişkin geçerlilik koşulunun yerine getirilmemiş olması sonucunu doğurabileceği gibi, müdahalenin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine de sebep olabilecektir³⁵⁹.

Kişi sağlık hizmeti almak için sağlık kuruluşuna başvurarak rıza iradesini yöneltmektedir. Sağlık kuruluşundaki hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye yetkili kişi olduğunu düşünerek iradesini ortaya koyan kişinin, tıbbi müdahalenin hangi hekim tarafından yapılabileceğini ve gerçekten gerekli uzmanlığa sahip olup olmadığını bilebilmesi güçtür. Yetkisi olmadığı halde tıbbi müdahaleye girişen hekime yönelik olarak gösterilen rıza, müdahalenin tıbbi niteliğini ortadan kaldırmamakla birlikte, bu tür bir müdahale açısından rıza hukuka uygunluk şartı olarak değerlendirilemeyecektir.

2.13. Rızanın Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmaması

2.13.1. Genel Olarak

Rızanın en önemli geçerlilik şartı, kendisinden vazgeçilebilecek bir hukuki varlığa ilişkin olmasıdır³⁶⁰. Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için kişinin üzerinde geçerli şekilde tasarruf edebileceği bir hakkın yanı sıra sınırları belirlenmiş bir müdahaleye ilişkin olması gerekir. Bu bağlamda kişilik hakkından genel olarak vazgeçmek veya kişilik haklarına yönelecek her türlü müdahaleye rıza gösterilmesi hukuken geçerli değildir³⁶¹.

Her hukuki işlemin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına uygun olması ve imkansız olmaması gerektiği gibi³⁶², tıbbi müdahaleye rızanın da bu genel kurala uygun olması gerekir. Kişi kendi vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olsa dahi, bu rıza hukuka ve ahlaka aykırı nitelik taşıdığı müddetçe, gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğundan söz edilemeyecektir³⁶³.

Gerçekleştirilmesi kanuna aykırı olan tıbbi müdahaleye kişinin rıza göstermesinin hukuki bir geçerliliği bulunmamaktadır. Örneğin belli bir süreyi aşmış bir gebeliğin tıbbi bir zorunluluk olmaksızın sonlandırılması için gösterilen rıza hukuken geçerli değildir. Geçersiz

³⁵⁷ bk. Bölüm 1 Başlık 1.3.1.1.1.

³⁵⁸ Badur, 2017: 62.

³⁵⁹ Erman, 2003: 92; Işık Özcan, 2008: 90.

³⁶⁰ Kılıçoğlu, 2016: 338 aktaran: Badur, 2017: 50.

³⁶¹ Oğuzman vd., 2012: 192.

³⁶² Oğuzman ve Öz, 2013: 83; Serozan, 2008: 337.

³⁶³ Kahraman, 2016: 500; Özbilen, 2011: 286.

rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka aykırı nitelikte olup hekimin müdahale dolayısıyla sorumluluğunun doğması söz konusu olacaktır.

Kişinin yaşamı, sağlığı ve cismani bütünlüğü üzerinde sahip olduğu hak kişilik hakkına dahil ve mutlak bir haktır. Ancak diğer mutlak haklardan farklı olarak, burada kişinin rızası bu değerlere yönelik olan her türlü tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez. Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabilesi için tıbbi müdahalenin ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir³⁶⁴.

Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabilesi için gerekli şartlar; kişilik hakkından vazgeçildiğinin açık olarak ifade edilmesi, vazgeçmenin sonuçlarının öngörülebilmesi şartıyla bilinçli ve serbest iradeyle oluşması gerektiği ve iradenin hukuka ve ahlaka aykırı olmaması zorunluluğudur³⁶⁵.

Ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olarak gösterilen rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamakla birlikte TBK m. 52'ye göre tazminattan indirim sebebi olabilir.

2.13.1.1. Kişilik Haklarına Aykırılık

Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardanır. Kişilik haklarından vazgeçilmesi ve başkalarına devredilmesi mümkün değildir³⁶⁶. TMK m. 23'te,

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."

denilmektedir. Kişiliğin korunması hakkındaki temel ilke bu hükümle belirlenmiştir. Kişilik hakkı TMK gereği mutlak anlamda korunmaktadır.

Kişiliğin korunmasına ilişkin TMK m. 23'ten hareketle ifade edilmektedir ki, kişiliğin maddi, manevi ve iktisadi bütünlüğünün sona ermesi sonucunu doğuracak sözleşmeler yapılamaz. Bir başka deyişle bu unsurlar üzerinde kişilik hakkının kullanılmasından vazgeçilemez, feragat edilemez³⁶⁷. Kanunkoyucu, kişiyi, kişi varlığının tamamen veya kısmen ortadan kalkması sonucunu doğuracak işlemleri yapmaktan alıkoymak istemektedir. Kişilik haklarından tamamen vazgeçmek ya da hakkı aşırı şekilde sınırlamak hukuk düzenimizce kabul edilmemektedir.

³⁶⁴ Sarıal, 1986: 74.

³⁶⁵ Oğuzman vd., 2012: 105. Aynı yönde Dural ve Ögüz, 2013: 149; Helvacı, 2001: 52 (Davalar); Helvacı, 2012: 141 (Kişiler),

³⁶⁶ Oğuzman vd., 2012: 156.

³⁶⁷ Akipek vd., 2012: 359-360.

Tıbbi müdahaleler açısından düşünüldüğünde; kişilik haklarından tamamen vazgeçme ya da bu hakları aşırı şekilde sınırlayıcı sonuç doğurabilecek tıbbi müdahaleye yönelen rıza hukuken geçersizdir.

Hukukumuzda yaşama hakkı kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olarak kabul edilmemektedir³⁶⁸. Bu bağlamda TMK m. 23 hükmü karşısında hukukumuzda ötenaziye izin verilmemektedir. Yaşam hakkının mutlak ve üstün niteliğinden dolayı kişinin kendi rızasıyla yaşamını sonlandırmak istemesi (ötenazi)³⁶⁹ yasaklanmıştır³⁷⁰. Kişinin bu yöndeki irade açıklaması ötenazi uygulamasının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır³⁷¹. Kişinin kendisine ötenazi uygulanması için gösterdiği rıza hukuken geçersizdir. Etik ve dini boyutları olan ötenazi konusu ülkelerin hukuk politikasına göre değişim göstermektedir.

Kişilik haklarını ihlal eden sözleşmeler TBK m. 27 gereği kesin hükümsüz sayılmaktadır. TBK m. 27 uyarınca; “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”.

Kural olarak kimse, kendi vücut bütünlüğüne saldırı oluşturabilecek müdahalelere rıza gösteremez. Bir başka deyişle, kişinin bu konuda yapacağı sözleşme, TMK m. 23 hükmü karşısında geçersizdir, çünkü kişinin rıza göstermiş olması, saldırının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır³⁷². Kişinin bacağına kesilmesi için gösterdiği rıza hukuken geçersizdir. Geçersiz bir rızaya dayanılarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka aykırı nitelikte olur.

İsteğe bağlı kastrasyonda, invitro fertilizasyon dışındaki embriyon aktarmalarında rızanın hukuka aykırı olarak açıklandığı kabul edilmektedir.

2.13.1.2.Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

Emredici hukuk kuralları, kendisine mutlak surette uyulması gereken ve aksinin kararlaştırılmasına hukuk düzenince izin verilmeyen kurallardır³⁷³. Bir hukuki işlemin hukuk alanında geçerli sayılabilmesi için, sadece TBK’ da belirtilen emredici hukuk kurallarına değil, hukuk düzenince belirlenen bütün emredici hukuk kurallarına uygun olması gerekmektedir³⁷⁴.

³⁶⁸ Özsunay, 1977: 99-100; Arpacı, 2000: 110; Oğuzman vd., 2012: 159. Aksi yönde Dural ve Öğüz, 2013: 105.

³⁶⁹ bk. Bölüm 2. Başlık 2.4.’te incelenmiştir.

³⁷⁰ HHY m. 13: “*Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez*”.

³⁷¹ Kahraman, 2016: 500.

³⁷² Akipek vd., 2012: 362.

³⁷³ Oğuzman ve Öz, 2013: 83; Tekinay vd., 1993: 370; Serozan, 2008: 89, Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 534.

³⁷⁴ Oğuzman ve Öz, 2013: 83.

Tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için müdahaleye gösterilen rıza emredici hukuk kurallarına uygun olmalıdır³⁷⁵. TBK m. 27 hükmü gereği, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. Tıbbi müdahaleye rıza genel kabul gören görüşe göre bir hukuki işlem niteliğinde olduğundan, emredici hukuk kurallarına aykırı olarak tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi halinde bu rıza hukuken geçersiz olacaktır.

ODNK m. 3’e göre, “*Bir bedel veya başkaca bir çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılması yasaktır*” denilmektedir. Bu kural vericinin bedel karşılığında organ nakli için rıza göstermesini imkansız hale getirmektedir³⁷⁶. Madde hükmü ile organ ve dokuların ancak ivazsız şekilde devredilebileceği düzenlenmiştir. Örneğin bir kişinin böbreklerinden birini belli bir bedel karşılığında devretmeyi borçlandığı sözleşme, emredici hukuk kurallarına aykırı olacağından kesin hükümsüzdür³⁷⁷. Gerçekleştirilmesi kanuna aykırı olan tıbbi müdahaleler için, kişinin rıza vermesinin herhangi bir hukuki geçerliliği yoktur³⁷⁸. Geçersiz rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka aykırı niteliktedir.

2.13.1.3.Genel Ahlaka Aykırılık

TBK m. 27³⁷⁹ hükmüne göre ahlaka aykırı sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Genel ahlak zamana ve yere göre değişiklik gösteren bir kavramdır³⁸⁰.

Ahlaka aykırı şekilde yapılan rıza açıklamaları ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken konu toplumsal ve ahlaki değer yargılarıdır. Ahlaki değer yargıları toplumlara göre değişiklik gösterebilmektedir. Bir hukuki işlemin ahlaka aykırı olup olmadığının belirlenmesinde toplum içinde yaşayan orta düzeyde zeka seviyesindeki dürüst ve akıllı başında kişilerin sahip olduğu ve yaygın olarak kabul gören ahlaki anlayışın esas alınması gerektiği belirtilmektedir³⁸¹.

Bir sözleşmenin genel ahlaka uygun olup olmadığı belirlenirken, ahlak kurallarının esnek ve zamana göre değişken nitelikte olduğu değerlendirilmelidir³⁸². Örneğin gebeliğin sonlandırılması uzun yıllar önce ahlaka aykırı kabul edilmekte iken, bugün kadının özgürlüğü ve vücut bütünlüğü değeri ile ilişkilendirilmektedir³⁸³.

³⁷⁵ Oğuzman vd., 2012: 160.

³⁷⁶ Çilingiroğlu, 1993: 77.

³⁷⁷ Özbilen, 2011: 239.

³⁷⁸ Uygur, 2009: 184.

³⁷⁹ TBK m. 27’de; “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*.” denilmektedir.

³⁸⁰ Eren, 2010: 291.

³⁸¹ Tekinay vd., 1993: 398.

³⁸² Özbilen, 2011: 249.

³⁸³ Özbilen, 2011: 249.

Ülkemizde embriyon aktarmalarının bir çeşidi olan heterolog dölleme uygulanmamaktadır. Bu nedenle kişinin heterolog döllemeye ilişkin rızası ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olması yanında, bu rıza açıklanmış olsa dahi uygulama açısından bir sonuç doğurmayacaktır. Öte yandan bazı yabancı ülkelerde bu tür uygulamaların gerçekleştirildiği bilinmektedir.

Hukuka ve ahlaka aykırı şekilde açıklanmış olan rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemektedir. Geçersiz rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleden dolayı zarara uğrayan kişinin, uğramış olduğu zararının tazminini istemesi halinde, böyle bir rıza hukuka aykırı müdahale sonucunda hükmedilecek tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilecektir.

2.13.1.4. İradeyi Sakatlayan Nedenlerin Bulunmaması

Rıza mutlaka kişinin serbest iradesine dayanmalıdır. Kişinin serbest iradesini etkileyecek unsurlar rızanın sakatlanmasına ve sonuçta müdahaleye gösterilen rızanın geçersizliğine neden olmaktadır.

Yanılma, aldatma ve korkutma bütün hukuksal işlemlerde iradeyi sakatlayan hallerdir. Doktrinde genel kabul edilen görüşe göre rızanın bir hukuki işlem olduğu düşünüldüğünde, bu rıza iradesinin yanılma, aldatma ve korkutma gibi iradeyi sakatlayan nedenlerden birisi ile sakatlanmış olması geçersizlik sonucunu doğuracaktır³⁸⁴. İradeyi sakatlayan haller TBK m. 29- m. 39 arasında düzenlenmiştir. Kişi vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilecek olan müdahaleye ilişkin her şeyi bilerek ve iradesine hakim olarak, zorlama altında olmaksızın ve aldatılmadan rızasını beyan etmiş olmalıdır. Rıza, aldatıcı bir davranış, hukuka aykırı bir korkutma sonucunda veya ahlak kurallarına aykırı olarak verilmiş ise geçersiz olacaktır³⁸⁵. Müdahaleye rıza göstermediği takdirde eşine ya da aile bireylerinden birine zarar verileceği söylenerek kişinin rızasının alınması halinde bu rıza beyanı irade sakatlığı nedeniyle geçersizdir.

Burnundaki kırık kemiği aldırma için hekime başvuran kişiye ameliyat önerilmesi ve başkaca bir açıklama yapılmaksızın, burnundaki kırık kemiğin alınması yerine hastaya estetik ameliyat uygulanması yanılma halidir. Ancak tıbbi müdahalenin özü ile ilgisi olmayan örneğin ücretin miktarı konusunda yanılma, rızanın geçerliliğini etkilemeyecektir³⁸⁶.

Kişide bulunmayan belirti ve rahatsızlıkları önemli bir hastalığın işareti gibi göstererek kişiyi ameliyat olmaya ikna edip onu deneysel amaçlarında kullanan hekimin elde ettiği rıza

³⁸⁴ Çilingiroğlu, 1993: 75; Oğuzman ve Öz, 2013: 93.

³⁸⁵ Sarıal, 1986: 65.

³⁸⁶ Ekici, 2016: 28.

ise aldatma durumuna örnektir. Önemsiz bir tıbbi müdahale veya deney söz konusu olduğu halde, kişiye önemli bir hastalığı olduğu ve acil müdahale gerektiğinin söylenmesi ve bu şekilde rızasının alınması durumunda kişinin rızası aldatma ile elde edilmiş olacaktır³⁸⁷.

Sağlıklı bir rıza beyanından söz edilebilmesi için gerekli olan iki temel unsur bulunmaktadır. Bunlardan birincisi rızanın iradeyi sakatlayan nedenlerden birisi ile sakatlanmamış olması, ikincisi ise rızanın hekimin aydınlatmasına dayanmasıdır³⁸⁸. Hekim tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma külfetini somut duruma ve müdahaleye uygun şekilde yerine getirmiş ise, yanıltma ve aldatma nedeniyle rızanın sakatlanması ihtimali oldukça azalmaktadır. Yeteri kadar aydınlatılmış olan kişi, gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale ile ilgili olarak serbestçe karar verebilecek duruma gelmiş olmaktadır. Böylece rızanın yanıltma veya aldatma sebebiyle sakatlanması zorlaşmaktadır³⁸⁹.

2.14. Hastanın Aydınlatılmış Olması

Kişinin rızasının alınmış olması, müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için tek başına yeterli değildir. Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz edilebilmesi için rızanın aynı zamanda geçerli bir aydınlatmaya dayanmış olması gerekir.

Rıza mutlaka belirli bir tıbbi müdahale için verileceğinden, kişinin uygulanacak olan müdahalenin anlamı, türü, önemi, yarar ve zararları ile ilgili olarak tam olarak aydınlatılması ve bu aydınlatma doğrultusunda rızasının alınması gerekir.

Aydınlatma yükümlülüğü, HHY m. 14/2’de; “*Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur. Şeklinde aydınlatma yükümlülüğü ifade edilmiştir.*

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü Hekimlik Meslek Etiği Kuralları³⁹⁰ m. 26’da;

“*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

³⁸⁷ Ekici, 2016: 28.

³⁸⁸ Oral, 2011: 198.

³⁸⁹ Çilingiroğlu, 1993: 75.

³⁹⁰ http://www.tb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65&Itemid=31 erişim tarihi: 15.11.2017

Yargıtay 4. HD. 07.03.1977 tarih ve E. 1976/6297, K. 1977/2541 sayılı kararında³⁹¹,
“Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır” şeklinde aydınlatma yükümlülüğünün önemine dikkat çekmiştir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi kural olarak müdahaleye rıza gösterilmesi ile mümkündür. Ancak hukuken geçerli bir rızadan bahsedilebilmesi için kişinin tıbbi müdahalenin taşıdığı riskler konusunda ayrıntılı şekilde aydınlatılmış olması gerekir³⁹². Aydınlatma, tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran rızanın bir ön koşulu niteliğindedir.

Aydınlatma, tıbbi müdahaleye rızanın kişinin özgür iradesine dayanmasının teminatı niteliğindedir. Ancak aydınlatma sonucunda oluşan rıza geçerli bir rıza sayılır³⁹³. Müdahaleye maruz kalacak kişinin hekim tarafından yeterince aydınlatılmamış olması, müdahalenin hukuka aykırı olması sonucunu doğurabilmesinin yanı sıra, aynı zamanda sözleşmeye de aykırılık oluşturacağından hekimin kusuru olmasa dahi tedavinin olumsuz sonuçlarından sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁹⁴. Kaldı ki kişi, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin gerçekleştirilen tıbbi müdahale sonucunda rızası ve menfaatine uygun bir şekilde iyileşmiş olsa dahi hekimden tazminat talebinde bulunabilecektir. Tıbbi müdahalenin hukuka aykırı nitelikte olması tazminat talebinde bulunulabilmesi açısından yeterlidir. Gerçekleştirilen tıbbi müdahale sonucu maddi zarar ortaya çıkmasa da kişilik haklarının ihlali manevi zarar olarak değerlendirilecektir³⁹⁵.

