

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TIBBİ MÜDAHALELERDE
AYDINLATILMIŞ ONAM**

Yüksek Lisans Tezi

FUNDA IŞIK ÖZCAN

İstanbul, 2008

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TIBBİ MÜDAHALELERDE
AYDINLATILMIŞ ONAM**

Yüksek Lisans Tezi

FUNDA IŞIK ÖZCAN

Danışman: YARD. DOÇ. DR. FULYA İLÇİN GÖNENÇ

İstanbul, 2008

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
FUNDA IŞIK ÖZCAN'ın TIBBİ MÜDAHALELERDE AYDINLATILMIŞ ONAM adlı tez
çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 17.07.2008 tarih ve 2008-12/16 sayılı
kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak
kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 09.09.2008

1) Tez Danışmanı : YRD. DOÇ.DR. FULYA İLÇİN GÖNENÇ

2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. ÖZLEM YENERER ÇAKMUT

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. FARUK ACAR



GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı : Funda IŞIK ÖZCAN
Anabilim Dalı : Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans – Eylül 2008
Anahtar Kelimeler : Aydınlatılmış Onam, Bilgilendirilmiş Rıza,
Tıbbi Müdahale

ÖZET

TIBBİ MÜDAHALELERDE AYDINLATILMIŞ ONAM

Son yıllarda hekimler ve diğer sağlık çalışanları ile hasta ve hasta yakını ilişkisinin, hekimin aktif rol oynadığı paternalistik yaklaşımdan, işbirliği anlayışına dönüşmesi ve hasta ve/veya hasta yakınının mümkün olduğu ölçüde çok tıbbi müdahale sürecine dahil edilmesi öncelikli amaçlar halini almıştır. Kişinin kendi geleceğini belirleme ve özerkliğe saygı ilkelerinin hasta hakları alanında uygulamaya geçirilmesi hususunda, hastanın aydınlatılma hakkı ve aydınlatılmış onam konuları üzerinde önemle durulması gereken konulardan olmuştur. Hastanın aydınlatılmış onamının alınması, bir hasta hakkı olduğu kadar, hukuki bakımdan kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, sağlığı gibi maddi kişilik değerlerini ihlal etme olasılığı bulunan tıbbi müdahaleler bakımından da bir hukuka uygunluk nedenidir. Taşıdığı büyük öneme rağmen aydınlatılmış onam daha çok hekim ve diğer sağlık çalışanlarının hukuki sorumluluğu dolayısıyla gündeme gelmekte olup, bu durum yanlış bir yaklaşımla, aydınlatılmış onamın yalnızca önceden hazırlanmış bir formun hastaya ve/veya hasta yakınına imzalatırılması şeklinde anlaşılmasına neden olmuştur. Bu çalışmada tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onamın neden aranması gerektiğinin tespiti yapılmaya çalışılmış olup, aydınlatılmış onamın geçerlik şartları ile hekimlerin hastanın aydınlatılmış onamı olmaksızın yapmış olduğu müdahaleler sebebiyle hukuki sorumluluğundan bahsedilmiştir. Bir hasta hakkı olduğu kadar hekimler ve diğer sağlık çalışanları açısından bir yükümlülük teşkil eden aydınlatma ve aydınlatılmış onam konularına, hem hasta ve hasta yakınlarının, hem de sağlık çalışanlarının gereken önemi vermesi ve amaca uygun olarak her iki tarafın işbirliği içinde olduğu bir tıbbi müdahale sürecinin hedeflenmesi gerekmektedir.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Funda IŞIK ÖZCAN
Field : Law
Programme : Private Law
Supervisor : Ass. Proffessor Fulya İlçin GÖNENÇ
Degree Awarded and Date : Master – Eylül 2008
Keywords : Informed Consent, Medical Intervention

ABSTRACT

INFORMED CONSENT IN MEDICAL INTERVENTIONS

The facts that the relationship between physicians and other health personnel and patients and patients' relatives has turned from paternalistic approach in which the physician has an active role into cooperation approach and patients and patients' relatives have been included in the medical intervention as far as possible have become the prior objectives recently. Patient's right to be informed and informed consent have become the concerns which should be paid great intervention in terms of applying the principles of self-determination and respect to autonomy into rights of patients. Taking the informed consent of a patient is a reason for compliance with laws in respect to the medical intervention s which have the possibility of violating material personality values such as the health, physical integrity and life of an individual in point of law, as well as a patient right. In spite of the capital importance it has, informed consent comes up due to the legal responsibility of physicians and other health personnel; this situation has incorrectly led to the understanding that informed consent is just making the patient and/or the patient's relative to sign a prepared form. This study aims to determine why informed consent should be sought in medical intervention s as well as to inform about the terms of validity of informed consent and the legal responsibility of physicians arising from administration of medical intervention without the informed consent of the patient. Concerning informed consent and enlightenment which are the rights of a patient as well as the responsibilities of physicians and other health personnel, both the patients and patients' relatives and the health personnel should place the necessary emphasis, and a medical intervention process in which both parties are in cooperation in line with the objective should be aimed.

