



**AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLANLAR
BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA**

HANDE HOŞER ÖĞÜT

Yüksek Lisans Tezi

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

İzmir Ekonomi Üniversitesi

İzmir

2022

**AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLANLAR
BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA**

Hande HOŞER ÖĞÜT

İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı'na
Yüksek Lisans Tezi
olarak sunulmuştur.

İzmir
2022

ÖZET

AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLANLAR BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA

Hoşer Ögüt, Hande

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Zeynep ŞİŞLİ

Ocak, 2022

Ayirt etme gücünden yoksun olanlar bakımından tıbbi müdahaleye rıza, hukuksal çerçevesi ve uygulamada ortaya çıkan sorunların irdelenmesi amacı ile yüksek lisans tez çalışmasının konusu olarak belirlenmiştir. Bu amaçla ikinci bölümde, öncelikle ayirt etme gücünden yoksunluk ve tıbbi müdahale kavramları açıklandıktan sonra hasta ile yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu arasındaki tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği irdelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, tıbbi müdahaleye rıza ve temsil ilişkisi, ayirt etme gücünden yoksun olanlar bakımından tıbbi müdahaleye rızanın hukuka uygunluk koşulları, kanuni temsilci tarafından rıza verilmemesi hali, kanuni temsilci rızasının aranmadığı özel durumlar, tedaviyi reddetme hakkı, rıza iradesinde sıhhat, varsayılan rıza, tıbbi vasiyet ve canlandırma uygulanmasın talimatları incelenmiştir. Dördüncü bölümde, ayirt etme gücünden yoksun olanlarda tıbbi müdahaleye verilecek rıza bakımından özellik arz eden klinik araştırmalarda insan üzerinde deney ve denemeler, organ ve doku nakli, gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon ve kastrasyon tıbbi müdahaleler incelenmiştir. Tez

içeriğinde ayırt etme gücünden yoksun olanlar bakımından tıbbi müdahaleye rıza, ulusal ve uluslararası açılardan hukuki boyutları ile tartışılmaya ve sonuç bölümünde eleştirel bir bakış açısı ile önemli noktalara dikkat çekilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk, Tıbbi Müdahale, Rıza, Temsil, Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahale.



ABSTRACT

CONSENT TO MEDICAL INTERVENTION IN TERMS OF THOSE WHO HAVE MENTAL INCAPACITY

Hoşer Öğüt, Hande

Master's Program in Private Law

Advisor: Prof. Dr. Zeynep ŞİŞLİ

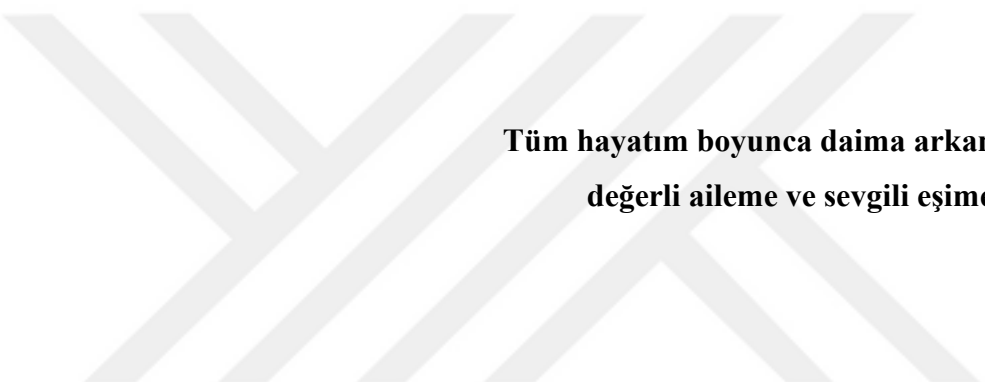
January, 2022

Consent to medical intervention in terms of those who have mental incapacity has been determined as the master's thesis topic in order to examine its legal framework and the problems that arise in practice. In this regard, in the second part, the concepts of mental incapacity and medical intervention were explained, then the legal nature of the healthcare agreement between the patient and the authorized healthcare professional was examined. In the third part, the relationship between the consent to medical intervention and representation; conditions of legal conformity in terms of consent to medical intervention in terms of those who have mental incapacity; non-consent by the legal representative; special circumstances in which the consent of the legal representative is not asked for; right to refuse treatment; health for consent; default consent; medical will; and instructions for resuscitation order were examined. In the fourth part; the characteristics that are peculiar in terms of consent to be given to medical intervention in those who lack mental incapacity, experimentations, and exercises on human beings, organ and tissue transplantation, termination of pregnancy,

sterilization and castration medical interventions were examined. In this thesis, consent to medical intervention for those who have mental incapacity has been tried to discuss with its legal dimensions in terms of national and international perspectives and it has been tried to draw attention to important points with a critical point of view in the conclusion part.

Keywords: Mental Incapacity, Medical Intervention, Consent, Representation, Peculiar Medical Intervention.





**Tüm hayatım boyunca daima arkamda duran
değerli aileme ve sevgili eşime ithafen...**

TEŞEKKÜR

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans alanında çalışmalarda bulunmamı sağlayan, tez yazımı başta olmak üzere beni çalışma hedeflerime yönlendiren ve en büyük desteği sağlayarak çalışmamda bana kıymetli vaktini ayıran çok değerli danışman hocam Prof. Dr. Zeynep ŞİŞLİ'ye teşekkür ederim.

Yüksek lisans tezimi inceleyerek beni yönlendiren ve kıymetli vakitlerini bana ayıran değerli tez jüri hocalarıma da teşekkürlerimi sunarım.

Yaşar Üniversitesi'ne kuruluşundan günümüze emekleri olan ve mezuniyet tarihimde kadar bana her türlü desteklerini veren hocalarıma teşekkür ederim.

Mesleğimi icra etmeye başladığım ilk andan itibaren iş ortaklarım başta olmak üzere destekleri, bilgi ve tecrübeleri ile bana ışık tutan tüm meslektaşlarıma teşekkürlerimi sunarım.

Hedeflerime ulaşabilmek amacıyla attığım her adımda isteklerimin, kararlarımın ve fikirlerimin doğruluğuna inanarak beni her zaman destekleyen annem Gülderen HOŞER, babam Abdurrahman HOŞER, kardeşim Selin HOŞER ve eşim Mustafa ÖĞÜT başta olmak üzere ailemdeki tüm bireylere, dostlarıma, arkadaşlarıma ve sevdiklerime yürekten teşekkürü borç bilirim.

İÇİNDEKİLER TABLOSU

ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	viii
İÇİNDEKİLER TABLOSU	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xvii
BÖLÜM 1: GİRİŞ.....	1
BÖLÜM 2: AYIRT ETME GÜCÜ VE TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMLARI, UNSURLARI VE TEDAVİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	3
2.1. <i>Ayirt Etme Gücü Kavramı ve Ayirt Etme Gücünden Yoksun Olanların Hukuk Düzeni İçerisindeki Yeri.....</i>	3
2.1.1. <i>Ayirt Etme Gücü Kavramı ve Ayirt Etme Gücünün Unsurları.....</i>	3
2.1.1.1. <i>Ayirt Etme Gücü Kavramı.....</i>	3
2.1.1.2. <i>Ayirt Etme Gücünün Unsurları.....</i>	4
2.1.1.2.1. <i>Psikolojik Unsur (Akla Uygun Davranma Yeteneği)</i>	4
2.1.1.2.2. <i>Fizyolojik (Biyolojik) Unsur.....</i>	5
2.1.1.2.2.1. <i>Yaş Küçüklüğü.....</i>	5
2.1.1.2.2.2. <i>Akil Hastalığı.....</i>	6
2.1.1.2.2.3. <i>Akil Zayıflığı.....</i>	9
2.1.1.2.2.4. <i>Sarhoşluk</i>	12
2.1.1.2.2.5. <i>Benzer Sebepler</i>	14
2.1.2. <i>Ayirt Etme Gücünün Saptanması ve İspatı.....</i>	14
2.1.2.1. <i>Ayirt Etme Gücünün Varlığı Karinesi</i>	16

2.1.2.2. Ayırt Etme Gücünün Yokluğu Karinesi.....	17
2.2. Tıbbi Müdahale Kavramı, Türleri ve Tıbbi Müdahalenin Unsurları.....	18
2.2.1. Tıbbi Müdahale Kavramı ve Türleri	18
2.2.1.1. Tıbbi Müdahale Kavramı.....	18
2.2.1.2. Tıbbi Müdahale Türleri	21
2.2.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları	22
2.2.2.1. Hukuken Korunan Meşru Amaca Yönelik Olması	23
2.2.2.1.1. Teşhis	23
2.2.2.1.2. Tedavi.....	25
2.2.2.1.3. Önleme	26
2.2.2.1.4. Nüfus Planlaması	26
2.2.2.1.5. Diğer Amaçlar.....	27
2.2.2.2. Bilimsel Gelişmelere Uygun Olması.....	27
2.2.2.3. Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi.....	29
2.2.2.3.1. Hekimler.....	30
2.2.2.3.1.1. Diploma Sahibi Olmak	33
2.2.2.3.1.2. Tabip Odasına Kayıtlı Olmak.....	35
2.2.2.3.1.3. Hekimlik Mesleğinin İcrası Bakımından Geçici ya da Sürekli Engel Hali Bulunmamak	35
2.2.2.3.2. Diş Hekimleri	37
2.2.2.3.3. Hemşireler.....	38
2.2.2.3.4. Ebeler	40
2.2.2.3.5. Diğer Sağlık Mesleği Mensupları	42
2.2.2.4. Aydınlatılmış Rıza (Onam) veya Varsayılan Rızanın Bulunması	43

2.2.2.4.1. Aydınlatılmış Rıza (Onam).....	43
2.2.2.4.2. Varsayılan Rıza	47
2.2.2.5. Endikasyon (Tıbbi Gereklik) Şartının Sağlanması	48
2.2.2.6. Hukuka ve Ahlaka Aykırılığın Bulunmaması	50
2.3. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	52
2.3.1. Genel Olarak	52
2.3.2. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Öğretide İleri Sürülen Görüşler.....	55
2.3.2.1. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü	55
2.3.2.2. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Eser (İstisna) Sözleşmesi Olduğu Görüşü	57
2.3.2.3. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Vekalet Sözleşmesi Olduğu Görüşü	59
BÖLÜM 3: AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLANLAR BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA.....	63
3.1. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Tıbbi Müdahaleye Rızanın Konusu	63
3.1.1. Yaşama Hakkı.....	65
3.1.2. Sağlık Hakkı	67
3.1.3. Vücut Bütünlüğü Hakkı	68
3.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Tıbbi Müdahaleye Rızanın Hukuka Uygunluk Koşulları.....	69
3.2.1. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Rıza Ehliyeti Şartının Değerlendirilmesi.....	69
3.2.1.1. Genel Olarak.....	69
3.2.1.1.1. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Küçüklerin Rıza Ehliyeti.....	72

3.2.1.1.1. Anne ve Babanın Evli Olması	74
3.2.1.1.2. Anne ve Babanın Hiç Evlenmemiş Olması.....	75
3.2.1.1.3. Diğer Durumlar	76
3.2.1.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Yetişkinlerin Rıza Ehliyeti	77
3.2.1.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlarda Kanuni Temsilci Rızasına İlişkin Görüşler.....	80
3.2.2. Kanuni Temsilcinin ve Mümkün ise Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Hastanın Aydınlatılmış Olması	81
3.2.2.1. Genel Olarak.....	81
3.2.2.2. Aydınlatmanın Gerçekleştirilmesi.....	87
3.2.2.2.1. Aydınlatmada Bulunacak Kişi.....	87
3.2.2.2.2. Aydınlatma Yapılacak Kişi.....	89
3.2.2.2.2.1. Genel Olarak	89
3.2.2.2.2.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Küçüğün Tıbbi Müdahalesinde Durum	92
3.2.2.2.2.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Yetişkinlerin Tıbbi Müdahalesinde Durum	94
3.2.2.2.3. Aydınlatmanın Zamanı	95
3.2.2.2.4. Aydınlatmanın Şekli	98
3.2.2.2.5. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı.....	102
3.2.2.3.5.1. Müdahalenin Aciliyeti ve Yaşam Tehlikesi.....	105
3.2.2.3.5.2. Komplikasyon Yoğunluğu ve Tipik Riskler.....	106
3.2.2.3.5.3. Tedavi Seçenekleri.....	107
3.2.2.3.5.4. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Hastanın Özel Durumu	107
3.2.2.2.6. Aydınlatmanın Yapılamayacağı Haller.....	108

3.2.2.2.6.1.Acil Durumlar ve Yaşam Tehlikesi.....	108
3.2.2.2.6.2.Aydınlatılmanın Önceden Yapılması.....	109
3.2.2.2.6.3.Bilgi Sahibi Olunması	109
3.2.2.2.6.4.Aydınlatmanın Reddedilmesi.....	110
3.2.2.2.7.Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali.....	113
3.2.3.Rızanın Tıbbi Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye Yöneltilmesi	116
3.2.4.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Hastanın Kanuni Temsilcisi ve Mümkün ise Kendisinin Rızanın Açıklama Zamanı, Şekli ve İçerik Şartlarına Uyması	116
3.2.5.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Hastanın Kanuni Temsilcisi ve Mümkün ise Kendisi Tarafından Verilen Rıza İradesinin Sıhhatli Olması	120
3.2.5.1.Genel Olarak.....	120
3.2.5.2.İradeyi Sakatlayan Nedenlerin Bulunmaması	122
3.2.5.2.1.Yanılma (Hata).....	122
3.2.5.2.2.Aldatma (Hile).....	123
3.2.5.2.3.Korkutma (İkrah)	125
3.2.5.3.Rıza İradesinde Sakatlığın Sonuçları	125
3.3.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Kanuni Temsilci Tarafından Tıbbi Müdahaleye Rıza Verilmemesi	127
3.3.1.Genel Olarak.....	127
3.3.2.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Küçüğün Tıbbi Müdahalesinde Durum	129
3.3.3.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Yetişkinin Tıbbi Müdahalesinde Durum	131
3.4.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Tedaviyi Ret Hakkı.....	132
3.4.1.Genel Olarak.....	132
3.4.2.Tedaviyi Reddetme Hakkının Kullanım Şekli	133

3.4.3. Tedavinin İrade Açıklaması Uyarınca Kesilmesi.....	134
3.4.4. Tedaviyi Reddetme Hakkının Kullanımı Sonucunda Ölüm Neticesinin Ortaya Çıkması.....	134
3.4.4.1. Pasif Ötenazi Kapsamında Değerlendirme	134
3.4.4.2. Türk Hukuku'ndaki Durum.....	136
3.5. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Varsayılan Rıza.....	137
3.5.1. Genel Olarak.....	137
3.5.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Varsayılan Rızanın Uygulama Alanı.....	138
3.5.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Varsayılan Rızanın Koşulları.....	141
3.5.3.1. Müdahalenin, Rıza Gösterilebilir Nitelikte Olması	141
3.5.3.2. İrade Açıklamasının Bulunmaması.....	142
3.5.3.3. Rızanın Gereken Sürede Alınamıyor Olması.....	142
3.5.3.4. Gerçek İradeye Uygun Sonucun Amaçlanması	144
3.5.4. Varsayılan Rızanın Hukuksal Niteliği.....	145
3.5.4.1. Vekâletsiz İş Görme Kabul Eden Görüş	145
3.5.4.2. Hasta Rızasının Görünüm Şekli Kabul Eden Görüş.....	146
3.5.4.3. Zorunluluk Hali veya Üstün Nitelikte Yarar Kabul Eden Görüş.....	147
3.5.4.4. İzin Verilen Risk veya Faaliyet Kabul Eden Görüş	150
3.5.4.5. Mesleki Bir Yetkinin Kullanılması Kabul Eden Görüş.....	151
3.6. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Önceki İrade Açıklamalarının Geçerliliği	152
3.6.1. Tıbbi Vasiyet (Hasta Vasiyeti).....	152
3.6.1.1. Türk Hukuku'nda Tıbbi Vasiyet.....	152

3.6.1.2.Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Vasiyet	156
3.6.2.Canlandırma Uygulanmasın (Resüsitasyon Yapılmaması) Talimatları (DNR)	159
BÖLÜM 4: AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLANLARDA TIBBİ MÜDAHALEYE VERİLECEK RIZA BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN TIBBİ MÜDAHALELER.....	162
<i>4.1.Ayirt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Klinik Araştırmalarda İnsan Üzerinde Deney ve Deneme</i>	<i>162</i>
4.1.1.Genel Olarak	162
4.1.2.İyileştirme Amaçlı Denemeler	165
4.1.3.Bilimsel Amaçlı Deneyler	166
4.1.4.İnsan Üzerinde Deney ve Denemenin Hukuka Uygunluğuna İlişkin Düzenlemeler.....	167
4.1.4.1.Genel Olarak.....	167
4.1.4.2.Ulusal ve Uluslararası Mevzuatta Ayirt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Üzerinde Salt Bilimsel Amaçlı Deneye İlişkin Düzenlemeler	172
4.1.4.2.1.Ulusal Düzenlemeler	172
4.1.4.2.2.Uluslararası Düzenlemeler	180
4.1.4.3.Ulusal ve Uluslararası Mevzuatta Ayirt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Üzerinde İyileştirme Amaçlı Denemeler.....	183
4.1.4.3.1.Ulusal Düzenlemeler	183
4.1.4.3.2.Uluslararası Düzenlemeler	184
4.2.Ayirt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Organ ve Doku Nakli	185
4.2.1.Canlı Vericiden Yapılan Organ ve Doku Nakli.....	185
4.2.1.1.Vericinin Rızası.....	186
4.2.1.2.Alıcının Rızası	190

4.2.2.Ölülerden Organ ve Doku Nakli	191
4.2.2.1.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlardan Organ ve Doku Nakli	191
4.2.2.2.Ölmeden Önce Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanın Açıklanmış Rızası veya Yakınının Organ Alımı Yönünde Rızası	194
4.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Gebeliğin Sonlandırılması, Sterilizasyon ve Kastrasyon	199
4.3.1.Gebeliğin Sonlandırılması.....	199
4.3.2.Sterilizasyon ve Kastrasyon.....	206
4.3.2.1.Sterilizasyon.....	206
4.3.2.2.Kastrasyon	209
BÖLÜM 5: TARTIŞMA VE SONUÇ.....	212
KAYNAKÇA.....	222

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AHPUHK	: 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK	: Bakanlar Kurulu
BK	: Bakanlar Kurulu
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMBMY	: Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇKK	: 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu
DNR	: Do Not Resuscitate (Canlandırma Uygulanmasın
DTB	: Dünya Tabipler Birliği
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHK	: 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HK	: 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu
HMEK	: Hekimlik Meslek Etiği Kuralları
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HY	: Hemşirelik Yönetmeliği
İHBS	: Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi
İKUK	: İyi Klinik Uygulama Kılavuzu

İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K	: Karar
KAHY	: Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik
KSVHY	: Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik
KTK	: 2918 Karayolları Trafik Kanunu
KTY	: Karayolları Trafik Yönetmeliği
M	: Madde
NPHK	: 557 Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
NPYPEGYSHK	: Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik
ODNHY	: Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği
ODNK	: 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
RG	: Resmî Gazete
RTSHYDHT	: Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesi Hakkında Tüzük
RTSHYDİT	: 83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü
s	: Sayfa
S	: Sayı
SHSHK	: 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun
SİHK	: 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun
ss	: Sayfa Aralığı
T	: Tarih
T.C	: Türkiye Cumhuriyeti
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TDT	: Tıbbi Deontoloji Tüzüğü
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TŞSTİDK	:1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTB	: Türk Tabipler Birliği
TTB	: Türk Tabipler Birliği
TTBK	: 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu
UHK	: 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
Vb.	: Ve benzeri, bunun gibi
Vd.	: Ve devamı, ve diğerleri
Vs.	: Ve saire
WHO	: Dünya Sağlık Örgütü
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YTKİY	: Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği

BÖLÜM 1: GİRİŞ

Hukuken korunan yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü haklarına yönelik tıbbi müdahalelerde rızanın alınması, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak nitelendirilmesi için gereklidir. Küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri sebeplerle ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin rıza gösterip gösteremeyecekleri, kanuni temsilcilerinin rıza gösterme bakımından bu hak ve yetkisi bulunuyorsa yetki ve görevleri, ayırt etme gücünden yoksun olanların tıbbi müdahaleye katılması, kişinin henüz ayırt etme gücünden yoksun olmadığı zaman dilimindeki iradesinin etkisi, özellik arz eden tıbbi müdahalelerin bu kimseler bakımından işleyişi gibi çeşitli durumlara ilişkin mevzuat hükümleri, öğretilerde yer alan görüşler ve yargı kararları ile uygulamanın incelenmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayırt etme gücünden yoksun olanlarda tıbbi müdahaleye rızayı konu edinen çalışmamızda, tıbbi müdahalenin sağlık, yaşama ve vücut bütünlüğü hakları ile doğrudan ilgili olması, teknolojinin hızla ilerlemesiyle yaşam koşullarının ve gerekliliklerin değişmesi gibi nedenlerle taşıdığı öneme binaen çeşitli boyutlarıyla ele alınmıştır.

Çalışmamızda öncelikle, ayırt etme gücünden yoksunluk kavramı ve hangi özellikleri taşıyan kişilerin ayırt etme gücünden yoksun kişilerden olduğu konuları ele alınarak ayırt etme gücünün saptanması ve ispatı irdelenmiştir. Akabinde, tıbbi müdahale kavramı incelerken hukuka uygun tıbbi müdahalenin hangi unsurları taşıması gerektiği de çalışma konumuza dahil edilmiştir. Hasta ile yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu arasında gerçekleştirilen tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşlere yer verilerek ayırt etme gücünden yoksun olanlar adına gerçekleştirilen tedavi sözleşmesinin niteliği de incelenmiştir.

Çalışmamızın asıl konusunu teşkil eden ayırt etme gücünden yoksun olanlarda rızanın konusu, kişilik hakları ile tıbbi müdahaleye rıza ve temsil ilişkisi, hukuken geçerli bir rızadan bahsedilebilmesi için gerekli şartlar, kanuni temsilci tarafından rızanın verilmemesi durumları, ayırt etme gücünden yoksun hastanın tıbbi müdahaleyi

ret hakkı, rızanın ehliyetsizlik, bilinç kaybı, acil durumlar gibi alınamadığı zamanlar ortaya çıkan ve rızanın yerini alan kendine has ikincil hukuksal kurum olarak kavramsallaştırılan varsayılan rıza, hastanın ayırt etme gücünden yoksun hale gelmeden önce belirtmiş olduğu tıbbi vasiyet ve canlandırma uygulanmasın talimatının niteliği ve uygulanması konuları mevzuat, öğreti ve yargı kararları ile literatüre katkı sağlaması amacıyla incelenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamızın ağırlık merkezi, belirtilenlerden oluşmakta ise de güncel tartışmaların merkezinde yer alan klinik araştırmalarda insan üzerinde deney ve denemeler, organ ve doku nakli, gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon ve kastrasyon gibi özellik arz eden konularda ayırt etme gücünden yoksun olanların rızası bakımından ortaya çıkan sorunlar ve yasal çelişkilere de değinilerek konunun güncel verilerle bağlantısı kurularak açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamız dört bölümden oluşacaktır. Birinci bölümde; tez çalışmamıza ilişkin genel bir açıklama ile giriş bölümü ele alınmıştır. İkinci bölümde; ayırt etme gücü, tıbbi müdahale kavramları ve unsurları mevzuat, yargı kararları ve öğreti görüşleri ile açıklanacaktır. Üçüncü bölümde; ayırt etme gücünden yoksun olanlar bakımından tıbbi müdahaleye rıza; rızanın hukuka uygunluk koşulları, rıza verilmemesi, rıza iradesinde sıhhat, rızanın diğer hukuka uygunluk koşulları, varsayılan rıza, tıbbi vasiyet, canlandırma uygulanmasın talimatları (do not resuscitate order), mevzuat, yargı kararları ve öğreti görüşleri ile açıklanacaktır. Dördüncü bölümde; ayırt etme gücünden yoksun olanlar bakımından klinik araştırmalarda insan üzerinde deney ve denemeler, organ ve doku nakli, gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon ve kastrasyon gibi özellik arz eden tıbbi müdahaleler mevzuat, yargı kararları ve öğreti görüşleri ile açıklanacaktır. Beşinci bölümde; çalışmamızda araştırma kapsamı içerisinde yer alan konular tartışılarak sonuç ve kanaat ile bildirilecektir.

BÖLÜM 2: AYIRT ETME GÜCÜ VE TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMLARI, UNSURLARI VE TEDAVİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1.Ayirt Etme Gücü Kavramı ve Ayirt Etme Gücünden Yoksun Olanların Hukuk Düzeni İçerisindeki Yeri

2.1.1.Ayirt Etme Gücü Kavramı ve Ayirt Etme Gücünün Unsurları

2.1.1.1.Ayirt Etme Gücü Kavramı

Türk Dil Kurumu Türkçe sözlüğünde birkaç şeyi diğerlerinden ayıran özelliği temyiz etmek, anlamak tefrik etmek olarak açıklanan ayirt etmek,¹ özet olarak tefrik yeteneği olarak ifade edilebilir. Literatürde yer alan tanımlardan yola çıkarak, bir ya da birkaç şeyi birbirinden ayırma, kavrama, anlama gibi yetenek; hukuken de iktidar olarak ifade edilebilir.

Fiil ehliyetinin koşulu olarak ayirt etme gücü kavramı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun² ("TMK") "*Ayirt etme gücü*" başlıklı 13. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanun'a göre ayirt etme gücüne sahiptir."

Bu hükümde, ayirt etme gücü olumsuz olarak tanımlanmış haldedir. Bunun sebebi; ayirt etme gücünden yoksun olma halinin istisna, ayirt etme gücüne sahip olmanın ise asıl olmasıdır.³

¹Türk Dil Kurumu, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.11.2021)

²4721 sayılı Türk Borçlar Kanunu, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 24607, 08 Aralık 2001 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 01.06.2021)

³Aral, F. (1980) *Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukukî Sorumluluğu*, Batıder Dergisi, C.X, S.3, s.733

2.1.1.2. Ayırt Etme Gücünün Unsurları

TMK'nın 13. madde hükmü uyarınca ayırt etme gücünün varlığından bahsedilebilmesi için hem psikolojik hem de fizyolojik (biyolojik) unsurların birlikte bulunması şarttır. Psikolojik olarak belirtilen unsur, akla uygun düşecek nitelikte davranma gücünü⁴ ifade etmekte iken; fizyolojik unsur ise, madde hükmünde yer alan yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzer sebepler gibi durumların bulunmamasını ifade etmektedir.

2.1.1.2.1. Psikolojik Unsur (Akla Uygun Davranma Yeteneği)

Ayırt etme gücü diğer bir tanımını itibarıyla; bir kimsenin gerçekleştirmiş olduğu eylemlerin anlamını ve bu fiillerinin sonuçlarını idrak edebilmesi ve hareketlerin de bu anlayış çerçevesinde yönlendirebilmesi becerisidir.⁵ Bu bakımdan, ayırt etme gücünün varlığının tespitinin, aynı zamanda psikoloji ve psikiyatri bilimlerinin de çalışma alanlarının içerisinde olduğu söylenebilecektir.⁶

Ayırt etme günü kavramının tanımından da anlaşılacağı üzere, psikolojik unsuru, akla uygun hareket edebilme yeteneğini ifade etmektedir. Fakat, tek başına akla uygun hareket etme unsurunun var olması ayırt etme gücünün de varlığına doğrudan işaret etmeyecektir, çünkü ayırt etme gücüne sahip olan kimselerin akla uygun hareket etmediğini, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin de akla gayet uygun hareket ettiğini gözlemleyebilmek mümkündür. Açıklanan nedenlerle, ayırt etme gücünün varlığının tespitinde akla uygun davranmak, hareketi eyleme dökme kararını ve sebebini değerlendirmek ile bu kararı vermek, verilen kararı ve sonuçları istemek gibi aşamaların da varlığı gerekmektedir.⁷ Özetle, tüm açıklamalar ve değerlendirmeler neticesinde ayırt etme gücü; bir kimsenin eylemlerinin saikini,

⁴İmre, Z. (1974) *Gayrimümezyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler*, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara, s.340

⁵Aral, (1980), s. 733; Akipek, J. G., Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2021) *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*, 17. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, ss.301-302

⁶Zevkliler, A., Acabey, B. M. ve Gökyayla, E. K. (2000) *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s.226

⁷İmre, (1974), s.342

sonuçlarını, içeriğini, kapsamını, önemini kavrayabilmek ve bunlara uygun icrai faaliyetlerde bulunabilmek yeteneği olarak belirtilebilir.⁸

Ayırt etme gücü, göreceli bir kavram olduğundan ayırt etme gücünün varlığının değerlendirileceği bir kimse, farklı koşullarda değişik davranışlarda bulunabileceğinden, bu yeteneğin tespitinde kişisel beceri ve somut olayın şartları mutlaka dikkate alınmalıdır.⁹ Örneğin, ayırt etme gücüne sahip bir kimse uyuşturucu ve uyarıcı madde etkisi altında iken geçici olarak ayırt etme gücünü kaybedebileceğinden somut olayın özelliklerinin de dikkate alması gerekmektedir.¹⁰

2.1.1.2.2.Fizyolojik (Biyolojik) Unsur

TMK'nın 13. maddesi, maddede belirtilen sebepler dolayısıyla akla uygun davranmayanlar dışındaki kimselerin ayırt etme gücüne sahip olacağını hüküm altına almaktadır.¹¹ Kanun hükmünde sayılan haller tahdidi olmadığından maddede belirtilen durumlar haricinde somut olayın niteliklerine göre ayırt etme gücüne sahip olunması da mümkün olmaktadır.¹² Hükümde düzenleme altına alınan sebepler; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzer sebeplerdir.

2.1.1.2.2.1.Yaş Küçüklüğü

TMK'nın 13. madde hükmünde belirtilen ayırt etme gücünü ortadan kaldıran hallerden sayılan yaş küçüklüğünün hüküm içerisinde yer alması olağandır, çünkü yaşı küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olduklarından bahsetmek güçtür.¹³ Yaşı küçük

⁸Arpacı, A. (2000) *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, s.21

⁹İmre, (1974), s.341; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.226

¹⁰Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.304

¹¹“Aşırı sevgi ya da aşırı nefret gibi hislerle şuurlu hareket edemeyen kişi için ayırt etme gücünün bulunmadığından bahsedilemez. Ayrıca, açlık, susuzluk gibi durumlarda normal sınırları aşan şiddette olmadıkça ayırt etme gücünü ortadan kaldırmış olmaz.” Tandoğan, H. (2010) *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.57

¹²Zevkliler, A. (2001) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s.54; İmre, (1974), s.342

¹³Nart, S. (2007) *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu*. Doktora Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi, s.22

olan kimselerin akli yeteneklerinin gelişmesi zaman içerisinde gerçekleşmektedir. Aksini düşünmek ise tıp ve psikoloji biliminin verilerine uygun düşmeyecektir.¹⁴

TMK’da ayırt etme gücünün varlığının tespiti bakımından net ve kesin bir yaş belirlenmesi yapılmamıştır. Bu nedenle, yaş küçüklüğü halinde küçük olan kimsede ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu durumu belirlenirken küçüğün ruhi ve akli yeterliliğine, anlama ve diğer muhakeme yeteneklerine, yetiştiği sosyal çevreye uygun olarak bir değerlendirme yapılacaktır.¹⁵ Örneğin, büyük ve gelişmiş olarak nitelendirilebilecek bir şehirde eğitim almış, beslenme anlamında geniş imkanlara sahip, sosyal ve kültürel anlamda yoğun etkileşimde olan küçük ile bu tarz yerleşim yerlerinden oldukça uzak, izole ve bu imkanlara sahip olmayan küçüğün ayırt etme gücünün ve muhakeme yeteneğinin aynı olduğundan bahsedilemeyecektir.¹⁶

Ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebeplerden yaş küçüklüğü, ayırt etme gücünün bulunmaması bakımından karine oluştursa da ayırt etme gücünün varlığı yahut yokluğu somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Bu hal, ayırt etme gücünün nisbîlik ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷ Örneğin, on iki (12) yaşındaki bir çocuğun kendi eğitimi için bir test kitabı alması konusunda ayırt etme gücünün varlığı kabul edilebilecekse de bir ev alım ve satımı konusunda ayırt etme gücünün yokluğu kabul edilebilecektir. Ayırt etme gücünün varlığının ya da yokluğunun takdirini Yargıtay da hâkime bırakmıştır.¹⁸

2.1.1.2.2.2.Akıl Hastalığı

Ayırt etme gücünü ortadan kaldıran hallerden biri olarak sayılan akıl hastalığı, TMK’nın 13. madde hükmünde düzenlenmiş olmasına rağmen tıp ve psikiyatri bilim

¹⁴Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.228

¹⁵Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.229

¹⁶İmre, (1974), ss.342-343; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.207; Köprülü, B. (1984) *Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*, 1-2. Kitaplar, 2. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası, ss.202-203.

¹⁷Çelik, H. N. (2010) *Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Kişilerin Hakkaniyet Sorumluluğu*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Kültür Üniversitesi, s.18

¹⁸Köprülü, (1984), s.203

dallarının alanına girmesi sebebi ile tanımı yapılmamıştır.¹⁹ Akıl hastalığının ayırt etme gücünden yoksunluk hallerinden olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay 1. HD. E.2019/2594, K.2021/1680, T.23.03.2021 kararı²⁰ da aynı yönde aşağıdaki şekildedir:

“...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 kimsenin akıl hastası olduğu durumlarda her zaman ayırt etme gücünün de bulunmadığından bahsetmek doğru değildir.²¹ Akıl hastası olan bir kimse bakımından önemli olan, hukuki işlemin yahut eylemin gerçekleştirildiği esnada ayırt etme gücünün var olup olmadığıdır. Bir kimse akıl hastası olabilir, ancak belirli hallerde ayırt etme gücü taşıyabilir. Nitekim, akıl hastalığı bulunan kişiler bakımından ayırt etme gücünün var olup olmadığı somut olay çerçevesinde değerlendirilmelidir.²²

Yargıtay 4. HD. E.1990/6593, K.1990/1343, T.15.02.1990 kararında²³ şu şekilde belirtilmiştir:

“Her olayda zarara uğrayan kimsenin haksız eylemi işleyen gayrimümeyyizden tazminat isteyip isteyemeyeceği, olayı saran hal ve şartlara bakılarak tayin edilecektir. Bu hal ve şartlar arasında mümeyyiz olmayanın hürriyetinin doğurduğu özel tehlike, ayırt etme gücü olmamasına rağmen belli bir kusurun varlığı, zarara uğrayanın olay sırasında zarar fiiline karşı

¹⁹Nart, (2007), s.24

²⁰Yargıtay 1. HD. E.2019/2594, K.2021/1680, T.23.03.2021, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 24.06.2021)

²¹Akıl hastalığının bu hastalığın bulunduğu kimsenin akla uygun biçimde hareket etme kabiliyetini etkileyecek şekilde olması gerekmektedir. Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.291; Nart, (2007), s.24, İmre, (1974), s.343; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.254

²²Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.254; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.291; İmre, (1974), s.343; Nart, (2007), s.25; İmre, (1974), ss.341-343; Uygur, T. (2003), *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu-Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, ss.2615-2616

²³Yargıtay 4. HD. E.1990/6593, K.1990/1343, T.15.02.1990, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 24.06.2021)

davranışı ve öncelikle mümeyyiz olmayanın iktisadi gücünün büyüklüğünün zarara uğrayanını ile karşılaştırılması gösterilebilir. Eğer olayın mali bakımdan doğurduğu zarar mağdur yönünden hissedilir derecede, buna karşılık fail içinde nispeten kolaylıkla yüklenebilir mahiyette ise, mümeyyiz olmayan failin zararı tamamen veya kısmen tazmin etmesi adalete uygun olur.”

Kişinin eylemini gerçekleştirdiği esnada akıl hastalığına sebebiyet veren halin var olup olmadığının önem taşımaktadır.

Yargıtay 4. HD. E.1972/12194, K.1972/3418, T.14.04.1972 kararı²⁴ ise benzer yönde aşağıdaki şekildedir:

“O halde burada önemli olan yön, davalının savunduğu gibi sara hastalığının ayırt etme gücünü ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Gerçekten devri bir hastalık olan saranın pek çok değişik derece ve türleri mevcut olup bunun irade ve ayırt etme gücüne etkisi hemen her olayda araştırma konusu olmuştur.”

Bu sebeple, hukuki olarak hastalık halinin tıp bilimi açısından bu nitelikteki bir hastalığın karşılığı olup olmadığına değil, ayırt etme gücünü ortadan kaldırıp kaldırmamasına ve bunun daimî yahut geçici nitelikte olup olmadığına dikkat edilmelidir.²⁵

Ayırt etme gücünün var olup olmadığının tespiti doğrudan tıp ve psikoloji bilimleri ile ilgili olduğundan akıl hastalığı bulunan kimselerin yapmış olduğu işlem ya da eylemler esnasında ayırt etme gücünün var olup olmadığının tespitinde de bu bilim dallarından yararlanılır.²⁶ Hâkim, kanaate ulaşmaya çalışırken, somut olay çerçevesinde varsa bilirkişi raporu, kişinin içerisinde bulunduğu hal ve diğer delilleri de değerlendirmektedir.²⁷ Bu bakımdan hâkim, karar verme konusunda serbesttir.

²⁴Yargıtay 4. HD. E.1972/12194, K.1972/3418, T.14.04.1972, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 24.06.2021)

²⁵Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.231; İmre, (1974), s.341

²⁶Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.254

²⁷Helvacı, İ. (1997) *Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (Prof. Dr. Orhan Münir Çağal'a Armağan Sayısı), C.LV, S.4,

Yargıtay 3. HD. E.2020/6646, K.2021/8544, T.16.09.2021 kararı²⁸ da benzer yönde aşağıdaki şekildedir:

“Fiil ehliyeti yokluğu; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hâkimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. TMK'nın 409/2. maddesinde de akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkşi raporu ile belirleneceği hüküm altına alınmıştır.”

2.1.1.2.2.3.Akil Zayıflığı

Akil zayıflığı, akıl hastalığının henüz akıl hastalığı kadar ilerlememiş hali değildir.²⁹ Akıl zayıflığı, akli melekelerin olması gerektiği kadar gelişme sağlayamaması yahut sonradan zayıflaması halini ifade etmekte olup TMK'da belirtilen ayırt etme gücünü ortadan kaldıran diğer bir sebeptir.³⁰ Akıl zayıflığı bulunan bir kimsenin anlama ve değerlendirme yetenekleri olması gerekenden farklı olarak gerektiği kadar gelişmemiştir.³¹

Akil zayıflığı bulunan bir kimse genel itibari ile ayırt etme gücüne sahiptir.³² Bazı hallerde, akıl zayıflığı bulunan bir kimsenin bu hali, kişinin akla uygun şekilde davranma yeteneğini etkileyerek ortadan kaldırıyorsa ayırt etme gücünün var

s.147; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.254; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.291; Nart, (2007), ss.24-25

²⁸Yargıtay 3. HD. E.2020/6646, K.2021/8544, T.16.09.2021, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 25.06.2021)

²⁹Nart, (2007), s. 26

³⁰Arpacı, (2000), s.23; İmre, (1974), s.344, Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.291; Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S. (2009), *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.52; Tekinay, S. S. (1992) *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.228

³¹Çelik, (2010), s.21; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), ss.306-307; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.234, İmre, (1974), s.344; Arpacı, (2000), s.23; Dural, M. ve Öğüz, T. (2009) *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.59

³²Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), ss.256-257; Köprülü, (1984), s.33; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.291; İmre, (1974), s.344; Nart, (2007), s.26

olmadığından bahsedilebilecektir. Bu kimselerin bazı somut olaylarda ayırt etme gücüne sahip iken bazılarında ise ayırt etme gücüne sahip olmadığı söylenebileceğinden her somut olayda ayırt etme gücünün var olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.³³ Akıl zayıflığına örnek olarak; obsesif kompulsif kişilik bozukluğu, bipolar affektif (duygulanım) bozukluğu ve budalalık durumları verilebilir.³⁴

Aynı yönde, Yargıtay 1. HD. E.2021/1887, K.2021/3666, T.30.06.2021 kararı³⁵ şu şekildedir:

“...Tarafların gösterecekleri, tüm delillerin toplanılması tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta gözlem (müşahede) kağıtları, film grafiklerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur. Bunun yanında, her ne kadar 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 282. maddelerinde belirtildiği gibi bilirkişinin “oy ve görüşü” hakimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Hele ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması kişiye eylem ve işleme göre değişmesi bu yönde en yetkili sağlık kurulundan, özellikle Adli Tıp Kurumu Dördüncü İhtisas Dairesinden rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen TMK'nın 409/2. maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür. Ne var ki, mahkemece yukarıda açıklandığı biçimde hükme yeterli bir araştırma ve inceleme yapıldığını söyleyebilme imkânı yoktur.”

³³İmre, (344), s.344; Nart, (2007), s.27; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, (2009), s.52; Tekinay, (1992), ss.228-229; Köprülü, (1984), s.203

³⁴Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), ss.233-234

³⁵Yargıtay 1. HD. E.2021/1887, K.2021/3666, T.30.06.2021, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 25.06.2021)

Karar uyarınca, akıl zayıflığının tespitinde de takdir yetkisinin hâkimde olduğunu, hâkimin her ne kadar bilirkişi ve diğer takdiri delillerle bağlı olmasa dahi bu nitelikteki araştırma ve tespitlerin özel ve teknik bilgi gerektirmesi dolayısıyla bu bilgi ve belgelerden yararlanarak takdir yetkisini kullanmasının yerinde olacağını belirtmek gerekmektedir.

Ayırt etme gücünden yoksunluk hali olan akıl zayıflığının tespitinde, somut olayın şartları çerçevesinde özel ve teknik bilgi gerektiğinden adli tıp kurumundan rapor alınarak belirleme yapılması gerekmektedir.

Yargıtay 14. HD. E.2016/16856, K.2020/7823, T.26.11.2020 kararı³⁶ benzer şekilde aşağıdaki gibidir:

““bilirkişinin rey ve mütalaası” hâkimi bağlamaz ise de temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Bu konuda ehliyetin varlığına delalet eden ve mahalli sağlık ocağından tek tabip tarafından düzenlenen rapor yeterli sayılmaz. Ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması, eylem ve işleme göre değişmesi, bu yönde en yetkili sağlık kurulundan özellikle adli tıp kurumundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen, Türk Medeni Kanunu'nun 409. maddesinin 2. fıkrasında akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporuyla belirleneceği de öngörülmüştür.”

Öğretide kör, sağır ve dilsiz kimselerin akıl zayıflığı kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği³⁷ yönünde görüşler bulunsa da ağırlıklı görüş bu kimselerin akıl zayıflığının bulunduğunu ileri sürmeyi gerektirecek kadar ağır bir durumda olmadıklarından bu kimselerde ayırt etme gücünün var olduğu yönündedir.³⁸

³⁶Yargıtay 14. HD. E.2016/16856, K.2020/7823, T. 26.11.2020, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 13.06.2021)

³⁷Özsunay, E. (1977) *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 1. Baskı, İstanbul: Sulhi Gran Matbaası, s.37

³⁸Nart, (2007), s.27

Kör, sağır ve dilsizlerin ayırt etme gücü bakımından bedensel olarak herhangi bir sağlık problemi yaşamayan kimselere göre bazı eksikliklerinin bulunduğu görülmekte ise de net bir ayırım yapmak suretiyle bu kişilerin ayırt etme gücünden yoksun olduklarının doğrudan kabulünün uygun düşmeyeceği yargı kararlarında belirtilmiştir.³⁹

Aynı yönde, Yargıtay 3. HD. E.1992/2363, K.1992/5457, T.11.05.1992 kararında⁴⁰ şu şekilde ifade edilmiştir:

“Yasa, sağır ve dilsizliği sezginliği kaldıran haller içinde saymamıştır. Okuma yazma bilen, sağır ve dilsizin Medeni Yasada yazılı şekillerden birisi ile vasiyetname yapabilecekleri konusunda tereddüt yoktur. Ancak okuma yazma bilmeyen sağır ve dilsizin resmi vasiyetname yapıp yapamayacağı konusu öğretide tereddütle karşılanmaktadır. Vasiyet ehliyetine sahip sağır ve dilsizleri sırf cahillikleri sebebiyle vasiyet yapamayacak duruma sokmak insan onuru ile bağdaşmaz. Gerek resmi memurun gerekse tanıkların sağır ve dilsiz işaretlerini bilmeleri halinde vasiyetnamenin yapılabileceğinde bir kuşku olmaması gerekir.”

2.1.1.2.2.4.Sarhoşluk

Ayırt etme gücünü ortadan kaldıran ve TMK'nın 13. maddesinde yer verilen bir diğer hal, alkollü içecek kullanılmasıyla akla uygun davranma gücünden yoksun olma hali olarak tanımlanan sarhoşluktur.⁴¹ Sarhoşluk; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, körlük, sağırlık, dilsizlik gibi yapısal herhangi bozukluktan kaynaklanmaz ve

³⁹ “...Sağır ve dilsizliğin temyiz kudretini kaldıran hâller olarak kanunda sayılmadığı görülüyor. Kanunda, temyiz kudretini kaldıran hâllerin ana vasfı olarak, makul surette hareket kabiliyetinden yoksunluk gösterilmiştir. Hayat tecrübeleri göstermiştir ki, akli bir rahatsızlığı inzımam etmeyen sağır ve dilsizlik makul suretle hareket etme kabiliyetini ortadan kaldırmaz. Bunların yeteneklerinin sınırlanması yönündeki görüşler eskimiş ve terkedilmiştir. Medeni Kanunu'nda kısıtlılık sebepleri sayılmıştır. Bunlara başka sebepler eklenemez. Aksi düşünce, hürriyetleri kanunsuz sınırlamama ve kanun önünde eşitlik prensiplerine aykırı düşer. Şu hâlde, sağır ve dilsizliği Medeni Kanunu'nun 134. ve 355. vd. maddelerinde gösterilen küçüklük, akıl hastalığı ve zayıflığı, sarhoşluk, israf, suiîdare gibi makul surette hareket etme kabiliyetini kaldıran hâllerden kabul etmek mümkün değildir...” Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), ss.233-234

⁴⁰ Yargıtay 3. HD. E.1992/2363, K.1992/5457, T.11.05.1992, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 26.06.2021)

⁴¹Çelik, (2010), s.22

sürekli olarak taşınmaz.⁴² Sarhoşluk halinde olan bir kimse, dış etkenden kaynaklı olarak anlama ve akla uygun davranma yeteneklerinin zayıf hale geldiği bir duygu durumuna geçmektedir ve bu nedenle geçici bir süreliğine ayırt etme kabiliyetinden yoksun hale gelmektedir.⁴³

Ayırt etme gücünü ortadan kaldıran hallerden sarhoşlukta, ayırt etme gücü, yalnızca sarhoşluk halinin devamı süresince ortadan kalkar. Burada önemli olan, sarhoşluğun ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığından bahsedilebilmesi için bir kimsede alkollü içecek tüketimi sonrasında anlama ve irade unsurlarının tamamen ortadan kalkması gerektirir.⁴⁴

Alkollü içecek tüketiminde içeceğin tüketim miktarı ile ayırt etme gücünün kaybı arasında belirli bir oran olduğu söylenemez; çünkü alkollü içeceğe karşı dayanıklılık her bireyin bünyesinde farklı olduğu gibi tüketilen farklı nitelikteki ürün ve miktarlara göre de farklı etkiler yaratması mümkündür.⁴⁵ Diğer yandan, alkol alan kişinin duygu durumuna göre de bu kimsenin sarhoş olup olmaması etkilendiğinden alkolün kişide yarattığı etki değişiklik göstermektedir.⁴⁶ Alkol aldıktan sonra fazla hareket halinde olan kimsede alkol, kana daha hızlı karışacağı için alkolün bünyede yarattığı etki daha fazla olabilecektir.⁴⁷

Ayrıca, alkolik sayılabilecek düzeyde devamlı olarak alkol tüketen kimselerin ayırt etme gücünden yoksun oldukları da söylenemez. Örneğin, alkol alışkanlığı bulunan bir kimsenin tükettiği alkol miktarının fazla olmasına rağmen ayırt etme gücünde herhangi bir değişiklik olmayabileceken, alkol alışkanlığının neredeyse hiç olmadığı bir kimsenin almış olduğu az miktardaki alkol dahi ayırt etme gücünün ortadan kalkmasına sebep olabilecektir. Ayrıca, alkol bağımlılığı olan kimselerin alkol alamadıkları dönemlerde kendilerini kaybettikleri, öfke nöbetleri geçirdikleri de görülebildiğinden bu kişilerin alkol almaması halinde de ayırt etme gücünden

⁴²Nart, (2007), s.28

⁴³Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (2000), s.235; Köprülü, (1984), s.204; İmre, (1974), s.344

⁴⁴Zevkliler, Acabey ve Gökyayla (2000), s.258; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.291; Köprülü, (1984), s.204

⁴⁵Öztaş, B. (1997) *Şahsın Hukuku*, 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s.71

⁴⁶Nart, (2007), s.28

⁴⁷Nart, (2007), s.28

yoksunluk halinin ortaya çıkabileceği belirtilebilir.⁴⁸ Bu nedenle, ayırt etme gücünün var olup olmadığı belirlerken somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁴⁹

2.1.1.2.2.5. Benzer Sebepler

TMK'nın 13. madde hükmünde belirtilen ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebepler tahdidi olarak sayılmamıştır. Kanun koyucu, akla uygun hareket etme yeteneğini ortadan kaldıran diğer halleri de hüküm altına alabilmek adına benzer sebepler kavramını da hükmün içerisine eklemiştir. Benzer sebeplere örnek olarak; uyurgezerlik, morfin, ateşli hastalıklar, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin kullanımı, hipnotize gibi haller örnek verilebilecektir.⁵⁰ Burada belirtilen sebeplerde de somut hukuki olayın özelliklerine göre ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğu ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁵¹

2.1.2. Ayırt Etme Gücünün Saptanması ve İspatı

Bir kimsenin eylem ve işlemlerinin gerçekleştirilmesi esnasında ayırt etme gücünün var olup olmadığının somut hukuki olayda değerlendirilme görev ve yetkisi hâkime aittir. Ayırt etme gücünü ortadan kaldıran hallerde de belirtildiği üzere, ayırt etme gücü, nisbî bir kavram olup kişiye ve somut olaya göre değişkenlik göstermektedir.⁵²

⁴⁸Nart, (2007), s.28

⁴⁹Zevkililer, Acabey ve Gökyayla, (2000), ss.258-259; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.292; Ayrıca değinilmesi gerekir ki Karayolları Trafik Yönetmeliği ("KTY")'nin 97/b-2 maddesinde promil seviyesi 0,50'nin üzerindeki alkollü araç kullanıcısının aracı kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle araç kullanıcılarının 0,50 promilin üzerinde bir alkol düzeyinde olması halinde Karayolları Trafik Kanunu ("KTK")'nin 48. madde hükmü uyarınca yaptırım uygulanacaktır. Bu halde tüketilen alkol miktarının araç sürücüsündeki ayırt etme gücüne olan etkisi incelenmeksizin kanun hükmü 0,50 promil alkol düzeyinin akla uygun hareket etme yeteneğinin kaybolması için yeterli saymıştır. Tekinay, (1992), s.229; Nart, (2007), s.28.

⁵⁰Köprülü, (1984), s.204; Özsunay, (1977), s.38; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, (2009), s.52; Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.292; İmre, (1974), s.345

⁵¹Özsunay, (1977), s.43

⁵²Özsunay, (1977), s.40; Köprülü, (1984), s.205; Helvacı, (1997), s.148; Dural ve Ögüz (2009), ss.59-60

Bir kimsenin eylem ve işlemlerinde ayırt etme gücüne sahip olup olmaması durumunun tespitinde görev ve yetki hâkimde olmakla birlikte hâkim, nisbî ve somut olaya göre değişkenlik gösteren⁵³ ayırt etme gücünün varlığı yahut yokluğunun belirlenmesinde, tıp, psikiyatri gibi bilimlerden ve teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle bilirkişilerden yararlanmaktadır.⁵⁴ Fakat, hâkim bilirkişi raporu ile bağlı olmadığından ayırt etme gücünün varlığı yahut yokluğuna ilişkin raporu değerlendirirken kişinin içerisinde bulunduğu durum, somut olayın özellikleri ve tüm delilleri değerlendirecektir.⁵⁵

Yargıtay da kararlarında, bir kimsede ayırt etme gücünün var olup olmadığının tespitinde somut olayın niteliklerini, işlem veya eylemde bulunan kimsenin o olayın sebeplerini ve sonuçlarını anlayabilecek psikolojik yeterliliğine sahipliğini değerlendirilerek karar verilebileceğini kabul etmektedir.⁵⁶

Davaya konu olan somut hukuki olay taraflarından her biri, kendisinin ya da davada karşı tarafın ayırt etme gücünün varlığını yahut yokluğunu iddia edebilecektir.⁵⁷ Bu halde, TMK'nın 6. madde⁵⁸ hükmü uyarınca taraflar, hakkını dayandırdığı olguları ispatla yükümlü olduğundan bu ana kural burada da geçerli olacaktır.⁵⁹ Ayrıca, TMK'nın 15. maddesi uyarınca ayırt etme gücü bulunmayan kişinin fiilleri, ayırık durumlar saklı kalmak üzere, karşı tarafın iyi niyetli olması halinde dahi, hukuki sonuç doğurmayacaktır.

⁵³Helvacı, (1997), s.148; Dural ve Ögüz, (2009), ss.59-60; Köprülü, (1984), s.205

⁵⁴Nart, (2007), s.30

⁵⁵Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.237; İmre, (1974), ss.346-347; Özsunay, (1977), s.40

⁵⁶Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.237; İmre, (1974), ss.346-347; Özsunay, (1977), s.40

⁵⁷Nart, (2007), s.30

⁵⁸TMK'nun 6. maddesi; "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*" hükmünü içermektedir.

⁵⁹Özsunay, (1977), ss.38-39; Köprülü, (1984), ss.206-207; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.237

Yargıtay 1. HD. E.2021/1387, K.2021/2649, T.28.04.2021 kararı⁶⁰ da aynı yönde aşağıdaki gibidir:

“Hemen belirtmek gerekir ki; TMK'nın 15. maddesinde de ifade edildiği üzere, ayırtım gücü bulunmayan kimsenin geçerli bir iradesinin bulunmaması nedeniyle, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, yapacağı işlemlere sonuç bağlanamayacağından, karşı tarafın iyiniyetli olması o işlemi geçerli kılmaz. Bu ilke 11.6.1941 tarih 4/21 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da aynen benimsenmiştir.”

Ayırt etme gücünün var olup olmadığının ispatı herhangi bir şekilde bağlı değildir. Ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğunun ispatında tanık ve bilirkişi delillerinden yararlanılabilir.⁶¹ Ancak, bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının ispatı oldukça güç olduğundan TMK'nın 13. madde⁶² hükmü uyarınca ayırt etme gücünün varlığına ve yokluğuna dair iki karine düzenlenmektedir.⁶³

2.1.2.1. Ayırt Etme Gücünün Varlığı Karinesi

TMK'nın 13. madde hükmü uyarınca, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk veya benzer sebeplerden herhangi biri nedeniyle akla uygun davranma yeteneğini kaybetmemiş kimse kanun uyarınca ayırt etme gücüne sahiptir.⁶⁴ Kanun hükmü, ayırt etme gücünün varlığına yönelik karine düzenlemektedir.⁶⁵ Bu sebeple, hüküm uyarınca ispat yükü ayırt etme gücünün bulunmadığını yani bunun

⁶⁰Yargıtay 1. HD. E.2021/1387, K.2021/2649, T.28.04.2021, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 24.07.2021)

⁶¹Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, (2009), s.46

⁶²TMK'nın 13. maddesi; “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.” hükmünü içermektedir.

⁶³Akıpek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.308; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.238

⁶⁴Nart, (2007), s.31

⁶⁵Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.238; Dural ve Ögüz (2009), s.60; Özsunay, (1977), s.39; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, (2009), s.45; Köprülü, (1984), s.207; Akıpek ve Akıntürk, (2002), s.308; İmre de bu görüş yönünde olmakla birlikte küçük, akıl hastası, akıl zayıfı bakımından istisna konulması ve bu halde ayırt etme gücünün var olduğuna dair karine bulunmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. İmre, (1974), s.346

aksini iddia eden tarafa ait olacaktır.⁶⁶ Kanun hükmünde yer verilen karine dolayısıyla ayırt etme gücünün varlığı asıl, var olmaması istisnadır.

Davaya konu olan somut hukuki olayda ayırt etme gücünün var olduğunu iddia eden tarafın, hükümde belirtilen karineye dayandığı durumda başkaca ispat araçlarını kullanmasına gerek kalmayacakken, bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmadığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlü olacaktır.⁶⁷ Örneğin, bir kimsenin iş yerinin kapısını kırarak içeri giren bir kimsenin o anda bir nöbet geçirdiği iddia ediliyorsa iddia eden bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır.⁶⁸

2.1.2.2. Ayırt Etme Gücünün Yokluğu Karinesi

TMK'nın 13. madde hükmü zımni olarak bazı kimselerde ayırt etme gücünün bulunmadığını düzenlemiştir. Hüküm uyarınca küçüklerin, akıl hastalığı, akıl zayıflığı bulunanların veya sarhoşların akla uygun şekilde davranmıyor olmaları asıldır. Bu kimselerin ayırt etme gücüne sahip olmadıkları karine olarak düzenlenmiştir. Örneğin, akıl hastası bir kimse tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemde dolayı lehine hak doğduğu iddiasında bulunan bir kimse hem hukuki işlemi hem de hukuki işlemin gerçekleştirildiği esnada akıl hastasının ayırt etme gücüne sahip olduğunu ispat etmelidir. Diğer bir deyişle, karinenin aksini ispat etme yükümlülüğü karineden yararlanan kimsenin işlem ya da eylem esnasında ayırt etme gücüne sahip olduğunu iddia eden taraftadır.⁶⁹

⁶⁶Özsunay, (1977), s.39; Oğuzman, ispat külfetinin Kanun'da açık halde düzenlenmediğini, öğretici tarafından hayat denetimleri ile oluşturulduğunu, karinenin de yalnızca hayat deneyimleri ile sınırlı kalabileceği ve bu nedenle hayatın olağan akışına göre farklı bir değerlendirme yapılması gerektiği hallerde de ispat külfetinin değişebileceğini savunmaktadır. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, (2009), s.44; Arpacı, ayırt etme gücünün yokluğuna ilişkin kesin ispat külfetinin bulunmadığını ve bunun kuvvetle muhtemel olduğunun kanıtlanması ile ispatın gerçekleştirildiğini ileri sürmektedir. Bkz. Arpacı, (2000), s.25

⁶⁷Akıpek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.308-309; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.238; Dural ve Ögüz, (2009), s.60.

⁶⁸Akıpek, Akıntürk ve Ateş, (2021), ss.308-309; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.239

⁶⁹Akıpek, Akıntürk ve Ateş, (2021), ss.308-309; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, (2000), s.239; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, (2009), s.46, Nart, (2007), ss.32-33, Köprülü, (1984), s.207

2.2. Tıbbi Müdahale Kavramı, Türleri ve Tıbbi Müdahalenin Unsurları

2.2.1. Tıbbi Müdahale Kavramı ve Türleri

2.2.1.1. Tıbbi Müdahale Kavramı

Yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık gibi bir kimsenin sahip olduğu temel haklar, ulusal ve uluslararası mevzuatlar ile koruma altına alınmıştır. Kural olarak, kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen her türlü tıbbi müdahale hukuka aykırı olmakla birlikte, vücut bütünlüğüne müdahale edilebilmesi yalnızca kanunlarda belirtilen hallerde yahut tıbbi gereklilik (endikasyon⁷⁰) hallerinde hukuka uygun kabul edilebilmektedir.⁷¹

Tıbbi müdahalenin; teşhis, tedavi veya koruma amacıyla yapılması gereken girişimleri ifade etmekte olduğu ve tıbbi ilke ve prensiplere uygun olması gerektiği belirtilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin⁷²(“HHY”) “Tanımlar” başlıklı 4/1-g maddesi şu şekildedir:

“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim” şeklinde tanımlanmıştır. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün⁷³ (“TDT”) 13.

⁷⁰Endikasyon; “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 etmektedir. Bkz. [Çevrimiçi] Erişim Adresi: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a51ad9777b994.86042064 (Erişim Tarihi: 24.10.2021)

⁷¹Yenerer Çakmut, Ö. (2010) *Tıbbi Uygulamalarda Ebelerin Cezai Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, s.23-24; Taneri, G. (2015) *Hasta ve Hekim Hakları ile Uygulamadan Örnek Hükümlerle Hekim Cezai Sorumluluğu*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, s.49; Gökcan, H. T. (2014) *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.43

⁷²Hasta Hakları Yönetmeliği, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 23420, 01 Ağustos 1998 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.07.2021)

⁷³Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 10436, 19 Şubat 1960 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.07.2021)

maddesinde “Tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.”

Tıbbi müdahale kavramı ile kişinin iyileştirilmesine yönelik tıbbi işlem ve eylemler akla gelmektedir. Fakat, tıbbi müdahaleler, kişilerin fiziksel, ruhsal ve sosyal olarak tam iyilik halinde olması adına yapılması gereken teşhis, tedavi yahut koruma amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü girişimi ifade etmektedir.⁷⁴ Bir insanın vücut yahut ruh bütünlüğünde, var olan veya sonradan meydana gelen bir nedene dayanarak olumsuz etki yaratmakta olan bir halin, tıp bilimi kurallarına uygun olarak güncel imkanlar dahilinde ortadan kaldırılması yahut tesirinin azaltılması, bir hastalığın ortaya çıkması ihtimali öngörülebilir halde ise, henüz ortaya çıkmadan tedbirinin alınması, nüfus planlaması ya da doğum amaçlarıyla yasal çerçevede kanun tarafından yetkilendirilen kişi veya kişilerce gerçekleştirilen girişimler tıbbi müdahale olarak tanımlanmaktadır.⁷⁵ Aşı uygulaması, doğum kontrol yöntemlerinin uygulanması gibi basit tıbbi müdahale ya da tedbir, zor olarak nitelendirilebilecek ameliyatlar, organ nakli, tüp bebek uygulamaları, diş taşi temizliği, tahlil, psikiyatrik

⁷⁴Yařar, N. (2019), *Tıbbi Müdahalelerde Karar Vericiler ve Rıza*. Yüksek Lisans Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi, s.18

⁷⁵Ayan'a göre “*tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet*” tıbbi müdahaledir. Ayan, M. (1991) *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 1. Baskı, Ankara: Kazancı Yayınları, s.5; Eklemek gerekir ki, tıbbi müdahale yalnızca tedavi değil, teşhis, koruma, önleme, estetik kazandırma, gebeliği engelleme veya sona erdirmeye vb. gibi birçok amaç ile gerçekleştirilebilen faaliyetlerdir. Çilingiroğlu “*tıbbi müdahale; resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin sağlığını yaşamını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal birtakım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına ve teknik gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilen girişim*” şeklinde tanımlanmaktadır. Çilingiroğlu, R. C. (1993) *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.15; Savaş “*Kişileri hastalık, sakatlık ve diğer istenmeyen tıbbi durumlardan koruma, bu durumlar oluşmuşsa teşhis ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki sosyal iyilik halinin devamını sağlama vb. meşru sebeplerle; konusunda eğitim almış yetkili kişiler tarafından, tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, rıza dahilinde gerçekleştirilen; kişinin beden ve ruh tamlığını etkileyen müspet ya da menfi fiillerdir.*” şeklinde tıbbi müdahale tanımı yapmaktadır. Savaş, H. (1996) *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s.25; Kayalı, Z. (1996) *Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, s.31

müdahale, yumurta bağıışı çerçevesinde kadına gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler gibi birçok faaliyet tıbbi müdahale kavramının içerisinde yer almaktadır.⁷⁶

Dünya Sağlık Örgütü'nün ("WHO"), sağlık tanımı şu şekildedir:⁷⁷

"Sağlık, sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, fiziksel, sosyal ve mental yönden tam bir iyilik halidir."

Bu nedenle, bir kimsede tedavi amaçlı tıbbi müdahale yapılmasını gerektirecek herhangi bir halin bulunmamasına rağmen gerçekleştirilen tıbbi gereklilik taşımayan tıbbi girişimler de tıbbi müdahale kavramı içerisinde yer almaktadır.⁷⁸ Örneğin; doğum kontrolü, aile planlaması uygulamaları bu nitelikteki müdahalelerdendir.⁷⁹

Herhangi bir hastalık dolayısıyla ortaya çıkmış olmasa, anomali olarak değerlendirilmese,⁸⁰ fizyolojik bir acıya sebep olmasa ve tıbbi bir gereklilik arz etmese de yalnızca manevi olarak rahatsızlık veren vücuttaki bir halin değiştirilmesine yönelik gerçekleştirilen müdahaleler de tıbbi müdahale kavramı içerisinde yer almaktadır.⁸¹ Bunun nedeni, tıbbi müdahale ile korunması ya da yeniden sağlanması hedeflenen tıbbi müdahalenin konusunu yalnızca vücut bütünlüğünün oluşturmamasıdır, aynı zamanda ruhsal bütünlüğün de tıbbi müdahalenin konusu içerisinde yer almasıdır.⁸²

⁷⁶Günel, İ. (2017) *Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, s.4

⁷⁷Torun, S. (2015) Sağlık Sosyolojisi, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://abs.cu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 30.07.2021)

⁷⁸Savaş, H. (2013) *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, ss.26-27

⁷⁹Şenocak, Z. (2001) *Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.L, S.4, s.66

⁸⁰Çilingiroğlu'na göre "nüfus planlaması amacı dışındaki tıbbi müdahalelerin kişinin sağlığını tehdit eden fiziksel veya ruhsal anomalilerin teşhisi, tedavisi ve önlenmesi" amacına yönelik olması gerekmektedir. Çilingiroğlu, (1993), s.15

⁸¹Belgesay, M. R. (1953) *Tıbbi Mesuliyet, Esaslar-Tipik Vakıalar, Türk Tabipler Birliği Kanunu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s.75; Özay, M. (2006) *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalede Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, s.23

⁸²Ayan, (1991), s.34; Er, Ü. (2008), *Sağlık Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, ss.62-63

Yargıtay 4. HD. E.1977/6297, K.1977/2541, T.07.03.1977 kararı şu şekildedir:⁸³

“Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır.”

Yargıtay’ın benimsemiş olduğu tıbbi müdahale tanımı, tıp bilimi ilke ve kuralları uyarınca gerçekleştirilen her türlü müdahale tıbbi müdahaledir şeklindedir.⁸⁴ Benzer şekilde Hakeri’ye göre tıbbi müdahale, insan üzerinde tıp biliminin kullanımı ile ilintili şekilde gerçekleştirilen her türlü müdahale tıbbi müdahale olacaktır.⁸⁵

2.2.1.2. Tıbbi Müdahale Türleri

Tıbbi müdahaleler; kullanılan yöntemlere göre, geleneksel ve yeni yöntemler ile gerçekleştirilen, yapıma şekline göre planlı ve acil⁸⁶; hukuki yahut tıbbi olarak genelden ayrılan unsur ya da nitelik içerip içermemesine göre olağan yahut özellik arz eden tıbbi müdahaleler gibi çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır.⁸⁷ Bunların haricinde, cerrahi müdahale içeren ve içermeyen, ayakta ve yatılı gerçekleştirilen, ilaç kullanılmayan ya da ilaç kullanılan (medikal) ⁸⁸ tıbbi müdahaleler olarak da sınırlanmaktadır.⁸⁹ Deneme niteliğinde ya da yerleşik olup olmamasına göre standart ya da deneme niteliğindeki (klinik), tıbbi müdahalenin kapsam ya da önemine

⁸³ Yargıtay 4. HD. E.1977/6297, K.1977/2541, T.07.03.1977, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 30.07.2021)

⁸⁴ Yargıtay 2. HD. E.2014/149, K.2014/8841, T.14.04.2014, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 30.07.2021)

⁸⁵ Hakeri, H. (2021) *Tıp Hukuku Genel Hükümler*, C.I, 23. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s.43

⁸⁶ Türkan, H. ve Tuğcu, H. (2016) *2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları*, Gülhane Tıp Dergisi, C.XLVI, S.3, ss.226-227, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.scopemed.org> (Erişim Tarihi: 14.09.2021)

⁸⁷ Kıcalıoğlu, M. (2011) *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, ss.14-25

⁸⁸ Özel, Ç. ve Özcan Büyüktanır, B. G. (2008) *Akılci İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXVI, S.2, s.328

⁸⁹ Gülel, (2017), s.6

göre kapsamlı⁹⁰ ve basit⁹¹ tıbbi müdahaleler gibi ayrımlara tabi tutulduğu da görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, yapılan bu sınıflandırmalar tahdidi olmayıp öğretide sayılanlar dışında çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulduğu da görülmektedir.⁹²

2.2.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları

Tıbbi müdahale, özel hukuk açısından kişilik haklarına aykırı olarak nitelendirildiğinden, TMK'nın 23. maddesinin ihlali ve ceza hukuku bağlamında kasten yaralama mahiyetindedir.⁹³ Bu nedenle, tıbbi bir girişimin hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesi için belirli unsurları taşıması gerekmektedir. Bunlar; tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan kişilerin kanunun yetkili kılınmış olduğu kişiler olması, kanunen belirlenmiş meşru olarak nitelendirilebilecek bir maksada uygun olarak tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi, müdahalenin tıbbi standart ve gelişmelere uygun ve güncel bir hedefe yönelik olarak uygulanması, hasta rızasının (aydınlatılmış onam) alınması yahut varsayılan rızanın bulunması, rızanın tıbbi müdahale

⁹⁰ TŞSTİDK'nın 70 maddesi uyarınca rızanın kural olarak şekle bağlı olmadığı fakat büyük ameliyatlarda rızanın yazılı olarak alınması gerekliliği hüküm altına alınmıştır.

⁹¹ TCK'nın 86/2 madde hükmü uyarınca basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek özellikteki yaralanmaların daha az cezayı gerektiren hal olduğunu hüküm altına almıştır.

⁹² Savaş'a göre tıbbi müdahaleler uygulayan kişi, uygulama şekli ve amaçları uyarınca üç bölümde sınıflandırılmaktadır. Bu kapsamda da; "*Amaçlarına Göre Tıbbi Müdahaleler*"; eğitim amacı taşıyan tıbbi araştırma ve denemeler (Tıp bilimi ve tıp biliminin tekniklerini geliştirmek amacıyla gerçekleştirildiğinden hukuka uygun nitelikteki tıbbi müdahalelerdendir.), önleme amacı taşıyan tıbbi müdahaleler (İstenmeyen halleri ve hastalık durumlarını önleyebilmek amacı ile gerçekleştirilen aşı, serum, koruyucu sağlık tedbirleri, doğum kontrol yöntemleri gibi müdahaleler de hukuka uygun niteliktedir.), teşhis etme amacı taşıyan tıbbi müdahaleler (Ortaya çıkan hastalık ya da sakatlık durumlarını teşhis etmeye yönelik olarak gerçekleştirilen röntgen, laboratuvar tetkikleri, biyopsi uygulamaları gibi müdahaleler hukuka uygun müdahaleler arasında yer alır.), tedavi etme amacı taşıyan müdahaleler (Teşhisi konulan hastalık ya da sakatlık durumlarını tedavi etme amacını taşıyan cerrahi müdahaleler, fizik tedavi, ilaç ve losyon tedavileri gibi bu nitelikteki tıbbi müdahaleler de hukuka uygun sayılmaktadır.) ve iyilik halini devam ettirme, toplumsal yaşama alıştırma amaçlı tıbbi müdahaleler (Tedavinin gerçekleştirilmesinden sonra sağlık durumunun devamı, toplumsal yaşama kazandırma ve alıştırma amacına hizmet eden rehabilitasyon, terapi ve fizik tedavi gibi müdahaleler hukuka uygun müdahalelerdir.) olarak sınıflandırma yapılmıştır. "*Uygulanma Şekline Göre Tıbbi Müdahaleler*" ise; beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleler (cerrahi müdahaleler, enjeksiyon yoluyla vücuda ilaç verme, kan alma, saç ekimi vb.) ve beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahaleler (terapi yoluyla psikolojik tedavi, deri bütünlüğü bozulmaksızın ağız veya deri yoluyla vücuda alınan ilaçla tedavi vb.) şeklinde kategorize edilmiştir. "*Uygulayan Kişinin Özelliği Açısından Tıbbi Müdahaleler*" de, hekim tarafından bizzat uygulanması gereken tıbbi müdahaleler ve hekim yardımcıları tarafından gerçekleştirilen hekim gözetim ve denetimi altında uygulanan tıbbi müdahaleler olarak iki kısımda incelenmiştir. TŞSTİDK gibi birçok yasal mevzuat hükümleri uyarınca hastayı yalnızca hekimin tedavi etme hak ve yetkisinin bulunduğu düzenlenmiştir. Hekim haricinde kalan sağlık mesleği mensuplarınca bizzat uygulanan tıbbi müdahaleler de bulunmakta olup bunlar hekim gözetim ve denetimi altında gerçekleştirilen hemşirenin hasta bakımı, psikoloğun terapisi, radyoloji teknisyeninin röntgen filmi çekmesi gibi müdahalelerdir. Savaş, (2013), ss.25-26

⁹³ Hakeri, (2021), s.259

gerçekleştirilmeden önce alınması, tıbbi gereklilik (endikasyon) şartının sağlanması, hukuka ve ahlaka aykırılığın bulunmaması olarak sıralanabilir.