Aydınlatma, hekimin gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, içeriği, yan etkileri ve risklerinin yanı sıra, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçları hastaya anlatması ve onu, tıbbi müdahaleye serbestçe karar verebilecek kadar bilgilendirmesidir³⁹⁶. Kişi, aydınlatma yapıldıktan sonra tıbbi müdahalenin planlanması ve uygulanması bakımından durumun gerektirdiği kararı alabilecek duruma gelebilmelidir. Kişinin müdahaleye ilişkin belli konularda aydınlatılmamış olması iradesinin sağlıklı bir şekilde oluşmasını engelleyecektir. Yargıtayın, yukarıda

³⁹¹ Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 14.11.2017

³⁹² Ozanoğlu, 2003: 77; Oktay Özdemir, 2010: 1323; Işık Yılmaz, 2012: 392-393; Kahraman, 2016: 490.

³⁹³ Ayan, 1991: 72; Çilingiroğlu, 1993: 57; Şenocak, 2009: 97.

³⁹⁴ Özdemir, 2008: 348.

³⁹⁵ Adıgüzel, 2014: 985.

³⁹⁶ Çilingiroğlu, 1993: 59; Ayan, 1991: 71.

belirtilen kararında³⁹⁷, hekimin müdahalenin risk ve sonuçlarına yönelik olarak kişiyi yeterince aydınlatmamış olması nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu olacağı açıkça ifade edilmiştir.

Aydınlatılmış rıza alınmadan yapılan müdahale sonucunda kişi iyileşmiş ise, genel olarak maddi bir zarar söz konusu olmaz. Ancak hasta kişilik değerlerinin zarar gördüğü gerekçesiyle manevi zarara uğradığını ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunabilir. Tazminat davalarında aydınlatmanın yapıldığını ispat yükü genelde hekim veya sağlık kuruluşunun üzerindedir³⁹⁸.

³⁹⁷ Y. 4. HD. E. 1976/6297, K. 1977/2541 T. 07.03.1977 “...Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen zararlı sonuçtan sorumludur...” denilmektedir. bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 08.11.2017

³⁹⁸ Şimşek, 2015: 3555.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZAYA İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR VE RIZANIN TEMSİLCİ ARACILIĞYLA AÇIKLANMASI

3.1. Genel Olarak

Tıbbi müdahaleye rıza, “yaşama hakkı” ve “kişinin maddi ve manevi bütünlüğü” üzerindeki haklar ile yakından ilgilidir. Yaşama hakkının ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün kişiye karşı dahi korunduğu hukuk düzenlerinde zorunlu olarak tıbbi müdahaleye rızanın geçerli olduğu alan da sınırlanmaktadır³⁹⁹.

Kişinin en temel kişilik değerlerinden olan yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığını ihlal eden tıbbi müdahaleler, kişilik hakkına saldırı niteliğinde olduğundan kural olarak hukuka aykırıdır. Hukuk düzenimiz kişiye kendi yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde tasarruf etme imkanını rızaya bağlı kılmıştır. Kişi müdahaleye göstermiş olduğu rıza ile hukukun kendisine tanımış olduğu bu korunmadan vazgeçmekte ve saydığımız kişilik değerleri üzerinde bazı girişimlerde bulunulmasına izin vermektedir.

Tıbbi müdahale ile kişinin yaşam, sağlık ve cismani bütünlük gibi kişilik değerleri, dolayısıyla maddi bütünlüğüne ilişkin kişilik değerleri ihlal edilmiş olmaktadır. Maddi bütünlüğe ilişkin kişilik değerleri de yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, kişilik hakkı kapsamında yer alır.

Kişilik hakkını ihlali sonucunu doğuran tıbbi müdahaleler kural olarak hukuka aykırıdır. Bu kural, TMK m. 24/2’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 aykırıdır*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir.

Tıbbi müdahalenin ancak kanunda sınırlı biçimde sayılmış olan istisnai durumlarda hukuka uygun olduğu kabul edilir. Kişinin rızasına, üstün nitelikte özel yarar veya kamu yararına yahut kanunun verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirilen müdahaleler hukuka uygundur⁴⁰⁰.

Bu noktada kişilik hakkı kavramının belirlenmesi önem taşımaktadır. Çünkü kişinin en önemli kişilik değerlerinden olan yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığına yönelik tıbbi müdahaleler esas itibarıyla kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin rızası, müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır.

³⁹⁹ Oktay Özdemir, 2016: 4.

⁴⁰⁰ Çilingiroğlu, 1993: 42.

3.2. Kişilik Hakkı Kavramı ve Tıbbi Müdahaleye Rıza ile İlişkisi

Kişilik hakkı, kişinin bedensel, manevi ve fikri varlığı üzerindeki hak olarak ifade edilmiştir⁴⁰¹. Bir diğer tanıma göre kişilik hakkı, bir kişinin maddi (bedensel), manevi ve iktisadi bütünlüğü ve varlıkları üzerindeki haktır⁴⁰². Kişilik hakkı, hak sahibine bedensel ve maddi bütünlüğüne, menfaat ve ilişkilerine yönelik saldırılardan kaçınılmasını başkalarından isteme hak ve yetkisi verir. Kişilik hakkının konusuna tüm kişilik hakkı girdiğinden dolayı, kişilik hakkına özgü nitelik ve hukuki sonuçlar, onun konusuna giren kişisel değerlerin her biri bakımından da geçerlidir⁴⁰³. Kişilik hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen, kural olarak vazgeçilemeyen, devredilemeyen ve özüne dokunulmadan ancak kanunla sınırlanabilen bir haktır⁴⁰⁴.

Kişilik hakkı, mutlak haklardandır⁴⁰⁵. Mutlak hakların en önemli özelliği saldırıda bulunan herkese karşı ileri sürülebilmesidir.⁴⁰⁶ 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 kural olarak hukuka aykırıdır.

Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır⁴⁰⁷. Kişilik haklarından vazgeçilmesi ve başkalarına devredilmesi mümkün değildir⁴⁰⁸. TMK m. 23'te,

Kimse, hak ve fil 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."

denilmektedir. Kişiliğin korunması hakkındaki temel ilke bu hükümle belirlenmiştir.

Kişiliğin korunmasına ilişkin temel hüküm olan TMK m. 23'ten hareketle, kişiliğin maddi, manevi ve iktisadi bütünlüğünün sona ermesi sonucunu doğuracak sözleşmeler yapılamayacağı ifade edilmektedir. Bir başka deyişle bu unsurlar üzerinde kişilik hakkının kullanılmasından vazgeçilemez, bu haklardan feragat edilemez⁴⁰⁹.

Kural böyle olmakla beraber, bazı istisnai durumlarda kişinin kendi vücut bütünlüğü üzerinde bazı müdahalelerde bulunulmasına ilişkin yaptığı sözleşmeler TMK m. 23 dışında kalırlar yani geçerli olurlar. Bu şartların ilki rızadır. Gerçekten de, bedensel bütünlüğüne

⁴⁰¹ Velidedeoğlu, 1969: 106 vd.

⁴⁰² Sert ve Cihan, 2013: 42.

⁴⁰³ İpekyüz, 2006: 6.

⁴⁰⁴ Sert ve Cihan, 2013: 42.

⁴⁰⁵ Dural ve Ögüz, 2013: 103; Helvacı, (Davalara) 2001: 46; Arpacı, 2000: 104; Özsunay, 1977: 102; Zevkliler vd., 2000: 399; Oğuzman vd., 2012: 155.

⁴⁰⁶ Oğuzman vd., 2012: 155.

⁴⁰⁷ Helvacı, 2012: 47; Serozan, 1977: 94.

⁴⁰⁸ Oğuzman vd., 2012: 156.

⁴⁰⁹ Akipek vd., 2012: 359-360; Oğuzman vd., 2012: 192.

müdahalede bulunulacak kişinin bu konuda rızasının bulunması şarttır. TMK m. 24 gereği, *kişinin rızasına dayanan saldırıların hukuka aykırı olmadığı* ifade edilmiştir⁴¹⁰. Tıbbi müdahaleler, vücut bütünlüğüne saldırı niteliğinde olmaları açısından kişilik hakkı ile ilişkilendirilmektedir.

Vücut bütünlüğüne saldırı niteliğinde olduğu kabul edilen tıbbi müdahaleler bakımından bir diğer şart, müdahalenin rızasını açıklamış olan kişiye zarar vermemesi, onu *hayati bir tehlike altında* bırakmamasıdır. Aksi halde verilen rıza, TMK m. 23 hükmüne aykırı olacaktır⁴¹¹. Çünkü bu durumda kişilik hakkının aşırı şekilde sınırlanması sonucu doğacak ve müdahaleye rıza gösteren kişi zarar görecektir.

Vücut bütünlüğüne saldırı niteliğindeki tıbbi müdahalenin geçerliliği için son şart ise müdahalenin *üstün bir amaç* taşımasıdır. Burada üstün amaç TMK m. 24 hükmünde yer alan “daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar” olarak anlaşılmalıdır. Kişinin bizzat kendisinin veya bir başkasının hayatının kurtarılmasına veya sağlığına kavuşturulmasına yönelik müdahalelerde üstün amaç şartının var olduğu kabul edilmektedir⁴¹². Genel sağlığın korunması amacıyla kişiye rızası aranmaksızın aşı yapılması veya zorunlu topuk kanı alınması bunun tipik bir örneğidir⁴¹³. Soybağının belirlenmesi amacıyla kişiden biyolojik madde alınması ya da bir suça ilişkin delil elde edilebilmesi amacıyla vücuttan örnek alınması şeklinde ortaya çıkan tıbbi müdahalelerde, hukuka aykırılık rıza aranmaksızın ortadan kalkar.

Vücut bütünlüğünün korunması açısından tıbbi müdahaleler, beden bütünlüğüne saldırı oluşturmaları bakımından önemlidir. Tıbbi müdahaleler esas itibarıyla hukuka aykırı saldırı niteliği taşımakla birlikte, kişinin rızasına dayanması ve kişinin hayatını ve sağlığını korumaya yönelik üstün bir amaca yönelmesi müdahalenin hukuka aykırı niteliğini ortadan kaldırır⁴¹⁴.

Kişilik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu sonucundan hareketle, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kavramına değinmek gerekmektedir.

3.3. Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Hak Kavramı

Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar, bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gereken ve esasen hak sahibinin karar verme özgürlüğünü güvence altına alan haklardır.

⁴¹⁰ Akipek vd., 2012: 362; Oğuzman vd., 2012: 192.

⁴¹¹ Akipek vd., 2012: 362.

⁴¹² Akipek vd., 2012: 363.

⁴¹³ Ancak AYM tarafından zorunlu topuk kanı alınmasında kanunilik şartının sağlandığı, zorunlu aşı bakımından ise kanunilik şartının sağlanmadığına karar verilmiştir. bk. Bölüm 2 Başlık 6.4.

⁴¹⁴ Akipek vd., 2012: 365.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında duygusal etkiler, kişisel düşünceler büyük rol oynar. TMK m. 16 uyarınca bu haklar ayırt etme gücüne sahip olmaları koşuluyla küçükler ve kısıtlılar tarafından bizzat kullanılabilir⁴¹⁵.

TMK m. 10 hükmü uyarınca, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. Tam ehliyetli kişilerin fiil ehliyeti tam olduğundan her türlü hukuki işlemi bizzat gerçekleştirebilecekleri gibi, bütün haklarını da bizzat kullanabilirler⁴¹⁶. Tam ehliyetli kişilerin fiil ehliyetleri tam olduğundan kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanmalarında bir engel yoktur.

Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılardır. TMK m. 16/1 uyarınca sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmaları yasal temsilcinin rızasına bağlı değildir, bu haklar sınırlı ehliyetsiz tarafından bizzat kullanılabilir⁴¹⁷. Sınırlı ehliyetsizler açısından ehliyetsizlik asıl ehliyet istisna olmakla birlikte, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların önemi ve niteliği gereği bu hakların sınırlı ehliyetsizler tarafından bizzat kullanılabilmesi kabul edilmiştir.

Ergin kılınma isteminde bulunma hakkı, nişanlanma ve evlenme hakkı, ölüme bağlı tasarrufta bulunma hakkı, soybağının reddi ve babalık davası açma hakkı gibi haklar hak sahibi tarafından bizzat kullanılmalıdır. Bir diğer deyişle bu haklar açısından temsil geçerli değildir⁴¹⁸. Ancak TMK, çok önemli sonuçlar doğurabilecek olması nedeniyle kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan bazılarını örneğin nişanlanma ve evlenme hakkının kullanılmasını istisnai olarak yasal temsilcinin rızasına bağlamıştır.

TMK m. 15 gereği, tam ehliyetsizler, ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerdir. Ayırt etme gücünden yoksun olmanın sebebi, yaş küçüklüğü olabileceği gibi, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı da olabilir⁴¹⁹. Tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmaları mümkün değildir. Bu haklar tam ehliyetsizin temsiline ilişkin özellikler dikkate alınmak şartıyla bu kişilerin yasal temsilcileri tarafından kullanılır.

Tıbbi müdahaleye rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olmasının sonucu olarak, temel ilke, rızanın tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişi tarafından açıklanmasıdır. Gerçekten de, kişinin en önemli kişilik değerlerinden olan yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü ihlal etme ihtimali olan tıbbi müdahaleye rıza gösterecek olan, kişinin kendisidir. Nitekim Yargıtayın bir

⁴¹⁵ Akipek vd., 2012: 315.

⁴¹⁶ Akipek vd., 2012: 303.

⁴¹⁷ Özbilen, 2011: 265.

⁴¹⁸ Akipek vd., 2012: 316.

⁴¹⁹ Akipek vd., 2012: 304.

kararında⁴²⁰, “*Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendileri karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir*” denilerek kişinin tıbbi müdahaleye bizzat rıza göstermesi gerektiği ifade edilmiştir.

3.4. Rızanın Geri Alınması

Kişi, kendisi için faydalı olacak bir tıbbi müdahaleye rıza gösterdikten sonra herhangi bir sebepten dolayı rızasını geri almak isteyebilir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından rızanın geri alınma zamanı önem taşımaktadır.

HHY m. 25/1’e göre; “*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir.*” Maddeyi incelediğimizde, kişinin tedaviyi reddetmek veya tedavinin durdurulmasını isteme hakkının düzenlendiğini görmekteyiz. Düzenlemeye göre, kişi rıza göstermiş olduğu ve devam eden tıbbi müdahale sırasında müdahaleyi reddetmek veya tedavinin durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu durumda rızanın geri alınması söz konusu olacaktır.

Doktrinde bir kısım yazarlar, geçerli şekilde açıklanmış rızanın, tıbbi müdahalenin gerçekleştirileceği ana kadar geri alınabileceği, müdahaleye başlanmış ise kişinin geri alma yönündeki yeni açıklamasına hekimin uymak zorunda olmadığı görüşündedir⁴²¹. Bir diğer görüş ise rızanın, müdahalenin gerçekleştirildiği sırada ve hatta her zaman için geri alınabilmesinin mümkün olduğu yönündedir⁴²². TMK m. 23’te yer alan;

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.”

Hükmünden yola çıkılarak rızanın her zaman geri alınabileceği ifade edilmektedir⁴²³. Kanaatimizce de kişinin devam etmekte olan tıbbi müdahale sırasında rızasını geri alabilmesi, kişinin yaşamını ve sağlığını tehlikeye atmaması şartıyla her zaman mümkün olmalıdır.

Rızanın geri alınmasının yasal dayanağı TMK m. 24/2’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 aykırıdır.*” şeklinde ifade edilen temel kuraldır. Müdahaleye rıza gösterilmesinin şekle

⁴²⁰ Y. 4 HD. E. 1976/6297, K. 1977/2451, T. 07.03.1977. Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 07.11.2017

⁴²¹ Sarıal, 1986: 70, Tekinay vd., 1993: 490, Badur, 2017: 76.

⁴²² Çilingiroğlu, 1993: 54

⁴²³ Akipek vd., 2012: 362.

bağlı olduğu hallerde bile geri alınması herhangi bir şekil kuralına bağlanmamıştır⁴²⁴. Kişi müdahaleye rızasını her şekilde geri alabilir.

HHY m.25/1'e göre;

“Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.”

denilmektedir. Fıkranın ikinci cümlesine göre, kişinin tedavinin durdurulmasını istemesi halinde tedavinin gerçekleştirilmemesinden doğabilecek sonuçlar hatırlatılarak kişinin tedavinin durdurulması yönündeki isteğinin yazılı olarak alınacağı ifade edilmiştir. Ancak kişinin tıbbi müdahaleye rızasını geri alması herhangi bir şekil kuralına bağlanmadığından, kişinin yazılı belgeyi imzalamaktan kaçınması mümkündür⁴²⁵. Kanaatimizce de rızanın geri alınmasının şekil kuralına bağlanmamış olması isabetli olmuştur. Kişi rızasını geri aldığı sözlü olarak ya da davranışları ile ifade edebiliyor ve böylece kişinin rızasını geri aldığı anlaşılabilir ise artık müdahaleye devam edilmemelidir.

Canlı vericiden yapılacak doku ve organ nakillerinde rızanın geri alınmasında, ODNK m. 6⁴²⁶ 'da vericinin en az iki tanık huzurunda yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü beyanını imzaladığı tutanağın hekim tarafından onaylanması şartı aranmaktadır. Kanaatimizce, canlı vericiden yapılacak organ nakillerinde kişi ODNK m. 6'da ifade edilen şekil şartı aranmaksızın nakile yönelik rızasını geri alabilmelidir. Kişi, rızanın verilmesi için kanunda öngörülen şekil şartına uygun davranma baskısı altında olmadan rızasını geri alabilmelidir.