ÖNSÖZ

Günümüz tıp ve hukuk anlayışında, hastanın aydınlatılması ve aydınlatılmış onamın alınmasının gerekliliği ve önemi yadsınamayacak düzeydedir. Ulusal ve uluslararası birçok hukuki metinde düzenlenmekle birlikte, taşıdığı önemin hasta ve hasta yakınları ile sağlık çalışanları tarafından yeterince anlaşılamadığı gözlemlenen, bir hasta hakkı olduğu kadar kişilik hakkını ihlal etme olasılığı bulunan tıbbi müdahaleler açısından bir hukuka uygunluk nedeni olan aydınlatılmış onam ve aydınlatılmış onam almaksızın tıbbi müdahalede bulunan sağlık çalışanlarının hukuki sorumlulukları konularına eğilmek gerekmiştir.

Bu düşüncelerden hareketle hazırlamış olduğum “tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onam” başlıklı çalışmamda, bilgi ve tecrübelerinden her zaman faydalandığım, tez konusunun seçiminden başlığın belirlenmesine kadar tez çalışmamın her aşamasında her türlü desteği veren tez danışmanım değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ’ e çok teşekkür ederim.

Tez çalışmasının değerlendirilmesinde yapıcı eleştiri ve katkıları ile benden yardımını esirgemeyen, fikirlerinden ve eserlerinden sıklıkla istifade ettiğim, tez savunmasında jüri üyeleri olarak bulunan, değerli hocalarım Yrd. Doç. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT’ a ve Yrd. Doç. Dr. Faruk ACAR’ a teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Tez çalışmam için gerekli kaynakların taranması ve incelenmesinde olduğu kadar tezin her aşamasında maddi ve manevi desteğini eksik etmeyen ve fikirleri ile yol gösterici olan değerli hocam Dr. Gürkan SERT’ e çok teşekkür ederim.

Tez çalışmamın sonuçlandırılmasındaki eleştirileri, katkıları ve ilgisinden dolayı Av. Ümit ERDEM’ e de çok teşekkür ederim.

Hayatımın her aşamasında olduğu gibi bu çalışmamın sonuçlandırılmasında da manevi desteklerini benden esirgemeyen, babam Nuri IŞIK, annem Zehra IŞIK, kardeşim Gonca IŞIK ve eşim İlker ÖZCAN’ a çok teşekkür eder, çalışmamın tüm ilgililere faydalı olmasını dilerim.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	Sayfa No
KISALTMALAR	i
GİRİŞ	viii
	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK TIBBİ MÜDAHALE

§1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TIBBİ MÜDAHALE İLE İHLAL EDİLEN KİŞİLİK DEĞERLERİ	5
I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI	5
A. Genel Olarak	5
B. Kavram Olarak Tıbbi Müdahale	5
II. TIBBİ MÜDAHALE İLE İHLAL EDİLEN KİŞİLİK DEĞERLERİ	8
A. Kişi, Kişilik, Kişilik Değerleri Ve Kişilik Hakkı Kavramları	8
B. Tıbbi Müdahale İle İhlal Edilen Kişilik Değerleri	10
1. Genel Olarak	10
2. Yaşam (Hayat) Hakkı	10
3. Sağlık Hakkı	12
4. Vücut Bütünlüğü Hakkı	14
§2. TIBBİ MÜDAHALENİN UNSURLARI	15
I. GENEL OLARAK	15
II. HUKUKİ AÇIDAN YETKİLİ KİŞİLER TARAFINDAN İCRA EDİLME	
UNSURU	16
A. Genel Olarak	16
B. Tıbbi Müdahalede Bulunabilecek Kişiler	17
1. Hekimler	17
a. Genel Olarak	17

b. Türk Hukuku Bakımından Hekimlik Mesleğini İcra Edebilme	
Şartları	17
(1) Türk Vatandaşı Olmak	17
(2) Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olmak	19
(3) Tabip Odasına Kayıtlı Olma	21
(4) Hekimlik Mesleğini Sürekli ya da Geçici Olarak İcra	
Etme Engeli Bulunmamak	22
c. Tıbbi Müdahalede Bulunabilecek Kişileri Hekimler İle	
Sınırlayan Görüş ve Değerlendirilmesi	24
2. Hekimler Dışındaki Sağlık Çalışanları	25
a. Genel Olarak	25
b. Tıbbi Müdahalede Bulunabilecek Kişileri Hekimler ya da	
Diğer Sağlık Çalışanları İle Sınırlandıran Görüş ve Değerlendirilmesi	25
3. Diğer Kişiler	26
a. Genel Olarak	26
b. Tıbbi Müdahalede Bulunabilecek Kişileri Hekimler ya da	
Diğer Sağlık Çalışanları İle Sınırlandırmayan Görüş ve Değerlendirilmesi	26
III. HUKUKEN ÖNGÖRÜLMÜŞ AMAÇLARA YÖNELİK OLMASI	27
A. Genel Olarak	27
B. Teşhis	28
C. Tedavi	29
D. Önleme	32
E. Nüfus Planlaması	33
IV. TIP BİLİMİNCE GENEL KABUL GÖRMÜŞ İLKE VE KURALLARA	
UYGUN OLMASI	33
V. HASTANIN AYDINLATILMIŞ ONAMININ BULUNMASI	34