2.2.2.1.Hukuken Korunan Meşru Amaca Yönelik Olması

Hukuken korunan meşru bir amacının olması, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarındandır.⁹⁴ İnsan üzerinde olumsuz etki yaratan bir halin daha ortaya çıkmamışken önlenmesi (koruyucu faaliyet), ortaya çıktıktan sonra da giderilmesi (iyileştirici/tedavi edici faaliyet), olumsuz etkinin tamamen giderilmesi mümkün değilse etkilerinin azaltılması, hayat şartlarını etkileyen ıstırapların ya da etkenlerin az da olsa ortadan kaldırılması tıbbi müdahalenin temel amaçlarındandır.⁹⁵

2.2.2.1.1.Teşhis

Teşhis, bir kimsede ruhsal ya da fiziksel olarak rahatsızlık bulunup bulunmamasının, bulunması halinde tespit edilen rahatsızlık veya rahatsızlıkların neler olduğunun belirlenmesi adına gerçekleştirilen faaliyetlerin tümünü tanımlayan

⁹⁴ Öğretide bazı yazarlar, tıbbi müdahalenin geçerlilik koşullarından “amaç” yerine “endikasyon” şartının varlığının aranması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Hakeri, H. (2007) *Tıp Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınevi, s. 94; Hakeri, aynı kısımda “endikasyon” şartının tıbbi müdahalenin “*tıp biliminin verilerine göre ve özenli bir şekilde yapılması*” unsuru dahilinde değerlendirmiştir. Kastrasyon, estetik müdahaleler gibi tıbbi müdahaleleri açıklamak bakımından endikasyon unsurunun bulunması gerekliliği yetersiz kalmaktadır.

⁹⁵Günel, (2017), s.8; Günel, İ. (2011) *Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.I, Y.2, S.5, s.587; Tıbbi müdahalelerin kamusal niteliğinin bir yansıması da Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin (“ÖHY”) 39. maddesidir. 23.07.2008 tarih ve 26945 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 2. maddesi hükmü ile tümüyle değiştirilmiştir ve maddenin 1. hükmünde “*özel hastanelerde, acil sağlık hizmeti verilmesi ve acil vakaların hastanın sağlık güvencesi olup olmadığına veya ödeme gücü bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kabul edilmesi ve gerekli tıbbi müdahalenin kayıtsız-şartsız ve gecikmeksizin*” gerçekleştirilmesinin zorunluluğu, özel hastanelerin, “*acil olarak gelen hastalara yeterli personeli veya donanımı olmadığı, ilgili birimi veya boş yatağı bulunmadığı, hastanın sağlık güvencesi olmadığı ve benzeri sebepler ile gerekli acil tıbbi müdahaleyi yapmaktan kaçınmayacağı*”, beşinci fıkrasında; “*acil olarak hastaneye müracaat eden hastaların acil tıbbi müdahale ve tedavileri yapılırken hiçbir surette tedavi masraflarının nasıl karşılanacağı sorgulanmayacağı*”, “*hizmet bedelinin tahsiliyle ilgili işlemlerin, acil müdahale ve bakım sağlandıktan sonra yapılacağı*”, altıncı fıkrasında; özel hastanelerin, “*acil sağlık hizmetlerini düzenleyen ilgili diğer mevzuata da uymak zorunda olduğu*” düzenlenmiş; aksi davranış çeşitli yaptırımlara tabi tutulmuştur. Aynı yönde bkz. Danıştay 15. D. E.2015/8400, K.2016/7, T.18.01.2016, Danıştay Başkanlığı Karar Arama Merkezi [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://karararama.danistay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 26.10.2021)

kavramdır.⁹⁶ Hastalığın ortaya çıkmasından önce yahut ortaya çıkmasından sonra teşhis amacına yönelik tıbbi müdahaleler gerçekleştirilebilir.⁹⁷

HHY'nin “*Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım*” başlıklı 11. maddesinde teşhis amacına yönelik tıbbi müdahaleleri de içeren aşağıdaki hükme yer verilmiştir:

“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 aldattıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.”

Teşhis amacına yönelik olarak tıbbi müdahaleyi uygulayacak olan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, modern tıbbın gerekliliklerini mesleki bilgi ve tecrübeleri ile gerçekleştirmelidir.⁹⁸

Muayene sonucunda sağlık mesleği mensubu, birden fazla hastalığa ilişkin bulgulara rastlayabileceğinden öncelikle hastanın anamnezini (tıbbi öykü) öğrenerek hastaya bizzat müdahalede bulunmalıdır.⁹⁹ Sağlık mesleği mensubu, hasta vücudu üzerinde el ile muayene ya da özel, teknik aletler ile araştırma, laboratuvar araştırması amacıyla kan veya örnek alınması, organ yahut fonksiyon testleri gibi işlemler gerçekleştirmelidir.¹⁰⁰ Bu amaçla gerçekleştirilen faaliyetler teşhis fiili özelliğindedir.¹⁰¹

⁹⁶Çilingiroğlu, (1993), s.18

⁹⁷Çakal, A. (2018) *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Yüksek Lisans Tezi. Akdeniz Üniversitesi, s.14

⁹⁸Çakal, (2018), s.14

⁹⁹Çakal, (2018), s.14

¹⁰⁰Ayan, (1991), s.65; Doktrinde yer alan bir diğer görüşe göre, hekimin teşhis koymakta zorluk çekmesi halinde diğer hekimlerle konsültasyon alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir görüşe göre ise, hekimin diğer hekimlere danışması vekalet sözleşmesinin hekime yüklediği özen yükümlülüğünün bir gereği olarak zorunluluktur. Kanaatimize göre de hekimin vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcu bulunduğundan, mesleki açıdan teşhis koymak bakımından yeterli olmadığını düşündüğü hallerde konuya hâkim diğer hekimlerden görüş alması doğru olacaktır.

¹⁰¹Özpinar, B. (2008) *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları*, Ankara Barosu Dergisi, S.66, Y.3, s.22

2.2.2.1.2.Tedavi

Tıbbi müdahalede bulunulacak olan hastanın teşhis faaliyetinden sonra tedavi sürecine geçilmektedir. Tedavi, teşhisten sonra hastada fiziksel ya da ruhsal rahatsızlık halinin tespit edilmesi durumunda, bu rahatsızlıkları gidermek, tehlike, acı veya anormallikleri düzeltmek ya da azaltmak amacıyla gerçekleştirilen psikolojik, cerrahi ve diğer tıbbi müdahalelerin tamamı olarak tanımlanabilir.¹⁰²

Hasta, tıp biliminin gereklerine göre çağdaş yöntem ve tekniklerle tedavi göreceği ve iyileşeceği inancıyla başvurursa da sağlık mesleği mensubunun hastayı iyileştirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁰³ Ancak, tıbbi müdahale uygulayıcısı sağlık mesleği mensubunun, hastanın sağlığına kavuşması için görev ve sorumluluklarını yerine getirerek çaba göstermesi şarttır.¹⁰⁴ Bu süreçte, hastalık veya hastalık sayılabilecek hallerin ortadan kaldırılmasına, diğer bir deyişle sağlığın kazanılmasına yönelik tıbbi müdahaleler gerçekleştirilmektedir.¹⁰⁵ Örneğin, kemoterapi kanser hastalığı sebebiyle ortaya çıkan etkilerin ortadan kaldırılabilmesi yahut azaltılabilmesi amaçlarıyla tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesi hastanın tedavi edilmesi amacıyla hizmet etmektedir.¹⁰⁶

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin¹⁰⁷ ("TDN") 6/2. maddesinde hekimin ve diğ hekiminin uygulayacağı tedavinin seçiminde serbest olduğu ifade edilmiştir. Örneğin hekim, teşhisi koyduktan sonra hastanın tedavisine yönelik olarak uygun (hastalığın tedavisinde en az risk taşıyan ve başarı şansı en yüksek olan) yöntemi belirlemelidir.¹⁰⁸ Hekimin, aynı başarıyı daha az risk ile gerçekleştirilmeye uygun yöntemi seçmesi gerekliliği, tıp biliminin sürekli gelişimi karşısında yerini aydınlatma koşulunun sağlanması ile diğer yöntemin de kullanılabilceği fikrine bırakmıştır.¹⁰⁹

¹⁰²Çilingiroğlu, (1993), s.18; Aşçıoğlu, (1993), s.49; Ayan, (1991), s.9; Gürelli, (1979), s.271

¹⁰³Çakal, (2018), ss.14-15

¹⁰⁴Özpınar, (2008), s.22

¹⁰⁵Sert ve Cihan, (2013), s.10

¹⁰⁶Çilingiroğlu, (1993), s.18

¹⁰⁷Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 10436, 19 Şubat 1960 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.07.2021)

¹⁰⁸Ayan, (1991), s.66

¹⁰⁹Ayan, (1991), s.66

Yargıtay HGK. E.2017/2244, K.2021/961, T.07.07.2021 kararında ¹¹⁰ aşığdaki şekilde sağık mesleği mensubu tıbbi mşdahale uygulayıcısının gerekli şartların sağılanması ile teşhisin akabinde tıp biliminin gşncel gelişmeleri, hukuk ve meslek kuralları ışığında tedaviyi gerçekleştirmesi gerekliliği belirtilmiştir:

“Vekil, hastanın zarar gşrmemesi için, mesleki tşm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği şnlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır.”

2.2.2.1.3.şnleme

şnleme, sağığa, vşcut břtřnlřđřne ve yaşama dair muhtemel anormallikleri kişi veya kişilerden uzak tutmak amacıyla gerçekleştirilen tedbirlerdir.¹¹¹ şnek olarak; koruyucu sağık tedbirleri, serum uygulamaları, doğum kontrol yşntemleri, tecrit¹¹² verilebilir.¹¹³

2.2.2.1.4.Nşfus Planlaması

Bireylerin diledikleri zamanda ve sayıda ocuk sahibi olabilmelerini ifade eden nşfus planlaması, NPHK'nın 2. maddesinde hşkşm altına alınmıştır. ocuk sahibi olmak istemeyen kadının gebeliği haline tıbbi girişim ve mşdahaleler ile gebeliğe son verilmesi veya kişiye sterilizasyon tıbbi mşdahalesinin uygulanmasında amaç nşfus planlamasıdır.¹¹⁴ Embriyo transferleri ve tşp bebek gibi tıbbi mşdahaleler de nşfus planlaması amacına yşnelik tıbbi mşdahaleler olarak belirtilmektedir. Yine benzer şekilde, tedavi amacına yşnelik olmamakla birlikte nşfus planlaması gayesi ile verilen

¹¹⁰ Yargıtay HGK. E.2017/2244, K.2021/961, T.07.07.2021, Kazancı [evrimii]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 26.10.2021)

¹¹¹ akal, (2018), s.16

¹¹² Tecrit terim olarak “izolasyon” anlamına gelmektedir. “Bulaşıcı bir hastalık taşıyan birey veya hayvanlardan, diğer kişi veya hayvanlara doğrudan veya dolaylı olarak enfeksiyon geçişini şnlemek için uygulanan ayırma işlemidir.” Bkz. Hemşirelik Terimleri Sřzlřđř, [evrimii]. Erişim Adresi: <http://www.tdk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.11.2021)

¹¹³ Savaş, (2007), s.179

¹¹⁴ akal, (2018), s.16

doğum kontrol ilaçları hukuken öngörölmüş olması nedeniyle tıbbi müdahale kapsamında yer almaktadır.¹¹⁵

2.2.2.1.5. Diğer Amaçlar

Bir tıbbi müdahalenin amacı yalnızca koruma, teşhis ya da tedavi ile sınırlı değildir.¹¹⁶ Sünnet, saç ekimi, estetik operasyonlar, cinsiyet değiştirme, hadım etme (zorunlu kastrasyon), bilimsel araştırmalar, organ ve doku nakli, kriminal konularda gerçekleştirilen faaliyetler de tıbbi müdahaledir.¹¹⁷

2.2.2.2. Bilimsel Gelişmelere Uygun Olması

Teknolojinin ve bilimin son gelişmeleri uyarınca tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi hukuka uygunluk koşullarındandır¹¹⁸. Tıbbi müdahalede bulunacak kanunen yetkili kılınan kişi, tıp biliminin ve teknolojinin gelmiş olduğu son noktayı dikkate almak suretiyle tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecektir.¹¹⁹ Ayrıca, gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin genel olarak kabul gören uygulamalara da ayrık olmaması, diğer bir deyişle tıbbi standartlara uygun olması gerekmektedir.¹²⁰ Tıbbi standartlara uygun tıbbi müdahaleden anlaşılması gereken, tıp biliminin genel olarak

¹¹⁵Ateş, (2010), s.33

¹¹⁶Özpınar, (2008), s.91; Özcan ve Özel, (2007), s.55

¹¹⁷Organ ve doku naklinin, alıcı bakımından iyileşme vadetse de verici açısından bir endikasyon içermemesi nedeniyle, tek başına donörün rızasının tıbbi müdahale için yeterli olmadığından yasal bir düzenleme yapılması gerekliliği öğretilde ifade edilmiştir ve hukuksal gereklilik sebebiyle Türk Hukuku'nda 03.06.1979 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ("ODASNHK") ile düzenlenmiştir. Yılmaz, E. (2012), *Organ ve Doku Nakli, Sağlık Hukuku Digestası*, Ankara Barosu Yayınları, Y.2, S.2, ss.222-223; Parlak, Ş. (2009), *Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.83, s.192; Ahlaka aykırı bir sonucu olmadığı takdirde bu nitelikteki bir tıbbi müdahalenin tıbbi endikasyon şartını içermese dahi genetik, psikolojik, sosyal ve hukuksal bir endikasyon sayılması da kabul edilen görüşlerdendir. Hakeri, (2007), s.183; Kişiyi psikolojik olarak rahatsız eden halin düzeltilmesi ihtiyacı bulunan müdahalelerde (örneğin cinsiyet değiştirme) "*dolaylı tedavi amacı*" bulunduğu kabul edilebilir. Hakeri, (2007), s.181; Ayan (1991), s.9. Tıbben herhangi bir zorunluluk olmamasına rağmen gerçekleştirilen sezaryen doğumda, doğumun getirebileceği ıstırap ve tehlikenin uzaklaştırılması amacı olabileceği ve bunun etik ve adaba aykırılık bulunmadığından bu tür tıbbi müdahalenin "*amaç ve gereklilik*" unsurlarını taşıdığından kabulü gerekmektedir. Gönüllü ampütasyon (kişinin isteği ile bir uzvunun kesilmesi) ise günümüz itibarı ile hukuka uygun bir tıbbi müdahale olarak nitelendirilmekten uzak haldedir.

¹¹⁸Kıcalıoęlu, (2011), s.29

¹¹⁹Gülel, (2017), s.9

¹²⁰Ayan, (1991), s.5

kabul gören uygulama ve ilkeleri doğrultusunda gerçekleştirilen özenli tıbbi müdahaledir.¹²¹

Yargıtay 3. HD. E.2020/6585, K.2021/8637, T.20.09.2021 kararı¹²² da aynı yönde şu şekilde tıbbi müdahalenin bilimsel gelişmelere uygun olması ve diğer özellikleri barındırması gerekliliğine yer vermiştir:

“Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titizlik ve özen göstermeyen bir vekil, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır (TBK 502-510.md).”

Tıp biliminin geldiği son noktadaki imkanlar uyarınca hastanın acı çekmesi durumunu hafifletecek ya da giderecek ilaç, yöntem ya da benzeri hallerin var olmasına rağmen zorunlu olmadığı halde herhangi bir sebeple bu teknik ve yöntemler kullanılmaksızın tıbbi müdahalede bulunulamayacaktır. Tıbbi müdahalenin gerçekleştirileceği yerin bu imkana sahip olmaması ya da müdahalede bulunacak olan hekimin bu teknik ve yöntemi kullanma bilgisinin bulunmaması halinde hekim ya da kuruluş, hastayı başka bir hekim ya da kuruluşa yönlendirmek mecburiyetindedir.¹²³

¹²¹Hakeri, (2007), s.196; Bayraktar, K. (1972) *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul: Sermet Matbaası, ss.147-149; Savaş, (2013), ss.41-42

¹²²Yargıtay 3. HD. E.2020/6585, K. 2021/8637, T.20.09.2021, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 18.09.2021)

¹²³ Kavram olarak “kalite aydınlatması” uygulamada kabul edilmese dahi haklı olarak öğretilde kabulünün gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Hakeri, (2007), ss.127-128; Sözleşmenin varlığı halinde hastayı gerekli görülmesi halinde uzmana yönlendirmek adına tedaviden kaçınma borcu olarak karşılaşılmaktadır. Ancak, acil durumların varlığında hekim uzmanlığı bulunmadığını belirterek tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınmayacaktır. “...İlk yardım ve acil tedavi en uygun biçimde yapıldıktan sonra hekim tarafından gerekli görülürse hasta, bir üst sağlık kuruluşuna veya ileri bir merkeze sevk edilmelidir. Sevk etmede gecikme kadar uygunsuz sevk de kusurdur...Hastanın başka bir hekim

2.2.2.3. Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahalenin belirli alanda eğitimini tamamlamış ve bu eğitimin sonunda kendisine kanunen yetki tanınmış olan kişiler tarafından gerçekleştirilmesi de tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarındandır.¹²⁴ Buradaki amaç, toplumun ve bireyin korunmasıdır.¹²⁵

Bu kişiler; hekim, diş hekimi, anestezi uzmanı, hemşire, ebe, fizyoterapist, sağlık memuru gibi sıfat ve unvanlara sahip kişiler olmalıdır.¹²⁶ Belirtilen sıfat ve unvanlara sahip olabilmek için bu kişiler öncelikle yurtiçinde belirtilen mesleklerde öğrenci yetiştiren eğitim kurumlarından birinden veya denkliği kabul edilen yurt dışındaki eğitim kurumlarından mezun olmak koşulunu sağlamakla yalnızca izin verilen alanda faaliyette bulunmakla sorumludur.¹²⁷ Örneğin, genel cerrahi alanında uzman olan bir hekimin, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlık alanında zorunlu bir hal olmaksızın¹²⁸ tıbbi müdahalede bulunması hukuka aykırı olacaktır ve hekimin sorumluluğunu doğuracaktır.¹²⁹

tarafından tedavisi üstlenilinceye kadar hekimin sorumluluğu devam eder. Teşhis ve tedavi imkanları olduğu halde, acil tedavi gereksinimi olan bir hastaya tedavi uygulamadan (Olgu 8), uygun olmayan koşullarda (yeterli ekip ve ekipmanı olan ambulans temin edilmeden) başka bir hastaneye sevk etmek hukuki sorumluluk doğurmaktadır. Sevki gerçekleştirirken, hasta yakın takip gerektiriyor ise nakli esnasında mutlaka yanında hekim bulunmalıdır ..." Türkan ve Tuğcu, (2016), s.230

¹²⁴Bayraktar, (1972), s.112; Hakeri, (2007), s.94

¹²⁵Hakeri, (2021), s.261

¹²⁶Gülel, (2017), s.5

¹²⁷14.04.1928 tarih 863 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 8. maddesi ile 19.06.2002 tarih ve 24790 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün 4. maddesinde yer almaktadır.

¹²⁸TDN'nin 3. madde hükmü acil durumlarda bir uzman tarafından tıbbi müdahalenin yapılamaması halinde görev ve uzmanlığına bakılmaksızın hekimlerin, mücbir bir sebep olmadıkça, müdahalede bulunmasını zorunlu kılmıştır, diş hekimlerine de kendi sahalarında aynı yükümlülüğü yüklemiştir.

¹²⁹Hakeri, (2007), s.97; Yazar, buna ilişkin engel teşkil edici nitelikte yasaklayıcı hükmün Tıpta Uzmanlık Tüzüğü içerisinde yer aldığını, Kanunlarda belirtilen üç alan haricinde, hekimin uzmanlık alanı içerisinde yer almayan bir alanda tıbbi müdahalede bulunmasını yasaklayan genel nitelikte hükmün bulunmadığını ifade etmiştir. TŞSTİDK'nın 8. maddesinde yer alan düzenlemenin ise "uzmanlık unvanını kullanma ve ilan etme hakkı" ile sınırlı bir düzenleme olduğunu belirtmektedir. Yasak bir hükmün tüzük hükmü ile düzenlenmesi (kanun ile düzenlenmesi gerekirken) eleştirilmektedir. Ancak, hekimin uzmanlık alanı dışındaki bir konuda gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahalenin kural olarak hukuka aykırı halde olmayacağını fakat tıbbi müdahalenin zarar doğurması halinde bunun hekimin "taksirli davranışı" olacağını belirterek özel hukuk bakımından da "üstlenme kusuru" nedeniyle sorumluluğunu gündeme getirebileceğini ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki yazar kanaate daha çok ceza hukuku açısından ulaşmaktadır. Görüşümüze göre hekimin hastayı yönlendirme ve tedaviden kaçınma hakları bulunduğundan uzmanlık alanı dışında acil haller dışında tıbbi müdahalede bulunmamalıdır.

Yargıtay 3. HD. E.2020/8238, K.2021/8422, T.14.09.2021 kararı¹³⁰ da aynı yönde aşağıdaki şekildedir:

“...ilgili tıbbi uygulamaların kanunen yetkili ve ehliyetli kişiler tarafından icra edildiğini...”

Sonuç olarak, tıbbi müdahalenin maddi ve manevi bütünlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen girişim olması¹³¹ dolayısıyla, yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu tarafından hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir, aksi halde hukuka uygunluk şartlarını taşımayan tıbbi müdahaleler, tıbbi müdahalede bulunanın hukuki, cezai, idari veya mesleki sorumluluğunu doğurabilecektir.¹³²

2.2.2.3.1.Hekimler

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun¹³³ (“TŞSTİDK”) 14.04.1928 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun, hekimlik mesleği ile diş hekimi, sünnetçi, ebe, hastabakıcı, sağlık memuru, askeriyedeki sıhhiye erbaş ve er, diş protez teknisyenine ilişkin hükümler içermektedir. Kanun’un 1. maddesinde;¹³⁴ Türkiye Cumhuriyeti’nde (“TC”) tıp fakültelerinden mezuniyet diploması almış olanların hekimlik mesleğini icra edebileceği hüküm altına alınmıştır. TŞSTİDK’nın 2. maddesi¹³⁵ hekimlerin tıp fakültesi diploması geçerliliğini, mecburi hizmet görevinin yerine getirilmesi şartına bağlı olduğunu hüküm altına almıştır.

¹³⁰Yargıtay 3. HD. E.2020/8238, K.2021/8422, T.14.09.2021, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 20.09.2021)

¹³¹Alman hukuku uyarınca Alman mahkemeleri hastanın rızası ile hukuka uygun hale gelebileceğini aksi halde her türlü tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmayacağını benimsemiştir. Ertaş, Ş. (1980) *Alman Hukukundaki Hekimin Mesleki Kusurundan Kaynaklanan Sorumluluğu*, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.1, s.200

¹³²Gülel, (2017), s.5

¹³³1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 863, 12 Nisan 1928 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.10.2021)

¹³⁴TŞSTİDK’nın 1. maddesi; “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.” hükmünü içermektedir.

¹³⁵TŞSTİDK’nın 2. maddesi; “Yukarı maddede yazılı diplomanın muteber olması için diploma sahibinin 8 Teşrinisani 1339 tarih ve 369 numaralı kanun mucibince hizmeti mecburesini ikmal etmiş ve diplomasının Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaletince tasdik ve tescil edilmiş olması lazımdır. Tababet sanatını icra etmek isteyen askeri tabipler de diplomalarını tasdik ve tescil ettirirler. Ancak

İntörn (stajyer, asistan) hekimler, tıp fakültesi diplomasına sahip olmadıklarından hekim olarak kabul edilmezler¹³⁶, ancak eğitimin bir parçası ve eğitim amacına yönelik olarak belirli tıbbi müdahaleleri ilgili hekimin gözetimi dahilinde gerçekleştirebilirler.¹³⁷

Kanun'un 8. maddesinde¹³⁸ yetkili hekimlerin hastalıkların tedavisi amacıyla tıbbi müdahale gerçekleştirebileceği, fakat uzmanlık gerektiren alanlarda sadece uzman hekimlerin tıbbi müdahalede bulunabileceği düzenlenmiştir¹³⁹, Danıştay kararları da bu yöndedir.¹⁴⁰

Kanun'un 5. maddesinde, özel muayene açma serbestisi düzenlenmiştir; 12. maddede, belirli bir hekimin ikametgahı dışında birden fazla muayenehane açması ve mağaza, dükkan vb. açarak ticaret yapması yasaklanmıştır; 14 ila 22 maddelerinde hekimlerin mesleki ve disiplin kuralları çerçevesinde karar vermeye yetkili tabip odaları ve onur kurulları; 24. maddede, serbest çalışan hekimlerin çalışma saatleri, ilan şekli ve reklam yasağı; devamını oluşturan maddelerde ise, idari ve adli cezalara ilişkin hükümler yer almaktadır.

TŞSTDK'nın 72. maddesi¹⁴¹ tıbbi müdahale sözleşmesi gereği hekimlerin yasal borcu niteliğindeki dokümantasyonu (tedaviyi kayda geçirme) konu edinmekle,

hizmeti mecburelerini ifa eyledikleri müddetçe diplomaları alıkonulan tabipler bu müddet zarfında dahi icrayı sanata mezundurlar." hükmünü içermektedir.

¹³⁶Hakeri, (2007), s.97

¹³⁷Özgül, (2010), s.175; Özpınar, B. (2007) *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s.19

¹³⁸TŞSTDK'nın 8. maddesi; "*Türkiye'de icrayı tababet için bu kanunda gösterilen vasıfları haiz olanlar umumi surette hastalıkları tedavi hakkını haizdirler. Ancak herhangi bir şubei tababette müstemirren mütehasıs olmak ve o unvanı ilan edebilmek için Türkiye Tıp Fakültesinden veya Sıhhiye Vekaletince kabul ve ilan edilecek müessesattan verilmiş ve yahut ecnebi memleketlerin maruf bir hastane veya laboratuvarından verilip Türkiye Tıp Fakültesince tasdik edilmiş bir ihtisas vesikasını haiz olmalıdır.*" hükmünü içermektedir.

¹³⁹Aynı yöndeki düzenleme için Bkz. Tıpta Uzmanlık Tüzüğü ("TUT") madde 4

¹⁴⁰Danıştay 10. D. E.2007/5487, K.200/5876, T.04.12.2007, Danıştay Başkanlığı Karar Arama Merkezi [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://karararama.danistay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 22.09.2021)

¹⁴¹TŞSTDK'nın 72. maddesi; "*İcrayı sanat eden tabipler, dış tabipleri, dışçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda Sahibi lehine delil ittihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir.*" hükmünü içermektedir.

serbest çalışan hekim, diş hekimi ve ebenin, örneği Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ve İl Sağlık Müdürlüğü tarafından onaylanan hasta protokol defteri tutma zorunluluğu bulunduğunu hüküm altına almaktadır. Ücreti konu edinen hukuki ihtilaflarda hasta protokol defteri delil olarak gösterilebilecektir; ancak protokol defterinde yer alan kaydın aksinin belge yahut herhangi bir geçerli başka bir delil ile aksinin ispatı da mümkün olacaktır.¹⁴²

Tıbbi belge üzerinde herhangi bir şekilde tahrifat gerçekleştirmiş ya da mevcut durumun dışında farklı kayıtlar yazmış olan hekim, diş hekimi ve ebe hakkında 5237 sayılı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun¹⁴³ ("TCK") özel belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümleri uygulanmaktadır.¹⁴⁴

Yargıtay 15. CD. E.2017/32204, K.2020/12824, T.23.12.2021 kararı¹⁴⁵ şu şekildedir:

"Sanık savunmaları, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamına göre; 09/07/2013 tarihli bilirkişi heyeti raporunda, iddianamede ... Tıp Merkezi'ne gitmediği ve muayene olmadığı iddia edilen 39 kişiden 35'inin tıp merkezine gittiğinin ve kendilerine tedavi uygulanıp reçete düzenlendiğinin dosyaya sunulan protokol kayıt defterinden anlaşıldığının tespit edilmiş olması, bu hastalardan 23 tanesinin reçetesinin sanığın kalfa olarak çalıştığı ...Eczanesi tarafından işleme konulmuş olması, protokol kayıt defterinde yer almayan hastalar...,'ın ise adı geçen tıp merkezine gidip muayene olduklarını ve ilaçlarını ... Eczanesinden aldıklarını beyan etmeleri, eczanede çalışan kişilerin kendilerine gelen rapor ve reçetelerin sahteliği konusunda bir araştırma yapma yükümlülüğünün bulunmaması, gelen reçete ve rapora göre ilaç verme zorunluluğunun olması, ilacın alımı sırasında reçeteye atılan imzanın hastaya ait olmamasının başlı başına reçetenin sahte olduğunu

¹⁴²Gülel, (2017), s.12

¹⁴³5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 25611, 12 Ekim 2004 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.09.2021) Kanun, 344. yürürlük maddesi uyarınca, bazı suçlar istisna olmak üzere, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁴⁴Gülel, (2017), s.12

¹⁴⁵Yargıtay 15. CD. E.2017/32204, K.2020/12824, T.23.12.2021, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 20.09.2021)

göstermeyeceği, iddia konusu reçeteleri düzenleyen doktor ... ile sanığın kalfa olarak çalıştığı eczanenin sahibi olan sanık ... hakkında beraat hükümleri verilmiş olması karşısında, dava konusu reçetelerin nasıl ve ne şekilde sahte olarak düzenlendiğinin ispat edilemediği anlaşılmalı; sanığın atılı suçları işlediğine dair, mahkumiyetine yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği halde, beraatı yerine yazılı şekilde mahkumiyetine hükmolunması, kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Tıbbi müdahalenin hukuken yetkili kılınan hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğinden hekimin hukuken yetkili sayılabilmesi için belirli şartların da bulunması gerekmektedir.

2.2.2.3.1.1. Diploma Sahibi Olmak

TŞSTİDK'nın 1. maddesinde¹⁴⁶ hüküm altına alınan şartlardan biri de hekimin tıp fakültesi diplomasına¹⁴⁷ sahip olmasıdır. Kanun'un 2. maddesinde hekimin tıp fakültesi diplomasına sahip olmasının yanında ayrıca bu diplomanın Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanması ve sicile işlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Asıl olan hekimlerin alacak oldukları diplomanın Türk Üniversiteleri Tıp Fakülteleri'nden¹⁴⁸ alınmasıdır. Ancak, yabancı ülke tıp fakültesi diplomaları da belli koşullar dahilinde geçerlilik kazanabilecektir.¹⁴⁹ Kanun'un 4. maddesinde yabancı ülkelerdeki tıp fakültelerinden diploma alma hakkına sahip olan hekimlerin bu meslekte faaliyette bulunabilmeleri için Sağlık Bakanlığında ve Üniversitesi Tıp Fakültesi Profesörler Meclisi'nden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından yapılan öğrenimin incelenmesi ve denkliğin belirlenerek onaylanması şartı aranmaktadır.¹⁵⁰

¹⁴⁶TŞSTİDK'nın 1. maddesi; “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*” hükmünü içermektedir.

¹⁴⁷Diş hekimleri bakımından bir diş hekimliği fakültesinden alınan diplomanın gerekliliği yönünde bir getirilmiştir.

¹⁴⁸Kanun metninde, “*Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden*” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadenin nedeni; Kanun'un yürürlük tarihi döneminde Türkiye'de yalnızca bir adet tıp fakültesi bulunduğundan genişletici yorum ile Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra kurulan ve kurulacak olan tıp fakültelerini de kapsamına aldığı belirtilmek gerekmektedir. Bayraktar, K. (1972), *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s.113

¹⁴⁹Bayraktar, (1972), s.114; Ayan, (1991), s.7

¹⁵⁰Diploma belgesinin usulünce yapılmış sınavların neticesinde ve üniversite tarafından verilmiş olduğunun tespiti amaçlarına yönelik olduğundan bildirici nitelikte olan Sağlık Bakanlığı tarafından

Tıp biliminin genel ilkelerince, hekimin uzmanlığının bulunmadığı hallerde, uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerde bulunmasının doğru olmayacağı belirtilmektedir. Günümüzde çeşitli hastalıkların teşhis ve tedavisi için yoğun çalışmalar yapılarak her alanda nitelikli uzman hekimlerin yetiştirilmesi sağlanmıştır. İnsan sağlığına ve yaşamına yönelik olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hekimler tarafından gerçekleştirilmesinin günümüz gereklerine göre en doğru yol olacağı kabul edilmektedir.¹⁵¹

Kanun'un 3. ve 23. madde hükümlerinde büyük, önemli cerrahi müdahaleler bakımından hekimlik diploması yeterli görülmeyle uzmanlık şartı aranmıştır.¹⁵² Örneğin, genel ya da lokal anestezinin gerekli olduğu büyük tıbbi müdahaleler yalnızca biri uzman iki hekim tarafından yapılabilecektir.¹⁵³ Aynı maddenin 2. fıkrası hükmünde de uzmanın bulunmaması ya da temininin mümkün olmaması hallerinde gerçekleştirilmesi zorunlu tıbbi müdahaleler ile acil ve olağanüstü durumların hükme istisna teşkil ettiği hüküm altına alınmıştır. Nitekim; Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunu¹⁵⁴,nda da bu gibi tedavi kurumlarının, sadece uzmanlık belgesi bulunan kişilerce açılacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁵⁵

gerçekleştirilen işlem kurucu nitelikte değildir. Bayraktar, (1972), ss.113-114; Yenerer Çakmut, (2010), s.28

¹⁵¹Bayraktar, (1972), s.114; Yenerer Çakmut, (2010), s.30

¹⁵²TŞSTİDK'nın 23. maddesinde geçen önemli ve büyük cerrahi müdahaleler ile "umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler" açıklamasının kastedildiği belirtilmiştir. Ayrıca bu kalıbın tıp biliminin gelişme ve ilerlemesi neticesinde bugünkü güncel yapısına uygun olmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Bayraktar, (1972), s.116; Ayan, (1991), ss.7-9; Cerrahi müdahalelerin büyük ya da küçük cerrahi müdahaleler şeklinde sınıflandırılmasında; bir ekibin, özel bir teşkilatın, cerrahi araçların, anestezinin bulunması gerekliliği ve tıbbi müdahalenin gerçekleştirilme şekli ve sonuçları bakımından hayati nitelik taşıyıp taşıyamamasının de incelenmesinin gerekliliği belirtilmiştir. Bayraktar, (1972), s.114

¹⁵³Ateş, Z. (2010) *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası*. Yüksek Lisans Tezi. Kadir Has Üniversitesi, s.23

¹⁵⁴Nitekim, Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunu, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 3591, 28 Nisan 1937 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.09.2021)

¹⁵⁵Bayraktar, (1972), s.117

2.2.2.3.1.2. Tabip Odasına Kayıtlı Olmak

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun¹⁵⁶ ("TTBK") 7/1-2 maddesi şu şekildedir:

“Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler. Özel kanunlarında üye olamayacaklarına dair hüküm bulunanlardan mesleklerini serbest olarak da icra edenler; mesleki hak, yetki, disiplin ve sorumluluk bakımından bu Kanun hükümlerine tabidirler.”

Hüküm uyarınca, yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarında kamu görevlisi olarak çalışan hekimlerin tabip odasına kaydolması hekimlerin takdirinde iken, belirtilen hekimler dışında kalanların ise mesleklerinin icrasına başladıktan sonraki bir ay içerisinde ilgili tabip odasına kaydolması bir zorunluluktur.¹⁵⁷

2.2.2.3.1.3. Hekimlik Mesleğinin İcrası Bakımından Geçici ya da Sürekli Engel Hali Bulunmamak

TTBK'da hekimin hangi durumlarda geçici olarak mesleğini icra edemeyeceği düzenlenmiştir. Kanun'un 39/1-c maddesinde Haysiyet Divanı'nca hekimlere verilebilecek olan cezaların neler olduğu hüküm altına alınmıştır. Hüküm uyarınca, Kanun ile yetkili ve yükümlü kılınan görevleri yerine getirmeyen hekimlere 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men cezası verilebilecektir. Kanun'un 39/1-d maddesinde ise aynı görev alanında üç defa meslekten men cezası alan hekimlerin, o görevde çalışmaktan menedileceği de düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki; Kanun'un

¹⁵⁶6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 8323, 31 Ocak 1953 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 30.09.2021)

¹⁵⁷Yavuz İpekyüz, F. (2006), *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.70

40/2. maddesi uyarınca her iki ceza da itirazın varlığı ya da yokluğu fark etmeksizin Yüksek Haysiyet Divanı tarafından incelenerek onay ile kesinleşir. Kanun'un 47/2. maddesinde de Yüksek Haysiyet Divanı kararlarına karşı Danıştay'a başvuru hakkı bulunduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, Kanun'un 49/1. maddesinde, haklarında geçici olarak meslekten men cezası verilen hekimlerin mesleklerinde faaliyetlerine devam edemeyecekleri, hastaları kabul ettikleri merkezlerin kapatılacağı da hüküm altına alınarak, meslekten geçici men cezasının sonuçları düzenlenmiştir.

Hekimlik mesleğinin icrasına nihai olarak engel durumlar, TŞSTİDK'nın 28. madde¹⁵⁸ hükmünde, ağır hapis cezası, beş yıldan fazla hapis, sürekli olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık veya meslek ve sanatın kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmiş bir fiilden dolayı iki kez mahkemece meslek ve sanatın tatili cezası ile mahkum olan ya da mesleğini icra etmesine engel ve iyileşmesinin olanaksız olduğu tespit edilen akıl hastalığına yakalanmış bulunan hekimlerin, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine, Yüksek Haysiyet Divanı'nın vereceği karar ile mesleğin icrasından sürekli olarak yasaklanacakları ve diplomalarının geri alınacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun hükmünün geniş yorumlandığı, hekimlikle ilgisiz bir suçtan mahkûm olanlara böyle bir yaptırım uygulanmaması gerektiği savunulmuştur. Meslekten nihai olarak çıkarma cezasının yalnızca hekimlik faaliyeti kapsamında kişinin sağlığı ve yaşamını ilgilendiren faaliyetin kötüye kullanılması durumunda mümkün olması gerektiği belirtilmiştir.¹⁵⁹

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun fiil ehliyetinin bulunması, diğer bir deyişle sürekli ya da geçici herhangi

¹⁵⁸ TŞSTİDK'nın 28. maddesi; “*Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; 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, (...) (1) 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 olmamak gerekir.*

İcrayı sanat etmesine mâni ve gayrikabili şifa bir marazı akli ile malul olduğu bilmuayene tebeyyün eden tabipler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır.

(Ek fıkra: 15/8/2017-KHK-694/5 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/5 md.) Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi nam ve hesabına tıp fakültelerinde okuyan tabip subaylardan yükümlülük süresini tamamlamadan mahkeme veya disiplin kurulu kararına dayanılarak ilişiği kesilenler, kalan yükümlülük süresince hekimlik mesleğini icra edemezler.” hükmünü içermektedir.

¹⁵⁹ Bayraktar, (1972), s.121; Yavuz İpekyüz, (2006), s.71; Kayalı, (1996), s.27; Yenerer Çakmut, (2010), ss.34-35

bir sebep ile ayırt etme gücünden yoksunluk halinin bulunmaması, idare ya da mahkeme tarafından mesleki faaliyetten süreli veya süresiz olarak yasaklanmamış olması, gerekli ruhsat ve yetkinin elinden alınmamış olması da gerekmektedir. Belirtilen şartların sağlanmaması halinde uygulanacak olan tıbbi müdahale de hukuka uygun olmayacaktır.¹⁶⁰

2.2.2.3.2. Diş Hekimleri

TŞSTDK, diş hekimlerinin görevlerini, sorumluluklarını ve 30-31. maddelerinde diş hekimi olunabilmesi için gerekli şartları hüküm altına almıştır. Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk metninde dişçilik mesleğine yer verilmiş idi.¹⁶¹ Diplomasız olmasına rağmen sanat icra eden kişilerden meydana gelen bu meslek değişikliklerle kaldırılmıştır.¹⁶²

TŞSTDK'nın 29. maddesinde diş hekimi şu şekilde tanımlanmıştır:

“Diş tabibi, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkilidir.”

Kanun'un önceki metninde diş hekimliği bakımından uzmanlık şartı öngörülmezken, sonrasında yapılan değişiklikle Kanun'un 29/2. maddesinde aşağıdaki hükme yer verilerek Sağlık Bakanlığı ile diş hekimliği fakülteleri bünyesinde uzmanlık eğitiminin başlayacağı belirtilmiştir.¹⁶³

“Diş tabipliğinin herhangi bir dalında münhasıran uzman olmak ve o unvanı ilan edebilmek için diş hekimliği fakültelerinden veya Sağlık

¹⁶⁰ TŞTİDK'nın 26. maddesinde diploma sahibi hekimin, idari veya kazai bir nedenle mesleğini icrasından menedilmesine rağmen faaliyette bulunması engellenerek idari yaptırım uygulanmıştır.

¹⁶¹ Özdemir, H. (2012), *Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, ss.225-226

¹⁶² Özdemir, (2012), ss.225-226

¹⁶³ Özdemir, (2012), ss.225-226

Bakanlığına bağlı eğitim kurumlarından alınmış bir uzmanlık belgesine sahip olmak şarttır.”

TŞSTDK'nın Ek 9. maddesinde, kendisine ait kliniklerde diş protezi yapmak isteyen diş hekimlerinin en az bir diş protez teknisyeni çalıştırmadan bir başka diş hekimi veya hekimlerine diş protezi yapmalarının yasak olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeye aykırı davranılması halinde disiplin cezası ve kendi kliniklerinde hastalara hizmet vermek olanaklı olmadığından tedavi sözleşmelerinin geçersiz olması gibi sonuçlarla karşı karşıya kalacaklardır.¹⁶⁴

2.2.2.3.3.Hemşireler

25.02.1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun (“HK”) 4. maddesi şu şekildedir:

“...hemşireler hekim tarafından acil haller dışında yazılı olarak verilen tedavileri uygulamak, her ortamda bireyin, ailenin ve toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek sağlıkla ilgili ihtiyaçlarını belirlemek ve hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak, uygulamak, denetlemek ve değerlendirmekle görevli ve yetkili sağlık personelidir. Ayrıca aile hekimliği uygulamasına ilişkin kanun hükümleri ile bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan mevzuattaki görevleri de yaparlar...”

Hemşireler, yardımcı sağlık mesleği mensubudur. Bu bakımdan ebeler ile benzetilmektedir.¹⁶⁵ Ayrıca hemşireler, toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek sağlık ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bağımsız olarak da mesleki faaliyetlerde bulunabilirler.

¹⁶⁴Gülel, (2017), s.13

¹⁶⁵Gülel, (2017), s.13

HK'nın 5. maddesi¹⁶⁶ uyarınca, hemşirelik okulundan mezun olan hemşireler mecburi hizmetlerini yerine getirmelerinin ardından memuriyetten ayrılınca; mecburi hizmeti olmayan hemşire okulu mezunu olanlar ise diledikleri zaman mesleklerini serbestçe icra edebilecektir. Bu sebeple, hemşireler serbest çalışarak toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek nitelikteki ihtiyaçlarını hekimlerden ayrı ve bağımsız şekilde de icra edebilecektir¹⁶⁷ ve bu nitelikteki faaliyetleri bakımından hastalar ile yaptıkları sözleşmeler tıbbi müdahale sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Fakat, hekimin yardımcısı olan hemşireler gerçekleştirdikleri tıbbi müdahalelerde sözleşmenin tarafı değil, sözleşme yardımcısı niteliğinde olacaktır.¹⁶⁸

Hemşirelerin eğitimleri ve konumlarına göre sahip oldukları yetki, görev ve sorumlulukları Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan ve 27515 sayılı Resmî Gazete'de ("RG") yayımlanan 08.03.2010 tarihli Hemşirelik Yönetmeliği¹⁶⁹ ("HY") ile belirlenmiştir. Hemşirelerin görev ve sorumluluklarını belirleyen 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun¹⁷⁰ ("AHPUHK"), Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik¹⁷¹ ("NPYPEGYSHK"), Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği¹⁷² ("YTKİY") gibi düzenlemeler de bulunmaktadır.

¹⁶⁶ HK'nın 5. maddesi; "*Hemşire okulundan mezun hemşireler mecburi hizmetlerini bitirip memuriyetten ayrılınca; mecburi hizmeti olmayan hemşire okulu mezunları istedikleri vakit sanatlarını serbestçe yapabilirler. Serbest çalışacak hemşireler lüzumlu vesikalarını bir dilekçeye bağlayarak mahallin en büyük sağlık amirine verirler. Serbest çalışan hemşire ev adresiyle çalışmak istediği yerde bir değişiklik olduğu takdirde bir hafta içinde aynı makama haber vermeye mecburdur.*" hükmünü içermektedir.

¹⁶⁷ Kürşat, Z. (2008), *Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 1, ss.294-296

¹⁶⁸ Şatır, N. (2015) *Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s.296

¹⁶⁹ Hemşirelik Yönetmeliği, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 27515, 08 Mart 2010 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2021)

¹⁷⁰ 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 25665, 09 Aralık 2004 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2021)

¹⁷¹ Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 31122, 09 Mayıs 2020 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2021)

¹⁷² Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 17927, 13 Ocak 1983 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2021)

2.2.2.3.4.Ebeler

Normal doğumu yaptıran sağlık mensupları ebelerdir.¹⁷³ WHO, gebelik esnasında, doğumun gerçekleşmesinde ve doğumun gerçekleşmesinden sonra gerekli bakım ve danışmanlık hizmetlerinde, yeni doğanın bakım hizmetlerinde, aile planlaması hizmetlerinde görev yapmak üzere eğitilmiş kişinin ebe olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁴ Ebelik mesleğinin görev ve sorumlulukları dahil buna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı özel kanun bulunmamaktadır.¹⁷⁵ Ebelerin görev ve sorumlulukları TŞSTİDK’da düzenlenmiştir. Kanun’un 47. maddesi¹⁷⁶ ebe olunabilmesi için gerekli şartların neler olduğunu hüküm altına almaktadır. Hüküm uyarınca, Türkiye üniversitelerinin ebelik eğitimi veren okullarından mezun olunması, verilen belgenin Bakanlık tarafından tasdik ve tescil edilmesi ya da yurt dışında ebelik ile ilgili bir okulda öğrenimin Bakanlık tarafından denkliğinin tasdik ve tescil edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Örneğin, köyde doğum yaptırmaları ile ebe olarak tanınan kişilerin yukarıda belirtilen şartları taşınmaması dolayısıyla bu kişiler ebe olarak nitelendirilemeyeceğinden gerçekleştirdikleri tıbbi müdahaleler de hukuka uygun olmayacaktır.¹⁷⁷

¹⁷³“Ebelik, özellikle gebelik döneminde gebeliğin tespiti, bu sürecin gözetimi ile doğumun normal yollardan gerçekleştirilmesini sağlamanın yanında yasalar tarafından yükümlü kılınan görevlerin yerine getirilmesini olanaklı kılan kişilerin oluşturduğu tıbbi meslek dalıdır.” Çakmut Yenerer, Ö. (2010) *Tıbbi Uygulamalarda Ebelerin Cezai Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s.490

¹⁷⁴Aslan Tekin, F. (2010) *Ebelerin Görev ve Yetkileri*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s.474

¹⁷⁵Savaş, H. (2010) *Ebelerin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s.480

¹⁷⁶TŞSTİDK’nın 47. maddesi; “Türkiye’de üniversitelerin ebelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokullarından mezun olan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenler ile öğrenimlerini yurt dışında ebelik ile ilgili bir okulda tamamlayarak denklikleri onaylanan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenlere ebe unvanı verilir.

(Ek fıkra: 27/3/2015-6639/1 md.) Lisans mezunu ebeler meslekleriyle ilgili lisansüstü eğitim alarak uzmanlaştıktan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edildikten sonra uzman ebe olarak çalışırlar. (Ek fıkra: 27/3/2015-6639/1 md.) Ebeler meslekleri ile ilgili olan özellik arz eden birim ve alanlarda belirlenecek esaslar çerçevesinde yetki belgesi alırlar. Yetki belgesi alınacak eğitim programlarının düzenlenmesi, uygulanması, koordinasyonu, belgelendirme ve tescili, kredilendirme ve yetki belgelerinin iptali gibi hususlar ile uzman ebelerin ve yetki belgesi alanların görev, yetki ve sorumlulukları Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” hükmünü içermektedir.

¹⁷⁷Hakeri, (2007), s.97; Birgen, N. (2008), *Enfeksiyonda Tıbbi Uygulama Hatalarına Adli Tıp Açısından Yaklaşım*, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri: Toplumdan Edinilmiş Enfeksiyonlara Pratik Yaklaşımlar, S.61, s.238

Kanun'un 51. maddesi uyarınca ebeler; gebelerin muayenesi, hijyene ilişkin tedbirlerin alınması, doğumun gerçekleştirilmesi ile bu sırada gereken basit hareketlerin (manevraların) yapılması ve çocuk için lazım gelen ilk tedbirlerin alınması bakımından yetkili ve görevli kılınmıştır. Ancak, bu kişilerin her aleti kullanabilmelerinin önüne geçilmiştir. Ebeler, yeni doğanın doğumu esnasında gündeme gelen zorluklar halinde hekimi çağırarak görevli kılınmıştır.¹⁷⁸

Yargıtay 2. Ceza Dairesi bir kararında, doğum esnasında meydana gelen aksaklıkta görevli ve yetkili hekimi çağırılmıyorsa vakum ve dikiş yöntemlerini kullanarak hekimin görev ve yetkisi dahilindeki tıbbi müdahaleleri hekime haber vermeyerek tek başına gerçekleştirmeye çalışırken bebeğin ve annenin ölümüne yol açan ebeğin görevi ihmal suçundan değil, taksirle adam öldürme suçundan cezalandırılması gerektiğini karara bağlamıştır.¹⁷⁹

Ebelerin görev ve yetkilerini hüküm altına alan Kanun'un 51. maddesinde, çiçek aşısı uygulamalarının ebelerin görev ve yetki alanı içerisinde olduğu belirtilse de bu kişilerin reçete yazmaları Kanun'un 52. madde hükmü¹⁸⁰ ile yasaklanmıştır. Fakat, doğumda Sağlık Bakanlığı tarafından tespiti yapılan ve gerekli olan ilaçları bulundurmaları ebelerin görev ve yetkisindedir.

TŞSTİDK dışında da diğer kanun ve yönetmelik hükümleri ile ebeler görev ve sorumluluk ile donatılmıştır. 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da ("NPHK") gebeliğin önlenmesine yönelik olan uygulama ve yöntemlerde de ebelerin birtakım görev ve sorumlukları olduğu düzenlenmiştir.¹⁸¹ Ayrıca, 12.01.1961 tarihli ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun¹⁸² ("SHSHK")

¹⁷⁸ Danıştay 15. D. E.2013/4526, K.2016/3551, T.16.05.2016, Danıştay Başkanlığı Karar Arama Merkezi [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://karararama.danistay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 24.10.2021)

¹⁷⁹ Yargıtay 2. CD. E.1993/2776, K.1993/3801, T.18.03.1993, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 24.10.2021); Karara konu olayın detayları ve ebelerin yetkileri dışındaki bir müdahaleyi yapmaları nedeniyle taksirden değil olası kastla insan öldürmekten dolayı cezalandırılmaları gerektiğine dair bizce de isabetli olan eleştirisi için bkz. Hakeri, (2007), s.102

¹⁸⁰ TŞSTİDK'nın 54. maddesi; "*Ebelerin reçete yazmaları memnudur. İcrayı sanatları için lazım gelen ve reçete ile alınması mecburi olan mevaddı resmi etibbanın reçetesiyle eczanelerden tedarik ederler. Etibbayı resmiye bu yolda vakı olan müracaatları sürat ve suhuletle ifaya mecburdurlar.*" hükmünü içermektedir.

¹⁸¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Savaş, (2010), s.481

¹⁸² 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 10705, 12 Ocak 1961 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.10.2021)

uyarınca Sağlık Bakanlığı tarafından 1964 yılında yayımlanan, 2001 yılında tekrar düzenlenen 154 sayılı Yönerge uyarınca ebelerin köylerdeki sağlık evlerinde çalışma usulü, üreme sağlığı, ana çocuk sağlığı, aile planlaması, aşılama, bağışıklama, sıtma verem gibi bulaşıcı hastalıklar ile mücadele, halka sağlık hizmetinin verilmesi, çevre sağlığının korunması, hekimin reçete ile yazmış olduğu ilaçların hastalara enjekte edilmesi, pansuman yapılması, acil müdahaleleri gerçekleştirme, kronik hastaları izleme, araç ve gereç kontrolünü yapma, istatistik ve kayıtları tutma gibi hizmetleri sunma, bunlara yönelik işlemleri gerçekleştirme görev ve yetkileri de verilmiştir.¹⁸³ Belirtmek gerekir ki; 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun¹⁸⁴ ("HHK") 13. maddesinde yirmi (20) yataklıya kadar olan doğum evlerinde ebe bulundurması zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.¹⁸⁵

2.2.2.3.5. Diğer Sağlık Mesleği Mensupları

Eczacı, acil tıp teknisyeni, fizyoterapist, biyolog, genetik uzmanı, sağlık memuru, diyetisyen, optisyen, sünnetçi, diş teknisyeni ve protezci, laboratuvar teknisyeni, sıhhiye er ve erbaşı gibi tıbbi müdahaleye yetkili kılınan kişiler de görev ve sorumlulukları dahilinde tıbbi müdahale gerçekleştirebilecektir ve bu kişilerin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahaleler de hukuka uygun olacaktır.¹⁸⁶

TŞSTİDK'da sınırlı halde düzenleme altına alınan sağlık çalışanları Kanun'un yürürlüğe girmiş olduğu 1928 yılından itibaren sağlık ve tıp bilimindeki değişim ve gelişim sayesinde yeni sağlık mesleklerinin de ortaya çıkması nedeniyle yetersiz kaldığını belirtmek yerinde olacaktır.¹⁸⁷

¹⁸³Aslan, (2010), s.477

¹⁸⁴ 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 2419, 24 Mayıs 1933 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.10.2021)

¹⁸⁵Savaş, (2010), s.481

¹⁸⁶Kayalı, (1996), s.28

¹⁸⁷Işık Özcan, F. (2008) *Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi, s.25

2.2.2.4.Aydınlatılmış Rıza (Onam) veya Varsayılan Rızanın Bulunması

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun en önemli ve uluslararası alanda da önem atfedilen şartlarından biri, tıbbi müdahalenin, hastanın açık, sağlıklı ve özgür rızasına yahut varsayılan rızasına dayalı olarak gerçekleştirilmesidir.¹⁸⁸

2.2.2.4.1.Aydınlatılmış Rıza (Onam)

Hastanın aydınlatılmış rızası¹⁸⁹ temin edilmeden tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi kural olarak mümkün değildir. Aydınlatılmış rıza uygulamada bilgilendirilerek onay/izin alma ya da bilgilendirilmiş onam şeklinde de ifade edilmektedir.¹⁹⁰ Hukuka uygun nitelikteki aydınlatılmış rızadan bahsedilebilmesi için, aydınlatılmış rızanın esasen tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden bir süre önce ya da en geç müdahalenin gerçekleştirileceği esnada temin edilmesi gerekmektedir.¹⁹¹

Yargıtay 13. HD. E.2008/4519, K.2008/10750, T.18.09.2008 kararında¹⁹² tıbbi müdahalede bulunulacak olan hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasının tıbbi müdahaleden doğan sorumluk bakımından ehemmiyeti şu şekilde vurgulanmıştır:

“..22.12.2006 tarihli Adli Tıp Raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir

¹⁸⁸Tezin III. bölümünde bu konular detaylı olarak ele alınmıştır.

¹⁸⁹Ozanoğlu, H. S. (2003), “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.LII, S.1, ss.55-77

¹⁹⁰Özcan B. G. ve Özel, Ç. (2007) *Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.X, S.1, s.66

¹⁹¹Ünver, Y. (2006) *Türk Tıp Hukuku'nda Rıza*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, II. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, C.III, S.2, s.201

¹⁹²Yargıtay 13. HD. E.2008/4519, K.2008/10750, T.18.09.2008, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 14.09.2021)

inceleme yapılmamıştır...Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır...eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...”

TŞSTİDK'nın 70. maddesinde,¹⁹³ HHY'nin 22. maddesinde¹⁹⁴ ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin ¹⁹⁵ (“İHBS”) 5. maddesinde ¹⁹⁶ tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için hastanın ya da kanuni temsilcisinin rızasının alınmasının zorunlu olduğu düzenleme altına alınmıştır. Tıbbi müdahalelerde hastanın aydınlatılmış rızasının temin edilmesi gerekliliğinin düzenleme altına alınmasının temelinde bireysel özerklik düşüncesi yer almaktadır.¹⁹⁷ Özerklik kavramı, kendini idare etme anlamına gelmektedir ve bağımsız iradenin açığa vurulması kabiliyetidir.¹⁹⁸ Özerklik kavramı kendi geleceğini belirleme hakkı ile

¹⁹³TŞSTİDK'nın 70. maddesi; “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini 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.) Hilafında hareket edenlere iki yüz elli Türk lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülki amir tarafından verilir.*” hükmünü içermektedir.

¹⁹⁴HHY'nin 22. maddesi; “*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbiameliyeye tabi tutulamaz. Bir suç işlediği veya buna iştiyak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbiameliyeye tabi tutulması, hâkimin kararına bağlıdır. Gecikmesinde şakanca bulunan hallerde bu ameliye,cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir.*” hükmünü içermektedir.

¹⁹⁵Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 25439, 20 Nisan 2004 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2021)

¹⁹⁶Avrupa Konseyi öncülüğünde imzalanmış olan ve Tıp Hukuku alanında hukuken bağlayıcılık taşıyan ilk uluslararası sözleşme İHBS olmaktadır. Sözleşme, 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (“TBMM”) sunulmuş ve 2003 Tarihli ve 5013 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. Akabinde Sözleşme, 16 Mart 2004 tarihinde de onaylanmıştır. Sözleşme'nin 5. maddesi “*Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.*” hükmü ile tıbbi müdahaleyi konu edinen sözleşmenin hastanın aydınlatılmış rızasını alma yükümlülüğünün vekilde olduğunu düzenlemiştir.

¹⁹⁷Civaner, M. ve Kavas, V. (2007), *Aydınlatılmış Onam Almak Üzerine Öneriler*, Türkiye Biyoetik Derneği, s.2

¹⁹⁸Türkçe'de yer alan “özerklik” kelimesi İngilizce'de yer alan “autonomy” kelimesinin karşılığını oluşturmaktadır. Autonomy sözcüğü ise Antik Yunanca'da “kendi kendine” manasına gelmekte olan “autos” ile “kural, kural koyma” anlamındaki “nomos” terimlerinin bir arada kullanımından meydana gelmiştir. Bu kelime Antik Yunan site devletlerinin herhangi bir dış baskı altına kalmaksızın kendilerine ait kurallar ile kendilerini yönetmeleri anlamına gelecek şekilde kullanılmaktaydı. Aydın, E. (2003) *Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi*, Erciyes Tıp Dergisi, C.XXV, S.2, s.93

doğrudan ilişkili olup her iki kavram da tıbbi müdahale hukuku ve tıp etiğindeki kullanımı ile bireysel özerkliği ifade etmektedir, göreceli, özgün ve yenidir.¹⁹⁹ Bireysel özerkliğe sahip olunması bakımından tanınan bireysel özerklik hakkı, aynı zamanda rasyonel varlık niteliğinde olmanın mantıksal ve temel gerekliliği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hasta, tıbbi müdahaleye rıza verirken de yaşamını ve geleceğini alakadar eden tıbbi müdahalede kendi geleceğini belirleme hakkına, diğer bir ifade ile self determinasyon hakkına dayanmış olmaktadır.²⁰⁰ Hastanın self determinasyon hakkının bulunmasının sonucu olarak sahip olduğu seçimlik hakkını kullanması, öngörülen tıbbi müdahaleye rıza vermek ya da rıza vermekten kaçınmak şeklinde kullanması ile ortaya çıkmaktadır.²⁰¹ Gerçekleştirilmesi öngörülen tıbbi müdahaleye dair hasta rızasının bulunmaması hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali durumunu oluşturacaktır.²⁰²

Karşılaştırmalı hukukta da hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünüm şekli olarak hasta rızasının alınmasının gerekliliği genel olarak kabul edilmektedir.

Gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale bakımından hasta rızasının alınması kuralı, ABD’de ilk olarak 1914 yılında hâkim Cardozo'nun aşağıda yer verilen kararı²⁰³ ile belirtilmiştir:

“İrade sahibi her ergin insan kendi bedeni üzerinde yapılacak olan müdahale için karar verme hakkına sahiptir.”

¹⁹⁹Akyıldız, S. (2010) *Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s.15

²⁰⁰Tacir, H. (2011) *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayınları, s.108-110

²⁰¹Uygur, (2003), s.179

²⁰²Şenocak, Z. (1998), *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayınları, s.44

²⁰³King, J. H. (1986) *The Law of Medical Malpractice in a Nutshell*. 2. Baskı. Minnesota: St. Paul, s.193

Fransız ve Alman hukuk öğretisi ve uygulamasında hasta rızasının alınması şartı mutlak olarak kabul edilmektedir.²⁰⁴ Fransız Medeni Kanunu'nun 16/3-2 maddesi²⁰⁵ şu şekildedir:

“Hastanın rıza gösterebilecek durumda olmadığı ancak tıbbi durumunun müdahaleyi gerektirdiği haller dışında, tıbbi müdahaleden önce ilgilinin rızası alınmalıdır.”

Alman Federal Mahkemesi de gerçekleştirilmesi öngörülen tıbbi müdahaleler bakımından hasta rızasını aramaktadır.²⁰⁶ Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1894 tarihli kararında hastanın tıbbi müdahaleye rızasının müdahaleyi hukuka uygun hale getireceğine yönelik karar verilmiştir.²⁰⁷

İngiliz içtihat hukukunda ise kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve kişisel özerklik hakkının mutlak olarak üstün olduğu, tıbbi müdahalede bulunulmasını istemediğini bildiren hastanın istemi haricinde tıbbi müdahalede bulunulmasının hukuka aykırı olacağı kabul edilmiştir.²⁰⁸

Amerikan Hukuku'nda tıbbi müdahaleye rızanın hukuksal çerçevesini özel yaşam hakkı (mahremiyet hakkı) oluşturmaktadır ve Federal Mahkeme kararları ile ötenazi, kürtaj gibi tıbbi müdahaleler de bu hak çerçevesinde tanınmıştır.

Dünya Tıp Birliği'nin (“DTB”) Portekiz Lizbon'da Ekim 1981'de gerçekleştirdiği toplantı neticesinde ilan edilen Lizbon Bildirisi'nde uluslararası alanda ilk kez hasta haklarının çerçevesi belirlenmiştir²⁰⁹ ve hastanın hiçbir baskıya maruz kalmaksızın kendisi ile ilgili konularda yeterli bilgiye sahip olması durumunda

²⁰⁴Erman, B. (2003), *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.94; Bayraktar, (1972), s.60

²⁰⁵Erman, (2003), s.60

²⁰⁶Erman, (2003), s.61

²⁰⁷Erman, (2003), s.60

²⁰⁸Biggs, H. (2007) *Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis*, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, s.54

²⁰⁹Görkey, Ş. (2001) *Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar*, Medikal Etik, (Editör: Hatemi, H. ve Doğan, H.), 3 Ekim 2001, İstanbul: Yüce Yayınları, ss.107-108; Demircan, Y. T. (2006) *Hasta Hakları*, Güncel Hukuk, Mart 2006, s.15

öngörülen tedaviyi kabul veya reddetme bakımından serbestçe karar verebileceği belirtilmiştir.

2.2.2.4.2. Varsayılan Rıza

Hastanın geleceğini belirleyebilme hakkının bu kişinin ayırt etme gücünden yoksun hale gelmesi ile kaybolmayacağını belirtmek gerekir²¹⁰. Bu halde, hastanın tıbbi müdahale bakımından iradesini açıklama imkânı bulunmadığından hastanın seçimlerini belirlemediğinden varsayılan rıza bir çözüm yolu olarak kullanılmaktadır.²¹¹ Varsayılan rıza, tıbbi müdahalede bulunmakla yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun, hastanın hukuki menfaatine uygun olarak hastadan izin alınmadan objektif kriterler uyarınca²¹² hasta rızasının varsayılarak tıbbi müdahalede bulunulmasına izin veren bir kurum olarak kabul edilmiştir.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesi,²¹³ Amsterdam Bildirgesi'nin 3/3.²¹⁴ ve 3/7.²¹⁵ maddeleri ve HHY'nin 24/7. maddesi²¹⁶ hükümleri uyarınca varsayılan rızanın kabulü gerekmektedir. Fakat, bu hükümlere karşılık öğretilerde varsayılan rıza kavramını kabul etmeyen ve varsayılan rızaya dayanan tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı nitelikte olacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır.

²¹⁰ Hakeri, (2021), s.502

²¹¹ Üstün nitelikli özel yarara ilişkin kurallar gereğince de varsayılan rıza haricinde tıbbi müdahale gerçekleştirilebileceği öğretilerde savunulan görüşler içerisinde yer almaktadır.

²¹² Hakeri, (2021), s.502

²¹³ Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesi; "Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınmalıdır." hükmünü içermektedir.

²¹⁴ Amsterdam Bildirgesi'nin 3/3. maddesi; "*Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir.*" hükmünü içermektedir.

²¹⁵ Amsterdam Bildirgesi'nin 3/7. maddesi; "*Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak alternatif karar alma biçimi için uygun önlemler alınmalıdır.*" hükmünü içermektedir.

²¹⁶ HHY'nin 24/7. maddesi "*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 yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.*" hükmünü içermektedir.

2.2.2.5. Endikasyon (Tıbbi Gereklilik) Şartının Sağlanması

Tıbbi müdahale ve tıbbi girişimler, esasen endikasyon (tıbbi gereklilik) şartını taşıdığı hallerde hukuka uygun olarak nitelendirilmektedir.²¹⁷ Belirli bir teşhis ya da tedavi aşamalarının uygulanabilmesinde hekimin müdahalesini haklı kılacak bir sebebin bulunması gerektiğinden tıbbi müdahaleyi haklı kılan neden ve zorunluluk endikasyondur.

Anayasa'nın 17/2. maddesi²¹⁸ başta olmak üzere TDN'nin 13/3 madde²¹⁹ ve HHY'nin 12. madde²²⁰ hükümleri tıbbi müdahalelerde endikasyon şartının bulunması gerekliliğine işaret etmektedir. Anayasa'da belirtilen tıbbi zorunluluklar ifadesinde istisnaların endikasyon olmadığı, bunun varsayılan rızayı belirttiği de öğretilerde yer alan görüşlerdendir.²²¹ Anayasa'da yer verilen ifadenin geniş kapsamlı, doyurucu, kullanımı yaygın alana işaret ediyor olması daha uygun olacaktır.²²²

Hasta rızasının varlığına rağmen tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olan endikasyon varlığının aranıp aranmayacağı öğretilerde tartışmalıdır. Endikasyon, bir hukuka uygunluk nedenidir; rıza ise hukuka uygunluk sınırınıdır.²²³ Hakeri'nin de belirttiği gibi, yalnızca endikasyon şartının sağlandığı durumlarda hekim tıbbi müdahale gerçekleştirebilir.²²⁴ Ancak, bu tıbbi müdahalenin çerçevesi hasta rızası ile tespit edilir.²²⁵ Kanaatimizce, tıbbi müdahalenin hukuka uygun nitelik taşıyabilmesi için endikasyon şartı sağlanmalıdır. Bu sebeple, rıza varlığında dahi psikolojik (estetik müdahalelerde olduğu gibi) ve sosyal (sünnet tıbbi müdahalesinde

²¹⁷Çilingiroğlu, (1993), s.21; Erman, (2003), s.202; Hakeri, (2021), s.537

²¹⁸Anayasa'nın 17/2. maddesi; "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." hükmünü içermektedir.

²¹⁹TDN'nin 13/3 maddesi; "Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz." hükmünü içermektedir.

²²⁰HHY'nin 12. maddesi; "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." hükmünü içermektedir.

²²¹Erman, (2003), s.152; Çilingiroğlu, (1993), s.47

²²²Hakeri, (2021), s.534

²²³Hakeri, (2021), s.537

²²⁴Hakeri, (2021), s.537

²²⁵Hakeri, (2021), s.537

olduğu gibi) endikasyon şartı da bulunmalıdır.²²⁶ Belirtmek gerekir ki; mevzuatın açıkça izin verdiği durumlarda endikasyon şartının bulunmadığı tıbbi müdahaleler de hukuka uygun nitelikte olacaktır.

Uygulamada direkt olarak endikasyon şartını belirten yargı kararı bulunmamakta idi. Yargıtay CGK E.2017/12-271, K.2017/278, T.16.05.2017 kararı²²⁷ ile aşağıda yer verilen şekilde endikasyon şartına doğrudan işaret edilmiştir:

“Doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik nedeniyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır. Bu zorunluluk Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulanmıştır.”

Yargıtay’a göre kişinin sahip olduğu hiçbir hak sınırsız ve sonsuz değildir. Kişi, sağlık ve yaşam gibi haklarına yönelik tıbbi müdahaleye rızasını hukuken korunan meşru bir amaca yönelik olarak verebilecektir.²²⁸

Danıştay 10. İDD. E.2007/896, K.2007/899, T.12.03.2007 kararında²²⁹ da şu şekilde endikasyon şartına dikkat çekmektedir:

“Dava dosyasının incelenmesinden; davacılarından ...'nun, Sağlık Bakanlığı ... Devlet Hastanesinin 20.9.2001 tarih ve 9036-4737 sayılı sağlık raporu doğrultusunda, durumun hayati aciliyeti sebebiyle özel bir diyaliz merkezinde sekiz ay diyaliz tedavisi gördüğu; tedavinin davacıya acı vermesi, vücudunun yorgun düşmesi ve durumunda düzelme olmaması üzerine kendi isteğiyle tedaviyi sona erdirdiği; tedavinin kesilmesinden sonra hiçbir olumsuz gelişme yaşamayan davacının, gereksiz yere özel merkeze yönlendirildiğinden şüphelenerek konunun araştırılması için Bağ-Kur Genel Müdürlüğu'ne şikâyette bulunduğu; anılan kurumun müfettişlerince davacının Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine sevk edildiği, ... Üniversitesi Tıp

²²⁶Hakeri, (2021), s.537

²²⁷Yargıtay CGK E.2017/12-271, K.2017/278, T.16.05.2017, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 29.12.2021)

²²⁸Hakeri, (2021), s.542

²²⁹Danıřtay 10. İDD. E.2007/896, K.2007/899, T.12.03.2007, Danıştay Bilgi Bankası [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://karararama.danistay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 24.12.2021)

Fakültesi Hastanesinin 24.9.2003 tarih ve 7617 sayılı raporunda; tip 2 DM + hipertansiyon + diyabetik nefropati tanısı konulduğu; davacının, bu tanıdan hemodiyaliz tedavisi görmesinin gerekmediği sonucunun çıktığını ve soruşturma üzerine görevli doktorlar hakkında yasal işlemlerin yapıldığı...”

Geçmiş yıllarda, endikasyon olmaksızın tıbbi müdahale yapılamayacağı prensibi geçerli idi.²³⁰ Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun nitelik taşıyabilmesi için hasta ve/veya kanuni temsilcisinin rızası ve endikasyon şartının arandığı hallerde tıbbi müdahalenin iyileştirme amacı öne çıkmaktaydı. Fakat, modern tıbbın gelişmeleriyle imkanlar da arttığından öğretilerde endikasyon şartının bulunmadığı hallerde de tıbbi müdahalenin hukuka uygun nitelik taşıyabileceği savunulmaktadır.²³¹ Örneğin; estetik müdahaleler, verici bakımından organ nakli, teşhis amaçlı genetik muayeneler, kan bağıışı, rahim tahliyesi, sterilizasyon gibi müdahaleler endikasyon şartı bulunmaksızın gerçekleştirilmektedir.

2.2.2.6.Hukuka ve Ahlaka Aykırılığın Bulunmaması

Kanunen izin verilmeyen tıbbi müdahaleye rıza gösterilemez.²³² Ayrıca, kanunen izin verilmeyen tıbbi müdahale bakımından da tıbbi müdahale sözleşmesi yapılamayacaktır.²³³ Örnek olarak; ötenazi, gönüllü amputasyon ya da kanuni sürelerin geçmiş olduğu hallerde gebeliğin sonlandırılması konularında tıbbi müdahalelere ilişkin sözleşme yapılamayacaktır. Diğer taraftan, cinsiyet değiştirme operasyonu gibi hâkimin iznine tabi olarak gerçekleştirilebilen tıbbi müdahalelere ilişkin rıza ya da sözleşme de geçersiz olacaktır.²³⁴ Benzer şekilde; kişilik haklarından vazgeçme niteliği taşıyan sözleşme ve insan onuru ile bağdaşmayan (kişiye ıstırap veren, kötü muamele ya da eziyet teşkil eden yöntemler içeren) tıbbi müdahalelere verilen rıza da geçerli olmayacaktır.