HHY m. 25/2'ye göre, kişinin tedaviyi reddetme veya durdurma hakkını kullanması, kişinin yeniden sağlık kuruluşuna başvurması halinde onun aleyhine kullanılamaz. Madde hükmü ile kanunkoyucu, kişinin müdahaleyi reddetme hakkını güvence altına almış, kişinin müdahaleyi reddederken daha sonra kendisi için olumsuz bir duruma yol açmayacağı endişesi taşımasını istememiştir.

Rızanın geri alınmasına ilişkin bir başka düzenleme, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları⁴²⁷ m. 26/3'te; *Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri*

⁴²⁴ Dautert ve Kunze, 2017: 5 aktaran: Badur, 2017: 77.

⁴²⁵ Badur, 2017: 76.

⁴²⁶ ODNK 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 verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”

⁴²⁷ Yayın Tarihi: 01.02.1999. http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65&Itemid=31, erişim tarihi: 01.11.2017

alabilir.” Şeklinde ifade edilmektedir. Hekim rızasını her zaman geri alabileceğini hastaya açıklamalıdır.

Rızanın geri alınması ile ilgili olarak, HHY m. 24’ün son fıkrasında, “*Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.*” koşuluna bağlanmıştı. Maddenin devamında ise, HHY m. 24/4’te ; “*..hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.*” denilmekteydi. Böylece rızanın geri alınması tıbbi yönden sakınca bulunmaması ve hayati tehlike bulunmaması şeklindeki iki koşula bağlanmıştı. Oysa HHY m. 25’te “kanunen zorunlu olan haller” dışında tıbbi müdahaleyi reddetme veya durdurabilme imkanı tanındığından ve kanunen zorunlu hallerin hangileri olduğu açıklık taşımadığından, hayati tehlike doğurabilecek hallerde dahi müdahalenin reddedilebileceği yahut durdurulabileceği sonucuna ulaşılabiliyordu. Bu durumda hekim, müdahaleyi kanunen zorunlu haller kapsamında saymayarak kişinin tedaviyi reddettiği gerekçesiyle onun ölümüne yol açabileceği ihtimali tartışılmıştır. HHY m. 24 ve m. 25 arasındaki çelişki doktrinde eleştiri konusu olmuş ve hekimin intihara yardım etme fiilini işlemesine sebep olabileceği sorununa işaret edilmişti⁴²⁸. Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁴²⁹ ile rızanın geri alınmasına ilişkin HHY’ m. 24’te yer alan hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece tedavinin reddedilmesine ve durdurulmasına ilişkin HHY m. 25 ile geri alınmasına ilişkin HHY m. 24 arasındaki uyumsuzluk ortadan kalkmıştır. Ancak kanaatimizce HHY m. 25 hükmü hayati tehlike doğurmayan veya en azından hayati tehlike doğurmayacak tıbbi müdahalelerin reddedildiği anlamına gelecek şekilde daha açık ve yoruma yer bırakmayarak düzenlenmeliydi. Esasen “kanunen zorunlu olan haller” ifadesiyle kastedilen yaşama hakkına saygı gösterilmesi ve yaşama hakkının korunmasıdır. Hayati tehlike altında olan kişinin müdahaleyi reddetme ya da durdurma yönündeki isteği nazara alınmaksızın tıbbi müdahale gerçekleştirilecektir. Yaşama hakkı kişinin menfaati açısından iradesine üstün tutulmaktadır⁴³⁰.

Rıza göstermeye yetkili olan iradi veya yasal temsilciler, kural olarak rızanın geri alınması veya rızanın esirgenmesi konusunda irade açıklamaya yetkilidir. Ancak rızanın hasta dışında bir üçüncü kişi tarafından açıklandığı durumlarda, rızanın geri alınmasına ve esirgenmesine dikkat edilmelidir. Rızasını geri alması veya esirgenmesi halinde sonuçlarına katlanacak olan kişi hastadır. Oysa hastanın temsilcisi olan üçüncü bir kişinin rızanın geri

⁴²⁸ Oktay Özdemir, 2010: 1332.

⁴²⁹ 8/5/2014 tarih ve 28994 sayılı RG.

⁴³⁰ Oktay Özdemir, 2010: 1333.

alınması veya esirgenmesi kararını vermesi halinde müdahalenin gerçekleşmemesi ile ortaya çıkacak zarar farklı olacaktır. Örneğin tıbbi müdahaleye rıza veli tarafından ancak çocuğun üstün yararının korunması amacıyla geri alınabilir⁴³¹.

Rızanın geri alınmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek bir diğer durum, kişinin tıbbi müdahale öncesinde rızası alınmış olmasına rağmen, müdahalenin gerçekleştirilmesinden sonra kendisine rızası alınmaksızın tıbbi müdahalede bulunulduğunu ileri sürmesi durumunda ne yapılacağıdır. Tıbbi müdahaleye rıza, kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak uygulamada ispat açısından tıbbi müdahale öncesinde kişiye maruz kalacağı tıbbi müdahale ile ilgili olarak hekim tarafından müdahalenin türü, biçimi, içeriği, yan etkileri ve risklerinin yanı sıra, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlara ilişkin olarak bilgilendirilmiş ve bilgilendirmeye uygun olarak aydınlatılmış olduğunu gösteren “rıza formu” imzalatılmaktadır. Böyle bir durumda kişinin aydınlatılmış rızasının alınmış olduğunu ispat külfeti hekim ya da hastanede olacaktır. Hekim ya da hastane, rızasının alınmadığını iddia eden kişiye rıza formu imzalatıldığını ispatladıkları takdirde sorumluluktan kurtulacaklardır.

Uygulamada genellikle müdahale hakkında gereken aydınlatmanın yapıldığına ilişkin rıza formları matbu olarak hazırlanmakta ve tıbbi müdahale öncesinde kişiye imzalatılmaktadır. Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre matbu formlar kişinin yeterince aydınlatılıp aydınlatılmadığını ispatı açısından yeterli değildir. Nitekim Yargıtay bir kararında⁴³²,

Göz Merkezi olarak yapılan reklam ve broşürlerden etkilenecek, 10.05.2007 tarihinde Özel ... Göz Sağlığı Merkezi'ne bilgi almak için başvurduğunu, hastanede davalı Op. Dr. ... ile görüştüğünü, görüşmede davalının işinde Türkiye'nin en iyisi olduğunu ve lazer teknolojisini ülkeye getiren kişi olduğunu ve maksimum 1 hafta içerisinde daha kaliteli görecektir şeklinde işinde çalışmaya başlayabileceğini garanti ettiğini, 11.05.2007 tarihinde ameliyat edildiğini, taburcu olmadan tekrar sorun yaşaması sebebiyle yeniden ameliyat odasına alınarak bir takım işlemler yapıldığını, taburcu edildikten bir kaç gün sonra tekrar sorun yaşaması sebebiyle hastahaneye geldiğini doktor tarafından açıklama yapılmaksızın sorun olduğu gerekçesiyle tekrar ameliyat masasına yatırıldığını ve birkaç saatlik müdahaleden sonra uzun bir süre göremeyeceğinin belirtildiğini.... "...davalının ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmesi BK. madde 357. maddesine göre bir zorunluluktur. Öyle olunca dosyaya ibraz edilen onam 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 içeriği ile

⁴³¹ Badur, 2017: 76.

⁴³² Y. 13. HD. E. 2015/32882, K. 2016/24003 T. 21.12.2016 Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 02.11.2017

anlaşılarmamaktadır. Hal böyle olunca bu konudaki davalı delillerinin toplanarak gerekli inceleme ve araştırma yapıldıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği" gerekçesiyle bozulmuş ve bu kez mahkemece, Dairemizce verilen bozma kararına uymak suretiyle yargılamaya devam edildiği halde, bozma gerekleri yerine getirilmeden özellikle davalıların tanık ...'ın tekrardan dinlenmesine yönelik talebi dikkate alınmadan hüküm tesis edildiği anlaşılmıştır. Zira Dairemizce verilen bozma kararında aydınlatılmış onam belgesinin ispata yarar olmadığı..."

şeklinde ifade etmiş ve hastanın komplikasyonları da içerir şekilde aydınlatılmış olduğunu ispat açısından matbu formu yeterli bulmamıştır. Kişiye aydınlatma yapılan hususların açıklandığını gösteren söz konusu müdahaleye özgü rıza formu düzenlenmesi ispat açısından en doğrusu olacaktır.

Rızanın geri alınması, kişinin tedaviyi reddettiği anlamına gelir. Kanun hükmü gereği veya mahkeme kararıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde, kişinin tıbbi müdahaleye rızası aranmaz. Bu tür müdahalelerde kanun hükmünün veya mahkeme kararının uygulanması hukuka uygunluk sebebi olduğundan, kişinin rızasını geri alması tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesini engellemeyecek ya da durdurmayacaktır.

Rızanın geri alınması, o ana kadar gerçekleştirilmiş olan müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmeyecektir. Ancak rıza geri alındıktan sonra gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler hukuka aykırı nitelikte olacaktır⁴³³. Hekim, kişi rızasını geri aldığı takdirde müdahaleye devam etmemelidir. Aksi halde hekimin geçerli rızaya dayanmaksızın gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler bakımından sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

3.5. Rızanın Esirgenmesi

Tıbbi müdahale, kişinin sağlık ve refahını sağlamaya ya da kişinin hayatını kurtarmaya yönelik bir nitelikte ise kişinin müdahaleye rıza göstermesi beklenir. Ancak kişi bazı durumlarda müdahaleye rıza göstermekten kaçınabilir.

Rızanın esirgenmesi, kişinin tedaviyi reddettiği anlamına gelir. HHY m. 25/1'e göre; *"Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir."* denilmektedir. Kişi tıbbi müdahaleye rıza göstermeyi reddettiği takdirde, rızası olmaksızın kişi üzerinde tıbbi müdahale gerçekleştirilemez.

Tıbbi müdahalenin hastanın rızasını esirgemesine rağmen gerçekleştirilmesi halinde ortada başka bir hukuka uygunluk sebebi bulunmuyorsa tıbbi müdahale hukuka aykırı nitelikte olacaktır. Tıbbi müdahaleye rızanın eksik olmasının sonuçları, müdahaleden

⁴³³ Ünver, 2006: 253 vd.; Uygur, 2009: 205.

bağımsız olarak ortaya çıkar⁴³⁴. Rıza gösterilmediği takdirde kural olarak kişiye yönelik herhangi bir tedavi ya da girişim başlatılamaz. Bu durumun istisnası kişinin hayatı tehlike içerisinde bulunmasıdır. Örneğin ölüm orucundaki kişiye müdahale edilmediği takdirde kişi açısından hayati tehlike oluşması veya telafisi güç sonuçların meydana gelmesi söz konusu ise, tıbbi müdahale gerçekleştirilecektir. Yaşam hakkının vazgeçilmezliği ilkesi kişiye rızası hilafına müdahalede bulunulmasını zorunlu hale getirmektedir⁴³⁵. Ancak AİHM bir kararında⁴³⁶, rıza ehliyetine sahip bir yetişkinin rızasını esirgemesine rağmen gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin o kişinin vücut bütünlüğünün ihlali niteliğinde olacağını ifade etmiştir. Kararda, bu şekilde gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin AİHS m. 8'e aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır. AİHS m. 8'e göre;

Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

denilmektedir. Kişinin müdahaleye rızasını esirgemesinin sonucunda ölümüne kesin gözle bakılsa dahi bunun kişi özerkliği ve kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ayrıca belirtilmiştir⁴³⁷.

Kanun hükmü gereği veya mahkeme kararıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde, kişinin tıbbi müdahaleye rızası aranmaz. Kişinin rızasını esirgeyerek müdahaleyi reddetmesi, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesini engellemeyecek ya da durdurmayacaktır⁴³⁸. Bu tür müdahalelerde kanun hükmü veya mahkeme kararı tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlar.

HHY m. 25/1'i incelediğimizde, tedaviyi reddetme hakkının yanı sıra kişinin tedavinin durdurulmasını isteme hakkının da düzenlendiğini görmekteyiz. Buna göre, kişi devam eden tıbbi müdahale sırasında rıza göstermeyi reddederek tedavinin durdurulmasını istemek hakkına da sahiptir. Kişinin tedavinin durdurulmasını istemesi halinde, rızanın geri alınması söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, kişinin tıbbi müdahale sırasında rıza göstermeyi reddetmesi sonucu müdahaleye son verilebilmesi için, müdahalenin sonlandırılması kişi açısından hayati tehlike doğurmayacak olmalıdır.

⁴³⁴ Badur, 2017: 78.

⁴³⁵ Oktay Özdemir, 2010: 1331.

⁴³⁶ Başvuru no: 302/02, T. 22.11.2010. Kararın İngilizce metni için bk.

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["302/02"\],"documentcollectionid2":\["CH AMBER"\],"itemid":\["001-99221"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) aktaran: Badur, 2017: 78.

⁴³⁷ Badur, 2017: 78.

⁴³⁸ Badur, 2017: 347.

Kişi henüz hayati tehlikesinin bulunmadığı ve ayırt etme gücüne sahip olduğu bir dönemde rızasını önceden açıklamış olduğu irade beyanıyla esirgeyebilir. Örneğin kanser hastası olan bir kişiye kemoterapi ya da radyoterapi uygulandığında, kişinin tedavi sonucunda hayatının uzayacağı kesin olsa dahi kişi bu tedavileri istemediğini bilinçli olarak ifade edebilir. Kişi yaşama süresinin kısılacağını bilerek tedaviye rızasını esirgiyorsa tedavilere başlanmaması gerekir⁴³⁹. Aksi halde bu müdahalenin kişinin yararına olacağından ve sonuçta yaşam süresinin uzamasına katkıda bulunacağından hareket edilerek kişinin rızası hilafına tıbbi müdahalede bulunulması söz konusu olur. Bu durumda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebi olan rızanın bir fonksiyonu kalmayacaktır⁴⁴⁰. Kişinin istemediği müdahaleye zorlanması vücut bütünlüğünün ihlali anlamına gelir.

Müdahalede bulunmanın tıbben zorunlu olduğu hallerde küçük ya da kısıtlı kişinin yasal temsilcisi tarafından müdahaleye rıza gösterilmemesi halinde nasıl bir yöntem izleneceği⁴⁴¹ incelenmesi gereken bir diğer durumdur. Acil durumda, hayati tehlikesi olan küçüğün üstün nitelikte yararı gereği hekim gereken müdahaleyi derhal gerçekleştirmelidir. Yasal temsilcinin küçüğün yararına olan müdahaleyi reddetmesi yasal temsil yetkisinin aşılması anlamına gelecektir⁴⁴². Nitekim *“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 tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir”*. (HHY m. 24/7) Maddeden yola çıktığımızda, zorunluluk halinde rıza şartı aranmadığından, küçüğün menfaati ve üstün nitelikte yararı gereği, küçüğün hayati tehlikesinin bulunması halinde, hekimin yasal temsilcinin rıza göstermeme yönündeki iradesini dikkate almaksızın gereken müdahaleyi gerçekleştirmesi gerekir. Prematüre bir yenidoğanın ilgili servise gönderilmesine anne babasının karşı çıktığı ve hekimlerin de yasal temsilciler tarafından rıza gösterilmediği gerekçesiyle bebeği ilgili servise göndermeyerek onun ölümüne yola açtıkları bir olayda Yargıtay, velayet sahiplerinin rızası aranmaksızın müdahale gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yüksek mahkeme kararında, hekimlerin vekaleti özen yükümlülüğü gereği müdahale etmesi gerektiğini belirtmiştir. Burada bir görüşe⁴⁴³ göre, küçüğün üstün nitelikte yararı ve varsayılan rızası müdahaleyi hukuka uygun hale getiren sebep olarak düşünülebilir. Ancak burada hekimin rıza eksikliğine rağmen müdahale edebilmesi için, küçüğün acil müdahale gereksinimi içerisinde

⁴³⁹ Oktay Özdemir, 2010: 1330.

⁴⁴⁰ Oktay Özdemir, 2010: 1330.

⁴⁴¹ HHY m. 24/4: *“Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”*

⁴⁴² Şenocak, 2009: 77.

⁴⁴³ Badur, 2017: 112.

olması ve mahkeme kararı alınmasına zaman kalmaması gerekir. Kanaatimizce küçüğün üstün nitelikte yararı gereği, küçüğün hayatı tehlikesinin bulunması halinde yasal temsilcinin rıza göstermeme yönündeki iradesi değil, küçüğün menfaati göz önünde tutularak tıbbi müdahale gerçekleştirilmelidir.

Rızanın esirgenmesi ile ilgili olarak gebe kadının doğum sırasında tıbbi müdahaleye rızasını esirgemesi halinde hekimin nasıl davranması gerektiği bir başka tartışma konusudur. Gebe kadının rızasını esirgeme hakkına sahip olup olmadığı ceninin sağ ve tam doğum ihtimali bakımından önemlidir. Bir görüşe göre, kural olarak gebe kadının tıbbi müdahaleye rızasını esirgeme hakkı bulunmaktadır. Örneğin kadın normal doğum sırasında bebeği kurtarabilmek için kendisine sezaryen yapılmasına rızasını esirgeyebilir. Böyle bir durumda hekim, gebe kadının yaşamış olduğu ağrıların etkisinden dolayı rıza ehliyetini kaybedip kaybetmediği konusunda dikkatli olmalıdır. İngiltere’de meydana gelen bir olayda mahkeme, dini inançları gereği kendisine sezaryen uygulanmasına rıza göstermeyen kadının rızası hilafına müdahalede bulunulmasını hukuka aykırı bulmamıştır. Cenin ile kadın arasında yaşanan menfaat çatışmasını cenin yararına sonuçlandırmıştır⁴⁴⁴. Ancak bu görüşe göre, Türk hukukunda ceninin sağ olarak dünyaya gelmesi için kendisine önerilen tıbbi müdahaleye rızasını esirgeyen gebe kadına rızası aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabileceğine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Rıza dışındaki hukuka uygunluk sebeplerinden olan üstün nitelikte özel veya kamusal yararın bu durumda uygulanma olanağı yoktur. Henüz tam ve sağ doğmamış ve kişi sıfatı kazanmamış olan cenin açısından üstün nitelikte yararı veya kamusal yarar söz konusu olamaz⁴⁴⁵.