İKİNCİ BÖLÜM
AYDINLATILMIŞ ONAM KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ,
HUKUKİ NİTELİĞİ VE HUKUKİ DAYANAKLARI

§1. AYDINLATILMIŞ ONAM KAVRAMI ve AYDINLATILMIŞ ONAM ÖĞRETİSİNİN TARİHİ GELİŞİMİ	35
I. AYDINLATMA VE AYDINLATILMIŞ ONAM KAVRAMLARI	35
A. Genel Olarak	35
B. Kavram Olarak Aydınlatma, Aydınlatılma ve Aydınlatılmış Onam	36
II. AYDINLATILMIŞ ONAM ÖĞRETİSİNİN TARİHİ GELİŞİMİ	39
A. Genel Olarak	39
B. Tarihi Gelişim	40
§2. AYDINLATMA ÖDEVİNİN VE AYDINLATILMIŞ ONAMIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE HUKUKİ DAYANAKLARI	51
I. AYDINLATMA ÖDEVİ VE AYDINLATILMIŞ ONAMIN HUKUKİ NİTELİĞİ	51
II. AYDINLATILMIŞ ONAMIN HUKUKİ DAYANAKLARI	53
A. Aydınlatılmış Onam Alınmasına İlişkin Uluslararası Yazılı Metinler	53
1. Genel Olarak	53
2. Lizbon Bildirgesi	53
3. Amsterdam Bildirgesi	54
4. Lizbon Bildirgesi II	56
5. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi	58
6. Hasta Hakları Avrupa Statüsü	60
B. Aydınlatılmış Onam Alınmasına İlişkin Ulusal Mevzuat	61
1. Genel Olarak	61
2. Aydınlatılmış Onam Alınmasına İlişkin Ulusal Mevzuatın	
İncelenmesi	62

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
AYDINLATILMIŞ ONAMIN GEÇERLİK KOŞULLARI, TARAFLARI,
ZAMANI, ŞEKLİ, KONUSU, KAPSAMI

§1. AYDINLATILMIŞ ONAMIN GEÇERLİK KOŞULLARI	79
I. GENEL OLARAK	79
II. ONAM EHLİYETİ	79
A. Genel Olarak	79
B. Onam Ehliyeti Bakımından Küçükler ve Diğer Ehliyetsizler	81
1. Genel Olarak	81
2. Küçükler Açısından Onam Ehliyeti	82
3. Diğer Ehliyetsizler Açısından Onam Ehliyeti	88
III. ONAMIN MÜDAHALEDE BULUNMAYA YETKİLİ KİŞİYE YÖNELMESİ	89
IV. ONAMIN SAĞLIKLI OLMASI	90
A. Genel Olarak	90
B. Onamın Serbest İradeye Dayanması	90
C. Onamın Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmaması	91
D. Onamın Öngörülen Şekilde Açıklanmış Olması	92
E. Onamın Aydınlatmaya Dayanması	92
§2. AYDINLATMANIN VE AYDINLATILMIŞ ONAM ALINMASININ TARAFLARI, ZAMANI, ŞEKLİ, KONUSU, KAPSAMI	93
I. GENEL OLARAK	93
II. AYDINLATMA VE AYDINLATILMIŞ ONAMDA TARAFLAR	93
A. Aydınlatmayı Yapacak ve Aydınlatılmış Onamı Alacak Kişi	93
B. Aydınlatılması ve Aydınlatılmış Onamı Bulunması Gereken Kişi	95
III. AYDINLATMANIN VE AYDINLATILMIŞ ONAM ALMANIN ZAMANI	97
IV. AYDINLATMANIN VE AYDINLATILMIŞ ONAMIN ŞEKLİ	100
V. AYDINLATMANIN VE AYDINLATILMIŞ ONAMIN KONUSU	105
A. Aydınlatmanın Konusu	105
1. Teşhis ve Bulgular Konusunda Aydınlatma	106
2. Tedavi ve Tedavi Süreci Konusunda Aydınlatma	108

3. Sonuçlar, Riskler ve Başarı Şansı Konusunda Aydınlatma	108
B. Aydınlatılmış Onamın Konusu	111
VI. AYDINLATMANIN KAPSAMI	112
A. Aydınlatmanın Kapsamı ve Kapsamın Belirlenmesinde Etkili Olan Hususlar	112
1. Genel Olarak	112
2. Tıbbi Müdahalenin Aciliyeti	114
3. Tehlikenin Ölçüsü (Komplikasyon Sıklığı ve Tipik Riskler)	114
4. Tedavi Seçenekleri	115
5. Hastanın Sübjektif Durumu	115
B. Aydınlatma Yapmanın ve Aydınlatılmış Onam Almanın Zorunlu Olmadığı Haller	116
1. Aydınlatma Yapmanın Zorunlu Olmadığı Durumlar	116
a. Genel Olarak	116
b. Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi	117
c. Hastanın Bilgi Sahibi Olması	119
d. Tıbbi Zorunluluk Durumları	120
e. Tedavi Gereği	122
f. Aydınlatmanın Hasta Açısından Anlamını Yitirmiş Olması	123
2. Hastanın Aydınlatılmış Onamının Bulunmasının Zorunlu Olmadığı Haller	123

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN CEZA HUKUKU VE ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU ve İSPAT SORUNU