²³⁰Hakeri, (2021), s.542

²³¹Hakeri, (2021), s.542

²³²Bayraktar, (1972), s.144

²³³Bayraktar, (1972), s.144

²³⁴Kıcalıoğlu, (2011), s.24

Gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale, genel ahlak, meslek ahlakı ve meslek ilkelerine aykırı nitelik taşımamalıdır.²³⁵ Genel ahlak; bir toplumda, belirli zaman aralığında geçerliliği bulunan ve toplumundaki bireylerin bunlara uyması beklenen yazısız kuralların bütünüdür. İfade etmekte iken, meslek ahlakı; antik çağlardan itibaren hekimlik mesleğinin icra edilmesi sonucunda ortaya çıkan ve günümüze kadar gelen Hipokrat gibi birçok bilim adamı ve meslek örgütleri tarafından geliştirilerek sistemleştirilen ya da kodifiye edilen mesleki faaliyetlerde uyulmasının bir zorunluluk haline geldiği genel kabul gören yerleşik meslek ilkeleridir.²³⁶ Meslek ahlakı ve meslek kuralları, günümüze kadar etik kural olmanın ötesine geçmiştir. Dayanağı ise, Türk Tabipler Birliği'nin ("TTB") Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ve Bakanlar Kurulu'nun ("BK") Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi gibi tıp mesleğini düzenleyen üst normlardır.²³⁷

Hukuka uygun nitelikteki bir tıbbi müdahaleden bahsedilebilmesi için aynı zamanda bu eylemlerin ceza hukuku düzenlemelerinde yer verilen suç niteliğindeki eylemlerden de olmaması gerekir.²³⁸ 5237 sayılı TCK'da hem tıbbi müdahale gerçekleştirenlerin eylemleri dolayısıyla ceza yaptırımını ile karşılaşabileceği genel suç tipleri hem de tıbbi müdahalede bulunanları ilgilendiren, tedavi sözleşmesinin yüklediği borçlara dayanak teşkil eden özel hükümler de düzenlenmiştir.²³⁹ Yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun, sözleşme kapsamında hareket etmiş olması ve hasta rızasını almış olması halinde dahi bu ilke ve kuralları ihlal ederse, eylemi Anayasa'ya aykırı olacağından sorumluluğunu gerektirecektir.²⁴⁰ Örneğin, tıbben gerekli olmadığı halde kişiye tedavi uygulanması durumunda bu eylem, maddi ve manevi dokunulmazlık hakkının ihlalini gündeme getirecektir. Somut durumun

²³⁵Kıcalıoğlu, (2011), s.118

²³⁶Üstün, Ç. (2009) *Tıp'ta Etiğin Yerini Belirleme*, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, ss.115-116

²³⁷Üstün, etiğin sonlandığı noktada hukukun devreye gireceğini belirtmiştir. "*Hukuk normları yapısı itibarıyla etik normlar gibi algılanmamalıdır. Hatta bu yönden ele alındığında etik normlar ile arasında oldukça büyük farklılıklar göze çarpar. Öncelikle hukukun yaptırımlarının yazılı kanunlar sayesinde gerçekleşebildiğini unutmamalıyız. Ayrıca hukuka aykırı olmayan ya da öyle görünen bir durumun etik dışılık ile değerlendirilmesi de mümkündür. O halde etiği hukuktan farklı bir konuma koymak ve birincil yapıyı etik ile oluşturmak zorundayız.*" Üstün, (2009), s.115

²³⁸Savaş, (2010), ss.37-38

²³⁹Gülel, (2017), s.627

²⁴⁰Özpınar, (2008), ss.93-95

şartlarına göre sağlık mesleği mensubunun bu eylemleri kasten yaralama, kötü muamele ya da eziyet gibi suçların oluşumuna sebebiyet verebilecektir.²⁴¹

TCK'da düzenlenen ve suç niteliğindeki eylemleri içeren tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır ve konusunu bu nitelikteki eylemlerin oluşturduğu tedavi sözleşmeleri de hükümsüz olacaktır.²⁴² Burada bahsedilen hükümsüzlük; mutlak butlan ile batıl olma türündendir.²⁴³

2.3.Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

2.3.1.Genel Olarak

Sağlık mesleği mensubunun sorumluluğu bakımından tıbbi müdahalede bulunan sağlık mesleği mensubu ile hasta arasında üç ayrı nitelikte olduğu belirtilebilecek ilişki söz konusu olmaktadır. Bunlar; vekaletsiz iş görme ilişkisi, sözleşme ilişkisi ve haksız fiil ilişkisi olarak üç başlık altında toplanabilir. Genel olarak, hasta ve sağlık mesleği mensubu arasında açık veya zımni (örtülü) biçimde kurulan sözleşme ilişkisinin mevcudiyeti görülmektedir. Ayrıca TBK'da düzenlenmemiş olan sözleşme biçimlerinin de sözleşme serbestisi ve irade özerkliği ilkeleri çerçevesinde yine bu ilkelerin temel kurallarına uygun olacak şekilde yapabileceklerinin kabulü gerekmektedir.²⁴⁴

Sağlık mesleği mensubu ve hasta arasında akdedilen teşhis ve tedavi sözleşmesinin unsurları Kanun'da açıkça düzenlenmiş olmadığından hukuki

²⁴¹Bkz. HHY'nin 12 ve TCK'nın 86, 87 ve 96. madde hükümleri

²⁴²Kanunda yer alan suç tiplerinden kamu görevlisi sağlık mesleği mensupları tarafından özellikle görevi kötüye kullanma, görevi ihmal, rüşvet, irtikap, zimmet; sağlık mesleği mensupları da dahil olmak üzere herkes tarafından ise güveni kötüye kullanma, insanlığa karşı suçlar, organ veya doku almak amacıyla insan ticareti, terk, yardım ya da bildirim yükümlülüğünün ihlali, taksirle öldürme, taksirle yaralama, eziyet, ayrımcılık, özel hayatın gizliliğini ihlal, verileri hukuka aykırı şekilde ele geçirme ve kullanma, kişisel verilerin kaydedilmesi, akıl hastasına bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali suçları işlenebilecektir. Organ ve doku ticareti, insan üzerinde deney, çocuk düşürme, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikte ilaç üretme ve satma, kısırlaştırma, yeni doğanın karışmasına sebep olma, suç bildirmeme, izinsiz genital muayene gibi suç tipleri de sağlık mesleği mensuplarının en çok karşılaştıkları suç tipleridir.

²⁴³Oğuzman ve Öz, butlanın kesin hükümsüzlük hali olduğunu ve iptal edilebilirlikten ayrı olduğundan “mutlak” kelimesinin kullanımının mecburi olmadığını ifade etmişlerdir. Oğuzman K. ve Öz, T. (2005) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi, ss.136-137

²⁴⁴Eren, F. (2021) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, İstanbul: Yetkin Yayınları, s.192

niteliğinin belirlenmesinde taraf edimleri göz önünde bulundurularak gerekli inceleme ve tespitler yapılmıştır. Bu kapsamda, sağlık mesleği mensubu ile hasta arasındaki sözleşme; iş görme ilişkisi içeren, ani edimli ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmiştir.²⁴⁵ Taraflar arasındaki hukuki ilişkide sağlık mesleği mensubu, tıp biliminin gereklilikleri çerçevesinde teşhis yükümlülüğünü gerçekleştirerek somut olaya uygun teşhis koymak, ardından teşhise uygun nitelikteki tedaviyi belirleyerek uygulamak, hastanın eski sağlığına kavuşturulması ve acılarının hafiflemesi adına gerekli müdahaleleri gerçekleştirmek, tedavi sonrası gerekli yükümlülükleri yerine getirmek yükümlülüğü altında olmakla birlikte, hasta da sağlık mesleği mensubuna ücret ödeme yükümlülüğü altındadır.²⁴⁶

Tedavi sözleşmesi, genel yapısı itibari ile TBK'da düzenlenen sözleşmelerden tamamen ayrı ve bağımsız bir sözleşme değildir. Tedavi sözleşmesinin amacı, konusu, tarafları ve tarafların sözleşme akdi esnasında içinde oldukları durum itibari ile diğer sözleşmelerden farklı özellikler taşımaktadır. Tedavi sözleşmesinde amaç, hastanın eski sağlığına kavuşturulması ve acısının azaltılmasıdır. Sağlık mesleği mensubu, hastaya uygulayacağı tedavi bakımından mutlak başarı taahhüdü altına girmemektedir. Tedavi sözleşmesinin konusu; insan sağlığı ve beden bütünlüğüdür. İş görme borcu yükümlülüğü altında olan taraf, diğer iş görme borçlarından farklı olarak daha özenli ve dikkatli icrai faaliyetlerde bulunmalıdır. Bunun nedeni; diğer iş görme borçlarında borca aykırılık halinde malvarlığı zararı oluşmakta iken, bu akit türünde hem malvarlığı hem de şahıs varlığı zararı (telafisi güç veya imkânsız) oluşmaktadır.²⁴⁷

²⁴⁵Özdemir, (2012), s.51

²⁴⁶Ayan, (1991), s.50

²⁴⁷ "...Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmedir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor sorumlu tutulmamalıdır..." Bkz. Yargıtay 13. HD. E.2006/10057, K.2006/13842, T.19.10.2006, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 29.10.2021)

Yargıtay 13. HD. E.2006/10057, K.2006/13842, T.19.10.2006 kararında²⁴⁸ sağlık mesleği mensubu olan hekimin, hastanın yararlarının korunması amacıyla tıbbi gereklilikleri yerine getirerek önemleri eksiksiz almak ve uygun tedavi yöntemini saptayarak uygulamak yükümlülüğü altında olduğunu aşağıdaki şekilde belirtilmiştir:

“...Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmedir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor sorumlu tutulmamalıdır...”

Hasta, hastalığı yönünden bilgisiz, yardıma muhtaç ve zayıf nitelikte, sağlık mesleği mensubu ise yetenekli ve ihtisas sahibidir. Bu bakımdan sözleşme, eşit olmayan taraflar arasında kurulmaktadır. Tedavi sözleşmesinin sağlık mesleği mensubuna yüklediği başkaca yükümlülükler bulunduğundan sözleşme ediminin gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde sağlık mesleği mensubunun diğer yükümlülükleri, tıp biliminin gelişmeleri ve teknikleri, tıbbi meslek kuralları da dikkate alınmaktadır.²⁴⁹ Örneğin, hekimin yükümlülüklerine aykırı davranışı nedeniyle zarar gören hastaya karşı tazminat sorumluluğu, aykırı davranışın

²⁴⁸Yargıtay 13. HD. E.2006/10057, K.2006/13842, T.19.10.2006, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 29.10.2021)

²⁴⁹Ayan, (1991), s.50

özelliklerine göre cezai sorumluluğu ve bağlı olduğu meslek kuruluşuna karşı disiplin sorumluluğu doğmaktadır.²⁵⁰

Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından öğretideki ağırlıklı görüş, tedaviye yönelik kurulan sözleşme ilişkisi olduğundan, vekalet sözleşmesine özgü olan unsurların ve tanımın uygulanabileceği yönündedir.²⁵¹ Öğretide yer alan diğer görüşler, tedavi sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi²⁵² niteliğinde olduğu ya da istisna sözleşmesi²⁵³ niteliği taşıdığı şeklindedir.

2.3.2.Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Öğretide İleri Sürülen Görüşler

2.3.2.1.Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü

TBK'nın 393/1. maddesini²⁵⁴ incelediğimizde; hizmet sözleşmesini, işçinin işverene bağımlı olarak, bir kimsenin belirli veya belirli olmayan bir zamanda iş görmeyi üstlenmesi, bunun karşılığında işverenin de ücret ödemesi şeklinde açıklamak mümkündür. Hizmet sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için belirli ya da belirli olmayan zaman içerisinde hizmetin vaat edilmesi, hizmet karşılığında da belirli bir ücretin ödenmesi ve bu noktalarda sözleşme taraflarının anlaşması gerekmektedir.²⁵⁵ Belirtmek gerekir ki; hizmet sözleşmesi, sözleşme taraflarının arasında sürekli hukuki ilişkinin varlığını gerektirmektedir.

²⁵⁰Sarıtaş, H. (2006) *Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi, s.32

²⁵¹Reisoğlu, S. (2013) *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s.12; Ayan, (1991), s.54

²⁵²Donay, S. (1968) *Doktorun Hukuki Sorumluluğu*, İktisadi ve Ticari Bilimler Dergisi, S.10, s.4

²⁵³Reisoğlu, S. (1983), *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, s.12; Aşçıoğlu, Ç. (1982) *Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Ankara, s.33

²⁵⁴TBK'nın 393/1 maddesi "*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" hükmünü içermektedir.

²⁵⁵Zevkliler, A. (2004) *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, ss.311-314; Yavuz, C., Acar, F. Ve Özen, B. (2021) *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 17. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, ss.272-276

Hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran unsur bağımlılık unsurudur. Bağımlılık unsuru; işçinin işverenin denetim ve gözetimi içerisinde, işverenin talimat ve emirleri altında edimini yerine getirilmesidir. Fakat, sağlık mesleği mensubu ile hasta arasındaki hukuki ilişkide süre ve bağımlılık unsurlarının esaslı unsur olmadığı dikkat çekecektir. Örneğin, bir hekimin hastayı tedavi etmesi durumunda hekimi ve hastayı bağlayıcı belirli ya da belirsiz bir zaman söz konusu değildir.²⁵⁶ Hekim, yalnızca hastanın tedavisi için tıbben gerekli müdahaleleri gerçekleştirmeyi üstlendiğinden burada önemli olan unsur süre değil, tedavinin gerçekleştirilmesidir.²⁵⁷ Ayrıca hekim, hizmet akdindeki gibi işçi sıfatıyla (hekim), işverene (hasta) bağlı değildir, hastanın emir ve talimatları altında hareket etmemektedir, mesleğini özgürce icra etmektedir.²⁵⁸ Açıklanan nedenlerle, sağlık mesleği mensubu ve hasta arasındaki hukuki ilişkinin hizmet akdi olarak nitelendirilmesi doğru görülmemiştir.

Yargıtay HGK E.1964/37, K.1964/40, T.06.07.1964 kararında²⁵⁹ açıklamalarımız doğrultusunda şu şekilde karar verilmiştir:

“...doktorun kendisi ile akit yaptığı hastanın buyruğu altına girmesi düşünülemeyeceğinden doktorla hasta arasındaki ilişki, hizmet akdi olamaz...”

²⁵⁶Öğretide birtakım görüşler aile hekimliğinin, hekim ve hasta arasındaki ilişkide belirli veya belirsiz süre içerisinde hizmet verme unsurunun ağır bastığı kanaati ile aile ile arasındaki ilişkinin bir hizmet akdi olduğu yönündedir. Öğretideki aksi görüş, aile hekiminin yapmakta olduğu işin belirli veya belirsiz süre içerisinde hizmet verme unsurunun yeterli olmadığı, bunun kabulü için bağımlılık unsurunun varlığının bulunması gerektiği şeklindedir. Belirtmek gerekir ki; Doktrin ve Yargıtay’ın kabul ettiği şekilde bağımlılık unsuru aile hekimliğinde bulunmamaktadır. Çünkü aile hekimi ailenin denetimi altında olmadığı gibi ailenin emir ve talimatı ile de bağlı değildir. Ayrıca aile hekiminin iş yerinde bulunan çalışma aletleri ve çalıştığı iş yeri de o aile tarafından sağlanmamaktadır ve aile hekimi ekonomik olarak aileye bağlı da değildir. Diğer bir ifade ile aile hekimi ile hasta arasındaki ilişki hasta ile serbest çalışan doktor arasında karşılıklı güven ilişkisinde olduğu gibi kurulmaktadır. Fakat, aile hekimi serbest çalışan doktordan farklı olarak tedavi aile bireylerinin tek bir tedavisi bakımından değil akit süresinde ortaya çıkan rahatsızlıkların tedavisini üstlenmektedir. Aile hekimi tedavi yükümlülüğünde bulunduğu ailenin tedavilerini mesleki bilgi ve tecrübesi ile tavsiyelerde bulunacaktır. Açıklanan nedenlerle; aile hekimi ve hasta arasındaki ilişkinin niteliğinin hizmet akdi şeklinde olmadığı yönünde gerekçelendirilmiştir. Şenocak, (1998), s.26

²⁵⁷Şenocak, (1998), s.23

²⁵⁸Yavuz İpekyüz, (2006), s.20; TDT’nin 6. maddesi; “*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder.*” Hükmünü, 21. maddesi ise; “*Başkalarının yardımı ile yapılacak cerrahi ameliyeler ile diğer tedavilerde, operatör, müdavi tabip ve dış tabibi, beraber çalışacağı elemanları seçmekte serbesttir.*” hükmünü içermektedir.

²⁵⁹Yargıtay HGK. E.1964/37, K.1964/40, T.06.07.1964, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 30.10.2021)

2.3.2.2. Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Eser (İstisna) Sözleşmesi Olduğu Görüşü

TBK'nın 470. maddesinde²⁶⁰ yer alan eser sözleşmesi, yüklenicinin eser meydana getirmeyi taahhüt etmesi, diğer bir deyişle üstlenmesi karşılığında, iş sahibinin de bir bedel ödemeyi taahhüt etmesi olarak tanımlanabilir. Bu bakımdan eser sözleşmesi, rızai, herhangi bir şekilde bağlı olmayan, tam iki tarafa borç yükleyen ve sonuca amaç bağlandığından ani edimli bir sözleşmedir.²⁶¹

Sağlık mesleği mensubunun hastayı iyileştirme borcu bulunmamaktadır. Sağlık mesleği mensubu, tedaviyi gerçekleştirmek amacıyla tıbbi standart ve gereklere uygun şekilde çaba sarf eder ve hasta da hekimin bu çaba ve hizmetlerine güven duyar.²⁶² Örneğin, hekimin hastaya karşı gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerde tek bir görüntü, bir bütün teşkil eden sonuçlar ortaya çıkmadığından eser kavramının dışında kaldığı düşünülmektedir.

Sağlık mesleği mensubu, sözleşme çerçevesinde tedavinin sonucunu borçlanmamıştır, gerekli özen ve dikkati, kendisinden beklenen davranışı sergilemek konusunda borçlanmıştır, teşhis ve tedavi kapsamındaki edim fiilleri ile yükümlüdür, sonucun olumlu ya da olumsuz olması bu bakımdan önemli değildir.²⁶³ Sağlık mesleği mensubunun gerçekleştirdiği tedavi ve tıbbi müdahalenin başarısı, işin özelliği gereği birçok faktöre bağlıdır ve bu nedenle sonucun taahhüt edilmesi için uygun nitelikte değildir.²⁶⁴ Sağlık mesleği mensubu tarafından borçlanılabilecek garanti, tıp biliminin gelinen son aşamadaki gelişmelere, günün koşullarına uygun, bilinen en son ve yüksek haline göre gerçekleştirebileceği tıbbi müdahaleleri gerçekleştirmek ve olumsuz, yapılmaması gereken her türlü eylemden de kaçınmak şeklinde olabilecektir.²⁶⁵ Bu kapsamda sağlık mesleği mensubunun gerçekleştirdiği tıbbi müdahale eylemlerine

²⁶⁰TBK'nın 470/1. maddesi "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" hükmünü içermektedir.

²⁶¹Uygur, (2003), s.7448

²⁶²Ateş, (2010), s.59

²⁶³Özdemir, (2012), s.78

²⁶⁴Ateş, (2010), s.60

²⁶⁵Ateş, (2010), s.60

eser kavramı içerisinde yer verilmesinin yerinde olmayacağı kanaatiyle taraflar arasındaki sözleşmenin de eser sözleşmesi niteliğinde olamayacağını belirtmek gerekmektedir.

Yargıtay, tıbbi müdahalenin vasfına göre sözleşme niteliğinin değerlendirilmesi gerektiğini, hekimin tıbbi müdahalesinin eser meydana getirme şeklinde olduğu hallerde sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olabileceğini hüküm altına almıştır.²⁶⁶ Örneğin, hasta ve hekim tarafından mutabık kalınan bir burun estetik ameliyatının eser sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.²⁶⁷ Yine, geçmişte isteği üzerine dövme yaptıran hastanın zaman içerisinde yaptırdığı dövmeyle beğenmeyerek kolundaki kalıcı dövmeyle sildirmek istemesi halinde, hastanın kolundaki dövmeyle silmeyi taahhüt eden hekim ile hasta arasındaki uyuşmazlığı eser sözleşmesinin hüküm ve sonuçları çerçevesinde değerlendirmiştir.²⁶⁸

Yargıtay 15. HD. E.1999/4007, K.1999/3868, T.03.11.1999 kararında²⁶⁹ aşağıdaki ifadelerle yer verilmiştir:

“Bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi işi, BK. m. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden yeterli değildir. Yaptığı işi hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçlı silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır...”

Tıbbi teknik ve gelişmelerin ışığında olumlu neticenin borçlanılabildiği tıbbi müdahaleler bakımından hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesi

²⁶⁶Özay, (2006), s.45

²⁶⁷Yargıtay 13. HD. E.1993/131, K.1993/2741, T.05.04.1993, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 30.10.2021)

²⁶⁸Uygur, (2003), s.7629

²⁶⁹Yargıtay 15. HD. E.1999/4007, K.1999/3868, T.03.11.1999, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 30.10.2021)

çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, estetik müdahalelerde hekimin faaliyetleri sonucunda ortaya çıkacak olan sonuç bir eser niteliği taşıdığından hekim ile hasta arasındaki ilişkinin de eser sözleşmesi niteliğinde olacağını söylemek mümkün olacaktır.

Yargıtay 15. HD. E.2020/1808, K.2020/2925, T.09.11.2020 kararında²⁷⁰ şu şekilde açıklamalarımızı destekler nitelikte karar verilmiştir:

“...Somut olayda; Mahkemece, Medikal Estetik Uzmanı Doktor Bilirkişiden 02.10.2017 tarihli rapor alınmış olup bu rapora itiraz üzerine Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi Uzmanı Bilirkişi 29.03.2018 tarihli raporunu Mahkemeye sunmuştur. Alınan bu raporlar gözetilerek dava reddedilmiş ise de; taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu ve yukarıda yapılan açıklamalar gözetildiğinde davacı yanın göğüs toparlama ve karın estetiği ile ilgili isteminin yüklenici tarafından daha güzel bir görünüme kavuşturulacağı yönünde bir garanti verilmesi ve müdahale sonrası sürecin sağlıklı bir şekilde neticelendirilmesi niteliğinde olduğu gözetildiğinde, hekimin eylemine ilişkin olarak hukuka uygun bir tıbbi müdahale gerçekleştirildiği yönündeki görüş yeterli olmayıp, ayrıca davacının isteklerinin karşılanıp karşılanmadığı ... değerlendirilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir.”

2.3.2.3.Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Vekalet Sözleşmesi Olduğu Görüşü

TBK'nın 502/1. maddesinde hüküm altına alınan vekalet sözleşmesi; vekalet verenin bir işini veya işlemini yapması amacıyla vekil tayin etmesi, vekilin de bu iş veya işlemleri müvekkilin irade ve menfaatine uygun olarak görmeyi zamana tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız şekilde borçlanmasını, sonucun elde edilememesi halinde bu rizikoyu da üstlenmesini ifade eden sözleşmedir.²⁷¹

²⁷⁰Yargıtay 15. HD. E.2020/1808, K.2020/2925, T.09.11.2020, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 30.10.2021)

²⁷¹TBK'nın 502/1 maddesi; “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” hükmünü içermektedir.

Öğretide ağırlıklı görüş, tedaviye yönelik olarak akdedilen sözleşme ilişkisinin vekalet sözleşmesine mahsus tanım ve unsurların uygulanabilirlik olanağının yüksek olduğu yönündedir.²⁷² Vekalet sözleşmesinde vekil, müvekkile karşı bir iş ya da hizmetin (hukuki veya maddi fiillere yönelik) müvekkilin menfaat ve iradesine uygun şekilde ifa etmektedir.²⁷³ Sağlık mesleği mensubunun, tedavi çerçevesinde gerçekleştirdiği muayene, teşhis, tedavi yahut cerrahi girişimler gibi eylemleri maddi fiil olarak kabul edilmekte olduğundan vekalet sözleşmesinin varlığına delalettir.²⁷⁴ Sağlık mesleği mensubu, TDT'nin 13. ve 14. maddeleri uyarınca tıbbi müdahaleye ilişkin eylemlerini hasta menfaatine yönelik olarak, TŞSTİDK'nın 70. maddesi uyarınca ise hastanın nam ve hesabına, aynı zamanda da hasta iradesine uygun olarak gerçekleştirmektedir.

Sağlık mesleği mensubu, tıbbi müdahaleye ilişkin faaliyetlerini belirli ya da belirsiz süreli olarak tedavi sözleşmesi çerçevesinde hastanın emrine tahsis etmeyi yüklenmiştir. Bu sözleşmede esaslı unsur süre değil, tedavidir. Bunun nedeni, hastanın hali ve hastalığın niteliği çerçevesinde sürenin değişebilmesidir.²⁷⁵ Sağlık mesleği mensubu, tedaviye yönelik tıp biliminin öngördüğü esaslara bağlı olarak hastanın şifa bulması için özenle tıbbi faaliyette bulunmayı üstlendiğinden burada hastanın iyileştirilmesi bakımından garanti verilmesi mümkün olamayacağından tıbbi müdahale neticesinden hekimin sorumluluğu bulunmamaktadır.²⁷⁶ Bu nedenle; tedavi sözleşmesi diğer iş görme sözleşmelerinden ayrı olacaktır ve vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu söylenebilecektir.²⁷⁷

²⁷²Yavuz, Acar ve Özen, (2021), s.407; Bayraktar, (1972), s.35; Şenocak, (1998), ss.25-29; Yavuz İpekyüz, (2006), s.31

²⁷³Başpınar, V. (2004) *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s.73

²⁷⁴Akartepe, A. (2007) *Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, s.19

²⁷⁵Şenocak, (1998), s.31

²⁷⁶Özay, (2006), s.21

²⁷⁷Özkan, N. (2005) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi, s.69; Özay, (2006) s.39

Yargıtay 4. HD. E.2003/711, K.2003/4255, T.09.04.2003 kararı²⁷⁸ hekimin gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin istenilen sonucu elde etme konusunda başarısız olmasına rağmen kusurlu olmayacağı, yükümlülüğün tıbbi müdahalenin tıp bilimi kurallarına uygunluğunun sağlanması olduğu şu şekilde belirtilmiştir:

“...yapılan ameliyat beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi, tıp ilminin kabul edilen kurallarına uygun müdahale yapılmış ise, hekime kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan dolayı sorumluluğuna gidilemez.”

Vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurları arasında ücret unsuru yer almamaktadır. TBK'nın 502/3. maddesinde²⁷⁹ sözleşme çerçevesinde ya da teamülün varlığı halinde vekilin ücrete hak kazanacağı hüküm altına alınmıştır. Bir hekimin muayenehanesi, iş yeri gibi yerlerde asılı bulunan muayene ve tedavi ücretlerine ilişkin tarifeler, ücret ilanı niteliğindedir ve hasta, sağlık mesleği mensubuna başvurduğunda bu tarifede yazan rakamlar üzerinden ücret ödemeyi kabul etmiş olmaktadır. Örneğin, hastanın muayenesi, hastalığa ilişkin teşhisin konulması ve tespit edilen hastalığa ilişkin olarak hastaya reçete yazılması vb. tıbbi müdahaleleri için hekimin ücrete hak kazanması teamül²⁸⁰ gereği olduğundan hekim önceden herhangi bir kararlaştırma olmasa dahi ücrete hak kazanacaktır.²⁸¹

Güven ilişkisine dayalı olarak kurulabilen akit niteliğindeki vekalet sözleşmesi sürerken taraflar arasındaki güvenin ortadan kalkması durumunda taraflar, herhangi bir hukuki gerekçe göstermeksizin ve aksi kararlaştırılmadıkça tazminat sorumluluğunda olmaksızın tek taraflı olarak sözleşmeyi sonlandırabilirler. Taraflar

²⁷⁸Yargıtay 4. HD. E.2003/711, K.2003/4255, T.09.04.2003, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 01.12.2021)

²⁷⁹TBK'nın 502/3. maddesi; “Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.” hükmünü içermektedir.

²⁸⁰Nitelikli ve uzmanlık gerektiren hizmetleri konu edinen vekaletlerde ön planda olan ivazdır. İsviçre Federal Mahkemesi de profesyonel olarak icra edilen meslekler (avukatlık veya hekimlik gibi) açısından vekaletin ücretli olması gerektiğini kabul etmiştir. Bu nitelikteki mesleklerdeki kişilerin mesleklerini ifa ve hizmet sunulması ile ücrete hak kazanacaklardır. Bu sebeple bu mesleklerin faaliyetlerini yürüttükleri bürolara giden kimselerin, talep ettiği işin veya hizmetin ifasının ücretli olduğunu biliyor oldukları kabul edilir. Başpınar, (2004), s.84

²⁸¹Özkan, (2005), s.70; TTBK'nın 28/2. maddesi uyarınca tabip odaları, tabip ve diş tabibi tedavi ücretlerini en az miktarlarını içeren tarifeleri düzenleyebilir.

arasında akdedilen tedavi sözleşmesinde güven önemli bir unsur olduğundan bunun zarar görmesi halinde, TBK'nın 512/1. maddesinde²⁸² hüküm altına alınan istifa ve vekaletten azil, sözleşmenin her anında mümkün olmaktadır.²⁸³

Vekil, vekalet sözleşmesi uyarınca nisbi bağımsız olarak hareket edebilecektir. Sağlık mesleği mensubu da hastaya tıbbi müdahalelerde bulurken hasta talimatları ile sıkı biçimde bağlı değildir, tıbbi müdahale yöntemleri bakımından tıp biliminin ilke ve kuralları ile bağlıdır.²⁸⁴

TBK'nın 503. maddesi²⁸⁵ uyarınca kendisine tevdi edilen iş bakımından vekilin resmi sıfatının bulunması, işi yapması mesleğinin gereği olması ya da kabul edeceğini duyurması gibi hallerde öneri kendisi tarafından ivedilikle reddedilmediği halde vekalet akdi kurulmuş kabul edilecektir.²⁸⁶

Kanaatimizce, bir tıbbi müdahalenin hangi sözleşme türü içerisinde değerlendirilmesi gerektiğine, her tıbbi müdahale bakımından amaç ve yöntem gibi belirli kriterler dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Tedavi sözleşmesinde, tıbbi müdahalenin özelliklerine göre vekalet ya da eser sözleşmesi hükümlerine tabiiyetinin belirlenmesi yerinde olacaktır.

²⁸²TBK'nın 512/1. maddesi; “*Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” hükmünü içermektedir.

²⁸³Yavuz İpekyüz, (2006), s.36

²⁸⁴Hatırnaz, G. (2017) *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.32

²⁸⁵TBK'nın 503. maddesi; “*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*” hükmünü içermektedir.

²⁸⁶Özay, (2006), s.20

BÖLÜM 3: AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLANLAR BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA

3.1. Ayirt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Tıbbi Müdahaleye Rızanın Konusu

Hukuk düzenlemeleri, kişinin malvarlığı ve kişilik varlığı haklarını korumaktadır. Kişisel varlıklar, maddi ve manevi olmak üzere iki şekilde gruplandırılmaktadır. Kişisel maddi varlıklar, kişinin vücut bütünlüğünü; kişisel manevi varlıklar, şeref ve haysiyetini, özgürlüğünü ve sağlığını oluşturmaktadır.²⁸⁷

Kişilik hakkı; kişinin manevi, maddi ve fikri varlığı üzerindeki hakkı olarak belirtilmektedir. Diğer bir tanıma göre, kişilik hakkı kavramı, kişinin maddi (bedensel), manevi ve iktisadi bütünlük ve varlığı üzerindeki haklarını ifade etmektedir.²⁸⁸ Kişilik hakkının mutlak haklardan olması²⁸⁹ dolayısıyla, hak sahibi veya kanuni temsilcisi tarafından saldırıda bulunan herkese karşı saldırının durdurulması ileri sürülebilecektir.²⁹⁰ Bir kişinin kişilik hakkına yönelik her saldırı, daha üstün nitelikte özel yahut kamusal yarar veya kanunun vermiş olduğu yetkinin kullanılması gibi sebeplerden herhangi birinin bulunmadığı durumlarda hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır.

Kişilik hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan²⁹¹ olması dolayısıyla bu haktan vazgeçilmesi ve hakkın devredilmesi imkânı bulunmamaktadır. TMK'nın 23. maddesi,²⁹² kişiliğin korunması açısından temel ilkeyi düzenlemektedir. Hüküm

²⁸⁷Kılıçoğlu, A. (1996) *Hekimin Hukuksal Sorumluluğu*, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Nisan, C.IV, S.1, s.9

²⁸⁸Sert, S. ve Cihan A. H. (2013). *Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme*, Beta Yayınevi, İstanbul, s.42

²⁸⁹Dural, M. ve Ögüz, T. (2013), *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku* C.II, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.54; Özsunay, E. (1983) *Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Ceza Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, s.103

²⁹⁰İpekyüz, (2006), s.6

²⁹¹Helvacı, S. (2012) *Gerçek Kişiler*, 9. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, s.47; Serozan, R. (1977) *Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.XI, S.14, s.94

²⁹²TMK'nın 23. maddesi; "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza

uyarınca, kişinin maddi, manevi ve iktisadi bütünlüğünü sona erdirecek sözleşmelerin akdedilemeyeceğini belirtmek gerekir.²⁹³

Belirtmek gerekir ki; istisnai durumlarda kişilik hakkına dair belirtilen bu kural haricinde kişinin vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilebilecek bazı müdahalelere kendisinin veya ayırt etme gücünden yoksun olanlarda kanuni temsilcisinin rıza göstermesi ve buna dair sözleşmeler akdedebilmesi geçerli olabilmektedir. TMK'nın 24. maddesi²⁹⁴ uyarınca, tıbbi müdahalelerin vücut bütünlüğüne saldırı mahiyeti taşımaları dolayısıyla kişilik hakkını ilgilendirmektedir.²⁹⁵ TMK'nın 23. ve 24.²⁹⁶ maddelerinde yer alan kişiliğin korunması hakkındaki hükümleri, Anayasa'nın 12. ve 17. maddelerinin yansımasıdır.

Anayasa'nın “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği*” başlıklı 12. maddesi şu şekildedir:

“Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

Türkiye Cumhuriyeti (“T.C”) Anayasası'nın 17. maddesinde²⁹⁷ de yine aynı doğrultuda kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ve yaşam hakkı

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.” hükmünü içermektedir.

²⁹³Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), ss.359-360

²⁹⁴TMK'nın 24. maddesi; “*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.*” hükmünü içermektedir.

²⁹⁵Akipek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.362

²⁹⁶Kişilik haklarına hukuka aykırı biçimde saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunan şahıslardan kişilik haklarının korunması talebinde bulunabilir. Kişilik hakkı zedelenenin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar veya kanunun verdiği yetkinin kullanılması nedenlerinden herhangi biri ile haklı kılınmadığı takdirde, kişilik haklarına gerçekleştirilecek olan her türlü saldırı hukuka aykırı nitelikte olacaktır.

²⁹⁷Anayasa'nın 17. maddesi; “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz. (Değişik: 7.5.2004-5170/3 md.) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya*

düzenlenmiştir, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı ve insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Hükümler uyarınca, temel hak ve özgürlüklerin devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte olduğu ve kişilik haklarının kişinin kendisine ve başkalarına karşı da korunması gerekliliği hüküm altına alınmıştır.

3.1.1. Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı; ruhsal ve bedensel bütünlüğün korunarak hayatın sürdürülmesidir.²⁹⁸ Yaşama hakkı, vazgeçilemez nitelikteki temel haklardandır. Yaşama hakkı üzerinde üçüncü kişilerin gerçekleştirileceği tıbbi müdahalelere rıza gösterilmiş olsa dahi bu hak üzerinde tasarruf edilemeyeceği belirtilmiştir.²⁹⁹ Bir insanın yalnızca insan olması sebebiyle doğuştan sahip olduğu ve ölüm ile sonlanacak olan yaşam hakkı, tüm özgürlüklerin ilk koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile, tüm kişilik değerlerinin en önemli ön koşulu kişinin yaşam hakkıdır.³⁰⁰

Anayasa'nın³⁰¹ 17/1-2 maddesi ile amaçlanan, yaşam ile maddi ve manevi varlık bütünlüğünü muhafaza etmek ve geliştirmek olmakla birlikte aşağıdaki şekildedir:

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi 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.”

olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.” hükmünü içermektedir.

²⁹⁸Yenerer Çakmut, (2010), s.46

²⁹⁹Erman, (2003), s.126

³⁰⁰Helvacı, S. (2001), *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (MK md. 24/a fıkra I/İMK md. 28/a fıkra I). Doçentlik Tezi. Marmara Üniversitesi, s.50; Çilingiroğlu, (1993), s.39

³⁰¹6771 sayılı Kanun ile Değişik Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 17863, 09 Kasım 1982 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)

Hüküm uyarınca devlet, kanuni düzenlemelerle koruma altına almış olduğu yaşam hakkını korumak ve geliştirmek adına da gerekli tedbirleri almalıdır.³⁰²

TMK'nın 24/1³⁰³ maddesi, kişinin yaşama hakkına müdahale eden eylemlere karşı korunma yollarına; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun³⁰⁴ ("TBK") 49-56. madde hükümleri, hakların ihlalinde ortaya çıkan zararların giderilmesi bakımından maddi ve manevi tazminata ilişkin düzenlemeler içermektedir. Ayrıca, TCK'nın 81. maddesi³⁰⁵ de yaşama hakkına gerçekleştirilen hukuka aykırı müdahaleleri hüküm altına almaktadır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin³⁰⁶ 6. madde hükmü her çocuğun temel yaşama hakkının bulunduğunu ve uluslararası sözleşmeye taraf devletlerin çocuğun yaşama hakkının korunması ve geliştirilmesi için mümkün olan çabayı göstermesi gerektiğini hüküm altına almıştır.³⁰⁷

Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi nedenlerle ayırt etme gücünden yoksun olanların yaşama hakkının ulusal ve uluslararası düzenlemelerle koruma altına alınarak koruyucu tedbirlerle etkili biçimde geliştirilmesi ve bu kişiler adına alınan tıbbi kararlarda özerklik hakkının korunması gerekliliği de belirtilmiştir.³⁰⁸

³⁰²Akad, M. ve Dinçkol, A. (2007) *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul: Der Yayınları, s.157

³⁰³TMK'nın 24/1 maddesi, "*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*" hükmünü içermektedir.

³⁰⁴6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 27836, 11 Ocak 2011 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)

³⁰⁵TCK'nın 81. maddesi "*Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*" hükmünü içermektedir.

³⁰⁶Çocuk Hakları Sözleşmesi, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.meb.k12.tr> (Erişim Tarihi: 28.11.2021)

³⁰⁷Öncel, Ö. (2006) *Etik Bildirgelerin Hasta Çocuğa Bakışı*, Termal Dönemde Çocuk: Etik Sorunlar, İstanbul, s.58

³⁰⁸Tacir, (2011), ss.108-110

3.1.2.Sağlık Hakkı

Sağlık; yaşayan bir organizmada denge bulunması halidir.³⁰⁹ Yaşama hakkı gibi sağlık hakkı da hukuk düzenlemeleriyle koruma altına alınmıştır. Belirtmek gerekir ki; yaşama hakkı olan bir insanın aynı zamanda sağlık hakkı da bulunmaktadır.³¹⁰

Sağlık hakkı, Anayasa'nın temel haklarına ilişkin 3. bölüm 56. madde hükmünde yer almakta olup, hükümde herkesin dengeli ve sağlıklı çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu, devletin de herkesin beden ve ruh sağlığı içerisinde hayatını sürdürmek adına elzem koşulları oluşturarak hizmet sunması gerektiği düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesinde, devletin sosyal yardıma ve sağlığa yönelik kurum ve kuruluşları oluşturması gerektiği belirtilmiştir. Aynı zamanda, özel kesimine yönelik de destekleyici çalışmalar gerçekleştirmesi gerektiği ifade edilmiştir.³¹¹ Devletin, bu kurumların amacına uygun çalışmalarını da denetlemek ile yükümlü olduğu belirtilmiştir.³¹²

SHSHK'nın "Terimler" başlıklı 2. maddesinde sağlık aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

"Sağlık, yalnız hastalık veya maluliyetin yokluğu olmayıp, beden, ruhen ve sosyal bakımından tam iyilik halidir."

Sağlık kavramı, ruhsal sağlığı da içerisinde barındırmaktadır. Sağlığın kişilik hakları içerisinde yer alması sebebiyle kişinin ruhsal ve bedensel bütünlüğünü zarara uğratabilecek olan girişimler sağlık hakkına müdahale niteliğindedir.³¹³

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesine göre; çocuklara, en iyi sağlık, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşların yardımından faydalanma

³⁰⁹Demirhan Erdemir, A. ve Elçioğlu, Ö. (2000) *Tıp Etiği Işığında Hasta ve Hekim Hakları*, Ankara: Türkiye Klinikleri Yayınevi, s.42

³¹⁰Çilingiroğlu, (1993), s.40; Arpacı, (2000), s.111

³¹¹Akad ve Dinçkol, (2007), s.388

³¹²Akad ve Dinçkol, (2007), s.388

³¹³Yenerer Çakmut, (2010), s.50

imkanının sağlanması gerekliliği savunulmuştur.³¹⁴ Aynı zamanda, bu sağlık hizmetlerinin de sürekli, herkes için eşit, ulaşılabilir, maddi, insani, finansman kaynaklarından bağımsız ve toplumsal nitelikte olması gerekmektedir.³¹⁵

Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi nedenlerle ayırt etme gücünden yoksun olanların da irade ve menfaatlerine en uygun, sürekli, eşit şekilde ulaşılabilir niteliklere sahip tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanabilmesi gerekliliği belirtilmiştir. Ayrıca, ayırt etme gücünden yoksun olanların sağlık hakları, ulusal ve uluslararası düzenlemelerle koruma altına alınarak koruyucu tedbirlerle etkili biçimde geliştirilmesi ve bu kişiler adına alınan tıbbi kararlarda sağlık hakkı bakımından da özerklik hakkının korunması gerekliliği de belirtilmiştir.

3.1.3. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Vücut bütünlüğü hakkı, yaşama hakkının uzantısı niteliğindedir. Bu hak, kanuni düzenlemeler ile koruma altına alınan kişilik değerleri arasındadır. Vücut bütünlüğü hakkı, üzerinde tasarrufta bulunulamayacak olan kişilik değerleri arasındadır.³¹⁶ Öğretide, kişinin vücut bütünlüğü üzerinde sınırsız bir tasarruf yetkisinin bulunmadığı ağırlıklı görüştür.³¹⁷ Kişinin beden ve ruh sağlığına yönelik vücut bütünlüğüne ilişkin ihlaller zarar doğurur.³¹⁸ Bu sebeple, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen müdahalenin kişilik hakları ile bağdaşan, kişiliğe zarar vermeyen ve kişilik hakkını korumaya yönelik nitelikte olması gerekmektedir.³¹⁹ Vücut bütünlüğüne ilişkin tıbbi müdahalenin hukuka uygun nitelikte olabilmesi, gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin mahiyetine bağlı olmaktadır.³²⁰ Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kangren olan kolunun kanuni temsilcisinin rızası üzerine hekim tarafından kesilmesi hukuka uygun tıbbi müdahale iken bu işlemin

³¹⁴Öncel, (2006), s.58

³¹⁵Ateş, (2010), s.52

³¹⁶Helvacı, (2001), s.51; Yenerer Çakmut, (2010), s.50

³¹⁷Erman, (2003), s.134

³¹⁸Çilingiroğlu, (1993), s.41

³¹⁹Ayiter, N. (1968) *Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXV, S.1-2, s.141

³²⁰Ateş, (2010), ss.52-53

herhangi bir sebep olmaksızın gerçekleştirilmesi hukuka uygun nitelikteki tıbbi müdahalelerden değildir.³²¹

3.2.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Tıbbi Müdahaleye Rızanın Hukuka Uygunluk Koşulları

3.2.1.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Rıza Ehliyeti Şartının Değerlendirilmesi

3.2.1.1.Genel Olarak

Hastanın vücudu üzerinde sahip olduğu haklar, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilmesi öngörülen tıbbi müdahalenin yalnızca hasta rızası ile gerçekleştirilebileceğini zorunlu kılmaktadır.³²² Bu bakımdan, rıza verme hak ve yetkisi, rızanın verileceği hakkın sahibine aittir. Dolayısıyla, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olan hastanın³²³ tıbbi müdahaleye rıza ehliyetinin varlığından bahsedilebilecektir.

Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olan hastanın, bilincinin kapanması gibi sebeplerle ayırt etme gücünden yoksun hale gelmesi durumunda tıbbi müdahaleye rızanın hasta yakınlarından alınması gerekebilir. Ameliyatın genişletilmesi gibi istisna durumlar hariç olmak üzere, hasta dışında diğer kimselerin rızası, hukuka aykırı ve hukuksal değer taşımayan nitelikte olacaktır.³²⁴ Hukuken önemli olan unsur, hasta rızasının varlığıdır.³²⁵ Ayrıca, bir kimsenin rıza yetkisini devretmesi hukuken mümkün değildir.³²⁶

³²¹Erman, (2003), s.134

³²²Hakeri, (2021), s.288

³²³Bir kimse razı olmaya karar verme yetkisini bir başkasına devredemezken, rıza verip vermemeye ilişkin kararını bir başkası aracılığı ile ilgililere bildirebilecektir.

³²⁴Yargıtay 13. HD. E.2007/16810, K.2007/1248, T.05.02.2007, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 02.12.2021)

³²⁵Hakeri, (2021), s.383

³²⁶Hakeri, (2021), s.393

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri de rızanın kullanılacağı hakkın sahibinin rıza verme yetkisinin bulunmasıdır.³²⁷ Hekimin gerçekleştireceği tıbbi girişim ve müdahaleleri anlamlandırması, yorumlaması ve tıbbi müdahaleyi kabul etmesi hasta açısından rıza ehliyeti olarak tanımlanmaktadır.³²⁸

Gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale bakımından rıza ehliyetinin tespitinde göz önünde bulundurulması gereken noktalar; müdahalenin yöneldiği hukuksal yararın önemi ve değerini kavramak, rıza açıklamasının anlamını ve sonuçlarını öngörmek, rıza ile hedeflenen sonuca ulaşırken hangi seçeneğin daha uygun olacağı kanaatine varmak gibi yeteneklerin varlığıdır. Belirtilen yeteneklerin bulunmaması halinde, bu kişilerin tıbbi müdahaleye rıza göstermek bakımından ehliyetsiz olduğu belirtilebilecektir.³²⁹ Gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin ağırlığı ve tedavi seçeneklerinin fazla olması halinde rıza yeteneğine ilişkin değerlendirmelerde daha dikkatli ve özenli davranılmalıdır.³³⁰ Bunun haricinde basit tıbbi müdahalelerde ise rıza ehliyetinin tespitinde daha esnek olunabilir.³³¹ Bu nedenle, küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi nedenlerle ayırt etme gücünden yoksun olanların tıbbi müdahaleye rıza bakımından ehliyetsiz olmaları halinde rızanın tespiti önem taşımaktadır.

Öğretideki ağırlıklı görüş, tıbbi müdahaleye rızanın, temsilin geçerli olduğu nisbî anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu yönündedir.³³² Burada belirtilen temsil, kanuni temsildir. Fakat, kanuni temsilci, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilecek olduğu kişinin rızasını, bu kişinin yerine geçmek suretiyle açıklamamaktadır, temsil edeceği küçük yahut kısıtlının maruz kalacağı tıbbi müdahaleye ilişkin olarak kendi iradesini açıklamaktadır.³³³ Kanuni temsilcinin temsil yetkisi doğrudan kanundan ileri geldiğinden³³⁴ tıbbi müdahaleye rıza bakımından kanuni temsil kabul edilmektedir.³³⁵

³²⁷Erman, (2003), s.80

³²⁸Bayraktar, (1972), s.130

³²⁹Erman, (2003), s.80

³³⁰Ateş, (2010), s.19

³³¹Hakeri, (2007), s.152

³³²Helvacı, (2012), s.82

³³³Badur, E. (2017) *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s.85

³³⁴Akıpek, Akıntürk ve Ateş, (2021), s.306

³³⁵Çakal, (2018), s.104

Türk hukuk düzenlemeleri uyarınca, tıbbi müdahaleye rıza bakımından kanuni temsilin varlığı kabul edilmektedir. Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun olan yetişkin hastanın vücudunda kanserli hücrelerin diğer organlara yayılması durumunda kanuni temsilcinin rızası ile tıbbi müdahalenin gerçekleştirilememesi bu kişinin çıkarlarına ters düşecektir³³⁶ ve ölümüne sebep olacaktır. Buna karşılık, hukuk düzenlemelerimizde tıbbi müdahale açısından tıbbi müdahale gerçekleştirilecek olan kişinin iradi temsilci atamasının kabul edilmediğini belirtmek gerekir.

Temsil ilişkisinde hukuki işlemi bir başkası namına gerçekleştiren kişi temsilci, temsilcinin namına hareket ettiği kişi, temsil olunan ve temsilcinin kendisiyle hukuki işlem gerçekleştirdiği kişi ise, üçüncü kişi olarak adlandırılmaktadır.³³⁷ Hukuki işlemin temsilci ve üçüncü kişi arasında gerçekleştirilmesine rağmen bu işlemde doğan hukuki sonuçlar temsil olunanın nam ve hesabına doğmaktadır.³³⁸

Temsil; TBK'nın 40/3. maddesi³³⁹ uyarınca, hukuki işlemin önce temsilci nam ve hesabına kurulmasının akabinde bu işlemlerin temsil olunan kişiye başka bir hukuki işlem vasıtası ile nakledilmesini ifade eden dolaylı temsil³⁴⁰ ve TBK'nın 40/1. maddesi³⁴¹ uyarınca hukuki işlemin sonuçlarının doğrudan temsil olunan nam ve hesabına sonuç doğurmasını ifade eden doğrudan temsil³⁴² olarak ikiye ayrılmaktadır. Temsil, kural olarak, doğrudan temsili belirtmektedir.³⁴³ Doğrudan temsilin varlığından söz edilebilmesi için aranan bir diğer şart ise temsilcinin temsil yetkisine sahip olmasıdır.³⁴⁴

Bir kişinin diğer bir kişi namına hukuki işlem gerçekleştirme yetkisi, temsil olunan rızasına dayanıyor ise iradi temsil yetkisi, temsil olunanın iradesi dışında

³³⁶ Özbilen, A. B. (2011). *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.279

³³⁷ Demir, B. (2015) *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, s.273

³³⁸ Demir, (2015), s.251

³³⁹ TBK'nın 40/3. maddesi; "*Diğer durumlarda alacağın devri veya borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler uygulanır.*" hükmünü içermektedir.

³⁴⁰ Antalya, O. G. (2013) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Beta Yayınları İstanbul, s.371

³⁴¹ TBK'nın 40/1. maddesi; "*Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar.*" hükmünü içermektedir.

³⁴² Demir, (2015), s.251

³⁴³ Oğuzman, K. ve Öz, T. (2013) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.I, 11. Baskı, İstanbul, s.220

³⁴⁴ Oğuzman ve Öz, (2013), s.221

varlığını kazanıyor ise bu halde kanuni temsil yetkisi olarak adlandırılmaktadır. Velinin, velayetine sahip olduğu kişiyi temsil yetkisi gibi bazı durumlarda temsil yetkisi doğrudan kanundan doğmaktadır. Vasinin ve kayyımın temsil yetkileri gibi bazı durumlarda ise kanunun temsilci atama yetkisi tanınmasıyla atanan temsilci kanunen yetkili kılınmaktadır.

TŞSTİDK'nın 70. maddesinde hekimlerin uygulayacakları her türlü tıbbi müdahale bakımından hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde, veli ya da vasisinin öncelikli olarak muvafakatının alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır. HHY'nin 26. maddesi uyarınca kanuni temsilcilerin hasta adına muvafakat göstermiş olmaları halinin yeterli olduğu halde dahi, imkanlar dahilinde, küçük ve kısıtlı olan hastanın da dinlenmesini ve tıbbi müdahalenin aşamalarına katılması öngörülmüştür. Fakat, tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücünden yoksunluk halinin var olması durumunda mümkün değilse, bu kişilerin tıbbi müdahale aşamalarına katılımı, istisnai durumlar haricinde, beklenemeyecektir.

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim, hastasının anlama yeteneğinin derecesi, yaş, fiziksel ve ruhsal hal, kültürel yapı, milliyet gibi çeşitli unsurlar çerçevesinde hastanın rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığını tespit etmekle görevlidir.³⁴⁵ Değerlendirme aşamalarında hekimin şüpheye düşmesi halinde, tıbbi müdahalede bulunulması da acil olmadığında, hekim, kanuni temsilcinin onayını almalıdır.³⁴⁶ Bu bakımdan, ayırt etme gücünden yoksun olanlarda acil tıbbi müdahalenin gerekmediği hallerde hekimin, bu kimselerin kanuni temsilcilerinin rızasını alması bir gerekliliktir.

3.2.1.1. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Küçüklerin Rıza Ehliyeti

Henüz reşit olmayan, ergenlik döneminde bulunan çocukların yeterli tecrübe, sorumluluk ve deneyime sahip bulunmaması, duygularının sürekli değişebilmesi, değerlendirme ve anlamalarının güç olması gibi sebeplerle çocuklarda rıza ehliyeti,

³⁴⁵Ateş, (2010), s.20

³⁴⁶Ateş, (2010), s.20

öğreti ve uygulamada tartışmalara yol açmaktadır.³⁴⁷ Tıbbi uygulamada, on iki (12) yaşından küçüklerin tıbbi kararlar verme bakımından ehil oldukları genellikle düşünülmemektedir, hukuken ve tıbben rıza vermesine müsaade edilmemektedir.³⁴⁸

Yaşı küçüklerin tıbbi müdahaleye rızasında ehliyet bakımından öğretilen kabul gören görüş; kesin ve genel herhangi bir yaş sınırının belirlenmesi değil, somut olayın niteliklerine göre rıza ehliyetinin tespit edilmesi gerektiği yönündedir.³⁴⁹ Çocuğun karar anındaki yaşı, yeteneği, eğitim düzeyi, tecrübeleri, tutum ve sergilediği davranışlarına göre tıbbi müdahalenin niteliği, rizikosu, neticesi gibi konuları kavrama yeteneğinin bulunmadığı kanaatine varılırsa, bu halde çocuğun tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadığı kabulü gerekmektedir.³⁵⁰

Tıbbi müdahalelerin, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler üzerine uygulanacak olması halinde kanuni temsilcinin rızası gerekli ve yeterli olacaktır. Çünkü, ayırt etme gücünden yoksun olan küçükler, tıbbi müdahaleye rıza göstermek bakımından ehliyetsizdirler. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin³⁵¹ ("İHBS") 6. maddesinde rıza verme bakımından ehliyetli olmayan küçükler ile ilgili düzenleme getirilerek sadece (ehliyetsiz hastanın) doğrudan yararı kıstas olarak getirilmiştir.

İHBS'nin 6. maddesinin devamında ise şu şekilde ayırt etme gücünden yoksun bulunan küçüğe gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin sınırları şu şekilde çizilmiştir:

"Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir."

³⁴⁷Hakeri, (2021), s.400

³⁴⁸Hakeri, (2021), s.400

³⁴⁹Erman, (2003), s.84

³⁵⁰Hakeri, (2021), s.400

³⁵¹ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 25439, 20 Nisan 2004 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2021)

3.2.1.1.1. Anne ve Babanın Evli Olması

Küçüğün kanuni temsilcileri, TMK'nın 366. maddesi³⁵² uyarınca, kural olarak anne ve babadır. TMK'nın 342/1. madde³⁵³ hükmü uyarınca anne ve babanın hayatta ve evli olmaları durumunda, anne ve babanın velayet hakkını ortak kullanıyor olmaları dolayısıyla, tıbbi müdahale bakımından rızanın da her ikisi tarafından verilmesi gerekmektedir. Fakat, uygulamaya bakıldığında, hükme sıkı şekilde bağlı hareket edilmesi sorun yaratabileceğinden, TMK'nın 342/2. maddesi³⁵⁴ doğrultusunda, küçüğün kanuni temsilcilerinden yalnız birinin hazır olması halinde hazır olan kanuni temsilcinin ifadesinden de diğer kanuni temsilcinin rızasının olduğunun anlaşıldığı durumlarda, bunun belgelendirilmesinin, tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti bakımından yeterli olacağına kabulüyle hareket edildiği görülecektir. Önemle belirtmek gerekir ki; rizikonun fazla olduğu ciddi nitelikte sayılabilecek tıbbi müdahalelerde ise olabildiğinde her iki kanuni temsilci rızasının da bizzat alınmasında fayda olacaktır.³⁵⁵

Küçüğe yapılan aşı sonucunda çocuğun felç olduğu dava konusu olayda küçüğün ailesi, küçüğü, muayeneye yalnızca annenin getirdiği, haliyle babanın rızasının alınmadığı gerekçesiyle hekimin gerçekleştirmiş olduğu tıbbi müdahalenin hukuka uygun nitelikte olmayacağı iddiasında bulunmuştur. Kararı veren mahkeme, aslen çocuğun anne ve babasının müştereken rızalarının alınması gerektiğini, fakat rutin olarak nitelendirilen tıbbi müdahaleler bakımından aksinin kabul edilmesini gerektirecek bulgular olmadığı takdirde diğer velinin onayına gerek olmadığını, tıbbi müdahalede bulunulması için küçüğü hastaneye getiren velinin, diğer veli rızasını temsil ettiğinin kabulünün mümkün olabileceğine karar vermiştir.³⁵⁶

³⁵²TMK'nın 366. maddesi; “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.” hükmünü içermektedir.

³⁵³TMK'nın 342/1. maddesi; “Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler.” hükmünü içermektedir.

³⁵⁴TMK'nın 342/2. maddesi; “İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler.” hükmünü içermektedir.

³⁵⁵Gülel, (2017), s.87

³⁵⁶Hakeri, (2021), s.158

3.2.1.1.2. Anne ve Babanın Hiç Evlenmemiş Olması

Ayırt etme gücünden yoksun olan küçüğün anne ve babasının hiç evlenmemiş olması halinde ise velayet hakkı, TMK'nın 337'nci madde³⁵⁷ hükmü uyarınca anneye ait olacaktır. Hâkim, annenin küçük,³⁵⁸ kısıtlı yahut ölmüş veya velayetin anneden alınmış olması durumlarında da çocuğun menfaatine göre velayeti hukuken soy bağı³⁵⁹ kurulan babaya vermek yahut vasi atamak suretiyle karar verebilecektir.

Yargıtay 2. HD. E.2016/15771, K.2017/1737, T.20.02.2017 kararında³⁶⁰ Türk hukuk sisteminde ortak velayetin uygulanabileceğine oybirliği ile aşağıdaki şekilde karar verilmiştir:

“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 Resmî 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,

³⁵⁷TMK'nın 337. maddesi; “Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir.” hükmünü içermektedir.

³⁵⁸Şenocak, (1998), s.71

³⁵⁹Soybağı, TMK'nın 301. madde hükmü uyarınca babalığa “hüküm” yahut TMK'nın 295. madde hükmü uyarınca “tanıma” ile hukuken tesis edilmektedir.

³⁶⁰Yargıtay 2. HD. E.2016/15771, K.2017/1737, T.20.02.2017, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 16.12.2021)

istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”

Ayırt etme gücünden yoksun olan küçüğün tıbbi müdahalesine rıza verilirken anne ve babanın aslen müşterek olarak karar almaları gerekmektedir. Anne ve babanın tıbbi müdahaleye rıza bakımından fikir ayrılıkları yaşamaları halinde ise uyuşmazlığın hâkim kararı alınarak çözüme ulaştırılması gerekliliği belirtilmiştir.³⁶¹

3.2.1.1.3.Diğer Durumlar

Küçüğün anne yahut babasından yalnızca birinin yaşıyor olması halinde hayattaki anne ya da baba, küçüğün kanuni temsilcisidir. Küçüğün anne ve babasının boşanmaları halinde ise, velayet hakkı kendisine verilen kanuni temsilcinin rızası geçerli kabul edilecektir. Küçüğün herhangi bir sebeple anne ve babasının olmaması durumunda ise vasinin, vasinin de bulunmaması halinde küçükten sorumlu olan kişinin rızası geçerli kabul edilecektir. Önemli nitelikteki tıbbi müdahalelerde ve özellikle yaşam sonu bakım ve tedavi konusunda çocukların menfaatlerinin korunması adına TMK'nın 426. madde³⁶² hükmü uyarınca çocuk için bir kayyım atanması ve kayyımın kararına öncelik tanınması gerektiği belirtilmiştir.³⁶³

Kanuni temsilcinin, çocuk adına rıza yetkisini kullandığı durumlarda kanuni temsilcinin çocuğun sağlığını ve hayatını korunmak adına bu yetkiyi kullanması gerektiği tereddüt içermemektedir.³⁶⁴ Bu bakımdan objektif kriterler dikkate alınmalıdır.

³⁶¹Hakeri, (2021), s.408

³⁶² TMK'nın 426. maddesi; “*Vesayet makamu, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hâllerde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar:*

1.Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse,

2.Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa,

3.Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa.” hükmünü içermektedir.

³⁶³Özsunay, (1983), s.552

³⁶⁴Hakeri, (2021), s.420

TMK'nın "*Hak Ehliyeti*" başlıklı 348. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir."

Yargıtay 2. HD. K.2017/7, T.09.01.2017 kararında³⁶⁵ çocuğun hayatının ve sağlığının korunmasına yönelik olarak kanuni temsil yetkisinin kullanılması gerekliliği üzerinde durularak şu şekilde karar verilmiştir:

"Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konudaki üstün yararı belirlenirken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verilebilecekti ise çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır."

3.2.1.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Yetişkinlerin Rıza Ehliyeti

Tam ehliyetsiz olarak adlandırılan ayırt etme gücünden yoksun olan yetişkinlerin tıbbi müdahaleye rıza ehliyetinden söz edilemeyeceğinden bu kişilerin rızasının nasıl sağlanacağı önem taşımaktadır.

Ayırt etme gücünden yoksun olanlar, TMK'nın 15. madde³⁶⁶ hükmü uyarınca tam ehliyetsizdir ve bu kişilerin eylemlerinin hukuki anlamda sonuç doğurmayacağı genel kuraldır. Ayırt etme gücünden yoksunluk halinin süreklilik taşıması halinde, kanuni temsilcisinin de bulunmaması durumunda, TMK'nın 396. maddesi uyarınca hakkında kısıtlama kararı verilerek kendisine kanuni temsilci atanmaktadır.

³⁶⁵ Yargıtay 2. HD. K.2017/7, T.09.01.2017, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 04.12.2021); Kanuni temsilci kararının ayırt etme gücünden yoksun olanın yararına aykırı olması (örneğin hayati bir tıbbi müdahaleye ya da aşıya izin vermemesi vb.) durumları çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde incelenmiştir.

³⁶⁶TMK'nın 15. maddesi; "*Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin filleri hukuki sonuç doğurmaz.*" hükmünü içermektedir.

Vasi, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi tarafından ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin hak ve menfaatlerini korumak ve bu nitelikteki kimseyi üçüncü kişi karşısında temsil etmek amacıyla yetkili ve görevli kılınmış kimsedir. Ayırt etme gücünden yoksun olan hastaya gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalelere gösterilecek olan rıza da bir hukuki işlem mahiyetinde olduğundan, tıbbi müdahaleye rıza, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın vasisi tarafından açıklanacaktır.

Nitekim, İHBS'nin 6/3. maddesinde³⁶⁷ şu şekilde kural getirilmiştir:

“Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır.”

Vasi, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisi olduğundan, ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin menfaatine uygun olarak işlem ve eylemlerini gerçekleştirmelidir. Nitekim, vasinin, tıbbi müdahalenin gerekli olup olmamasını, risklerini ve yararlarını değerlendirerek ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin sağlığına yönelik verilen rıza iradesine geçerlilik tanınacaktır. Bu durum, kanuni temsilci olan vasi bakımından hem bir zorunluluktur hem de kamu görevinin bir gereğidir.³⁶⁸

TMK'nın 405. maddesi uyarınca ayırt etme gücünden yoksunluk sebebiyle vesayet altına alınmış olan erginlere gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalelerde asıl

³⁶⁷ Sözleşme'nin “küçükler ve fiil ehliyeti olmayan büyükler” bakımından muhakkak kanuni temsilcisinin, yetkili kişi veya makam onayını gerekli kılan 6. maddesi ile TŞSTİDK'nın “Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.” hükmünü içeren 70. maddesi uyumlu olmadığından Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca sözleşmeye üstünlük tanınması sureti ile acil durumların var olmadığı hallerde kişiye önce TMK uyarınca vasi tayin edilmesi, ardından vesayet makamı izni ve vasi muvafakati ile hastaya tıbbi müdahalede bulunulması gerekmektedir.

³⁶⁸ Gülel, (2017), s.98

olan kanuni temsilcinin (vasi) rızasının alınmasıdır.³⁶⁹ Ancak, TMK'nın 397/1. madde³⁷⁰ hükmü uyarınca yaşam sonu bakım ve tedavi bakımından verilecek rızada sadece kanuni temsilci kararı yeterli olmamaktadır, ayrıca vesayet makamlarının onayının alınması da gerekmektedir.³⁷¹

Belirtmek gerekir ki; ayırt etme gücünden yoksun olan yetişkine gerçekleştirilmesi öngörülen tıbbi müdahalenin devamlı bir hukuki ilişkiyi yahut tıbbi müdahale sözleşmesinin akdedilmesini zorunlu kılıyorsa, bu halde, hâkim izni gerektiren nitelikte borç doğurucu işlem olması dolayısıyla, TMK'nın 462/13. maddesi³⁷² uyarınca, kanuni temsilcinin, sözleşmeye rıza vermesinin öncesinde vesayet makamı olan sulh hukuk hakiminin izninin alınması gerekmektedir.³⁷³ Bu bakımdan, kanun hükmü ile, ayırt etme gücünden yoksun olan kısıtlı kimsenin menfaatlerini korumak amacıyla, kanuni temsilcinin rıza verebilmesi için, vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kuruluşuna yerleştirilmesi için vesayet makamının iznini alma şartının da sağlanması gerektiği düzenlenmiştir.

Acil hallerde, iznin tıbbi müdahale öncesinde alınması mümkün olmaz ise sonradan onay verilerek de izin alınabilecektir. Bu halde, sözleşme askıda hükümsüz olacağından hâkimin sonradan onay vermesi ile baştan itibaren geçerli olacaktır. TMK'nın 451/2. madde hükmüne kıyasen, vasinin tıbbi müdahale bakımından onay alınması için hâkime başvurmadığı hallerde, tıbbi müdahalede bulunan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun sözleşmenin onaylanması bakımından hâkime başvurabileceğinin kabulü gerekmektedir.³⁷⁴ Hâkimin onay vermemesi halinde, tıbbi müdahale gerçekleştiren yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, sözleşme ile bağlı olmayacağından TMK'nın 452. madde hükmü uyarınca harcamaları ayırt etme gücünden yoksun olan hastadan geri isteyebilecektir.³⁷⁵

³⁶⁹Hakeri, (2021), s.413

³⁷⁰TMK'nın 397/1. maddesi; “*Kamu vesayeti, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütülür.*” hükmünü içermektedir.

³⁷¹Özsunay, (1983), s.552

³⁷²TMK'nın 462/13. maddesi; “*13.Vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi*” hükmünü içermektedir.

³⁷³Gülel, (2017), s.88

³⁷⁴Gülel, (2017), s.88

³⁷⁵TMK'nın 452. maddesi; “*Vasinin onamadığı işlemlerde taraflardan her biri verdiği geri isteyebilir. Ancak, vesayet altındaki kişi, sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu*

Psikiyatrik sorunları bulunan kişilerin doğrudan rıza ehliyetinin bulunmadığı söylenemeyecektir.³⁷⁶ Örneğin, şizofreni hastasının soğuk algınlığı tedavisi için tıbbi müdahale talebinde bulunduğu hallerde, somut olayın özelliklerine göre basit nitelikteki tıbbi müdahale ve girişime ilişkin rıza ehliyeti bulunduğu kanaatine varılırsa bu halde kanuni temsilci rızası aranmayacaktır.³⁷⁷ Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın gerçekleştirilmesi öngörülen tıbbi müdahaleye yönelik ayırt etme gücünün var olup olmadığının tespitinde kanuni temsilci kanaatinden de yararlanılabilecektir.

3.2.1.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlarda Kanuni Temsilci Rızasına İlişkin Görüşler

Öğretide yer alan bir görüş uyarınca, ayırt etme gücünden yoksun olanlar bakımından tıbbi müdahaleye kanuni temsilci tarafından rıza gösterilebilmesi, bu kişinin kanuni temsilci tarafından temsil edildiği anlamını taşımamaktadır. Kanuni temsilci tarafından tıbbi müdahaleye gösterilen rıza, yalnızca gerçekleştirilmesi öngörülen tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir.³⁷⁸ Fakat, bu halde hukuka aykırılık durumunun kanuni temsilci tarafından hukuka uygun hale getirilebilmesi için tıbbi müdahalenin ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin üstün nitelikteki özel yararına uygun olması gerekmektedir.³⁷⁹ Bir diğer görüşe göre, tıbbi müdahaleye kanuni temsilcinin rızası, ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin rızası yerine geçemeyecektir ve bu halde hukuka uygunluk sağlayan unsur varsayılan rıza olacaktır.³⁸⁰ Bir diğer görüş, kanuni temsilcinin hasta rızasını araştırması akabinde karar verilmesinin menfaat dengesi açısından daha doğru olacağı, fakat ayırt etme

miktarla sorumludur. Vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur.” hükmünü içermektedir.

³⁷⁶Hakeri, (2021), s.394

³⁷⁷Hakeri, (2021), s.394

³⁷⁸Oktay 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.1326

³⁷⁹Çilingiroğlu, (1983), s.55

³⁸⁰ Kahrman, Z. (2016) *Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.1, s.480

gücünden yoksun olan kişinin üstün nitelikteki özel yararının tespitinin mümkün olması halinde rıza aranmasına gerek olmayacağı yönündedir.³⁸¹

Kanaatimiz, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi bakımından göz önünde tutulması gerekenin ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin menfaatini korumak olduğu yönündedir. Ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilmesi öngörülen tıbbi müdahale, kanuni temsilcinin rızasıyla hukuka uygun nitelik taşımaktadır, fakat bu kişilere gerçekleştirilecek tıbbi müdahalede, ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin üstün nitelikteki özel yararı tespit edilebilir ise bu halde hekimin müdahaleyi gerçekleştirirken bu iradeyi de dikkate alması gerektiği belirtilmektedir. Büyük bir yangın felaketinin sonrasında akıl hastalığı ortaya çıkan hastanın, yaşadığı olay dolayısıyla oluşan ve kendisine olayı hatırlatan yarasına yönelik tıbbi müdahaleler örnek olarak verilebilir. Bu durumda, hastaya gerçekleştirilmesi öngörülen tıbbi müdahalenin yararının görünürlüğünü ortadan kaldırmaya yönelik olması halinde, kanuni temsilci tedavi amacına yönelik olmadığı gerekçesi ile rıza vermediği hallerde ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın üstün nitelikte özel yararından bahsedilebilecektir. Bu durumda, tıbbi müdahale uygulayacak olan sağlık mesleği mensubunun bu iradeyi de dikkate alması gerekmektedir.

3.2.2.Kanuni Temsilcinin ve Mümkün ise Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Hastanın Aydınlatılmış Olması

3.2.2.1.Genel Olarak

Aydınlatma ve rıza aynı zamanda tıp etiğinin de bir gerekliliğidir.³⁸² Nitekim, kanuni temsilci serbest iradesi ile ayırt etme gücünden yoksun olan hasta menfaatine uygun düşecek nitelikte en doğru karar vermektedir. Kanuni temsilci, bu noktada kısmen özerktir.³⁸³ Aynı zamanda aydınlatma, kanuni temsilci için hastanın bireysel

³⁸¹Kahraman, (2016), s.488

³⁸²Hakeri, (2021), s.288

³⁸³Hakeri, (2021), s.288

hak ve özgürlüklerini onun menfaatine kullanabilmesi ve hastanın da kendi değer yargılarına uygun hareket edebilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Yargıtay 13. HD. E.2018/25663, K.2018/7615, T.04.07.2018 kararında³⁸⁴ aşağıdaki şekilde rızanın tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatılmanın gerçekleştirilmesi ile hukuka uygun hale geleceğine aşağıdaki şekilde yer verilmiştir:

“Aydınlatılması suretiyle mümkün olur. Sadece rıza alınması yeterli değildir. Muvafakatname başlığı altında dosyaya sunulan belge, gerekli aydınlatmayı içermediği gibi, yalnızca rıza mahiyetindedir. O halde, mahkemece, açıklanan hususlar değerlendirilerek, davacı lehine maddi tazminata da hükmedilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirmeye yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

Serbest iradeden bahsedilebilmesi için kanuni temsilcinin vereceği rızanın, rıza gösterilecek olan tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları üzerinde tam ve doğru şekilde bilgilendirilmesinin akabinde verilmesi gerekmektedir. Aydınlatılmış onam; riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde anlaşılmasının ardından tıbbi tedavinin, uygulamanın hasta tarafından gönüllü olarak kabulü şeklinde tanımlanmaktadır.³⁸⁵ Aydınlatmanın amacı; tıbbi müdahale ve tıbbi müdahalenin uygulanması bakımından verilecek olan rızanın niteliği, ehemmiyeti, kapsamı konularında genel olarak kanuni temsilcinin bilgi sahibi olmasıdır.³⁸⁶ Böylelikle tıbbi müdahaleye rıza gösterirken kanuni temsilci tıbbi müdahalenin olumlu ve olumsuz yanları açısından düşünebilir ve ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin menfaatine en uygun düşecek nitelikte karar verebilir hale gelecektir. Sağlık mesleği mensubu, kanuni temsilciyi tedavi imkanlarından haberdar edecek; hasta adına ve

³⁸⁴ Yargıtay 13. HD. E.2018/25663, K.2018/7615, T.04.07.2018, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 04.12.2021)

³⁸⁵ Hakeri, (2007), s.103

³⁸⁶ Ateş, (2010), s.27

menfaatine hareket eden kanuni temsilci ise tedavi imkanlarından yoksunluk ve yanlış ilaç kullanımını kabul gibi zarar risklerinden uzaklaşacaktır.³⁸⁷

Aydınlatmanın bir diğer amacı; hekim, ayırt etme gücünden yoksun hasta ve kanuni temsilcisi arasındaki iş birliğidir.³⁸⁸ Hekim, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak yapacağı aydınlatmada ayırt etme gücünden yoksun hasta ve kanuni temsilcisinin bilgisi, psikolojisi ve eğitim düzeyini dikkate alarak anlayabileceği üslup ve dil ile hastanın genel ve soyut özelliklerini dikkate alarak aydınlatmada bulunmalıdır.³⁸⁹ Bu şekilde, kanuni temsilciye yapılan aydınlatma neticesinde sağlıklı karar verme iradesi oluşacaktır.