3.6. Ameliyatın Genişletilmesi

Tıbbi müdahaleye rızanın konusu, hekim tarafından kişiye açıklanmış olan belirli bir tıbbi müdahaledir. Ancak bazen rızanın belirli bir tıbbi müdahale için alınmış olması birtakım öngörülemeyen durumlar meydana gelmesi halinde güçlükler yol açmaktadır⁴⁴⁶.

Ameliyat başladıktan sonra ameliyatın genişletilmesi ya da önceden planlanmayan farklı bir müdahalenin gerçekleştirilmesi tıbbi zorunluluk durumu olarak ortaya çıkabilir. Kural olarak ameliyatın genişletilmesi ya da değiştirilmesi için kişinin rızasının alınması gerekir. Ancak kişiye anestezi uygulanmış ve bilinci kapalı haldeyken, söz konusu durumun açıklanarak kişinin rızasının alınmasına imkan yoktur⁴⁴⁷. Ameliyat sırasında önceden

⁴⁴⁴ Badur, 2017: 79.

⁴⁴⁵ Badur, 2017: 79.

⁴⁴⁶ Uygur, 2009: 201.

⁴⁴⁷ Boran, 2007: 95.

öngörülemez bir durumla karşı karşıya kalması halinde hekimin nasıl bir yöntem izleyeceği açıklığa kavuşturulması gereken bir durumdur.

Konuyla ilgili olarak apandisit ameliyatı sırasında kişinin safra kesesinin alınmasının tıbbi bir zorunluluk olduğunu tespit eden hekimin nasıl bir yöntem izlemesi gerektiği önemli bir sorundur. Bu durumda hekim sadece kişinin apandisitini alarak safra kesesine gereken müdahaleyi yapabilmek için narkoz etkisinden çıktıktan sonra onun rızasını alma yöntemini tercih ederse hasta maddi ve manevi açıdan zarar görecektir⁴⁴⁸. Yasal düzenlemeleri incelediğimizde, HHY m. 31/son fıkrası uyarınca; *“Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.”* denilmektedir. Ameliyatta ortaya çıkan beklenmedik duruma kişinin bilmesi halinde rıza göstereceği sonucuna varılabiliyor ise hekimin davranışı hukuka uygun olacaktır. Bu durumda ameliyatın genişletilmesi hukuka uygundur⁴⁴⁹. Ancak burada hastanın rızası olmaksızın genişletilen müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, operasyon sırasında ortaya çıkan durum hasta açısından hayati derecede önem taşımali ya da onun sağlığını tehdit eden ağır bir tehlike içermelidir. Hastanın rızasını almak için ona ikinci kez anestezi verilerek yeni bir müdahale gerçekleştirilmesi, sağlığı bakımından ciddi zararlar doğuracak ise hekim onun menfaatini ön planda tutarak ameliyata devam etmelidir⁴⁵⁰. Kişinin böbreğindeki taşın alınması amacıyla gerçekleştirilen ameliyatta, hekimin böbrekte iltihabi bir durum tespit ederek onun böbreğini almasının, tıbbi bir zorunluluktan kaynaklandığı, bu durumda hekimin sorumluluğunun olmadığı Yargıtayın vermiş olduğu bir kararda⁴⁵¹ da belirtilmiştir.

Doktrinde bir görüşe göre, ameliyatın genişletilmesi gibi tıbbi zorunluluk durumlarında hekim kişinin iradesine dayanmaksızın fakat kişinin menfaatine yani onu iyileşmesi için müdahalede bulunur. Bu nedenle ameliyatın genişletilmesi halinde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanmalıdır⁴⁵². Genel kabul gören görüşe göre, kişi bakımından hayati bir tehlikenin söz konusu olması durumunda ameliyatın genişletilmesi hukuka uygundur.

⁴⁴⁸ Uygur, 2009: 202.

⁴⁴⁹ Uygur, 2009: 202-203.

⁴⁵⁰ Özbilen, 2011: 315.

⁴⁵¹ Y. 4. HD., 970/1053/2096 T. 5.3.1971 “1. Davacının böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyatta, böbreğin arz ettiği iltihabi durum karşısında; ameliyata tevessülün (taşın alınması) davacının sağlığını tehlikeye koyacağı, böbreğin alınmasının tıbbî bir zaruret neticesi olduğu, normal ve gerekli olanın yapılmış bulunduğu,

2. Böbrek alma keyfiyetinde davalıya atfı kabil bir kusur bulunmadığı gibi, böbreğin alınmasının kesin bir zararı ifade etmediği, yaranın kapatılıp izin istihaliyle, ikinci bir ameliyata geçilmesinin sağlık bakımından sakıncalı görüldüğü ve bu durumda tıbbın gerektirdiği şekilde hareket edilmiş bulunmasına göre; davalı doktorun sorumlu olmadığına ve açılan bu manevi tazminat talebinin reddine karar verildi.” (aktaran: Aşçıoğlu, 1993: 37)

⁴⁵² Ayan, 1991: 60; Boran, 2007: 96.

Kanaatimizce de bu durumda kişiye müdahale edilmesi tıbbi bir zorunluluk olduğundan, hastanın ağır bir zarara uğramasını engellemek amacıyla hekimin ameliyatı genişletmesi hukuka uygun olacaktır.

Bir diğer ihtimal, ameliyat sırasında ortaya çıkan yeni durumun kişinin sağlığını tehlikeye atacak ya da hayatını etkileyecek derecede önemli olmaması halinde hekimin nasıl bir yöntem izleyeceğidir. Acilen müdahale edilmemesi kişinin yaşamı ve sağlığı açısından telafisi güç ya da imkansız zararlara yol açmayacaksa, bu durumda öncelikle rıza alınmış olan müdahale tamamlanmalı, daha sonra onun bilinçli hale gelmesi beklenmelidir. Kişi karar verebilecek duruma geldikten sonra onun yeniden rızası alınarak ikinci müdahale gerçekleştirilmelidir⁴⁵³. Nitekim HHY m. 24/7’de,

“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 tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”

şeklinde ifade edilmektedir. Ana kural, kişiye rızası alındıktan sonra tıbbi müdahale gerçekleştirilmesidir. Tıbbi müdahale hayati önem taşımadığı takdirde kişinin rızasını almak öncelikli olmalıdır.

3.7. Rızanın Aşılması

Rıza kural olarak sadece kişinin bilgilendirilmiş olduğu tıbbi müdahaleyi kapsar. Kişinin rızası hangi konuya ilişkin ise, hekimin müdahalesini o konuda gerçekleştirmesi ve gösterilen rızanın sınırları çerçevesinde kalması gerekmektedir.

Rızanın kapsamının aşıldığı tıbbi müdahale, ortada başka bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça hukuka aykırı olur. HHY m. 31/3’de bu kural, *Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir*” şeklinde ifade edilmiştir.

Rızanın aşılması haline örnek olarak hekimin gerçekleştirmekte olduğu ameliyat sırasında kamu sağlığı açısından gerekli gördüğünü ileri sürerek kişinin bir organını alması durumunda nasıl bir yöntem izleneceği tartışılmalıdır. Böyle bir durumda hekimin tıp biliminin kendisine tanıdığı olduğu yetkiyi aşarak hukuka aykırı bir müdahalede bulunmuş olduğundan mı yoksa üstün nitelikte bir kamu yararından mı bahsedileceği açıklığa kavuşturulmalıdır.

⁴⁵³ Özbilen, 2011: 315.

TMK m. 23 uyarınca,

“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 madde alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez;; maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamaz”

kuralı ile kişilik hakkı en üstü düzeyle korunmaya çalışılmıştır. Bu hüküm ile organ bağışının toplum yararı gözetilerek hukuka uygun olduğu ayrıca ifade edilmiştir⁴⁵⁴. Organ bağışında kamu yararı gözetilmiş olmakla birlikte, hekimin kişinin yazılı rızasını almaksızın kişiden organ alınması şeklindeki tıbbi müdahalesi, hem TMK m. 23 hem de ODNK gereği hukuka aykırıdır. ODNK m. 1 uyarınca canlı vericiden yapılacak organ naklinin hukuka uygun sayılabilmesi için, naklin alıcının tedavi edilebilmesi amacını taşıması şarttır.

HHY’ nin “Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı” başlıklı m. 12’ye göre; *“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”* Hekim teşhis, tedavi veya koruma amacı olmaksızın, kişinin isteğine uyararak veya diğer sebeplerle akli veya bedeni mukavemeti azaltacak herhangi bir girişimde bulunamaz.

TDN m. 13/3’e göre, *“Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz”* denilmektedir. Hekim, teşhis, tedavi, önleme ya da nüfus planlaması amaçlarına uygun ve tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına göre tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlüdür.

Rızanın aşılması, ameliyatın genişletilmesi gibi hallerde ve ancak tıbbi bir zorunluluk olması durumunda, kişinin sağlığını tehlikeye atan beklenmedik duruma rıza göstereceği varsayılarak onun yararına bir müdahale gerçekleştirilecek olması şartıyla hukuka uygun kabul edilebilir. Hekimin gerçekleştirmekte olduğu ameliyat sırasında kamu sağlığı açısından gerekli gördüğünü ileri sürerek kişinin bir organını alması ise kişinin sağlığını tehlikeye atabilecek nitelikte bir tıbbi müdahaledir. Kişinin açıkça rıza göstermediği bu şekilde bir tıbbi müdahaleye varsayılan rızasının olacağının kabul edilebilmesi mümkün değildir. Hekimin rızanın kapsamını aşarak gerçekleştirdiği müdahale hukuka aykırı olacaktır.

Kamu sağlığı açısından düşünüldüğünde ise üstün nitelikte kamu yararına dayanılarak gerçekleştirilebilecek tıbbi müdahaleler kanunda sınırlı şekilde sayılmaktadır. Kişiden rızası alınmaksızın organ alan hekim, müdahaleyi kanundan kaynaklanan bir yetkiye dayanarak gerçekleştirmemiştir.

⁴⁵⁴ Sert ve Cihan, 2013: 43; Özbilen, 2011: 128-129.

Hekimin rızanın kapsamını aşarak gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahale, kişilik haklarına yönelen hukuka aykırı saldırı niteliğinde olacaktır. Hekimin hukuka aykırı müdahaleden dolayı hem haksız fiil hem de caiz olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca sorumluluğu doğacaktır.

3.8. Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Temsil

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında, hakların mahiyeti gereği, hak sahibi hakkını bir temsilci aracılığıyla kullanamaz. Bu tür hakların, hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekir⁴⁵⁵. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların özelliği gereği, bu haklar hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendirmekte ve bu nedenle kural olarak temsil yoluyla kullanılamamaktadır⁴⁵⁶. Ancak bazı kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekmemektedir.

Doktrinde egemen olan görüşe göre, tıbbi müdahaleye rıza, temsilin geçerli olduğu nisbi anlamda kişiyeye sıkı sıkıya bağlı bir haktır⁴⁵⁷. Burada kastedilen, yasal temsildir. Ancak yasal temsilci, tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin rızasını onun yerine geçerek açıklamamakta, temsil edeceği küçük veya kısıtlının maruz kalacağı tıbbi müdahaleye ilişkin olarak kendi iradesini açıklamaktadır⁴⁵⁸. Temsilcinin temsil yetkisi doğrudan doğruya kanundan kaynaklandığı için, bu kişilere “yasal temsilci” denilmektedir⁴⁵⁹. Hukukumuzda tıbbi müdahaleye rıza açısından yasal temsil kabul edilmektedir. Tıbbi müdahalelerde müdahaleye maruz kalacak kişinin iradi temsilci⁴⁶⁰ ataması ise mevzuatta düzenlenmediğinden hukukumuz açısından kabul edilmemektedir.

Temsil kurumunda bir hukuki işlemi başkası adına yapan kişiyeye temsilci, temsilcinin adına hareket ettiği kişiyeye temsil olunan, temsilcinin kendisiyle hukuki işlem yaptığı kişiyeye ise üçüncü kişi denir⁴⁶¹. Temsil ilişkisinde hukuki işlem üçüncü kişi ile temsilci arasında yapılmasına rağmen yapılan işlemde doğan hukuki sonuçlar, temsil olunanın ad ve hesabına doğmaktadır⁴⁶².

Temsil, doğrudan ve dolaylı temsil olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuki işlem önce temsilci adı ve hesabına kurulup daha sonra bu işlemler temsil olunana başka bir hukuki

⁴⁵⁵ Akyol, 2009: 35.

⁴⁵⁶ Oğuzman vd., 2012: 81; Helvacı, 2012: 81; Akipek vd., 2012: 315.

⁴⁵⁷ Akipek vd., 2012: 317; Oğuzman vd., 2012: 82; Badur, 2017: 84.

⁴⁵⁸ Badur, 2017: 85.

⁴⁵⁹ Akipek vd., 2012: 306.

⁴⁶⁰ bk. Bölüm 3 Başlık 3.8.3.2.

⁴⁶¹ Demir, 2015: 273.

⁴⁶² Demir, 2015: 251; Akyol, 2009: 151; Hatemi ve Gökyayla, 2012: 100.

işlemlerle naklederse, TBK m. 40/3 uyarınca buna “dolaylı temsil” denir⁴⁶³. Buna karşılık hukuki işlemin sonuçları temsilcinin adı ve hesabında değil de, doğrudan doğruya temsil olunan adı ve hesabında sonuç doğuruyorsa buradaki temsile de TBK m. 40/1 gereği “doğrudan temsil” denir⁴⁶⁴. Doğrudan temsilin söz konusu olabilmesi için aranan şartlardan birisi, temsilcinin temsil yetkisine sahip olmasıdır⁴⁶⁵. Temsil, kural olarak doğrudan temsili ifade eder⁴⁶⁶.

Bir kişinin diğer bir kişi adına hukuki işlemde bulunma yetkisi ya temsil olunanın iradesine (rızasına) dayanır ya da temsil yetkisi temsil olunanın iradesi dışında mevcuttur. Birinciye iradi temsil, ikinciye yasal temsil yetkisi denir. Bazı hallerde yasal temsil yetkisi doğrudan doğruya kanundan doğar. Velinin velayetindeki kişiyi temsil etmesi buna örnektir. Bazen de kanun, bir temsilci atama yetkisi tanır ve atanan temsilci kanunen yetkili olur. Vasinin ve kayyımın yetkileri böyledir. Ancak yasal temsil dar anlamda sadece veli ve vasiyi kapsayacak şekilde kullanılmaktadır⁴⁶⁷. Temsil yetkisi kanundan doğabileceği gibi, bir hukuki işlemde de doğmuş olabilir. Diğer bir deyişle temsil olunan, temsilciye tek taraflı bir irade açıklamasıyla da temsil yetkisi verebilir.

Temsilde yetkilendirme işleminin geçerli olması için, temsil olunanın tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir. (TMK m. 10). Ne var ki, sınırlı ehliyetsizler (ayırt etme gücüne olan küçük ve kısıtlılar) TMK m. 16/1 uyarınca bizzat kendilerinin serbestçe yapabilecekleri işlemlerde (örneğin bağışlamanın kabulü söz konusu ise) veli veya vasilerinin rızasına gerek olmaksızın bir başkasını temsilci olarak yetkilendirebilirler⁴⁶⁸.

Mevzuatımız açısından tıbbi müdahaleye maruz kalacak olan kişi veya yasal temsilcisi dışında rıza gösterme ile yetkilendirilmiş bir kişi bulunmamaktadır. Hukukumuzda tam ehliyetli kişinin maruz kalacağı tıbbi müdahaleye kişinin kendisinin rıza göstermesi aranmaktadır⁴⁶⁹. Tam ehliyetsiz kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyeti bulunmadığından, yasal temsilcileri tarafından müdahaleye rıza gösterilmektedir. Bu bağlamda tam ehliyetsiz kişinin tıbbi müdahaleye rıza açısından temsiline hangi şartlarda mümkün olduğu incelenmelidir.

⁴⁶³ Antalya, 2013: 371.

⁴⁶⁴ Demir, 2015: 251; Oğuzman ve Öz, 2013: 220.

⁴⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 673; Oğuzman ve Öz, 2013: 221.

⁴⁶⁶ Oğuzman ve Öz, 2013: 220.

⁴⁶⁷ Oğuzman ve Öz, 2013: 224.

⁴⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 653- 654; Eren, 2010: 396.

⁴⁶⁹ Oktay Özdemir, 2010: 1328.

3.8.1. Tam Ehliyetsiz Kişinin Temsili

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi ergin kişi olabileceği gibi, küçük veya kısıtlı da olabilir. Bu kişiler TMK m. 15'e göre tam ehliyetsizdir. Bu kimseler eğer küçük veya kısıtlı ise, onlar adına ve hesabına hareket eden bir yasal temsilci zaten bulunmaktadır. Eğer kısıtlanmamış bir ergin kişi ise sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksunluk yasal bir kısıtlama nedeni olduğundan, kısıtlama kararı verilerek kendisine yasal temsilci atanır. (TMK m. 396 vd.)

Tam ehliyetsiz kişilerin yasal temsilcileri, onlar adına hukuki işlem yapma yetkisine sahiptir. Yasal temsilciler tam ehliyetsizi üçüncü kişilere karşı temsil ettikleri gibi, haklarını onlar adına kullanırlar⁴⁷⁰. Ancak tam ehliyetsizler ayırt etme gücünden yoksun oldukları için kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanmaları mümkün değildir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması bakımından yasal temsil ilkesi geçerli olmadığından, bu haklar tam ehliyetsiz adına yasal temsilcileri tarafından kullanılamaz⁴⁷¹.