§1. AYDINLATILMIŞ ONAMIN HİÇ YA DA GEREĞİ GİBİ ALINMAMASINDA, HEKİMİN CEZA HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU	125
I. GENEL OLARAK	121
II. HASTANIN ONAMININ ALINMAMASI SUÇU	126
A. Genel Olarak	126
B. Korunan Hukuki Menfaat	126

C. Suçun Faili ve Mağduru	127
D. Suçun Maddi Unsuru	128
E. Suçun Manevi Unsuru	129
F. Suçun Teşebbüs, Hukuka Aykırılık Unsuru, Takip Yolu Açısından İncelenmesi	129
III. BİR HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLAN AYDINLATILMIŞ ONAMIN HİÇ YA DA GEREĞİ GİBİ ALINMAMASINDA HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU	130
A. Genel Olarak	130
B. Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olan Aydınlatılmış Onamın Hiç Ya Da Gereği Gibi Alınmaması Sebebiyle Hekimin Cezai Hukuku Sorumluluğu	130
§2. AYDINLATILMIŞ ONAMIN HİÇ YA DA GEREĞİ GİBİ ALINMAMASINDA, HEKİMİN ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU	132
I. GENEL OLARAK	132
II. HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI	135
A. Genel Olarak	135
B. Hukuka Aykırılık	136
C. Kusur	137
D. Zarar	140
E. İlliyet Bağı	142
III. AYDINLATILMIŞ ONAMIN HİÇ YA DA GEREĞİ GİBİ ALINMAMASI SEBEBİYLE SORUMLU TUTULACAK KİŞİ/KİŞİLER	142
IV. İSPAT SORUNU	144
A. Genel Olarak	144
B. Hekimin Hukuki Sorumluluğu Açısından İspat	145
C. Hekimin Sorumluluktan Kurtuluş Olanakları	148
V. ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE	150
SONUÇ	152
KAYNAKÇA	158

KISALTMALAR

ABD.	Ankara Barosu Dergisi.
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
BK.	Borçlar Kanunu.
BKT.	Borçlar Kanunu Tasarısı.
Bkz., bkz.	Bakınız.
C.	Cilt.
Çev.	Çeviren.
dn.	dipnot.
E.	Esas.
ET	Embriyo Transferi.
f.	fıkra.
HD.	Hukuk Dairesi.
HGK.	Hukuk Genel Kurulu.
HUMK.	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
IVF	Invitro Fertilizasyon
İBD.	İstanbul Barosu Dergisi.
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.
İMK.	İsviçre Medeni Kanunu.
İÜHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.

K.	Karar.
m.	madde.
MHAUM	Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi.
MÜHF.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
TMK.	Türk Medeni Kanunu.
RG.	Resmi Gazete.
S.	Sayı.
s.	sayfa.
T.	Tarih.
TCK.	Türk Ceza Kanunu.
TTB.	Türk Tabipler Birliği.
vd.	ve devamı.
WHO	World Health Organisation (Dünya Sağlık Örgütü).
WMA	World Medical Association (Dünya Tabipler Birliği).
Y.	Yıl.
Yarg.	Yargıtay.
YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi.

GİRİŞ

Tıp bilimi ve teknolojinin son yıllardaki gelişimi, beraberinde, hekim, hekim dışındaki diğer sağlık çalışanları, hasta ve hasta yakınının birbirleri ile ilişkilerinde önemli değişikliklere yol açmıştır. Bu bağlamda, insanlık tarihi kadar eski hekimlik uygulamalarının temelinde, geleneksel açıdan, Hipokratik yaklaşımın özünü oluşturan paternalistik (babacıl) yaklaşımın yer aldığını söylemek mümkünken, günümüzde bu anlayış tıbbi ve hukuki açıdan doğru yaklaşım olarak benimsenmemektedir. Günümüzde bu geleneksel yaklaşıma kimi öğeler ilave edilmiş, hastanın bireysel değerleri daha çok öne çıkarılmıştır.

Hastaya uygulanacak tıbbi girişimler hususunda, hastanın özerkliğine saygı, tanı ve tedavi sürecinde aktif yer bulması, öncelikli hedefler haline gelmiştir. Kişinin özerkliğine saygı ilkesi ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının uygulamaya geçirilmesi hususunda, son yıllarda sıklıkla telaffuz edilen “aydınlatılma hakkı ve aydınlatılmış onam” kavramı da önemli bir yer edinmiş durumdadır.

Aydınlatılma ve aydınlatılmış onam alınması, bir hasta hakkı olduğu kadar, hekim açısından da yükümlülük teşkil etmektedir. Taşıdığı büyük öneme rağmen aydınlatılmış onam, hekimlerin hukuki sorumluluğu sebebiyle gündeme geldiği için, uygulamada yanlış bir anlayışla, yalnızca önceden hazırlanmış bir formun hastaya ya da hasta yakınına imzalatılması şeklinde anlaşılmaktadır.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin işbirliği anlayışına dönüşmesi ve hastanın mümkün olduğu kadar tıbbi müdahale sürecine katılması için, hastanın yeterince bilgilendirilmesi ve müdahaleden önce ve mümkün olduğu ölçüde her aşamada onamının alınması gerekmektedir.