Anayasa'nın "Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı" başlıklı 17/1. maddesinde herkesin vücut bütünlüğü, geleceği hakkında karar vermesinin kendi düşüncesine bağlı ve hakkı olduğu şu şekilde düzenlenmiştir:

"Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

Herkesin, tıbbi müdahale gerektiren bir durumun meydana gelmesi halinde, hekim yardımından yararlanma ya da hastalığın akıbeti hakkında karar vermekte seçim hakkına sahip olduğu açıktır.³⁹⁰ Bu hakkın kullanımı, ayırt etme gücünden yoksun olanlarda kanuni temsilci aracılığıyla gerçekleştirilmektedir ve hastanın ayırt etme gücünden yoksun olması durumu gerekçe gösterilerek bu hak ihlal edilemeyecektir.

Hastanın, hekim tarafından aydınlatılmasına ilişkin hakkı ve hekimin aydınlatma yükümlülüğü, özel hükümlerde düzenleme alanı bulmuştur. TŞSTİDK'nın 70. maddesi, hekimin tıbbi müdahaleye rıza göstermeye yetkili olan kişinin rızasını almasının zorunlu olduğunu hüküm altına almaktadır. Rızanın geçerli olabilmesi için rızanın açıklanmasından önce tıbbi müdahalenin niteliği, kapsamı ve sonuçları

³⁸⁷Erman, (2003) s.102

³⁸⁸Hakeri, (2021), s.293

³⁸⁹Ateş, (2010), s.27

³⁹⁰Hakeri, (2007), s.104

hakkında rıza ehliyeti bulunmayan hastanın kanuni temsilcisinin aydınlatılması gerekmektedir.

TDT'nin 14/2 maddesinde şu şekildedir:

“Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gereklidir.”

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un³⁹¹ (“ODNK”) 7. maddesinde de hekime vericiyi aydınlatma yükümlülüğü getirilmiştir. 2827 sayılı NPHK'ya göre de gebeliğin sonlandırılması ya da kısırlaştırılma gibi tıbbi müdahaleler için ilgililerin rızası şarttır. Rıza açıklamasının öncesinde hekim tarafından gerçekleştirilecek olan aydınlatmanın niteliği ve içeriği ise Kanun'a dayanarak çıkarılan 83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü'nde³⁹² (“RTSHYDİT”) örnek izin belgesinde düzenlenmiştir.

Yargıtay 13. HD. E.2016/23372, K.2019/12469, T.12.12.2019 kararında³⁹³ açıklamalarımız doğrultusunda rızanın aydınlatılmış rıza olması, aydınlatılmış rızanın yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere belirli unsurları taşıması gerekliliği, ayırt etme gücünden yoksun olanlar bakımından gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış rızanın kanuni temsilci tarafından verilmesi gerekliliği şu şekilde belirtilmiştir:

“Rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt yapılacak işleme rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak

³⁹¹2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 2235, 28 Ağustos 2021 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2021)

³⁹²Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 18225, 18 Aralık 1983 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2021)

³⁹³Yargıtay 13. HD. E.2016/23372, K.2019/12469, T.12.12.2019, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 08.12.2021)

bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın ... 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. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır." düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır."

Avrupa Konseyi öncülüğünde imzalanmış olan ve Tıp Hukuku alanında hukuken bağlayıcılık taşıyan ilk uluslararası sözleşme İHBS olmaktadır. Sözleşme, 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ("TBMM") sunulmuş ve 2003 Tarihli ve 5013 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. Akabinde Sözleşme, 16 Mart 2004 tarihinde de onaylanmıştır. Sözleşme'nin 5. maddesi tıbbi müdahaleyi konu edinen sözleşmenin hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerekliliğini şu şekilde düzenlemiştir:

"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") de taraf devletlerin uygulanmasının uygun düşeceği kanaatinde olunan tıbbi müdahalenin öngörülebilir

neticeleri bakımından doktorun, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisine, tıbbi müdahale öncesinde bilgi vermelerini sağlayacak elzem düzenleyici önlemleri almak zorunda olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun olanlarda kanuni temsilcilerinin tıbbi müdahale öncesinde bilgilendirilmemesi halinde öngörülebilir mahiyette bir risk ya da tehlikenin ortaya çıkması durumunda ilgili devletin bilgi verilmemesi dolayısıyla sorumlu tutulması ihtimali söz konusu olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin 08.03.2018 Tarihli Menekşe Alkan/Mehmet Cemal Alkan bireysel başvuru kararı³⁹⁴ aşağıdaki şekildedir:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülükler, devlet tarafından, özel ya da kamu hastanelerine hastaların yaşamını koruyacak nitelikteki tedbirleri alma zorunluluğu getiren yasal ve düzenleyici çerçevenin konulmasını gerektirmektedir. Bu yükümlülük, hastaları, tıbbi müdahalelerin bu bağlamda meydana getirebileceği ağır sonuçlardan mümkün olduğunca koruma gerekliliğine dayanmaktadır. Böylelikle, taraf devletler, bu yükümlülük uyarınca, hekimlerin, uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin hastaların fiziksel bütünlüğüyle ilgili olarak meydana getirebileceği öngörülebilir sonuçlar hakkında sorgulanmaları ve hastalarını aydınlatarak, rıza göstermelerini sağlayacak şekilde kendilerini bu tıbbi müdahale hakkında önceden bilgilendirmeleri amacıyla gereken düzenleyici yasal tedbirleri almakla yükümlüdürler (Codarcea/Romanya, No. 31675/04, 2 Haziran 2009).”

Kıyasen ayırt etme gücünden yoksun olan hastaların kanuni temsilcilerinin ve mümkün ise kendilerinin aydınlatılmasına ilişkin yasal tedbirlerin alınması gerekmektedir.³⁹⁵

³⁹⁴AYM, *Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Kararı*, B. No. 2014/13327, 08.03.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 27.11.2021)

³⁹⁵ Bkz. AYM, *Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Kararı*, B. No. 2014/13327, 08.03.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 27.11.2021)

3.2.2.2.Aydınlatmanın Gerçekleştirilmesi

3.2.2.2.1.Aydınlatmada Bulunacak Kişi

Aydınlatmada bulunacak olan yetkili ve görevli kişi asıl olarak tedavi sözleşmesinin tarafını oluşturan sağlık mesleği mensubudur.³⁹⁶ Yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu; hasta, kanuni temsilci ya da hasta yakınlarını aydınlatmak ile yükümlü kılınmıştır.³⁹⁷ Tıbbi müdahaleyi bizzat yürüten ve tıbbi müdahalede bulunan, aydınlatmayı da kural olarak bizzat yerine getirmelidir. Yargıtay 13. HD. E.2019/7094, K.2019/3740, T.21.03.2019 kararında³⁹⁸ bu yükümlülüğün asıl olarak hekimde bulunduğuna karar verilmiştir.

Yargıtay (Kapatılan) 13. HD. E.2018/3970, K.2019/12282, T.09/12/2019 kararında³⁹⁹ aydınlatma yükümlülüğünün aslen tıbbi müdahalede bulunan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunda olduğu şu şekilde belirtilmiştir:

“Dosya kapsamında hükme esas alınan bilirkişi raporunda davalı doktora atfi kabil kusurun tespit edilemediği belirtilmişse de yukarıdaki açıklamalar ışığında aydınlatma yükümlülüğünün asıl olarak hekimin üzerinde olduğunun kabulü gerekir.”

Benzer şekilde Yargıtay 13. HD. E.2016/29746, K.2019/12475, T.12.12.2019 kararı⁴⁰⁰ da aşağıdaki şekildedir:

³⁹⁶Hancı, H. (2005), *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.79; Ayan, (1991), s.81; Özsunay, (1983), s.49; Hakeri, (2007), s.129; Erman, (2003), s.103; Çilingiroğlu, (1993), s.69

³⁹⁷Ayan, (1991), s. 99.

³⁹⁸Yargıtay 13. HD. E.2019/7094, K.2019/3740, T.21.03.2019, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 24.11.2021) *“Ne var ki; yukarıdaki açıklamalar ışığında aydınlatma yükümlülüğünün asıl olarak hekimin üzerinde olduğunun kabulü gerekir. Dosya kapsamından aydınlatmanın makul bir süre önce yapılmadığı, hastaya düşünmesi için makul bir süre verilmediği, Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği anlaşılmakta olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden her iki davalının da sorumlu olduğunun kabulü gerekir”* şeklinde karar verilmiştir.

³⁹⁹Yargıtay (Kapatılan) 13. HD. E.2018/3970, K.2019/12282, T.09.12.2019, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 24.11.2021)

⁴⁰⁰Yargıtay 13. HD. E.2016/29746, K.2019/12475, T.12.12.2019, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 08.12.2021)

“Somut olayda, alınan Adli tıp raporu ve heyet raporlarında davacının yakınmasına neden olan hususların komplikasyon olarak değerlendirildiği ve davalı hekimin kusuru bulunmadığı belirtilmiş; mahkemece, davalı doktorun aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.”

HHY'nin “Bilgi Vermenin Usulü” başlıklı 18/2. maddesi aşağıdaki şekildedir:

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

Hüküm uyarınca, TBK'nın 116. maddesi de değerlendirilerek, yardımcı şahıs olarak nitelendirilebilecek⁴⁰¹ sağlık mesleği mensubuna da aydınlatma görevini devredebilecektir.⁴⁰² Tıbbi müdahalenin uygulanması bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, yardımcı şahıs olarak sayılabilecek bir başka sağlık mesleği mensubunu aydınlatma ile yetkilendirmiş ise bu halde yardımcı şahıs olanın aydınlatma yükümlülüğünü ifa edip etmediğini sağlama almalıdır.⁴⁰³

Bir tıbbi müdahale, birden fazla sağlık mesleği mensubu tarafından bağlantılı kademelerle beraber gerçekleştirilebilecektir. Bu durumda her görevli, kendi görev kapsamıyla münhasır kalarak aydınlatma yükümlülüğünde olabileceği gibi bu kişilerin yöneticisi olarak nitelendirilebilecek düzeyde bir görevlinin bulunması halinde ise yönetici kişinin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi de yeterli sayılabilecektir.⁴⁰⁴

⁴⁰¹TBK'nın 116. madde hükmü uyarınca yardımcı kişi, “bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi edilen kişi” olarak tanımlanmıştır.

⁴⁰²Hancı, (2005), s.79. Bu konuya ilişkin HHY'nin 15. maddesi, “hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir.” hükmünü içermektedir.

⁴⁰³Hakeri, (2007), s.129.

⁴⁰⁴Çilingiroğlu, (1993), s.70; Hancı, (2005), s.80; Ayan, (1991), s.82; Başpınar, (2004), s.200

Kıdemli sağlık mesleği mensubunun, aydınlatma yükümlülüğünü bu görevi ifa edebilecek hiyerarşı içerisindeki diğer sağlık mesleği mensuplarına devredebileceği de ifade edilmiştir.⁴⁰⁵ Örneğin, hekim, tıbbi müdahaleye ilişkin faaliyetleri yürütürken tedavi sözleşmesi çerçevesinde yardımından yararlanmış olduğu hemşire, hastabakıcı ya da laborant da sorumluluk alanları dahilinde aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelerini talep edebilecektir.⁴⁰⁶ Tedavi sürecinde yapılacak olan enjeksiyonun risklerine ilişkin hastanın tıbbi müdahale öncesinde bilgilendirilmesi de bu tıbbi müdahaleyi uygulayacak olan hemşire gibi sağlık mesleği mensubu personel tarafından gerçekleştirilmelidir.⁴⁰⁷ Bu kapsamda, hekimler haricindeki tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensuplarının da ilgili tıbbi müdahale bakımından aydınlatma ve rıza alma yükümlülükleri bulunmaktadır.⁴⁰⁸

Ayrıca, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık mesleği mensubu ile tedavi sözleşmesinin tarafı olan sağlık mesleği mensubunun aynı olmaması halinde aydınlatmanın kim tarafından yapılacağı konusu da öğretide farklı görüşlerin yer almasına sebep olmuştur. Öğretideki ağırlıklı görüş, her iki sağlık mesleği mensubunun da aydınlatma yükümlülüğü bulunduğu yönündedir.⁴⁰⁹

3.2.2.2.2. Aydınlatma Yapılacak Kişi

3.2.2.2.2.1. Genel Olarak

Tıbbi müdahaleye rıza verilmesi, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasını ifade etmektedir.⁴¹⁰ HHY'nin 18/3. maddesi uyarınca tıbbi müdahalenin olumlu ve olumsuz yönleri üzerinde düşünerek rıza gösterip göstermeme

⁴⁰⁵Erman, (2003), s.103; Doktrinde aksine bu halde en kıdemli hekimin aydınlatmayı gerçekleştirilmesi hem hasta psikolojisi açısından hem de bilginin genişliği açısından yerinde olduğu görüşü de yer almaktadır. Bkz. Cin, M. O. (2004) *Tıp Etiği ve Cezai Sorumluluk*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Selçuk Üniversitesi, s.20

⁴⁰⁶Cin, (2004), s.21

⁴⁰⁷Cin, (2004), s.21

⁴⁰⁸Iřık Özcan, (2008), s.94

⁴⁰⁹Yavuz İpekyüz, (2006), s.99; Ayan, (1991), s.82

⁴¹⁰Hancı, (2005), s.80

konusuna karar verecek olan ayırt etme gücüne sahip olan hastanın bizzat aydınlatılmasının asıl olduğu şu şekilde belirtilmiştir:⁴¹¹

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

Ülkemizdeki uygulamada, hastanın yaşının uygun, bilincinin açık ve ayırt etme gücü bakımından herhangi aksi bir durum olmamasına rağmen hastanın yakınlarının aydınlatılarak rızalarının alındığı görülmektedir. Ancak, bu şekilde alınan rıza hukuka aykırıdır.⁴¹²

Benzer şekilde, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’in ⁴¹³ (“KSVHY”) 9. maddesinde de şu şekilde yer almaktadır:

“Kişisel sağlık verilerinin hasta yakınları ile paylaşımında, Kanun ilkelerine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde, 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinin 18'inci maddesinin üçüncü fıkrasına uygun hareket edilir.”

Yargıtay 13. HD. E.2007/16810, K.2007/1248, T.05.02.2007 kararında⁴¹⁴, reşit ve ayırt etme gücüne sahip olan hastanın rıza ehliyetinin bulunmasına rağmen, tıbbi müdahale sözleşmesinde zayıf olan taraf olan hastanın lehine yorumu şeklinde değerlendirilmesi ile yakınların imzaladığı rıza belgesinin geçerli olacağını aşağıdaki şekilde kabul etmiştir:

⁴¹¹Ayan, (1991), s.82; Çilingiroğlu, (1993), s.70; Ozanoğlu, H.S., (2003), *Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.LII, S.3, s.72; Özdemir, (2012), ss.225-226; Hakeri, (2007), s.128; Ateş, (2010), s.30

⁴¹²Hakeri, (2007), s.138

⁴¹³Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 30808, 21 Haziran 2019 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)

⁴¹⁴Yargıtay 13. HD. E.2007/16810, K.2007/1248, T.05.02.2007, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 08.12.2021)

“Dosya içinde bulunan 1.11.1998 tarihli muvafakat belgesinde, davacı Güler'in hastalığının tedavisinin davalı doktor tarafından yapılmasına, lüzum görülen cerrahi ameliyatlara ve bu ameliyat sırasında zuhur eden diğer arızaların ve ihtilafların fenni zaruret görüldüğü takdirde cerrahi ameliyat yapılma suretiyle tedavisine muvafakat ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar bu belge davacı tarafından imzalanmayıp, davacı Güler'in yakını tarafından imzalanmış ise de davacıların artık bu belge ile cerrahi ameliyat da dâhil olmak üzere tüm cerrahi ve tıbbi müdahaleler hususunda muvafakatlerinin olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca bu durumun tersi ne tezahür eden, davacının sezaryen ve vakum önerisini kabul etmediğinin de davalılar tarafından yazılı belgeyle ispatlanması gereklidir. Davalılar ise böyle bir yazılı belge sunmadıkları gibi, savunmalarını kanıtlayıcı yasal bir delil de ibraz etmiş değillerdir. Her ne kadar davalıların tanıkları davalıları doğrular şekilde beyanda bulunmuş iseler de bu konuda tanık dinlenemeyeceğinden beyanlarına itibar edilemez. Mahkemece davalıların olayın vuku bulmasında kusurlu oldukları kabul edilmek suretiyle davacıların taleplerinin değerlendirilerek, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasa ya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.”

Kanaatimizce, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için hastaneye gelen hastanın tıbbi müdahale bakımından hazırlıklara dahil olmuş olması sebebiyle haliyle rızasının da var olduğu belirtilebilecektir. Fakat, formu, hasta dışında birinin imzalaması durumu, hastanın aydınlatılmadığını göstermiş olacağından tıbbi müdahale de hukuka aykırı nitelikte olacaktır.

Reşit ve ayırt etme gücüne sahip olan hastanın varsa eşi ve çocuklarına durumun bildirilmesi ve bu kişilerin aydınlatılması zorunluluğu ve yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁴¹⁵ Ancak, hastanın kişisel durumu gereklilik arz ediyorsa, bu durumda eşe bildirim zorunluluğunun bulunduğu belirtilmektedir. Örneğin, hastalığın cinsel hayat ile ilgili olması halinde veya uygulanacak olan tıbbi müdahalenin

⁴¹⁵Ateş, (2010), s.30

kastrasyon gibi cinselliği önemli derece etkileyecek nitelikte ise bu halde eşe bildirim zorunluluğundan bahsedilebilecektir.⁴¹⁶

HHY'nin Bakanlık tarafından hazırlanan taslak metnin 6/1-h maddesi şu şekildedir:

“Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgi, bizzat hasta veya hasta adına hare ket edenler; hastanın, küçük, ayırt etme gücünden yoksun veya kısıtlı olması halinde kanuni temsilcisi tarafından istenebilir”

HHY'nin Bakanlık tarafından hazırlanan taslak metnin 6/1-h maddesi 6/1-ı maddesi ise aşağıdaki şekildedir:

“Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak ve tıbbi müdahaleye rıza göstermek üzere bir başkasına da yetki verebilir. Verilen yetkinin belgelendirilmesi gereklidir.”

Nitekim, narkoz etkisi altında gerçekleştirilen tıbbi müdahale esnasında aydınlatılmak ve bu kapsamda rıza vermek konusunda eşin, anne ya da baba gibi yakınların vekil atanması mümkün olabilecektir.

3.2.2.2.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Küçüğün Tıbbi Müdahalesinde Durum

Hastanın çocuk olması halinde, çocuğun niteliği itibari ile karar verme ve açıklama yeteneği bulunmadığından veli veya vasi küçük hastanın sağlığı bakımından gerektiğinde aydınlatılmalı ve rızası temin edilmelidir. Bu tedavide yaşları ve anlama kapasiteleri uyarınca aydınlatılacak olan kişiler, veli ya da vasideir. Hastalık, tıbbi müdahalenin türü, kapsamı ve önemiyetini anlamlandıramayacak olan, diğer bir deyişle tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler

⁴¹⁶ Bayraktar, K. (2006) *Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı, S.1, Ocak 2007, s.101

bakımından, küçüğün aydınlatmaya katılımı mümkün olmadığı hallerde, veli ya da vasinin uygun ölçü ve kapsamda aydınlatılması yeterli olacaktır.⁴¹⁷

Biyotıp Sözleşmesi'nin "Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması" başlıklı 6/2. ve 6/3. maddeleri şu şekildedir:

"Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır. İlgili kişi, mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılmalıdır."

Ayrıca, HHY'nin "Hastanın Rızası ve İzin" başlıklı 24/2. maddesi ise aşağıdaki şekildedir:

"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."

Bu kapsamda, her ne kadar ayırt etme gücünden yoksun olan küçüğün tıbbi müdahaleye rıza verebilmesi mümkün olmamakta ise de ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olması, bu hakkın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması gibi gerekçelerle tıbbi müdahaleye rıza ve bu kapsamda aydınlatılmaya katılımının mümkün olabildiğince gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Ayırt etme gücünden yoksun olan küçüğün tıbbi müdahaleye ilişkin olarak mümkün olduğu ölçüde aydınlatılması ve tıbbi müdahale sürecine dahil edilmesi gerektiğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fındık Kılıçaslan 11.10.2018 tarihli bireysel başvuru kararında⁴¹⁸ Avusturya Yüksek Mahkemesi de on altı (16) yaşında

⁴¹⁷Bayraktar, (2006), s.129; Aşçıoğlu, (1993), s.29

⁴¹⁸AYM, *Fındık Kılıçaslan Kararı*, B. No. 2015/97, 11.10.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 25.11.2021)

bir kişinin ameliyatı bakımından yalnızca ebeveynlerinden rıza alınarak gencin aydınlatılmaması nedenleriyle hekimi kusurlu bulmuştur.

3.2.2.2.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Yetişkinlerin Tıbbi Müdahalesinde Durum

Ayırt etme gücüne sahip olmayan yetişkinler bakımından ayrıca değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ayırt etme gücünden yoksun olan yetişkinlerin kanuni temsilcilerinin bulunması halinde kanuni temsilcilerinin usulüne uygun olarak aydınlatılması asıldır. Ancak Hakeri, aydınlatılacak olan hastanın rıza yeteneğinin bulunmaması ya da bilincinin açık olmaması halinde hasta yakınlarının da aydınlatılabileceğinin kabulü gerektiğini ifade etmiştir. Bu noktada, ODNK'nın 14. madde hükmünün kıyasen uygulanmasıyla; eş, reşit çocuklar, anne ya da baba ve kardeşlerden biri şeklinde sıralamaya uygun şekilde aydınlatılacak kişinin tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak somut durumun mahiyetine göre yakın ilişki içerisinde olduğu arkadaş ya da komşu gibi kişilerin de varsayılan rızanın tespiti bakımından aydınlatılabileceği belirtilmiştir.⁴¹⁹

Ayırt etme gücünden yoksun olan yetişkinlerin tıbbi müdahalesine ilişkin aydınlatmanın her ne kadar kanuni temsilci başta olmak üzere diğer hallerde anne, baba, eş, çocuklar ve yakın ilişkide bulunduğu kişilere yapılacağı belirtilmiş olsa da Biyotıp Sözleşmesi'nin 6/3. maddesi⁴²⁰ ve HHY'nin 24/2. maddesi⁴²¹ uyarınca ayırt etme gücünden yoksun olan yetişkin hastanın sürece olabildiğince katılımının sağlanması gerekmektedir. Ayırt etme gücünden yoksun olan yetişkin hastanın tıbbi müdahaleye rıza verebilmesi mümkün olmamasına rağmen bu kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olması, bu hakkın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması gibi nedenlerle aydınlatılmaya katılımının mümkün olabildiğince sağlanması gerekmektedir.

⁴¹⁹Hakeri, (2021), s.345

⁴²⁰Bitotıp Sözleşmesi'nin 6/3. maddesi; “İlgili kişi, mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılmalıdır.” hükmünü içermektedir.

⁴²¹HHY'nin 24/2. maddesi; “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.” hükmünü içermektedir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında karşılaştığı dosyada aşağıda yer verilen kararı ile ayırt etme gücünün bulunmadığı hallerde hasta yakınlarının aydınlatılabileceği kabul edilse dahi hastanın henüz ayırt etme gücünü kaybetmediği zaman dilimindeki teşhis ve tedavi süreçlerine ilişkin aydınlatmanın doğrudan hastaya yapılarak belgelerin yine hasta tarafından imzalanması gerekliliğine şu şekilde işaret etmiştir:⁴²²

“Bireysel başvuru dosyasına yansıyan bilgilerden başvurucaunun ameliyat olmadan önce birçok kez ilgili doktorlar tarafından muayene edildiği ve hastanın bilgilendirildiğine dair aydınlatma ve onay formlarının başvurucaunun eşi ve kızı tarafından imzalanmış olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık ameliyata girmeden önce bilincinin kapalı veya karar veremeyecek bir durumda olması yahut ameliyatın acilen yapılması gerektiği gibi bir durumdan da söz edilmediği görülmektedir. Dolayısıyla neden başvuruca yerine yakınlarının bu formları imzaladığı hususu ilgili doktorlar ve hastane tarafından açıklanmamıştır.”

3.2.2.2.3. Aydınlatmanın Zamanı

Hukuka uygun nitelikteki tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için gerekli unsurlardan rızanın, tıbbi müdahaleden önce alınması gerekmektedir. Tıbbi müdahaleye ilişkin olarak alınan rıza, uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin tüm içerik ve sonuçları ile mümkün ise tıbbi müdahaleden önce ayırt etme gücünden yoksun olan hastaya ve kanuni temsilcisine açıklanması halinde geçerli olduğu kabul edilecektir.⁴²³

Hasta Hakları Avrupa Statüsü'nün 2. Bölümü'nün 4. No'lu “Rıza Hakkı” başlığı içerisinde tıbbi müdahalede bulunulacak hastanın ameliyat veya tedaviye

⁴²²Bayraktar, (1972), s.129

⁴²³Hancı, (2005), s.80; Çilingiroğlu, (1993), s.71; Erman, (2003), s.103; Özdemir, (2012), s.111; Sert, G. (2004) *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları*, 1. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınları, s.233

ilişkin tüm bilgiler konusunda aydınlatılması gerektiği ve bu aydınlatmanın en az yirmi dört (24) saat önce yapılmasının uygun olacağı hüküm altına alınmıştır.⁴²⁴

HHY'nin "*Bilgi Vermenin Usulü*" başlıklı 18/5. maddesinde mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcisinin de kıyasen acil haller dışında makul süre tanınarak bilgilendirileceği şu şekilde belirtilmiştir:

"Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır."

Aydınlatmaya ilişkin olarak yapılması gereken açıklamalar, zaman olarak uygun bir dilimde gerçekleştirilerek mümkün olduğu hallerde ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcisinin iradesi sakatlanmamalıdır.⁴²⁵ Öğretide, tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatmanın, uygulanması planlanan tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce yapılması gerektiği ve ne kadar süre önce yapılması gerektiği noktasında kesin bir kıstas bulunmadığı belirtilmiştir.⁴²⁶ Belirtmek gerekir ki; normal durumlarda geçerli bir hukuki aydınlatmadan bahsedilebilmesi için eylemden önce veya eylem anında var olması ve tıbbi müdahale son bulana kadar da devam etmesi gerekmektedir.⁴²⁷ Ayrıca, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden kısa süre öncesinde yapılan aydınlatmanın kişide tıbbi müdahale sürecini etkileyemeyeceği veya değiştiremeyeceği kanaatini oluşturulması gerekmektedir.⁴²⁸

Kural olarak aydınlatma, gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleden en geç bir (1) gün önce gerçekleştirilmelidir.⁴²⁹ Uygulamada, ameliyattan önceki günün akşamında gerçekleştirilen aydınlatmanın geç yapılan aydınlatma niteliğinde olduğundan bahisle aydınlatma ve tıbbi müdahale yükümlülüğü altındaki kişinin tazminat sorumluluğunun doğabileceği görülmektedir.⁴³⁰ Ayakta tedavilerde ise,

⁴²⁴Hakeri, (2021), s.348

⁴²⁵Hakeri, (2007), s.129

⁴²⁶Ateş, (2010), s.32

⁴²⁷Çilingiroğlu, (1993), s.53; Erman, (2003), s.123

⁴²⁸Ateş, (2010), s.32

⁴²⁹Hakeri, (2021), s.348

⁴³⁰Hakeri, (2021), s.348

müdahalenin gerçekleştirileceği günde yapılan aydınlatmanın zamanında yapılmış sayılacağı belirtilmiştir.⁴³¹

Anayasa Mahkemesi⁴³², gerçekleştirilen aydınlatma ve tıbbi müdahale arasında sağlıklı karar verme sürecinin sağlanacağı makul zaman aralığının mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastaya ve kanuni temsilcisine tanınmış olması gerektiğini belirtilmiştir.⁴³³ Aydınlatma gerçekleştirildikten sonra imkân dahilinde ise ayırt etme gücünden yoksun olan hasta ve kanuni temsilcinin rıza gösterme ya da göstermeme kararını vermesi bakımından herhangi bir süre bulunmadığından belirli süre dilimi içerisinde karar vermesi için zorlanamaz.⁴³⁴ Fakat, tıbbi müdahalede bulunacak olan sağlık mesleği mensubu, planlama yapmak adına en az belirli bir süre önceden kararın bildirilmesi talebinde bulunabilecektir.⁴³⁵

Kanaatimizce, hastanın küçük ya da ayırt etme gücünden yoksun olması halinde mümkün ise kendilerine ve kanuni temsilcilerine, acil durumlar haricinde kararını açıklaması ve rıza göstermesi, gerektiğinde de yakınlarına, üçüncü kişilere danışabilmesi ve ilgili kurum ve mercilerden gerekli izinlerin alınabilmesi adına uygun bir süre tanınmalıdır. Hayati ve acil bir tehlikenin bulunması ya da hastanın ağır zarara uğrama ihtimalinin bulunması hallerinde ise yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu derhal tıbbi müdahalede bulunmalıdır.⁴³⁶

⁴³¹ Yüksek mahkeme olağan olarak uygulanan çocuk felci aşısı bakımından gerçekleştirilecek aydınlatmanın aşından hemen önceki zamanda gerçekleştirilmesini makul görmeyerek en az bir gün önce gerçekleştirilmesi ve veliye düşünme olanağının sağlanmasının gerekliliği üzerinde durmuştur.

⁴³²AYM, *Ü.B.K. Kararı*, B. No. 2015/2536, 04.07.2019, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 27.11.2021)

⁴³³AYM, *Onurhan Çakmak ve Diğerleri Kararı*, B. No. 2016/6776, 16.01.2020, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 27.11.2021); AYM, *Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Kararı*, B. No. 2014/13327, 08.03.2018, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 27.11.2021); AYM, *Ahmet Acartürk Kararı*, B. No. 2013/2084, 15.10.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 27.11.2021)

⁴³⁴Hakeri, (2021), s.350

⁴³⁵Hakeri, (2021), s.350

⁴³⁶Ayan, (1991), s.83

3.2.2.2.4. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatma yükümlülüğünün hangi şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi de kanunen ayrıca şekil şartına tabi kılınmadığından şekil serbestisi bulunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, aydınlatmanın sözlü veya yazılı şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olacaktır.⁴³⁷ Aydınlatmanın şekli konusundaki takdir ve uygulama hekime bırakılmıştır.⁴³⁸ Tıbbi müdahale gerçekleştirecek olan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, somut olayın özelliklerine göre aydınlatma bakımından hangi şekle uyulmasının doğru olacağı konusunda takdir yetkisini kullanmalıdır.

Öğretide aydınlatmanın yazılı şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği yönündeki görüşler dışında sözlü veya yazılı ve sözlü şeklin birlikte gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Aydınlatmanın sözlü şekilde yapılması gerektiği yönündeki görüşler, tıbbi müdahale gerçekleştirecek olan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu ile mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hasta ve kanuni temsilcisi arasındaki ilişkinin güven ilişkisine dayandığından bahisle, bu kişilerin tıbbi müdahaleye ilişkin sorularını sorabilme ve anında cevap alabilme hakkına sahip olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Ayrıca, sağlık mesleği mensubunun bu kişilerin beklentilerini ve ruh halini gözlemleyebilmesi imkanına sahip olması, bu kişilerin de hekim ile ilgili bizzat bilgi sahibi olabilmek imkanına sahip olması⁴³⁹ gibi gerekçelere de dayandırılmıştır.⁴⁴⁰ Ayrıca, hasta veya kanuni temsilci, sunulan evraklarla bilgilendirilse de tıbbi müdahalenin uygulayıcısı olan sağlık mesleği mensubunu bizzat görebilmesi, aydınlatma yapılırken görevlinin hal ve hareketlerini gözlemleyebilmesi ile aydınlatmanın etkili ve verimli olabilmesi adına sözlü yapılması gerektiği de savunulmaktadır.⁴⁴¹

⁴³⁷Çilingiroğlu, (1993), s.71; Ayan, (1991), s.84; Hakeri, (2007), s.133; Sert, (2004), s.235; Erman, (2003), s.104; Ozanoğlu, (2003), s.72

⁴³⁸Hakeri, (2021), s.350

⁴³⁹Hakeri, (2007), s.134

⁴⁴⁰Ayan, (1991), s.85

⁴⁴¹Cin, (2004), s.23

Aydınlatmanın yazılı şekle tabi olması gerektiğini savunanlar, ispat açısından sağlık mesleği mensubunun belge ihtiyacının karşılanması gerektiğini, broşür ya da formların kanuni temsilciye verilmiş olmasının, bu belgelerin kanuni temsilci tarafından bizzat imzalanmış olmasının dahi aydınlatma konuşmasının yerine geçtiğinin kabulü için mümkün olmadığını, ispata en elverişli şekilde yazılı aydınlatmanın gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Aksi görüşlerde, formların bizzat imzalanmasının belgelerin tam olarak okuduğu ve anlaşıldığı anlamını taşımadığı, belgelerin okunması halinde dahi anlaşılabilen noktaların sorulabilmesi adına sözlü aydınlatmanın yapılması gerekliliği savunulmuştur.⁴⁴²

Sözlü ve yazılı aydınlatmanın birlikte gerçekleştirilmesi gerektiğini savunanlar, sözlü açıklamanın akabinde durumun hasta kağıdına işlenmesi gerektiğini de ifade etmiştir. Ek olarak, aydınlatma esnasında orada bulunan diğer kişilere sözlü olarak açıklamalarda bulunulduğuna ve ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın da imkân dahilinde ise aydınlatmalara yönelik açıklamaları kabul ettiğine yönelik tanıklık ettirilmesi suretiyle tutanağın imzalatılması gerekliliği de vurgulanmıştır.⁴⁴³

Kanaatimiz, aydınlatmanın öncelikle temel bilgi ve aydınlatmaların yer aldığı formların kanuni temsilcisine verilerek okunması adına belirli bir zaman beklenmesinin, makul sürenin dolmasının ardından sözlü açıklamalarda bulunabilmek ve soruları yanıtlayabilmek adına sağlık mesleği mensubu tarafından sözlü olarak aydınlatmanın yapılmasının, bu aydınlatmanın ardından da aşamaların yazılı belgeye yansıtılması ve imkân dahilinde ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın da algı düzeyine uygun olarak gerekli açıklamaların yapılarak tespitinin yazılı ispat aracına bağlanmasının ve ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın da sürece olabildiğince dahil edildiğinin orada bulunan tanıklar ile tutanak altına alınmasının en verimli yol olacağı yönündedir.⁴⁴⁴

Sağlık mesleği mensubunun ispata yönelik gereken tedbirleri alması gerekliliğinin ve bu nedenle hasta dosyasının en önemli ispat aracı olduğunun kabulü

⁴⁴²Ayan, (1991), ss.84-85; Sert, (2004), s.235; Özdemir, (2012), s.114

⁴⁴³Yavuz İpekyüz, (2006), s.100

⁴⁴⁴Hakeri, (2007), s.134

gerekmektedir.⁴⁴⁵ Her ne kadar aydınlatma ve rıza unsurlarının yazılı olması konusunda yasal bir düzenleme bulunmasa da ispata ilişkin nedenlerden dolayı aydınlatma ve rızanın yazılı olarak gerçekleştirilmesi ya da sözlü olarak gerçekleştirilerek yazılı belgeye dökülmesi tavsiye edilmektedir.⁴⁴⁶ Çünkü, aydınlatmada ispat külfeti hastane ya da sağlık mesleği mensubuna ait olacaktır.⁴⁴⁷

Hasta dosyasında matbu form kullanılması halinde, hastaya ilişkin özelleştirilmiş ek bilgilerin bulunması ve formdaki boşlukların doldurulması ispat kuvvetini arttıracaktır.⁴⁴⁸ Kanaatimizce, sağlık mesleği mensubu, mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun hasta ve kanuni temsilci arasında güven ilişkisi kurulduktan sonra bu kişilerin eğitim düzeyi, yaşı ve kültürel düzeyine uygun olarak tıbbi müdahaleye ilişkin anlaşılır açıklamalarda bulunarak aydınlatmayı gerçekleştirmelidir. Bu durumda sözlü aydınlatma, tıbbi müdahale bakımından verimli şekilde aydınlatma amacına; yazılı aydınlatma ise ispat aracının kuvvetlenmesi amacına hizmet edecektir.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵Ateş, (2010), s.34

⁴⁴⁶Hakeri, (2021), s.356

⁴⁴⁷Yargıtay 13. HD. E.2019/23372, K.2019/12469, T.12.12.2019, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 08.12.2021)

⁴⁴⁸Hakeri, (2007), s.135

⁴⁴⁹Yargıtay'ın da benzer yönde kararları yer almaktadır. "*...Mahkemece, her ne kadar 7.6. 2006 tarihli Adli Tıp Kurumu raporundaki penis protez ameliyatın takip eden komplikasyonlar (penis enfeksiyonu ve nekrozu) sonucu geliştiği, bu komplikasyonların adı geçen ameliyattan sonra literatürde tanımlandığı (1, 2, 3) gibi gelişebilecek komplikasyonlardan olduğu, istenilmeyen şekilde sonuçlanabileceği, hastanın Almanya'ya erken dönmesinin de anılan komplikasyonlara neden olabileceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, rahatsızlığı nedeniyle doktora başvuran hastanın amacı, rahatsızlığından kurtulmak ve bir an önce sağlığına kavuşmaktır. Doktor işin başarı ile neticelenmesini garanti etmez ise de seçilen tedavi yöntemi, bu yön temin riskleri ameliyat sonrası doğabilecek komplika syonlar ve tedavinin süreci ve kontrolü ile ilgili hastanın aydınlatılmış rızasını almak zorundadır. Her ne kadar davalılar, davacıya bu yönde açıklayıcı ve aydınlatıcı bilgi verdiklerini savunmuşlarsa da bu konuda savunmalarını doğrulayıcı dosya içerisinde bir bilgi ve belgeye rastlanılmamıştır. Bu yönün ispatı davalılara düşer. Hal böyle olunca davalılar meydana gelen zarardan sorumludurlar. Öyle ise mahkemece, tazminat hesabı yaptırılmalı, sonucuna uygun bir karar verilmelidir".* Yargıtay 13. HD. E.2012/30631, K.2012/7474, T.15.03.2012, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 08.12.2021) "*... Hastanesine giderek plastik ve rekonstrüktif cerrahi estetik alanında uzman davalı Dr. ...'na estetik amaçlı ameliyat olduğunu, meme uçlarının yerlerinin değiştirilmesine doktorun istemi üzerine müsaade ettiğini, ancak bu ameliyatın hangi riskleri taşıdığının davalı tarafından anlatılmamış olduğunu ... ileri sürerek. 100.000 TL. manevi ve 5.000 TL. maddi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, tanık beyanları ile davacının operasyon hakkında önceden bilgilendirildiği ve operasyon sonrası kontrollerini aksattığı, verilen takipsizlik kararı ile Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu raporundan ise davalı doktorun eyleminin tip kurallarına uygun olduğu anlaşılmalı davalı doktor ve çalıştığı hastane hakkında açılan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içeriğinden, ... davacıya ameliyatın risklerinin anlatıldığı ve kabul ettiğine dair bir bilgi ve belge sunulmamış, dinlenen davalı tanıkları kendilerine benzer ameliyatlarda davalı doktorun bilgi verdiğini beyan etmişler ise de bu beyanlar davacının da bilgilendirildiğini kabule*

Aynı yönde, Yargıtay 13. HD. E.2013/19631, K.2013/26901, T.01.11.2013 kararı⁴⁵⁰ şu şekildedir:

“Davalıların davacıyı sırtta alınacak parça sonucunda oluşacak olası komplikasyonları anlattığına ve davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış rızanın alındığına dair bir delil sunulmamıştır. Öyle olunca, mahkemece, aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim ya da hasta ne de olduğu gözetilerek davalıların sorumlu olduğu kabul edilmeli ve davacının tazminat talepleri de değerlendirilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekir.”

Kanuni temsilcinin veya ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın, sağlık mesleği mensubunun dilini bilmemesi durumunda, gereklilik arz ediyorsa, tercüman yardımından yararlanması gerekmektedir. Sağır ve dilsizler bakımından ise aydınlatmanın işaret dili ile gerçekleştirilmesi ve işaret dilini kullanan kanuni temsilci ve mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın da aydınlatma formunu bu şekilde gerçekleştirilen aydınlatma sonucunda imzalaması gerekmektedir.⁴⁵¹

Türk Hukuk düzenlemeleri uyarınca tıbbi müdahalelerde aydınlatmaya ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörülmemesine rağmen özel bazı düzenlemelerde yazılı şekil şartı öngörülmektedir.⁴⁵²

yeterli görülmemiştir. O halde, mahkemece hüküm kurulmak gerekirken, yanılıgılı gerekçe ile davanın reddi doğru değildir.” şeklindedir.

⁴⁵⁰Yargıtay 13. HD. E.2013/19631, K.2013/26901, T.01.11.2013, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 08.12.2021)

⁴⁵¹Hakeri, (2021), s.361

⁴⁵²Bayraktar, (2006), s.142; Çilingiroğlu, (1993), s.73; Yenerer Çakmut, (2010), s.210; Hakeri, (2007), s.151; HHY'nin 28/1. maddesinde aydınlatmada, mevzuatta öngörülen istisnalar dışında genel kuralın şekil serbestisi olduğu hüküm altına alınmıştır⁴⁵². TŞSTİDK'nın 70. maddesinde ise büyük cerrahi müdahalelerde rıza açıklamasının yazılı şekle tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu halde büyük cerrahi müdahalelerde ikinci hekim ve hemşirenin hazır halde olması ve aydınlatmanın bu kişilerin eşliğinde yapılması gerekliliği belirtilmiştir⁴⁵². Benzer şekilde ODNK'nın 6. maddesinde ise organ ve doku nakillerine ilişkin tıbbi müdahalelerde aydınlatmanın yazılı şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliği, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nde de yazılı şekil şartı ile düzenlemeler yer almaktadır.

3.2.2.2.5. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı

TDT'nin 14/2. maddesi⁴⁵³ uyarınca teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açık olarak anlatılması gerekmektedir.

HHY'nin "Rızanın Kapsamı ve Aranmayacağı Haller" başlıklı 31. maddesi ise şu şekildedir:

"Hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır."

HHY'nin "Bilgilendirmenin Kapsamı" başlıklı 15. maddesinde ise aydınlatmanın kapsamı aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Hastaya;

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

HMEK'in 26. maddesinde⁴⁵⁴ ise hekimin hangi konular bakımından hastayı aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu düzenleme altına alınmıştır. Düzenleme

⁴⁵³TDT'nin 14/2. maddesi; "...teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır." hükmünü içermektedir.

⁴⁵⁴HMEK'in 26. maddesi; "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

uyarınca hekimin, sağlık durumu, konulan tanı, önerilen tedavi şeklinin türü, başarı oranı, süresi, tedavi yönteminin riskleri, ilaçların kullanımı ve yan etkileri, tedaviyi reddetme hakkının kullanılması halindeki sonuçlar, tedavi seçenekleri gibi konularda⁴⁵⁵ aydınlatma yapması gereklidir.

Ayırt etme gücünden yoksun olan hastaların mümkün olduğunca ve kanuni temsilcinin doğrudan, uygulanacak tıbbi müdahalenin risk ve sonuçları bakımından ayrıntılı şekilde bilgilendirilmesi gerektiğinden, genel bir düzenleme yerine somut olayın özelliklerine göre kapsamın belirlenmesi üzerine düzenlemeler getirilmiştir.⁴⁵⁶ Bu bakımdan aydınlatma içeriğinin sağlık mesleği mensubunun takdir yetkisine bırakılmadığını, içeriğin ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcinin beklentilerine uygun olarak belirlenmesi gerektiğini belirtebiliriz.⁴⁵⁷

Ayırt etme gücünden yoksun olan hastan olabildiğince ve kanuni temsilcisi doğrudan, tıbbi müdahaleye rıza göstermek adına sahip olmak isteyeceği nitelik ve düzeyde aydınlatılmalıdır.⁴⁵⁸ Sağlık mesleği mensubu, aydınlatmayı gerçekleştirirken

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. Acil durumlarda hastanın rızası olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır. Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.” hükmünü içermektedir.

⁴⁵⁵Aydınlatma yükümlülüğünün belirlenmesinde, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun’un 7. maddesinde hekimin vericiyi aydınlatma yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. Hüküm uyarınca hekim “vericiye uygun bir biçim ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek”, “organ ve doku vermenin alıcıya sağladığı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak” ile yükümlüdür. Ayrıca, RTSHYDİT’de düzenleme altına alınan izin belgesinde hekimin; “ilgiliyi, gebeliğin ortadan kaldırılması ve sterilizasyon” işlerinin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, önemi, ciddiyeti, ağırlığı, rıza, rızanın ve iznin kapsamı üzerine hastayı aydınlatması gerekliliği düzenlenmiştir

⁴⁵⁶Çilingiroğlu, (1993), s.165

⁴⁵⁷Hakeri, (2007), s.132

⁴⁵⁸Hekimler tarafından hastanın bu durumu gerçekleştirmeleri için detaylı ve kapsamlı biçimde aydınlatılması gerektiği görüşü eleştirilmiştir. Hastanın geleceğini belirleme hakkının korunması adına hareket eden hekimlerin yükümlülükleri uyarınca takdir yetkilerinin fazla ölçüde sınırlanmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu şekilde görüş ileri süren hekimler, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının çok geniş tutulması halinde hastanın olumsuz düşüncelere kapılara iyileşme ümidi ve

ayırt etme gücünden yoksun hastanın ve kanuni temsilcinin sosyal, kültürel ve diğer subjektif özelliklerini⁴⁵⁹ göz önünde bulundurmalıdır.⁴⁶⁰

Yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken belirli şartlara uygun hareket etmelidir. Bu şartlardan biri, gerçekleri gizlememesidir. Tıbbi müdahalede bulunacak olan sağlık mesleği mensubu, hastanın sağlığı en yüksek kanundur ilkesi ışığında hareket ederken, tıbbi müdahale ve bunun sonuçları konusunda mümkünse ayırt etme gücünden yoksun hastayı ve kanuni temsilcisini belirtilen unsurlara uygun şekilde aydınlatmalıdır.⁴⁶¹

Yargıtay 4. HD. K.1964/6458, T.1964 kararı⁴⁶² somut olay bakımından davacının somut tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatılma kapsamının yeterli olduğu yönünde aşağıdaki şekildedir:

“...davalı tarafından daha başlangıçta davacıya beyninin içinde ur bulunduğu ve kafatasının açılarak bu urun alınması gerektiği açıkça belirtildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve eşin bu ameliyatın ağır ve mühim bir ameliyat olduğunu bilmediklerini kabule imkân yoktur.”

Kıyasen, mümkün olduğu takdirde ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin yeterli kapsamda aydınlatıldığı durumlarda sağlık mesleği mensubunun kusurundan söz edilemeyecektir.

İmkân dahilinde ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcisinin tıbbi müdahale bakımından aydınlatılmasının kapsamı, uygulanacak olan tıbbi müdahalenin ağırlığı, risk derecesi, etkileri gibi unsurlara göre

iradesinin etkilenip azalacağını, bunun günün şartlarında uygun olmayacağını ifade etmişlerdir. Aksinin kabulü hekimin paternalist yaklaşıma itecektir. Erman, (2003), s.113

⁴⁵⁹Hastanın toplumsal, kültürel ve psikolojik durumu ele alınmalıdır. Hakeri, (2007), s.132

⁴⁶⁰Ayan, (1991), s.64

⁴⁶¹Boran, B. (2008) *Aydınlatılmış Rıza*, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, s.99

⁴⁶²Yargıtay 4. HD. E.1964/6458, K.1964/4925, T.1964, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 09.12.2021)

genişleyebilmektedir ve daralabilmektedir. Bu bakımdan tıbbi müdahalenin kapsamının belirlenmesinde dikkat edilmesi lazım gelen unsurlar ele alınmıştır.

3.2.2.3.5.1.Müdahalenin Aciliyeti ve Yaşam Tehlikesi

Tıbbi müdahalenin aciliyet ya da hayati bir durum arz etmesi halinde ayırt etme gücünden yoksun olanların kanuni temsilcisine veya mümkünse bizzat bu kişilere de aydınlatma yapılması, uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin vakit kaybına sebep olabilecektir. Bu halde, yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, vakit kaybına neden olmamak ve hastanın sağlığını ön planda tutmak amacıyla aydınlatma kapsamını daraltabilir, aydınlatmaya ilişkin bilgilendirmeyi temel düzeye indirgeyebilir.⁴⁶³ Müdahalenin aciliyetinin artması halinde kapsamının daraldığı, azalması halinde ise genişlediğinden bahisle burada bir ters orantının bulunduğu kabul edilebilir.⁴⁶⁴

Küçüklere uygulanacak tıbbi müdahalelerde, veli veya vasinin rızasının alınması etik ve kanuni bir yükümlülüktür, ayrıca küçüğün acil müdahaleye ihtiyacı olduğunda genel kurala ayırık (istisnai) durumların olabileceği belirtilmiştir.⁴⁶⁵

Amerikan Pediatri Birliği (American Academy of Pediatrics) Acil Pediatrik Tıp Komitesi 1993 yılında çocuk ve adölesanlar için Acil Servislerde Aydınlatılmış Onama Dair Rehber Kural yayımlamıştır. Çocuğun veli ya da vasisinden aydınlatılmış onamı temin edilmeksizin acil tıbbi müdahaleyi haklı kılan haller, çocuğun tıbbi durumuna ve sosyal konumuna göre şekillendirilmiştir. Bunlar; acil hasta çocuğun evli, hamile veya çocuk sahibi olması ya da iletişim sorunu, ilaç, alkol ve madde bağımlılığı ile ilgili suçlu küçük olması halleridir. Sonuç olarak, acil tıbbi müdahalede bulunacak olan sağlık mesleği mensubunun, belirtilen durumların bulunduğu hallerde veli veya vasinin rızası alınmaksızın tıbbi müdahalede bulunması gerektiği belirtilmiştir.

⁴⁶³Erman, (2003), s.110

⁴⁶⁴Ayan, (1991), s.76; Çilingiroğlu, (1993), s.65; Ozanoğlu, (2003), s.70

⁴⁶⁵Ateş, (2010), s.43

3.2.2.3.5.2. *Komplikasyon Yoğunluğu ve Tipik Riskler*

Tıbbi müdahaleye ilişkin komplikasyon ve tehlikelere ilişkin sıklık ve büyüklüğün artışına göre aydınlatmanın kapsamının genişleyeceğini belirtmek gerekir. Bu bakımdan zarar ve tehlikenin geçicilik veya kalıcılık özelliği önemlidir.⁴⁶⁶ Uygulanacak tıbbi müdahalenin sonuçlarının kalıcı olması ihtimalinde aydınlatmanın kapsamı geniş tutulmalıdır. Yargıtay, az ihtimali bulursa dahi ortaya çıkabilecek risklerin bildirilmesi gerektiği kanaatindedir.

Yargıtay 4. HD. E.1977/6297, K.1977/2541, T.07.03.1977 kararında⁴⁶⁷ ise ameliyat sonrası komplikasyonlar konusunda da geniş bir aydınlatma yapılması gerekliliğine aşağıdaki şekilde işaret etmiştir:

“Mevcut durumda mahkemece alınan bilirkişi raporları ile ameliyat sonrası meydana gelen kanamaların komplikasyon niteliğinde olduğu anlaşılmakta ise de yukarıda anlatılan bilgiler ışığında, davalıların komplikasyon sebebiyle sorumlu olmadığı kabulü için hastanın bu komplikasyon sonrası yaşadığı süreç ile ilgili ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. Dosya içinde bulunan 29.03.2010 tarihli "hasta onam formu"nun "ameliyatın riskleri" başlıklı bölümün a bendinde ameliyattan sonra ilk iki hafta içinde kanama oluşabileceği, geç ortaya çıkan kanamalarda tekrar hastaneye yatırılarak müdahale edilebileceği, ameliyat edilebileceği ve kan kaybı sebebiyle de kan transfüzyonu gerekebileceği hususlarının açıkça yazılmış olmasına rağmen, davacının bu komplikasyon sonrası yoğun bakımda kalabileceği, sağ tarafını gereği gibi kullanamayabileceği, dilinin kesilip, dişlerinin sökülebileceği hususlarının formda açıkça yazılmadığı, bu durumda hastanın kanama sonrası yaşadığı sağlık sorunları ile ilgili yeterince aydınlatılmadığı ve hasta onam formunun yukarıda anlatılan sözleşme hükümlerine göre yetersiz olduğu anlaşılmaktadır.”

⁴⁶⁶Ayan, (1991), s.77

⁴⁶⁷Yargıtay 4. HD. E.1977/6297, K.1977/2541, T.07.03.1977, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 30.07.2021)

Ayırt etme gücünden yoksun olanlar bakımından aydınlatmaya ilişkin bilgilerin ameliyat sonrası komplikasyonlar konusunda da kıyasen geçerli olacağı belirtilebilir. Bu nedenle, imkân dahilinde ise ayırt etme gücünden yoksun olan hasta ve kanuni temsilcisi ameliyat sonrası komplikasyonlar hususunda da geniş olarak aydınlatılmalıdır.

3.2.2.3.5.3. Tedavi Seçenekleri

Tıbbi müdahalenin uygulanması ile hastanın sağlıklı haline kavuşturulması amacına yönelik faaliyetlerin birden fazla tedavi yöntemini içermesi durumunda her biri bakımından aydınlatmanın ayrı ayrı yapılması gerekmektedir. Burada amaçlanan yine kanuni temsilcinin temsil yetkisi kapsamında ayırt etme gücünden yoksun olan hasta ad ve menfaatine en uygun tedavi seçeneklerini anlamak, kabul etmek, seçim şansı olduğu hallerde seçmek, riskleri bilmek gibi imkanların tanınmış olmasıdır. Ayrıca, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın da imkanlar dahilinde tedavi seçenekleri arasında seçim şansına sahip olabilmesini sağlamak da amaçlanmıştır.

Uygulanacak olan tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine göre yeni, güncel ve deneysel özellik taşıyor olması durumunda müdahalenin ilerleyişi ve sonuçları hakkında ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin ve kendisinin aydınlatılmasının da geniş tutulması gerektiği belirtilmelidir.⁴⁶⁸

3.2.2.3.5.4. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Hastanın Özel Durumu

Tıbbi müdahalenin sonuç ve etkileri, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kültürel ve sosyal yapısına, mesleğinin özellik arz etmesine vb. unsurlara bağlı olarak değişmekte olduğundan tıbbi müdahalenin kapsamı da etkilenmektedir.⁴⁶⁹ Bu nedenle, tıbbi müdahale risklerinin ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın özel durumu göz

⁴⁶⁸Erman, (2003), s.114

⁴⁶⁹Demirhan Erdemir, A. (2006) *Türkiye’de Çocuk Hastalarda Aydınlatılmış Onamla İlgili Tıp Etiği Sorunları ve Yasalara Bir Bakış, Terminal Dönemde Çocuk: Etik Sorunlar İçinde*, C.14, S.1, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi. s.104

önünde bulundurularak gerçekleştirilmesi de gerekmektedir.⁴⁷⁰ Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun olan ergin bir ses sanatçısına uygulanacak olan tıbbi müdahalenin, ses tellerine ilişkin tehlike ve riskler taşıması bakımından hastanın özel durumu dikkate alınarak gerçekleştirilmesi tıbbi zorunluluk olarak sayılabilir.

Ayrıca, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın özel durumu dolayısıyla, kanuni temsilcinin, belirli bir konuda, ayırt etme gücünden yoksun olan hasta açısından önem taşıdığından bahisle,⁴⁷¹ aydınlatma talebinde bulunması halinde de somut olayın özelliklerine göre bu talebin karşılanması gerekmektedir.⁴⁷² Nitekim, yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, tıbbi müdahalede ortaya çıkabilecek komplikasyonları açıklamak ile de yükümlüdür.⁴⁷³

3.2.2.2.6. Aydınlatmanın Yapılamayacağı Haller

3.2.2.2.6.1. Acil Durumlar ve Yaşam Tehlikesi

Acil nitelikteki tıbbi müdahalelerde mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcinin aydınlatılması gerekmemektedir.⁴⁷⁴ Örneğin, ameliyat sırasında gündeme gelen beklenmedik ve zorunlu hallerde ya da baygın olarak acil müdahalede bulunulması amacıyla hastaneye getirilen bilinci kapalı hastanın kanuni temsilcisine de ulaşılmadığı hallerde⁴⁷⁵ aydınlatılma gerçekleştirilmesi mümkün olmayacağından aydınlatmadan vazgeçilebileceği belirtilmektedir.⁴⁷⁶

⁴⁷⁰Erman, (2003), s.115

⁴⁷¹Özdemir, (2012), s.104; Erman, (2003), s.115

⁴⁷²Ateş, (2010), s.44

⁴⁷³Ayan, (1991), s.77

⁴⁷⁴Şenocak, (1998), s.57; Aşçıoğlu, (1982), s.35

⁴⁷⁵Bu hallerin varlığında, rıza veremeyecek olan hastaya, kanuni temsilcinin de bulunmaması halinde, mahkeme tarafından bir kayyım tayini gerçekleştirilmelidir.

⁴⁷⁶Ayan, (1991), s.79; Özsunay, (1983), s.43; Özaslan, A. (2006) *Aydınlatılmış Onam*, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi, No.48, s.46

Ayrıca, yangın, deprem, salgın hastalık, yaygın terör gibi durumların mevcudiyeti halinde aydınlatma imkânı önemli derecede güç hale geldiğinden hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmayacağı ifade edilmektedir.⁴⁷⁷

3.2.2.2.6.2.Aydınlatılmanın Önceden Yapılması

Tıbbi müdahale bakımından aydınlatmanın mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastaya ve kanuni temsilcisine önceden yapılması halinde yeniden aydınlatılması zorunluluğu bulunmayabilecektir. Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın aynı ameliyatı ikinci defa geçirecek olması, hastanın ve kanuni temsilcisinin birçok hekim tarafından aynı konuya ilişkin olarak aydınlatılmış olması, sevk zinciri kapsamında bu kimselerin diğer bir hekim tarafından aydınlatılmış olduğunun sabit olması ve tıbbi müdahalenin risk içermemesi halinde ayrıca bir tıbbi müdahale aydınlatmasının gerçekleştirilmesi zorunlu olmayabilecektir.⁴⁷⁸

3.2.2.2.6.3.Bilgi Sahibi Olunması

Tıbbi müdahalede bulunulan ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisi ve mümkün ise kendisi, mesleki tecrübesi,⁴⁷⁹ daha önceki tedavileri, başka bir hekimin bilgilendirmesi, kitap ve broşürlerden araştırma yapmış olması gibi nedenlerle tedavi konusunda bilgi sahibi olabilmektedir.⁴⁸⁰ Bu durumların varlığı halinde dahi kanuni temsilciye ve mümkünse hastaya hiç bilgi sahibi olmadığı kabul edilerek tekrar bilgilendirilme yapılması gereksiz olarak nitelendirilmektedir.⁴⁸¹

⁴⁷⁷İşık Yılmaz, Ş. B. (2012), *Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.98, s.398

⁴⁷⁸Gülel, (2017), s.124

⁴⁷⁹ Gerçekleştirilen safra kesesi ameliyatı öncesi hastaya iyot barındıran madde kullanılmasının sonrasında hastada troid olduğu olayda hastanın hekimden tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkan zararları talep etmesi halinde mahkeme hastanın da bir hekim olduğunu, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin de bunu bildiğini, rizikoya ilişkin bilginin tıp öğreniminin temel bilgilerinden olduğunu ve hekim olan aynı zamanda da muayenehanesi bulunan genel cerrah hekimin bunu bilmesi gerektiği konuları üzerinde durarak hasta olan hekimin bu konu bakımından yeterli bilgiye sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Hakeri, (2007), s.139

⁴⁸⁰Erman, (2003), s.116

⁴⁸¹Şenocak, (1998), s.57; Yenerer Çakmut, (2010), s.233; Çilingiroğlu, (1993), s.68; Karşıt görüş, aydınlatma yükümlülüğü yalnızca “zorunluluk” olmadığı gibi aynı zamanda bir “sorumluluk” olarak karşımıza çıkar. Anlatılmak istenen hekimin hastaya karşı sorumluluğudur. Haliyle başka bir hekim tarafından tıbbi müdahale uygulanan hastanın bilgilendirilmesi hasta ile ilgilenen veya tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimin bu yükümlülüğünü yerine getirdiği sonucunu doğurmayacaktır. Cin, (2004), s.32

Ancak, bilgisinin bulunduğu kabul edilse dahi her halükârda hekim, gerekli tüm tedbirleri alarak kanuni temsilci ve imkân dahilinde ise hastanın bilgi sahibi olduğundan emin olmalıdır.⁴⁸²

Gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale bakımından kanuni temsilcinin ve mümkün olduğunca ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın bilgi sahibi olduğunun sabit olduğu hallerde tıbbi müdahalede bulunacak olan hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmayacağı ifade edilebilir.⁴⁸³ Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin uygulanacak tıbbi müdahale alanında uzman hekim olması gibi tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilere uzmanlığı dolayısıyla sahip ise⁴⁸⁴ ya da daha önce aynı hastalığa maruz kalınması sebebiyle hastalık ve tıbbi müdahale süreçleri hakkında araştırmaları neticesinde detaylı bilgiye sahip olması gibi hallerde yeniden aydınlatmanın gerçekleştirilmesi faydasız olacağından bu zorunluluk ortadan kalkabilecektir. Fakat, burada önemli olan temel kıstas, tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatmaya ilişkin bilgi sahibi olduğunun görüşmeler kapsamında tespit edilmesi gerekmektedir.⁴⁸⁵

3.2.2.2.6.4. Aydınlatmanın Reddedilmesi

Tıbbi müdahalede bulunulacak olan hastanın kanuni temsilcisinin ve mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın teşhis ve tedaviye ilişkin olarak bilgi sahibi olması gerektiği konusu şüphesizdir. Ancak, bazı hallerde kanuni temsilcinin ve ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın imkân dahilinde ise, uygulanması planlanan tıbbi müdahale veya müdahalelere ilişkin aydınlatmanın reddi talebinde bulunması söz konusu olabilir. Örneğin, tıbbi müdahalede bulunulacak olan ayırt etme gücünden yoksun olan dokuz (9) yaşındaki küçüğün kanuni temsilcisinin bu kişinin annesi olması ve küçük ile bizzat ilgileniyor olması durumunda küçüğün menfaatine herhangi bir zarar gelmemesi koşulu ile tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatmayı reddetme hakkının bulunduğu kabulü gerekmektedir. Bu halde, hekim, bilgilendirilme

⁴⁸²Hakeri, (2007), s.139

⁴⁸³Ayan, (1991), s.79; Aşçıoğlu, (1982), s.34

⁴⁸⁴Tıbbi müdahale uygulanacak olan hekimin genel cerrahi uzmanı olması ve uygulanacak olan tıbbi müdahalenin ise “*troit ameliyatı*” olması halinde hastanın uzmanlığı dolayısıyla tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilerinin bulunduğu kabul edilebilecektir.

⁴⁸⁵Gülel, (2017), s.124

hakkını kullanmak istemeyen kanuni temsilci kararına saygı duyarak gereğini yerine getirmelidir.⁴⁸⁶

Hasta, tıbbi müdahale konusunda ayrıntılı bilgi sahibi olması ya da tedavinin süreçlerini hekime bırakmayı uygun görmesi gibi gerekçelerle gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatılmak istemeyebilecektir.

HHY'nin "*Bilgi Verilmesini Yasaklama*" başlıklı 20. maddesi şu şekildedir:

"...İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine bilgi verilmemesini isteyebilir."

TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın⁴⁸⁷ ("HMEK") "*Bilgilendirmeme Hakkı*" başlıklı 27. maddesi⁴⁸⁸ ise aşağıdaki şekildedir:

"Hasta hastalığı hakkında bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi, hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınların bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir."

Hükümler uyarınca, hastanın aydınlatmayı reddetmesi, kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde değerlendirilir.⁴⁸⁹ Gerekçe her ne olursa olsun, tıbbi müdahale bakımından, kararı verme hak ve yetkisinin ayırt etme gücüne sahip olanlarda hasta olması⁴⁹⁰ ve kıyasen ayırt etme gücünden yoksun olanlarda kanuni temsilci olması dolayısıyla kanaatimizce, hasta adına ve hastanın menfaatine hareket eden kanuni temsilci bakımından bu hakların kıyasen ayırt etme gücünden yoksun

⁴⁸⁶Erman, (2003), s.116

⁴⁸⁷01.02.1999 tarihinde yayınlanmıştır.

⁴⁸⁸"Ancak hastanın bu feragatinin bir tehdit, zorlama ya da ahlaka aykırı bir anlaşma karşılığında yapılmış olması hallerinde geçerli kabul edilmesi mümkün değildir." Hakeri, (2007), s.138

⁴⁸⁹Şenocak, (1998), s.57; Aşçıoğlu, (1982), s.34

⁴⁹⁰Hakeri, (2007), s.138; Yıldız, E. (2006) *Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı*, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, s.33; Hancı, (2005), s.77; Ünver, Y. (1998), *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, 1. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın, s.241; Yılmaz, (2012), s.35; Özsunay, (1983), s.44

olanın menfaatleri doğrultusunda hareket edildiği ölçüde varlığının kabulü gerekmektedir.

Öğretide, mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcinin tıbbi müdahaleye ilişkin olarak aydınlatmanın reddi iradesinin aydınlatmanın tümünden kayıtsız olarak vazgeçme olarak sayılıp sayılmayacağı konusu tartışmalıdır. Kanaatimizce, kanuni temsilci ve mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hasta, tamamen aydınlatmayı reddetmek yerine yalnızca uygulanacak olan tıbbi müdahale bakımından belirli bazı riskleri bilmek istemez ise, bu halde tıbbi müdahale gerçekleştirecek olan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, ölüm ya da kalıcı sonuçlar istisna olmak üzere yalnızca bu konulara ilişkin aydınlatma gerçekleştirmemelidir.

Kanaatimizce, ölüm ya da kalıcı sonuçlar içeren hallerde ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin aydınlatılmak istemediğine ilişkin yazılı ve imzalı bir belgesinin ispat bakımından temin edilmesi gerekmektedir. Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın sürece katılmasının mümkün olduğu hallerde ise, sürece katılmak istemediğinden bahisle, aydınlatmayı reddetmesine ilişkin beyanının mümkün ise tanıklar huzurunda tutanak altına alınması ispat bakımından gereklidir.

Kanuni temsilcinin ve mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın, aydınlatılmaması halinde hasta yakınlarının ya da toplumun zarar görme ihtimalinin bulunduğu hallerde aydınlatmanın reddi beyanı dikkate alınmayacaktır. Örnek olarak, cinsel yollarla bulaşan hastalığın bulunması durumunda toplumun zarar görme ihtimali dolayısıyla aydınlatmanın reddi iradeleri dikkate alınmayarak aydınlatmanın yapılması gereklilik arz edecektir.⁴⁹¹

Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin ve mümkün ise hastanın, aydınlatmayı reddetmesi halinde, hasta bakımından telafisi imkânsız sonuçlar doğuracak nitelik taşıması⁴⁹² veya tıbbi standartların dışındaki deneysel

⁴⁹¹Gülel, (2017), s.127

⁴⁹² Öztürkler, C. (2006) *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.76

nitelik taşıyan tıbbi müdahaleler olması halinde de aydınlatmanın reddedilemeyeceği kabul edilmektedir.⁴⁹³

Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin ve mümkün ise kendisinin, herhangi bir bilgi seviyesine gelmeden daha fazla bilgilendirilmek istememesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle, aydınlatılmanın reddi kararının verilebilmesi için öncelikli olarak tıbbi müdahaleye ilişkin temel noktalarda aydınlatılmış olunması gerekmektedir.⁴⁹⁴

Aydınlatmanın reddi iradesinin açık ve net olması gerekmektedir. Vazgeçme iradesini verecek kişinin, ayırt etme gücüne sahip hata, hile, tehdit olmaksızın kendi iradesi ile aydınlatma hakkında vazgeçecek olan kişi olmalıdır.⁴⁹⁵ Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin bizzat aydınlatmadan vazgeçme iradesini açıklayamayacağını belirtmek gerekmektedir. Nitekim, ayırt etme gücüne sahip olmayan hastalar bakımından aydınlatma hakkında vazgeçme iradesinin hukuken sonuç doğurmayacağını kabulü gerekmektedir. Fakat, hastanın ayırt etme gücünden yoksun olmasına rağmen, uygulanacak olan tıbbi müdahale kapsamında ayırt etme gücünün var olduğu hallerde vazgeçme iradesinin sonuç doğurabileceğini belirtmek gerekir.

Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisi tarafından tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatmadan vazgeçme yönündeki kararı şüpheye yer vermeyecek şekilde hekime açıklanmalıdır.

3.2.2.2.7. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali

Aydınlatma, hastanın veya kanuni temsilcinin aydınlatılma hakkında vazgeçmediği ve acil hallerin de bulunmadığı şartlarda, tıbbi müdahale gerçekleştirecek olan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu için hukuksal

⁴⁹³Ayan, (1991), s.79

⁴⁹⁴Ateş, (2010), s.46

⁴⁹⁵Yavuz İpekyüz, (2006), s.101

yükümlülüktür. Aynı zamanda aydınlatma, rızanın hukuka uygunluk şartlarındandır.⁴⁹⁶

Ayırt etme gücünden yoksunluk halinin varlığının bilinmesi yahut tespit edilmesine rağmen yasal temsilci atanmayan kişiye doğrudan aydınlatma yapılması, kanuni temsilcinin varlığına rağmen aydınlatmanın hasta yakınlarına yapılması, aydınlatmanın hiç yapılmaması, aydınlatmanın eksik yapılması gibi aydınlatma yükümlülüğünün usulüne uygun şekilde gerçekleştirilmemesi durumlarında gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka aykırı nitelikte olacaktır.⁴⁹⁷ Hukuka aykırı nitelikteki tıbbi müdahale de ceza hukuku bakımından adam yaralama ya da adam öldürme suçlarını oluşturabilecektir.⁴⁹⁸

Hukuka aykırı tıbbi müdahale gerçekleştirenin eylemi, özel hukuk bakımından haksız fiil olarak nitelendirilebilecektir.⁴⁹⁹ Aynı zamanda tıbbi müdahaleye rızanın hukuka uygunluk koşullarından aydınlatmanın usulüne uygun olarak gerçekleştirilmemesi veya hiç aydınlatma yapılmaması hasta ve tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu arasında akdedilmiş tıbbi müdahale sözleşmesinin mevcudiyeti halinde bu eylemsizlik şeklindeki kusurlu eylem ifa eksikliği niteliğindedir.⁵⁰⁰ Bu şekilde hukuka aykırı nitelikte olan tıbbi müdahalelerde hasta, haksız fiil sorumluluğu yerine tıbbi müdahale gerçekleştirenin sorumluluğuna gidebilecektir. Bu halde, hekim, aydınlatmayı usulünce gerçekleştirmemesi ya da hiç gerçekleştirmemesi halinde sorumlu olmazken sorumlu hale gelecektir.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ Tıp biliminin gereklerine göre uygun nitelikte olsa dahi gerçekleştirilen tıbbi müdahale hasta aydınlatılmaksızın alınan bir rızaya dayanak taşıyorsa, bu halde tıbbi müdahalenin hasta özerkliği ve vücut bütünlüğünü ihlal etmiş olduğunu Alman uygulaması kabul etmektedir. Hakeri, (2007), s.144

⁴⁹⁷ Savaş, (2010), s.39

⁴⁹⁸ Sevindik Atıcı, E. (2006) *Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ss.22-23

⁴⁹⁹ Burada belirtilen zarar kavramı; komplikasyonun ortaya çıkmadığı durumlarda manevi zarar, komplikasyonun ortaya çıktığı hallerde ise hem maddi hem de manevi zararlardır. Aynı yönde, Şenocak, (1998), s.68

⁵⁰⁰ Gülel, (2017), s.124

⁵⁰¹ Savaş, (2010), s.281; Öğretideki bir diğer görüş, eksik aydınlatmaya rağmen müdahalenin tıp biliminin ilke ve kuralları uyarınca gerçekleştirilmiş fakat buna rağmen aydınlatmanın yapılmadığı risk ortaya çıkmış ise bu halde dahi tıbbi müdahalede bulunan bakımından yalnızca manevi zarar sorumluluğunun doğacağı yönündedir. Şenocak, (1998), s.68 ve 11. numaralı dipnot; Kanaatimizce eksik aydınlatma sonucu hastanın rıza verilmesiyle tıp biliminin ilke ve kurallarına uygun gerçekleştirilen tıbbi müdahale bu niteliklerine rağmen hukuken kabul görmeyen rızaya dayalı olarak gerçekleştirilmiş olacağından hekimin tazminat sorumluluğu doğacaktır. Bu halde yine gerekli

Yargıtay 17. HD. E.2016/20389, K.2017/3973, T.12.04.2017 kararında⁵⁰² aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunun tazminat sorumluluğunu doğurabileceği aşağıdaki şekilde belirtilmiştir:

“Davacılar vekili, müvekkili ...'ın hamilelik dönemindeki tüm kontrollerini Özel Koru ... hastanesine bağlı çalışan Dr. ... Biri'nin takip ettiğini, doktorun bebeğin ... durumu ile ilgili sıkıntıları tespit edip müvekkiline söylemesi gerektiğini, müvekkilinin böyle bir durumda hamileliğini sonlandırabileceğini, doktorun müvekkilinin doğumu sonlandırma hakkını kısıtlandırarak küçük ...'in bu hastalıklarla dünyaya gelmesini sağlayıp, ...'in de hayatını tehlikeye attığını, hekimin davalı ... şirketine ekli poliçe ile tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sigorta yaptırdığını, hekimin hastasını aydınlatma özen ve çaba sarf etme yükümlülüğünün ihlali neticesinde müvekkillerinin kişisel değerlerinde eksilme meydana geldiğini belirterek tabibin mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak müvekkil ... için ...TL, ... için ...TL, ... için ...TL olmak üzere toplam ... TL manevi tazminatın ve fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile ...TL maddi tazminatın fülün gerçekleşmesinden itibaren işleyecek olan yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir... Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre davacılar vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA... oybirliğiyle karar verildi.”