Doktrinde genel kabul edilen görüşe göre de, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar tam ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisi tarafından kullanılamaz⁴⁷². Ancak bazı haklar ise nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlıdır ve tam ehliyetsiz kişinin menfaatinin korunması bakımından yasal temsil yolu açıktır. Tam ehliyetsiz kişinin çıkarlarının korunması açısından yaratılan bu istisna nedeniyle, yasal temsilcinin tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin hukuken geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴⁷³. Nitekim İsviçre'de 2013 yılında yapılan değişiklik ile ayırt etme gücü bulunmayanların bazı şahsa bağlı hakların kullanılmasında yasal temsilcileri tarafından temsil edileceği hükme bağlanmıştır⁴⁷⁴.

Tıbbi müdahale, niteliği gereği tam ehliyetsizin yaşam, sağlık veya vücut bütünlüğü değerlerine yönelmektedir. Tam ehliyetsizin yasal temsilcisi vasıtasıyla kendi sağlığını ilgilendiren bir konuda karar verememesi, onun aleyhine bir durum oluşturacaktır. Örneğin yasal temsilciden rıza alınamaması, tam ehliyetsizin vücudunda kanserli hücrelerin diğer organlarına yayılmasına ve kişinin ölümüne yol açabilecektir. Bu durum tam ehliyetsizin çıkarlarının korunmasına ters düşecektir⁴⁷⁵. Bir diğer nokta ise, tam ehliyetsizin müdahaleye rıza göstermesi mümkün olmamakla birlikte, maruz kalacağı tıbbi müdahaleye ilişkin

⁴⁷⁰ Akipek vd., 2012: 306.

⁴⁷¹ Akipek vd., 2012: 316.

⁴⁷² Oğuzman, 2012: 318.

⁴⁷³ Akipek vd., 2012: 317; Oğuzman vd., 2012: 82.

⁴⁷⁴ Oktay Özdemir, 2016: 4.

⁴⁷⁵ Özbilen, 2011: 279.

istekleri, tam ehliyetsiz kişinin ifade edebildiği ölçüde yasal temsilci tarafından dikkate alınmalıdır⁴⁷⁶.

Bir görüşe göre, ayırt etme gücü bulunmayanlar açısından, tıbbi müdahaleye yasal temsilci tarafından rıza gösterilmesi kişinin temsil edildiği anlamına gelmez. Yasal temsilci tarafından gösterilen rıza, sadece tıbbi müdahaleyi hukuka uygun duruma getirmektedir⁴⁷⁷. Ancak burada hukuka aykırılığın yasal temsilcinin rızası ile engellenebilmesi için, tıbbi müdahalenin tam ehliyetsiz kişinin üstün nitelikte özel yararına olması gerekir⁴⁷⁸. Bir diğer görüşe göre ise, yasal temsilcinin müdahaleye rızası ayırt etme gücü olmayan kişinin rızası yerine geçmeyecektir. Burada hukuka uygunluğu sağlayan unsurun varsayılan rıza⁴⁷⁹ olduğu ileri sürülmektedir⁴⁸⁰. Diğer bir görüşe göre ise, ayırt etme gücü olmayan kişinin varsayılan rızasını araştırmak yerine yasal temsilcinin rızasının aranması menfaat dengesi bakımından daha yerinde olacaktır. Ancak kişinin üstün nitelikte özel yararının belirlenmesi mümkün ise bu rıza da aranmayabilir⁴⁸¹.

Kanaatimizce, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi açısından ön planda tutulması gereken, tam ehliyetsiz kişinin menfaatini korumak olmalıdır. Tam ehliyetsiz kişinin vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleşecek müdahale, yasal temsilcinin rızası ile hukuka uygun hale gelmektedir. Ancak bu kişilerin maruz kalacağı müdahalede kişinin üstün nitelikte özel yararı belirlenebiliyor ise hekimin müdahaleyi derhal gerçekleştirmesi gerekir.

3.8.2. Tıbbi Müdahaleye Rıza Açısından Velayetin Kullanılması

Velayet, TMK m. 336'da düzenlenmiştir. Buna göre; evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir.

Küçüğün tıbbi müdahaleye rızası açısından velayetin nasıl kullanılacağı önemli bir sorundur. Velayet ana ve babada olduğu sürece ana ve baba velayet hakkı çerçevesinde küçüğü birlikte temsil ederler. Ana babanın velayet hakkına birlikte sahip olması halinde küçüğün maruz kalacağı tıbbi müdahaleye rızanın birlikte verileceği kabul edilmelidir.

Ortak hayata son verilmesi halinde ise, velayet ana babadan birine ait ise bu durumda velayet hakkına sahip olan tarafın rızası tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir⁴⁸².

Son dönemde ortaya çıkan ortak velayet konusunun rıza bağlamında değerlendirilmesi

⁴⁷⁶ Badur, 2017: 85.

⁴⁷⁷ Oktay Özdemir, 2010: 1326.

⁴⁷⁸ Çilingiroğlu, 1993: 55.

⁴⁷⁹ bk. Bölüm 2 Başlık 2.11.

⁴⁸⁰ Adıgüzel, 2014: 959.

⁴⁸¹ Kahraman, 2016: 488.

⁴⁸² Badur, 2017: 121.

gerekir. Yargıtay, yakın zamanda oybirliğiyle vermiş olduğu bir kararında⁴⁸³, ortak velayetin Türk hukuk sistemi açısından uygulanabileceği sonucuna varmıştır. Bu kararla birlikte, anne ve babanın istemesi halinde, mahkemece velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılacağına karar verilebilecektir. Bu şekilde mahkemece ortak hayata son verilerek velayetin ortak velayet kuralları çerçevesinde anne baba tarafından birlikte kullanılacağına karar verilmesi halinde, anne ve babanın ikisinin de tıbbi müdahaleye ayrı ayrı rızaları gerekir. Eşlerden birinin haklı bir sebep olmaksızın müdahaleye rıza göstermekten kaçınması halinde diğer eş, mahkemeye başvurarak ortak velayetin gereği gibi yerine getirilmediğini iddia edebilecektir. Tıbbi müdahaleye maruz kalacak küçüğün üstün nitelikte yararı gözetilerek mahkemece ortak velayet kaldırılabilir.

Küçük açısından hayati önem taşıyan tıbbi müdahaleye velinin rıza göstermekten kaçınması ya da rızasını geri alması, velayet yetkisinin kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Bu durumda hekim, küçüğün üstün nitelikte yararı gereği tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmelidir.

Türk hukukunda organ nakli vericisi olabilmeleri için ayırt etme gücünden yoksun olanlar ve küçükler adına yasal temsilcilerinin rıza göstermesi mümkün değildir⁴⁸⁴. Nitekim 18 yaşından büyük ve ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kısıtlının nakil vericisi olduğu bir olayda Yargıtay, kısıtlının organ bağışlayabilmesi için vasiye izin ve yetki verilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur⁴⁸⁵. Kanun koyucu, organ nakli vericisi olmayı, mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelendirmiştir⁴⁸⁶. Rıza ehliyeti olmayan kişilerin yasal temsilcileri

⁴⁸³ Y. 2. HD. E. 2016/15771, K. 2017/1737 T. 20.2.2017 ...“Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokol", 6684 Sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 numaralı Protokol'ün 5. maddesine göre, "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir"....Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.

O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete dair düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine dair davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.” Kararın tam metni için bk. erişim Kazancı İçtihat Bankası tarihi: 05.11.2017

⁴⁸⁴ Biyotıp Sözleşmesi m. 20/1'e göre istisnai olarak ve kanunda öngörülmuş koruyucu şartlar yerine getirildiği takdirde küçük veya ayırt etme gücü olmayan kimseden “kendisini yenileyen dokuların” alınmasına izin verilmektedir. Söz konusu düzenlemeye Türkiye Cumhuriyeti tarafından ODNK m. 5 ile uyumsuz olması nedeniyle çekince konulmuştur. Badur, 2017: 326, Özbilen, 2011: 282.

⁴⁸⁵ Y.18. HD. E. 2013/16178, K. 2014/3998 T. 06.03.2014 Kararda, ...kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı...kısıtlıdan organ alınması hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasiye izin ve yetki verilmesine ilişkin kararın usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilmiştir. Kararın tam metni için bk. Kazancı İçtihat Bankası erişim tarihi: 14.05.2017

⁴⁸⁶ Badur, 2017: 352.

sadece temsil olunanın yararına olan tıbbi müdahalelere rıza gösterebilir. Bu nedenle organ nakli vericisi adına yasal temsilcinin müdahaleye rıza göstermesi mümkün değildir. Organ nakli alıcısı açısından düşünüldüğünde ise, kanaatimizce nakil alıcısının yaşama şansının organ nakline bağlı olduğu göz önünde bulundurulmalı, alıcı ve verici arasındaki menfaat dengesi somut olayda değerlendirilmelidir.

3.8.3. Yasal Temsilcinin Rıza Göstermekten Kaçınması

Tıbbi müdahaleye rızanın temsilci aracılığıyla açıklanmasına yönelik ortaya çıkabilecek bir diğer durum, yasal temsilcinin müdahaleye rıza göstermemesidir.

Yasal temsilcinin kişiyi en iyi koruyacağından hareket edilerek, onun tıbbi müdahaleye rızası, yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirmektedir⁴⁸⁷. Tıbbi müdahaleye rıza konusunda yasal temsilci, küçüğün yararı ilkesinden hareket etmelidir. Yasal temsilcinin rıza göstermekten kaçınması ihtimalinde ise, temsil edilenin menfaatinin korunması gerekecektir. Bu ihtimal kanunkoyucu tarafından HHY m. 24/4'te, *Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Müdahalede bulunulmasının tıbben gerekli olduğu hallerde, yasal temsilci tarafından rıza gösterilmemesi durumunda velayet ya da vesayet altındaki kişiye tıbbi müdahale gerçekleştirilebilmesi için mahkemeden karar alınması zorunluluğu vardır. Küçüğün yararına olduğu belirlenen tıbbi müdahale, küçük velayet altında ise TMK m. 346, vesayet altında ise TMK m. 487 gereği müdahalenin yapılabilmesine ilişkin mahkeme kararı sonucunda gerçekleştirilecektir. Hekim tıbben gerekli olan müdahaleyi gerçekleştirmeyecek ve mahkeme kararını bekleyecektir. Ancak küçük açısından hayati bir tehlike hali var ise onun sağlığı ve üstün yararı gereği hekim tıbbi zorunluluk halinden yararlanarak müdahale etmelidir⁴⁸⁸. Kanaatimizce de hekim küçüğün üstün yararını koruma gayesiyle hareket etmeli ve gereken müdahaleyi derhal gerçekleştirmelidir.

Yasal temsilcinin rıza göstermekten kaçınmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek bir diğer ihtimal ise küçüğün anne babasından birinin tıbbi müdahaleye rıza gösterilmemesidir. Velayet hakkına birlikte sahip olan ana babanın, küçüğe gerçekleştirilecek olan müdahaleye rıza gösterilip gösterilmeyeceği konusunda fikir uyuşmazlığı yaşamaları halinde ne yapılacağı önemli bir sorundur. Konuyla ilgili olarak TMK' da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ana veya babanın sorunun çözüme kavuşturulabilmesi için TMK m. 346 uyarınca hakim

⁴⁸⁷ Oktay Özdemir, 2016: 5.

⁴⁸⁸ Doğramacı, 2017: 195.

müdahalesini istemesi mümkündür. Nitekim madde hükmüne göre; “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.” denilmektedir. Ana veya babadan biri, küçüğün yararına olabilecek bir tıbbi müdahaleye diğerinin rıza göstermediği gerekçesiyle mahkemeden tedbir alınmasını isteyebilecektir. Ancak küçüğe gerçekleştirilecek müdahale bakımından tıbbi zorunluluk durumu söz konusu ise, bu durumda hakimin müdahalesi beklenmemeli ve hekim küçüğün üstün nitelikte yararını göz önünde bulundurarak derhal müdahale etmelidir.

Ortak hayata son verilerek velayetin ortak velayet kuralları çerçevesinde anne baba tarafından birlikte kullanılacağına karar verilmesi halinde ise, eşlerden birinin haklı bir sebep olmaksızın müdahaleye rıza göstermekten kaçınması halinde diğer eş, mahkemeye başvurarak ortak velayetin gereği gibi yerine getirilmediğini iddia edebilecektir. Tıbbi müdahaleye maruz kalacak küçüğün üstün nitelikte yararı gözetilerek mahkemece ortak velayet kaldırılabilir.

3.8.4. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Üçüncü Bir Kişi Tarafından Açıklanması

3.8.4.1. Rızanın Yakınlar ve Aile Üyeleri Tarafından Açıklanması

Ayırt etme gücünü kaybetmiş kişiye henüz yasal temsilci atanmadığı veya hazır bulunmadığı ya da kişinin ifade gücünün olmadığı hallerde nasıl bir yol izleneceği incelenmesi gereken bir diğer ihtimaldir. Trafik kazası ya da ani bilinç kaybına neden olan bir hastalık sonucunda hastaneye getirilen kişiler üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye rızanın kim tarafından gösterileceği uygulama açısından önem taşımaktadır.

TŞSTİDK m. 70 uyarınca, “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)” denilmekte ve kişinin ifade gücünün bulunmadığı hallerde rızasının aranmayacağı açıkça ifade edilmektedir. Yine HHY m. 24/1 hükmüne göre, “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 tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir.” denilmekle kişinin bilincinin kapalı olması halinde müdahalenin gerçekleştirilmesinin rızaya bağlı tutulmadığı açıkça ifade edilmiştir.

Acil durumlar dışında değerlendirdiğimizde, kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, tıbbî müdahale gerçekleştirilebilmesi için kişinin yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç

vardır (TŞSTİDK m. 70; HHY m. 24/1) . Kişiy e yasal temsilcinin atanması ise resmî makamlardan karar alınmasını ve belirli bir zamanı gerektirir. TŞSTİDK m. 70 ve HHY m. 24/1 hükümlerinden anlaşılmaktadır ki, yasal temsilcinin olmadığı veya hazır bulunamadığı ya da kişinin ifade gücünün olmadığı hallerde rıza şartı aranmaz. Genel kabul gören görüşe⁴⁸⁹ göre, genel nitelikteki ifadelerin yer aldığı TŞSTİDK m. 70 ve HHY m. 24/1 hükümleri, tıbbi zorunluluk durumları ve hayati tehlike ihtimalinin bulunduğu hallerle sınırlı kalmalıdır. Acil durumlar dışında, yasal temsilcinin bulunmaması halinde aile üyelerinin kişiyi temsile yetkili kılınması, pratik bir çözüm olacak ve özellikle sağlık çalışanlarının müdahalesi açısından hukukî güvenliği sağlayacaktır. Öte yandan aile üyeleri, esasen hastayı en iyi tanıyan kişilerdir ve bu nedenle tıbbî müdahale için karar alınırken hastanın görüş ve isteklerini de en iyi şekilde ifade edebileceklerdir. Bu halde kişinin varsayılan rızasından hareket edildiği kabul edilmektedir. Bir görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin muhtemel iradesinin belirlenebilmesi açısından yakınlarına ulaşılması doğru bir yöntemdir⁴⁹⁰. Kanımızca, kişinin varsayılan iradesinin belirlenebilmesi açısından yakınlarının kişiyi temsile yetkili kılınması doğru bir yöntemdir. Örneğin bilinci kapalı durumda gelen ve elini çok fazla kullanan bir kişi üzerinde gerçekleştirilecek ancak acil olmayan bir müdahalenin alçıya alınarak mı yoksa ameliyat şeklinde mi olması gerektiği konusunda hekimin kişinin yakınlarına sorma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Oysa uygulamada kişinin varsayılan iradesine uygun müdahalenin yapılabilmesi açısından yakın veya aile ile görüşülerek karar verilmektedir. İsviçre Medenî Kanununda yeni yapılan düzenlemelerle öngörüldüğü gibi, aile üyelerine temsil yetkisi tanıyan düzenleme yapılması, Türkiye'nin onayladığı Biyotıp Sözleşmesiyle de uyumlu olacaktır⁴⁹¹.

Acil durumlar dışında, aile üyelerinin rıza konusunda yetkili kılınması halinde nasıl bir sıralamayla rıza alınacağı bir diğer tartışma konusudur. Kanunda konuyla ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, aile üyeleri arasında, ODNK m. 14⁴⁹²,te yer alan sıralamaya uygun olarak rıza alınması bir çözüm yöntemi olabilecektir. Buna göre kişinin eşi, sonra sırasıyla reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi; bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi birinin rızası yeterli olacaktır.

⁴⁸⁹ İmamoğlu, 2013: 16; Oktay Özdemir, 2010: 1349.

⁴⁹⁰ Oktay Özdemir, 2010: 1350.

⁴⁹¹ İmamoğlu, 2013: 16.

⁴⁹² ODNK m.14: “Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi 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.”

Bir diğer problem, müdahaleye maruz kalacak kişinin bilinci kapalı iken aile üyeleri ile yakınlar arasında tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesine ilişkin olarak fikir ayrılığı yaşanması halinde ne yapılacağıdır. Aile üyeleri ve yakınları arasındaki anlaşmazlıkta kimin fikrine üstünlük tanınacağı ya da yakınların rızası konusunda belirli bir sıra gözetilip gözetilmeyeceği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hekimin özenli bir tıbbi müdahalenin gereklerini yerine getirebilmesi açısından, hekim kişinin varsayılan rızasını araştırmakla yükümlüdür. Hekimin, rızanın kim tarafından bildirileceğini değerlendirmesi ve bu iradeyi en doğru şekilde yansıtabilecek kişiden rıza gösterip göstermeyeceğini öğrenmesi gerekir. Kişinin varsayılan rızasını en doğru ifade edebilecek kişi kan yakınlığından ziyade yaşam yakınlığıdır. Bu nedenle hekimin kişiye yaşamında yakın olan kişileri ön planda tutularak o kişilerin iradelerine başvurulması en doğrusu olacaktır⁴⁹³.