Tezimizin amacı, tıbbi müdahalelerde hastanın aydınlatılmış onamının neden aranması gerektiğini tespit etmek, aydınlatılmış onam hakkındaki ulusal ve uluslararası yazılı metinler ve bu metinlerde yer alan düzenlemeler hakkında bilgi vermek, aydınlatılmış onamın geçerlik şartlarına ve nasıl alınması gerektiğine değinmek ve hastanın aydınlatılmış onamı olmaksızın müdahalede bulunan hekimin hukuki sorumluluğundan bahsetmektir.

Ülkemizde sağlık sisteminde yaşanan genel sorunlar, hastanın aydınlatılması ve aydınlatılmış onamının alınmasının önemini ve uygulama güçlüğüne arttırmaktadır. Hekim başına düşen hasta sayısının çokluğu, bunun bir sonucu olarak hekimlerin hastalara ayırdıkları sürenin kısıtlılığı, hastaların sosyo-kültürel düzeyleri, tıbbi açıklamaların anlaşılmasındaki güçlükler gibi bir takım olumsuzluklar, aydınlatılma ve aydınlatılmış onam konularına daha çok eğilmek gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.

Aydınlatılmış onam, uluslararası belgelerde tanımlandığı gibi, ülkemizde de çeşitli mevzuat hükümleri ile düzenlenmiştir.

Çalışmamızda, aydınlatılmış onam konusu, tıbbi müdahaleler açısından ele alınacaktır. Düzenlendiği mevzuat hükümleri ve ilgili olduğu konular çerçevesinde organ ve doku nakilleri, kastrasyon, sterilizasyon ve gebeliğin sonlandırılması gibi tıbbi müdahalelere sınırlı olarak yer verilecek olmakla birlikte, ayrı birer araştırma konusu olabilecek nitelikte olduğunu düşündüğümüz, ötenazi ve talep üzerine öldürme, cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahaleler gibi özellik gösteren tıbbi müdahaleler ve aydınlatılmış onamın bu müdahaleler bakımından etkisi üzerinde durulmayacaktır.

Aydınlatılmış onam alınması, tıbbi müdahaleler açısından olduğu kadar, gönüllü kişiler üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar bakımından da bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, çalışmamızda, konunun önemi, kapsamı ve genişliği sebebiyle ayrıntılı olarak incelenmesi gereken bilimsel araştırmalarda aydınlatılmış onam konusuna, düzenlendiği önemli mevzuat hükümlerine değinmek dışında yer verilmeyecektir.

Aydınlatılmış onam konusunu tıbbi müdahaleler açısından sınırladığımız çalışmamızın “Genel Olarak Tıbbi Müdahale” başlıklı birinci bölümde, tıbbi müdahale kavramı, genel hatları ile kişi, kişilik, kişilik hakkı ve değerleri ile tıbbi müdahale ile ihlal edilebilen yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık hak ve değerleri hakkında genel bir bilgi verilecektir. Bu bölümde ayrıca tıbbi müdahalenin unsurları olarak nitelendirdiğimiz, hukuki açıdan yetkili kişiler tarafından icra edilme, hukuken öngörülmüş amaçlara yönelik olma, tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olma unsurlarına, doktrindeki görüş ve değerlendirmeler de incelenerek yer verilecektir. Tıbbi

müdahale kavramını, uygulayıcısının hekimler, hekimler dışındaki sağlık çalışanları ve sağlık çalışanı olmayan diğer kimseler olmasını gözetmeksizin, tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun yapılması kaydıyla, tıp bilimi ile bağlantılı her türlü eylem olarak tanımlamış olmakla birlikte, çalışmamızda esas itibarıyla hekimler açısından inceleme yapılacaktır.

Çalışmamızın “Aydınlatılmış Onam Kavramı, Tarihi Gelişimi, Hukuki Niteliği Ve Hukuki Dayanakları” başlıklı ikinci bölümünde, aydınlatma ve aydınlatılmış onam kavramları, doktrindeki tanımlar da gözetilerek incelenecektir. Bu bölümde ayrıca, tarihi süreçte her uygarlık döneminde, aydınlatılmış onam ile ilgili açık bir hukuki düzenlemeye rastlanmaması sebebiyle ve gösterdiği yakın ilişki nedeniyle, kronolojik sıra gözetilerek, hekim sorumluluğu ve aydınlatılmış onam konusundaki tarihi gelişim ele alınacaktır. Aydınlatma ödevinin ve aydınlatılmış onamın hukuki niteliği üzerinde de bu bölümde durulacaktır. Tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onam konusundaki ulusal ve uluslararası normların bir bütün olarak ve bir arada görülmesi hedeflendiğinden uluslararası yazılı metinler ile ulusal mevzuat hükümlerine de bu bölümde yer verilecektir.