Aynı zamanda, tıbbi müdahalede bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, ceza hukuku bakımından hukuka aykırı faaliyetleri dolayısıyla cezai

niteliklere sahip tıbbi müdahalenin neticesinde aydınlatmanın yapılmadığı riskin gerçekleşmesi halinde tıbbi müdahale uygulayıcısının hem maddi hem de manevi tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.
⁵⁰²Yargıtay 17. HD. E.2016/20389, K.2017/3973, T.12.04.2017, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 10.12.2021)

yaptırımlara; idare hukuku açısından disiplin ve etik kurallara aykırı mesleki icrai faaliyeti dolayısıyla mesleki cezalara tabi olabilecektir.⁵⁰³

3.2.3.Rızanın Tıbbi Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiye Yöneltilmesi

Hukuka uygun nitelikteki tıbbi müdahalenin şartlarından bir diğeri de tıbbi müdahale gerçekleştirecek olan kişinin hukuken yetkilendirilmiş olmasıdır.⁵⁰⁴ Nitekim, ayırt etme gücünden yoksun olanlara uygulanacak olan tıbbi girişim ve tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarından biri de tıbbi müdahalede bulunacak olan kişinin hukuken yetkilendirilmiş olmasıdır. Tıbbi müdahale, tıp meslek ve sanatının icrası bakımından hukuken yetkili kılınan kişilerce yapılması halinde hukuka uygun tıbbi müdahale niteliğini taşıyacaktır.⁵⁰⁵ Yetkili ve görevli sağlık mesleği mensupları çalışmamızın birinci bölümünün 2.3.2.3.Yetkili Kişiler Tarafın Gerçekleştirilmesi başlığında detaylı şekilde açıklanmıştır.

3.2.4.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Hastanın Kanuni Temsilcisi ve Mümkün ise Kendisinin Rızanın Açıklama Zamanı, Şekli ve İçerik Şartlarına Uyması

Gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleye rızanın, tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce ya da en geç gerçekleştirileceği esnada verilmiş olması gerekmektedir.⁵⁰⁶ Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin tıbbi müdahaleye ilişkin olarak vereceği rıza, tıbbi müdahalenin başlangıcında alınmış olmalı ve bitişine kadar devam etmelidir.⁵⁰⁷

Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden sonra hastanın rıza göstermesi durumunda da rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği belirtilmektedir.⁵⁰⁸ Fakat, peşinen verilen tıbbi müdahaleye rıza beyanı ile sonradan

⁵⁰³Türkan ve Tuğcu, (2016), ss.226-227; Örnek olarak, TTB'nin Disiplin Yönetmeliği'nin 4/s maddesi uyarınca usulüne uygun olarak alınmayan aydınlatılmış rızaya dayalı olarak tıbbi girişimde bulunulması hekim açısından disiplin suçunu oluşturacak olması verilebilir.

⁵⁰⁴Ateş, (2010), s.21

⁵⁰⁵Demirbaş, T. (2011) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.251

⁵⁰⁶Hakeri, (2021), s.389

⁵⁰⁷Ateş, (2010), s.49

⁵⁰⁸İçel, K. (1967) *Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul: İstanbul Cezaevi Matbaası, s.184

verilen rıza beyanı arasında, peşinen verilen soyut rıza beyanının hiçbir hukuki sonuç doğurmaması bakımından fark vardır.⁵⁰⁹ Tıbbi müdahaleye sonradan verilen rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemektedir, ancak rıza alınmadan tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden doğan hekimin sorumluluğunun ibrası mahiyetindedir ve tıbbi müdahalede bulunan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun salt rıza alınmamasına bağlı olan tazminat sorumluluğunu bertaraf etmektedir.⁵¹⁰

Kanuni temsilcinin tıbbi müdahaleye rızasını geri çekmesi, diğer bir deyişle rızadan vazgeçmesi durumunda vazgeçmeden itibaren gerçekleştirilecek tüm müdahaleler hukuka aykırı olacaktır.⁵¹¹ HHY'nin 24/8 maddesinde⁵¹² tıbbi müdahalelerde rızanın her zaman geri alınamayacağı hüküm altına alınmıştır. Hüküm uyarınca, tıbbi müdahaleye başlanılmasından sonra tıbbi olarak tehlike bulunmaması halinde rızanın geri alınması mümkün olabilmektedir. Örneğin, lokal anestezi ile gerçekleştirilen ameliyat kapsamında, ameliyat yerinin dikiş ile kapatılmasında hastanın (bilinci açık) özgür iradesi ile tedavinin sonlandırılmasını istemesi hukuken kabul görmeyecektir.

Öğretide, HHY'nin 24/8. madde hükmünün geniş yorumlanmaması gerektiği savunulmuştur. Aksinin kabulü kişide, rıza vermesinin tamamen sağlık mesleği mensubunun denetimi altına gireceği anlamına geleceği gibi tıbben bir baskı oluşturabilmesi nedeniyle olumsuz etkiler yaratabileceği belirtilmiştir.⁵¹³ Hükümde ifade edilen tıbbi müdahale teriminin dar yorumlanarak sadece akut⁵¹⁴ müdahalelerin

⁵⁰⁹Tıbbi müdahaleye rızanın verilmesi, “yenilik doğurucu” nitelikteki bir hakkın kullanılması şeklindeki hukuki işlem olması dolayısıyla henüz hakkın doğmadığı hallerde feragat de mümkün değildir.

⁵¹⁰Ancak buna rağmen malpraktis sebebiyle ceza hukuk ve tazminat sorumluluğu mevcut kalacaktır. “*Bu doğrultuda, hâkimin hekimin mesleki kusuru dolayısıyla sorumluluğunu tespit ederek, konunun teknik niteliğini göz önüne almak suretiyle mutlaka uzman bilirkişilerden yardım alması ve kusurluluğun, özellikle de taksirin, belirlenmesi noktasında, çağdaş bilimsel bilgi ve tecrübelerle uygun davranış sergilenmesi, söz konusu mesleğe mensup ortalama bir bireyin gösterdiği dikkat, özen ve mesleki bilgiye sahip olunup olunmaması, bunun yanı sıra öngörülebilir, ancak beklenmeyen sonuçlar açısından hastanın aydınlatılıp rızasının alınıp alınmaması gibi belirli kriterleri bu tespiti yaparken kullanması gereklidir.*” Demirci, B. (2011) Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi, s.143

⁵¹¹Erman, (2003), s.122

⁵¹²HHY'nin 24. madde son fıkrası “*Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.*” hükmünü içermektedir.

⁵¹³Ateş, (2010), s.49

⁵¹⁴Semptom ya da hastalığın aniden başladığını ve nispeten kısa sürede sonlandığını, hastalık süresinin 3-14 (üç-on dört) gün şeklinde olduğunu ifade eden terimdir.

anlaşılmasının gerektiği ifade edilmiştir. Hastanın yaşamına ilişkin yakın ve açık tehlikenin var olması halinde hastaya akut bir müdahalede bulunulması gerektiğinde rızanın müdahalenin ilerleyişinde geri alınamayacağı ifade edilmiştir.⁵¹⁵ Sonuç olarak, tıbbi müdahaleye rızanın, örneğin kanuni temsilcinin ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın iradesinin de bu yönde olması ve hasta menfaatine uygun olacağı kanaatinde ise hastanın hayatını sona erdirebilecek nitelikteki tehlikeye neden olmamak şartıyla her an geri alınabileceği belirtilmiştir.⁵¹⁶

Hukuk düzenlemeleri uyarınca rıza açıklamasının herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olduğu görülecektir. TBK uyarınca, rıza açık ya da zımni olabilir, halin durumuna göre varsayılan rızasının⁵¹⁷ bulunduğu da kabul edilebilir.⁵¹⁸ Tıbbi müdahaleye rıza bakımından şekil serbestisi ilkesi hakimdir.⁵¹⁹ Ayırt etme gücünden yoksun olanlarda kanuni temsilcinin rıza açıklamasını daima yazılı olarak belirtmesi gerekmemektedir⁵²⁰. Rıza sözlü olarak da açıklanabilecektir.⁵²¹

HHY'nin “Rızanın Şekli ve Geçerliliği” başlıklı 28/1. maddesi de şu şekildedir:

“Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.”

Rıza, açık veya zımni olarak verilebileceğinden ayırt etme gücünden yoksun olanlarda kanuni temsilcinin gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olduğu hal ve durumdan anlaşılabilirdiği hallerde zımni rızadan bahsedilebilecektir.⁵²² Örneğin, ameliyat önerilen hastanın kanuni temsilci tarafından hastaneye yatırılması durumunun kanuni temsilcinin zımni rızası olarak değerlendirilmesi mümkündür.⁵²³ Fakat, zımni rızaya hukuken değer tanınmış olması, kanuni temsilcinin ve mümkün

⁵¹⁵Erman, (2003), ss.123-124

⁵¹⁶Ayan, (1991), s.12

⁵¹⁷Çalışmamızın “3.6.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Varsayılan Rıza” başlığı içerisinde detaylı şekilde incelenmiştir.

⁵¹⁸Hakeri, (2021), s.390

⁵¹⁹Çilingiroğlu, (1993), s.75

⁵²⁰Hancı, (2005), s.87

⁵²¹Hakeri, (2021), s.390

⁵²²Hakeri, (2021), s.390

⁵²³Bayraktar, (2006), s.140; Yenerer Çakmut, (2010), s.210

ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün ortadan kalktığına delalet etmez. Öğretide,⁵²⁴ bir riskin bulunmadığı tıbbi müdahalelerde, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcisinin hekime başvurusu sonrasında gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleye zımni rıza gösterdiği ifade edilmiştir.⁵²⁵

Mevzuat hükümlerinde rızanın yazılı olarak alınması gerektiğine işaret eden hükümler vardır. Örneğin, TŞSTİDK'nın 70. maddesi büyük olarak nitelendirilebilecek ameliyatlarda, TMK'nın 23/3. maddesi insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, nakli ve aşılması hallerinde, ODNK'nın ve NPHK'nın belirli hükümlerinde rızanın yazılı olması gerektiği düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki; rızanın şekil şartı başta olmak üzere belirli unsurlara tabi kılındığı hallerde rızanın varlığına rağmen bunun şekil şartlarına uyulmaması halinde tıbbi müdahale hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyecektir, bu bakımdan rızanın varlığı yeterli sayılarak muhakkak şekil şartının yerine getirilmesi gerekmemektedir.⁵²⁶

Tıbbi müdahaleye rızanın somut teşhis ve tedavi faaliyeti bakımından verilmiş olması gerekmektedir.⁵²⁷ Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun hastaya gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin her aşamasında kural olarak kanuni temsilcisinden rızanın temin edilmesi gerekmektedir.⁵²⁸ Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin ve mümkün ise kendisinin en başında soyut ve genel mahiyette göstermiş olduğu rıza geçerli olmayacaktır.⁵²⁹

⁵²⁴Hancı, (2006), s.87

⁵²⁵Belgesay, (1953), s.67; Koç, S. (2007), *Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Hekim Sorumluluğu*, Türkderm, S.41, ss.33-38

⁵²⁶Hakeri, (2021), s.391

⁵²⁷ Adıgüzel, S. (2011), *Yoğun Bakım Ünitelerinde Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, s.42

⁵²⁸Günel, (2017), s.82

⁵²⁹Hakeri, (2007), s.163

Hakkın doğumundan önce ilgili haktan feragatten de bahsedilemeyeceğinden kanuni temsilci tarafından şu şekilde verilen genel rıza geçerli olmayacaktır:⁵³⁰

“Hastanede tarafıma/hastaya gerçekleştirilecek olan tüm tıbbi müdahaleleri şimdiden kabul ediyorum.”

Kanun tarafından zorunlu olduğu kabul edilen suç araştırması maksadı ve hâkimin kararı⁵³¹ ile, vücuttan kan, kıl, saç ve doku gibi maddelerin temin edilmesini gerektiren yahut soy bağının tespitine ilişkin tıbbi müdahalelerde de tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi kanuni bir zorunluluktur.⁵³² Nitekim, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisi tarafından bu nitelikteki tıbbi müdahalelere rıza verilmesi de kanunen zorunlu kılınmıştır.

3.2.5. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Hastanın Kanuni Temsilcisi ve Mümkün ise Kendisi Tarafından Verilen Rıza İradesinin Sıhhatli Olması

3.2.5.1. Genel Olarak

HHY'nin “Rızanın Şekli ve Geçerliliği” başlıklı 28/2. maddesi şu şekildedir:

“Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede de bulunulamaz.”

⁵³⁰Hakeri, (2007), s.296

⁵³¹Bazı hallerde hâkim kararı değil Cumhuriyet savcısının talimatıyla da mümkün olabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsoy, T. ve Kök A. N. (2005) *Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1-2, s.1-21

⁵³²Apış, Ö. (2016) *Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.XVII, S.1, ss.93-132 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://dosya.marmara.edu.tr> (Erişim Tarihi: 14.11.2021); TMK'nın 284. maddesi; “Taraflar ve üçüncü kişiler, soy bağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.” hükmünü içermektedir.

Tıbbi müdahale gerçekleştirilecek olan ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin rızası, tıbbi müdahalenin doğrudan meşru sayılmasına yetmeyecektir.⁵³³

Tıbbi müdahale gerçekleştirilecek olan ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisi tarafından kişilik haklarına aykırı biçimde rıza verilmesi geçerli olmayacaktır.⁵³⁴ Örneğin, tıbben herhangi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen kanuni temsilcinin ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin bir organının alınmasına rıza göstermesi kişilik haklarına aykırı nitelikte olduğundan hukuka aykırıdır.⁵³⁵

Hak, hukuk düzeni içerisinde bireylerin özgür iradelerine tanınan yetki kullanımudur.⁵³⁶ Tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun, serbest iradenin oluşması için tıbbi müdahalelerde aydınlatma, hasta mahremiyetine saygı ve hastanın veya kanuni temsilcisinin rızasını alma gibi yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcisinin tıbbi müdahaleye rızasının geçerli olabilmesi için rıza iradesinin sağlıklı şekilde verilmiş olması da gerekmektedir.⁵³⁷

İrade teorisinin⁵³⁸ temelini bireysel özerkliğe saygı ilkesi oluşturmaktadır.⁵³⁹ İrade teorisi, günümüz hukuki işlem ve ilişkilerde esas olduğu gibi insan bedeninde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde de belirleyici niteliktedir. Bayraktar, irade teorisinin tıbbi müdahaleler açısından hastanın ve dolaylı olarak kanuni temsilcinin

⁵³³“...bir hekim tarafından önerilen tedaviye rıza hususunda küçüğün özel bir korunmaya ihtiyacı yoktur. Küçüğün karar verme özgürlüğü ve onu koruma ihtiyacı arasındaki denge, tedaviyi öneren ve uygulayacak olanın, mesleki bilgisi ile donanımlı ve tıp biliminin bilinen ve genel kabul gören kurallarına göre hareket etmekle yükümlü bir hekim olması karşısında zaten mevcuttur...” Şenocak, (1998), s.76

⁵³⁴Kıcalıoğlu, (2011), s.118; Er, (2008), s.82; Yenerer Çakmut, (2010), s.216; Oğuzman ve Öz, (2005), ss.501-503

⁵³⁵Oğuzman ve Öz, (2005), ss.502-503; HHY'nin 12. maddesi “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.” hükmünü içermektedir.

⁵³⁶Eren, (2021), s.564

⁵³⁷Oğuzman ve Öz, (2005), s.500; Kıcalıoğlu, (2011), s.120

⁵³⁸ İrade teorisi, Alman hukukçu Friedrich Carl von Savigny ve öğrencisi Benhard Windscheid tarafından açıklanan bir teoridir. Teori uyarınca hak, hukuk düzenince tanınan ve korunan kişiye ait bir irade kudretidir.

⁵³⁹Biggs, (2007), s.53

manevi bir baskı altında olduğundan serbest iradenin sağlanmasının mümkün olmayacağı görüşündedir.⁵⁴⁰

Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin ve mümkün ise kendisinin iradesinde sakatlık çeşitli nedenlerle ortaya çıkabilmektedir.

TMK'nın "*Genel Nitelikli Hükümler*" başlıklı 5. maddesi şu şekildedir:

"Bu Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır."

Bu sebeple, TBK'nın fesih, butlan, yanılma, aldatma, korkutma, ehliyet gibi hal ve durumlara bağlan sonuçlar için niteliğine göre genel ya da özel hükümler tıbbi müdahalelere rıza ve tıbbi müdahaleye ilişkin sözleşmelere uygulanabilecektir.

3.2.5.2.İradeyi Sakatlayan Nedenlerin Bulunmaması

3.2.5.2.1.Yanılma (Hata)

Türk ve İsviçre hukuk öğretilerinde yer alan ağırlıklı görüş gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleye gösterilen rızanın hukuki işlem niteliğinde olması yönündedir.⁵⁴¹ Alman hukuk öğretisinde, tıbbi müdahaleye rıza hukuki işlem benzeri fiil niteliğinde değerlendirilmiştir.⁵⁴² Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, bir hukuki işlemin hukuki bir sonuç doğurma ve muhataba ulaşma şartları taşıma gerekliliği⁵⁴³ karşısında tıbbi müdahaleye rızanın da bir hukuki işlem niteliği olduğu yönündedir.

TBK'nın 30 ve devamı maddelerinde hukuki işlemlerin geçersizlik sebeplerinden biri olan yanılma hüküm altına alınmıştır. Hukuki işlemin sakatlık sebeplerinden biri, kişinin işlemin sebebi ya da hukuki sonuçları bakımından esaslı

⁵⁴⁰Bayraktar, (1972), s.82

⁵⁴¹Şenocak, (1998), s.69

⁵⁴²Şenocak, (1998), s.69

⁵⁴³Oğuzman ve Öz, (2005), s.500

yanılması (esaslı hata) olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁴⁴ Esaslı yanılma basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikteki hastalığın tedavisine ağır cerrahi müdahalenin gerekliliği kanaati ile ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin ve mümkün ise kendisinin rıza göstermesinde esaslı yanılma bulunduğu kabulü gerekmektedir.⁵⁴⁵ Bu nedenle, örneğin esaslı yanılma ile rıza gösteren kanuni temsilci, esaslı yanılmanın varlığını ileri sürerek rızanın geçersizliğini iddia edebilecektir. Burada belirtilen yanılmanın niteliği esaslı yanılma iken, TBK'nın 32. madde hükmü uyarınca hukuki işlemin günlük yaşamdaki neticelerinde yanılığa düşme ya da beklentilerin karşılanmaması ise saikte yanılma olarak nitelendirilir. Hüküm uyarınca saik yanılma tıbbi müdahaleye rızanın geçerliliğini etkilemeyecektir.

3.2.5.2.2. Aldatma (Hile)

Aldatma, TBK'nın 36. maddesinde düzenleme altına alınan kişinin belirli bir biçimde hareketini sağlamak amacıyla kişiden birtakım gerçeklerin gizlenmesi ya da gerçek olmayan durumun yansıtılması şeklinde ortaya çıkan irade bozukluğu türlerindedir. Amaç, kişi iradesinin yanıltılarak istenen şekilde hareket ederek bu kapsamda beyan açıklamasında bulunmasını sağlamaktır.⁵⁴⁶

Tıbbi müdahalelerde hile ile, tıbbi müdahale uygulanacak olan ayırt etme gücünden yoksun olan hastaya ve kanuni temsilcisine, tıbbi müdahaleye rıza vermesi amacıyla söylenen gerçek dışı söylemler veya yapılan eylemler şeklinde karşılaşılmaktadır. Kanuni temsilcinin hekimin karşısında donanımsız ve savunmasız olması gibi nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda, hekimin basit nitelikteki bir gerçek dışı beyanının dahi aldatma niteliğinde olması olasıdır.⁵⁴⁷ Örneğin, herhangi

⁵⁴⁴ Oğuzman ve Öz, (2005), ss.80-90; Esasta yanılma halleri örnekseyici olarak TBK'nın 31. maddesinde tahdidi olarak gösterilmiş olup "Özellikle aşağıda sayılan yanılma halleri esaslıdır:

1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa,
2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa,
3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa,
4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa,
5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa." hükmünü içermektedir.

⁵⁴⁵ Gülel, (2017), s.108

⁵⁴⁶ "Hile kasten bir kişinin saik hatasına düşürülmesi olarak nitelenebilir." Oğuzman ve Öz, (2005), s.93

⁵⁴⁷ "Şayet bir kanun hükmü sözleşmenin kurulması sırasında bir tarafa diğer tarafı aydınlatması hususunda somut edim yükümleri yüklemişse, bunlara uymayan taraf, kural olarak hile yapmış

bir tıbbi müdahale gerekmediği halde maddi ya da başka herhangi bir gaye ile tıbbi müdahale uygulanmasının daha uygun olacağı kanaatini ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin kanuni temsilcisine bildiren hekimin, bu gerçeğe uygun olmayan söylemi aldatma niteliğindedir.

Öğretide, tıbbi müdahalede bulunan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun hastanın kanuni temsilcisine tıbbi müdahaleyi basit şekilde anlatması ya da ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın aydınlatılarak sürece katılması esnasında bazı noktaları terapötik amaçla saklaması durumunun aldatma şeklinde nitelendirilemeyeceği kabul edilmiştir.⁵⁴⁸ Türk Hukuku'nda buna izin veren hukuksal düzenlemeler de bulunmaktadır.⁵⁴⁹

Kanuni temsilcinin gerçekleştirilecek tıbbi müdahale için rıza göstermesini sağlamak amacıyla, bilincin rıza vermek için yeteri kadar açık olmaması ya da sakinleştirici maddenin etkisi altında olması anının beklenmesi hukuka aykırı ve hileli bir eylemdir.⁵⁵⁰ Aynı zamanda, belirli bir tıbbi müdahaleye ilişkin olarak araştırma üzerinde çalışan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun, çalışmanın gerçekleştirileceği ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin kanuni temsilcisini ikna etmek bakımından çok önemli bir hastalığı olduğunu ve acilen müdahale edilmesi gerektiğini söylemesi üzerine rıza alması da aldatma eylemi ile gerçekleştirildiğinden geçerli olmayacaktır.⁵⁵¹ Aldatmanın varlığı ve rıza iradesinde sıhhat her somut olayın niteliğine göre ayrı ayrı değerlendirilerek karar verilmesi gereken bir unsurdur.

sayılmalı, karşı tarafın iptal beyanını (ve tazminat talebini) ancak burada hilenin gerçekleşmediğini ispat ederek etkisizleştirebilmelidir.” Oğuzman ve Öz, (2005), ss.94-95; Tıbbi müdahale uygulayıcısının hastayı aydınlatması hukuksal bir zorunluluk taşıdığından aydınlatmanın (terapötik amaç haricinde) kasten eksik gerçekleştirilmesi hile sayılabilir.

⁵⁴⁸Hakeri, (2007), s.174; Özgül, (2010), s.261

⁵⁴⁹TDN'nin 14/2. maddesi “*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 lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.*” hükmünü içermektedir.

⁵⁵⁰Çakmut, (2010), s.213; İçel, (1967), s.185

⁵⁵¹Hakeri, (2007), s.174

3.2.5.2.3.Korkutma (İkrah)

Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin ve mümkünse kendisinin, tıbbi müdahaleye rıza kararı verirken baskı ve yönlendirmelere maruz bırakılmaması gerekmektedir.⁵⁵² TBK'nın 37. ve 38. maddelerinde düzenlenen korkutma; ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcisinin korkutulması, vaatlerle kandırılması, zorlanması, tehdit edilmesi gibi sebeplerle ortaya çıkabilen irade sakatlığı hallerindedir. Korkutmanın varlığı halinde, verilen rıza ile gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka aykırı nitelikte olacaktır. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi, Nazi zamanlarındaki kamplarda cinsel suçlar dolayısıyla bulunan hükümlülerin cezanın azaltılacağı vaadi ile hadım için rızalarının alınmasında verilen rızayı hukuka aykırı nitelikte kabul etmiştir.⁵⁵³

Kural olarak, tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisine ve mümkünse kendisine teşhis ve tedaviye ilişkin gerekli bilgilerin tamamını vermesi gerekmektedir. Ancak, yalnızca rıza alabilmek adına ilgili tıbbi müdahalenin uygulanmaması halinde hastanın ölebileceğinin belirtilmesi, ölüm neticesinin ortaya çıkma ihtimalinin gerçekten bulunması halinde TBK'nın 37. maddesi uyarınca korkutma, ölüm neticesinin ortaya çıkma ihtimalinin bulunmaması halinde TBK'nın 36. madde hükmü uyarınca aldatma şeklinde irade sakatlığı halleri söz konusu olabilecektir.⁵⁵⁴

3.2.5.3.Rıza İradesinde Sakatlığın Sonuçları

Ayırt etme gücünden yoksun olanlarda tıbbi müdahaleye rıza gösterecek olan kanuni temsilci ve mümkün ise hastanın rızası, irade sakatlanmasının neticesinde açıklanmış ise, bu halde rıza hukuken geçerli bir rıza olmayacaktır. Tıbbi müdahaleye ilişkin hukuka uygun bir rızanın verilmemiş olması halinde gerçekleştirilen tıbbi

⁵⁵²Sevindik Atıcı, (2006), s.18

⁵⁵³Erman, (2003), s.98

⁵⁵⁴Kıcalıoğlu, (2011), ss.118-121

müdahale ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin kişilik hakkına saldırı niteliğinde olacaktır.⁵⁵⁵

İrade sakatlayan hal, aynı zamanda TCK'da düzenlenen suç eylemlerini de oluşturmaktaysa bu eylem hukuka aykırı, buna ilişkin tıbbi müdahale sözleşmesi, rıza açıklaması kesin hükümsüz olacaktır ve hükümsüzlük türü mutlak butlan ile batıl olma şeklinde olacaktır.⁵⁵⁶ İrade sakatlığının bulunması, fakat bu halin yasak ya da suç olmaması durumunda; tıbbi müdahale sözleşmeleri ve rıza açıklaması TBK'nın 39. maddesi uyarınca iptal edilebilirlik geçersizlik türünden olduğu kabul edilmelidir ve hasta iradesi iptal edilebilir ya da geçerli olarak devam edebilir olmalıdır.⁵⁵⁷

TBK'nın "*İrade Bozukluğunun Giderilmesi*" başlıklı 39. maddesi şu şekildedir:

"Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onanmış sayılır. Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz."

Kanaatimizce, sözleşmelere ilişkin hükmün niteliğine uygun düştüğü biçimde tıbbi müdahaleye ilişkin rıza bakımından da geçerli olacağı kanaati ile rızanın geçerliliği ya da geçersizliğine ilişkin tespit uygulanabilecektir.

Hile ve ikrah (hata hariç olmak üzere) ile rıza verilmesinin sağlanmış olması halinde gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleye verilen rıza geçerli olmayacaktır.

⁵⁵⁵Şenocak, (1998), s.44; Özcan ve Özel, (2008), s.51; Ozanoğlu, (2003), s.59

⁵⁵⁶Örneğin, evlenmenin iptal edilebilirliği her halde olmayıp yalnızca belli süre ve kişiler tarafından talep edilebilir olduğundan nispi butlan şeklinde isimlendirilip tıbbi müdahale sözleşmelerinin konusunun da suç niteliğinde olması halinde hukuka ve kamu düzenine açıkça aykırılık bulunduğundan bu hal mutlak butlandır. Oğuzman ve Öz, butlanın kesin hükümsüzlük hali olduğunu, bu niteliği dolayısıyla iptal edilebilirlikten ayrıldığını ve bu sebeple başına mutlak kelimesinin eklenmesinin zorunlu olmadığı görüşündedirler. Oğuzman ve Öz, (2005), ss.136-137

⁵⁵⁷İrade bozukluğu hali var olsa dahi gerçekleştirilen tıbbi müdahale hastanın menfaatine ise bu halde irade bozukluğunun neticelerine katlanman ya da katlanmama hastanın takdirinde olması gerekmektedir.

Hukuka ve ahlaka aykırı nitelikteki tıbbi müdahaleleri gerçekleştiren sağlık mesleği mensubunun, kanuni temsilcinin rızasının varlığı dolayısıyla, rıza varlığının müterafik kusur oluşturduğundan sorumluluğu ortadan kaldıracığı ya da tazminatta indirim uygulanmasını gerektireceği iddiaları kabul görmeyecektir.⁵⁵⁸ Dolayısıyla yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun ayırt etme gücünden yoksun olan kimseye karşı maddi ve manevi tazminat yükümlülüğü doğmaktadır ve bu eylemlerin ceza hukuku bağlamında da kasten yaralama suçu dolayısıyla cezalandırılması gerekmektedir.⁵⁵⁹

3.3.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Kanuni Temsilci Tarafından Tıbbi Müdahaleye Rıza Verilmemesi

3.3.1.Genel Olarak

Tıbbi müdahalede bulunan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun mesleğini icra etme hakkı ile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı birbiri ile çatışmaktadır.⁵⁶⁰ Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı hastanın tıbbi müdahaleyi kabul veya reddetmesinde belirleyicidir.⁵⁶¹ Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı Alman ve Fransız hukuk uygulama ve öğretisinde de mutlak olarak benimsenmiştir.⁵⁶²

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına tıbbi müdahale bakımından belirleyicilik niteliği atfedilmiş olsa da küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi çeşitli nedenlerle ayırt etme gücünden yoksun olanların durumunun ne olacağı önem taşımaktadır. Tıbbi müdahaleye rızada karşılaşılan sorunlardan biri de rıza verme yetkisi bulunan kanuni temsilcinin çeşitli nedenlerle⁵⁶³ tıbben gerekli olan tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi halidir.⁵⁶⁴

⁵⁵⁸Boran, (2008), s.86; Karşıt görüş olarak, Özgül, (2010), s.170; Oğuzman ve Öz, (2005), ss.502-579

⁵⁵⁹Gülel, (2017), s.111

⁵⁶⁰Erman, (1991), s.54

⁵⁶¹Tacir, (1991), ss.259-260; Erman, (1991), s.59 (Erman'dan naklen Koch, s.218-219)

⁵⁶²Erman, (1991), s.60

⁵⁶³Ebeveynlerin dini sebeplerle çocuklarına gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleleri reddetmelerine örnek olarak şu vakıa verilebilir: Müslüman ve on dört (on dört) yaşındaki çocukta yaygın yanık akabinde domuz kaynaklı deri greftini kabul etmemesi dolayısıyla komplikasyonlar gelişmesi.

⁵⁶⁴Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine kanuni temsilcinin çeşitli sebeplerle rıza göstermemesi halinin gündeme geldiği bir somut hukuki olay Sabah Gazetesi'ne konu olmuştur. Haber, "Kız bebeğin ailesi, önce sezaryene sonra da yoğun bakıma karşı çıktı. Doktorlar da bebeği, mahkeme kararıyla kuvüze aldı. İyileşen kızı devlet, gözetim şartı ile annesine iade etti Ailesinin yoğun bakıma alınmasına izin vermediği kız bebek, hastanenin şikâyeti üzerine çocuk mahkemesinin bir günde çıkardığı karar ile

Kanuni temsilcinin, mutlak olarak gerçekleştirilmesi gereken tıbbi bir müdahaleye rıza göstermemesi halinde velayet ya da vesayet hakkının kötüye kullanılması anlamını taşıyacağından bu halde hâkim kararına ihtiyaç olduğu belirtilmektedir.⁵⁶⁵

HHY'nin "Hastanın Rızası ve İzin" başlıklı 24/4. maddesinde de konu aşağıdaki şekilde açıkça düzenlenmiştir:

kuvöze alındı. Tedavinin ardından Sosyal Hizmetler'in aldığı bebek, ailesinin zarar vermeyeceğine kanaat getirildikten sonra tekrar anneye verildi. Ancak küçük bebeğin bakımı denetim altında. Her şey 7 Nisan'da, gece saat üçte E.G. adlı hastanın doğum sancılan ile hastaneye başvurusuyla başladı. Sabah 11.30 sıralarında doğumu takip eden doktor, bir terslik Olduğunu ve hastanın sezaryene alınması gerektiğini açıkladı. Kayınvalide ve baba sezaryene izin vermiyordu. Aile ile hastane yetkilileri arasında şiddetli tartışmalar yaşandı ve en sonunda aile ikna oldu. Ancak minik bebeğin daha doğmadan karşılaştığı aksilikler bununla da sınırlı kalmadı. S.G. dünyaya geldikten sonra doktorları tıbbi bir komplikasyon saptadı. Bebek annesinin sütünü emerken kolunda istemsiz bir hareket oluşuyordu. Savcı harekete geçti. Çocuk doktoru, beyinde oluşan su toplaması nedeniyle acilen yeni doğan yoğun bakıma alınmasını istedi. Bu noktada aile yine doktorlara karşı çıkararak minik kızın yoğun bakıma alınmasını kabul etmedi. Bebeklerini alıp evlerine gitmek istediler. Bu defa aileyi ikna etmek mümkün olmayınca, hastane yetkilileri Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurdu. Savcı da vakit kaybetmeden bir saat içinde olayı Bakırköy 1. Çocuk Mahkemesi'ne taşıdı. Çocuk Mahkemesi, İstanbul Sağlık Müdürlüğü ve doktorların açıklamalarıyla aynı gün içinde karar aldı ve minik bebeğin acil korumaya alınıp sağlık tedbiri verilmesine hükmetti. Bebeğin gözetimi de aileden alınarak Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü yetkililerine devredildi. Kuvözde 7 gün kaldı. Talihsiz bebek S.G., Bahçelievler Medical Park bebek yeni doğan yoğun bakım ünitesinde tam 7 gün kaldı. Tüm tedavisi yapıldı. Taburcu olma vakti gelince de mahkeme kararıyla polis eşliğinde ailesi yerine 17 Nisan'da Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü yetkililerine teslim edildi. Ailenin ısrarla bebeklerini istemesi üzerine bir adaptasyon süreci başlatıldı. Uzmanlar, ailenin bebeğe zarar vermeyeceğine ve tedavi sürecini kesintiye uğratmayacağına kanaat getirdikten sonra, minik S.G. de tekrar ailesine teslim edildi. Sosyal hizmetler yetkilileri halen periyodik aralıklarla bebeğin sağlık durumunu ve bakımını kontrol ediyor. Dr. Çetin Köksal (Medical Park Bahçelievler Hastanesi Genel Müdürü): "21 yıllık hekimim, ilk kez böyle bir durumla karşılaştım. Tıbbin dışında bu olayda karşımıza hukuk da çıktı. Babam eski bir hâkimdi ve hep çocukların devlet korumasına alınabileceğini söylerdi. O nedenle bu konuda bir bilgim vardı. Bu sayede vakit kaybetmedik savcılığa başvurumuzu yaptık. Buna rağmen aileyi ikna çabalarımız sürdü, ama başaramadık. Hiçbir ücret ödemeyeceklerini, çocukların sağlıklarının devlet güvencesinde olduğunu açıkladık. Yine de kabullenmediler. Biz de Çocuk Koruma Kanunu'na göre savcılığa başvurup tedbir istedik. Saatler içinde koruma kararı çıktı." ifadelerinde bulunmuştur. Zamanla yarış. Bebeğin sağlığı için zaman çok önemliydi. Çocuklarımızın yaşam hakkı elinden alınamaz. Kimse kimsenin hayatını riske sokamaz. Bebeğe herhangi bir sağlık sorunu oluşmaması için tedavisini yaptıktan sonra mahkeme kararına göre yine Sosyal Hizmetler yetkililerine teslim ettik." şeklindedir. Aile "Tedavi Etmeyin" Dedi Mahkeme Kararı Yaşattı, Sabah Gazetesi, 08.08.2009, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.sabah.com.tr> (Erişim Tarihi:15.11.2021)

⁵⁶⁵*"ABD'nin Minnesota eyaletinde kansere yakalanan 13 yaşındaki Daniel Hauser'in kemoterapiyi reddetmesi ve ailenin bu isteği desteklemesi mahkemeye taşındı. Eyalet yönetimi, çocuk koruma yetkililerini harekete kon mahkemeye götürdü. Mahkemenin, önümüzdeki günlerde Colleen ve Anthony Hauser çiftinin kemoterapiyi reddetme hakkının olup olmadığına karar vermesi bekleniyor. Tedaviyi kabul etmelerinin, çocuğu ölüme mahkûm etmek olarak nitelendiren doktorlar, çocuğun kemoterapi gördüğü takdirde kurtulma şansının yüzde 90 olduğunu söylüyor. Kemoterapi olmadan yaşama ihtimali ise sadece yüzde 5." Bkz. Kemoterapiyi Reddeden Aile Mahkemelik Oldu Haberi, (2010) Milliyet Gazetesi [Çevrimiçi]. Erişim adresi: <http://milliyet.com.tr> (Erişim Tarihi: 15.11.2021)*

“Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu’nun 346’ncı ve 487’nci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”

Bu hallerde, uygulamada, bakım ve gözetim hakkının kötüye kullanımından doğabilecek kötü neticeleri önlemek adına tıbbi müdahalede bulunan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun gerekli olan tedbirleri almakla yükümlü olduğuna karar verilmiştir.⁵⁶⁶ Bu sebeple, acil hallerde ya da hâkime ulaşmanın imkân dahilinde olmadığı durumlarda kanuni temsilcinin iradesi bağlayıcı nitelikte olmayacaktır.⁵⁶⁷

Nitekim, Yargıtay da konuyla doğrudan ilgili olmayan kararında, prematüre bebeğin, ailesi tarafından hastaneden götürülerek ölümüne sebebiyet verdiği savunmasını yapan hekime karşı aşağıdaki şekilde görül belirtmiştir:

“Böyle bir doğumun akabinde gerekli özeni gösterip, tedbirleri alarak bebeği prematüre servisine hemen göndermenin hasta sahiplerinin iradelerine bağlı olmayıp, bilakis hekimin vekâletin özenle ifa yükümlülüğünün içinde olduğuna kuşku ve duraksama olmamalıdır”

3.3.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Küçüğün Tıbbi Müdahalesinde Durum

Küçüğe gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde acil halin varlığı durumunda savcılığa başvurmak ve savcının çocuk hakiminden Çocuk Koruma Kanunu⁵⁶⁸ (“ÇKK”) çerçevesinde çocuğu korumaya alarak sağlık tedbiri verilmesine karar

⁵⁶⁶Ebeveynlerin tedaviyi ret kararına yönelik olarak devlet müdahalesinden yararlanmak için hekimlerin belirli soruları cevaplandırması tavsiye edilmektedir: “Ebeveyn, rıza vermeyerek çocuğu ciddi bir zarar görme riskine sokuyor mu? Zarar hemen mi oluşacak, önlenmesi için hemen harekete geçmek gerekiyor mu? Reddedilen müdahale ciddi bir zararı önlemek için gerekli mi? Reddedilen müdahalenin etkili olduğu kanıtlanmış mı, zararı önlemesi muhtemel mi? Ebeveynin reddettiği müdahale aynı zamanda çocuğu ciddi riske sokuyor mu ve öngörülen yararları öngörülen yüklerine, ebeveynin tercih ettiği diğer seçeneğe oranla ağır basıyor mu? Başka bir seçenek edip ebeveynler çocuğa kabul verilebilecek edilebilir zararı mı? önlerken ebeveyn özerkliğine daha az müdahale Devlet müdahalesi tüm benzer durumlara genellenebilir mi? Daha önce benzer durumla karşılaşmış kişiler, devlet müdahalesinin gerekli olduğu konusunda hemfikir mi?”

⁵⁶⁷Hakeri, (2021), s.423

⁵⁶⁸5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 25876, 15 Temmuz 2005 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)

vermesi gerekmektedir. Mahkeme kendiliğinden ya da ihbar üzerine tedbir kararı verebilecektir.

ÇKK'nın 10. maddesi⁵⁶⁹ uyarınca mahkeme kararı üzerine Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu gerekli tedbirleri alarak çocuğu resmi ya da özel bir kuruma yerleştirecektir. Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik⁵⁷⁰ uyarınca Sağlık Bakanlığı da sağlık tedbirini yerine getirmek durumundadır ve gerekli hallerde yardım isteyebilecektir.

AYM, 29.06.2016 tarihli ve 2014/4077 sayılı başvuru hakkında ebeveynlerin çocuklarını alakadar eden tıbbi karar alma aşamalarına katılma haklarının bulunduğu, fakat bu kararın ebeveynin çocukların yaşam ve vücut bütünlüğü bakımından elzem olan tıbbi müdahaleleri reddetme hakkına sahip olduğu anlamına gelmediğini belirterek bu yönde karar vermiştir.⁵⁷¹ Kıyasen, ayırt etme gücünden yoksun olması dolayısıyla tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti bulunmayan küçüklerin kanuni temsilcisi niteliğindeki veli ya da vasinin, küçüğün hukuken korunan sağlık, yaşama ve vücut bütünlüğü hakları açısından zaruret arz eden tıbbi müdahaleleri reddedebilecekleri anlamına gelmediğini belirtebiliriz.

Öğretide de isabetli olarak aşağıda yer alan görüş⁵⁷² savunulmaktadır.

“Küçüğün zararına verilecek bir rıza, hukuka veya ahlaka aykırıdır. Bundan dolayı, kanuni temsilci, her zaman küçüğün yararını ön planda tutmalıdır. Örneğin, çocuğun hayatı için önemli olan kan naklinin sırf küçüğün aile üyelerinin dini inançlarından dolayı reddetmeleri hukuka aykırıdır. Çünkü burada küçüğün üstün

⁵⁶⁹ÇKK'nın 10. maddesi; “Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından, kendisine intikal eden olaylarda gerekli önlemler derhâl alınarak çocuk, resmî veya özel kuruluşlara yerleştirilir.” hükmünü içermektedir.

⁵⁷⁰Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 26386, 23 Aralık 2006 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)

⁵⁷¹AYM, *Muhammed Ali Bayram Kararı*, B. No. 2014/4077, 29.06.2016, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 24.10.2021)

⁵⁷²Özdemir, H. (2008) *Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*, AÜEHFD, C. XII, S.3-4, s.55

yararı söz konusudur. Yahova şahidi anne ve baba hasta olan çocukları için üçüncü kişilerden kan naklini reddetmeleri hukuka ve ahlaka aykırıdır.”

3.3.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olan Yetişkinin Tıbbi Müdahalesinde Durum

HHY'nin 24/7. maddesi⁵⁷³ uyarınca, hasta rızasının alınamayacağı ve hayati tehlikenin bulunduğu ve ayrıca bilincinin kapalı olduğu acil hallerde hastanın bir organının kaybedilmesine ya da fonksiyonların devam edemez hale gelmesine neden olacak halin varlığında, hastaya tıbbi müdahale gerçekleştirmek kanuni temsilcinin rıza bağlı olmayacaktır.

Benzer şekilde, HMEK'in "Aydınlatılmış Onam" başlıklı 26/2. maddesinde de acil hallerde tıbbi müdahale gerçekleştirme bakımından kanuni temsilcinin iradesine önem atfedilmeyerek takdir yetkisi hekime bırakılmıştır ve aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“...Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka meslektaşına bir danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir.”

Tıbbi müdahalede bulunmak bir aciliyet arz ediyorsa bu halde derhal gerçekleştirilmeli, vakit var ise bu halde de mahkemeye başvurularak karar alınmalıdır. Burada belirtilmesi gereken en önemli nokta, hayat ve vücut bütünlüğüne ilişkin tıbbi müdahalelerin elzem olması hallerine özgü olmasıdır. Bitkisel hayatta bulunan ya da herhangi bir nedenden dolayı rıza açıklama ehliyetine hiçbir zaman

⁵⁷³HHY'nin 24/7. maddesi; “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 yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.” hükmünü içermektedir.

sahip olamayacaklar açısından tıbbi vasiyet hükümlerinin ⁵⁷⁴ dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca, hasta yakınlarının iradesinin de esas alınması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁷⁵

Geçici nitelikteki herhangi bir nedenle (sarhoşluk vb.) bilincin bulunmadığı hastada, hayat ve vücut bütünlüğünün korunması bakımından tıbbi müdahalede bulunulması elzem görülüyorsa, hastanın ayırt etme gücüne sahip olabilmesi için makul sürenin beklenmesi aleyhe ise, bu halde kanuni temsilcinin tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi mümkün değildir.⁵⁷⁶

3.4. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Tedaviyi Ret Hakkı

3.4.1. Genel Olarak

Hastanın ehliyet sahibi olması halinde tıbbi müdahaleye rıza göstermeme ya da sürmekte olan tıbbi müdahaleyi sonlandırma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.⁵⁷⁷ Bireysel özerkliğe saygı ilkesinin bir gerekliliği olarak hastanın tedaviyi reddetme hakkını kullanması mümkün olacaktır. Bir kimsenin sahip olduğu kişisel haklarında özgür iradesi ile serbest tasarrufları, kamu düzenini kural olarak bozmayacaktır.⁵⁷⁸ Ancak, bir hastanın tedaviyi ret hakkını kullanması, toplumdaki başka kişilerin sağlığına zarar vererek kamu düzenini bozma ihtimali bulunan hallerde (karantina, zorunlu aşılama, salgın hastalık vb.) hastanın tedaviyi ret hakkını kullanamayacağı belirtilmektedir.⁵⁷⁹

⁵⁷⁴Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesi uyarınca HHY'nin 24/5-6. maddelerinde tıbbi vasiyete ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Madde; "Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir." hükmünü içermektedir.

⁵⁷⁵Hakeri, (2021), s.427

⁵⁷⁶Hakeri, (2021), s.427

⁵⁷⁷Hakeri, (2007), s.194; Kıcalıoğlu, (2011), s.15

⁵⁷⁸Bayraktar, (2006), s.79

⁵⁷⁹AYM'nin zorunlu aşılama hakkında aksi yöndeki kararı; "Velayet altında bulunan başvurucuya bebeklik dönemi aşularının uygulanması ebeveyn tarafından kabul edilmediği hâlde bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği" iddiasına dayalı olarak başvuruda bulunulduğu belirtilen somut olayda, "...Tıbbi müdahaleyi ret hakkı kapsamında fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yönelik müdahaleler Sözleşme ("AHİS") organlarının içtihadına da sıklıkla konu olmuş, bu kapsamda kişinin alkollü olup olmadığına yönelik kan ve nefes testleri, babalığın tespitine yönelik tahliller, suç faillerinin

Ayırt etme gücünden yoksun olduğu gerekçesi ile kısıtlanarak kendisine kanuni temsilci atanan hastanın, uygulanması planlanan tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücünün bulunduğu hallerde tedaviyi ret hakkını kullanabileceğini belirtmek gerekmektedir. Çalışmamızın bu başlığında belirtilen ayırt etme gücünden yoksun olan hasta ifadesinden anlaşılması gereken; genel olarak ayırt etme gücünden yoksun olduğu gerekçesi ile kısıtlanan fakat uygulanacak olan tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücüne sahip hastadır.

3.4.2. Tedaviyi Reddetme Hakkının Kullanım Şekli

Aydınlatmanın neticesinde, tıbbi müdahaleye ilişkin gereken düzeyde bilgi sahibi olan ayırt etme gücünden yoksun hastanın, kendisine gerçekleştirilmesi öngörülen tedaviyi ret hakkını, aydınlatmanın gerçekleştirilmesi sonucunda

tespitine yönelik kan ve tükürük örneği temini, bulaşıcı hastalık riskine karşı yapılan kan testleri ve alınan röntgenler, jinekolojik muayene, psikiyatrik muayene ve tedavi, fiziksel tedavi ve ilaç tedavisi gibi kişiye rızası olmaksızın uygulanan tıbbi muameleler, fiziksel ve ruhsal özerkliğe bir müdahale olarak değerlendirilmiştir... Söz konusu değerlendirmelerde AİHM'nin, fiziksel ve ruhsal bütünlüğün özel yaşamın en mahrem ve sıkı koruma gerektiren yönünü oluşturduğunu ve zorunlu tıbbi müdahalelerin -söz konusu müdahalenin boyutu ne kadar küçük olursa olsun- belirtilen hakka müdahale teşkil edeceğini belirttiği görülmektedir... Tıbbi müdahalelere ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası alandaki mevzuat hükümleri rıza unsurunu temel şart olarak öngörmekte, velayet veya vesayet altındaki küçük yaştaki çocuklara veya kısıtlılara uygulanacak müdahaleler açısından da kanuni temsilcilerin rızası söz konusu tıbbi muamele süjesinin rızası yerine ikame edilmekte ve rıza şartına istisna getirilebilecek hâller genel olarak acil durumlar bağlamında tıbbi zorunluluk hâlleri ile kanunda belirtilen durumlarla sınırlandırılmaktadır... Başvuruya konu idari ve yargısal süreçte, başvurucuya aşı uygulaması yapılması hususundaki talep ve kararların, 5395 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi ve 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi temelinde oluşturulduğu görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerde bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuklar korunmaya muhtaç çocuk olarak tanımlanmakta ve çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik olarak sağlık tedbiri uygulanabileceği belirtilmektedir. Somut başvuru açısından da başvurucuya bebeklik dönemi aşularının uygulanmasının ebeveyn tarafından reddi üzerine, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğü tarafından ebeveynlerince aşı uygulamasına izin verilmeyen çocukların korunmaya muhtaç çocuk olarak kabulü gerektiği belirtilerek 5395 sayılı Kanun kapsamında sağlık tedbiri uygulanması talebinde bulunulduğu, ilgili İlk Derece Mahkemesi tarafından da aynı gerekçeyle sağlık tedbiri uygulanmasına hükmedilerek kararın itiraz kanun yolundan geçerek kesinleştiği, bu bağlamda başvurucunun, söz konusu uygulamanın yasal temeli olmadığı ve idari düzenlemelerle bir sınırlama öngörüldüğü noktasındaki itirazlarının da yargı mercilerince dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır... Bu kapsamda somut başvuru açısından 5395 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin, başvuruya konu müdahalenin kanuni temelini ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan öngörülebilirlik niteliğini taşımadığı anlaşıldığından Anayasa'nın 17. maddesi anlamında müdahalenin meşruiyet unsurlarından biri olan kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.” gerekçeleri ile Anayasa'nın 17. maddesinde hüküm altına alınan maddi ve manevi bütünlük ve varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. AYM, Halime Sare Aysal Kararı, B. No. 2013/1789, 11.11.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 13.10.2021)

kullanması gerekmektedir.⁵⁸⁰ Hiçbir aydınlatma yapılmaksızın ya da somut durum çerçevesinde kişi ya da olaya özgü, usulüne uygun nitelikteki bir aydınlatma olmaksızın tedavinin reddedilmesi, hukuken geçerli bir hak kullanımı değildir.⁵⁸¹ Tedavinin reddedilmesi veya süreci devam etmekte olan tedavinin sonlandırılması isteğinin yerine getirilmesi sonucu ortaya çıkabilecek neticeler, hastaya, tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu göz önünde bulundurularak, hastanın eğitim, sosyal, kültürel vs. özelliklerine göre anlatılmalıdır. İspat aracı olarak da aydınlatmanın gerçekleştirildiğine ilişkin mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun olan hastadan ve kanuni temsilcisinden imzalı yazı alınması uygun olacaktır.⁵⁸²

3.4.3. Tedavinin İrade Açıklaması Uyarınca Kesilmesi

Hastanın, tedaviyi ret hakkını kullanması ya da rızanın geri alınması ile tıbbi müdahalenin sonlandırılması mümkün olabilmektedir. Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın, uygulanması öngörülen tıbbi müdahale bakımından algılama ve muhakeme yeteneğinin var olduğu hallerde, kendi iradesi ile tıbbi müdahaleyi ret hakkını kullanarak tedaviyi sonlandırması bozucu yenilik doğuran bir hak kullanımıdır. Tedaviyi ret hakkının kullanılması özellikle iradenin yazılı bir ispat aracına bağlanmadığı hallerde çeşitli sıkıntı ve tereddütler yaratabilir.⁵⁸³

3.4.4. Tedaviyi Reddetme Hakkının Kullanımı Sonucunda Ölüm Neticesinin Ortaya Çıkması

3.4.4.1. Pasif Ötenazi Kapsamında Değerlendirme

Ötenazi (aktif ötenazi), iyileşme imkânı olmayan bilinci açık hastanın acı ve ıstıraplarına son verilmesi gayesi ile hasta iradesine dayanılarak yaşamına son verilmesi maksadıyla dış etken maddenin vücuda verilmesi ile gerçekleştirilen tıbbi

⁵⁸⁰Erman, (1991), s. 155

⁵⁸¹Erman, (1991), s. 155

⁵⁸²Kıcalıoğlu, “Acil bir durumda kendisine tıbbi müdahalede bulunulmaması için, hastanın önceden hazırlanmış yazılı talimatının bulunması halinde hastaya müdahale edilemez.” kanaatindedir. Kıcalıoğlu, (2011), s.15

⁵⁸³ Bu sebeple tedaviyi ret hakkının kullanılmasının yazılı bir belgeye dökülmesi önerilmektedir. Aşçıoğlu, (1993), s.34; Öztürkler, (2006), s.77

müdahaledir.⁵⁸⁴ Pasif ötenazi ise, tıbbi desteklerle yaşamını sürdürmekte olan hastanın tıbbi desteklerin çekilmesi ile yaşamına son verilmesinin sağlanmasıdır.

Belçika ve Lüksemburg hukuki düzenlemelerinde ötenaziye yer veren ülkeler arasındadır.⁵⁸⁵ Hollanda, mahkeme kararına gerek olmaksızın hekimin başka bir hekime danışarak vereceği kararla ötenazi uygulayabilecektir.⁵⁸⁶ Fransa, pasif ötenaziye Avrupa ülkesi olarak en son kabul eden ülkedir.⁵⁸⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁵⁸⁸ ise mevzuatında pasif ötenaziye ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiş olan İngiltere bakımından ötenazi hakkının kullanımı bakımından yapılan başvuruyu, AİHS'in 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkının ölme hakkını da içerisinde barındırdığına ilişkin yeterli verinin bulunmadığı kanaat ve gerekçesi ile reddetmiştir.⁵⁸⁹

⁵⁸⁴Güven, K. (2000) *Kişilik Hakları ve Ötenazi*, 1. Baskı, Ankara: Nobel Yayınları, s.12

⁵⁸⁵Besiri, A. (2009) *Ötenazi ve Yaşam Hakkı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.86, ss.198-200

⁵⁸⁶Güven, (2000), s.17

⁵⁸⁷Fransız Meclisi'nde 30 Haziran 2004 tarihinde, Fransız Senatosu'nda ise 12 Nisan 2005 tarihinde kabul edilmek sureti ile 22 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren "*Yaşamın Sonu ve Hasta Hakları ile İlgili Kanun*", "*Kamu Sağlığı Kanunu'nun*" bazı maddelerinde gerçekleştirdiği değişiklikler uyarınca iyileşmesi ihtimal ve imkanı olmayan hastaların yaşam desteklerinin çekilebileceği bu bakımdan desteklerin sonlandırılabilmesi kabul edilerek kanun değişikliği uyarınca pasif ötenazi imkanı hale gelmiştir. Kanun değişikliği sonrasında L. 1110-5 ve L. 1110-4 maddeleri uyarınca durdurulabilecek ya da sınırlandırılacak olan tedaviler (yapay beslenme vb.) durdurulabilecektir.

⁵⁸⁸AİHM, *Lambert ve Diğerleri/Fransa Kararı*, B. No. 2014/4077, 29.06.2016, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://hudoc.echr.coe.int/tur> (Erişim Tarihi: 24.10.2021)

⁵⁸⁹"...Hal böyle olmakla birlikte 2. madde farklı terimlerle kaleme alınmıştır. Madde, yaşamın kalitesi veya bir kişinin yaşamıyla ne yapmayı tercih edeceği gibi meselelerle ilgilenmemektedir... Madde 2, dil saptırılmaksızın, taban tabana zıt ve ölme hakkı olarak isimlendirilen bir hakka imkân verecek şekilde veya bireyin kendisine yaşamaktan ziyade ölmeyi seçme hususunda hak bahşedecek bir kendi kendine karar verme (self determinasyon) hakkı yaratacak şekilde yorumlanamaz. Dolayısıyla Mahkeme gerek bir üçüncü şahsın elinde gerekse de bir resmi makamın yardımıyla olsun ölme hakkının Sözleşme'nin 2.maddesinden çıkarılamayacağını tespit eder. Mahkeme'nin bu görüşü Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin geçenlerdeki 1418 sayılı (1999) kararıyla da doğrulanmıştır." Bkz. Pretty/İngiltere Kararı, Başvuru No: 2346/02, Karar Tarihi: 29 Nisan 2002, Kesinleşme Tarihi: 29 Temmuz 2009 Tarihli kararı, Cengiz, S. (2010), *Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Parodoksunu Işığında Hekim Sorumluluğu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran 2010, ss. 422-425; Ötenaziye ilişkin olarak hukuksal düzenlemelerin incelenmesinde "ölme hakkı" ya da "ötenazi" nin özerk bir hak olarak düzenlenmediği yalnızca kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde uygulanması durumunun ceza mevzuatı açısından suç olmaktan çıkarılmasına imkân tanındığı belirtilmektedir. Tacir, (2011), ss.259-260

3.4.4.2. Türk Hukuku'ndaki Durum

HHY'nin 13. maddesi uyarınca Türk Hukuku'nda ötenaziye (aktif ve pasif) izin verilmemiştir.⁵⁹⁰ Hukukumuzda aktif ya da pasif şekilde ötenazinin gerçekleştirilmesi adam öldürme suçu olarak kabul edilmektedir. Fakat, bilinci tekrar kazanılmayacak nitelikte kapanmış olan, iyileşme olanağı bulunmayan, yaşam destek ünitesine bağlı olarak yaşamsal fonksiyonlarını sürdüren, beyin ölümü gerçekleşen (tıbben ölü sayılanlar) hasta yakınlarının ve kanuni temsilcisinin istek ve iradesi ile tıbbi desteğe son verilerek yaşamına son verilmesine ilişkin müdahale ötenazi kapsamında yer almamaktadır.

Türk Hukukunda pasif ötenazinin kabul edilmemesine rağmen hastanın tedaviyi ret hakkını kullanması akabinde ölecek olması halinde ne yapılacağına dair çeşitli görüşler bulunmaktadır. Öğretide yer alan bir görüşe göre, hayati tehlikenin mevcudiyeti durumunda sağlık mesleği mensubu tarafından tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkacağından hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde iradesine önem verilerek yaşatılmasının amaç edinilmesini gerektiği yönündedir. Diğer bir görüşe göre, hastanın iradesi ve kendi geleceğini belirleme hakkının önceliği dolayısıyla hastanın tedaviyi ret hakkını kullanması sonucunda ölümünün meydana gelmesinde dahi tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun herhangi bir sorumluluğunun olmayacağı yönündedir.⁵⁹¹

Dünya Tabipler Birliği'nin ("DTB") 1992 tarihli bildirisinde şu ifadelere yer verilmiştir:

"Ötenazi gibi, hekim yardımlı intihar da etik değildir ve tıp mesleğinde olanlarca asla uygulanmamalıdır. Hekimin, bir kimseye yaşamını sona erdirmekte bilerek ve kararlı olarak yardım etmesi etik değildir. Hastanın

⁵⁹⁰Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Ötenazi Yasağı" yan başlıklı 13. maddesi; "Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklere bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez." hükmünü içermektedir.

⁵⁹¹Hakeri, (2007), s.231; Erman, (1991), ss.165-166; Kıcalıoğlu, (2011), s.15

tedaviyi reddetmesi temel bir haktır ve hekimin hastasının bu arzusuna saygı göstermesi (ölümüne neden olsa bile) etik olmayan bir davranış sayılmaz.”

Türk Hukukunda da hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde tıbbi müdahaleyi ret hakkını kullanması sonucunda ölüm neticesinin gerçekleşecek olması halinde tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun hastayı yaşatma görev ve sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir.⁵⁹²

Ayırt etme gücünden yoksun olan ve velayet yahut vesayet altında bulunan hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin olarak ayırt etme gücüne sahip bulunması mümkün olabilmektedir. Örneğin, hayatın olağan akışı içerisinde rutin işleri yapabilme kabiliyeti bulunan ayırt etme gücünden yoksun olan hasta, boğaz ağrısı şikâyeti ile hekime başvurabilecektir. Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın tedaviyi ret hakkının kullanıp kullanamayacağı değerlendirmesinde, öncelikle hastaya uygulanması öngörülen tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu kanaatinin net olması gerekmektedir. Şüphenin bulunduğu hallerde, belge, bulgular ve diğer deliller doğrultusunda, gerektiğinde uzman yardımıyla ve kanuni temsilci görüşü alınarak tespit yapılabilecektir. Bu halde, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın uygulanması öngörülen tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücünün varlığı halinde, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde tıbbi müdahaleyi reddetmesi ile ölüm sonucunun doğması durumunda sağlık mesleği mensubunun da hastayı yaşatma açısından herhangi bir görev yahut sorumluluğu bulunmayacağını belirtebiliriz.

3.5.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Varsayılan Rıza

3.5.1.Genel Olarak

Ulusal ve uluslararası düzenlemelere rağmen, hayatın olağan akışı içerisinde hastanın her zaman rızasının alınabilmesi imkânı olmayabilir. Örneğin, tıbbi müdahalenin acil durum arz etmesi, tıbbi müdahalede bulunulacak hastanın bilincinin

⁵⁹²Hakeri, (2007), ss.218-220

açık olmaması, hastanın ayırt etme gücüne sahip olmaması ve kanuni temsilcisinin rızasının alınamayacak durumda olunması,⁵⁹³ hasta rızasının olmamasına rağmen bulaşıcı hastalık sebepleriyle uygulanacak olan zorunlu önlemler gibi hallerde, rızanın alınması gerekliliğine ilişkin genel kural dışında hareket edilebilecektir.⁵⁹⁴ Asıl olan, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve kanuni temsilcisinin rızasının alınması olduğundan ikincil nitelikteki hukuki kurumdur, asıl değildir.⁵⁹⁵

Belirtilen bazı hallerde varsayılan rıza⁵⁹⁶ kapsamında hastaya gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahale, sözleşmeye dayansın yahut dayanmasın somut durumun şartlarına göre vekaletsiz iş görme, kişinin üstün nitelikteki özel⁵⁹⁷ yararı ya da kamusal yarar⁵⁹⁸ bulunduğu kabul edilerek rıza olmasa da gerçekleştirilebilecektir. Bu halde gerçekleştirilen tıbbi müdahale bakımından varsayılan rızanın varlığı kabul edilebilecektir.⁵⁹⁹

Varsayılan rıza; tıbbi müdahalenin hastanın rızasını gerektiren müdahale olması durumunda gerçek varsayılan rıza ve gerektirmeyen müdahale olması ise gerçek olmayan (zorunlu, yasal) varsayılan rıza olarak tanımlanmaktadır.⁶⁰⁰

3.5.2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Varsayılan Rızanın Uygulama Alanı

Tıbbi müdahale uygulanacak olan ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinin olmaması, kanuni temsilcisinin bulunmasına rağmen

⁵⁹³Fakat, acil durumların mevcut olmadığı hallerde öncelikle mahkemeye başvurularak vasi tayinine ilişkin kararın alınması gerekmektedir. Bu noktada acil hallerin bulunması durumunda bu şart aranmayacaktır.

⁵⁹⁴Gülel, (2017), s.162

⁵⁹⁵Uygur, A. (2008) *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi, s.200

⁵⁹⁶Varsayılan rıza “tahmin edilen rıza” ya da “örtülü rıza” kavramlarından ayrı anlam ve niteliğe sahiptir. Erman, (2003), ss.142-143

⁵⁹⁷Kılıçoğlu, A. M. (2001) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçların Hüküm ve Sonuçları-Borç İlişkilerinde Özel Durumlar- Borcu Sona Erdiren Sebepler)*, 1. Baskı, Ankara: Turhan Yayınevi, s.206

⁵⁹⁸Bkz. TMK'nun 24/2. madde ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. madde hükümleri.

⁵⁹⁹Varsayılan rıza kavramı; öğretide dört ayrı görüş (vekaletsiz iş görme, rızanın alt türü, zorunluluk hali, bağımsız hukuka uygunluk nedeni) ile açıklanmaktadır. Erman, (2003), s.142

⁶⁰⁰Bulaşıcı hastalıklara ilişkin olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler “rıza gerektirmeyen haller” içerisinde değerlendirilir. Oral, (2011), s.195; Özel ve Özcan, (2007), ss.66-67; Görüşümüze göre, hasta rızası bulunmakla birlikte yetkili makamların kararı hasta rızasının önünde tutulmaktadır.

ulaşılamaması, muvafakatin gerektiği hallerde mahkemeden izin alınamayacak veya bunun belirli bir süre alacak olması gibi durumların varlığı dolayısıyla rıza iradesinin açıklanamıyor olması ve tıbbi müdahalenin gecikmesi durumunda hastanın yaşamsal organları yahut yaşamı tehlikeye girecek olması hallerinde rıza bulunmamasına rağmen tıbbi müdahale derhal gerçekleştirilir.⁶⁰¹

İntihar teşebbüsü neticesinde yaralanan ayırt etme gücünden yoksun olan hastaya tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinin gereklilik arz etmesi halinde, tıbbi müdahalede bulunulmasında (hastanın bilinci sonradan yerine gelmiş olsa dahi) rıza şartı aranmamaktadır. Durumun, hastanın ölmeyi istediğini belirtmesi gerekçe gösterilerek hastanın varsayılan rızasının bulunmadığı biçiminde yorumlanması doğru değildir. Zira, hekimin, kanuni temsilcisinin aynı yöndeki onay ve iradesine rağmen, intihar şüphesiyle gelen ya da gerçekten intihar eylemlerini gerçekleştiren hastayı, tıbbi müdahalelerle kurtarmak amacıyla hareket etmesi yasal yükümlülüğüdür.⁶⁰² Nitekim, ölmek amacıyla olan ve bu yönde isteğini dile getiren ayırt etme gücünden yoksun hastaya, hastanın yaşayabilmesi adına gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde gerçek olmayan (zorunlu, yasal) varsayılan rızasına dayanılmaktadır.

Hekimin, intihar edenin amacına yönelik eylemlerine yardımcı olması hukuken yasaklanmıştır.⁶⁰³ İntihara teşebbüs eden hastanın, tedavinin uygulanacağı yere bilinci kapalı olarak, diğer bir deyişle tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücünden yoksun halde getirilmesi dolayısıyla tıbbi müdahalelerde bulunularak kurtarılmaya çalışılması sürecinde ayırt etme gücünü kazanarak tedaviyi reddetse dahi hekim tedaviyi sonlandırmamalıdır.

⁶⁰¹ Kaya, M. (2012), *Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.100, s.55; Özcan ve Özel (2007), s.70; Şenocak, (1998), s.43; Yavuz İpekyüz, (2006), s.29

⁶⁰² Oral, (2011), s.203

⁶⁰³ HHY'nin 12. maddesi; “*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.*”, 28/2. maddesi; “*Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede de bulunulamaz.*” hükmünü içermektedir. TCK'nın 81. maddesinde “*Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.*” düzenlenmiştir.

Yargıtay 4. HD. E.2021/16903, K.2021/3853, T.29.06.2021 kararı⁶⁰⁴ aynı yönde aşağıdaki şekilde karar verilmiştir:

“Davacı vekili; davacıların desteği ...'nın 18/07/2007 ilaç içmek suretiyle intihara teşebbüs ettiğini, hastanedeki bir takım ihmaller zinciri neticesinde hayatını kaybettiğini, hastanın direnç göstermesi sebep gösterilmek suretiyle hiçbir tedavi uygulanmadığını, Mut Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2012/738 esas 2014/769 karar sayılı dosyası ile davalı sanığın 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına dair verilen kararın kesinleştiğini, müteveffanın ölümüne davalının ihmalinin neden olduğunu belirterek; fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla ... maddi tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesince; davacıya uygulanan tedavinin tıbbi ve fenne uygun olduğu, davalılara atfı kabil kusur bulunmadığı gerekçesiyle davanın maddi tazminat yönünden kabulü ile ... yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacılara verilmesine karar verilmiş; hüküm davalılar vekillerince istinaf edilmiştir.”

Alman öğretisinde varsayılan rızanın tartışmasız olarak kabul edildiği belirtilmektedir.⁶⁰⁵ Aynı zamanda, Alman Federal Mahkemesi'ne göre tedavinin kesilmesinde varsayılan rıza belirleyicidir.⁶⁰⁶

Türk Hukuku öğretisi ve uygulamasında varsayılan rızanın kabul edildiği görülmektedir. Türk pozitif hukukunda NPHK'nın 4. maddesinde⁶⁰⁷ buna açık bir örnek bulunmaktadır. Kanun'un öngördüğü haller haricinde kastrasyon yapılamayacağı düzenlendikten sonra 4. maddesinde ameliyat sırasında bir hastalığın tedavisinde tıbbi zorunluluk barındırması durumunda hekimin hastadan veya ayırt etme gücünden yoksun olanlarda kanuni temsilciden rıza almadan kastrasyon

⁶⁰⁴Yargıtay 4. HD. E.2021/16903, K.2021/3853, T.29.06.2021, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 24.10.2021)

⁶⁰⁵Erman, (2003), s.142

⁶⁰⁶Erman, (2003), s.158

⁶⁰⁷NPHK'nın 4. maddesi; “Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mâni olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir. Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakinca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.” hükmünü içermektedir.

yapabileceğine ilişkin emredici bir düzenleme bulunmaktadır. Hükümden hareketle, hekime, kastrasyon bakımından tıbbi zorunluluğun bulunması durumunda açık yetki vermesi dolayısıyla zorunlu aşılama yahut bulaşıcı hastalıklardaki gibi kanun ile belirlenmiş gerçek olmayan bir varsayılan rıza oluşturulduğunun kabulü gerekmektedir.⁶⁰⁸

Hastanın ayırt etme gücünden yoksun olduğu hallerde kanuni temsilci rızasının bulunmadığı ya da kanuni temsilci rızasının alınmasının hastanın menfaatini olumsuz etkileyecek olduğu durumlarda, hastanın menfaatine hareket etme gerekliliği karşısında gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan kendine özgü niteliğe sahip hukuka uygunluk nedeni gerçek varsayılan rıza olmaktadır.⁶⁰⁹

3.5.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Varsayılan Rızanın Koşulları

3.5.3.1. Müdahalenin, Rıza Gösterilebilir Nitelikte Olması

Varsayılan rıza, endikasyonun var olduğu hallerde kabul edilmektedir. Bu nedenle, hasta ya da kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyecek nitelikteki tıbbi müdahaleye (örneğin ötenazi veya gönüllü ampütasyon) varsayılan rıza da dayanak teşkil etmeyecektir.

Yargıtay CGK. E.2005/9-213, K.2005/3, T.01.02.2005 kararında ⁶¹⁰ rıza verilemeyecek nitelikteki tıbbi müdahaleye varsayılan rızanın da dayanak teşkil etmeyeceği aşağıdaki şekilde belirtilmiştir:

“Beden bütünlüğü ile ilgili haklar üzerinde kişinin sınırsız tasarruf yetkisi yoktur. Beden bütünlüğüne zarar veren, kişinin toplumsal görevlerini yerine getirmesini engelleyecek eyleme ilişkin rıza, geçerli olamaz. Öğretide

⁶⁰⁸Günel, (2017), s.164

⁶⁰⁹Günel, (2017), s.164

⁶¹⁰ Yargıtay CGK. E.2005/9-213, K.2005/3, T.01.02.2005, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 24.10.2021)

çoğunlukla mağdurun rızası takibi şikâyete bağlı müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edildiği halde, re'sen kovuşturulan müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edilmemektedir. Bu suçta mağdurun rızasını kabul etmek bizi sonuçta ötenaziyi kabul etmeye kadar götürebilecektir ki Türk Hukukunda ötenazi, kasten adam öldürme şeklinde cezalandırılmaktadır.”

3.5.3.2. İrade Açıklamasının Bulunmaması

Müdahalenin gerçek olmayan varsayılan rıza gerektiren nitelikte tıbbi müdahale olmadığında, tıbbi müdahaleye rıza bakımından ayırt etme gücünden yoksun hasta ve kanuni temsilcisinin tıbbi müdahaleye ilişkin irade açıklaması bulunuyorsa, bu durumda varsayılan rıza çerçevesinde hareket edilememektedir. Zira, hekim, hastanın ve kanuni temsilcinin açık nitelikteki istekleri doğrultusunda faaliyetlerini gerçekleştirmelidir.

Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın, tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücünün bulunduğu hallerde, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak usulünce gerekli aydınlatılmanın yapılması sonrasında hastanın hukuka uygun olarak tedaviyi reddetmesi durumunda, durumunun ağırlaşması ve şuurunu kaybetmesi halinde varsayılan rızanın var olduğu kabul edilerek tıbbi müdahalede bulunulması mümkün değildir. Aksinin kabulü, hastanın tedaviyi ret hakkını kullanabilmesinin önüne geçmek ve hakkın kullanımına ilişkin sonuçları ortadan kaldırmak anlamına geleceğinden hukuk düzenlemeleri tıbbi müdahalede bulunana bu hak ve yetkiyi tanımamıştır.