Konuyla ilgili olarak HHY m. 24/7’de kişinin bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda ve maddede belirtilen diğer hallerle sınırlı olarak, yapılacak müdahale öncesinde imkan varsa yakınlarının bilgilendirileceği, mümkün değilse müdahale sonrasında bilgilendirme yapılacağı düzenlenmektedir. HHY m. 24/7’;

“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 tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir”

şeklindedir.

Türk hukukundaki düzenlemelere göre hasta dışında kişilerden alınan rıza tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamakla birlikte müdahalede bulunulacak kişinin temsil edilmesi anlamında değildir. Gerekli yasal düzenlemelerin yapılması, uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi açısından en doğrusu olacaktır.

3.8.4.2. Hastanın İradi Temsilci Ataması

İradi temsil yetkisi, bir kimsenin kendisini temsil etmesi için bir başkasına kendi rızasıyla verdiği yetkidir. Yetki, temsil olunanın tek taraflı irade beyanı ile verilmektedir. Bu beyana yetki verme beyanı denilmektedir⁴⁹⁴.

Temsil yetkisi vermede, diğer hukuki işlemlerde ehliyeteye ilişkin genel kurallar uygulanır. Temsil olunan, TMK m. 10 uyarınca tam ehliyetli olmalıdır⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Oktay Özdemir, 2010: 1350.

⁴⁹⁴ Oğuzman ve Öz, 2013: 225; Eren, 2010: 393; Tekinay vd., 1993: 173.

⁴⁹⁵ Demir, 2015: 255.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyeti bulunmamaktadır. Kişinin iradi temsilci atayabilmesi için tam ehliyetli olması gerekir. Temsilin özelliği gereği, kişi kendi yapamayacağı işlemler için bir başkasına temsil yetkisi veremez⁴⁹⁶. Bu nedenle ayırt etme gücü olmayan kişinin iradi temsilci ataması mümkün değildir. Bu kurallar karşısında, tıbbi müdahaleye rıza gösteremeyen tam ehliyetsiz kişinin iradi temsilci atayamayacağı da açıktır.

Tıbbi müdahaleye maruz kalan kişinin, ayırt etme gücüne sahip iken vücut bütünlüğüne yönelik olarak ileride gerçekleştirilecek -ya da gerçekleştirilmeyecek- tıbbi müdahaleler konusunda karar alma yetkisi vereceği bir iradi temsilci atayıp atayamayacağı tartışma konusudur.

Kişinin ayırt etme gücünün devam ettiği döneme ilişkin iradi temsilci atayıp atayamayacağı sorununun çözülmesi gerekir. Kişi, tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecek olduğu halde, bilinçli olarak bir başkasını temsilci atayabilecek midir? Bir görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip kişi kural olarak kendisi üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleye rıza göstermesi için bir başkasına temsil yetkisi veremez. Çünkü kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın bizzat müdahaleye maruz kalacak kişi tarafından kullanılması gerekmektedir⁴⁹⁷. Bir diğer görüşe göre ise, tıbbi müdahalenin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olma niteliği göz önünde bulundurulduğunda rızanın kişi tarafından bizzat kullanılması gerektiği açıktır. Ancak kişi rızaya ilişkin olarak karar verme sürecini kolaylaştıracak bilgileri edinebilmek amacıyla bir başkasına temsil yetkisi verebilir. Bu nedenle kişinin iradi temsilci atayabilmesi ancak kanunda açık bir düzenleme yer alması halinde mümkündür denilmektedir. Bir görüşe göre, bu durum ancak çok sınırlı hallerde mümkün olabilir⁴⁹⁸. Almanya ve Fransa'dan sonra İsviçre'de yapılan hukuki düzenlemelerle⁴⁹⁹ kişiye iradi temsilci atayabilme imkanı getirilmiştir. Ancak Türk hukukunda kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından kişinin üçüncü bir kişiyi iradi temsilci olarak yetkilendirme imkanı yoktur⁵⁰⁰. İmzaladığımız Biyotıp Sözleşmesi ilkelerine uyulmasının getirdiği bir zorunluluk olarak hukukumuz açısından da tıbbi müdahale alanında temsil ile ilgili değişikliklerin yapılması gerektiği açıktır. Temel haklarla ilgili bu değişikliklerin şimdiye kadar denendiği gibi sınırlı ve yetersiz şekilde HHY ile değil TMK hükümlerinde yapılması uygun olacaktır.

⁴⁹⁶ Oğuzman ve Öz, 2013: 231.

⁴⁹⁷ Oktay Özdemir, 2010: 1335.

⁴⁹⁸ Badur, 2017: 87.

⁴⁹⁹ İsviçre Medeni Kanunu'nun ayırt etme gücünü düzenleyen 16. maddesinde 2013 yılında yürürlüğe girmek üzere 19 Aralık 2008 tarihli Kanunla yapılan değişiklikle, İsviçre kanunkoyucusu kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ikiye ayırmış ve bunların kişiliğe sıkı sıkıya bağlı olmayanlarının temsil yoluyla kullanılmasının mümkün olduğu açıkça düzenlenmiştir. Diğer yandan kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması bakımından kişinin önceden vereceği onayın da geçerli olacağı ifade edilmiştir. (İMK m. 370 vd) Oktay Özdemir, 2016: 4.

⁵⁰⁰ Oktay Özdemir, 2010: 1351.

Kişinin, vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalelere rıza göstermek üzere iradi temsilci ataması durumunda, tıbbi müdahaleye rıza üçüncü bir kişi tarafından açıklanmış olacaktır. İsviçre’de yeni yapılan düzenlemelerle, kişinin iradi temsilci atayarak tıbbi müdahalelere karar verme hakkının iradi temsilciye bırakılması mümkün hale getirilmiştir⁵⁰¹. Ancak temsilcinin temsil ettiği kişiye zarar vermemesi bakımından örneğin tıbbi müdahalenin ölüm tehlikesi yaratacak nitelikte olması halinde mahkemeden izin alınması şartı aranmaktadır⁵⁰².

Kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu dönemde, ileri bir tarihte ayırt etme gücünün bulunmayacağı ve dolayısıyla rıza ehliyetini kaybedeceği döneme ilişkin bir iradi temsilci atayıp atayamayacağı tartışmalıdır. Bu tür bir iradi temsilci hem ayırt etme gücüne sahip olan kişiye ileride uygulanacak olan tıbbi müdahaleler konusunda karar vermek hem de kişinin daha önce belirlediği kararları açıklamakla yetkili olabilir. İradi temsilci, ileride kişiye uygulanacak tıbbi müdahaleye kişinin rıza gösterdiği ya da rızasını esirgediğine ilişkin yetkilendirilebilir. Hukukumuz açısından kişinin ayırt etme gücünün devam ettiği döneme ilişkin iradi temsilci ataması kanunda açık bir düzenleme olmaması nedeniyle olanaksız olduğundan, ayırt etme gücünü kaybettiği döneme ilişkin iradi temsilci ataması da yine aynı gerekçeyle mümkün olmayacaktır.

HHY m. 24/5’e göre, tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda olmayan hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Burada ifade edilen “önceden açıklanmış isteklerin” yazılı veya sözlü mü olacağı, bu isteklerin rıza olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, yoksa tıbbi yetkililere açıklanmış bir rızanın mı söz konusu olduğu açık ve net değildir. Madde hükmünün hazırlanmasında kişinin yasal temsilcisi veya yakını tarafından verilen bilginin yeterli olacağı da düşünülmüş olabilir. Ancak tüm bu konuların tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça belirlenmiş olması gerekir. Ayrıca önceden açıklanmış olan rızanın geçerli olabilmesi için bu rızanın verilme şekli ve saklanması gibi konuların kanunla düzenlenmesi uygun olacaktır. Diğer yandan İsviçre’de getirilen düzenlemelere paralel olarak yapılacak yasal düzenlemeler ile kişiye iradi temsilci atama imkanı verilerek, kişi ile ilgili karar verme imkanının temsilciye bırakılması yoluna da gidilebilir⁵⁰³. Örneğin İsviçre’deki düzenlemelerle, kişinin ayırt etme gücüne sahipken bu gücü kaybedeceği dönemler için hekime önceden talimat vermesi

⁵⁰¹ Oktay Özdemir, 2016: 2.

⁵⁰² Oktay Özdemir, 2010: 1348.

⁵⁰³ Oktay Özdemir, 2016: 12.

mümkün hale getirilmiş, fakat kişiyi korumak amacıyla hekimin bu talimatlara uygun davranması zorunlu tutulmuştur⁵⁰⁴.

İradi temsilcinin, kişi adına rıza beyanında bulunulmasına yönelik olarak değil, yalnızca kişi tarafından bizzat verilmiş olan rıza beyanını açıklaması için yetkilendirilmesi halinde rızanın geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Örneğin iradi temsilci, kişinin müdahale konusundaki beyanını hekime yazılı olarak açıklayabilir. Burada temsilci, müdahaleye maruz kalacak kişi adına bir karar vermemektedir. Bir kararında Yargıtay⁵⁰⁵, “*Her ne kadar bu belge davacı tarafından imzalanmayıp, davacı ...’in yakını tarafından imzalanmış ise de, davacıların artık bu belge ile cerrahi ameliyat da dahil olmak üzere tüm cerrahi ve tıbbi müdahaleler hususunda muvafakatlerinin olduğunun kabulü gerekir.*” şeklinde iradi temsilci tarafından yapılan bu tür bir rıza açıklamasının kabul edilebileceğini ifade etmiştir.

3.8.4.3. Hasta Tasarrufu (Hasta Vasiyeti)

Kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu dönemde, ileri bir tarihte ayırt etme gücünün bulunmayacağı ve dolayısıyla rıza ehliyetini kaybedeceği döneme ilişkin bir beyanda bulunup bulunamayacağı çözümlenmesi gereken bir diğer konudur.

Doktrinde “hasta tasarrufu” ya da “hasta vasiyeti” denilen bu irade açıklaması, kişinin ayırt etme gücünü kaybettiği döneme ilişkin kendisine uygulanmasına rıza gösterdiği veya gerçekleştirilmesini yasakladığı tıbbi müdahaleleri ve bunların uygulanma şartlarını belirlediği bir rıza beyanıdır⁵⁰⁶. Kişi bu açıklama ile bir anlamda öne alınmış bir rıza beyanında bulunmaktadır. Örneğin kişi yoğun bakım tedavilerini istemediğini veya hastalığı sırasında bilinç kaybına uğradığı dönemde tedavinin sonlandırılmasını isteyebilir⁵⁰⁷.

Türk hukukunda, İMK’ da öngörüldüğü gibi hasta vasiyeti konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Hasta vasiyeti, esasen ölüme bağlı tasarruftan farklı olarak kişinin yaşamı devam ederken hüküm doğuracak bir irade beyanıdır. İleriye yönelik irade açıklaması şeklinde ortaya çıkan hasta vasiyetinin bu şekilde tanımlanmasının nedeni belki de kişinin ayırt etme gücü bakımından bir daha normale dönemeyecek olmasıdır⁵⁰⁸. Kişi bu tür bir irade beyanıyla ayırt etme gücünü kaybedeceği dönemi düşünmekte ve gelecekte hüküm ve sonuç doğuracak bir tasarrufta bulunmaktadır.

Özellikle alzheimer, demans gibi hafızanın yitirileceğine kesin gözüyle bakılan hastalıklarda, kişinin ayırt etme gücünü kaybedeceği döneme ilişkin iradesine sonuç bağlanıp

⁵⁰⁴ Oktay Özdemir, 2016: 2

⁵⁰⁵ 13. HD. E. 2006/16810, K. 2007/1248, T. 05.02.2007 aktaran: Badur, 2017: 88.

⁵⁰⁶ Badur, 2017: 87.

⁵⁰⁷ Oktay Özdemir, 2010: 1336.

⁵⁰⁸ Oktay Özdemir, 2010: 1338.

bağlanmayacağı hem kişi hem de yakınları açısından önem taşımaktadır. Yine hastalığın ağır seyrettiği kanser vakalarında kişilerin ileriye yönelik açıklamalarının geçerliliği tartışılmaktadır⁵⁰⁹.

Bir görüşe göre, hasta vasiyetinde bulunulması hukukumuz açısından mümkündür. Kişinin ileriye yönelik olarak ayırt etme gücünü kaybettiği dönemde bazı tedavi yöntemlerinin kendisine uygulanmamasını isteme ya da tedaviye evde devam etme isteği hukuken geçerlidir⁵¹⁰. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, kişinin önceden açıkladığı irade sonradan değişmemiş olmalıdır. Ancak hukukumuz açısından bakıldığında, kanunda açık bir düzenleme yapılmadığından kişi tarafından hasta vasiyeti olarak düzenlenen bir belgenin hukuki açıdan bağlayıcılığı ve geçerliliği yoktur. Bununla birlikte böyle bir belgenin Biyotıp Sözleşmesi çerçevesinde tıbbi zorunluluk halleri veya yasal temsilci tarafından temsil yetkisinin kullanılması sırasında, kişinin varsayılan rızasının belirlenmesinde dikkate alınması mümkün olabilir⁵¹¹. Öte yandan böyle bir belgede, ayırt etme gücünün kaybedilmesi halinde, karar alma yetkisine sahip bir iradi temsilci gösterilmiş olabilir. Bu halde belgede gösterilen kişinin, kanunda öngörülen diğer şartların da bulunması halinde, ayırt etme gücünü kaybeden hasta için vasi veya kayyım olarak atanmasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁵¹².

Hasta vasiyetinde bulunan ve ayırt etme gücünü daha sonradan kaybeden kişiye yasal temsilci atanması durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği bir diğer sorundur. Konuyla ilgili olarak yasal temsilcinin hasta vasiyetinde bulunan kişinin isteklerine uyması gerekip gerekmediği tartışılmalıdır. Yasal temsilci, kişinin açıklamalarına uyarak müdahaleye rıza gösterdiği takdirde, müdahale kişinin yaşamı için tehlikeli sonuçlar doğuracak ise rıza göstermekten kaçınılmalıdır. Kişinin önceden yaptığı hasta vasiyetine uyarak müdahaleye ilişkin karar vermesi için yasal temsilcinin müdahalenin niteliği, sonuçları, tedavi süreci konusunda yeterince aydınlatılmış olması gerekir. Yasal temsilci yeterince bilgi sahibi değil ise irade sakatlığı sebebiyle rızası geçerli olmayacaktır⁵¹³. Bu durumda kişi velayet altında ise küçüğün korunmasına ilişkin TMK m. 346⁵¹⁴ hükmü gereği mahkemeden karar alınmalıdır. Vesayet altındaki kişiler açısından ise mahkemeden karar alınmasına ilişkin TMK m. 487⁵¹⁵ kuralı uygulanacaktır⁵¹⁶.

⁵⁰⁹ Oktay Özdemir, 2010: 1337.

⁵¹⁰ Oktay Özdemir, 2010: 1339.

⁵¹¹ Erman, 2003: 164.

⁵¹² İmamoğlu, 2013: 16.

⁵¹³ Oktay Özdemir, 2010: 1340.

⁵¹⁴ TMK m.346: “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”

⁵¹⁵ TMK m.487: “Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.”

⁵¹⁶ Oktay Özdemir, 2010: 1340.

TMK m. 28⁵¹⁷ hükmünde açıkça ifade edildiği gibi, kişilik ölümle sona ermektedir. Ölüm, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların son ermesine yol açar⁵¹⁸. Kişinin, kendisinin ölümünden sonra vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalelere yönelik tasarrufunun geçerliliği konusunda, ODNK m. 14/2’de yer alan; “*Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.*” ve ODNK m. 14/3’te ifade edilen; “*Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse ölüden organ ve doku alınamaz.*” hükümlerinin değerlendirilmesi gerekir. Kişi, ölüme bağlı tasarruf ile ölümü halinde vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirecek tıbbi müdahalelere rıza gösterebilmekte veya rızasını esirgeyebilmektedir. Düzenlemelerle ifade edilen vasiyet hasta vasiyeti değil, ölüme bağlı tasarruftur. Hasta vasiyeti, esasen ölüme bağlı tasarruftan farklı olarak kişinin sağ olduğu fakat ayırt etme gücünü kaybettiği döneme yönelik bir irade beyanıdır.

⁵¹⁷ TMK m. 28: “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*”

⁵¹⁸ Sert ve Cihan, 2013: 45.

SONUÇ

Tıbbi müdahale, kişinin yaşamını, vücut bütünlüğünü ve sağlığını tehdit eden fiziksel ya da psikolojik hastalıkları, hastalık niteliği taşımayan fiziksel ya da psikolojik bozuklukları teşhis etmek, tedavi etmek, hastalıklardan korumak ya da nüfus planlaması yapabilmek amacıyla yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen her türlü tıbbi girişimdir.

Tıbbi müdahalenin TMK m. 24/2’de öngörülen kişinin rızası, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar yahut kanunun verdiği yetkinin kullanılması şeklinde ifade edilen hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunması halinde hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Tıbbi müdahalenin yöneldiği kişilik değerleri düşünüldüğünde rıza, müdahalenin gerçekleştirilebilmesinin en önemli şartıdır. Bazı tıbbi müdahaleler ise kişinin rızası aranmaksızın veya kişinin rızasını esirgemesi halinde dahi gerçekleştirilebilmektedir. Tıbbi zorunluluk halleri, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması hallerinde hukuka aykırılık, müdahaleye maruz kalacak kişinin iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, tıbbi zorunluluk durumlarıdır. Tıbbi zorunluluk durumlarında kişinin üstün nitelikte özel yararı gereği rızası aranmaksızın kişiye müdahale edilir. Kanunun verdiği özel yetkinin kullanılması, kişinin rızasının aranmadığı hallerden bir diğeridir. Müdahalenin gerçekleştirilebilmesi bakımından, kanunun verdiği özel hukuktan ya da kamu hukukundan kaynaklanan yetkinin yanında mahkeme kararı aranmaktadır. Kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanan yetkiye dayanılarak kişinin vücudundan örnek alınması mümkün olmakta ve kişi rızası aranmaksızın tıbbi müdahaleye maruz kalmaktadır.