Üçüncü bölümde, “Aydınlatılmış Onamın Geçerlik Koşulları Ve Açıklanması” başlığı altında, aydınlatılmış onamın geçerli bir irade beyanı olarak nitelendirilebilmesi için gereken onam ehliyeti konusu özellikle küçükler ve diğer ehliyetsizler bakımından ayrı ayrı incelenecek, ayrıca onamın müdahalede bulunan yetkili kişiye yönelmesi, onamın sağlıklı olması şartlarına yer verilecektir. Bu bölümde ayrıca aydınlatmayı yapacak ve aydınlatılmış onamı alacak kişi, aydınlatılacak ve aydınlatılmış onamı alınacak kişi, aydınlatmanın ve aydınlatılmış onam almanın zamanı, şekli, konusu ve kapsamı konuları üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın “Hekimin Ceza Hukuku Ve Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğu Ve İspat Sorunu” başlığını taşıyan dördüncü ve son bölümünde ise, aydınlatılmış onamın hiç ya da gereği gibi alınmaması durumunda, hekimin ceza hukukundan ve özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğuna yer verilecektir.

Ceza hukukundan kaynaklanan sorumluluk konusu kapsamında, kanunda ayrı bir suç olarak ihdas edilen, hastanın onamının alınmaması suçu ve bir hukuka uygunluk sebebi olan aydınlatılmış onamın hiç ya da gereği gibi alınmamasında hekimin cezai sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

Hekimin aydınlatılmış onamın hiç ya da gereği gibi alınmaması sebebiyle özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğu konusu kapsamında, hekimin sorumluluğunun şartları incelenecektir. Hekimin özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğunun esas itibariyle kusur sorumluluğuna dayandığı ilkesinden hareketle, çalışmamızda esas itibariyle, hekimin kusur sorumluluğu üzerinde durulacaktır. Bu bölümde ayrıca ispat sorununa ve sorumluluktan kurtuluş olanaklarına ve zamanaşımı konuları ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK TIBBİ MÜDAHALE

Ş1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TIBBİ MÜDAHALE İLE İHLAL EDİLEN KİŞİLİK DEĞERLERİ

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

A. Genel Olarak

Bilimsel ve teknolojik gelişmelere paralel şekilde ve zamana bağlı olarak sürekli değişim gösteren bir nitelik taşıması yanında, tıbbi, hukuki ve etik alanlar ile yakın ilişkisi sebebiyle, “*tıbbi müdahale*”¹ kavramına ilişkin kesin bir tanım yapmanın güçlüğü ortadadır. Bununla birlikte, doktrinde bu kavrama ilişkin olarak, temelde benzer unsurları taşıyan çeşitli tanımlar yapıldığı görülmektedir.

Aydınlatılmış onam bakımından taşıdığı önem nedeniyle, çalışmamızın bu bölümünde tıbbi müdahale kavramına ilişkin olarak doktrinde yapılan çeşitli tanımlar, bu tanımlara karşı yapılan eleştiriler ile kanaatimizce tıbbi müdahale kavramının anlamı ve hususları değerlendirilecektir.

B. Kavram Olarak Tıbbi Müdahale

“Tıbbi” ve “müdahale” sözcüklerinin sözlük anlamlarından yola çıkılarak yapılan bir tanıma göre, tıbbi müdahale, hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla yapılan, teknik ve bilimsel çalışmalar yoluyla vücut bütünlüğüne yönelik el atmalardır². Temelde hekimin hastasını sağlığına geri döndürebilmesi için yaptığı her şey, etik, ahlaki ve hukuki açıdan tıbbi müdahale olarak adlandırılmaktadır³. Bir diğer tanımda, tıbbi müdahale kavramı, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim)

¹ Doktrinde bu kavram yerine, “tıbbi girişim”, “tıbbi uygulama”, “tıbbi el atma” gibi terimler kullanılmakla birlikte çalışmamızda, kapsamlı ve yerleşik bir ifade olması sebebiyle ve terim bütünlüğünü sağlamak amacıyla “tıbbi müdahale” kavramı tercih edilmiştir.

² SAVAŞ, Halide: Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ceza-Hukuk, Ankara 2007, s. 51 (Kısaltma: Sağlık Çalışanları).

³ SÜTLAŞ, Mustafa: Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000, s. 42; YENERER ÇAKMUT, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 24.

tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yönteminden, en ağır cerrahi müdahalelere kadar her türlü faaliyet olarak ifade edilmiştir⁴. Ancak bu tanımlar, faaliyetin tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından yapılması yanında, teşhis ve tedavi amacıyla yapılması şartları ile sınırlandırılması sebebiyle eleştirilmiş, kendi uzmanlık alanı sınırları içinde kalmak kaydıyla, diğer sağlık personelinin ilk ve acil yardım girişimleri de tıbbi müdahale kapsamı içine dahil edilmiştir⁵.

Yapılan bu tanımları biraz daha genişleten bazı yazarlara göre tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kimseler tarafından, kişinin yaşamını, sağlığını, vücut bütünlüğünü tehdit eden, kişilerin bedensel, fiziksel ya da psikolojik bir hastalığını, eksikliğini teşhis ve tedavi etmek ya da hafifletmek veya böyle bir rahatsızlığı önlemek ya da nüfus planlaması amacıyla gerçekleştirilen her türlü faaliyettir⁶.

Uygulayıcı yönünden sınırlama yapılmayan bir diğer tanıma göre, tıbbi müdahale, fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıklar, ağrı ve acılar, hastalık niteliği taşımayan fiziksel ya da psikolojik bozukluklar ile hastalık niteliği taşımayan şikayetleri önlemek, teşhis ve/veya tedavi etmek ya da bunların etkisini azaltmak amacıyla insan vücudu üzerinde yapılan girişimsel (invaziv) ve/veya girişimsel olmayan (non-invaziv) her türlü müdahaledir⁷.