3.5.3.3. Rızanın Gereken Sürede Alınmıyor Olması

Tıbbi müdahale bakımından rıza, hangi amaç doğrultusunda alınmış ise tıbbi müdahalenin de rıza alınan amaç doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, tedavi sürecinde ya da ameliyat sırasında ortaya çıkan olağandan farklı bir müdahalenin gerekliliği halinde, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisinden ve mümkün ise kendisinden yeni tıbbi müdahale için rıza alınması gerekmektedir.

Varsayılan rızanın kullanım alanı genellikle acil haller ve ameliyat esnasında ortaya çıkan durumlardır.⁶¹¹ Bu hallerde varsayılan rızanın kabulüyle tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için mümkün ise ayırt etme gücünden yoksun hastanın ve kanuni temsilcisinin tıbbi müdahaleye ilişkin olarak herhangi bir rıza beyanında bulunmaması ya da rıza beyanında bulunabilecek bir halde olmaması gerekmektedir. Nitekim, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti bulunmadığı hallerde kanuni temsilcinin iradesi geçerli olacağından kanuni temsilci iradesine ulaşamıyor ve gereken sürede temin edilemiyor olması gerekmektedir.

Varsayılan rızanın kabulü bakımından belirtilen şartların haricinde ayrıca hastaya acil olarak tıbbi müdahale bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğma ihtimalinin kesin ya da güçlü olması gereklidir. Telafisi güç zararların doğma ihtimalinin güçlü ya da kesin olmasının tespitinde yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, gerekli dikkat ve özeni⁶¹² göstermekle yükümlüdür.⁶¹³

Tıbbi müdahale bakımından başlangıçta öngörülebilir bir halin varlığına ilişkin aydınlatmanın yapılması durumunda varsayılan rızanın varlığının kabulü ile ameliyat genişletilemeyecektir. Bu halde, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcisi buna dair kararını bildirmiş bulunmaktadır. Bu durumda ameliyatın durdurularak ayırt etme gücünden yoksun olanlarda kanuni temsilciden yeniden rıza alınması gerekmektedir.

Başlangıçta herhangi bir şekilde öngörülemez bir halin ameliyat esnasında ortaya çıkması durumunda, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi ve ortaya çıkma ihtimali bulunan risk, sağlanacak olan yararın yanında önemsiz derecede ise bu durumda ameliyat durdurulmayarak müdahale gerçekleştirilmelidir. Zira, hastanın iyileşmesi bakımından rıza gösterilmiş olması dolayısıyla riski az bir müdahaleye de aynı ameliyat sürecinde rıza gösterileceği yahut varsayılan rızasının bulunduğu yüksek

⁶¹¹Özsunay, (1983), s.43

⁶¹²Kaneti, S. (1982) *Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü*, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart, Ümit Doğanay Anısına Armağan (2), s.525

⁶¹³Hekimin gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde TMK'nın 23. madde hükmü uyarınca tazminat yükümlülüğünde olacaktır.

ihtimal taşımaktadır. Özetle, ameliyat esnasında tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinin içerdiği yaşamsal risk, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesine oranla daha önemsiz kabul edilecek seviyede ise hastanın varsayılan rızasının bulunduğu ve ameliyatın genişletilebileceğinin kabulü gerekmektedir.⁶¹⁴

3.5.3.4. Gerçek İradeye Uygun Sonucun Amaçlanması

Tıbbi müdahale gerçekleştirecek olan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun, varsayılan rızayı esas alırken, hastanın veya kanuni temsilcinin gerçek iradesine uygun olmasını amaç edinmelidir. Hastanın, hekimin takipli hastası olması halinde hekim, hastanın şuurunu kaybetmeden önceki istek ve taleplerini bilecek düzeyde olduğundan bu durum önem kazanmaktadır. Takipli hastanın süreç içerisinde belirli bir tedavinin uygulanması bakımından kesinlikle rızasının bulunmadığını ifade etmiş ise, bu halde kişinin ayırt etme gücünden yoksun hale gelmesinden sonra hekimin varsayılan rızaya dayalı olarak tıbbi müdahalede bulunması imkanı değildir.⁶¹⁵

Yargıtay da hastanın önceki yazılı ve sözlü beyanları, dinsel inancı, diğer kişisel değer yargıları, yaşına bağlı yaşam beklentisi ve çektiği acılar gibi unsurların varsayılan rıza bakımından göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Tıbbi müdahalede bulunulacak olan hasta için subjektif olarak değişen bu unsurlar basiretli bir tahmine rağmen belirlenemiyor ise bu halde objektif genel değer yargıları çerçevesinde değerlendirilmeli, bu takdirde de kararsızlık bulunursa bu durumda hastanın yaşamının devamına üstünlük tanınmalıdır.⁶¹⁶ Bu bakımdan yaklaşım olarak in dubio pro vita (Kuşku halinde yaşama öncelik verilir.) ilkesinin kabul edildiğini ifade etmektedir.⁶¹⁷

⁶¹⁴Hakeri, (2007), ss.168-169

⁶¹⁵Özellikle, hastanın tıbbi müdahaleyi ret hakkını kullanması halinin yazılı belgeye dayandırılmadığı hallerde karşılaşılabilecektir.

⁶¹⁶Erman, (2003), s.159

⁶¹⁷Gülel, (2017), s.158

3.5.4. Varsayılan Rızanın Hukuksal Niteliği

3.5.4.1. Vekâletsiz İş Görme Kabul Eden Görüş

Öğretide varsayılan rızanın aslen gerçek vekâletsiz iş görme kurumuna dayandığı yönünde görüş bulunmaktadır.⁶¹⁸ Vekaletsiz iş görme; TBK'nın 526-531. maddelerinde düzenlenmiştir.

TBK'nın “İşin Görülmesi” başlıklı 526. maddesi varsayılan irade kavramını içermekle birlikte varsayılan rıza olarak kabul edilebilir ve hüküm şu şekildedir:

“Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.”

Açıklamalarımız doğrultusunda varsayılan rızanın, açık veya örtülü (zımnî) rıza bulunmaması halinde uygulanabileceğine uygun olarak TBK'nın “Sorumluluk” başlıklı 527/2. maddesi şu şekildedir:

“İş gören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur.”

Hüküm uyarınca, vekalet olmaksızın iş gören hekimin, öngörülen ameliyatın genişletilmesi ihtimaline yönelik olarak hastasını aydınlatması gerekmektedir.

Hastanın, gerçekleştirilmesi planlanan ameliyat bakımından rızasının bulunmadığını beyan etmesi halinde hekim, zararın her halükârda gerçekleşeceğini ispat etmediği takdirde meydana gelen zarardan olayı sorumlu olacaktır.

⁶¹⁸Erman, (2003), ss.143-144

Benzer şekilde, TBK'nın "Sorumluluk" başlıklı 527/2. maddesi devamı da şu şekildedir:

"... Ancak, iş gören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur."

Vekaletsiz iş görme; borcun kaynaklarından biridir ve sözleşme ve haksız fiil içerisinde değerlendirilemeyecek eylemlerin sonucu ortaya çıkan borçların tahsili amacıyla düzenlenen ikincil nitelikteki hukuksal kurumdur. Bu nedenle, rızanın var olmadığı hallerde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler varsayılan rızaya ile geçerlilik kazanmakta iken, müdahale ile kurulan hukuki ilişki ise vekaletsiz iş görme teşkil etmektedir. Kısaca, sözleşme ilişkisine tabi olması gereken tıbbi müdahale ilişkisi, sözleşme yokluğu dolayısıyla vekaletsiz iş görme sayılmaktadır. Ancak, varsayılan rıza, tıbbi müdahalenin hukuki geçerlilik şartıdır, hukuksal ilişkinin geçerlilik şartı değildir. Bu nedenle, varsayılan rıza hem özel hastaneler hem de devlet hastanelerinde uygulama alanı bulmaktadır. Fakat, varsayılan rıza, kamu hastanelerinde bu çerçevede gerçekleştirilen müdahaleler vekaletsiz iş görme ilişkisi oluşturmayacağından vekaletsiz iş görme kurumuyla açıklanmak için yetersizdir.⁶¹⁹

3.5.4.2.Hasta Rızasının Görünüm Şekli Kabul Eden Görüş

Varsayılan rızanın hasta rızasının bir görünüş biçimi olduğu söylenebilir.⁶²⁰ Rızanın alınacağı an için rıza açıklama ehliyeti bulunmayan ya da somut durumda bunu açıklayabilecek halde bulunmayan hasta rızasının var olduğunun çok güçlü nitelikteki bir varsayım ile kabul edilmesidir⁶²¹ ve o anda hastanın rızası bilinmemektedir. Bu halde tıbbi müdahalede hastanın mefruz (farazi) rızası konu edinilir.⁶²²

⁶¹⁹Günel, (2017), ss.172-173

⁶²⁰Günel, (2017), s.168

⁶²¹TŞSTİDK'nın 70. maddesi "...üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir." hükmünü içermektedir.

⁶²²Kıcalıoğlu, (2011), s.120

Varsayılan rızanın belirlenmesindeki temel kriter genellikle normal şartlarda aynı nitelikte karar verecek olan tipik hasta iradesidir,⁶²³ takipli hasta niteliğinde olmayan hastalar bakımından tipik hasta iradesi ve tecrübe ve birikimlere dayalı olarak hareket edecektir.⁶²⁴ Diğer bir deyişle, ortalama ve makul bir hastanın iradesi, ayrık durumlar hariç olmak üzere, yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu kararına esas teşkil edecektir.⁶²⁵ Ortalama ve makul bir hasta iradesinin tespitinde hasta bu durumu bilseydi mutlaka rızasını gösterirdi denilebilmesi şartı aranmaktadır ve bu cümlenin kurulabilmesi halinde burada varsayılan rızanın olduğu kabul edilecektir.⁶²⁶

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mesleği mensubu, intihara teşebbüs durumlarında hastanın gerçek iradesini esas almamalıdır.⁶²⁷ Tıbbi müdahalede bulunacak olan kişi, intihara teşebbüs eden hastaya hayat kurtarıcı müdahalelerde bulunmaktan hasta rızasının olmayacağı gerekçesiyle kaçınmaz. Burada esas alınacak olan ortalama ve makul hastanın rızası olduğundan intihara teşebbüs eden hasta bakımından gerçek olmayan varsayılan rıza bulunduğu kabulü gerekmektedir.⁶²⁸

3.5.4.3. Zorunluluk Hali veya Üstün Nitelikte Yarar Kabul Eden Görüş

Hukuka uygunluk sebeplerinden zorunluluk hali, kanuni düzenlemelere sahip olan ve yaptırımlarla koruma altına alınan haklara yönelik gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemleri, üstün nitelikteki yarar dolayısıyla hukuka aykırı olma niteliğinden çıkartan gerekçedir.⁶²⁹ Bu kapsamda rızanın var olmadığı durumlarda gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahaleler kendi özel yararlarına uygun nitelikte olsa dahi hukuka aykırı olacaktır. Ancak, zorunluluk halinin varlığı halinde varsayılan rıza kapsamında gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka uygun nitelikte olacaktır. Örneğin, toplumun genel sağlığına yönelik olarak hastanın rızası bulunmaksızın gerçekleştirilen

⁶²³Gülel, (2017), s.168

⁶²⁴Oral, (2011), s.203

⁶²⁵Oral, (2011), s.203; Şenocak, (1998), ss.43-48; Tacir, (2011), ss.156-157

⁶²⁶Şenocak, (1998), s.43; Uygur, (2008), s.200; Özcan ve Özel, (2007), s.70

⁶²⁷Oral, (2011), s.203

⁶²⁸Oral, (2011), s.203

⁶²⁹Kaya, (2012), s.55; Tacir, (2011), ss.174-175; Yokuş Sevik, H. (2007), *Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler*, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanun'undaki Düzenlemeler, Sempozyum No. 1, 17 Kasım 2009, s.230

tıbbi müdahaleler, salgın hastalıkların önlenmesi için aşı⁶³⁰ ve karantina uygulaması hukuka uygun nitelik taşımaktadır.⁶³¹ Ayrıca, üstün nitelikte kamu yararı bulunması ve kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmış olması tıbbi müdahalenin hukuka uygun nitelik taşıması için dayanak teşkil etmektedir.⁶³²

Nitekim, kanuni düzenlemelerin bazılarında 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun⁶³³ ("UHK") 67, 72, 73, 74, 75, 284 vd. maddeleri ve 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun'unun⁶³⁴ ("SİHK") 7. ve 10. maddeleri, gerçekleştirilecek olan bazı tıbbi müdahalelerde hasta rızasının aranmayacağı hüküm altına alınarak bu kanuni yetkiye dayanarak tıbbi müdahalede bulunan kişilere açık yetki verilmiştir. Kanuni düzenlemelerde genel menfaatler, kanun koyucu tarafından kişi iradesinin önünde tutulmuştur.⁶³⁵ Bu nitelikteki zorunluluklar, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca genel sağlığın korunması ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kısıtlanması niteliğinde ölçülü ve meşru müdahaleleri oluşturmaktadır.⁶³⁶

Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.2015 Tarih ve 2013/1789 Başvuru Numaralı kararına⁶³⁷ muhalif kalan Anayasa Mahkemesi Üyesi Serdar Özgüldür ise Yüksek Mahkeme'nin kanuni bir şartın mevcut olduğu gerekçesinin uygun düşmeyeceğini şu şekilde belirtmiştir:

⁶³⁰ Zorunlu aşı uygulamaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "özel yaşama saygı" hakkını düzenleyen 8. maddesi çerçevesinde AİHM içtihadına da konu edilmiştir. Mahkeme, "uygulanan tıbbi müdahalenin boyutuna bakılmaksızın söz konusu müdahalenin fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil ettiğini" öncelikle tespit etmekle beraber "kanunilik şartını sağlaması şartıyla bireye müdahale teşkil eden aşı uygulamanın kabul edilebilir olduğuna" hükmetmiştir. Bu karara gerekçe olarak ise "kanun ile getirilen sınırlamanın ölçülü olduğu", "bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru bir amaç taşıdığı", "bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunmasının üstün nitelikte bulunduğu" ve "söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine" hükmetmiştir. (Olsson/İsveç, B. No: 10465/83, 24.3.1988; Boffa ve diğerleri/San Marino, B. No: 26536/95, 15/1/1998; Solomakhin/Ukrayna, B. No: 24429/03, 15/3/2012)

⁶³¹ Çilingiroğlu, (1993), s.41

⁶³² TMK'nın 24/2 maddesine göre bu durumların bulunması durumunda kişilik haklarına müdahale hukuka uygun nitelikte olacaktır.

⁶³³ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 1489, 06 Mayıs 1930 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 18.10.2021)

⁶³⁴ 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 10402, 11 Ocak 1960 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 18.10.2021)

⁶³⁵ Gülel, (2017), s.170

⁶³⁶ AYM'nin aksi yönde kararları mevcut ise de Yüksek Mahkeme zorunlu aşılama uygulamasını kanunda açık bir hükmün bulunmaması eksikliğine değinerek reddetmiştir.

⁶³⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.2015 Tarih ve 2013/1789 Başvuru Numaralı Başvuru Kararı, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13.10.2021)

“...Müdahalenin benimsenen sağlık politikası çerçevesinde, küçük yaştaki çocukları ve toplum sağlığını koruma amacına yönelik olduğu, sağlık politikası gereği bu tür uygulamaların yapılmasının, kamu düzeni ve toplum sağlığı gözetildiğinde zorunlu ve gerekli bulunduğu, ülkemizde bulunan üç milyona yakın mültecinin taşıyabileceği hastalık tehlikesi gözetildiğinde ve ülkemizin dünyaya örnek gösterilen zorunlu aşı uygulamasının sonuçları dikkate alındığında ebeveynlerin küçük çocuklarına aşı yapılmasına izin vermemelerinin kamu düzeni ve toplum sağlığı açısından büyük risk oluşturabileceği, dolayısıyla başvurucunun çocuğuna aşı yapılması yolundaki müdahalenin (sağlık tedbirinin) "acil bir sosyal ihtiyaç" teşkil ettiği ve çocukların gelişme sürecinde karşılaşılabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olduğu dikkate alındığında, bu müdahalenin (aşı yaptırılması yolundaki mahkeme kararının) ölçülü ve orantılı olduğu, Anayasa'nun işaret edilen maddeleriyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/2'inci maddesine ve AİHM'nin içtihatlarına uygun düştüğü...”

Zorunluluk hali veya üstün nitelikte yarar kabul eden görüşe göre, yaptırım sonucuna bağlanarak yasaklanan eylemi, üstün bir yararı korumak fikri ile hukuka aykırı nitelikte olmaktan çıkartan genel bir hukuka uygunluk sebebi varsayılan rıza olduğu ifade edilmektedir.

Üstün nitelikte yararın müdahale için yeterliliği tartışmalıdır. Kanun koyucu, üstün nitelikte kamusal yarar hususunda genel kuraldan saparak iradesini toplumun menfaatlerinin sıhhatini sağlamak amacıyla kişinin iradesine üstün tutmak suretiyle gerçek olmayan zorunlu varsayılan rıza kurumu oluşturmuştur. Fakat, toplumsal kabul gören her şeyin tüm bireyler tarafından koşulsuz kabul edilmesi ya da benimsenmesi beklenemez ve bu bakımdan da bu görüş açıklama bakımından yetersiz kalmaktadır.

Zorunluluk hali, kamu düzenini ve sağlığına öncelik tanıyan uygulamalara uygun düşse dahi ameliyatın genişletilmesi veya acil müdahale durumlarında kişinin üstün özel yararı ortaya çıkmaktadır. Ancak, üstün özel yarar da acil hal ya da

ameliyatlarda sırasında hasta iradesinin bilinmezliği karşısında kesinlik taşımamaktadır.⁶³⁸

3.5.4.4. İzin Verilen Risk veya Faaliyet Kabul Eden Görüş

İzin verilen risk ya da faaliyet, toplumsal ve ahlaki kurallara uygunluk niteliğindedir.⁶³⁹ Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirenin bu işlem ve eylemlerinin meşru olduğu kabul edilmiştir. Bu durum, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk temelidir.⁶⁴⁰ İzin verilen risk çerçevesinde faaliyetlerde bulunulması aslen varsayılan rıza çerçevesinde tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesidir.⁶⁴¹ Bu bakımdan tıbbi müdahaleler izin verilen risk kapsamındadır.⁶⁴²

Rıza ya da varsayılan rızanın kabulü yalnızca yetkinin kullanılmasına esas teşkil etmektedir. Diğer hususlar tıbbi müdahale gerçekleştirenin kendi bilgi ve mesleki tecrübelerine bağlı olarak en doğru tespit yapması ile devam eder.⁶⁴³ Tıbbi müdahalede bulunan kendisinden beklenen dikkat ve özen ile mesleki faaliyetlerini icra edecektir. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen olumsuz sonuçlar (komplikasyon) olağan riziko ve sapma olarak kabul edilmektedir.⁶⁴⁴ Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan kişinin hastaya uyguladığı tıbbi müdahale her halükârda az da olsa risk teşkil edebileceğinden sağlık mesleği mensubu tıbbi müdahalede bulunan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu bu müdahaleyi izin verilen risk kapsamında gerçekleştirmektedir.⁶⁴⁵

İzin verilen risk veya faaliyet kabul eden görüş, tıbbi müdahalede bulunan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun amacının meşru kabul edilmesi nedeniyle gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin de geçerli olduğu yönünde açıklamalarla

⁶³⁸Gülel, (2017), s.173

⁶³⁹Ünver, (1998), s.188

⁶⁴⁰Erman, (2003), s.49

⁶⁴¹Korosec DEMJAN'a göre Slovenya Hukukunda tıbbi uygulamayı hukuka aykırı olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getiren unsurun hekimlik mesleğinin teknik kuralları ve tıbbi etkinliğin toplumsal yararlılığı olduğunu belirtmiştir. Erman, (2003), s.50; Yenerer Çakmut, (2010), ss.119-121; Şatır, (2015), s.66; Ünver, (1998), s.355

⁶⁴²Hakeri, (2007), s.321; Türkan ve Tuğcu, (2016), s.227; Ünver, (1998), s.338

⁶⁴³Erman, (2003), s.54

⁶⁴⁴İçel, (1967), s.145; Ünver, (1998), s.195; Hakeri, (2007), s.321

⁶⁴⁵Özpinar, (2007), s.93; Savaş, (2010), s.281

varsayılan rızayı tanımlamıştır. Tıbbi müdahalenin niteliği gereği risk barındırıyor olması sebebiyle varsayılan rıza, izin verilen risk barındıran faaliyetin gerçekleştirilmesidir. Fakat burada hastanın rızası dikkate alınmamaktadır.⁶⁴⁶

3.5.4.5. Mesleki Bir Yetkinin Kullanılması Kabul Eden Görüş

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan kişinin, kanuni düzenlemeler ile belirlenen yetkisi dahilindeki tıbbi faaliyetleri gerçekleştirmesi halinde mesleki bir yetkinin kullanılması görüşü kabul edilebilecektir.⁶⁴⁷ TŞSTİDK'nın 1. maddesi ve TTBK'nın 6. maddesi⁶⁴⁸ uyarınca kanuni yetkiden bahsedilebilir.⁶⁴⁹ Benzer şekilde; TDN ve örf ve âdet hukuku da yasal dayanaklara müstenittir. Ayrıca, mesleğini icra etme hakkı bulunan sağlık mesleği mensubunun bu hak ve yetkisinin aynı hukuk düzeni tarafından engellenemeyeceği de belirtilmiştir.⁶⁵⁰ Çilingiroğlu; Anayasa'nın 17/2. maddesi uyarınca, hasta rızasının aranmadığı durumlardan biri olarak sayılabilen tıbbi zorunluluk hallerinde, hekimin tıbbi müdahaleye yönelik eylem ve işlemleri doğrudan Anayasa'ya dayanan hakkın kullanımı olduğunu belirtmektedir.⁶⁵¹

Mesleki bir yetkinin kullanılmasını kabul eden görüş de izin verilen risk görüşüne benzer hareket noktası edinmiştir. Her iki görüş uyarınca hastanın rızası tıbbi müdahale gerçekleştirecek olan sağlık çalışanının faaliyetinin başlangıcını oluşturduğundan rıza ve varsayılan rıza kavramları ikincil niteliktedir. Mesleki yetkisini bizzat bir kanundan alan sağlık mesleği mensubu, kanunla yetkilendirildiği

⁶⁴⁶Gülel, (2017), s.174

⁶⁴⁷Erman, (2003), s. 51; Hakeri, görüşü paternalist (babacı) görüş açısının neticesi olduğu ve hastanın tıbbi müdahale bakımından rızasına değer verilmediği bakımından eleştirmektedir. Hakeri, (2007), s.286

⁶⁴⁸TTBK'nın 6. maddesi; “(Değişik birinci fıkra: 23/3/2006 – 5477/1 md.) Hudutları içinde tabip odalarına kayıtlı en az yüz tabip bulunan her ilde tabip odası kurulur.

(Değişik ikinci fıkra: 7/6/1985-3224/50 md.) Hudutları içinde oda kurmak için yeter sayıda tabip bulunmayan illerdeki tabiplerin hangi illerdeki tabiplerle birleştirilerek yeni bir oda kurulacağı ve merkezinin hangi il olacağı veya bu gibi illerdeki tabiplerin hangi il tabip odalarına bağlanacağı; memleketin coğrafi ve ulaşım durumları ile tabiplerin toplu olarak buldukları iller göz önüne alınarak Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin önerisi üzerine Büyük Kongrece kararlaştırılır. Odalar, kuruluşlarını Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi aracılığı ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına bildirmekle tüzelsel olarak kazanırlar. Yeni kurulan odalar en geç üç ay içinde organ seçimini yaparlar. Bu seçim, odanın kurulduğu yılın bu Kanunda yazılı ayında yapılmış sayılır ve kanuni süreler buna göre hesaplanır.” hükmünü içermektedir.

⁶⁴⁹Erman, (2003), s.51

⁶⁵⁰İçel, (1967), s.207

⁶⁵¹Çilingiroğlu, (1993), s.47; Yazara, diğer dayanakların “zorunluluk” ve “varsayılan rıza” olduğunu belirtmiştir.

iyileştirme amacı taşıyan tüm yetkilerini kullanarak uygun olduğuna kanaat getirdiği müdahaleyi gerçekleştirebilmelidir. Hastanın isteği de bu yönde olduğundan, izin verilen risk kapsamında yer alan tıbbi müdahalelerin mesleki yetki kullanılarak gerçekleştirilmesi varsayılan rıza olarak açıklanmaktadır.⁶⁵²

3.6. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Önceki İrade Açıklamalarının Geçerliliği

3.6.1. Tıbbi Vasiyet (Hasta Vasiyeti)

3.6.1.1. Türk Hukuku'nda Tıbbi Vasiyet

Ayırt etme gücünden yoksun olanların tıbbi müdahaleye rızaları bakımından karşılaşılan bir diğer sorun, rıza ehliyeti başlangıçta bulunan kişinin, kendi seçimlerini ayırt etme gücünden yoksun hale gelmeden önce tespit etmesine ilişkin irade beyanının geçerli olup olmadığıdır.⁶⁵³

Tıbbi vasiyet veya diğer bir deyişle hasta vasiyeti şu şekilde tanımlanmaktadır:⁶⁵⁴

“Kişilerin gelecekte ayırt etme gücünü, dolayısıyla karar verme yeteneğini yitirmeleri ya da iyileşme umudu olmayan bir şekilde hastalanmaları halinde, hangi tıbbi müdahalelere verdikleri hususundaki iradelerini veya yaşam destek sistemleri ile canlı tutulmak yerine ölmelerine izin verilmesi yönündeki isteklerini içeren irade açıklamasıdır”

Tıbbi vasiyet, yalnızca geri dönüşü olmayacak nitelikte beyin hasarı bulunan karar verme yeteneğine sahip olmayan hastalar açısından değil⁶⁵⁵, aynı zamanda herhangi bir sebeple tıbbi müdahaleye rıza açıklama ehliyet ve imkânı bulunmayan

⁶⁵²Günel, (2017), s.174

⁶⁵³Hakeri, (2021), s.508

⁶⁵⁴Abik, Y. (2020) *Yoğun Bakımda Bilinci Kapalı Hasta Açısından Hekimin Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü*, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, C.II, s.202

⁶⁵⁵Abik, (2020), s.203

bütün hastalar bakımından düzenlenebilecektir.⁶⁵⁶ Aynı zamanda, tıbbi vasiyetin uygulama alanı da yalnızca hayatın son dönemindeki durumlarla, bu yönde örneğin hayatı devam ettiren tıbbi tedbirlerin uygulanması veya bunlardan vazgeçilmesi hakkındaki istekler ile sınırlı nitelikte değildir⁶⁵⁷. Nitekim, tıbbi vasiyet ile yaşamdaki her hal bakımından genel tıbbi tedbirler bakımından düzenleme yapılabilir.⁶⁵⁸

Burada karşılaşılan asıl sorun, tıbbi müdahale açısından hastanın iradesini açıklama bakımından ehil olduğu bir zaman diliminde ya da vasiyetinde örneğin yatağa bağımlı olarak yaşamak yerine ölümü tercih edeceğini belirtmesi halinde varsayılan rızanın nasıl tespit edileceği noktasındadır.⁶⁵⁹

Bu konu, İHBS'nin "Önceden Açıklanmış İstek" başlıklı 9. maddesinde şu şekilde düzenlenerek tıbbi vasiyette bulunan hasta iradesinin dikkate alınacağı belirtilmiştir:

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

Ayrıca, Biyotıp Sözleşmesi'nin esas alınarak gerçekleştirilen HHY'nin 2014 tarihli değişikliği ile 24/5-6. maddesi de aşağıdaki şekildedir:

"Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır. Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir."

⁶⁵⁶Hakeri, (2021), s.508

⁶⁵⁷Hakeri, (2021), s.508

⁶⁵⁸Abik, (2020), s.204

⁶⁵⁹Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz. Hakeri, H. ve Zeytin, Z. (2006) *Bitkisel Hayata Girmeden Önce Tıbbi Tedaviye Son Verilmesine İlişkin İrade Açıklaması Geçerli Olur Mu?* Güncel Hukuk, Ocak 2006, S.25, s.54

Düzenlemeler, tıbbi vasiyetin bulunması halinde, hastanın önceki iradesinin dikkate alınması gerektiği yönünde olmasına rağmen, uygulamada hastanın tıbbi vasiyetinin güncel durumda geçerliliği, hastanın tıbbi vasiyeti ile ve hekimin tıbbi kanaatinin uyumlu olmaması gibi çeşitli nedenlerle sorunlar yaşanmaktadır.⁶⁶⁰ Öğretideki ağırlıklı görüş, bu gibi hallerde, bu nitelikteki vakaların bulunmasına rağmen hemen tıbbi müdahalenin yapılmaması gerektiğinin söylenemeyeceği yönündedir.⁶⁶¹ Çünkü, hasta gerçekten de ölüm tehlikesi ile karşı karşıya kaldığı bir durum ile karşılaştığında aynı kararı verip vermeyeceğinin kesin olmadığı belirtilmektedir.⁶⁶² Genel olarak, ölüm riski ile karşılaşan kişinin normal şartlardaki iradesinden farklı kararlar verebileceğinden bu tür karar yahut belgelerin bağlayıcı olmadığı ifade edilmektedir. Ancak, bu nitelikteki belge ve kararların muhtemel rıza⁶⁶³ tespitinde yol gösterici olabileceği belirtilmiştir. Örnek olarak, hasta kararındaki istikrarını belirtmek adına belgeyi devamlı olarak yanında bulunduruyor ise bu halde farklı kararlar düşünülebilecektir.⁶⁶⁴

Tıbbi vasiyet, yalnızca tıbbi müdahalenin uygulanmamasına yönelik değil, tam tersi şekilde bir tıbbi müdahalenin talep edilmesine yönelik de olabilecektir. Bu halde karşılaşılan sorun ise, hekimin uygulanması talep edilen tıbbi müdahaleyi uygulama zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Bu noktada hekimin mesleki özerkliği uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, hekim, herhangi bir etkisi olmayan, amaç taşımayan bir tedaviye zorlanamayacaktır.⁶⁶⁵

Tıbbi vasiyete dair düzenleme yapan ülkelerde, tıbbi vasiyete ilişkin irade açıklamasının ispatı amacıyla yazılı şekilde hazırlanması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir.⁶⁶⁶ Kanaatimizce, ülkemizde de bu konuya ilişkin yasal düzenleme yapılması gerekliliği açıktır. Çünkü, örneğin vasiyetlerin basit yazılı şekilde

⁶⁶⁰Hakeri, (2021), s.508

⁶⁶¹Hakeri, (2021), s.509

⁶⁶²Hakeri, (2021), s.509

⁶⁶³Alman Hukuku'nda varsayılan rızanın haricinde ayrı ve yeni bir kavram olarak “*muhtemel rıza*” kavramı tartışılmaktadır. Muhtemel rıza, hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin olarak eksik yahut yanlış aydınlatılması halinde dahi hastanın bu tıbbi müdahaleye yine de rıza göstereceği hallerde var olduğu sayılan rızadır ve muhtemel rızanın bulunduğu hallerde tıbbi müdahale hukuka uygun nitelik taşıyacaktır.

⁶⁶⁴Hakeri, (2021), s.509

⁶⁶⁵Hakeri, (2021), s.509

⁶⁶⁶Abik, (2020), s.205

hazırlanması halinde kabul edilip edilemeyeceği, tıbbi vasiyetin anlaşılabilir, yetersiz ve belirsiz olması gibi nedenlerle uygulanabilirliğinin tartışılabilir olması gibi birçok sorun ile karşılaşılabilir.

Söğüt ve Tuna; aşağıdaki ifadeleri ile düzenleme yapılmasının önemini vurgulamıştır.⁶⁶⁷

“Hastanın tıbbi yaşam iradesini ortaya koyduğu bu hukuki vasıtalarla ilişkin kuralların, hastanın aydınlatılması, bağlayıcılık, geçerlilik, güncelleme, geri alma gibi sorunlara cevap verecek şekilde, Avrupa’da gelişen yetişkinlerin korunması hukuku çerçevesinde, ülkemizde de yasal bir düzenleme ile hukuki zemine oturtulması gerekmektedir.”

Kişi hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığı gibi önem taşıyan ve hukuken korunan haklara ilişkin tıbbi vasiyetin noter huzurunda hazırlanan belgeye dayandırılması gerektiği, noter huzurunda hazırlanan bu nitelikteki belgelere belirli geçerlilik süresi tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Olması gereken hukuk bakımından tıbbi vasiyetlerin SağlıkNet sistemine dahil edilerek tüm ülkede görülebilecek hale getirilmesi ve resmi makamlar huzurunda gerçekleştirilmesi gibi düzenlemelerin oluşturulması yerinde olacaktır.⁶⁶⁸

TMK’nın 28. maddesi⁶⁶⁹ uyarınca kişilik ölüm ile son bulmakta olduğundan, şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelikteki hakların da son bulmasına neden olmaktadır.⁶⁷⁰ Bir kişinin ölümünden sonra vücut bütünlüğü üzerinde yapılacak olan tıbbi girişim ve müdahalelere dair kendi tasarrufunun geçerliliği bakımından ODNK’nın 14/2. madde⁶⁷¹ ve 14/3. madde⁶⁷² hükümlerin değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Ölüme

⁶⁶⁷Söğüt, İ. S. ve Tuna, E. (2017) *Hastanın Tıbbi Yaşam İdaresine Dair Hukuki Vasıtalar*, Tıp Hukuku Dergisi, S.12, Ekim 2017, ss.290-291

⁶⁶⁸Hakeri, (2021), s.510

⁶⁶⁹TMK’nın 28. maddesi; *“Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlerle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.”* hükmünü içermektedir.

⁶⁷⁰Sert ve Cihan, (2013), s.45

⁶⁷¹ODNK’nın 14/2. maddesi; *“Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.”* hükmünü içermektedir.

⁶⁷²ODNK’nın 14/3. maddesi; *“Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse ölüden organ ve doku alınmaz.”* hükmünü içermektedir.

bağlı tasarruf ile kişi, ölümü halinde vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi girişim ve müdahalelere rıza verebilmektedir yahut rıza göstermekten kaçınabilmektedir. Hükümlerde belirtilen vasiyet, hasta vasiyeti değildir; burada ölüme bağlı tasarruftan bahsedilmektedir. Hasta vasiyeti, aslen ölüme bağlı tasarruftan farklı olarak kişinin sağ, fakat ayırt etme gücünü kaybetmiş olduğu zaman dilimine yönelik irade beyanı olmaktadır.

3.6.1.2. Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Vasiyet

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 9 Aralık 2009 tarihinde kabul etmiş olduğu Ehliyetsizlik Durumları İçin Sürekli Temsil Yetkisi ve Önceden Verilmiş Talimatlarla İlgili İlkeler Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2009/11 sayılı Tavsiye Kararı belirli ilkelerin benimsenmesini tavsiye etmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta rıza ehliyeti bulunmayan kişiler açısından bu kişilerin yerine rıza açıklaması gerçekleştirilirken uyulması gerekli şartlar genel olarak; intiharın önlenmesi, hayatın korunması, sağlık mesleği mensubunun etik standardının korunması ve masum üçüncü kişilerin korunması olarak sayılabilecektir.

Alman Hukuku'nda hasta iradesinin tespiti ve geçerliliği açısından üç prosedür belirlenmiştir. Birincisi, kendisi hakkında rıza verme ehliyeti var olmayan hasta bakımından mahkeme tarafından hukuki konular ile ilgilenebilecek temsilcinin atanmasını ifade eden bakım talimatı,⁶⁷³ ikincisi, kişinin karar yeteneğinin bulunduğu zaman diliminde tespit ettiği kişiye temsil yetkisini vermesi; üçüncüsü ise, tıbbi vasiyettir.⁶⁷⁴ Almanya'da tıbbi vasiyet hakkında uzun süre gerçekleştirilen tartışmalar neticesinde, 1.9.2009 tarihinde tıbbi vasiyete ilişkin kanun yürürlüğe girmiştir. Kanun uyarınca, irade yeteneği bulunan ve reşit olan kişinin irade açıklayamayacak hale gelmeden önce iradesini yazılı şekilde açıklaması halinde Medeni Kanun'un 1901/a-1 madde hükmüne göre belirlenen kişi, tıbbi vasiyette yapılan tespitlerin somut olaya,

⁶⁷³Bakım talimatının hastanın iradesini temsile yetkilendirilecek olan kişinin seçilmesi ile ilgili de ayrıca bir karar barındırıyor ise bu halde karar mahkeme bakımından bağlayıcı olacaktır.

⁶⁷⁴Hakeri, H. ve Doğan, C. (2016) *Hayatın Sonunda Tedavinin Sınırlandırılması*, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Kongresi (Vaka Tartışmalı), 30 Temmuz 2016, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, s.11

hayata ve tıbbi müdahalenin gerekliliklerine uygun olup olmadığını araştıracaktır. Hayatın olağan akışı içerisinde hastanın iradesinin değişmiş olabileceğine dair somut delillerin bulunmaması halinde tıbbi vasiyette belirtilen iradeye uyumlu hareket edilecektir.⁶⁷⁵

Alman Yüksek Mahkemesi'nin yeni tarihli kararlarında⁶⁷⁶ aşağıdaki şekilde değerlendirilmektedir:

“Vasinin irade açıklaması ve vesayet makamının bir ön-denetim mekanizması olarak öngörülmesi ve ölüm sonucu doğuracak işlemlerde kararın yalnızca hekime bırakılmayarak, varsayılan rızanın saptanmasının yargıya devredilmesi, hukuk güvenliği ve kötüye kullanımların önlenmesi açılarından olumlu bir gelişmedir.”

ABD’de ölümcül hastalığı bulunan hastaların karar verme yetkisini temsilci aracılığı ile kullanabilmesine imkân tanınmıştır.⁶⁷⁷ Ek olarak, hastanın konuya dair sağlığında açıkladığı kanaatlerin göz önünde bulundurulmasına da imkân tanınmıştır.⁶⁷⁸ Hastanın sağlığında tıbbi vasiyet düzenlemiş olduğu hallerde bu vasiyet göz önünde bulundurulacaktır.⁶⁷⁹ Tıbbi vasiyetin var olmaması durumunda da önceki irade beyanları uyarınca muhtemel iradesi tespit edilmeye çalışılacaktır.⁶⁸⁰ Amerikan Hukuk düzenlemelerinde hasta vasiyeti, diğer bir deyişle önceden hazırlanan hasta talimatları, sağlık hizmeti vekilliği direktifi (health care proxy directives) ve yönlendirici direktifler (instructive directives) şeklinde ikiye ayrılmaktadır.⁶⁸¹

1990 yılında, ABD Anayasası'nın yetişkin bireylerin rıza ehliyetinin var olmaması durumunda kanuni temsilcisinin tıbbi müdahaleye ret iradesini bildirebileceği, fakat bunun yapılabilmesi için örneğin ağır hastalık sebebiyle rıza beyan edemeyecek halde olan hastanın gerçek iradesinin açık ve samimi deliller

⁶⁷⁵Hakeri, (2021), s.513

⁶⁷⁶Erman, (2003), s.164

⁶⁷⁷Hakeri, (2021), s.516

⁶⁷⁸Özsunay, (1983), ss.49-50

⁶⁷⁹Hakeri, (2021), ss.516-517

⁶⁸⁰Hakeri, (2021), s.517

⁶⁸¹Söğüt ve Tuna, (2017), s.266

aracılığı ile ortaya konulması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁸² Nitekim, kişinin hayatını sonlandırabilecek nitelikteki tıbbi müdahalelerin dahi reddedilebileceği belirtilmektedir. Bu halde suni beslenme de bir çeşit tıbbi müdahale olarak sayılarak suni beslenmenin reddedilmesine dahi imkân tanınmıştır.⁶⁸³ Bir başka kararda ise, bir baba daimî olarak bitkisel hayatta olan kızının yaşam desteğinin sonlandırılmasını talep etmiştir ve mahkeme babanın bu kararını onamıştır. Mahkeme gerçekleştirdiği incelemede babanın kanuni temsilci olarak bu şekilde karar verebilme hak ve yetkisinin bulunduğu değil; babanın kanuni temsilci olarak kızının gerçek iradesini aktarmasını esas alarak hüküm vermiştir.⁶⁸⁴

Avusturya’da ise, Avusturya Medeni Kanunu’nun 284/b madde hükmü uyarınca, hastanın bir koruman denetim ve gözetimi altında olması halinde, koruman olanın rızasının gerekli olmasına karşın, koruman atanmasının mümkün olmadığı hallerde rıza açıklama yeteneği olmayan hasta ile ilgili olarak hastanın yakın hısımları aracılığı ile rıza iradesinin tespit edilebileceği öngörülmüştür. Kanun’un 284/c maddesinde, yakın hısımlar olarak belirtilen kavramın, hastanın anne ve babası, ergin çocukları, evli ise eşi, aynı evde üç yıldan beri beraber yaşanması halinde partnerinin yer aldığı belirtilmiştir. Kanun’un 273. maddesi uyarınca hasta, yaşam sonu bakım ve tedaviye dair kararlar bakımından ek olarak tıbbi vasiyet ve sağlık konusuna ilişkin temsil yetkisi vermiş ise bu halde temsilcinin de görüşlerine başvurulacağı düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca Hasta Talimatları Hakkında Kanun’un (Tıbbi Vasiyet Kanunu), 2006 yılında yürürlüğe girmesiyle tıbbi vasiyet özerk kanun ile düzenlenmiştir.⁶⁸⁵

İtalya’da 2017 yılında yürürlüğe giren Kanun ile tedavi ve tıbbi müdahaleler açısından hastanın aydınlatılmış rızası ve önceden açıklanmış hasta talimatları konusunda mühim bir düzenleme gerçekleştirilmiştir. Düzenleme uyarınca, İtalyan hukukunda tıbbi müdahale ve yaşam sonuna dair meseleler açısından Biyotıp Sözleşmesi ile uyumlu çözümler getirilmiştir.⁶⁸⁶

⁶⁸²Hakeri, (2021), s.517

⁶⁸³Hakeri, (2021), s.517

⁶⁸⁴Hakeri, (2021), s.517

⁶⁸⁵Özsunay, (1983), s.550

⁶⁸⁶Özsunay, (1983), s.551

İsviçre’de tıbbi vasiyete dair düzenlemeler İsviçre Medeni Kanunu’nda yapılmış bulunmaktadır. İsviçre Medeni Kanun’u uyarınca tıbbi vasiyet yazılı şekil şartına bağlı olarak gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle, vasiyet, düzenleyen kişinin el yazısı ile yazılarak tarih atılarak tamamlanmalıdır. Tıbbi vasiyet düzenleyebilmenin maddi şartı olarak, kişinin ayırt etme gücüne sahip olması⁶⁸⁷ gerektiği belirtilmiştir.

Danimarka’da da kanuni düzenlemeler ile tıbbi vasiyete ilişkin hükümlere yer verilerek tıbbi vasiyete geçerlilik tanınmıştır.⁶⁸⁸

3.6.2.Canlandırma Uygulanmasının (Resüsitasyon Yapılmaması) Talimatları (DNR)

Kardiyopulmoner arrest, kişide kardiyovasküler dolaşım ve solunum faaliyetlerinin ani olarak durmasıdır. Kardiyopulmoner resüsitasyon (“KPR”) ise, kardiyopulmoner arrest halindeki hastanın yaşama döndürülmesini amaçlayan tıbbi girişim ve tıbbi müdahalelerin tamamını ifade etmektedir.⁶⁸⁹ Hastanın dolaşım veya solunum faaliyetlerinin durması halinde, hastanın hayata döndürülmesi için gerekli tıbbi girişim ve müdahalelerin gerçekleştirilmesinin istenmediği anlamına gelen do not resuscitate (“DNR”) talimatı bulunuyorsa, bu talimat tekrar canlandırma uygulamasının gerçekleştirilemeyeceği anlamına gelmektedir.

Resüsite etmeme kararı, üç değişik şekilde alınabilmektedir.⁶⁹⁰ Birincisi, konuya ilişkin yeterli bilgiye sahip ve karar verme bakımından yeterliliğe sahip hastanın arrest olması durumunda canlandırılmamayı bizzat istemesi; ikincisi, hasta yakınlarının hastanın arrest olması halinde canlandırılmamayı bizzat istemesi; üçüncüsü ise, hekimin büyük oranda tıbbi kıstaslar uyarınca gerçekleştirdiği

⁶⁸⁷Tıbbi vasiyet düzenleyen kişi, tıbbi vasiyetin anlamı, mahiyeti, sonuçları ve hastalığın oluşması halinde hayatı ve sağlığı bakımından etkisini kavrayarak serbest irade ile karar verebilmeli ve bunu açıklayabilmelidir.

⁶⁸⁸Erman, (2003), s. 161

⁶⁸⁹ Babacan, G. (2019) “Canlandırma Uygulanmasının” Talimatının Hukuki ve Tıbbi Açıdan Değerlendirilmesi, 19-12 Ekim 2019, III. Uluslararası Tıp Kongresi Bildirileri Kitabı, C.I, Ankara: Adalet Yayınevi, s.560

⁶⁹⁰Yıldız Asdemir, T. (2016) *Hemşirelerin Uygulamada Yaşadığı Etik İkilemler*, Tıp Hukuku Dergisi, S.10, Ekim 2016, s.352

değerlendirme neticesinde hasta hakkındaki yargısı ile resüsitasyon uygulanmamasıdır.⁶⁹¹

Hasta talimatlarının tıbbi müdahaleler bakımından bağlayıcı nitelikte olduğu kabul edilen yasal düzenlemelerin bulunduğu ülkelerde, kişi, belirli bir süre önceden canlandırma uygulanmasını talimatı vermiş olabilir yahut bu karar kanuni temsilcisi tarafından verilmiş olabilir. Hastanın ayırt etme gücünden yoksun olması, kanuni temsilcisinin ya da yakınlarının hiçbir şekilde bulunamaması yahut bu kişilere ulaşılamaması halinde canlandırma uygulanmasını talimatı, hastanın yaşı ve hastalığının niteliği dikkate alınarak tıbbi müdahalenin faydasız olacağını anlaşılması durumunda hekimler tarafından da alınabilecektir. Hekimler tarafından bu kararların, genellikle bölüm başkanları, klinik şefleri ve diğer uzman hekim ve kişiler ile görüşülerek alınmakta olduğu görülmektedir. Önerilen yöntem ise, hastanın Hastane Etik Kurulu tarafından görüşülerek karara bağlanmasıdır.⁶⁹²

Hastanın ayırt etme gücüne sahip halde iken DNR iradesini belirtmiş olması halinde, hekime bildirilen bu irade aynı zamanda sahih ise bu durumda hastanın bilincinin kapanmasından sonra da artık bu işlem yapılamayacaktır. Ancak, hastanın bilinci kapalı şekilde hastaneye gelmiş ya da getirilmiş olması durumunda ise tıbbi vasiyete ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını belirtmek gerekir.

Tıbbi vasiyetten ayrı olarak, kişide DNR dövmesinin bulunduğu hallerde nasıl hareket edileceği sorunu ile karşılaşılmaktadır. Hukuk düzenlemelerimizde bu konuya ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimiz, dövme gibi unsurların hukuki olarak bir geçerliliği bulunmadığından, bu nitelikteki beyanların geçerli olduğu varsayılarak tıbbi müdahalede gerçekleştirmekten kaçınılamayacağı yönündedir.⁶⁹³

Ayrıca, tıbbi olarak gereklilik taşıyan tıbbi müdahalenin hasta yakınlarının istem ve talebi ile de gerçekleştirilmemesi söz konusu olamayacaktır. Hekim, kendi iradesi yahut yakınlarının istemleri ile resüsite yapmaması, bu tıbbi müdahalenin

⁶⁹¹Hakeri, (2021), s.519

⁶⁹²Hakeri, (2021), s.519

⁶⁹³Hakeri, (2021), ss.519-520

beyhude nitelikte olmadığı durumlarda hekimin hukuki sorumluluğunu doğurabilecektir. Ancak hekim, tıbbi değerlendirmelerin neticesinde resüsitasyona gerek olmadığı kanaatine varırsa, kararını tıbbi olarak savunabilecektir ve hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Amerikan Kalp Birliği, etkisizlik ile ilgili olan rehberinde, tıbbi etkisizlik gerekçesiyle, hekimlerin tek taraflı olarak resüsitasyonu durdurmaları yahut alıkoymalarını belirli koşullarda kabul etmektedir.⁶⁹⁴ Bunlar; uygun temel ve gelişmiş hayat desteği denenmesine rağmen dolaşım ve solunum fonksiyonlarının başarılı olarak geri dönüşümünün sağlanamaması, hastanın yaşamsal bulgularının maksimum tedaviye rağmen kötüleşmesi, yapılan çalışmalarla, belirtilen koşullarda hiçbir hastanın KPR sonrası hayatta kalamadığının gösterildiği klinik durumlar⁶⁹⁵ olarak belirtilmiştir.

⁶⁹⁴Babacan, (2019), s.562

⁶⁹⁵Örnek olarak; metastatik kanser hastalarında “KPR” uygulamalarını konu alan büyük serileri bulunan çalışmalarda, hastaneden çıkma anına dek yaşayan hastanın görülmemesi verilebilir.

BÖLÜM 4: AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN OLANLARDA TIBBİ MÜDAHALEYE VERİLECEK RIZA BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN TIBBİ MÜDAHALELER

4.1.Ayirt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Klinik Araştırmalarda İnsan Üzerinde Deney ve Deneme

4.1.1.Genel Olarak

Tıp biliminin en temel amaçları; insanlığı hastalıklara karşı korumak ve hastalıklara çare bulmak olarak sayılabilir. Klinik araştırmaların içerisinde yer alan ilaç araştırmaları da dahil olmak üzere belirli amaçlarla gerçekleştirilen çalışmalar olmaksızın bu amaçlara ulaşılabilmesi imkanı değildir.⁶⁹⁶

Kural olarak, tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun tıp bilimi ilke ve kuralları uyarınca tıbbi standartlara uygun olarak hareket etmesinin⁶⁹⁷ beklenmesine rağmen, bazı hallerde bilimsel araştırmalar doğrultusunda bu standartların dışına çıkılarak güncel ve yeni tedavi yöntemlerinin oluşturulması da beklenmektedir. Tıbbi standart, tıbbi ilke ve kuralların geçmişteki deney ve denemelerin neticesinde oluşturulduğu açıktır.⁶⁹⁸ Bu kapsamda da kanun koyucu, tıbbi deney ve denemelerin gerçekleştirilmesinde, diğer bir deyişle tıbbi araştırmalarda, risklerin azaltılması ve yok edilmesi amaçlarıyla belirli sınırların içerisinde hareket edilmesini amaçlamıştır.

⁶⁹⁶Şen, E. (2005) *İnsan Üzerinde Deney Yapma Suçu (TCK m.90)*, İstanbul Barosu Dergisi, C.LXXIX, S.2005/6, s.2002

⁶⁹⁷Sarıbaş, N. Y. (2020) *Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Sorumluluğu*. Yüksek Lisans Tezi. İzmir Ekonomi Üniversitesi, s.11

⁶⁹⁸Hakeri, (2007), s.402; Şen, (2005), s.2002

Yargıtay 15. HD. E.2018/3043, K.2018/2820, T.03.07.2018 kararında⁶⁹⁹ tıbbi standart tanımına aşağıdaki şekilde yer verilmiştir:

“Avrupa Biyotıp Sözleşmesi’nin 4. maddesinde kastedilen standardın da tıbbi standart olduğu tartışmasız olup, tıbbi standartlara aykırılık teşhis ya da tedavi aşamasında ya da müdahale sonrasındaki süreçte noksanlık ya da yanlışlık şeklinde gerçekleşebilir. “Tıbbi Standart” hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır.”

Ayırt etme gücünden yoksun olanlar kavramının içerisinde değerlendirilebilecek kimselere (küçük, akıl hastası, akıl zayıfı, sarhoş ve benzeri sebepler bulunanlar) etkin ve güvenli tedavi tekniklerinin uygulanabilmesi amacıyla (özellikle küçükler bakımından)⁷⁰⁰ anatomik, fizyolojik, fizyopatolojik özelliklerinin dikkate alınması önem taşımaktadır.

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik’in⁷⁰¹ (“KAHY”) 4/ö. maddesinde klinik ilaç araştırmaları; bir ya da birden daha fazla ilacın klinik, farmakolojik ya da diğer etkilerini teyit etmek, analiz etmek, ilacın advers etkilerini tanımlamak, dağılım, emilim, atılım ve metabolizma etkilerinin tespitini sağlamak, etkililik ya da güvenlik ölçülerini tespit etmek gibi amaçlarla insanlar üzerinden gerçekleştirilen çalışmalar şeklinde hüküm altına alınmıştır.

KAHY’nin 5/1-ç. maddesi uyarınca, gönüllü olmak talebinde bulunan kimse ya da bu kimselerin kanuni temsilcisi, araştırmalara başlanmadan önce, araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen faydaları, öngörülebilir zorluk ve riskleri, araştırmanın

⁶⁹⁹Yargıtay 15. HD. E.2018/3043, K.2018/2820, T.03.07.2018, Kazancı [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 24.10.2021)

⁷⁰⁰Çocukluk dönemi; yeni doğanlar, süt çocukları, oyun çağı, okul çağı çocukları gibi farklı yaş gruplarından oluşmaktadır. Bu dönemlerde her bir dönemin farklı niteliklerinin bulunması çocuklardaki klinik araştırmaların önemini artırmaktadır. Karatoprak, N. (2008) *Çocuklarda Klinik İlaç Araştırmaları*, Aralık 2008, Türk Farmakoloji Derneği E- bülten, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.tfd-kfcg.org> (Erişim Tarihi: 28.08.2021)

⁷⁰¹Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 28617, 13 Nisan 2013 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)

gerçekleştirileceği kişinin şahsi, sağlık ve diğer yönlerden uygun olup olmayacağı, araştırmaların sürdürüleceği şartlar gibi detaylar hakkında sorumlu araştırmacı ya da yetkili bir kişi tarafından başvuru sahibi ya da kanuni temsilcisine açık, anlaşılır ve gerekli düzeyde bilgi verilerek ayrıntılı şekilde açıklanması gerekmektedir. Rızanın alınmasının akabinde, Yönetmelik'in 5/1-ç. maddesinde belirtilen hususları içeren bilgilendirilmiş gönüllü olur formu⁷⁰² ile yapılan aydınlatma, yazılı şekilde belgelendirilir. Belirtilen yeni tıbbi yöntem ve deneylerin, tıbbi müdahaleye verilecek rıza açısından hukuka ve ahlaka aykırılık niteliğinin incelenmesi gerekmektedir.⁷⁰³

Çeşitli amaçlarla gerçekleştirilebilen klinik araştırmaların, denek sayısı, yaklaşım, protokol yönleriyle diğer tıbbi müdahalelerden farklı özellik ve nitelikleri bulunmakta olduğundan özellik arz eden tıbbi müdahale olarak nitelendirilmektedir.

Yönetmelik'in 10. ve 11. maddeleri uyarınca, insanlar üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbi deneyler için Etik Kurulu'nun oluşturularak önceden yapılacak olan denetim ile izin verme yetkisine sahip olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik'in 14. maddesinde⁷⁰⁴ ise, ilacın farmasötik ruhsatlanmasının öncesinde gerçekleştirilecek olan deneyler, dört (4) dönemde sınıflandırılarak her döneme ait araştırmaların hangi şekilde uygulanabileceği belirtilmiştir. I. dönem

⁷⁰²Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'in 1/ g bendi; “Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu: Araştırmaya iştirak edecek gönüllüye veya gerekli durumlarda yasal temsilcisine, araştırmaya ait her türlü bilgi, uygulama ve riskin insan sağlığı açısından önemi hakkında bilgi verildikten sonra, gönüllünün tamamen serbest iradesi ile araştırmaya iştirak etmeye karar verdiğini gösteren yazılı belgeyi veya gönüllü okur-yazar değilse, araştırmadan bağımsız en az bir tanığın huzurunda ve tanığın imzası alınmak suretiyle gönüllünün sözlü olurluğunu gösteren belge” hükmünü içermektedir.

⁷⁰³Hakeri, (2007), s.407; Erman, (2003), s.226; Öztürkler, (2006), s.97

⁷⁰⁴ KAHY'nin 14. maddesi; “I. Dönem: Araştırma ürününün farmakokinetik özelliklerinin, toksisitesinin, biyoyararlanımının ve vücut fonksiyonlarına etkisinin tespit edilebilmesi için, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda sağlıklı gönüllüye veya onkoloji çalışmalarında olduğu gibi sağlıklı gönüllülerde çalışılmasına imkân olmayan durumlarda hasta gönüllülere uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma safhasıdır.

II. Dönem: Araştırma ürününün; terapötik doz sınırlarının, klinik etkinliğinin ve emniyetinin araştırılması amacıyla, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma safhasıdır.

III. Dönem: I. Ve II. Dönemlerde geçmiş araştırma ürününün; araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş, yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanarak; etkinliği, emniyeti, yeni bir endikasyon araştırması, farklı dozları, yeni veriliş yolları ve yöntemleri, yeni bir hasta popülasyonu ve yeni farmasötik şekiller yönünden denendiği klinik araştırma safhasıdır.

IV. Dönem: Ruhsatlı ürünlerin onaylanmış endikasyonları, izinli ürünlerin ise önerilen kullanımlarına yönelik emniyetinin ve etkililiğinin daha fazla incelenmesi veya yerleşik diğer tedavi, ürün ve yöntemlerle karşılaştırılması için fazla sayıda hasta üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırma safhasıdır.” hükmünü içermektedir.

çalışmalarında yeni ilaçların ilk çalışmaları, sağlıklı gönüllü insan üzerinde gerçekleştirildiği için insan üzerinde deney olarak nitelendirilmekte iken, II., III. ve IV. dönem çalışmaları ise hasta üzerinde yürütüldüğünden, insan üzerinde deneme şeklinde nitelendirilmektedir.⁷⁰⁵

Küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri sebepler dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun olanlar kavramının içerisinde değerlendirilebilecek kimselere etkin ve güvenli tedavi tekniklerinin uygulanabilmesi, yeni ilaçların geliştirilmesi ve bu özellikteki bireylerin niteliğine uygun gereken klinik araştırmaların gerçekleştirilmesi, tıp bilimi ilke ve esasları doğrultusunda gereklilik arz etmektedir.⁷⁰⁶ Klinik araştırmalar, doğrudan iyileştirme amacına ya da bilimsel amaca yönelik de gerçekleştirilebilmektedir.

4.1.2. İyileştirme Amaçlı Denemeler

İyileştirme amaçlı denemeler, tedavi amacı öncelikli olmak üzere, tıp biliminin ilke ve kuralları uyarınca uygulanmakta olan olağan yöntem ve teknikler ile gerekli ve istenilen düzeyde yardımcı olunamayan hastaya, güncel deneyimler doğrultusunda sonucu yeterli kesinlikte olmayan yeni metotların uygulanması olarak tanımlanabilir.⁷⁰⁷ Bu şekildeki tıbbi müdahaleler, tedavi ile eşgüdümlü olarak yürütülen araştırmalar olarak adlandırılmaktadır. Burada, hastalık hakkında bilgi edinilmesi amacıyla araştırma yapılmasının yanı sıra hastalığın tedavisine de katkıda bulunmak amaç edinilmiştir.⁷⁰⁸

İyileştirme amaçlı denemelerde amaç hastayı iyileştirmek de olsa, yöntemin tam olarak bilinmemesi ve o hastalık ve hasta bakımından en doğru metot olduğunun kesin olarak belirlenmemiş olması (insan üzerinde deneme aşamasına gelmiş olsa

⁷⁰⁵Hakeri, (2007), s.407

⁷⁰⁶Karatoprak, (2008), ss.1-2

⁷⁰⁷Yavuz İprekyüz, (2006), s.99; Erman, (2003), s.226

⁷⁰⁸Örnek Büken, N. (2003) *Tıp Etiği Açısından Klinik İlaç Araştırmaları*, Çağdaş Tıp Etiği, Türk Psikiyatri Dergisi, C.XIV, S.4, s.291

dahi) dolayısıyla hukuka uygunluk şartlarının (normal tıbbi müdahalelerden daha ağır nitelikteki) mutlak surette bulunması gerektiği belirtilmiştir.⁷⁰⁹

Tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun, denemenin gerçekleştirileceği hastanın organizmasını detaylı biçimde incelemesi ve denemenin olumsuz nitelikteki etkilerini azaltmak ve önlemek adına gerekli olan bütün tedbirleri alması gerekmektedir.⁷¹⁰ Tıbbi müdahaleden beklenen yararın, hastanın maruz kalacağı tehlikeden fazla olması ve bu bakımdan dengenin kurulması gerekmektedir.⁷¹¹

En önemlisi, hastanın iyileştirme amaçlı denemelere ilişkin olarak kapsamlı ve detaylı biçimde aydınlatılması gerekmektedir. Nitekim, küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri sebepler dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun olanlar kavramının içerisinde değerlendirilebilecek kimselerin kanuni temsilcilerine ve mümkün ise kendilerine iyileştirme amaçlı denemelere ilişkin tıbbi müdahale kapsamının detaylı şekilde anlatılarak aydınlatılması gerekmektedir. Burada belirtilen aydınlatılmış rızanın, tedavinin kapsamı, metotları, vasıtanın yeni ve güncelliği, taşıdığı riskleri gibi konulara ilişkin aydınlatmaların neticesinde verilmiş olması da önem taşımaktadır.

4.1.3. Bilimsel Amaçlı Deneyler

Bilimsel amaçlı deneylerde öncelikli olarak bilimsel araştırmanın sonuçlarını gözlemlemek amaç edinilmektedir. İnsanlar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel deneylerin hukuka uygun olması gerekmektedir ve bu unsura ilişkin öğretilerde çeşitli görüşler yer almaktadır. Öğretilerde yer alan bir görüşe göre, tıp biliminin gelişme göstermesi, yeni hastalıklara çözümler üretilebilmesi adına bilimsel araştırmalar yapılmasının önemli olduğu, bu kapsamda denetlerin örf ve adetlere uygun, aydınlatılmış rızanın varlığında, hedeflenen amaç için bunun zorunlu olduğu, zarar ve

⁷⁰⁹Cin, M. O. (2005), *Biyo-Hukuk Sözleşmesi ve İnsan Üzerinde Deney*, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, s.199, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.akader.info> (Erişim Tarihi: 14.11.2021)

⁷¹⁰Ateş, (2010), s.105

⁷¹¹Ateş, (2010), s.105

yarar arasında bir oran olduğu hallerde bunun kabul edilebilir nitelikte olacağıdır.⁷¹² Öğretide yer alan diğer bir görüş, bilimsel amaçlı tıbbi müdahalelerin hasta rızasının kapsamlı aydınlatılmış rıza sonucunda alınmış olsa dahi tamamının hukuka aykırı olduğu yönündedir. Bilimsel amaçlı tıbbi deneylerde, ıztırrar halinin mevcudiyeti halinde geçerliliğin mümkün olabildiği, ancak bunun dışında insanın deney aracı olarak kullanılmaması gerektiği bu görüşteki yazarlar tarafından savunulmuştur.⁷¹³

Tıbbi gelişmeler ışığında insanlar üzerindeki deneylerin gerekliliği ve hatta zorunlu ve vazgeçilmez oluşu dikkat çekecektir. Bu nedenle de uluslararası etik ve hukuk belgelerinde de bilimsel amaçlı deneylerin gerçekleştirilmesi kabul edilerek çeşitli kriterleri belirtilmiştir.⁷¹⁴

4.1.4.İnsan Üzerinde Deney ve Denemenin Hukuka Uygunluğuna İlişkin Düzenlemeler

4.1.4.1.Genel Olarak

İnsanlar üzerinde gerçekleştirilen ve neticeleri herhangi bir kesinlik taşımayan tıbbi müdahaleler, diğer olağan tıbbi müdahalelerde olduğu gibi vücut dokunulmazlığı, yaşam ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakları ile yakından ilgilidir.⁷¹⁵ İnsanlar üzerinde deney ve denemenin, tıbbın ilerlemesi amacıyla, hukuka uygun biçimde yürütülmesini sağlamak adına ulusal ve uluslararası düzenlemeler oluşturulmaktadır. Hukuki düzenlemelerde, bu nitelikteki çalışmalarla kişilerin hak ihlallerinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, hak ihlallerinin ortaya çıkması halinde, hukuka aykırılıkların tespit edilip yaptırımlarla mağduriyetlerin giderilmesi adına düzenlemeler oluşturulmuştur.⁷¹⁶

Deney ve deneme fiillerine karşı Anayasa'da kişi hak ve hürriyetlerinin korumaya değer hürriyet olarak kabul edildiği görülmektedir. Anayasa'nın 17/2.

⁷¹²Ayan, (1991), s.15; Aşçıoğlu, (1991), s.55

⁷¹³Aşçıoğlu, (1991), s.56; Bayraktar, (1972), s.162

⁷¹⁴Erman, (2003), s.228

⁷¹⁵Cin, (2005), s.200

⁷¹⁶Sütlaş, M. (2000) *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, 1. Baskı, İstanbul: Chiviyazıları Yayınevi, s.100

maddesinde açıkça kimsenin rızası bulunmadan bilimsel ve tıbbi deneylere maruz bırakılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Hüküm uyarınca, insan üzerinde gerçekleştirilecek olan deney ve denemelerin kişinin rızası ile imkanı olabileceği belirtilebilir.⁷¹⁷

TCK'nın 90. maddesi de Anayasa'nın yukarıda belirtilen hükmünde olduğu gibi insan üzerinde gerçekleştirilen deneyleri konu edinmekle bilimsel deney ve denemelere ilişkin olarak suç tanımlaması yapılmıştır.⁷¹⁸ Hüküm uyarınca, insan üzerinde deneyin ceza hukuku bağlamında hukuka uygunluk koşulları; deney için yetkili kurul yahut makamlardan iznin temin edilmiş olması, gerçekleştirilecek olan deneyin öncelikle insan haricindeki deney ortamında ya da gerekli sayıda hayvan

⁷¹⁷Hem 1982 Anayasası'nın 17. maddesi hem de TCK'nın 26. madde hükümlerinin gerekçelerinde bireyin rızasının bulunması ihtimalinde dahi insan üzerinde gerçekleştirilecek olan deney ve denemelerin limitsiz nitelikte olamayacağı, diğer bir deyişle bir kişinin yaşam ve vücut bütünlüğü üzerinde sınırsız tasarruf hakkının kabul edilemeyeceği açıkça vurgulanmıştır. Şen, E. (2008), *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, ss.592-593

⁷¹⁸TCK'nın 90. maddesi; "(1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2)İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;
a)Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,
b)Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,
c)İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d)Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

e)Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,
f)Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

g)Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması gerekir.

(3)(Değişik: 31/3/2005 – 5328/7 md.) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;

a)Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b)Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

c)Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gerekir.

(4)Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.

(5)Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6)Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümler uygulanır." hükmünü içermektedir.

üzerinde gerçekleştirilmiş olması, bu şekilde gerçekleştirilen deneyler neticesinde elde edilen bilimsel bulguların, ulaşılmak istenen amaç bakımından insan üzerinde de gerçekleştirilmesini gerekli kılması, deneyin insan sağlığı üzerinde tahmin edilebilir kalıcı ya da zararlı bir etki bırakmaması, deneyin uygulanacağı insana acı verici (insan onuruna aykırı nitelikte) yöntemlerin uygulanmaması, deney amacının kişiye yüklediği yük ve kişi sağlığı üzerindeki tehlike ve riske oranla daha ağır olması, deneyin nitelik ve neticeleri bakımından yeterli bilgilendirmeye dayanan aydınlatılmış rızanın yazılı olarak alınması ve bunun bir menfaat elde edilmesine bağlı olmamasıdır.

İnsanlar üzerindeki deneyler bakımından en önemli şart kişinin rızası olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷¹⁹ Bu nitelikteki deneyler açısından verilen rızanın geçerli olabilmesi için kişinin düşünme ve karar verme yeteneğinin bulunması ve aydınlatılmış olması gerekir. Fakat, neticeleri kanıtlanan tıbbi müdahalelere göre bu nitelikteki tıbbi müdahalelerde aydınlatma, daha detaylı ve kapsamlı şekilde gerçekleştirilmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; bu nitelikteki tıbbi müdahalelerde denek olmak bakımından gönüllülük asıdır. Bu nedenle, denek olan kişiye araştırmanın niteliği, amacı, yapılış şekli, yan etkileri, olası riskler, risk tedavileri, komplikasyonlar, koruyucu tedbirler, uygulama süresi detaylı şekilde bilgilendirilmelidir.⁷²⁰

Tüzük ve yönetmeliklerde de insanlar üzerinde bilimsel amaçlı deneylere ilişkin hükümler bulunmaktadır. TDT'nin 11/1. maddesinde deneme amacıyla insanlar üzerinde cerrahi müdahale uygulanarak bilimsel deneyler gerçekleştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. KAHY ile ülkemizde ilaç araştırmalarına yönelik uluslararası

⁷¹⁹Örneğin, Bay X, bacağından vurulduğu için ABC hastanesine müracaat etmesinin akabinde tedavileri gerçekleştirilerek herhangi bir komplikasyon da bulunmadığından taburcu işlemleri gerçekleştirilmiştir. Bu sürecin sonrasında bacağına bir kitle oluştuğundan bahisle tekrar ABC hastanesine başvurmuştur. Hekim, gerçekleştirilen teşhis neticesinde bacakta bulunan kitlenin hastanın bacağından kurşunun ilerlerken yapmış olduğu arter damarının bir noktasında bulunan anevrizma ile alakalı olduğunu belirtmiştir. Hekimler, Bay X'in tedavisi konusunda fikir birliğinde bulunarak daha önce neticeleri kesinleşmemiş ve denenememiş bir metot olan deri içi çelik helazon kangal ile tıkanıklığı açma tekniğini uygulamıştır. Yöntem oldukça yenidir. Tekniğin amacı tıkanan damar noktasında, üst kısmından ilgili cihazı yerleştirerek (sokarak) kanın akışını sağlamaktır. Tıbbi müdahale gerçekleştirilirken hastanın bacağına aşağıya doğru kan akımının kesildiği belirlenmiştir. Hastanın bacağına da taze kan getirebilme işlemi yapılamadığından tıbbi müdahale uygulanan hastanın bacağı kesilmiştir. Tıbbi müdahale sonucunda yeni yöntem uygulamasındaki risk ve sonuçların hastaya izah edilmediği gerekçesiyle hekime cezaî işlem uygulanmıştır. Court Of Appeals of North Carolina, (1984), ss.211-216; Öztürkler, (2006), s.99

⁷²⁰Cin, (2004), s.200

standartlara uyumlu ilaç araştırmaları gerçekleştirmenin hukuk temelleri oturtulmuştur. KAHY'nin ilgili hukmlerinde bilimsel amaçlı insan üzerinde tıbbi deneylere dair düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca, Yönetmelik'in 5. maddesi, insan üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi deneylere katılacak olan kimselerin korunabilmesi adına, araştırmalardan beklenen bilimsel yararlar ve kamu menfaatinin, araştırmaya dahil olacak gönüllü kişinin sağlığı veya muhtemel risklerden ve başkaca kişilik haklarından üstün tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. HHY'nin 6. bölümünde de gönüllünün korunması, bilgilendirilmesi, rıza alımının şekli ve yöntemi, kklerin ve ayırt etme gücünden yoksun olanların durumu, ilaç ve terkiplerinin araştırma amaçlı kullanımına dair hükümler bulunmaktadır.

İyi Klinik Uygulama Klavuzu⁷²¹ ("İKUK"), klinik araştırmalar bakımından evrensel etik ölçüler düzenlemiştir ve Klavuz'un amacı; aşağıdaki şekilde belirtilmiştir:

"İnsanlar üzerinde yapılan araştırmalarda, gönüllülerin haklarını, unsurlarının ve mahremiyetlerinin korunmasını ve araştırmaların verimli, güvenilir, doğru ve uluslararası standartlara uygun nitelikte olmasının sağlanması"

İnsanlar üzerinde tıbbi deneylere ilişkin 1964 yılında DTB'nin kabul ettiği Helsinki Bildirgesi,⁷²² bu nitelikteki tıbbi deney ve denemelerde etik ilkeleri düzenlemektedir.

⁷²¹İyi Klinik Uygulama Klavuzu, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 51748, 29 Aralık 1995, [evrimii]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.11.2021)

⁷²²Dnya Tıp Birliği'nin 18. Genel Kurulu'nda (Helsinki, Finlandiya, Haziran 1964) benimsenmiş olmakla birlikte, 29. Genel Kurulu'nda (Tokyo, Japonya, Ekim 1975), 35. Genel Kurulu'nda (Venedik, İtalya, Ekim 1983), 41. Genel Kurulu'nda (Hong Kong, Eylül 1989), 48. Genel Kurulu'nda (Somerset West, Güney Afrika Cumhuriyeti, Ekim 1996), 52. Genel Kurulu'nda (Edinburgh, İskoçya, Ekim 2000), 53. Genel Kurulu'nda (Washington 2002-29. maddeye açıklama notu ilave edilmiştir), 55. Genel Kurulu'nda (Tokyo 2004-30. maddeye açıklama notu ilave edilmiştir) 59. Genel Kurulu'nda (Seul, Ekim 2008) geliştirilmiştir. Deklarasyon, "*Gönüllüler zerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalarda Etik İlkeler*" isminde, insanlarda gerçekleştirilecek olan tüm tıbbi deneyde, deneklerin sağlığı, yaşamı, onuru, vücut bütünlüğü, kendi geleceğini belirleme hakkı, kişisel bilgilerinin gizliliği, mahremiyeti gibi konuların araştırmaya dahil olan hekim tarafından korunması hekimin bir yükümlülüğüdür. Denek (tıbbi deneyin gerçekleştirileceği kişi), finansman kaynakları, araştırma yöntemleri, ihtimal dahilindeki çıkar çatışmaları, araştırmadan beklenen fayda ve ortaya çıkabilecek riskler, araştırmacının kurumsal bağları, araştırmanın gündeme getirebileceği rahatsızlıklar ve diğer noktalar bakımından yeterli düzeyde bilgilendirilmiş olmalıdır. Denek olacak olan kişinin herhangi bir şekilde araştırmaya dahil olmama veya herhangi bir yaptırım ile karşılaşmadan dilediği bir zamanda rızasını geri çekme hak ve

Türkiye tarafından imzalanarak⁷²³ Anayasa'nın 90. madde⁷²⁴ hükmü ile iç hukuk normu niteliği taşıyan İHBS'nin 15. maddesi şu şekildedir:

“Biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir.”