Rızanın konusu, kişi üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaledir. Tıbbi müdahalenin, kişinin yaşamını kurtarmak, sağlık ve refahının sağlanması ya da vücut bütünlüğünü korunması amacına yöneldiği düşünüldüğünde, öncelikle rızanın bu amaca hizmet etmesi gerekmektedir. Hukuk düzenince yasaklanmış bir konuya ilişkin verilen rızanın geçerliliğinden bahsedilemez. Örneğin kişinin yaşama hakkını ortadan kaldıracak nitelikteki tıbbi müdahaleye gösterilecek rıza, AY m. 17, TMK m. 23 ve HHY m. 13 gereği geçersizdir.

Rızanın ancak sınırları belirli veya en azından belirlenebilir bir tıbbi müdahaleye ilişkin olarak gösterilmesi gerekir. Rıza kural olarak sadece kişinin bilgilendirilmiş olduğu tıbbi müdahaleyi kapsamalıdır. Ancak birden fazla tıbbi müdahaleye aynı anda ve tek bir rıza gösterilebilmesi mümkündür.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan en önemli şart olan rızanın geçerliliği, rıza gösterecek kişinin bu konuda ehliyetli olması ile mümkün olacaktır. Genel

ehliyet kuralları gereği tam ehliyetli kişiler tek başına rıza beyanında bulunabilir. Ayırt etme gücü olmayan kişiler tam ehliyetsiz sayıldığından tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyetleri bulunmamaktadır. TŞSTİDK m. 70 açık hükmü gereği bu kişiler adına yasal temsilcileri rıza beyanında bulunur. Müdahalenin hukuka uygunluğu, ancak tam ehliyetsiz kişinin yararına olması ve onun sağlığına zarar vermemesi şartıyla sağlanabilir. Yasal temsilcinin rızasının tek başına müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği ya da kişinin varsayılan rızasının bulunduğu şeklinde görüşler ileri sürülmekle birlikte, burada hukuka uygunluğu sağlayan unsurun yasal temsilcinin rızasının yanında, tam ehliyetsizin üstün nitelikte özel yararı olduğu ifade edilmektedir. Tam ehliyetsiz kişinin menfaatinin korunması bakımından yasal temsilcinin rızası aranmayabilir.

Tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti bakımından, ayırt etme gücü belirleyici bir kavram olmaktadır. Kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, somut davranışı ve müdahalenin özelliklerine bakılarak değerlendirilmelidir. Ayırt etme gücünün yanı sıra HHY m. 4/f'de yer verilen yeterlik kavramı, kişinin vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilmesi düşünülen tıbbi müdahaleyi tıbbi ve kişisel sonuçlarıyla birlikte tam olarak algılayıp özgürce seçim yapabilecek olgunluğa erişmiş olabilmesi şeklinde ifade edilebilir. Ayırt etme gücü ile yeterlik kavramı yakın ilişki içerisinde.

Tıbbi müdahaleye rızanın nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. TMK m. 16/1 hükmü uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçük tıbbi müdahaleye tek başına rıza gösterebilmelidir. Ancak TŞSTİDK, HHY ve TMK'da belirtilen genel kuralların birbirinden farklı olması ve yorumlanması neticesinde ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün tıbbi müdahaleye rızasına ilişkin olarak öğretide üç farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bunlar yasal temsilcinin rızası ile birlikte küçüğün görüşünün alınması gerektiğini savunan görüş, yasal temsilcinin rızası yanında küçüğün rızasının da aranması gerektiğini savunan görüş ve küçüğün rızasının tek başına yeterli olduğunu savunan görüştür. TŞSTİDK ve HHY'de yer alan ve küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin rızanın yasal temsilcinin onayı ile geçerlilik kazanacağına ilişkin hükümler, TMK m. 16/1 hükmüyle uyumlu değildir. Kanaatimizce küçüğün yetenekleri, tecrübesi, eğitimi, olgunluğu, değerlendirme derecesi ve davranış şekline göre tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti somut durum değerlendirilerek belirlenmeli ve küçük yasal temsilcinin izni aranmaksızın tek başına müdahaleye rıza gösterebilmelidir. Konuyla ilgili olarak TŞSTİDK, HHY ve TMK hükümleri arasındaki uyumsuzluğu giderecek yasal düzenlemeler yapılarak ayırt etme gücüne sahip küçüğün tıbbi müdahaleye gösterdiği rızanın geçerliliği açısından yaşanan tereddüt ortadan kaldırılmalıdır.

Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar bakımından üzerinde durulması gereken nokta kısıtlanma nedeninin belirlenmesidir. Kısıtlı, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı gibi sebeplerle vesayet altına alınmış ise gerçekleştirilecek tıbbi müdahalede vasinin rızası aranmalıdır. Ancak diğer sebeplerle (savurganlık, kötü yönetim, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, özgürlüğü bağlayıcı ceza) vesayet altına alınan kişinin tıbbi müdahaleye tek başına rıza gösterebilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Kanaatimizce de bu kişiler açısından kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması niteliğinde olan tıbbi müdahaleye rızanın alanı daraltılmamalıdır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti olmadığı kuralı karşısında, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün tıbbi müdahaleye rıza beyanında bulunamayacağı açıktır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin maruz kalacağı tıbbi müdahaleye yasal temsilci rıza beyanında bulunacaktır. Yasal temsilcinin rıza gösterme yetkisinin sınırsız olmadığı ve küçüğün menfaatinin ön planda tutulması gerektiği açıktır.

Uygulamada tartışmalara yol açan zorunlu aşı uygulamasının rıza bağlamında değerlendirilmesi gerekir. AYM tarafından verilen en son kararlar, zorunlu aşıda kanunilik şartı sağlanmadığından kanunun verdiği yetkinin kullanılmasının mümkün olmadığı, bu nedenle uygulamaya yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde aşı yapılmasının küçüğün vücut bütünlüğünün ihlali niteliğinde olacağı ifade edilmiştir. Zorunlu topuk kanı açısından ise AYM kanunilik şartının sağlandığını belirtmektedir. Yasal temsilcinin küçükten zorunlu topuk kanı alınmasına rıza göstermemesi halinde mahkemece küçük velayet altında ise TMK m. 346, vesayet altında ise TMK m. 487 hükmü uyarınca mahkemeden karar alınarak küçük hakkında sağlık tedbiri uygulanması mümkündür.

Hukuken geçerli bir rızanın ortaya çıkabilmesi için rızanın açıklanma zamanı önem taşımaktadır. Rıza, müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada açıklanmış olmalıdır.

Kural olarak rızanın açıklanmasına ilişkin olarak herhangi bir şekil zorunluluğu öngörülmemiştir. Ancak rızanın yazılı olarak alınması ispat bakımından en doğrusu olacaktır. Rızanın kanun gereği şekle bağlandığı hallerde ise bu kurala uyulmaması rızayı geçersiz hale getirir. Önemli ameliyatlarda bakımından ise rızanın yazılı olarak alınması TŞSTİDK m. 70 gereği zorunludur.

Günümüzde tıp biliminde yaşanan gelişmeler sonucunda ortaya çıkan bazı özel nitelikte tıbbi müdahaleler, rızanın bu müdahaleler açısından özel olarak incelenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Tıbbi müdahaleye rızanın özellik gösterdiği haller başlığı altında ilk olarak organ ve doku nakilleri incelenmiştir. Organ ve doku nakillerinde rıza

konusunda özellik gösteren nokta, vericinin rızası olmaktadır. ODNK’ da yer alan düzenlemeler uyarınca organ nakli vericisi olabilmesi için kişinin 18 yaşını doldurmuş olması gerekir. İnsan kökenli biyolojik maddelerin alınması ve nakli ile ilgili TMK m. 23/3’te yazılı şekil şartı düzenlenmiştir. Ancak vericinin rızası açısından ODNK m. 6 hükmü uyarınca özel bir şekil şartı öngörülmüş olduğundan, bu maddede belirtilen yazılı şekil şartı, geçerlilik şartıdır. Vericinin rızası açık olmalı ve kişinin serbest iradesine dayanmalıdır. Kişi rızasını nakil gerçekleşinceye kadar her zaman geri alabilmelidir. Aksinin kabulü halinde kişilik haklarının açıkça ihlali sonucu doğacaktır. Ölü vericiden organ naklinde ise yakınların rızası önem kazanmaktadır. ODNK m. 14 gereğince, *“Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi 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.”* denilmektedir. Vericinin ölümünden sonra nakile rıza gösterilmiş ise rızanın yine ODNK m. 14’te belirtilen sıralamaya uygun olarak geri alınabileceği kabul edilmelidir. Örneğin eş rıza gösterdi ise rıza ancak eş tarafından geri alınabilmelidir. Eş kanunda öncelik taşıdığından, eşin vermiş olduğu rızanın çocuklar tarafından geri alınamayacağı kabul edilmelidir.

Özellik gösteren bir diğer müdahale, gebeliğin sona erdirilmesidir. Gebeliğin sona erdirilmesi, NPHK m. 6 uyarınca gebe kadının rızasına bağlanmıştır. Hüküm uyarınca gebe kadının küçük olması halinde kadının rızası ile birlikte yasal temsilcisinin rızası gerekmektedir. Küçüğün rıza gösterdiği müdahaleyi yasal temsilcinin onaylamaması halinde TMK m. 346 gereği hakim müdahalesi istenebilir.

Üremeye yardımcı tedavi uygulamaları, ülkemizde sadece evli çiftler açısından uygulanmaktadır. Tedaviden yararlanacak olan evli çiftler açısından kadın ve erkeğin her ikisinin de müdahaleye rıza göstermesi gereklidir. Rızanın TMK m. 23 gereği yazılı olarak alınması gerekir. Embriyon aktarmalarında da yine hekim, embriyon aktarması öncesinde eşlerden her ikisini de konuya ilişkin aydınlatmak ve ayrı ayrı rızalarını almakla yükümlüdür.

Sterilizasyon, NPHK m. 4/2 uyarınca tıbbi bir sakınca olmaması halinde kural olarak reşit kişinin isteği üzerine gerçekleştirilebilen bir tıbbi müdahaledir. Evlenme ya da mahkeme kararıyla ergin kılınma halinde de kişinin sterilizasyona rıza gösterebileceği kabul edilmektedir. Sterilizasyon öncesinde eşin rızasının alınması kanun hükmü gereği zorunludur. Kastrasyon müdahalesi açısından özellik gösteren durum, NPHK m. 4/3’te, düzenlenen tıbbi zorunluluk halidir. Buna göre, ameliyat sırasında tıbbi zorunluluk nedeniyle bir hastalığın

tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon yapılabilir.

Cinsiyet değişikliği, müdahalenin gerçekleştirilme şartlarının ve buna bağlı olarak da rızanın özel olarak düzenlendiği bir diğer tıbbi müdahaledir. Cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin 18 yaşını doldurmuş olması, mahkemeye şahsen başvuruda bulunması, 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 gerekmektedir. AİHM tarafından verilen bir kararda, yasal mevzuatta aranan “*üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk*” şartının özel hayata saygı hakkının ihlali olduğuna karar verilmiştir. Türkiye’de de bu şart eleştirilere konu olmaktadır. Son dönemde AYM’ ye yapılan itiraz başvurusu sonucunda AYM, “*üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk*” şartını iptal etmiştir. Cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahalede, kişinin müdahaleye rızasının yanında, bu tıbbi müdahaleye ilişkin olarak mahkemeden izin alınma koşulu öngörülmüştür. Mahkemeden alınacak izin, TMK m. 40 uyarınca hukuka uygunluk şartıdır.

Özellik gösteren müdahalelerden bir diğeri, tıbbi araştırmalardır. HHY, yaşayan insan üzerinde bilimsel ve deneysel nitelikte tıbbi araştırma yapılabilmesini, kişinin rızasının hiçbir maddi ve manevi baskı altında olmaksızın tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmış olmasına bağlı kılmıştır. Küçükler ve ayırt etme gücüne sahip olmayanlar üzerinde sadece bilimsel amaç taşıyan tıbbi araştırmalar yapılamaz. Ancak bu kişilerin sağlığı yönünden faydalı olması şartı ile bu kimseler üzerinde tıbbi araştırma yapılabilmesi, velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlıdır.

Varsayılan rıza, doktrinde tartışma konusu olan, kişinin kendisinden veya yasal temsilcisinden açıkça rıza alınamayan durumlar açısından kabul edilen ikincil nitelikte bir hukuka uygunluk nedenidir. TŞSTİDK m. 70/1 hükmünde tıbbi zorunluluk durumlarından ve varsayılan rızadan açıkça bahsedilmemekle birlikte, hükmün kapsamının acil tıbbi müdahaleler ve bu müdahaleler içerisinde varsayılan rızaya dayalı olarak gerçekleştirilenler ile sınırlandırılması gerektiği, bu nedenle hukukumuz açısından varsayılan rızanın yasal dayanağının TŞSTİDK m. 70 hükmü olduğu savunulmaktadır.

Rızanın maddi anlamda sonuç doğurabilmesi için, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme konusunda yetkili kişiye yönelmesi gerekir. Rıza beyanının muhatabı tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme konusunda yetkili kimsedir.

Hukuki işlemler açısından kabul edilen genel kural gereği, tıbbi müdahaleye rızanın hukuk düzenince mutlak anlamda korunan kişilik haklarına aykırı olmaması, ayrıca emredici

nitelikteki hukuk kurallarına, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı nitelik taşıması gerekir. Rızaya ilişkin temel düzenleme olan kişiliğin korunmasına yönelik TMK m. 23 hükmü değerlendirildiğinde, kişilik haklarından tamamen vazgeçilmesi ya da bu hakların aşırı şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuracak rıza, hukuken geçersiz olacaktır. Bu şartların yanı sıra, geçerli bir rıza beyanından söz edilebilmesi için rıza kişinin serbest iradesine dayanmalı, bir diğer deyişle yanıltma, aldatma ve korkutma gibi bütün hukuksal işlemlerde iradeyi sakatlayan nedenlerden biri ile sakatlanmamış olmalıdır.

Geçerli bir rızanın son şartı, rızanın aydınlatmaya dayanmasıdır. Kişi, maruz kalacağı tıbbi müdahalenin türü, nitelikleri, önemi ve tehlikeleri hakkında hekim tarafından yeterli şekilde aydınlatılmalı ve bu aydınlatmaya dayalı olarak rıza göstermelidir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu, ancak geçerli bir aydınlatma ile sağlanabilir.

Tıbbi müdahalenin, ancak kanunda sınırlı biçimde sayılmış olan istisnai durumlarda hukuka uygun kabul edilebilmesi, rızanın kişilik hakkı bağlamında incelenmesi gerekliliğini ortaya çıkartmaktadır. Kişinin en önemli kişilik değerlerinden olan yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığına yönelen tıbbi müdahaleler esas itibarıyla kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Tıbbi müdahaleler açısından esasen müdahalede bulunulacak kişi tarafından müdahaleye bizzat rıza gösterilmesi gerekir. Tıbbi müdahaleye rızanın nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle, yasal temsil ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler açısından geçerli olmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabilmektedir.

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin rızası, müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Ancak kişi rızasını herhangi bir sebepten dolayı geri almak isteyebilir. Rızanın, kişinin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürmemesi şartıyla her zaman geri alınabileceği kabul edilmektedir. Rızanın geri alınması herhangi bir şekil şartına bağlı olmamakla birlikte, ispat bakımından yazılılık esas alınmalıdır. Rıza göstermeye yetkili yasal temsilci, rızayı geri alma konusunda da yetkilidir. Ancak burada rızayı geri alacak olan yasal temsilci, küçüğün üstün yararını göz önünde tutmalıdır.

Rızaya ilişkin özel durumlardan bir diğeri, rızanın esirgenmesidir. Rızanın esirgenmesi, kişinin tedaviyi reddettiği anlamına gelir. HHY m. 25/1'e göre, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; kişi kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Kişi, hayati tehlike doğurmaması şartıyla tedaviyi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir. Ancak örneğin tıbbi müdahalenin zorunluluk arz ettiği halde, hayati tehlike altında bulunan küçük veya kısıtlı kişiye gerçekleştirilecek tıbbi

müdahaleye yasal temsilcinin rıza göstermemesi, yasal temsil yetkisinin aşılması anlamına gelir. Bu durumda küçük ya da kısıtlının üstün nitelikte yararı göz önünde bulundurulmalı ve rıza aranmaksızın derhal müdahale edilmelidir.

Rızanın özellik gösterdiği bir diğer konu ameliyatın genişletilmesidir. Rızanın konusunun belirli olması, müdahalenin kişiye açıklanmış olan tıbbi müdahale ile sınırlı olmasını gerektirir. Ancak bazen meydana gelen tıbbi zorunluluklar sonucunda, kişiye açıklanmış olan müdahalenin kapsamının genişletilmesi ya farklı bir müdahale gerçekleştirilmesi gerekebilir. Ameliyatın genişletilmesi olarak ifade edilen bu hallerde, kişinin hayati tehlikesi bulunuyor yahut müdahalenin genişletilmemesi kişinin sağlığını ağır derecede olumsuz etkileyecek ise, hekimin hastanın rızasını almaksızın müdahaleyi genişletmesi hukuka uygundur.