⁴ AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 5; SERT, Gürkan/GÖRKEY, Şefik: “Diş Hekiminin Hukuki Sorumluluğu”, Türkiye Biyoetik Derneği, II: Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı, (Editörler: Berna ARDA, Recep AKDUR, Erdem AYDIN), Kapadokya 18-20 Ekim 2001, s. 236; SARITAŞ, Hatice: Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 18; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 22; ÖZKAN, Nazan: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s. 4.

⁵ BİRTEK, Fatih: “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı”, İBD., C.81, S. 2007/5, Eylül-Ekim, s. 1999.

⁶ BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 24 (Kısaltma: Hekim); ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s. 15; YENERER ÇAKMUT, s. 24; KÖK, Ahmet Nezih: “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, 1.Türk Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, Kamu Hukuku Arşivi, C.VIII, S. 2, Kasım 2005, s. 118 (Kısaltma: Biyotıp); BORAN, Bedia: “Aydınlatılmış Rıza”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 85; ÖZKAN, s. 4.

⁷ OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, Y.2003, C.52, S. 3, s. 66.

Tıbbi müdahale kavramının tanımı üzerine ileri sürülen bir diğer görüş, insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahalenin tıbbi müdahale olarak ifade edilebileceği yönündedir⁸.

Hukukumuzda “*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*”⁹’in tanımlar başlıklı 3. maddesine göre, müdahale, tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon ve önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemler olarak tanımlanmış; cerrahi müdahalenin ise, tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlardır.

Yalnızca cerrahi müdahalelerin değil, cilt bütünlüğü bozulmamakla birlikte, vücut bütünlüğüne yönelik diğer bütün girişimlerin de tıbbi müdahale kavramı kapsamında değerlendirilmesine olanak tanıyan, tıbbi müdahaleyi geniş kapsamlı olarak ele alan bu tanımlar, kanaatimizce bu yönüyle yerindedir.

Yukarıda görüldüğü üzere, bazı tanımlarda, tıbbi müdahale kavramının hekim faaliyeti olarak sınırlandırıldığı göze çarpmaktadır¹⁰. Çeşitli mevzuat hükümleri ile kendisine yetki tanınan diğer sağlık personelinin acil ve ilk yardım faaliyetleri de birer tıbbi müdahale olduğu gerekçesi ile bu tanımlar doktrinde eleştirilmiştir¹¹. Hukukumuzda, hekimler dışındaki sağlık personeline acil ve ilk yardım müdahaleleri dışında bazı tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisi verildiği göz önüne alındığında, hekimler dışındaki sağlık personelinin yalnızca ilk yardım müdahalelerinin tıbbi müdahale olarak değerlendirilmesi eksik bir değerlendirmedir. Hekimler dışındaki sağlık personelinin, mevzuat hükümlerince kendilerine tanınan yetkileri kullanarak yapmış oldukları müdahaleler de birer tıbbi müdahale olarak değerlendirilmelidir.

Bu tanımlara yönelik olarak yapacağımız bir diğer eleştiri de, sağlık personeli olmamakla birlikte tıp bilimi ile ilgili uygulamada bulunan ya da bulunmak zorunda

⁸ HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 33 (Kısaltma: Tıp Hukuku).

⁹ RG. 01.06.2005-25832.

¹⁰ Tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler konusuna aşağıda ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir. Ancak tıbbi müdahale kavramının tanımı bakımından önem arz eden unsurlardan olan uygulayacak kişi konusundaki eleştirilerimize bu bölümde de yer verilmesi yerinde olacaktır.

¹¹ Bu husus ayrıntılı olarak aşağıda incelenmiştir (Bkz. .

kalan kişilerin faaliyetlerinin nitelendirilmesi hususunda olacaktır. Günlük yaşantı esnasında, ilk ve acil yardım gereksinimi duyan kişiye –uygulama yapan kişi sağlık personeli olmasa da- yapılan ilkyardım da kanaatimizce bir tıbbi müdahaledir. Bu sebeple ilk ve acil yardımın yalnızca sağlık personeli tarafından yapılması halinde tıbbi müdahale olacağı şeklindeki bir değerlendirme de yetersizdir. Sağlık personeli olmasa da, ilk yardım gereksinimi duyan bir kimseye, bilgisi dahilinde ilk yardımda bulunan kişinin müdahalesi de bir tıbbi müdahale olarak değerlendirilmelidir.

Tıbbi müdahalelerin -amaç bakımından- tanı ya da tedavi amacıyla sınırlandırılması da yerinde değildir. Tıbbi müdahaleleri tanı, tedavi, önleme amacıyla yapılan faaliyetler olarak sınırlayıcı şekilde tanımlamak yerine, tıp biliminin gerekleri ile bağlantılı tüm faaliyetleri tıbbi müdahale olarak tanımlamak daha yerinde bir yaklaşımdır.