Tıbbi deneme ve deneylere ilişkin Amsterdam Bildirgesi'nde de klinik araştırmalara ilişkin olarak, Bildirge'nin 3/10. maddesi uyarınca, iradesini ifade edemeyecek nitelikteki hastaların kendilerini alakadar etmeyen araştırmalarda yer alamayacağı hüküm altına alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, hükme istisna getirilerek alternatif bulunmayan, önemli nitelik taşıyan, kişiye zarar vermeyen ve aynı zamanda başka araştırma öznesi de olmayan bu kişilerin kendilerine doğrudan yararı olmasa dahi araştırmalarda yer alabileceği düzenlenmiştir.⁷²⁵

yetkisine sahip olduğu bakımından da gerekli düzeyde bilgilendirilmesi, bilgilendirilmenin anlaşıldığından emin olunması, ardından hekim veya uygun nitelikteki kişinin tercihen yazılı şekil şartının sağlanarak özgür iradesi ile oluşturulan aydınlatılmış rızasının temin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aydınlatılmış rızanın yazılı olarak temin edilemiyor olduğu hallerde kişi rızası, tanık huzurunda resmi şekilde belgelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.ieg.gov.tr> (Erişim Tarihi: 25.11.2021)

⁷²³03.12.2003 Kabul Tarihli 5013 sayılı “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun” 09.12.2003-25311 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 16.03.2004 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından Sözleşme onaylanmıştır. 2004/7024 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 25439, 20 Nisan 2004, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2021)

⁷²⁴Anayasa'nın “Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma” başlıklı 90. maddesi; “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” hükmünü içermektedir.

⁷²⁵Sert, (2004), s.126

İnsanlar üzerinde gerçekleştirilecek olan deney, deneme ve tıbbi çalışmalar ile ilgili, ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerle, tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun yükümlülükleri, sorumlulukları, etik ödevleri hüküm altına alınmıştır. Hasta ve sağlıklı kişiler üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırmalar, taşıdıkları riskler dolayısıyla eleştirilmekte iken ayırt etme gücünden yoksun olanlara (özellikle küçüklere) kanunen mümkün olan bu nitelikteki müdahalelerin gerçekleştirilmesi büyük tartışmaların yaşanmasına sebebiyet vermiştir.⁷²⁶

4.1.4.2.Ulusal ve Uluslararası Mevzuatta Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Üzerinde Salt Bilimsel Amaçlı Deneye İlişkin Düzenlemeler

4.1.4.2.1.Ulusal Düzenlemeler

TCK'nın 90/3. maddesinde⁷²⁷ çocuklar üzerinde gerçekleştirilebilecek tıbbi müdahalelerde, bilimsel araştırma konusunun niteliği ve hastalık ya da sorunun çocuk ile ilgili olması halinde çocukların denek olarak yer alabilmesi ve deneme ilaçlarının kullanılabilmesinin imkanı olduğu hüküm altına alınmıştır.⁷²⁸ Cin, düzenlemenin hastalığı bulunmayan sağlıklı çocuklar üzerinde de bilimsel amaçlı deney yapılmasına sınırlı da olsa izin verilmesinin hukuki ve etik açıdan sağlıklı olmadığı ve düzenlemenin kötüye kullanımlara yol açabileceğini ifade etmiştir.⁷²⁹ Gerçekleştirilen deneysel amaçlı tıbbi müdahalelerin sonucunda elde edilen veriler neticesinde, önemi ve amaçlanan hedefe ulaşılması bakımından, deneysel amaçlı tıbbi müdahalenin

⁷²⁶İlaç araştırmalarının çocuklar üzerinde gerçekleştirilmesinin de gerektiğini savunanlar, çocuklarda kullanılacak olan ilaçlar bakımından ruhsat verilmesinin bu nitelikteki ilaçların çocuklarda klinik araştırmaların yapılması gerektiğini belirtmişlerdir. Nitekim bu nitelikteki araştırmaların bir bölümü çocuğun tedavisini amaçlamakta olduğundan küçüğün menfaatindedir. Ancak, çocukların ilaç araştırmalarında maddi gaye ile katılımlarının sağlanması halinde kanuni temsilcilerin bu şekilde çocukların geleceği ile önemli ve ağır nitelikte kararlar alınması haklarının bulunmadığı belirtilmektedir.

⁷²⁷TCK'nın 90/3. maddesi; “Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra; yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması, deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gereklidir.” hükmünü içermektedir.

⁷²⁸Şen, E. (2006) *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 1. Baskı, C. I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.309

⁷²⁹Cin, (2004), s.201

çocuklara uygulanmasının da önemli ve zorunlu olması halinde mümkün olabileceği belirtilmiştir.⁷³⁰

Çocuklar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel deneylerde, ilgili tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücüne sahip, rıza açıklama yeteneği bulunan çocuğun rızasının haricinde, anne, baba ya da vasi (kanuni temsilci) rızasının arandığını, kanuni temsilcisinin kötüye kullanımı ya da ihmali davranışı gündeme gelebileceğinden izin aile veya sulh hukuk mahkemesi hakimlerinin de müdahalesi ile gerçekleştirilmesinin faydalı olacağı düzenlenmiştir.⁷³¹

KAHY’de küçüklere uygulanabilecek tıbbi deneylere yönelik olarak birçok düzenleme bulunmaktadır ve Yönetmelik’in 6. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendirdiği veya sadece çocuklarda incelenebilir klinik bir durum olduğu ya da yetişkin kişiler üzerinde yapılmış araştırmalar sonucu elde edilmiş verilerin çocuklarda da geçerliliğinin kanıtlanmasının zorunlu olduğu durumlarda, araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbi bir kanaat bulunuyor ise 5 inci maddedeki hususlar ile birlikte aşağıda belirtilenler çerçevesinde çocuklar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir.”

Hüküm uyarınca, küçüklere tıbbi deney ve bilimsel araştırma gerçekleştirilebilmesi için gerçekleştirilecek araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendirir nitelikte olması ya da yetişkinlerde gerçekleştirilen araştırmalar neticesinde elde edilen verilerin çocuklardaki geçerliliğinin ispatlanmasının zorunluluk teşkil etmesi, araştırma gönüllülüğüne ilişkin gönüllü sağlığı bakımından öngörülebilir önemli ve ciddi risk barındırmıyor olması, araştırmanın gönüllülere de doğrudan

⁷³⁰Şen, (2006), s.309

⁷³¹Şen, (2008), s.626; Ayrıca, yasal temsilcinin bilimsel amaçlarla çocuk üzerinde deney uygulamasına kötü niyetli şekilde rıza vermesi halinde yalnızca menfaat elde edenin değil rıza gösteren yasal temsilcinin de menfaati kabul etmeleri nedeniyle cezalandırılmasının caydırıcı olabileceği ifade edilmiştir.

yararlı olacağı umudu var ise bu halde Yönetmelik'in 5. ve 6. maddesinde yer şartlar uyarınca çocuklar üzerinde bilimsel araştırma gerçekleştirilmesine izin verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Klinik araştırmaları konu edinen KAHY'nin 5. maddesinde araştırmanın genel esaslarına ilişkin şartlar şu şekildedir:

“a) Araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda deney hayvanı üzerinde yapılmış olması şarttır.

b) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını zorunlu kılması gerekir.

c) Araştırmadan beklenen bilimsel faydalar ve kamu menfaati, araştırmaya iştirak edecek gönüllü sağlığından veya sağlığı bakımından ortaya çıkabilecek muhtemel risklerden ve diğer kişilik haklarından daha üstün tutulamaz.

) Gönüllüye ait germ hücrelerinin genetik yapısını bozmaya yönelik hiçbir araştırma yapılamaz.

d) Araştırmaya iştirak eden gönüllünün tıbbi takip ve tedavisi ile ilgili kararlar, bunların gerekli kıldığı mesleki nitelikleri haiz hekim veya diş hekimine aittir.

e) Araştırma sırasında, gönüllüye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verecek yöntemlerin uygulanması yasaktır.

f) Araştırma acıyı, rahatsızlığı, korkuyu, hastanın hastalığı ve gelişim safhası ile ilgili herhangi bir riski mümkün olan en alt düzeye indirecek biçimde tasarlanır. Hem risk sınırının hem de rahatsızlık derecesinin özellikle tanımlanması ve sürekli kontrol edilmesi gerekir.

g) Araştırmayla varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması gerekir.

ė) Araştırmanın insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması şarttır.

h) Elde edilecek faydaların araştırmadan doğması muhtemel risklerden daha fazla olduğuna etik kurulca kanaat getirilmesi hâlinde, kişilik hakları gözetilerek, usulüne uygun bir şekilde bilgilendirilmiş gönüllü olur formu alınması kaydıyla, etik kurulun onayı ve Kurum izni alındıktan sonra araştırma başlatılabilir. Araştırma ancak bu şartların devamı hâlinde yürütülür.

ı) Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya kanunî temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da diş hekim olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir.

i) Gönüllünün tamamen serbest iradesi ile araştırmaya dâhil edileceğine dair herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmayan rızası alınır ve bu durum (ı) bendinde yer alan bilgilendirmeye yönelik hususları kapsayan Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu ile belgelenir.

j) Gönüllünün, kendi sağlığı ve araştırmanın gidişatı hakkında istediği zaman bilgi alabilmesi ve bu amaçla irtibat kurabilmesi için araştırma ekibinden en az bir kişi görevlendirilir.

k) Gönüllü, gerekçeli veya gerekçesiz olarak, kendi rızasıyla, istediği zaman araştırmadan ayrılabilir ve bundan dolayı sonraki tıbbi takibi ve tedavisi sırasında mevcut haklarından herhangi bir kayba uğratılmaz.

l) Gönüllülerin klinik araştırmadan doğabilecek zararlara karşı güvence altına alınması amacıyla, 10 uncu maddenin birinci fıkrasının (ç) bendinde belirtilen Faz IV klinik araştırmaları ve gözlemsel ilaç çalışmaları dışındaki klinik araştırmalara katılacak gönüllüler için ilgili mevzuat gereğince sigorta yaptırılması zorunludur. Ancak, bu durum ilaç dışı klinik araştırmalarda araştırmanın niteliğine göre belirlenir.

m) Sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanmasıya yönelik olarak gönüllü veya kanunî temsilcisi için

herhangi bir ikna edici teşvikte veya malî teklifte bulunulamaz. Ancak gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybindan doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır.

n) Araştırma sonucunda elde edilecek bilgilerin yayımlanması durumunda gönüllünün kimlik bilgileri açıklanamaz.”

Çocukların araştırmaya iştirak etmeleri bakımından KAHY'nin 5. maddesine ek olarak aranan diğer şartlar KAHY'nin 6. maddesi ise şu şekildedir:

“a) Araştırılacak ürünün veya uygulamanın çocuklar üzerinde bilinen herhangi bir riskinin olmadığı hususunda genel tıbbi bir kanaatin bulunması gerekir.

b) Çocuk rızasını açıklama yetisine sahip ise kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vesayet altında ise vasisinin, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olarak oluru alınır.

c) Çocuğun araştırmaya iştirak etmeyi reddetmesi veya araştırmanın herhangi bir safhasında araştırmadan çekilmek istemesi durumunda çocuk araştırmadan çıkarılır.

ç) Çocuk kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede ise, araştırma ile ilgili gerekli tüm bilgiler çocuğa uygun bir şekilde anlatılır.

d) Etik kurul, araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekim tarafından, diş hekimliği ile ilgili araştırmalarda ise çocuk diş hekimliği alanında doktora veya uzmanlığını almış bir diş hekimi tarafından bilgilendirilir ve protokol bu yönde değerlendirilir.

e) Çocuklarda yapılacak klinik araştırmalarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekimin, çocuklar üzerinde yapılacak diş hekimliği ile ilgili klinik araştırmalarda ise çocuk diş hekimliği alanında doktora veya uzmanlığını almış bir diş hekiminin araştırmanın çocuklar üzerinde yapılması hususunda müspet görüşü olmadan etik kurul bu araştırmaya onay veremez.

f) Çocuklarda yapılacak klinik araştırmalar için çocukların araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teşvik veya malî teklifte bulunulamaz.”

Kısıtlıların, araştırmaya iştiraklerine ilişkin olarak da KAHY’de çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda Yönetmelik’in 8. maddesi, araştırma konusunun doğrudan kısıtlıları ilgilendiren yahut yalnızca kısıtlı hastalarda incelenebilir bir hal olması ya da bu nitelikteki hastaların hastalığıyla alakalı mevcut tedavi ihtimallerinin tüketildiği hallerde, araştırmanın bu nitelikteki hastaların sağlığı bakımından öngörülebilir bir risk taşıyaması ve araştırmanın kısıtlılık kapsamında yer alan kişilere doğrudan yarar sağlayacağı konusunda genel tıbbi kanaatin bulunması hallerinde, Yönetmelik’in 5. maddesinde belirtilen unsurlar ve 8. maddede belirtilen özel unsurlar çerçevesinde bu kişiler üzerinde bilimsel araştırma yapılmasına izin verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Kısıtlıların, araştırmaya iştiraklerine ilişkin olarak KAHY’nin 8. maddesinde belirtilen özel şartlar ise aşağıdaki şekildedir:

“a) Araştırılacak ürünün veya uygulamanın kısıtlılar üzerinde bilinen herhangi bir riskinin olmadığı hususunda genel tıbbi bir kanaatin bulunması gerekir.

b) Rızasını açıklayabilecek yetiye sahip ise kısıtlının rızası ile birlikte vasisinin 5 inci maddenin birinci fıkrasının (ı) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olurları alınır.

c) Kısıtlı, kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yaparak bu konuda kanaate varabilme kapasitesine sahip ise, araştırmaya iştirak etmeyi reddetmesi veya araştırmanın herhangi bir safhasında araştırmadan çekilmek istemesi durumlarında araştırmadan derhal çıkarılır.

ç) Etik kurul, araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda, araştırma konusu ile ilgili alanda uzmanlığını almış bir hekim ile psikiyatri uzmanı bir hekim tarafından bilgilendirilir ve protokol bu yönde değerlendirilir.

d) Kısıtlılarda yapılacak klinik araştırmalar için kısıtlıların araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teşvik veya mali teklifte bulunulamaz.”

Yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı hastaların, araştırmaya iştiraklerine ilişkin olarak KAHY’de çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda Yönetmelik’in 9. maddesi, araştırma konusunun doğrudan yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı hastaları ilgilendiren yahut yalnızca yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı hastalarda incelenebilir bir hal olması ya da bu nitelikteki hastaların hastalığıyla alakalı mevcut tedavi ihtimallerinin tketicildiği hallerde, araştırmanın bu nitelikteki hastaların sağlığı bakımından öngörülebilir bir risk taşımaması ve araştırmanın yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı hastalar kapsamında yer alan kişilere doğrudan yarar sağlayacağı konusunda genel tıbbi kanaatin bulunması hallerinde, Yönetmelik’in 5. maddesinde belirtilen unsurlar ve 9. maddede belirtilen özel unsurlar çerçevesinde bu kişiler üzerinde bilimsel araştırma yapılmasına izin verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Kısıtlıların, araştırmaya iştiraklerine ilişkin olarak KAHY’nin 9. maddesinde belirtilen özel şartlar ise şu şekildedir:

“a) Araştırılacak ürünün veya uygulamanın yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişiler üzerinde bilinen herhangi bir riskinin olmadığı hususunda genel tıbbi bir kanaatin bulunması gerekir.

b) Yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilerin varsa kanunî temsilcileri yoksa yakınları, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (ı) bendi uyarınca bilgilendirilir ve yazılı olurları alınır.

c) Yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişiler, kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yaparak bu konuda kanaate varabilme kapasitesine sahip hale gelirlerse, araştırmaya iştirak etmeyi reddetmeleri veya araştırmanın herhangi bir safhasında araştırmadan çekilmek istemeleri durumlarında araştırmadan derhal çıkarılırlar.

) Etik kurul, araştırma ile ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda, araştırma konusu ile ilgili alanda uzmanlığını almış bir hekim tarafından bilgilendirilir ve protokol bu yönde değerlendirilir.

d) Yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilerde yapılacak klinik araştırmalar için yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teşvik veya mali teklifte bulunulamaz.”

Ayrıca, yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilerin kanuni temsilcileri veya yakınları ile iletişim kurulamaması ve bu nedenle yazılı rızalarının alınamaması halinde KAHY'nin 9/1. maddesinde belirtilen şartlara ek olarak 9/2. maddesinde belirtilen aşağıdaki şartlar da aranmaktadır:⁷³²

“a) Önerilen araştırma protokolü veya diğer belgelerin, söz konusu araştırmadaki etik hususları yeterince karşılayıp karşılamadıklarını etik kurulun önceden değerlendirmiş olması,

b) Kardiyak arrest, kafa travması, santral sinir sistemi enfeksiyonları, beyin içi kanamaları gibi ani gelişip hekimin hemen müdahale etmesi gereken ve mevcut tedavi seçeneklerinin tamamen tüketildiği durumlarda, yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilere araştırmanın doğrudan bir fayda sağlayacağına yönelik genel tıbbi bir kanaatin bulunması.”

Belirtmek gerekir ki; kısıtlılar, yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı olan ayırt etme gücünden yoksun olan kişiler, değerlendirme yapabilecek ve kanaate varabilecek durumda ise, bu halde araştırmaya iştirakin reddi ya da iştiraktan çekilme gibi taleplerde bulunabilecektir. Bu halde, kısıtlı araştırmadan derhal çıkartılacaktır.

HHY'nin 35. maddesi hükmü ile reşit ve ayırt etme gücü bulunmayan kişilere faydasız tıbbi deneylerin gerçekleştirilemeyeceği aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

⁷³²KAHY'nin 9/2. maddesi; “(2) Yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilerin kanunî temsilcilerine ya da yakınlarına ulaşılamaması ve yazılı olurlarının alınamaması durumlarında, birinci fıkra hükümleriyle beraber aşağıdaki şartların varlığı halinde, sorumlu araştırmacı veya hekim olan bir araştırmacının sorumluluğunda, yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişiler araştırmaya dâhil edilebilir:

a) Önerilen araştırma protokolü veya diğer belgelerin, söz konusu araştırmadaki etik hususları yeterince karşılayıp karşılamadıklarını etik kurulun önceden değerlendirmiş olması,

b) Kardiyak arrest, kafa travması, santral sinir sistemi enfeksiyonları, beyin içi kanamaları gibi ani gelişip hekimin hemen müdahale etmesi gereken ve mevcut tedavi seçeneklerinin tamamen tüketildiği durumlarda, yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilere araştırmanın doğrudan bir fayda sağlayacağına yönelik genel tıbbi bir kanaatin bulunması.” hükmünü içermektedir.

“Reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerin veya vasilerinin rızasına bağlıdır.”

4.1.4.2.2.Uluslararası Düzenlemeler

Küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri diğer sebepler dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun olanlar üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi deneylere ilişkin uluslararası düzenlemeler incelendiğinde, Helsinki Bildirgesi'nin 27. ve 28. maddelerinde düzenlemelerin yer aldığı görülecektir.

Helsinki Bildirgesi'nin 27. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Ehil olmayan bir potansiyel araştırma gönüllüsü söz konusu olduğunda hekim yasal olarak yetkili temsilcinin olurluğunu almalıdır. Araştırmanın potansiyel gönüllüsünün temsil ettiği popülasyonun sağlığını korumayı amaçlaması, araştırmanın ehil kişilerle yapılmaması ve araştırmanın yalnızca asgari ölçüde risk ve yük içermesi söz konusu değilse bu bireyler kendileri için yararlı olma olasılığı olmayan bir araştırma çalışmasına dahil edilemez.”

Helsinki Bildirgesi'nin 28. maddesi ise şu şekildedir:

“Ehil kabul edilmeyen bir potansiyel gönüllü, araştırmaya katılım kararları konusunda olur verebiliyorsa araştırmacı yasal temsilcinin onamına ek olarak ondan da onam almalıdır. Potansiyel gönüllünün ret kararına saygı duyulmalıdır.”

Helsinki Bildirgesi'nin 27. ve 28. maddeleri uyarınca küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri diğer sebepler dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun olanlar üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi deneylere ilişkin olarak; kanuni temsilcisinin rızasının alınması, çalışmanın potansiyel gönüllüsünün temsil ettiği

popülasyonun sağlığını korumayı amaçlaması, araştırmanın ehil kişilerle yapılmaması, araştırmanın yalnızca asgari ölçüde risk ve yük içermesi, araştırma gönüllüsü olacak ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sürece katılmaya ehil olması halinde bu kimselerden de katılıma ilişkin rıza alınması gerektiği belirtilmiştir.

İHBS'nin 17. maddesinde,⁷³³ rıza ehliyeti bulunmayan kişinin üzerinde gerçekleştirilecek olan deneylere ilişkin hüküm yer almaktadır. Hüküm uyarınca, rıza ehliyeti bulunmayanlar üzerinde gerçekleştirilecek olan deneylerde, Sözleşme'nin 16/i ve 16/v hükümleri⁷³⁴ arasındaki şartların tamamının yerine getirilmiş olması, araştırma neticelerinin rıza ehliyeti bulunan bireylerde mukayese edilebilir etkinliğe sahip bir araştırmanın gerçekleştirilememesi, araştırma neticelerinin ilgilinin sağlığına gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması, gerekli iznin özel ve yazılı şekilde verilmiş olması, ilgili kişinin itirazının bulunmaması şartlarının varlığı gerekmektedir.

Sözleşme'nin 16/i ve 16/v hükümleri arasında belirtilen şartlar aşağıdaki şekildedir:

- i. İnsanlar üzerinde yapılacak araştırmalarla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir araştırma seçeneğinin bulunmaması;*
- ii. Şahsın maruz kalabileceği risklerin, araştırmadan beklenen yararlarla kıyasla orantısız olmaması;*

⁷³³İHBS'nin 17. maddesi; "1. 5'inci maddede şart koşulduğu şekilde muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde gerçekleştirilebilir:

- i. Madde 16 alt paragraf (i)'den (v)'e kadar olan şartların yerine getirilmesi;*
- ii. Araştırma sonuçlarının, ilgilinin sağlığına gerçekten ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması;*
- iii. Muvafakat verme yeteneği bulunan bireyler üzerinde, karşılaştırılabilir etkinliğe sahip bir araştırmanın yapılamaması;*
- iv. Madde 6'da şart koşulan gerekli iznin özel ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve*
- v. İlgili kişinin itirazda bulunmaması.*

2. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlar altında, araştırmanın ilgili kişinin sağlığı üzerinde doğrudan yararlı sonuçlar sağlayacağı beklentisinin bulunmadığı durumlarda, söz konusu araştırmaya, yukarıda 1'inci paragraf ve alt paragraf (i), (iii), (iv) ve (v)'dekilerin yerine getirilmesi ve aşağıdaki ek şartların da bulunması halinde izin verilebilir: i Araştırmanın, kişinin durumu, hastalığı ve rahatsızlığı hakkında kayda değer bilimsel bilgi sağlayarak, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan veya aynı durumda olan diğer kişilere faydalı olacak sonuçlara ulaşılmasına katkı amacını taşıması; ii Araştırmanın, ilgili kişi için sadece asgari düzeyde tehlike ve asgari bir külfet getirmesi." hükmünü içermektedir.

iii. Araştırma projesinin, yetkili bir kurum tarafından, araştırma amacının önemini değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin multidisipliner bir gözden geçirmeye tabi tutulması da dahil olmak üzere, projenin bilimsel değerinin bağımsız bir şekilde incelenmesinden sonra onaylanmış olması;

iv. Üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanunda öngörülen hak ve güvenceleri konusunda bilgilendirilmiş olmaları;

v. 5'inci maddede belirtilen muvafakatin, açıkça, özel olarak ve belgelendirilerek verilmiş olması. Bu muvafakat her zaman serbestçe geri alınabilir.”

İstisna olarak, doğrudan fayda sağlamaya ilişkin beklentinin bulunmadığı bilimsel amaçlı tıbbi deneylerde riskin en alt seviyede olması, yapılan çalışma ya da araştırmanın, hastanın hastalığı, sağlık durumu gibi konularda bilimsel bilginin önemli ölçüde geliştirilmesine fayda sağlamak ve kalıcı neticelere ulaştırmak amacını barındırması gerekmektedir.⁷³⁵

Avrupa Parlamentosu'nun ve Avrupa Konseyi'nin 4 Nisan 2001 Tarihli 2001/20/EC No'lu Direktifi'nde klinik araştırmaların ve teftişlerin gerçekleştirilmesine dair şartlar bulunmaktadır. Direktif'in “Küçükler Üzerinde Klinik Araştırmalar” başlıklı 4. maddesine göre, gönüllü, kişisel rıza göstermeye uygun değil ise bu halde araştırmaya dahil edilmesi ancak Etik Kurulu'nun uygun görmesi ve araştırmacının, katılımın gönüllününün menfaatine olacağı kanaatinde olması halinde kabul edilmektedir. Kanuni temsilcinin, katılımının küçüğün yararına ve sağlığına faydalı olacağı kanaatinde olarak kabul etmesi ve bu rızanın küçüğün isteğini göstermesi gerekmektedir. Küçük, algılayabileceği düzeyde bilgilendirilmelidir. Küçük, rızası ile çekilme hakkına sahiptir. Bu nitelikteki çalışmalarda Etik Kurul,

⁷³⁵Çocuğun sağlığına faydanın doğrudan olması Sözleşme'ye kriter olarak konulduğundan sağlıklı çocuklar üzerinde bu nitelikteki bilimsel deneylerin gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmiştir. Cin, (2004), s.200; Karşıt görüş, Sözleşme'nin sağlıklı olan çocuklar bakımından yasaklanmadığı, aksi nitelikteki görüşlerin tercüme hatasından ileri geldiğini ifade etmiştir. Sözleşme'nin orijinal İngilizce metninde hasta kavramından bahsedilmemekte olduğundan hasta kavramının kullanılmasıyla Sözleşme'nin tedavi amacına yönelik gerçekleştirilen denemeye imkân verdiği şekilde yorumlanmasına neden olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle Sözleşme'de yer alan şartlar uyarınca çocuklar üzerinde de gerçekleştirilebilmesine imkân tanındığı belirtilmiştir. Hakeri, (2007), s.414; Erman, (2003), ss.231-232

pediatri uzmanının uygun kanaatinin temin edilmesi akabinde protokolü onaylamaktadır.⁷³⁶

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde İsviçre’de rıza gösterme ehliyetine sahip olmayanlar üzerinde gerçekleştirilebilecek bilimsel nitelikteki araştırmaların sadece aynı bilimsel neticelerin başka bir şekilde temin edilemeyecek olması ve aynı zamanda da herhangi bir zarar riski bulundurmaması şartları ile onay verilebileceği düzenlenmiştir. Ek olarak, hukuki olarak yeterli olmamasına rağmen araştırma deneğinin ayırt etme gücünün bulunması halinde ise rızasının alınması gerektiği, ayırt etme gücünün bulunmaması halinde ise geçici ya da kalıcı olması durumuna göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷³⁷ Kanada Quebec Medeni Kanunu’nda ise rıza verme ehliyetine sahip bulunmayanların yalnızca sağlığı ile alakalı önemli risklerin varlığında bu nitelikteki araştırmalara denek olarak katılabileceği, bu halde veli, vekil, vasi ya da yetkili kişinin rızasının gerekeceği de hüküm altına alınmıştır.⁷³⁸

4.1.4.3.Ulusal ve Uluslararası Mevzuatta Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Üzerinde İyileştirme Amaçlı Denemeler

4.1.4.3.1.Ulusal Düzenlemeler

TCK’nın 90/4. maddesi, insanlar üzerinde gerçekleştirilen iyileştirme denemelerine ilişkin koşullar; gerçekleştirilmesi planlanan denemenin kapsamı ve neticeleri hakkında kişinin detaylı şekilde bilgilendirilmiş olması, bu kapsamda yazılı rızanın temin edilmiş olması ve tedavinin de uzman bir hekim tarafından hastane ortamında uygulanması, tedavi seçenek ve yöntemlerinin (faydasızlığın anlaşılması yeterlidir) de uygulanmasının etkisiz olacağı fark edilmesi şeklinde belirtilmiştir. Kanser hastası kendisine hiçbir faydası olmayacak tedavi tekniklerine maruz kalmaksızın neticeleri kanıtlanmamış ancak tedavide olumlu gelişme sağlama ihtimali

⁷³⁶T.C. Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü’nün 29 Aralık 1995 Gün ve 51748 sayılı Genelgesi (Bu genelgenin ekinde İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu ve İyi Laboratuvar Uygulamaları Kılavuzu), Sayı: 51748, 29 Aralık 1995 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://etikkurul.kocaeli.edu.tr/dosyalar/IKUK.pdf>, (Erişim Tarihi: 18.11.2021)

⁷³⁷Örnek Büken, (2003), s.292

⁷³⁸Ateş, (2010), s.115

olan deneme niteliğindeki yöntemin uygulanması talebinde bulunması örnek olarak gösterilebilir.

TCK’da küçük ve çeşitli durum ve nitelikteki yetişkinler bakımından iyileştirme amaçlı tıbbi denemelere ilişkin müstakil bir düzenlemeye yer verilmediğinden TCK’nın 90/4. madde hükmünün burada da geçerli olacağı söylenebilecektir.⁷³⁹

TDN’nin 11/2. maddesi⁷⁴⁰ uyarınca, neticelerinin kanıtlanmadığı bir tedavinin hasta üzerinde gerçekleştirilmesinin yararlı olmayacağı düşünüldüğü durumda, hayvanlar üzerinde yeterli seviyede denemenin gerçekleştirilerek yararlı neticeleri anlaşılmış olan tedavinin gerçekleştirilmesinin mümkün olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan Tüzük’te bilimsel amaçlı tıbbi deneyler hukuka uygun kabul edilmez iken, iyileştirme amaçlı denemelerin hukuka uygun nitelikte olacağı kabul edilmiştir. Kanaatimizce, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde öngörüldüğü biçimde düzenlemenin uyarlanması gerekliliği açıktır.

4.1.4.3.2. Uluslararası Düzenlemeler

Uluslararası düzenlemelerde iyileştirme amaçlı tıbbi deney ve denemelere ilişkin düzenlemelere bakıldığında, Biyotıp Sözleşmesi’nde rıza ehliyetine sahip olmayanlara gerçekleştirilecek olan deney ve denemelere ilişkin olarak düzenlenen 17/1. maddesi şartlarının⁷⁴¹ bulunması halinde gerçekleştirilebileceği hüküm altına

⁷³⁹Hakeri, (2007), s.417

⁷⁴⁰TDN’nin 11/2. maddesi; “Klasik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mutata tecrübe hayvanları üzerinde kafi derecede denemek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağına muhtemel bulunması şarttır.” hükmünü içermektedir.

⁷⁴¹Bitotıp Sözleşmesi’nin 17/1. maddesi; “1. 5’inci maddede şart koşulduğu şekilde muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde gerçekleştirilebilir:

i. Madde 16 alt paragraf (i)’den (v)’e kadar olan şartların yerine getirilmesi;
ii Araştırma sonuçlarının, ilgilinin sağlığına gerçekten ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması;
iii Muvafakat verme yeteneği bulunan bireyler üzerinde, karşılaştırılabilir etkinliğe sahip bir araştırmanın yapılamaması;
iv Madde 6’da şart koşulan gerekli izin özel ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve v İlgili kişinin itirazda bulunmaması.” hükmünü içermektedir.

alınmıştır. Biyotıp Sözleşmesi'nin rıza ehliyetine sahip olmayanlara uygulanacak olan iyileştirme amaçlı tıbbi deney ve denemeler bakımından aranan şartlar; araştırmanın sonuçlarının bu kimsenin sağlığında doğrudan ve gerçek fayda sağlama beklentisinin bulunması, mukayeseli etkinlikte bir denemenin rıza ehliyeti olanlarda gerçekleştirilemiyor olması, kanuni temsilcinin yazılı rızası, denek kişinin aktif direnmemesi ve denemenin, denemeye tabi tutulacak kişinin sağlığına yönelik gerçek ve doğrudan yarar sağlanmasının istenmesi ve beklenmesi gerekmektedir.

4.2.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Organ ve Doku Nakli

Tıp bilimi verileri uyarınca organ ve doku nakillerine ilişkin birçok şeklin bulunduğu görülmektedir. Organ ve doku aktarımları; kişinin kendi bedenine ait dokuların başka bir yere aktarımı, organ ve dokuların ölü ya da canlı insandan alınarak bir başkasına aktarımı ya da insan dışındaki canlıdan ya da yapay üretilen organların insan bedenine aktarımı gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda tıbbi müdahaleye rıza incelemesinde, ölü ya da canlıdan organ ve doku alınarak iyileştirme amacıyla bir başka alıcıya nakledilmesi konu edinilecektir. Hukuk düzenlemelerimizde ODNK'nın kabul edilerek her iki hale ilişkin farklı hükümlere yer verildiğini belirtmek gerekir.

4.2.1.Canlı Vericiden Yapılan Organ ve Doku Nakli

Canlı vericiden yapılan organ ve doku naklinden anlaşılması gereken; canlı bir insandan organ veya dokunun alınarak organ ve doku nakli ihtiyacı bulunan başka bir insana aktarılması olmalıdır.⁷⁴² Organ ve doku naklinde insanların ölümüne sebebiyet vermeden, ölüm ihtimali bulunan insanın kurtarılması ve insanların amaç olarak görülmesi ilkeleri hakimdir.⁷⁴³

Çalışmamızın önceki bölümlerinde değinildiği üzere, canlı vericiden yapılan organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalelerde de hukuka uygunluk şartlarından

⁷⁴²Ayan, (1991), s.18

⁷⁴³Elçioğlu Şaylıgil, Ö. (2003) *Organ Aktarımı ve Etik*, Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: Demirhan Erdemir, A., Öncel, Ö. ve Aksoy, Ş.), İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, s.313

birinin ilgilinin rızası olduğunu ve özellik arz eden tıbbi müdahale niteliğinde olması dolayısıyla rızanın daha fazla önem kazandığını vurgulamamız gerekmektedir. Bu kapsamda, canlı vericiden alınan organ ve dokunun, yaşayan başka bir kimseye naklinin sağlanmasında verici ve alıcının rızasının bulunması gerekmektedir. Bu bakımdan ilgililerin rızasının bulunmadığı hallerde tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun organ veya doku naklini gerçekleştirmesi, netice olarak hastanın (alıcının) iyileştirilmesini sağlamış olsa da hukuka aykırı nitelikte olacaktır.⁷⁴⁴ Tez çalışmamızın bu başlığı içerisinde canlı vericiden yapılan organ ve doku naklinde alıcı ve vericinin ayırt etme gücünden yoksun olması halinde rızanın hukuka uygunluk şartları incelenecektir.

4.2.1.1. Vericinin Rızası

Rızanın, gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluk sebebi olması dolayısıyla canlı vericiden organ ve doku alınmasına ilişkin tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olduğu da açıktır. Bu bakımdan ODNK'nın 7. madde⁷⁴⁵ hükmü uyarınca organ ve doku nakline ilişkin rızanın alınmasından önce tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun organ ve doku verilmesine ilişkin aydınlatma gerçekleştirmesi gerekmektedir. Aydınlatılma neticesinde verici, rıza iradesini açıklamadan önce organ ve doku nakline ilişkin kendi bedeninde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelere, tıbbi müdahalenin neticelerine ve diğer içerik ve risklerine ilişkin bilgilere sahip olacaktır.⁷⁴⁶ Ayrıca, organ ve doku nakline ilişkin olarak rıza beyanında bulunan vericinin rızasının geçerlilik koşulları,

⁷⁴⁴Torosluoğlu, N. (1978), *Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXXV, S.1-4, s.101

⁷⁴⁵ODNK'nun 7. maddesi; "*Organ ve doku alacak hekimler:*

- a) *Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;*
- b) *Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;*
- c) *Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;*
- d) *Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;*
- e) *Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;*
- f) *Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; zorundadırlar."* hükmünü içermektedir.

⁷⁴⁶Toroslu, (1978), s.102

rızaya dayanılarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun nitelikte olacağının da açıklanması gerekmektedir.⁷⁴⁷

Organ ve doku nakline dair tıbbi müdahale bakımından verilecek rızanın ayrıca vericiden organ ve doku nakli için organ ve doku alınmasını haklı kılacak üstün nitelikteki amaca ilişkin olması da gerekmektedir.⁷⁴⁸ Ayrıca, organ ve doku nakli alıcısının menfaatinin verici menfaatinden üstün olması koşulu da aranmaktadır.⁷⁴⁹ Menfaatin üstünlüğünden anlaşılması gereken, organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahale sonucunda elde edilecek olan faydanın vericinin zarara katlanması alıcının menfaati bakımından haklılığa işaret ediyorsa bu halde üstün amacın varlığının bulunduğudır. Aksi halde menfaatin üstünlüğü şartı bulunmadığından organ ve doku nakline ilişkin özellik arz eden tıbbi müdahale hukuka aykırı nitelikte olacaktır.⁷⁵⁰ Vericinin rızasının, organ ve doku nakli sonucunda alıcının sağlığına kavuşması amacına dayanması gerekmektedir.⁷⁵¹

ODNK'nın "*Alınamayacak Organ ve Dokular*" başlıklı 8. maddesi şu şekildedir:

"Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır."

⁷⁴⁷Gürzumar, O. B. (1991) *Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler*, Ankara Barosu Dergisi, S.3, s.373

⁷⁴⁸Ateş, (2010), s.120

⁷⁴⁹Ateş, (2010), s.120

⁷⁵⁰Akıncı, Ş. (2006) *Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri*", Sağlık Hukuku Sempozyumu, s.67; Gökçen, A. (2000), *Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C.VII, S.1-2, s.67

⁷⁵¹Gürzumar, (1991), s.372; "*Örneğin kişinin kazanç sağlamak amacıyla ve bir bedel karşılığında bir organının mesela böbreklerinden birinin alınmasına rıza göstermesi ahlaka adaba aykırılık nedeniyle hukukten geçersizdir. Bu nedenle iyileştirme amacına uygunluk ile orantılı olmayan müdahalelere verilecek rıza geçerli olmayacaktır. Bu durum Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 3. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Anılan bu madde hükmüne göre bir bedel karşılığında veya başkaca çıkar karşılığında, organ ve doku alınması ve satılması yasaklanmıştır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 21. maddesine göre de "insan bedeni ve parçaları, kendi başına hiçbir ticari kazançta konu olamaz."* 1985 yılında Brüksel'de gerçekleştirilen 37'nci genel kurul toplantısında kabul edilen bir duyuruyla Dünya Tıp Birliği de organ nakli bakımından insan organlarının para karşılığında nakledilmesini (satılmasını) kınamıştır. Fakat, organ temin edebilmek adına para vermek bakımından onayı bulunan alıcının amacının yaşamı ve sağlığını kurtarma amacı bulunduğundan gösterdiği rızanın geçerli olacağı belirtilmiştir. Kanun'un 4. maddesi uyarınca istatistiki, bilimsel ve haber mahiyetinde bilgi dağıtma durumları haricinde organ ve doku nakline ilişkin her türlü reklam yakananmıştır. Erman, (2003), s.218

Hüküm uyarınca, organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalede vericinin hayatını mutlak olarak sonlandıracak ya da tehlikeye sürükleyecek olan organ ve dokuların alınması hukuka aykırı olacaktır. Tıbbi müdahalede bulunacak olan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, verici olan kişinin rızası bulunsa dahi organ ve doku naklinde verici konumunda olan kişinin yaşamsal tehlikelerle karşı karşıya kalmaması, vericinin önemli ve ciddi bir organ eksikliğine maruz kalmaması ve bedensel olarak da kendisine, yakınlarına ve topluma karşı eylemlerini eksiksiz yerine getirmesinin önüne geçilmemesi amacına hizmet etmelidir.⁷⁵²

Organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahale bakımından gösterilecek rızanın geçerlilik koşullarından bir diğeri verici niteliğindeki kişinin rıza açıklamaya ehliyetli olmasıdır.⁷⁵³

ODNK'nın "Yaş ve Nitelik" başlıklı 5. maddesi aşağıdaki şekilde hüküm altına alınmıştır:

"On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır."

Hüküm uyarınca canlı kişiye organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahaleler gerçekleştirilerek canlı kişiden organ ve dokunun alınabilmesi için vericinin on sekiz (18) yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Bu bakımdan yaşama, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi kişilik haklarına ilişkin kararların alınmasında bağışlama özerkliğine ve ayırt etme gücüne sahip reşit olunması gerektiği kabul edilmiştir.⁷⁵⁴ Bu nedenle de ayırt etme gücüne sahip olsun ya da olmasın (evlenme ve mahkeme kararıyla reşit sayılsa dahi) küçüğün, yine benzer şekilde ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin de organ ve doku nakline konu olamayacağını belirtmek

⁷⁵²Akıncı, (2006), s.67

⁷⁵³Hakeri, (2007), s.138

⁷⁵⁴Schroth, U. (2008) *Almanya'da Organ Naklinin Hukuki Şartları*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, (Çeviri: Hakeri, H.), 28 Şubat-1 Mart 2008, s.325

gerekir.⁷⁵⁵ Bu bakımdan ayırt etme gücünden geçici yoksunluk halinde olan kimselerin bu durumların ortadan kalkması ve diğer şartların sağlanması halinde ise organ ve doku nakline konu olabilecektir.

Organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalelerde vericinin rızasının, kendisinden organ ve doku alınarak üçüncü bir kişinin iyileştirilmesine yönelik olduğundan vericinin rıza beyanının açık ve sağlıklı nitelikte olması ve bunun bizzat verilmesi gerekmektedir. Aynı zamanda iradenin hata, hile ve ikrah gibi iradenin sakatlanması ve rızanın hukuka uygunluğuna zarar verici nitelikteki eylemlere de maruz bırakılmaması gerekmektedir.⁷⁵⁶ Bu bakımdan küçüklerin, ayırt etme gücünden geçici veya kalıcı olarak yoksun olanların veli, vasi gibi kanuni temsilcilerinin bu iradenin bizzat açıklanması gerekliliği dolayısıyla bu kimseler adına rıza gösteremeyeceği belirtilmektedir.

Organ ve doku nakline ilişkin özellik arz eden bu tıbbi müdahalelerde dikkat çekici bir nokta da organ vericisinin açık rızasının yerine başka bir hukuka uygunluk nedenlerinin (varsayılan rıza gibi) kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.⁷⁵⁷ Bu bakımdan, küçük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri sebeplerle ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin ODNK'nın 5. maddesi uyarınca rıza ehliyetlerinin bulunmadığını belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle de bu kişilerin organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalelerde verici olması hukuken mümkün değildir.

Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesi,⁷⁵⁸ hükümde belirtilen unsurların varlığı halinde, uygun nitelikte bir vericinin de olmadığı ve hayat kurtarıcı özellikte tıbbi müdahale kapsamında, alıcı kişinin on sekiz yaşından küçük ve ayırt

⁷⁵⁵Taşkın, A. (1997) *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Adil Yayınevi, s.98

⁷⁵⁶Akıncı, (2006), s.68

⁷⁵⁷Erman, (2003), s.217

⁷⁵⁸Biyotıp Sözleşmesi'nin 20/2 maddesi; “İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir.

- a) Muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunması,
- b) Alıcı şahsın, vericinin erken veya kız kardeşi olması,
- c) Bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması,
- d) 6. maddenin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen yetkinin kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde belirli ve yazılı olarak verilmiş olması,
- e) Muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması” hükmünü içermektedir.

etme gücüne sahip olmayan kardeşinden organ alınmasına imkân tanınmıştır. Bununla birlikte, kanuni temsilcinin rızası ve tıbbi müdahale uygulanacak olan bu kişinin de organ ve doku nakline ilişkin herhangi bir itirazının da bulunmaması gerekmektedir. Sözleşme'nin 36. maddesi uyarınca Sözleşme'nin 20/2. maddesinin ODNK'nın 5. maddesi ile uyumlu olmaması sebebiyle Türkiye tarafından çekince koyulmuştur.⁷⁵⁹ Ünver tarafından bu noktada konu bakımından çekince konulmasının değil, hüküm ile benzer şekilde Türk mevzuatında da düzenlemeye yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁶⁰

Karşılaştırmalı hukuk bakımından; Alman hukukunda organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesinin canlı organ vericisi olan kişinin ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması (rıza ehliyeti) gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca, öngörülen organ ve dokuların aktarımının gerçekleştirileceği kişinin iyileştirilmesi amacının kesin olarak aranması gerektiği de belirtilmiştir. Ayrıca, organ ve doku naklinde organ ve doku vericisinin de kendisinden organ ve doku temin edilebileceğinin tespit edilmesi ve olağan risk haricinde herhangi bir riske maruz kalmayacağına da öngörülmesi bir gerekliliktir. Son olarak ise, organ ve doku aktarımı esnasında aynı nitelikte ve kapsamda elverişlilik unsurlarına sahip ve ölü olan vericiden organ veya dokuya erişilemiyor olması da gereklilik arz etmektedir.⁷⁶¹ Fransa'da ise, küçüğün yalnızca kardeşine organ ve doku bağışında bulunabileceği, bu noktada kanuni temsilcisinin rızasının gerektiği, uzmanlık komitesi tarafından da sürecin kontrol edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Türkiye'de ise ODNK'nın 5. maddesi uyarınca ayırt etme gücünden yoksun ve on sekiz yaşından küçük olanlardan organ ve doku alınabilmesi hukuken mümkün değildir.

4.2.1.2. Alıcının Rızası

Organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalenin hukuka uygun nitelik taşıyabilmesi için gerekli şartlardan bir diğeri ise, alıcının rızasının bulunmasıdır. TŞSTİDK'nın 20. maddesi uyarınca hekimler, gerçekleştirilecek olan tıbbi

⁷⁵⁹Hakeri, (2007), ss.429-430

⁷⁶⁰Ünver, Y. (2005) *Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri*, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım, s.188, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.akader.info> (Erişim Tarihi: 14.09.2021)

⁷⁶¹Erman, (2003), s.220

müdahalelerde hasta rızasının alınması yükümlülüğü dolayısıyla alıcının rızasının da temin edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan rıza iradesinin sağlanması ve açıklanmasından önce organ ve doku naklinde alıcının, öngörülen nakil işlemine ilişkin gerekli düzeyde ve anlayabileceği şekilde aydınlatılması gerekmektedir.⁷⁶²

Gerçekleştirilmesi öngörülen organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalelerde müdahalenin acil durum arz etmesi ya da hastanın psikolojik durumu bakımından aydınlatmanın kapsamı daraltılabilecektir.

Genel kuraldan farklı olarak, ayırt etme gücünden yoksun hasta lehine (iyileştirmek ve kurtarmak amaçlı) gerçekleştirilmesi gerekli olan tıbbi müdahalelerde yalnızca kanuni temsilcinin rızası yeterli görülmektedir.⁷⁶³

4.2.2.Ölülerden Organ ve Doku Nakli

Ölü kimselerden organ ve doku alınmasına ilişkin tıbbi müdahalelerde verici konumunda olan cesettir. Burada cesetten temin edilen organ ve dokulara alıcı olan canlı insana aktarılmaktadır. Ölülerden organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalelerle organ ve doku alınmasında tedavi ya da bilimsel amaçlarla hareket edilebilmektedir.⁷⁶⁴ Özetle, ölülerden temin edilecek organ ve dokuların, tıbbi müdahalenin genel ahlaka ve adaba aykırı olmamak koşuluyla çeşitli amaçlarla alınabileceğinin kabulü gerekmektedir.⁷⁶⁵

4.2.2.1.Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlardan Organ ve Doku Nakli

Ayırt etme gücünden yoksun olanlardan gerçekleştirilen organ ve doku nakli için gerekli şartların incelenmesinde ilk olarak ölüm anının değerlendirilmesi gerekmektedir. Ölü bir insandan organ ve doku nakli tıbbi müdahalesinin

⁷⁶²Toroslu, (1978), s.102

⁷⁶³Soyaslan, D. (2008) *Organ Nakilleri*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart, ss.336-337

⁷⁶⁴Ateş, (2010), s.215

⁷⁶⁵Ayan, (1991), ss.18-21

gerçekleştirilebilmesi için ölüm anının tespiti önem taşımaktadır.⁷⁶⁶ Organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalenin başarı ile gerçekleştirilerek sonuçlandırılabilmesi ve vericinin ölümüne neden olunmaması için ölüm anının belirlenmesi önem taşımaktadır.⁷⁶⁷

Ölüm durumunun tespiti, tıbbi bir işlem olduğundan hukuksal değerlendirme ve nitelendirmelerin konusunu oluşturamayacaktır.⁷⁶⁸ Ancak belirtmek gerekir ki; ölüm olayının hukuksal düzenlemeye tabi tutulması da kaçınılmaz bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda hukuksal düzenlemeler oluşturma yükümlülüğü ise hukukçulara düşmektedir.⁷⁶⁹ Bunun sebebi ise, kişilik haklarının başlangıç ve bitiş noktasının belirlenmesinin ölüm ve yaşam sınırları ile yakından ilişkili olmasıdır.

ODNK'nın 11. maddesi;⁷⁷⁰ tıbbi ölüm durumunun, ülkede bilimin gelmiş olduğu noktadaki kural ve tekniklerin uygulanarak, bir nörolog, bir kardiyolog, bir nöroşirürjiyen, bir anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulu tarafından oy birliğiyle belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Hüküm uyarınca, ölüm durumunun tespiti belirli bir kıstasa bağlanmayarak yalnızca tıp bilimi verilerinin gelmiş olduğu noktanın dikkate alınması suretiyle bu tespitin yapılacağına ilişkin belirlemede bulunmuştur.⁷⁷¹ Hükümdeki bu yaklaşımın bilimsel gelişmelere uyum sağlanması bakımından pozitif bir gelişme olduğu belirtilmiştir.⁷⁷²

⁷⁶⁶Aydın, M. (2008) *Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s.24

⁷⁶⁷Ayan, (1991), s.21

⁷⁶⁸Erman, (2003), s.221

⁷⁶⁹Özel, Ç. (2002) *Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.LI, S.1, ss.47-48

⁷⁷⁰ODNK'nın 11. maddesi; “*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.*” hükmünü içermektedir.

⁷⁷¹Türkiye’de beyinin ölümünün belirlenmesi bakımından verilen ilk karar, 18.04.1968 tarihli Türk Tabipler Birliği Komite kararıdır. Beynin herhangi bir fonksiyonunun bulunmaması, dolaşım ve solunum gibi faaliyetlerin ise sadece yapay araçlar ile sürdürülmesi ve araçların kullanılmaması halinde fonksiyonların sonlanacak olması şeklinde tespit edilen fizyolojik ölümün ortaya çıkması halinde kişinin ölümünün gerçekleştiği anlayışı kabul edilmiştir. Elçioğlu Şaylıoğlu, (2000), s.319

⁷⁷²Erman, (2003), s.222; Kanun’da somut hukuki olayın özelliğine göre ölümün belirlenmesine yönelik yasal herhangi bir düzenleme yapılması, gerçekleştirilecek olan tanımlamanın ise kısa zaman diliminin içerisinde bilimsel anlamsızlık kazanacağı belirtilmiştir. Özel, (2002), s.52

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nde⁷⁷³ ("ODNHY"), ölüm tespitinde temel kriterin beyin ölümünün gerçekleşmesi olduğunu belirtmek gerekir. Yönetmelik'in Ek-1 maddesi, beyin ölümünü, beyin fonksiyonlarının tamamen, irreversibl kaybı ve klinik bir tanı şeklinde tanımlamaktadır. Beyin ölümünün tespitinde temel olarak uygulanmakta olan teknik, üç kademedede incelenmektedir. Birinci aşamada, ön şart olarak hastanın asli ya da tali olarak bir beyin hasarına uğramış olması ve benzer nitelikte semptomlar sebebiyle karıştırma ihtimali bulunan diğer hastalıkların var olmadığına belirlenmesi gerekmektedir. İkinci aşamada, beyin ölümünün gerçekleştiğini tespit edecek klinik verilerin (beyin sapı reflekslerinin tam kaybı, derin koma, spontane solunum durması vb.) teşhisinin yapılması gerekmektedir. Üçüncü aşamada, ikinci aşamada belirtilen şartların belirli bir süre süregelmesi şeklinde belirtilmiştir.⁷⁷⁴

Ölüm kriteri karşılaştırmalı hukukta nefes alma ve kalp faaliyetinin durması şeklinde değil, küçük beyin, büyük beyin ve beyin kökü organlarının fonksiyonlarının geri dönülemez ve tam bir biçimde kaybedilmesi şeklinde olduğu belirtilmiştir.⁷⁷⁵

Küçüklerde beyin, hipoksik hasar bakımından yetişkinlere oranda daha dirençli olması ve uzun süreli koma haline rağmen ciddi ölçüde iyileşme görülebileceğinden, beyin ölümü tanısı bakımından, erişkinlerden belirgin güçlük ve farklılık görülmektedir. Erişkin hastalarda, bebek ve çocuklardakilere kıyasla, beyin fonksiyonların tamamen kaybı ile kalbin durması aşamasına kadar süre daha kısa olabilmektedir. Bu sebeple, beyin ölümü tanısının çocuk ve bebeklerde daha zor ve farklı olduğu belirtilmektedir.⁷⁷⁶ Bu kanaatler ışığında, 1987'de Uluslararası Çalışma Grubu, çocuk ve bebeklerde uygulanabilecek beyin ölümü ölçülerini belirlemiş bulunmaktadır.⁷⁷⁷ Bu ölçütler, erişkinlerde gözlem süresinin 12 saat şeklinde

⁷⁷³Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, *T.C Resmî Gazete*, Sayı: 24066, 01 Haziran 2000, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.12.2021)

⁷⁷⁴Aydın, (2008), s.29

⁷⁷⁵Hakeri, (2007), s.427; Öztürkler, (2006), s.222

⁷⁷⁶Anıl, B., Anıl, M., Yavaşcan Ö., Kanar, B. ve Aksu, N. (2021) *Beyin Ölümü Sonucu Bir Organ Nakli Sunumu*, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.cayd.org.tr/Egitim/Olgu.html> (Erişim Tarihi: 08.10.2021)

⁷⁷⁷"Çocuklarda Beyin Ölümü Saptanması için Kılavuz", 1987 yılında yayımlanmıştır. Kılavuzda yer alan "Tablo 3"te "1. Komanın olası nedeni tespit edilmeli 2. Fizik muayene a. Koma ve apne olmalı b. Beyin sapı refleksleri olmamalı c. Hipotermik ve hipotansif olmamalı d. Flask tonus, spinal kord dışında spontan hareket olmamalı e. Klinik bulgular gözlem süresi boyunca değişmemeli 3. Gözlem süresi ve

uygulanması iken, çocuk ve bebeklerde bu sürenin 12 saatten uzun olması gerektiği şeklindedir. Ayrıca, 1 hafta ile 2 ay arasındaki bebeklerde süre 48 saatten, 2 ay ile 1 yaş arasındaki bebeklerde 24 saatten, 1 yaşından büyük çocuklarda ise 12 saatten az olmaması gerektiği belirtilmiştir.⁷⁷⁸

Beyin ölümü halinin ortaya çıkmış olması durumunda, zamanında gerçekleştirilecek ölüm anının tespiti, alıcıya nakledilecek organdan tam olarak yararlanabilmesini sağlayacaktır. Önceki yıllarda, küçüklerin organlarının daha az başarılı neticelere ulaştırması sebebiyle organ naklinde değerlendirilmemiştir. Günümüzde tıp biliminin güncel hali ışığında, pediatrik organlar hem çocuk hem de yetişkin hastalar için kullanılmaya başlanmıştır. Bu sebeple, erişkinlerdeki gibi çocuklarda da beyin ölümünün zamanında ve doğru tanınması, sağlık ekibince organ bağışının önemini anlatılması, beyin ölümü vakalarında organ koruyucu yaklaşım ve tedavilerin yapılması gerekmektedir.⁷⁷⁹

4.2.2.2. Ölmeden Önce Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanın Açıklanmış Rızası veya Yakınının Organ Alımı Yönünde Rızası

Organ ve doku naklinin ölüden gerçekleştirilebilmesinde aranan diğer unsur ise rızadır. Rıza, ölüden önce kişinin vereceği ya da ölen kişinin ailesinden alınacak rıza şeklinde verilebilecektir.⁷⁸⁰ ODNK'nın 14/1 maddesi,⁷⁸¹ kişinin ölüden önceki yaşamında kendisinden organ ya da doku alınmasına ilişkin tek taraflı irade beyanının

laboratuvar testleri a. 7 gün-2 ay: 48 saat ara ile 2 klinik muayene ve 2 EEG b. 2 ay-1 yaş: En az 24 saat arayla 2 klinik muayene ve 2 EEG veya 1 klinik muayene ve elektroserbral sessizlik gösteren başlangıç EEG'si ile serebral anjiyografide beyin kan akımının durduğu tespit edilirse ikinci bir klinik muayeneye gerek yoktur. c. 12 ay: 12-24 saat arayla 2 klinik muayene. EEG ve izotop anjiyografi isteğe bağlıdır. Hipoksik iskemik ensefalopatide gözlem süresi 24 saate çıkarılmalı” şeklinde belirtilmiştir.

⁷⁷⁸Tınalı, G. ve Önbeli, Z. (2021) *Beyin Ölümü* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi:

<http://dergi.omu.edu.tr/> (Erişim Tarihi: 08.10.2021)

⁷⁷⁹Anıl, B., Anıl, M., Yavaşcan Ö., Kanar, B. ve Aksu, N., (2021) *Beyin Ölümü Sonucu Bir Organ Nakli Sunumu* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.cayd.org.tr/Egitim/Olgu.html> (Erişim Tarihi: 08.10.2021)

⁷⁸⁰Aydın, (2008), s.32

⁷⁸¹ODNK'nın 14/1. maddesi; “Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmî veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatıyla ölüden organ veya doku alınabilir.” hükmünü içermektedir.

vasiyet mahiyetindeki hukuki işlem olduğu hüküm altına alınmıştır.⁷⁸² Organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahaleye verilecek olan rıza, resmi⁷⁸³ ya da yazılı⁷⁸⁴ vasiyetname veya iki tanık huzurunda⁷⁸⁵ ilan edilmelidir. Nitekim, bir kimsenin ölümünden sonra cesedinden organ ve doku alınmasına ilişkin tıbbi müdahale bakımından açıklamış olduğu irade beyanının geçerliliği için bu irade beyanının birtakım şekil şartlarını taşıması gerekmektedir. Aksi durumda, organ ve doku bağışlamasının geçersiz olacağı, hekimin de geçersiz organ ve doku bağışına dayanarak buna ilişkin tıbbi müdahale gerçekleştirmesinin hukuka aykırı olacağı belirtilmesi gerekmektedir.⁷⁸⁶

Soyaslan, ayırt etme gücüne sahip olan herkesin ölümünden sonra organ ve dokularının başkalarına nakledilebilmesi bakımından açıklamada bulunabileceğini belirtmiştir. Reşit olunmasının akabinde (on sekiz yaşının doldurulmasından sonra) kişinin bu belgeyi ortadan kaldırmadığı takdirde bu belgenin geçerli olacağı, resmi olmayan yazılı belgenin düzenlenmesi bakımından reşit olunması şartının da aranmadığı belirtilmiştir.⁷⁸⁷ Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun olan küçük ve yetişkinlerin ölümünden sonra organ ve dokularının başkalarına nakledilmesine ilişkin olarak ayırt etme gücü unsurunun eksikliği dolayısıyla irade açıklamasında bulunamayacağını belirtebiliriz.

Alman hukuk düzenlemeleri uyarınca, organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalenin kişilik hakları ile doğrudan ilgili olması nedeniyle bu nitelikteki tıbbi

⁷⁸²Zeytin, Z. (2007) *Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları*, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, s.260

⁷⁸³TMK'nın 532. maddesi; “Resmi vasiyetname, iki tanığının katılımıyla resmi memur tarafından düzenlenir. Resmi memur, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer görevli olabilir.” hükmünü içermektedir.

⁷⁸⁴TMK'nın 538. maddesi; “El yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur.” hükmünü içermektedir. Uygulamada ise çoğunlukla karşılaşılan bağışa ilişkin kartlarda irade açıklamasını barındıran bölümünün matbu olmasından kaynaklı olarak el yazılı vasiyetname şeklinde değer taşımayacağı belirtilmiştir. Akıncı, (2006), s.71

⁷⁸⁵TMK'nın 539. maddesi; “Miras bırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmi veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir. Bunun için miras bırakan, son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler. Resmi vasiyetname düzenlenmesinde okur-yazar olma koşulu dışında, tanıklara ilişkin yasaklar, sözlü vasiyetteki tanıklar için de geçerlidir.” hükmünü içermektedir.

⁷⁸⁶Akıncı, (2006), ss.70-72

⁷⁸⁷Soyaslan, (2008), s.342

müdahalenin gerçekleştirilebilmesi, organ ve doku bağışında bulunacak olan kişinin rızasına bağlanmıştır. Organ ve doku nakline ilişkin rızanın hukuken geçerliliği için de rıza ehliyeti şartı aranmaktadır. Fakat, ölüm olayının gerçekleşmesinin akabinde, organ ve doku nakline rıza gösterme hak ve yetkisinin on altı (16) yaşın doldurulması durumunda imkân dahilinde olduğu belirtilmiştir. Çünkü, on altı yaşında rıza beyanında bulunan kişinin olması gereken anlama yeteneğinde ise bu durumda vasiyet ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir.⁷⁸⁸

Kişinin organ ve doku nakli bakımından hayattayken rıza açıklamasında bulunmamış olması halinde, ODNK'nın 14. maddesi uyarınca maddede yer alan sıralama ile, ölüm esnasında yanında bulunan, eş, reşit çocuklar,⁷⁸⁹ ana baba ya da kardeşlerden biri ya da herhangi birisinin bulunmaması halinde bir yakınının rıza açıklaması ile organ ve doku naklinin gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak, dikkat edilmesi gereken, ölenin yakınlarının rızasına geçerlilik tanınabilmesi için organ ve doku nakli vericisinin sağlığı ve yaşamında rıza ehliyetine sahip olarak organ ve doku alınabilmesini yasaklamış olmamalıdır. Belirtmek gerekir ki; uygulamada yetişkinlerden farklı olarak küçüklerin beyin ölümü gerçekleşmesinin akabinde organ ve doku alınmasına ilişkin rıza öncelikle anne, baba veya vasiden temin edilmektedir.

Alman hukuk düzenlemelerinde, ölü kimselerden organ ve doku nakline ilişkin rıza alınması bakımından yetkili kişilerin sırası, Türk hukuk düzenlemelerinde yer verilenlere benzer sıralamaya sahiptir. Fakat, organ ve doku nakli vericisinin ölümünden önce organ ve doku nakline ilişkin yetkili kanuni temsilci atamış olması ve belirtilen yakınlarının organ ve doku nakli vericisi ile ölümünden önceki son iki yılda herhangi bir şekilde kişisel bağlantı kurmamış olmaları halinde rıza gösterebilme hakkının bulunmayacağına ilişkin düzenlemeye de yer verilmiştir. Kişinin iradesi

⁷⁸⁸Schroth, (2008), s.319

⁷⁸⁹ Ölen kimsenin reşit olan çocuklarından birinden temin edilen rıza beyanının yeterli olacağı belirtilmek suretiyle ölüm esnasında hastanın beş adet reşit çocuğunun bulunması ve dört adet reşit çocuğun organ nakline ilişkin tıbbi müdahale gerçekleştirilerek organ alınmasına karşı çıkılması halinde dahi bir tanesinin varlığı hakkında organ ya da doku temininin imkân dahilinde olduğu belirtilmiştir. Ancak düzenleme eleştirilerek rıza vermeyen kişilerin kişilik haklarının ihlal edildiğinden bahisle oy çokluğunun bulunması gerektiği belirtilmiştir. Akıncı, (2006), s.72

belirlenemeyecek olan yakınlarının yerine biyolojik olarak daha uzak olsa dahi ölü ile yakın ilişkide olan ve iradesi belirlenebilecek olan kişiler tercih edilmektedir.⁷⁹⁰

ODNK'nın 14/2 maddesi⁷⁹¹ uyarınca, olağanüstü hâl ve ölü bedeninde herhangi bir değişim gerçekleştirmeyecek olan müdahalelerde rıza açıklamasına gerek duyulmaksızın organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir.⁷⁹² Örnek olarak, hüküm uyarınca hekimin kornea nakli gerçekleştirecek olması halinde, ölü bedeninde (ceset) herhangi bir değişim gerçekleştirmeyecek olması dolayısıyla nakil, ölen kişinin yahut yakınlarının rızasına gerek olmaksızın buna ilişkin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirilebilecektir.⁷⁹³

Danıştay 1. D. E.2006/1270, K.2007/101, T.07.02.2007 kararı⁷⁹⁴ şu şekildedir:

“2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 14 üncü maddesinde gözün sadece korneasının alınmasının, izne tabi olmadığı belirtilmesine rağmen, cesedin sol gözünün tamamının alındığı, sağ gözünün kapağının ise dikili olduğunun saptandığı ölüden gözün tamamının izinsiz olarak alındığı konusunda yeterli şüphenin oluştuğu, şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek nitelikte kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelinin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi ve 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 15. maddesi gereğince yargılanmaları gerekir.”

⁷⁹⁰Erman, (2003), s.224

⁷⁹¹ODNK'nın 14/2. maddesi; “Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.” hükmünü içermektedir.

⁷⁹²Ancak, Kanun'da ölen kişinin cesedinde değişiklik gerçekleştirmeksizin alınabilecek dokuların neler olduğunun belirtilmemesi ve ancak bunun korneanın emsal gösterilmekle kanaat edilmesi uygulamada birçok ihtilafın gündeme gelmesine neden olduğu belirtilmiştir. Toroslu, (1978), s.104

⁷⁹³Akinci, (2006), s.74

⁷⁹⁴Danıştay 1. D. E.2006/1270, K.2007/101, T.07.02.2007, Danıştay Başkanlığı Karar Arama Merkezi [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://karararama.danistay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 24.10.2021)

ODNK'nın 14/4 maddesi⁷⁹⁵ uyarınca, kaza ve tabii afetler nedeniyle vücudun uğramış olduğu ağır zarar neticesinde hayatını kaybetmiş kimseden, yaşamı organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine bağlı olan kişilere aciliyet ve tıbbi zorunluluk mevcut olan durumlarda vasiyet veya rıza şartlarına bağlı olmaksızın nakil gerçekleştirilebilecektir. Ölenin yakınlarının var olmaması ya da tıbben ölüm durumunun temin edilecek olan organlara bağlı olmadığına hekimler kurulu raporu ile belgelendirilmiş olması lazımdır.⁷⁹⁶ Uygulamada hekimlerin her halde ölenin yakınlarından rıza aldığını hemen her durumda görmekteyiz.⁷⁹⁷

ODNK'nın 14. madde ek fıkrası⁷⁹⁸ ölünün hiçbir yakının bulunmaması ve hiçbir kimsenin de sahip çıkmadığı ölü kimselerden bilimsel amaçlı olarak organ ve doku alınmasına ilişkin tıbbi müdahalenin, rıza alınmasına gereksinim olmaksızın gerçekleştirilebileceğine ilişkin hüküm içermektedir. Hükümün lafzi (sözel) yorumdan yola çıkarak bilimsel araştırmalar haricinde bu kimselerden organ ve doku alınarak bir başkasına naklinin yapılamayacağı ifade edilmiştir. Ancak, organ ve doku alınmasında temel amacın insanların sağlığına kavuşturulması olmasına rağmen, bilimsel amaçlı teminine izin verilip nakle izin verilmemesinin bu amaçla ters düştüğü ifade edilmiştir. Bu nedenle, hiçbir yakının bulunmadığı ve hiçbir kimsenin de sahip çıkmadığı ölü kimselerden organ ve doku naklinde, önce ihtiyacı olan kimselere organ ve doku naklinin gerçekleştirilmeye çalışılmasının ardından, bunun mümkün olmaması halinde bilimsel amaçlara yönelik gerçekleştirilmesinin gerekliliği belirtilmiştir.⁷⁹⁹

⁷⁹⁵ODNK'nın 14/4. maddesi; “Kaza veya doğal âfetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, 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.” hükmünü içermektedir.

⁷⁹⁶Akıncı, (2006), s.74

⁷⁹⁷Soyaslan, (2008), s.346

⁷⁹⁸ODNK'nın Ek fıkrası: 2594-21.1.1982 maddesi; “Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabii olacakları işlemler, Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” hükmünü içermektedir.

⁷⁹⁹Aydın, (2008), s.37

Ayırt etme gücünden yoksun olanlar (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk vb. sebeplerle) bakımından kanun hükmünde belirtilen sahip çıkılmayan ölümler ifadesinden yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk vb. sebeplerle ayırt etme gücünden yoksun olanları da kapsadığı düşünülmektedir.

Netice olarak, organ ve doku bağışındaki bilinçsizlikler dolayısıyla organ ve doku bağışı bakımından birtakım teşvik edici, aydınlatıcı ve yönlendirici çalışmaların artırılması gerekmektedir. Örneğin, ölenin yakınlarının organ ve doku nakline izin vermeleri halinde tedavi ve cenaze masraflarının devlet tarafından karşılanması, izin vermiş olanların kamu hizmetlerinden öncelikli yararlanabilmesi gibi teşvik edici tedbirler getirilmelidir.⁸⁰⁰ Özellikle çocuklarda, böbrek bekleyenlerin sayısı oldukça fazla olduğundan belirtilen teşviklerin gerçekleştirilmesi, dini tereddütlerin giderilmesi de gerekmektedir.

4.3. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Gebeliğin Sonlandırılması, Sterilizasyon ve Kastrasyon

4.3.1. Gebeliğin Sonlandırılması

TMK'nın 28. maddesi⁸⁰¹ uyarınca, kişilik, tam ve sağ doğum ile başlamaktadır. Ayrıca anne karnındaki cenin, geçmişe yönelik olarak da korunmaktadır. Fakat, bunun sağlanabilmesi için gebelik süreci belirli düzenlemelere tabi tutulmuştur. Gebelik sürecine ilişkin olarak özellikle gebeliğe son verilmesi bakımından getirilen hukuki düzenlemeler önem taşımaktadır.⁸⁰² Bunun nedeni, kadın rahmindeki cenine ilişkin olarak kürtaj gibi tıbbi girişimlerin gerçekleştirilmesinin yaşam hakkının ihlalini oluşturmasıdır.⁸⁰³

⁸⁰⁰Akıncı, (2006), s.75

⁸⁰¹TMK'nın 28. maddesi; “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlerle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” hükmünü içermektedir.

⁸⁰²Kanbur, N. (2008) *Rahim Tahliyesine Yönelik Füller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008, s.1230

⁸⁰³Sert, (2004), s.36

NPHK'nın 5. ve 6. maddelerinde ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesi Hakkında Tüzük'te ("RTSHYDHT") aile planlama tekniklerinden gebeliğin sonlandırılması hakkında hükümler bulunmaktadır. Belirtilen normlara aykırı davranışlar ise, TCK'nın 99. maddesinde çocuk düşürme suçu olarak hüküm altına alınmıştır.

Fetüs, uterus haricinde yaşama yeteneğini kazanmadan gebeliğe son verilmesi düşük ya da kürtaj olarak tanımlanmaktadır.⁸⁰⁴ NPHK'nın 5. maddesi uyarınca, gebeliğin sonlandırılması iki başlık altında hüküm altına alınmıştır. Hukuken rahim tahliyesi, isteğe bağlı ya da tıbbi zorunluluk halleri olmak üzere iki durumda gerçekleştirilebilecektir.⁸⁰⁵ İsteğe bağlı veya tıbbi zorunluluk taşıyan rahim tahliyesinde hekim, tıp biliminin ilke ve kuralları uyarınca tıp biliminin o günün geldiği son gelişmeler ışığında incelemeleri gerçekleştirerek müdahalenin sakıncalı olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür.⁸⁰⁶ NPHK'nın 5/1. maddesi,⁸⁰⁷ isteğe bağlı rahim tahliyesini, anne sağlığı bakımından herhangi bir tıbbi sakıncanın bulunmadığı hallerde gebeliğin onuncu (10.) haftası tamamlanmaya dek gerçekleştirilebileceğini hüküm altına almaktadır. Bazı hallerde, anne sağlığı için kürtaj uygulaması tıbbi gereklilik arz edebileceğinden bu hallerde anne yaşamını kurtarmak amacıyla kürtaj uygulaması bir zorunluluktur.⁸⁰⁸ NPHK'nın 5/2. maddesinde,⁸⁰⁹ tıbbi zorunluluk hallerinde uygulanacak rahim tahliyesi tıbbi müdahalesi hüküm altına alınmakla birlikte bu durum bakımından herhangi bir süre sınırı getirilmemiştir.⁸¹⁰

⁸⁰⁴Görkey, (2001), s.80

⁸⁰⁵ Keskin Kızıroğlu, S. (2007) *Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı S. 1, s.210

⁸⁰⁶Yenerer Çakmut, (2010), s.134

⁸⁰⁷ NPHK'nın 5/1. maddesi; "*Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.*" hükmünü içermektedir.