Rıza kural olarak kişinin bilgilendirildiği müdahaleyi kapsamalıdır. Rızanın kapsamının aşıldığı tıbbi müdahale, ortada bir başka hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı takdirde hukuka aykırı olur. Ameliyatın genişletilmesi ve tıbbi zorunluluk durumlarında, kişinin yaşamını tehdit eden duruma rıza göstereceğinin varsayılabilmesi halinde rızanın aşılması hukuka uygun olacaktır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz kişinin temsili, rızaya ilişkin olarak incelenmesi gereken konulardan biridir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, tam ehliyetsizin yasal temsilcisi tarafından kullanılamaz. Ancak tıbbi müdahaleye rızanın nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğunun kabulü sonucunda, yasal temsilci tarafından kullanılabilmesi mümkün olmaktadır. Kanunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, tam ehliyetsiz kişinin üstün nitelikte yararı, tıbbi müdahaleye rızanın yasal temsilci tarafından gösterilmesini mümkün hale getirmektedir. Örneğin kanser hastası tam ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisi, onun menfaatini üstün tutarak kemoterapi uygulanmasına rıza gösterebilmelidir.

Tıbbi müdahaleye rıza açısından velayetin kullanılması, uygulamada da sıklıkla karşımıza çıkabilecek özel durumlardan bir diğeridir. Velayet hakkına sahip olan ana ve baba küçüğü birlikte temsil ederler. Bu nedenle küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleye rızanın ana babanın velayet hakkına birlikte sahip olması halinde birlikte verileceği kabul edilmelidir. Ortak hayata son verilmesi halinde ise rızanın velayet hakkına sahip olan eş tarafından gösterilmesi yeterlidir. Yargıtay son dönemde verdiği karar ile ortak velayetin Türk Hukuk sistemi açısından uygulanabileceği sonucuna varmıştır. Bu kararla birlikte, anne ve babanın istemesi halinde, mahkemece velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılacağına karar verilebilecektir. Bu şekilde mahkemece ortak hayata son verilerek velayetin ortak velayet kuralları çerçevesinde anne baba tarafından birlikte kullanılacağına karar verilmesi halinde, anne ve babanın ikisinin de tıbbi müdahaleye ayrı ayrı rızaları gerekir. Eşlerden birinin haklı

bir sebep olmaksızın müdahaleye rıza göstermekten kaçınması halinde diğer eş, mahkemeye başvurarak ortak velayetin gereği gibi yerine getirilmediğini iddia edebilecektir.

Yasal temsilci, tıbbi müdahaleye rıza konusunda küçüğün yararı ilkesinden hareket etmelidir. Ancak tıbben gerekli olduğu halde yasal temsilcinin rıza göstermekten kaçınması ihtimalinde, temsil edilenin menfaatinin korunması gerekir. Küçüğün yararına olduğu belirlenen tıbbi müdahale, küçük velayet altında ise TMK m. 346, vesayet altında ise TMK m. 487 gereği müdahalenin yapılabileceğine ilişkin mahkeme kararı sonucunda gerçekleştirilecektir. Ancak küçük açısından hayati bir tehlike hali var ise onun sağlığı ve üstün yararı gereği hekim zorunluluk halinden yararlanarak mahkeme kararını beklememeli ve derhal müdahale etmelidir.

Uygulamada trafik kazası ya da ani bilinç kaybına neden olan bir hastalık sonucunda hastaneye getirilen kişiler üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye rızanın açıklanmasına ilişkin olarak nasıl bir yol izleneceği önemlidir. Hukukumuzda TŞSTİDK m. 70 ve HHY m. 24/1 uyarınca acil durumlar dışında müdahale sırasında ayırt etme gücü olmayan kişinin yasal temsilcinin rızası gerekir. Genel kabule göre, rızanın aranmaması, sadece zorunluluk hali ve hayati tehlike ihtimali ile sınırlanmalıdır. Bu gibi hallerde, bir diğer deyişle tıbbi zorunluluk olmaması ve hayati tehlike durumu bulunmaması halinde rızayı üçüncü bir kişinin, örneğin kişinin ailesi ya da yakınlarının açıklaması pratik bir çözüm olacaktır. Burada kişinin varsayılan rızasından hareket edilir. Hukukumuzda aile üyelerinin kişiyi temsil edebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerekli yasal düzenlemelerin yapılması kanaatimizce en doğrusu olacaktır.

Kişiyi sıkı sıkıya bağlı hakların doğası gereği, bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gerekir. Ancak hukukumuzda tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi bakımından sadece yasal temsil kabul edilmekte, iradi temsilci atanması mevzuatta düzenlenmediğinden uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bir diğer deyişle, mevcut düzenlemeler gereği tıbbi müdahaleye maruz kalacak olan kişi veya yasal temsilcisi dışında rıza gösterme ile yetkilendirilmiş bir kişi yoktur. Rızanın iradi temsilci aracılığıyla açıklanması hukukumuz açısından mümkün değildir. İsviçre’de yapılan düzenlemelerle kişiye iradi temsilci atama imkanı getirilmiştir. Biyotıp Sözleşmesine uyulması bakımından yasal mevzuatta gerekli düzenlemelerin yapılması uygun olacaktır. Temsilcinin yetkisinin müdahalenin ağır sonuçlar doğurabileceği hallerde mahkeme izni ile sınırlandırılması yoluna gidilebilir.

Kişinin hasta vasiyeti ile önceden açıklamış olduğu isteklerinin tıbbi müdahaleye rıza bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Hukukumuz açısından bakıldığında, kanunda açık bir düzenleme yapılmadığından hasta vasiyeti olarak düzenlenen bir belgenin hukuki açıdan bağlayıcılığı ve geçerliliği yoktur.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, S. (2014). Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 5(19): 943-995.
- Akbulut, B. (2016). “Dış Beden Muayenesi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 7(27): 83-123.
- Akcan, E. A. (2013). “Ötanazi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71(1): 3-26.
- Akıncı, Ş. (1996). “*Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*”. Yetkin yayınları, Ankara.
- Akipek, J, Akıntürk, T. ve Ateş Karaman, D. (2012). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. Beta Yayınevi, İstanbul.
- Akyol, Ş. (2009). *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Antalya, O. G. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Beta Yayınları İstanbul.
- Arpacı, A. (2000). *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Aşçıoğlu, Ç. (1993). *Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara.
- Ateş, Z. (2010). *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Ayan, M. ve Ayan, N. (2016). *Kişiler Hukuku*. Seçkin Kitabevi, Konya.
- Ayan, M. (1991). *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Kazancı Yayınevi, Ankara.
- Badur, E. (2017). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Başara, G. T. (2012) “Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları” *TBB Dergisi*, Ankara, (103): 245-266.
- Baygın, C. (2010). Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Bayraktar, K. (2010). Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul.
- Boran, B. (2007). Aydınlatılmış Rıza, AÜHF Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, s.84-103.
- Canbolat, F. (2009). “Kamu Hastanelerinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (80): 156-181
- Cihan, E. (1971). “Sosyal ve Hukuki Bakımdan Suni İlkah”. *İstanbul Barosu Dergisi*, Temmuz- Ağustos.

- Çağlayan, R. (2010). “İnsanilik Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası”. *Ankara Barosu 2. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara*, s. 92-113.
- Çakmut, (Yenerer) Ö. (2003) *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Çilingiroğlu, C. (1993) *Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Demir, B. (2015) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6(1): 249- 278.
- Demir, M. (2008). “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(3): 225-252.
- Doğramacı, G. (2017). *Çocuğun Hakları, Tıbbi Uygulamaya Rıza*, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Özel Yayını, s.185- 199
- Dural, M. ve Öğüz, T. (2013), *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku C.II*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Dural, M., Öğüz, T. ve Alper, G. (2010), *Türk Özel Hukuku C.III*, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul.
- Ekici, İ. (2016). *Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısının Fiillerinden Doğan Sorumluluk*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Erçeltik, E. (2011). *Özel Sağlık Kurum Ve Kuruluşlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- Eren, F. (2010). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul.
- Erman, B. (2003). *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Erman, H. (1988). “Hekimin Hukuki Sorumluluğu” *Bülent Davran’a Armağan*, İstanbul.
- Erol, Y. (2012). *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Fidan, N. (2010). “Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:1, 1(3): 331-346.
- Gülel, İ. (2018). *Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Günday, R. (2009). *Tıbbi Müdahale Ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Gürelli, N. (1979). “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırı”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1979-80-81, 4547(1-4): 267-275.

- Güven, K. (1997). “Cinsiyet Değişikliği Ve Sonuçları”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1): 56-94.
- Hakeri, H. (2012). *Tıp Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (1992). *Borçlar Hukuku - Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Helvacı, S. (2001) *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, Beta Yayınlar, İstanbul. (Davalar)
- Helvacı, S. (2012) *Gerçek Kişiler*, Legal Yayıncılık, İstanbul. (Kişiler)
- Işık Özcan, F. (2008). *Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Işık Yılmaz, B. (2012) “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (98): 389-410.
- İmamoğlu, S. H. (2013). İsviçre Medeni Kanununun Tıbbi Tedbirlerde Temsil Hakkındaki Yeni Hükümlerine Bakış, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, (132).
- İpekçioğlu, P. A. (2013). “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği Ve Anayasaya Uygunluğu”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (19)2: 1157- 1175.
- İpekyüz, F. Y. (2006) *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, Vedat Yayıncılık, İstanbul.
- Kahraman, Z. (2016) “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7(1): 479-505.
- Karakaş, T. (2015) *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kazık, Y. (2002) *Özel Hukuk Açısından Muayenehane Ve Özel Hastanede Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır.
- Keyman, S. (1978). “Hekimin Cezai Sorumluluğu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35(1-4): 57-89.
- Kılıçoğlu, A. M. (1991) Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2): 246-265.
- Kırkbeşoğlu, N. (2006). *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Koca, M. (2009). “Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul, 67(1-2).

- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (2010). Borçlar Hukuku Genel Bölüm. C. I, 5. Bası, İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1. B.11, İstanbul.
- Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S. (2012). *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Oktay Özdemir, S. (2010). “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”. *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, C.II s. 1315- 1351.
- Oktay Özdemir, S. (2016). “Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Eylül - Ekim 2016, İstanbul, (145 – 146): 223-243.
- Oral, T. (2011). “*Hekimin Aydınlatma Ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü*”. Ankara Barosu Dergisi, (2): 186-209.
- Ozanoğlu, H. S. (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 52(3): 55-77.
- Özbilen, A. B. (2011). “*İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*”. (İnsan Kökenli) Vedat Kitapçılık, İstanbul
- Özbilen, A. B. (2013). “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2013/2, 12(24): 99-124.
- Özdemir, H. (2008). “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII(3-4).
- Özpınar, B. (2007). *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara.
- Özsunay, E. (1983). “Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve İstisnaları” *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu V.*, İstanbul. s.30-59. (Aydınlatma)
- Özsunay, E. (1977). *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, Üçüncü Bası, İstanbul.
- Öztürkler, C. (2006). *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis Ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Parlak, Ş. (2009). “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (83): 189 -222.

- Petek, H. (2006). “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1): 177- 239.
- Sarıal, E. (1986). *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, Kazancı Yayınevi, İstanbul.
- Savaş, H. (2007). “Yargı Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu” *Sağlık Hukuku Kurultayı*, 1-3 Kasım 2007, .171- 197. Ankara.
- Savaş, H. (2009). “Sağlık Hukuku Digestası”. *Ankara Barosu Yayınları*, 1(1): 277-325. (Sağlık Hukuku)
- Savaş, H. (2013). *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara (Tıbbi Müdahale).
- Savaş, H. (2013). *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Serozan, R. (1977). “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11(14): 93- 112.
- Serozan, R. (2008). “Medeni Hukuk Genel Bölüm” 2. Bası Ankara.
- Sert, S. ve Cihan A. H. (2013). *Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme*, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Sert, S. (2015). “*Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1: 255-270.
- Şenocak, Z. (1998). “Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu”. İstanbul.
- Şenocak, Z. (2001). “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(4): 65-80.
- Şenocak, Z. (2009). “*İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat*”. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Şimşek, U. (2015). “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(Özel Sayı 2014): 3535-3556. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan.
- Taşatan, C. (2017). “*Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar*”. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul.
- Toroslu, N. (1978) “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 35(1-4): 91-118.
- Turan Başara, G. (2012). “Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (103): 245-266.

- Uygur, A. (2009). “*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*” Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2010). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Ünver, Y. (2006). “Türk Tıp Hukukunda Rıza” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı: Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, III(2): 227-288.
- Ünver, Y. (2012). “Kısırlaştırma Suçu” *Tıp Hukuku Dergisi*, C.I. S.1, s.19-42. İstanbul. (Kısırlaştırma)
- Velidedeoğlu, H. V. (1969). *Medeni Hukuk*, C.1. İstanbul.
- Yavuz İpekyüz, F. (2015). “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(33): 19-61.
- Yenerer Çakmut, Ö. (2003). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Yılmaz, B. (2007). *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Zevkliler, A. (1983). Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1): 1-37.
- Zevkliler, A., Acabey, B. ve Gökyayla E. (2000) *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku*. 6. Bası, Ankara.

İnternet Kaynakları

- http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/saglik/654834/Fransa_da__organ_bagisi__karari__Aksi_ni_belirtmeyenlerin_tum_organlari_bagislanacak.html, (erişim tarihi: 03.01.2017)
- <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=132>, (erişim tarihi: 28.11.2017)
- <http://www.hurriyet.com.tr/son-karar-zorunlu-asi-yasak-topuk-kani-alinmasi-serbest-40259711>, (erişim tarihi: 19.05.2017)
- <http://www.tdk.gov.tr>, (erişim tarihi: 13.11.2017), (07.01.2018)
- <http://www.dergiler.ankara.edu.tr>, (erişim tarihi: 02.11.2017)
- <http://www.ttb.org.tr>, (erişim tarihi: 15.11.2017)
- <http://www.kdkcocuk.gov.tr>, (erişim tarihi: 21.05.2017)
- [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"languageisocode\":\"ENG\",\"appno\":\"302/02\",\"documentcollectionid2\":\"CHAMBER\",\"itemid\":\"001-99221\"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\), (erişim tarihi: 25.03.2017)
- http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf (erişim tarihi: 23.10.2017)
- http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi: 03.01.2018)
- <http://aa.com.tr/tr/turkiye/cinsiyet-degistirmede-ureme-yeteneginden-yoksun-olma-sarti-kalkti/985974> (erişim tarihi: 05.01.2018)

Aboneli Programlar

Kazancı İctihat Bankası

- Y. 4. HD. E.1976/6297, K.1977/2541 T. 07.03.1977. erişim tarihi: 15.03.2017
- Y. 18. HD. E. 2015/7572, K. 2016/2526 T. 16.2.2016 erişim tarihi: 19.02.2017
- Y. 4. HD. E. 1976/692 , K. 1976/11046 T. 17.12.1976. erişim tarihi: 13.11.2017
- Y. 3. HD. E. 2015/1871, K. 2016/1669 T. 11.02.2016 erişim tarihi: 11.11.2017
- Y. 13. HD. E. 1994/8557, K. 1994/2138 T. 04.03.1994. erişim tarihi: 10.11.2017
- Y. 2. HD. E. 2013/21336, K. 2014/4508, T. 03.03.2014. erişim tarihi:13.11.2017
- Y. 2. HD. E. 2014/22611, K. 2015/9162, T. 04.05.2015. erişim tarihi: 14.11.2017
- Y. 2. HD. E. 2016/6766, K. 2016/9249, T. 05.05.2016. erişim tarihi: 09.11.2017
- Y. 2. HD. E. 2009/19039, K. 2010/20942 T. 13.12.2010 erişim tarihi: 12.11.2017
- Y. 2. HD E. 2009/9678, K. 2009/22090 K.T. 21.12.2009 erişim tarihi: 13.03.2017
- Y. 13. HD. E. 2015/32882, K. 2016/24003 T. 21.12.2016 erişim tarihi: 02.11.2017
- Y. 2. H.D. E. 2016/15771, K. 2017/1737 T. 20.2.2017 erişim tarihi: 05.11.2017
- Y.18. HD. E. 2013/16178, K. 2014/3998 T. 06.03.2014 erişim tarihi: 14.05.2017

Resmi Gazeteler

- 14.04.1928 tarih ve 863 sayılı RG.
- 06.05.1930 tarih ve 1489 sayılı RG.
- 31.01.1953 tarih ve 8323 sayılı RG.
- 8.12.2001 tarih ve 24607 sayılı RG.
- 02.02.1956 tarih ve 9223 sayılı RG.
- 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı RG.
- 03.06.1979 tarih ve 16655 sayılı RG.
- 09.11.1982 tarih ve 17863 Sayılı RG.
- 18.12.1983 tarih ve 18255 sayılı RG.
- 15.05.1987 tarih ve 19461 sayılı RG.
- 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı RG.
- 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı RG.
- 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı RG.
- 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı RG
- 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı RG
- 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı RG.
- 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı RG.
- 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı RG.

08.03.2010 tarih ve 27515 sayılı RG.
08.03.2010 tarih ve 27515 sayılı RG.
04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.
04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG
26.04.2011 tarih ve 27916 sayılı RG.
22.02.2012 tarih ve 28212 sayılı RG.
18.01.2014 tarih ve 28886 sayılı RG.
26.04.2014 tarih ve 28983 sayılı RG.
08.05.2014 tarih ve 28994 sayılı RG.
22.05.2014 tarih ve 29007 sayılı RG.
22.05.2014 tarih ve 29007 sayılı RG.
30.09.2014 tarih ve 29135 sayılı RG.
01.04.2017 tarih ve 30025 sayılı RG.
29.06.2012 tarih ve 28338 sayılı RG.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve Soyadı : Ayça ÇAKAL

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Antalya Adem Tolunay Anadolu Lisesi, 2006

Lisans Diploması : Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2010

Yüksek Lisans Diploması : Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk
Ana Bilim Dalı, Antalya, 2018

Tez Konusu : Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza

Yabancı Dil : İngilizce

İş Denevimi

Çalıştığı Kurumlar : Ayça ÇAKAL Avukatlık Bürosu (2012 - Devam Ediyor)

E-Posta : aycacakal@hotmail.com