⁸⁰⁸Görkey, (2001), s.92

⁸⁰⁹NPHK'nın 5/2. maddesi; "*Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.*" hükmünü içermektedir.

⁸¹⁰ Tıbbi risk ve tehlike taşıyan endikasyonlar iki ayrı bölümde toplanmıştır. Olağan nitelikteki endikasyonlar, gebelik dolayısıyla kadın bakımından hayati tehlike oluşturması, gebelikten kaynaklanan kadının yaşamsal organlarından biri bakımından tehlikenin mevcudiyeti, doğacak olan çocuğun ağır sakatlığa uğraması riskinin bulunması, çocuğun dünyaya gelmesi durumunda gelecek nesillerin de ağır sakatlık risk ve tehlikesinin bulunması şeklinde belirtilmiştir. NPHK'nın 5/3. maddesinde, ivedilikle müdahale edilmediği durumda yaşamı ya da yaşamsal organlarından birisini tehlikeye sokan acil hallerde hali tespit eden yetkili hekim tarafından gebeliğin sonlandırılacağı ifade

İsteğe bağlı ya da tıbbi zorunluluk sebebiyle tedavi amaçlı gebeliğe son verilmesi, ilgili kişinin rızasının varlığına bağlı olmaktadır.⁸¹¹ Rıza verme hak ve yetkisi, gebe kadına ait bulunmaktadır.⁸¹² NPHK'nın 6. maddesi⁸¹³ uyarınca kadının reşit olması halinde izin reşit gebe kadından alınacaktır. Hüküm uyarınca gebe kadının küçük olması halinde ise kendisinden rıza alınacak ancak bununla birlikte velinin de rızası alınacaktır. Gebe kadının küçük olması ve evli olması halinde kendi rızasının haricinde eşinin de rızasının alınması gerektiği düzenlenmiştir.⁸¹⁴

Vesayet altındaki gebe kadın reşit olmaması veya ayırt etme gücüne sahip bulunmaması halinde gebeliğe son verilmesi için rıza reşit olmayan kişinin mümkün olması halinde kendisinden, vasisinden ve sulh hakiminden temin edilecektir. Çalışmamızın konusunu oluşturan ayırt etme gücünden yoksun olan gebe kadının gebeliğine son verilebilmesi için imkân dahilinde ise kendisinin de katılımı sağlanarak kanuni temsilcisinin rızası ve sulh hakiminin izni ile gerçekleştirilebilecektir.

Küçüklerin gebeliklerine son verilmesine ilişkin talepler, etik sorunlar ve meslek sırlarının korunması bakımından yaşanan tereddütleri de beraberinde getirmektedir.⁸¹⁵ Bunun sebepleri, küçüklerin yetişkin olmamaları, deneyimsiz

edilerek; olağanüstü endikasyonların da tüzükte belirtileceği de NPHK'nın 5. maddesi son fıkrasında belirtilmiştir. Tüzük'ün 8. maddesinde bu durumlar belirtilmiştir. Madde 8 hükmüne göre; acil durumlarda, servikal iternal OS kapalı olsa bile, kadının hayatını tehlikeye sürükleyecek nitelikte vajinal kanamalar, Servikal Os'un açık olduğu haller, uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesinin bulunduğu haller olarak düzenlenmiştir. Öztürkler, (2006), s.258

⁸¹¹Ayan, (1991), s.48

⁸¹²Yenerer Çakmut, (2010), s.135; Kayalı, (1996), s.69

⁸¹³NPHK'nın 6. maddesi; *"5'inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.*

4'üncü maddenin ikinci ve 5'inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir." hükmünü içermektedir.

⁸¹⁴Keskin Kızıroğlu, (2007), s.212

⁸¹⁵Amerikan Tıp Birliği'nin 1992 yılında Etik ve Yasal İşler Konseyi; tıbbi konularda küçükler bakımından meslek sırrı kavramı irdelenerek küçüklerin cinsel yolla bulaşan hastalıklar, mental hastalıklar, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı gibi hassas konularda tıbbi müdahalelerden vazgeçmemeleri bakımından meslek sırrının korunması konusunda teminat verilmesinin ehemmiyeti vurgulanmıştır. Bu bakımdan çocukların tıbbi müdahale ve bakımlarına ilişkin kanuni temsilcilerin

olmaları, karar verme yeteneklerinin yetişkinlere oranla daha az gelişmiş olması, veli veya vasinin gebeliğin sonlandırılmasına katılmalarının bireyin cinsellikle ilgili mahremiyet haklarının çatışması olarak sayılabilir.⁸¹⁶ Ayırt etme gücüne sahip olan ya da ayırt etme gücüne sahip olmamakla birlikte tıbbi müdahale bakımından rızaya katılımı mümkün olan gebe kadının yaş küçüklüğü ya da vesayet altında bulunması gibi sebeplerle şahsa sıkı sıkıya bağlı olan hak kullanımının önüne geçilmemelidir.⁸¹⁷

Ancak, gebeliğin sonlandırılması bakımından yasal düzenlemelere ve tıp biliminin ilke ve gereklerine uygun şekilde gerçekleştirilmesi halinde ayırt etme gücü bulunmayan gebe kadın adına yalnızca veli ya da vasi kararı üzerine bu kimseler tarafından gösterilecek olan rızanın geçerli olacağı, varsa eşinin rızasının gerektiği, bu kimselerin kendi rızasının aranmayacağı NPHK'nın 6/1 ve Tüzük'ün 14/2 maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

NPHK'nın 6/3 maddesi ve Tüzük'ün 14. maddesinde;⁸¹⁸ küçüklerde veliden, reşit veya ayırt etme gücünden yoksun olan vesayet altına bulunan kişilerde ise sulh mahkemesinden izin alınması, derhal müdahale edilmediği durumlarda yaşam ya da yaşamsal organlar tehlikeye giriyorsa ve bu halde izin alımı zaman gerektiriyorsa izin şartının aranmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Gebe olan kadının ve ceninin, yaşam olasılığına dayanarak menfaatlerinin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. Annenin yaşam tehlikesi içerisinde olması halinde, annenin yaşam ve sağlık hakkının henüz doğmamış olan ceninin yaşama umuduna kıyasla üstün tutulması gerektiği düzenlenmiştir. Her iki menfaat

katılımının daima önemli ve genel itibari ile gerekli olmakla birlikte tıbbi müdahale ve bakımların temel amacına zarar verebilecek bazı durumlarda hukuk mecburi kılmadıkça zorunlu olmamasına karar vermiştir. Görkey, (2001), s.93

⁸¹⁶Görkey, (2001), s.93

⁸¹⁷Kanbur, (2008), s.1244; Ayrıca, ayırt etme gücüne sahip ve bu yeteneğin bulunmasına rağmen vesayet altında olan kadının veli ya da vasi ile görüş çatışması bulunması halinde gebe kadının göstermiş olduğu rızanın diğer unsurların da bulunması halinde geçerli olacağı ifade edilmiştir.

⁸¹⁸Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesi Hakkında Tüzük'ün 14. maddesi; "*Veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmaz.*" hükmünü içermektedir.

arasında hekimin gerekli inceleme ve araştırma yaparak bu karşılaştırma neticesinde karar vermesi gerekmektedir.⁸¹⁹

Gebeliğin sonlandırılmasına yönelik olarak tıbbi müdahaleye rızanın geçerli olabilmesi, hekimin ilgili kişilere tıbbi müdahalenin öncesinde önemi, sebebi, neticeleri, riskleri bakımından kapsamlı ve detaylı şekilde aydınlatmak yükümlülüğün gerçekleştirilmesine bağlı olmaktadır.⁸²⁰

Yukarıda belirtilen kanuni düzenlemelere aykırılıkların bulunması halinde, TCK'nin 99. ve 100. maddelerinde yer alan çocuk düşürtme ve düşürülme ile ilgili hükümler uygulama alanı bulacaktır. TCK'nın 99. madde⁸²¹ hükmü uyarınca, hukuka uygun bir rıza veya iznin bulunmadığı hallerde kadının çocuğunun düşürtülmesi halinde, tıbbi zorunluluk olmadığı halde rıza ve izin bulursa dahi gebelik süresinin on (10) haftadan fazla olması halinde çocuğun düşürtülmesi hallerinde bu eylemleri gerçekleştiren kişiye ve rıza gösteren kadına cezai yaptırım uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Hüküm uyarınca, kadının rızası bulunmadığı halde çocuğunun düşürtülmesi halinde yazının beden ya da ruh sağlığı açısından zarara uğraması veya ölümü halinde de bu eylemler cezai yaptırımlarla karşılaşacaktır. Rızanın bulunmasına rağmen gebelik süresinin on (10) haftayı doldurmadığı hallerde yetkisiz kişi tarafından çocuğun düşürtülmesi halinde ise yine bu eylemler cezalandırılacaktır. Hüküm

⁸¹⁹Yenerer Çakmut, (2010), ss.135-136

⁸²⁰Ayan, (1991), s.49

⁸²¹TCK'nın 99. maddesi; “(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdiren ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.” hükmünü içermektedir.

uyarınca, kadının mağdur olduğu suçun neticesinde (TCK 102 ve 103 maddelerinde belirtilen suçlar) ⁸²² gebe kalması halinde yirmi (20) haftadan fazla olmaması, kadının, velisinin ya da vasisinin rızasının bulunması ve tıbbi müdahalenin uzman

⁸²²TCK'nın 102. maddesi; "(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur." hükmünü içermektedir. TCK'nın 103. maddesi ise; "(1) (Yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) (Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/13 md.) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur." hükmünü içermektedir.

hekimlerce hastane ortamında gerçekleştirilmesi şartlarıyla gebeliğin sona erdirilmesi halinde ceza verilmeyecektir.⁸²³

TCK'nın 99/6. madde hükmünün de uygulanabilmesi için, TCK'nın 103. maddesinde yer alan çocuğun cinsel istismarı ve TCK'nın 102. maddesinde yer alan cinsel saldırı gibi ayrı bir suçun da söz konusu olması gerekmektedir. Ayrıca, cebir, hile ve tehdit bulunmaksızın on beş yaşını bitiren fakat on sekiz yaşını doldurmamış olanlar arasında meydana gelen rızai ilişki neticesinde oluşan gebelikler bakımından da hükmün uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir.⁸²⁴ Belirtmek gerekir ki; suçun kasten işlenmesi ve hukuka uygunluk nedeni bulunmaması durumlarının öncelikle tespit edilmesi gerekmektedir.

On altı yaşını dolduran ancak on sekiz yaşını doldurmamış iki kişinin rızaları ile birliktelikleri neticesinde gebe kalan kişinin çocuğunun yirmi hafta kadar alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. Bu halde mağdur ve failin belirli olmaması, erkek bakımından da suçun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Örnek olarak on sekiz yaşında kız ile on altı yaşındaki erkeğin birlikteliklerinden kızın hamileliğinin ortaya çıkması halinde hükmün uygulanıp uygulanmayacağı konusu yine tartışmalı olmakla birlikte TCK'nın 104. maddesinin düzenlenme hatalarının etkisi olduğu ifade edilmiştir.⁸²⁵ Gebe kadınlara ilişkin olarak rahim tahliyesine yönelik tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi sonucunda suç oluşmayacaktır, ancak bu fiiller bakımından aranan koşullar arasında ayrıca gebe kadının sağlığı bakımından herhangi bir zarar görme riskinin de bulunmaması gerekliliği belirtilmiştir.⁸²⁶

⁸²³Kanbur, (2008), s. 1230; Kadın, suç dolayısıyla gebe kalması durumunun ekonomik, psikolojik ve sosyal olarak olumsuzluklara sebep olması gerekçeleri ile gebe kadının rıza göstermesi ile uzman hekim yardımı ile çocuğun düşürülmesi bakımından iltimas ile bakılabileceği ifade edilmiştir. Bu duruma gerekçe olarak ise erkeğin neden olduğu gebeliğin kadın bakımından bir işkence mahiyetinde olabileceği, bu nedenle kadının sağlığının bozulması ihtimali dolayısıyla da dünyaya gelen çocuğun sürekli olarak anneye ırza geçme olayını hatırlayabileceği, annenin çocuğuna yeterli ilgi ve alayı veremeyebileceği, kadının uğradığı haksızlığı çocuğa yansıtabileceği ifade edilmiştir. Gülşen, R., (2008), *Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart, s.1209

⁸²⁴Hakeri, (2007), ss.463-464

⁸²⁵Hakeri, (2007), s.464

⁸²⁶Kanbur, (2008), s.1241

Gebe olan kadının, gebeliğinin sona erdirilmesi bakımından suç endikasyonu dolayısıyla rıza şartı aranmaktadır. Korunmak istenen hukuki yararın, gebe kadının anne olmak ya da olmamak hususundaki kişilik hakkıdır.⁸²⁷ Gebe kadının on sekiz yaşından küçük olması halinde gebeliğe son vermek isteğini de açıklaması halinde veli veya vasinin küçüğü suç faili ile evlendirmek istediği hallerde tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi durumunda nasıl hareket edileceği bakımından sorunlar ortaya çıkmaktadır. Kadının suç sonucu gebe kalmasının çocuğa sahip olmak ya da olmamak bakımından kararı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın varlığı söz konusu olduğundan NPHK'nın 6. maddesi uyarınca yalnızca kadının rızasına bağlı olacaktır. Bu nedenle, ayırt etme gücüne sahip olan küçük kadının rızanın geçerli sayılacağı belirtilmektedir.⁸²⁸ Kanaatimizce; on altı yaşının altında gebe olan küçük yahut ayırt etme gücünden yoksun olan kadınların suça konu çocuğun düşürülmesi bakımından kendi katılımının ya da rızasının bulunmasına rağmen veli ya da vasinin rıza göstermemesi durumun da velayet hakkının kötüye kullanılması gündeme geleceğinden, bu halde veli ya da vasinin rızası tek başına yeterli olmayacak ek olarak hâkim onayının alınması gerekecektir.

4.3.2. Sterilizasyon ve Kastrasyon

4.3.2.1. Sterilizasyon

Sterilizasyon, kişinin cinsel faaliyette bulunabilme kabiliyetine herhangi bir zarar vermeksizin kadınlarda yumurta ve erkeklerde sperm kanallarının kapatılması suretiyle üreme yeteneklerinin daimî şekilde ortadan kaldırılması şeklinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale olarak tanımlanmaktadır.⁸²⁹ Bu nitelikteki tıbbi müdahaleler, kişinin ebediyen çocuk yapabilme kabiliyetini ortadan kaldırma şeklinde neticeleri dolayısıyla hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen ağır müdahalelerden sayılmaktadır.⁸³⁰

⁸²⁷Gülşen, (2008), s.1223

⁸²⁸TMK'nın 124/2. maddesi; "*Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.*" hükmünü içermektedir. Hüküm uyarınca, gebe kalan kadının çocuğu doğurmak bakımından isteğinin bulunması halinde olağanüstü halin varlığı dolayısıyla hâkim kararı ile evlenmesine izin verilebilecektir. Gülşen, (2008), s.1224

⁸²⁹Kayalı, (1996), s.65

⁸³⁰Hakeri, (2007), s.467

NPHK'nın 4/2 maddesi⁸³¹ ve RTSHYDİT'nin 10. maddesi⁸³² uyarınca on sekiz yaşını dolduran kişinin talebi üzerine tıbbi engel ve sakıncaların bulunmaması durumunda bu nitelikteki tıbbi müdahale gerçekleştirilebilecektir. Sterilizasyon niteliğindeki tıbbi müdahale kişilik haklarına yönelik önemli nitelikte cerrahi müdahale olduğundan sadece belirli durumlarda ve tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilebilecektir.⁸³³ Rahim kanserinin, kalıtsal hastalık gibi hallerde, hasta kadının hamileliği durumunda, çocuğun beden ya da ruhsal bütünlüğünün önemli derecede etkileyecek ya da bozacak olması halinde tıbbi endikasyonun varlığından söz edilmektedir.⁸³⁴ Bu nedenle sterilizasyon, özellikle genetik rahatsızlıkların nesiller boyu devamını engellemek, kadının hamileliği ve bebeği bakımından tehlikeli durumlar arz edecek hallerde kişiyi korumak gibi amaçlarla gerçekleştirilmektedir.⁸³⁵

Türk hukuk düzenlemeleri uyarınca, reşit olmayan (on sekiz yaşını tamamlamayan) bir kimseye sterilizasyon tıbbi müdahalesi gerçekleştirilemeyecektir. Dolayısıyla sterilizasyon tıbbi müdahalesine ilişkin diğer unsurların sağlanması halinde tıbbi müdahalenin hukuka uygun nitelik taşıyabilmesi için ayrıca kişinin on sekiz yaşını da tamamlamış olması gerekmektedir.

On beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte henüz on sekiz yaşını tamamlamamış olan ve evlilik ile rüştünü kazanmış olanlar bakımından belirtilen hükümde yer alan reşit olma koşulunun dar yorumlanarak kişinin ayırt etme gücüne sahip olması şeklinde yorumlanarak tam ehliyetliler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılara rızaya ilişkin diğer şartların da sağlanması halinde sterilizasyona ilişkin tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.⁸³⁶

Hükmün reşit terimini kullanarak yaş belirtmemesi sebebiyle yalnızca on sekiz yaşını tamamlayanların rızaları üzerine sterilizasyon gerçekleştirilebileceğinin

⁸³¹NPHK'nın 4/2 maddesi; “*Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır.*” hükmünü içermektedir.

⁸³²RTSHYDİT'ün 10. maddesi; “*Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmaması koşuluyla ve reşit kişinin isteği üzerine yapılır.*” hükmünü içermektedir.

⁸³³Ayan, (1991), s.46; Kayalı, (1996), s.65

⁸³⁴Hakeri, (2007), s.468

⁸³⁵Yenerer Çakmut, (2010), s.130

⁸³⁶Yenerer Çakmut, (2010), s.129

belirtmesinin kanun hükmünün dar yorumlanması olduğu ifade edilmiştir. TMK'nın 11/2. maddesi⁸³⁷ uyarınca, evlenme ile kişinin reşit olacağı ve TMK'nın 124 maddesi⁸³⁸ uyarınca erkek ya da kadının on yedi yaşını doldurmadığı takdirde evlilik akdi gerçekleştirilemeyeceği ve hakimin olağanüstü hallerde ve önemli sebeplerin varlığı durumlarında henüz on altı yaşını doldurmuş kişinin evlenmesine izin verebileceği düzenlenmiş olduğundan NPHK'nın belirlediği şartların sağlanması halinde TMK'nın aradığı yaş sınırları içerisinde kalınmak koşulu ile ayırt etme gücüne sahip olan ilgilinin rızası ile sterilizasyona ilişkin tıbbi müdahaleye rızanın geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bu bakımdan yaş sınırları içerisinde kalmayan kişiler de dahil olmak üzere ayırt etme gücünden yoksun olanların sterilizasyon tıbbi müdahalesine ilişkin rızalarının hukuken geçerli olmayacağını belirtmek gerekmektedir.

Sterilizasyona ilişkin tıbbi müdahaleye rıza gösterecek olan kişinin evli olması halinde NPHK'nın 6/2⁸³⁹ ve Tüzük'ün 13/2⁸⁴⁰ maddeleri uyarınca eşinin de rızasının alınması⁸⁴¹ bir zorunluluktur. Ayrıca, Tüzük'ün 15. maddesi⁸⁴² uyarınca, ayırt etme gücünden yoksun kişinin kendisinin de mümkün olduğunca katılımının sağlanarak vasi ve sulh hukuk mahkemesi izninin alınması tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi bakımından zorunluluk arz etmektedir.⁸⁴³

⁸³⁷TMK'nın 11/2. maddesi; “Evlenme kişiyi ergin kılar.” hükmünü içermektedir.

⁸³⁸TMK'nın 124 maddesi; “Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.” hükmünü içermektedir.

⁸³⁹NPHK'nın 6/2'üncü maddesi; “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.” hükmünü içermektedir.

⁸⁴⁰RTSHYDİT'ün 13/2 maddesi; “Evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması, eşinden, ayrıca, izin belgesi alınmasına bağlıdır.” hükmünü içermektedir.

⁸⁴¹Rızanın hukuka uygunluk unsurlarını tespit eden genel kurallar ve Anayasa'nın aile birliğini koruma amacına yönelik 41. maddesi uyarınca evli kişinin tek başına üreme kabiliyetinin sona erdirilmiş olmasının kamu düzenine aykırı nitelik taşıyacağı neticesine ulaşılabilecektir. Ünver, Y. (2007) *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık, ss.162

⁸⁴²RTSHYDİT'ün 15. maddesi uyarınca; “İzin belgeleri, 13'üncü maddede sözü edilenlere, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır.” hükmünü içermektedir.

⁸⁴³Keskin Kızıroğlu, (2007), s.213

Alman Medeni Kanunu'nda ise rıza yeteneği bulunmayan kişiler bakımından özel hükümler getirilerek rıza ehliyeti bulunmayanlar bakımından vasinin rızası ve mahkemenin onayının bulunması gerekliliği belirtilmiştir.⁸⁴⁴ Ayrıca, bu nitelikteki tıbbi müdahalelere ilişkin olarak hekimin yeterli düşünme zamanını yaratmak, psikolojik sonuçlarına ilişkin olarak hastayı bilgilendirmek gibi gereklilikler bakımından gereğinin yerine getirilmesi ve aydınlatmaya ayrı bir değer verilmesi gerektiği de belirtilmiştir.⁸⁴⁵

4.3.2.2.Kastrasyon

Kastrasyon, kişinin cinsel salgı bezlerinin kaldırılmak sureti ile cinsel faaliyette bulunma kabiliyetinin tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi müdahaledir.⁸⁴⁶ Bu nitelikteki tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi de kişinin kişilik hakkı üzerinde ağır ve telafi edilemez şekilde etki ve değişiklik meydana getirdiğinden hukuka ve ahlaka aykırılık değerlendirilmelerinde sıkı koşullara tabi tutulması gerektiği belirtilmiştir.⁸⁴⁷

Türk hukuk düzenlemelerinde, kastrasyon tıbbi müdahalesine ilişkin rızaya yönelik olarak ayrı ve açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat, NPHK'nın 4/3. maddesi⁸⁴⁸ uyarınca, ameliyat esnasında tıbbi bir gereklilik bulunması durumunda ortaya çıkan hastalığın tedavi edilebilmesi için kastrasyon gerekmesi halinde kişinin rızasına bağlı olmaksızın bu tıbbi müdahale gerçekleştirilebilecektir.⁸⁴⁹ Ancak, NPHK'nın 2/4. maddesi⁸⁵⁰ uyarınca belirtilen nitelikteki tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebileceği tek hal, operasyonun genişletilmesi hali olacaktır.⁸⁵¹

⁸⁴⁴Hakeri, (2007), s.469

⁸⁴⁵Hakeri, (2007), s.468

⁸⁴⁶Kayalı, (1996), s.70

⁸⁴⁷Erman, (2003), s.209

⁸⁴⁸NPHK'nın 4/3'üncü maddesi; "*Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.*" hükmünü içermektedir.

⁸⁴⁹Yenerer Çakmut, (2010), s.125

⁸⁵⁰NPHK'nın 2/4. maddesi; "*Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.*" hükmünü içermektedir.

⁸⁵¹Erman, (2003), s.210

NPHK'nın kastrasyon gibi ağır nitelikteki tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilebilmesi bakımından kişinin rızasının gerekli olmadığı yönündeki düzenleme öğretide eleştirilmiştir ve konunun ayrıntılı şekilde düzenleme altına alınması gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim, kısırlaştırma tıbbi müdahalesine ilişkin olarak, kanuni düzenlemeler uyarınca rıza şartının gerçekleşmesi aranmakta iken, cinsel ilişki gerçekleştirme ve istekte bulunma gibi yeteneklerin tamamen ortadan kaldırılması neticesini ortaya çıkartacak ağır nitelikteki bu tıbbi müdahale bakımından rıza şartının aranmaması eksiklik olarak nitelendirilmiştir.⁸⁵² Ek olarak, kastrasyon tıbbi müdahalesinin, yalnızca gerçekleştirilen ameliyatın seyrinde gündeme gelebilecek tıbbi gereklilikler ile sınırlandırılması eleştirilerin konusu olmuştur. Gerçekleştirilecek olan ameliyat öncesinde de kastrasyon tıbbi müdahalesinin bir gereklilik olarak ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir.⁸⁵³ Ağır neticeleri bulunan bu nitelikteki tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesinde rıza unsurunun aranmamasının insan hakları ihlalini oluşturabileceği ve bu eylemlerin cezalandırılması gerektiği de savunulan görüşlerdendir.⁸⁵⁴

Tüzük'te kastrasyon ile ilgili hükümlerin bulunmamasının da eksiklik olduğu ifade edilmiştir.⁸⁵⁵ Aksi yönde, kastrasyon tıbbi müdahalesinde rızanın aranmamasının doğru olmadığı eleştirilerinin yerinde olmadığını savunan görüş ise, varsayılan rızaya dayanarak genel hükümler uyarınca yol haritasının belirlenebileceği yönündedir. NPHK'da hastanın varsayılan rızasının bulunmadığı hallerde dahi kastrasyon tıbbi müdahalesinin gerçekleştirilebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin rıza iradesini gösterebilecek halde bulunsaydı bu tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğine yönelik değerlendirme gerçekleştirilmeden ilgili hüküm uyarınca kastrasyona yönelik tıbbi müdahale gerçekleştirilemeyecektir.⁸⁵⁶

Kastrasyon tıbbi müdahalesine yönelik olarak TCK'da özel bir hüküm yer almadığından yapılan eleştirilerin de yerinde olmadığı belirtilmiştir. Bu bakımdan

⁸⁵²Yenerer Çakmut, (2010), s.126; Ayan, (1991), ss.27-28; Kayalı, (1996), s.71

⁸⁵³Kayalı, (1996), s.71

⁸⁵⁴Yenerer Çakmut, (2010), s.127

⁸⁵⁵Keskin Kızıroğlu, (2007), s.213

⁸⁵⁶Erman, (1991), s.210

neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir.⁸⁵⁷ Örneğin mağdur kişinin organlarından herhangi birinin işlevini daimî olarak kaybetmesi halinde hükmün uygulanabileceği ifade edilmiştir.⁸⁵⁸

Sonuç olarak, hukuk düzenlemelerinde kastrasyon tıbbi müdahalesine ilişkin olarak özel düzenlemenin yapılmasının, ayrıca düzenlemede özel yaş sınırı, ayırt etme gücünden yoksunluk halleri ve tıbbi zorunluluk gibi detaylı ve kapsamlı aydınlatmaya dayanan rızanın alınması gibi detaylara yer verilmesinin uygun olacağı da belirtilmiştir.⁸⁵⁹ Kanaatimizce, kastrasyon tıbbi müdahalesinin ağır sonuçlarının bulunması dolayısıyla sıkı şekil şartlarına bağlı olarak gerçekleştirilmesine yönelik hukuki düzenlemenin yapılması bir gerekliliktir.

⁸⁵⁷ Ozansü, C. (2008) *Kısırlaştırma Suçu*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart, s.1291

⁸⁵⁸ Ozansü, (2008), s.1291

⁸⁵⁹ Ayan, (1991), ss.46-47

BÖLÜM 5: TARTIŞMA VE SONUÇ

Hukuken korunan yaşama hakkı, vücut bütünlüğü hakkı ve sağlık hakkına ilişkin tıbbi müdahalelerde tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesi için rıza alınması tıbben ve hukuken bir gereklidir. Taşıdığı öneme binaen, küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri sebeplerle ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin rızası, kanuni temsilcilerinin rızaya ilişkin hak, yetki ve görevleri, ayırt etme gücünden yoksun olanların tıbbi müdahaleye katılımı, geçmiş irade açıklamalarının geçerliliği, özellik arz eden tıbbi müdahalelerin ayırt etme gücünden yoksun olanlar bakımından işleyişi gibi çeşitli durumlara ilişkin mevzuat hükümleri, öğretilerde yer alan görüşler ve yargı kararları ile uygulamanın incelenmesi bir gerekliliktir.

Ayırt etme gücünün varlığından bahsedilebilmesi için TMK'nın 13. maddesi uyarınca hem psikolojik hem de fizyolojik (biyolojik) unsurların birlikte bulunması gerekmektedir. Psikolojik unsur, akla uygun nitelikte davranma gücü iken; fizyolojik unsur ise, madde hükmünde yer alan yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzer sebepler gibi durumların bulunmamasını belirtmektedir. Kanun hükmünde sayılan haller tahdidi olmadığından maddede belirtilen durumlar haricinde somut olayın niteliklerine göre ayırt etme gücüne sahip olunması da mümkün olmaktadır.

Nisbi ve somut olaya göre değişkenlik gösteren ayırt etme gücünün var olup olmamasının tespitinde tıp, psikiyatri gibi bilimleri ve teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle bilirkişilerden yararlanılarak kişinin içerisinde bulunduğu durum, somut olayın özellikleri ve tüm deliller değerlendirilerek hâkim tarafından karara bağlanmaktadır. Yargıtay da kararlarında, kişide ayırt etme gücünün var olup olmadığının tespitinde somut olayın nitelikleri, kişinin işlem veya eylemlerinin sebeplerini ve sonuçlarını anlayabilecek psikolojik yeterliliğinin bulunup bulunmadığı araştırılarak karar verileceğini kabul etmektedir.

Kişinin vücut yahut ruh bütünlüğünde, mevcut bulunan ya da sonradan ortaya çıkan sebeplerle olumsuz etki yaratan durumun, tıp bilimi kuralları uyarınca ortadan

kaldırılması veya etkisinin indirgenmesi, ortaya çıkması ihtimali öngörülebilir ise ortaya çıkmadan önlem alınması, nüfus planlaması ya da doğum amaçlarıyla, kurallar uyarınca, kanun tarafından yetkilendirilen kişi veya kişilerce gerçekleştirilen girişimler tıbbi müdahale olarak tanımlanmaktadır. WHO, kişinin fiziksel, ruhsal, toplumsal (sosyal) yönden de tam bir iyilik hali olarak sağlığı tanımlamakta olduğundan bir kişide tedavi amacına yönelik nitelikte tıbbi müdahale gerçekleştirilmesini zorunlu kılan herhangi bir durumun var olmamasına rağmen tıbbi gereklilik taşımayan tıbbi girişimler de tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak nitelendirilebilmesi için; tıbbi müdahalenin hukuken korunan meşru bir amaca yönelik gerçekleştirilmesi, bilimsel gelişmelere uygun olması, yetkili kişiler olarak adlandırılan hekim, diş hekimi, hemşire, ebe ya da diğer sağlık mesleği mensupları tarafından gerçekleştirilmesi, aydınlatılmış rıza veya varsayılan rızanın bulunması, endikasyon (tıbbi gereklilik) şartının sağlanması, hukuka ve ahlaka aykırılığın bulunmaması gerekmektedir.

Tedavi sözleşmesinin, TBK'da düzenlenen sözleşmelerden ayrı ve bağımsız bir sözleşme olmadığı söylenebilir. Tedavi sözleşmesinin konusu, amacı, tarafları ve tarafların sözleşme akdi esnasında içinde oldukları durum itibari ile diğer sözleşmelerden farklı nitelikleri bulunmaktadır. Tedavi sözleşmesinde amaç; hastanın acısının indirgenmesi ve eski sağlığına kavuşturulmasıdır. Ayrıca hekim, gerçekleştireceği tedavi bakımından mutlak başarı taahhüt etmemektedir. Tedavi sözleşmesinin konusunu insan sağlığı ve beden bütünlüğü oluşturduğundan iş görme borcu bulunan hekim diğer iş görme borçlarından farklı şekilde daha özenli ve dikkatli icrai faaliyetler gerçekleştirmelidir. Hekim, yetenekli ve ihtisas sahibi iken; hasta, bilgisiz, yardıma muhtaç ve zayıf nitelikte olduğundan sözleşme eşit olmayan taraflar arasında akdedilmektedir. Tedavi sözleşmesinin hekime yüklediği başkaca yükümlülükler olduğundan hekimin diğer yükümlülükleri, tıp biliminin gelişmeleri ve teknikleri, tıbbi meslek kuralları da değerlendirilmelidir.

Kişilik hakları, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan vazgeçilemez ve devredilemez. Tıbbi müdahalelerin yöneldiği kişilik hakları; yaşama hakkı, sağlık

hakkı ve vücut bütünlüğü hakkıdır. Şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelikteki hakların hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekmektedir. İstisnai hallerde, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların bazılarının hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekmemektedir. Tıbbi müdahaleye rızanın, temsilin geçerli olduğu nisbî anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu öğretilerdeki ağırlık görüşüdür.

Hastanın vücudu üzerindeki hakları dolayısıyla gerçekleştirilmesi istenen tıbbi müdahale sadece hasta rızasıyla gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, rıza verme hak ve yetkisi de hakkın sahibine ait olacaktır. Tıbbi müdahaleye rızanın hukuken geçerlilik şartlarından biri rıza gösterecek olan hak sahibinin rıza ehliyetinin bulunmasıdır. Ayırt etme gücünden yoksun olan küçük ve yetişkinlerin tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti bulunmamaktadır. Bu bakımından ayırt etme gücünden yoksun olan küçüklerde veli ya da vasi, ayırt etme gücünden yoksun olanlarda ise vasi olan kanuni temsilcilerin tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti bulunmaktadır.

TŞSTİDK'nın 70. maddesi uyarınca hekimlerin, gerçekleştirilecek her türlü tıbbi müdahalelerde hastanın veya hastanın küçük yahut kısıtlı olması halinde de veli ya da vasisinin muvafakatini alması gerekmektedir. HHY'nin 26. maddesi ise, kanuni temsilcilerin hasta adına muvafakat göstermelerinin yeterli olmasına rağmen imkanlar dahilinde oldukça küçük ve kısıtlı olan hastanın da dinlenerek tıbbi müdahalenin aşamalarına katılması gerektiğini hüküm altına almıştır.

Ayırt etme gücünden yoksun olanlar bakımından tıbbi müdahaleye rızanın hukuka uygunluk koşullarından bir diğeri, tıbbi müdahale gerçekleştirilecek olan ayırt etme gücünden yoksun hastanın kanuni temsilcisinin ve mümkün ise kendisinin aydınlatılmasıdır. Gerekli ve usulünce aydınlatmanın gerçekleştirilmesinin sonrasında ayırt etme gücünden yoksun olan hasta ve kanuni temsilcisinin göstereceği rıza hukuka uygun olacaktır.

Tıp etiğinin gereklilikleri; aydınlatma ve rızadır. Aydınlatmada hedef; tıbbi müdahale ve tıbbi müdahalenin uygulanmasında gösterilecek olan rızanın niteliği, önemi, kapsamı konularında hastanın bilgi sahibi olmasıdır. Aydınlatmada bulunacak kişi, tıbbi müdahalede bulunacak olan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubudur.

Yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubu, ayırt etme gúcünden yoksun olan hasta, kanuni temsilci ya da hasta yakınlarını aydınlatmakla yükümlüdür. Aydınlatma, hastanın bu haktan vazgeçilmediği ayrıca acil hallerin de bulunmadığı durumlarda, tıbbi müdahale bulunacak yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunu için hukuksal yükümlülüktür.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi herhangi bir Şekil Şartına bağlı olmadığından Şekil serbestisi bulunmaktadır ve sözlü ya da yazılı Şekilde gerçekteŐirilebilecektir. Aydınlatmanın Şekline ilişkin takdir ve uygulama hekimdedir. Kanaatimiz; öncelikle temel bilgi ve aydınlatmaların bulunduğu formların hastaya ya da kanuni temsilcisine verilerek incelenmesinin sağlanması ve ardından makul sürenin beklenilerek sözlü açıklamalarda bulunabilmek ve soruları yanıtlayabilmek adına hekimin sözlü olarak aydınlatma yapmasıdır. Belirtilen aşamaların yazılı belgeye yansıtılması da ispat bakımından en verimli yol olacaktır.

HMEK'in 26. maddesi, hekimin hangi konular bakımından ayırt etme gúcünden yoksun olan hastayı ve kanuni temsilcisini aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğunu hüküm altına alarak, hekimin, sağlık durumu, konulan tanı, önerilen tedavi Şeklinin türü, başarı oranı, süresi, tedavi yönteminin riskleri, ilaçların kullanımı ve yan etkileri, tedaviyi reddetme hakkının kullanılması halindeki sonuçlar, tedavi Őenekleri gibi konularda aydınlatması gerektiğini belirtmiştir.

Aydınlatma, etkin ve verimli Şekilde gerçekteŐirilmelidir. Ayrıca, acil durumlar, yaşam tehlikesi, aydınlatmanın önceden yapılması, tıbbi müdahaleye ilişkin bilgi sahibi olunması, aydınlatmanın reddedilmesi gibi hallerde sağlık mesleği mensubunun aydınlatma yükümlülüğü bulunmayabilecektir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, özel hukuk bakımından haksız fiil eylemini, ceza hukuku bakımından adam yaralama ya da adam öldürme suçlarını ve idare hukuku açısından mesleki cezaları doğurabilecektir.

Tıbbi müdahaleye rıza verildiğinde buna ilişkin açıklama yapılmalıdır. Rıza, tıbbi müdahale gerçekteŐirilmeden önce veya en geç gerçekteŐirileceđi esnada verilmelidir. Ayırt etme gúcünden yoksun olanlarda kanuni temsilcinin tıbbi

müdahaleye rızası, müdahalenin başlangıcında temin edilmelidir ve bitişine kadar sürmelidir. Hukuk düzenlemeleri uyarınca rıza açıklamasının herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olduğu görülecektir. TBK uyarınca, rıza açık ya da zımni olabilir, halin durumuna göre varsayılan rızanın bulunduğu da kabul edilebilir. Mevzuatımızda özellik arz eden bazı tıbbi müdahaleler bakımından rızanın yazılı olması gerektiği de belirtilmiştir.

Tıbbi müdahaleye rızanın hukuka uygunluk şartlarından bir diğeri, rızanın hukuken yetkili ve görevli sağlık personeline yöneltmesidir. Rızanın yöneltileceği sağlık personeli, tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık personeli hekim, diğ hekim, hemşire, ebe ya da diğ sağlık mesleği mensubu olacaktır.

Tıbbi müdahaleye gösterilecek rızanın geçerliliği hastanın ve kanuni temsilcinin rıza iradesini sağlıklı olarak verilmiş olması gerekmektedir. Ayırt etme gücünden yoksun olanların kanuni temsilcilerinin ve mümkün ise kendilerinin rıza iradesinde sakatlık çeşitli nedenlerle ortaya çıkabilmektedir. TMK'nın 5. maddesi uyarınca TBK'nın fesih, butlan, yanıma, aldatma, korkutma, ehliyet gibi hal ve durumlara bağlanan neticeler işin mahiyetine göre genel ya da özel hükümler tıbbi müdahaleye rıza ve sözleşmelerde uygulama alanı bulacaktır.

Uygulamada, bakım ve gözetim hakkının kötüye kullanılmasından doğabilecek olumsuz sonuçları engellemek amacıyla tıbbi müdahalede bulunan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun gereklilik arz eden önlemleri almakla yükümlü bulunduğu belirtildiğinden, acil durumlarda veya hâkime ulaşamayacağı hallerde kanuni temsilcinin iradesi bağlayıcı olmayacaktır. HHY'nin 24. maddesi uyarınca, kanuni temsilcinin mutlak olarak gerçekleştirilmesi gerekliliği olan tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi ya da tıbben gerekli olmayan tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinde ısrarcı olması durumunda velayet ya da vesayet hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceğinden bu durumda hâkim kararı gerekmektedir.

Ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin muhakeme kabiliyetinin varlığı net bir şekilde belirlendiği durumda tıbbi müdahaleyi reddeden hasta iradesine önem verilmesi gerekirken; muhakeme yeteneğinin bulunmaması

durumunda tıbbi müdahaleye kanuni temsilcinin katılımına ilişkin hüküm ve açıklamalar uygulama alanı bulacaktır. Hastanın ya da ayırt etme gücünden yoksun olanlarda kanuni temsilcinin tedaviyi ret hakkını da aydınlatmanın gerçekleştirilmesi neticesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Tıbbi müdahaleye verilen rızanın geri alınması ile tıbbi müdahale sonlandırılabilir. Hastanın, ayırt etme gücünden yoksun olanlarda tıbbi müdahale bakımından algılama ve muhakeme yeteneğinin bulunduğu durumlarda, kendi iradesi ile tıbbi müdahaleyi ret hakkını kullanmasıyla tedaviyi sonlandırması bozucu yenilik doğuran bir hak kullanımı olarak kabul edilmektedir. Tedaviyi ret hakkının kullanılması, iradenin yazılı ispat aracı bulunmadığı durumlarda tereddütler yaratabilmektedir.

HHY'nin 13. maddesi uyarınca Türk Hukuku'nda aktif ya da pasif ötenaziye izin verilmemiştir. Türk hukuk düzenlemeleri uyarınca aktif ya da pasif şekilde ötenazinin gerçekleştirilmesi adam öldürme suçu olarak kabul edilmektedir. Ancak, bilinci kazanılmayacak biçimde kapalı bulunan, iyileşmesi mümkün olmayan, yaşam destek ünitesine bağlı olarak yaşamsal fonksiyonlarını devam ettiren, beyin ölümü gerçekleşen hastaların yakınlarının talep ve kararıyla tıbbi desteğe son verilerek yaşamın sonlandırılmasına yönelik gerçekleştirilen tıbbi müdahale ötenazi kapsamında yer almamaktadır.

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerin tıbbi müdahale bakımından rıza alınması yönünde olmasına rağmen, hayatın olağan akışı içerisinde gerçekleşen olaylarda rızanın alınabilmesi imkânı olmayabilir. Örneğin hastanın yaş küçüklüğü ya da ayırt etme gücüne sahip olmaması, hastanın bilincinin açık olmaması ve kanuni temsilcinin rızasının alınamayacak durumda olunması, müdahalenin acil durum arz etmesi veya hasta rızasının olmamasına rağmen bulaşıcı hastalık sebepleriyle uygulanacak olan zorunlu önlemler gibi hallerde somut durumun şartlarına göre vekaletsiz iş görme, kişinin üstün nitelikteki özel ya da kamusal yararı bulunduğu kabul edilerek varsayılan rızaya dayalı olarak tıbbi müdahale gerçekleştirilebilecektir. Varsayılan rızanın varlığından bahsedilebilmesi için; tıbbi müdahalenin rıza gösterilebilecek mahiyette olması, tıbbi müdahale uygulanacak olan hastanın (ayırt etme gücünden yoksun

olanlarda kanuni temsilcinin) irade açıklamasının bulunmaması, rızanın gerekli zamanda temin edilemiyor olması ve tıbbi müdahalede gerçek iradeye uygun neticenin hedeflenmesi şartlarının bulunması gerekmektedir.

Tıbbi vasiyet (hasta vasiyeti), bir kişinin gelecek zaman diliminde ayırt etme gücünü geçici veya kalıcı şekilde herhangi bir sebep dolayısıyla kaybetmeleri halinde tıbbi müdahale uygulanması yahut uygulanmaması yönündeki irade beyanıdır. Tıbbi vasiyetin kabul edilip edilemeyeceği, şekil şartları gibi konular tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce ülkemizde bu konuya dair düzenleme yapılması gerekmektedir. Tıbbi vasiyet karşılaştırmalı hukuk bakımından da varlığını sürdürmektedir.

Do not resuscitate (“DNR”) talimatı, hastanın solunum ya da dolaşım faaliyetlerinin durması durumunda hastanın hayata döndürülmesi için gerekli tıbbi girişim ve müdahalelerin yapılmasının istenmediğini ifade etmektedir. Hukuk düzenlemelerimizde bu konuya ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, açık iradenin bulunması durumunda talimata uyulması gerekli iken ayırt etme gücünün varlığının şüpheli olduğu, ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın kanuni temsilcinin kararının tespit edilemediği, iradenin tam anlaşılmadığı hallerde tıbbi müdahalede gerçekleştirmekten kaçınılamayacağı yönündedir.

Tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun tıp biliminin ilke ve kuralları uyarınca tıbbi standartlar ölçüsünde hareket etmesi kural olarak beklenmesine rağmen bazı durumlarda bilimsel araştırmalar doğrultusunda belirtilen standartların dışına çıkılarak yeni ve güncel tedavi yöntemlerinin oluşturulması da beklenmektedir. Küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri sebepler dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun olanlar kavramının içerisinde sayılabilecek kişilere güvenli ve etkili tedavi tekniklerinin uygulanabilmesi, yeni ilaçların geliştirilmesi ve bu özellikteki bireylere uygun klinik araştırmaların yapılması gerekmektedir. Klinik araştırmalar, doğrudan iyileştirme veya bilimsel hedefe yöneltilenmektedir.

İyileştirme amaçlı denemeler, tedavi amacı öncelikli olmakla tıp biliminin ilke ve kuralları uyarınca uygulanan olağan yöntem ve tekniklerle gerekli şekilde yardımcı

olunamayan hastaya yeni yöntemlerin uygulanması şeklinde tanımlanmaktadır. Bilimsel amaçlı deneylerde öncelikli olarak bilimsel araştırmanın sonuçlarını gözlemlemek amaç edinilmektedir. İnsanlar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel deneylerin hukuka uygun olması gerektiğinden buna ilişkin olarak öğretilerde çeşitli görüşler yer almaktadır. Tıbbi gelişmeler ışığında insanlar üzerindeki deneylerin gerekliliği, zorunlu ve vazgeçilmez olma özelliği dikkat çekmektedir. Bu nedenle, uluslararası etik ve hukuk belgelerinde bilimsel amaçlı deneylerin gerçekleştirilmesi bakımından çeşitli kriterler düzenlenmiştir. Ayrıca ayırt etme gücünden yoksun olanlar bakımından rızaya ilişkin özel durumların varlığı dolayısıyla çeşitli ek kriterlerin arandığını da belirtmek gerekmektedir.

İnsanlar üzerinde deney ve denemenin tıbbın ilerlemesi amacıyla hukuka uygun biçimde yürütülmesini sağlamak adına ulusal ve uluslararası düzenlemeler oluşturulmuştur. Hukuki düzenlemelerde kişilerin hak ihlallerini engellenmek ve mağduriyetlerin girilmesi amaç edinilmiştir. İnsanlar üzerinde gerçekleştirilecek olan deney, deneme ve tıbbi çalışmalar ile ilgili ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerle tıbbi müdahale bakımından yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun yükümlülükleri, sorumlulukları, etik ödevleri hüküm altına alınmıştır. Hasta ve sağlıklı kişilerde gerçekleştirilen klinik araştırmalar, riskleri sebebiyle eleştirildiğinden ayırt etme gücünden yoksun olanlara kanunen imkân dahilindeki müdahalelerin gerçekleştirilmesi büyük tartışmaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun olanlara uygulanacak olan deney ve denemeler sıkı şekil şartlarına tabi kılınmıştır.

Tıp bilimi verileri uyarınca organ ve doku nakillerinde birden çok şekil bulunmaktadır. Organ ve doku aktarımları; organ ve dokuların ölü veya canlı insandan alınarak bir başkasına aktarımı ya da insan dışındaki canlıdan veya yapay üretilen organların insan bedenine aktarımı gibi çeşitli biçimlerde olabilmektedir. Çalışmamızda, tıbbi müdahaleye rıza incelemesinde ölü ya da canlıdan organ ve doku alınarak iyileştirme amacıyla bir başka alıcıya nakledilmesi konu edinilmiştir. Hukuk düzenlemelerimizden ODNK'da her iki hale yönelik değişik hükümler düzenlenmiştir.

Canlı vericiden alınan organ ve dokunun, yaşayan başka bir kimseye naklinin gerçekleştirilmesinde verici ve alıcının rızası bulunmalıdır. Ayırt etme gücünden yoksun olanlar, canlı vericiden organ ve doku nakline ilişkin rıza ehliyetine sahip değildir. Vericinin ayırt etme gücünden yoksun olması halinde kanuni temsilci ve sulh hukuk hakiminin izni gerekmekte iken, alıcının ayırt etme gücünden yoksun olması halinde bu kişi lehine kanuni temsilcinin rızasının gerekli ve yeterli olacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan, hukuka uygun rızanın var olmadığı durumlarda yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun organ ya da doku nakline ilişkin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi hastanın (alıcının) iyileştirilmesini sağlasa da gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır.

Ölü kimselerden organ ve doku alınmasına ilişkin tıbbi müdahalelerde verici konumunda olan cesettir ve cesetten sağlanan organ ve dokulara alıcı canlı insana aktarılması olarak tanımlanmaktadır. Ölülerden organ ve doku nakli tedavi ya da bilimsel gayelerle gerçekleştirilmektedir. Organ ve doku naklinin ölü kimseden gerçekleştirilebilmesinde diğer şart ise, rıza verilmesidir. Rıza, ölmeden önce kişinin veya ölen kişinin ailesinin göstereceği rızadır. ODNK'nın 14/1 maddesi uyarınca ölümden önce insanın kendisinden organ ya da doku alınmasına ilişkin tek taraflı irade beyanı vasiyet niteliğindeki hukuki işlem olacaktır. Organ ve doku nakline yönelik rızanın, resmi ya da yazılı vasiyetname ya da iki tanık huzurunda ilan edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin yalnız organ ve doku nakline ilişkin tek taraflı irade beyanının hukuken geçerli olmayacağını belirtmek gerekir.

Sterilizasyon, kişinin cinsel yeteneğine bir zarar vermeksizin kadınlarda yumurta ve erkeklerde sperm kanallarının kapatılarak üreme yeteneklerinin sürekli biçimde sonlandırılması şeklinde tanımlanmaktadır. NPHK'nın 4/2 maddesi ve RTSHYDİT'nin 10. maddesi uyarınca on sekiz yaşını dolduran kişinin talebiyle tıbbi sakınca ve engellerin bulunmaması durumunda gerçekleştirilebilecektir. Türk hukuk düzenlemeleri uyarınca, reşit ve ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiye sterilizasyon tıbbi müdahalesi gerçekleştirilemeyecektir. Ayırt etme gücünden yoksun olan kişiye sterilizasyon tıbbi müdahalesi, kanuni temsilcinin rızası ve sulh hukuk hakiminin izni ile gerçekleştirilebilecektir.

Kastrasyon, cinsel salgı bezlerinin kaldırılarak kişinin cinsel faaliyet yeteneğinin sonlandırılmasına ilişkin tıbbi müdahale olarak tanımlanmaktadır. Kastrasyon, kişilik hakkı üzerinde telafi edilemez ve ağır nitelikte etki ve değişiklik oluşturduğundan sıkı koşullarla tabi tutulması gerektiği belirtilmiştir. Türk hukuk düzenlemelerinde kastrasyon tıbbi müdahalesine ilişkin rızaya yönelik olarak ayrı ve açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, NPHK'nın 4/3 maddesi uyarınca ameliyat sırasında tıbbi gereklilik bulunması halinde oluşan hastalığın tedavisi bakımından kastrasyon gerektiğinde rızaya bağlı olmadan tıbbi müdahale gerçekleştirilebilecektir. Fakat, NPHK'nın 2/4. maddesi uyarınca kastrasyonun gerçekleştirilebileceği tek hal operasyonun genişletilmesidir. Kanaatimizce, kastrasyon tıbbi müdahalesinin ağır sonuçlarının bulunması sebebiyle sıkı şekil unsurlarına bağlı olarak gerçekleştirilmesi için hukuki düzenlemeler getirilmesi gerekmektedir. Özellikle ayırt etme gücünden yoksun olanlarda hak ve menfaatlerin korunması ve tıbbi özerklik hakkının göz önünde tutulması bakımından düzenleme ihtiyacı açıktır.

Sonuç olarak, tıbbi müdahale uygulayıcısı sağlık mesleği mensuplarının, özellikle hekimlerin, ayırt etme gücünden geçici veya kalıcı yoksunluk hallerinin mevcudiyeti halinde uygulamada birçok sorun ile karşılaştıklarını, bu nedenle hukuki, cezai ve idari olarak çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kaldıklarını görmekteyiz. Diğer taraftan ise tıbbi müdahalede bulunan yetkili ve görevli sağlık mesleği mensubunun karşısında zayıf konumda olan ayırt etme gücünden yoksun olan hastanın ve hastanın tıbbi özerklik hakkını, menfaatini, iradesini göz önünde bulundurarak hareket etmekle görevli kanuni temsilcinin karşılaştığı sorunların oldukça karmaşık olduğunu gözlemlemekteyiz. Bu nedenlerle, tıbbi müdahaleye rızaya yönelik düzenlemelerin varlığına rağmen ayırt etme gücünden yoksun olanlarda tıbbi müdahaleye ilişkin çoğu hükmün kıyasen uygulanabilirliği karşısında özerk hükümlerin oluşturulması ve kodifiye edilmesi gerekliliği açıktır.

KAYNAKÇA

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, T.C Resmî Gazete, Sayı: 863, 12 Nisan 1928 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.10.2021)

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, T.C Resmî Gazete, Sayı: 1489, 06 Mayıs 1930 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 18.10.2021)

2004/7024 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, T.C Resmî Gazete, Sayı: 25439, 20 Nisan 2004 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr, (Erişim Tarihi: 05.10.2021)

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, T.C Resmî Gazete, Sayı: 2419, 24 Mayıs 1933 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.10.2021)

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, T.C Resmî Gazete, Sayı: 2235, 28 Ağustos 2021 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2021)

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, T.C Resmî Gazete, Sayı: 10705, 12 Ocak 1961 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.10.2021)

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (6771 sayılı Kanun ile Değişik), T.C Resmî Gazete, Sayı: 17863, 09 Kasım 1982 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.07.2021)

30027 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, T.C Resmî Gazete, Sayı: 25439, 20 Nisan 2004 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 05.10.2021)

3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, T.C Resmî Gazete, Sayı: 3591, 28 Nisan 1937 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.09.2021)

4721 sayılı Türk Borçlar Kanunu, T.C Resmî Gazete, Sayı: 24607, 08 Aralık 2001 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 01.06.2021)

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, T.C Resmî Gazete, Sayı: 25611, 12 Ekim 2004 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.09.2021)

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun, T.C Resmî Gazete, Sayı: 25665, 09 Aralık 2004 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr, (Erişim Tarihi: 02.10.2021)

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, T.C Resmî Gazete, Sayı: 25876, 15 Temmuz 2005 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, T.C Resmî Gazete, Sayı: 8323, 31 Ocak 1953 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 30.09.2021)

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, T.C Resmî Gazete, Sayı: 27836, 11 Ocak 2011 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, T.C Resmî Gazete, Sayı: 27836, 04 Şubat 2011 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2021)

7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun, T.C Resmî Gazete, Sayı: 10402, 11 Ocak 1960 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 18.10.2021)

Abik, Y. (2020) *Yoğun Bakımda Bilinci Kapalı Hasta Açısından Hekimin Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü*, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, C.II, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

Adıgüzel, S. (2011) *Yoğun Bakım Ünitelerinde Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi.

AİHM, *Lambert ve Diğerleri/Fransa Kararı*, B. No. 2014/4077, 29.06.2016, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://hudoc.echr.coe.int/tur> (Erişim Tarihi: 24.10.2021)

Aile “Tedavi Etmeyin” Dedi Mahkeme Kararı Yaşattı, Sabah Gazetesi, 08.08.2009, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.sabah.com.tr> (Erişim Tarihi:15.11.2021)

Akad, M. ve Dinçkol, A. (2007) *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul: Der Yayınları.

Akartepe, A. (2007) *Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, ss.13-22.

Akıncı, Ş. (2006) *Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri*, Sağlık Hukuku Sempozyumu, ss.65-99.

Akipek, J. G., Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2021) *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*, 17. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.

- Akyıldız, S. (2010) *Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, ss.12-27.
- Akyol, Ş. (2009) *Türk Medeni Hukukunda Temsil*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Anıl, B., Anıl, M., Yavaşcan Ö., Kanar, B. ve Aksu, N. (2021) *Beyin Ölümü Sonucu Bir Organ Nakli Sunumu* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.cayd.org.tr/Egitim/Olgu.html> (Erişim Tarihi: 08.10.2021).
- Antalya, O. G. (2013) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, İstanbul: Beta Yayınları İstanbul.
- Apiş, Ö. (2016) *Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.1, ss. 93-132. [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://dosya.marmara.edu.tr> (Erişim Tarihi: 14.11.2021)
- Aral, F. (1980) *Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukukî Sorumluluğu*, Batıder Dergisi, C.X, S.3, ss. 145-171.
- Arpacı, A. (2000) *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Aslan Tekin, F. (2010) *Ebelerin Görev ve Yetkileri*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, ss.474-479.
- Aşçıoğlu, Ç. (1982) *Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Olgaç Matbaası.
- Ateş, Z. (2010) *Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası*. Yüksek Lisans Tezi. Kadir Has Üniversitesi.
- Ayan, M. (1991) *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 1. Baskı, Ankara: Kazancı Yayınları.
- Aydın, E. (2003) *Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi*, Erciyes Tıp Dergisi, C.25, S.2, ss. 48-52.
- Aydın, M. (2008) *Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ayiter, N. (1968) *Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXV, S.1-2, ss. 137-144.
- AYM, Kararları, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 27.11.2021)

- Babacan, G. (2019) “*Canlandırma Uygulanmasın*” *Talimatının Hukuki ve Tıbbi Açıdan Değerlendirilmesi*, 19-12 Ekim 2019, III. Uluslararası Tıp Kongresi Bildirileri Kitabı, C.1, Ankara: Adalet Yayınevi, ss.559-565.
- Badur, E. (2017) *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Bafra, J. (1994) *Hukuki Açıdan Ötenazi*, Bursa Barosu Dergisi, S.V, ss. 188-203.
- Başpınar, V. (2004) *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Baygın, C. (2010) *Soybağı Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Bayraktar, K. (1972) *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul: Sermet Matbaası.
- Bayraktar, K. (2006) *Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı, S.1, ss.573-590.
- Belgesay, M. R. (1953) *Tıbbi Mesuliyet, Esaslar-Tipik Vakıalar*, Türk Tabipler Birliği Kanunu, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Besiri, A. (2009) *Ötenazi ve Yaşam Hakkı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, S.86, ss.188-203.
- Biggs, H. (2007) *Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis*, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, ss.53-64.
- Birgen, N. (2008) *Enfeksiyonda Tıbbi Uygulama Hatalarına Adli Tıp Açısından Yaklaşım*, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri: Toplumdan Edinilmiş Enfeksiyonlara Pratik Yaklaşımlar, S.61, ss.235-254.
- Boran, B. (2008) *Aydınlatılmış Rıza*, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, ss.84-103.
- Büyükkay, Y. (2006) *İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu*, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Cin, M. O. (2004) *Tıp Etiği ve Cezai Sorumluluk*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Selçuk Üniversitesi.

- Cin, M. O. (2005) *Biyo-Hukuk Sözleşmesi ve İnsan Üzerinde Deney*, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, s.199 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.akader.info> (Erişim Tarihi: 14.11.2021).
- Civaner, M. ve Kavas, V. (2007) *Aydınlatılmış Onam Almak Üzerine Öneriler*, Türkiye Biyoetik Derneği, Ocak 2007, S. 2, ss.44-47.
- Çakal, A. (2018) *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Yüksek Lisans Tezi. Akdeniz Üniversitesi.
- Çakmut Yenerer, Ö. (2010) *Tıbbi Uygulamalarda Ebelerin Cezai Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, ss.490-512.
- Çelik, H. N. (2010) *Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Kişilerin Hakkaniyet Sorumluluğu*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Kültür Üniversitesi.
- Çilingiroğlu, R. C. (1993) *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 26386, 23 Aralık 2006 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)
- Danıştay Kararları, Danıştay Başkanlığı Karar Arama Merkezi [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://karararama.danistay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 26.10.2021)
- Demir, B. (2015) *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, ss.249-278.
- Demirbaş, T. (2011) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Demircan, Y. T. (2006) *Hasta Hakları*, Güncel Hukuk, Mart 2006, S.3, ss.14-16.
- Demirci, B. (2011) *Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi.
- Demirhan Erdemir, A. (2006) *Türkiye’de Çocuk Hastalarda Aydınlatılmış Onamla İlgili Tıp Etiği Sorunları ve Yasalara Bir Bakış, Terminal Dönemde Çocuk: Etik Sorunlar İçinde*, C. 14, S. 1, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi, ss.309-324.
- Demirhan Erdemir, A. ve Elçioğlu, Ö. (2000) *Tıp Etiği Işığında Hasta ve Hekim Hakları*, Ankara: Türkiye Klinikleri Yayınevi.
- Donay, S. (1968) *Doktorun Hukuki Sorumluluğu*, İktisadi ve Ticari Bilimler Dergisi, S.10, ss.39-53.

- Dural, M. ve Ögüz, T. (2009) *Türk Özel Hukuku*, C.II, Kişiler Hukuku, 9. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dural, M. ve Ögüz, T. (2013) *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku*, C.II, Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Elçioğlu Şaylıgil, Ö. (2003) *Organ Aktarımı ve Etik, Çağdaş Tıp Etiği*, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri.
- Er, Ü. (2008) *Sağlık Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi.
- Eren, F. (2021) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, İstanbul: Yetkin Yayınları.
- Erman, B. (2003) *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ertaş, Ş. (1980) *Alman Hukukundaki Hekimin Mesleki Kusurundan Kaynaklanan Sorumluluğu*, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, ss.173-204.
- Gökcan, H. T. (2014) *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Gökçen, A. (2000) *Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C. 8, S. 1-2, ss.63-85.
- Görkey, Ş. (2001) *Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar*, Medikal Etik, 3 Ekim 2001, İstanbul: Yüce Yayınları.
- Görkey, Ş. (2003) *Hasta Hakları*, Medikal Etik, Hakemsiz Dergi, S.4, ss.100-126.
- Gülel, İ. (2011) *Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, S.5, ss.585-644.
- Gülel, İ. (2017) *Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi.
- Gülsoy, T. ve Kök A. N. (2005) *Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.1-2, ss.1-21.
- Gülşen, R. (2008) *Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart, Ankara, ss.1209-1228.
- Gürzumar, O. B. (1991) *Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler*, Ankara Barosu Dergisi, S.3, ss.364-389.
- Güven, K. (2000) *Kişilik Hakları ve Ötenazi*, 1. Baskı, Ankara: Nobel Yayınları.
- Güvercin, C. H. (2007) *Türkiye'deki Gelişimi Açısından Hasta Hakları Kavramı*, Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi.

- Hakeri, H. (2007) *Tıp Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınevi.
- Hakeri, H. (2021) *Tıp Hukuku Genel Hükümler*, C.I, 23. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Hakeri, H. ve Doğan, C. (2016) *Hayatın Sonunda Tedavinin Sınırlandırılması*, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Kongresi (Vaka Tartışmalı), 30 Temmuz 2016, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Hakeri, H. ve Zeytin, Z. (2006) “*Bitkisel Hayata Girmeden Önce Tıbbi Tedaviye Son Verilmesine İlişkin İrade Açıklaması Geçerli Olur Mu?*”, Güncel Hukuk, Ocak 2006, S.25, ss.54-57.
- Hancı, H. (2005) *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hasta Hakları Yönetmeliği*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 23420, 01 Ağustos 1998 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.07.2021)
- Hatırnaz, G. (2017) *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Helvacı, İ. (1997) *Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı), C.LV, S.4, ss.145-171.
- Helvacı, S. (2001) *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*. Doçentlik Tezi. Marmara Üniversitesi.
- Helvacı, S. (2012) *Gerçek Kişiler*, 9. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Hemşirelik Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 10.11.2021)
- Hemşirelik Yönetmeliği*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 27515, 08 Mart 2010 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2021)
- Işık Özcan, F. (2008) *Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi.
- Işık Yılmaz, Ş. B. (2012) *Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.98, ss.389-410.
- İçel, K. (1967) *Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, 1. Baskı, İstanbul: İstanbul Cezaevi Matbaası.
- İmre, Z. (1974) *Gayrimüeyyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler*, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara.

- İpekçioğlu, P. A. (2013) *Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, ss.1157-1175.
- İpekyüz, F. Y. (2006) *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, 1. Baskı, Vedat Yayıncılık: İstanbul.
- İyi Klinik Uygulama Klavuzu*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 51748, 29 Aralık 1995 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.11.2021)
- Kahraman, Z. (2016) *Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, ss.479-510.
- Kanbur, N. (2008) *Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008, ss.1229-1258.
- Kaneti, S. (1982) *Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü*, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart, Ümit Doğanay Anısına Armağan (2), ss.1-18.
- Karatoprak, N. (2008) *Çocuklarda Klinik İlaç Araştırmaları*, Aralık 2008, Türk Farmakoloji Derneği E- bülten, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.tfd-kfcg.org> (Erişim Tarihi: 28.08.2021)
- Kaya, M. (2012) *Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.100, ss.45-82.
- Kayalı, Z. (1996) *Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi.
- Kemoterapiyi Reddeden Aile Mahkemelik Oldu Haberi, (2010) Milliyet Gazetesi [Çevrimiçi]. Erişim adresi: <http://milliyet.com.tr> (Erişim Tarihi: 15.11.2021)
- Keskin Kızıroğlu, S. (2007) *Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı S.1, Ocak 2007, ss.165-190.
- Kıcalıoğlu, M. (2011) *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.

- Kılıçoğlu, A. (1996) *Hekimin Hukuksal Sorumluluğu*, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Nisan 1996, C.IV, S.1, ss.9-11.
- Kılıçoğlu, A. M. (2001) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçların Hüküm ve Sonuçları-Borç İlişkilerinde Özel Durumlar- Borcu Sona Erdiren Sebepler)*, 1. Baskı, Ankara: Turhan Yayınevi.
- King, J. H. (1986) *The Law of Medical Malpractice in a Nutshell*. 2. Baskı. Minnesota: St. Paul.
- Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 30808, 21 Haziran 2019 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)
- Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 28617, 13 Nisan 2013 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2021)
- Koç, S. (2007) *Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Hekim Sorumluluğu*, *Türkderm*, S. 41, ss.33-38.
- Köprülü, B. (1984) *Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*, 1-2. Kitaplar, 2. Baskı, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Kürşat, Z. (2008) *Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXVI, S.1.
- Nart, S. (2007) *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu*. Doktora Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 31122, 09 Mayıs 2020 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2021)
- Oğuzman K. ve Öz, T. (2005) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2013) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, 11. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2021) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.I, 19. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S. (2009) *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Oktay Özdemir, S. (2010) *Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.II, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, ss.1315-1351.

Oral, T. (2011) *Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü*, Ankara Barosu Dergisi, S.2, ss.185-209.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, T.C Resmî Gazete, Sayı: 24066, 01 Haziran 2000, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.12.2021)

Ozanoğlu, H. S. (2003) *Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.1, ss.55-77.

Ozansü, C. (2008) *Kısırlaştırma Suçu*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss.1284-1293.

Öncel, Ö. (2006) *Etik Bildirgelerin Hasta Çocuğa Bakışı*, Termal Dönemde Çocuk: Etik Sorunlar, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri.

Örnek Büken, N. (2003) *Tıp Etiği Açısından Klinik İlaç Araştırmaları*, Çağdaş Tıp Etiği, Türk Psikiyatri Dergisi, C.14, S.4, ss.289-299.

Özaslan, A. (2006) *Aydınlatılmış Onam*, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi, No. 48, ss.43-54.

Özay, M. (2006) *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalede Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi.

Özbilen, A. B. (2011) *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Özcan B. G. ve Özel, Ç. (2007) *Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.X, S.1, ss.49-73.

Özdemir, H. (2008) *Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S.3-4, ss.347-379.

Özdemir, H. (2012) *Diş Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara Barosu IV. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Özel, Ç. (2002) *Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.LI, S.1, ss.43-77.

- Özel, Ç. ve Özcan Büyüktanır, B. G. (2008) *Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S.2, ss.327-344
- Özkan, N. (2005) *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi.
- Özpinar, B. (2007) *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Özpinar, B. (2008) *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları*, Ankara Barosu Dergisi, C.3, S.66, ss.90-103.
- Özsunay, E. (1977) *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 1. Baskı, İstanbul: Sulhi Gran Matbaası.
- Özsunay, E. (1983) *Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu*, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, 12/13 Mart 1982, ss.31-59.
- Öztañ, B. (1997) *Şahsın Hukuku*, 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öztürkler, C. (2006) *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Parlak, Ş. (2009) *Organ Bağışısı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar*, Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, S.83, ss.189-222.
- Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 18225, 18 Aralık 1983 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2021)
- Reisoğlu, S. (1983) *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu*, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, ss.1-18.
- Reisoğlu, S. (2013) *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'nün 29 Aralık 1995 Gün ve 51748 Sayılı Genelgesi (Bu genelgenin ekinde İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu ve İyi Laboratuvar Uygulamaları Kılavuzu), Sayı: 51748, 29 Aralık 1995 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://etikkurul.kocaeli.edu.tr/dosyalar/IKUK.pdf>, (Erişim Tarihi: 18.11.2021)

- Sarıbaşı, N. Y. (2020) *Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Sorumluluğu*. Yüksek Lisans Tezi. İzmir Ekonomi Üniversitesi.
- Sarıtaş, H. (2006) *Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Bilge Yayınevi.
- Savaş, H. (1996) *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Savaş, H. (2010) *Ebelerin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, ss.485-490.
- Savaş, H. (2013) *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Schroth, U. (2008) *Almanya'da Organ Naklinin Hukuki Şartları*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, (Çeviri: Hakeri, H.), 28 Şubat-1 Mart 2008, ss.313-327.
- Serozan, R. (1977) *Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.XI, S.14, ss.93-112.
- Sert, G. (2004) *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları*, 1. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayınları.
- Sert, S. ve Cihan A. H. (2013) *Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme*, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Sevindik Atıcı, E. (2006) *Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Soyaslan, D. (2008) *Organ Nakilleri, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları*, 28 Şubat-1 Mart, ss.328-358.
- Söğüt, İ. S. Ve Tuna, E. (2017) *Hastanın Tıbbi Yaşam İdaresine Dair Hukuki Vasıtalar*, Tıp Hukuku Dergisi, S.12, Ekim 2017, ss.255-295.
- Sütlaş, M. (2000) *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, 1. Baskı, İstanbul: Chiviyazıları Yayınevi.
- Şatır, N. (2015) *Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şen, E. (2005) *İnsan Üzerinde Deney Yapma Suçu (TCK m.90)*, İstanbul Barosu Dergisi, C.LXXIX, S.2005/6, ss.2000-2015.

- Şen, E. (2006) *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 1. Baskı, C.I, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Şen, E. (2008) *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türk Ceza Hukukunda Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008, ss.588-646.
- Şenocak, Z. (1998) *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayınları.
- Şenocak, Z. (2001) *Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.L, S. 4, ss.65-80.
- Tacir, H. (2011) *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Tandoğan, H. (2010) *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Taneri, G. (2015) *Hasta ve Hekim Hakları ile Uygulamadan Örnek Hükümlerle Hekim Cezai Sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul: Bilge Yayınevi.
- Taşkın, A. (1997) *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara: Adil Yayınevi.
- Tekinay, S. S. (1992) *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 10436, 19 Şubat 1960 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.07.2021)
- Tıbbi Deontoloji Tüzüğü*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 10436, 19 Şubat 1960 [Çevrimiçi]www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.07.2021)
- Tınalı, G. ve Önbeli, Z. (2021) *Beyin Ölümü* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://dergi.omu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 08.10.2021).
- Torosluoğlu, N. (1978) *Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXXV, S.1-4, ss.91-118.
- Torun, S. (2015) Sağlık Sosyolojisi, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <https://abs.cu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 30.07.2021)
- Türk Dil Kurumu, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.11.2021)
- Türkan, H. ve Tuğcu, H. (2016) *2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları*, Gülhane Tıp Dergisi,

- C. XLVI, S. 3, ss.226-227, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.scopemed.org> (Erişim Tarihi: 14.09.2021)
- Uygur, A. (2008) *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi.
- Uygur, T. (2003) *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu-Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Ünver, Y. (1998) *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, 1. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın.
- Ünver, Y. (2005) *Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri*, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.akader.info> (Erişim Tarihi: 14.09.2021)
- Ünver, Y. (2006) *Türk Tıp Hukuku'nda Rıza*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, II. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, C.III, S.2, Y.2006, ss.227-288.
- Ünver, Y. (2007) *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık, ss.118-158.
- Üstün, Ç. (2009) *Tıp'ta Etiğin Yerini Belirleme*, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Yargıtay Kararları, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 26.10.2021)
- Yaşar, N. (2019) *Tıbbi Müdahalelerde Karar Vericiler ve Rıza*. Yüksek Lisans Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği*, T.C Resmî Gazete, Sayı: 17927, 13 Ocak 1983 [Çevrimiçi] www.resmigazete.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.10.2021)
- Yavuz, C., Acar, F. Ve Özen, B. (2021) *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 17. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Yıldız Asdemir, T. (2016) *Hemşirelerin Uygulamada Yaşadığı Etik İnkilemler*, Tıp Hukuku Dergisi, S.10, Ekim 2016, ss.159-164.
- Yıldız, E. (2006) *Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi.
- Yılmaz, E. (2012) *Organ ve Doku Nakli*, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Y.2, S.2, ss.203-230.

Yokuş Sevük, H. (2007) *Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanun'undaki Düzenlemeler*, Sempozyum No. 1, Marmara Üniversitesi, 17 Kasım 2009, ss.221-243.

Zevkliler, A. (2001) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.

Zevkliler, A. (2004) *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Zevkliler, A., Acabey, B. M. ve Gökyayla, E. K. (2000) *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Zeytin, Z. (2007) *Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı*, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, ss.251-258.