Bu değerlendirmeler ışığında tıbbi müdahale kavramını, uygulayıcı ya da amaç bakımından sınırlamadan, tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun yapılması kaydıyla, tıp bilimi ile bağlantılı her türlü eylem olarak tanımlamak mümkündür.

II. TIBBİ MÜDAHALE İLE İHLAL EDİLEN KİŞİLİK DEĞERLERİ

A. Kişi, Kişilik, Kişilik Değerleri Ve Kişilik Hakkı Kavramları

Hukuki anlamda *kişi*, hak ehliyetine sahip varlıktır. Bir başka deyişle kişi¹² kavramı, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıklardır¹³. Kişilerin doğuştan itibaren

¹² Kendisine hak süjesi olma ehliyeti tanınan bir varlık olduğundan, kişi kavramı hukuki bir kavramdır ve hangi varlıkların kişi olarak tanınacağını belirlemek hukuk düzeni tarafından belirlenir. Geçmişten bu yana hukuk düzeni tarafından iki tür varlık kişi olarak kabul edilmektedir; gerçek kişiler, tüzel kişiler. Gerçek kişiler, insanları ifade etmektedir. Tüzel kişiler ise, belli bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelmiş, kendilerine başlı başına kişilik tanınmış kişi ya da mal toplulukları olarak tanımlanabilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Medeni Hukuk, İstanbul 1969, s. 89 vd.; TEKİNAY, Sulhi Selahattin: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992; s. 201 vd.; VELİDEDEOĞLU, s. 89; ZEVLİLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1999, s. 208 vd.; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s. 5 vd.; AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s. 230 vd.

¹³ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 207; DURAL/ÖĞÜZ, s. 5; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 229; HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2007, s.1 (Kısaltma: Gerçek Kişiler); ÖZKAN, s. 24.

sahip olduğu ve kendisinden ayrılması mümkün olmayan, hak ehliyeti bulunmaktadır. Kişiler hak ehliyeti dışında, kendi fiilleriyle haklar ve borçlar yaratma ehliyeti yani fiil ehliyetine de sahip olmaktadır. Kişilerin hak ve fiil ehliyetleri dışında, kişi olma sebebiyle bulunan ve hukuk düzeni tarafından korunan maddi ve manevi varlık ve değerleri ile bunlar üzerinde bazı hakları bulunmaktadır. Kişilerin hak ve fiil ehliyetleri ile, sahip oldukları maddi ve manevi değerleri üzerindeki haklarının tümü *kişiliğini* oluşturmaktadır¹⁴.

Kişilerin *kişilik hakkı* olarak ifade edilen, kişiliklerini oluşturan çeşitli varlık ve değerleri üzerinde korunan hukuki menfaatleri bulunmaktadır. Kişilik hakkı temelde, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki haktır. Kişinin toplum içindeki kişiliğini ve saygınlığını serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı olan kişilik hakkı, kişiye maddi ve manevi varlık ve değerlerine yönelik saldırılardan kaçınılmasını isteme yetkisi verir. Kişinin doğuştan ve yalnızca var olması sebebiyle sahip olduğu kişilik hakkı, kişiyi var eden, diğer kişilerden ayıran, kişiliğini oluşturan tüm maddi ve manevi değerleri üzerindeki, değeri para ile ölçülemeyen, münhasır olarak sadece bu hakkın içeriğini oluşturan hukuki değerlere sahip olan kişiye ait olan, mutlak nitelikte ve kişiye sıkı surette bağlı bir haktır¹⁵.

Türk-İsviçre Hukukunda (TMK. m.24, İMK m.28), genel bir kişilik hakkının varlığı kabul edilmiş olup, kişisel değerler tahdidi olarak sayılmamıştır. Bu sebeple kişinin insan olarak yaradılıştan doğan vücut bütünlüğü, yaşama, sağlık, onur, özel yaşam gibi bazı değerlere sahip olduğu tartışmasız olmakla birlikte, bu değerlerin genel bir kişilik hakkı çerçevesi içinde koruma altında olduğu kabul edilmektedir¹⁶.

¹⁴ TEKİNAY, s. 202; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 211; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 337; HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, (MK md. 24/a fıkra I/İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001, s. 14 (Kısaltma: Kişilik); HELVACI, Gerçek Kişiler, s.2-3.

¹⁵ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 441; GÜVEN, Kudret: Kişilik Hakları ve Ötenazi, Ankara 2000, s. 80; HELVACI, Kişilik, s. 42; DURAL/ÖĞÜZ, s. 92; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 341; KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref Şahsiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993, s.4-5 (Kısaltma: Basın); ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara 2004, s. 25; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 69; ÖZKAN, s. 25-26.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY, s. 249 vd.; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 442 vd; HELVACI, Kişilik, s. 43 vd; DURAL/ÖĞÜZ, s. 92 vd; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 343 vd;

¹⁶ AŞÇIOĞLU, Çetin: Doktorların Hukuki ve Ceza, Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 27 vd (Kısaltma: Doktor).

Kişilik hakkı, içerisinde, maddi ve manevi kişisel değerleri barındırmaktadır. Bu anlamda, kişinin adı, özel hayatı, şeref ve haysiyeti manevi kişisel değerlerinden olup, hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğüne ilişkin değerleri ise kişilik hakkını oluşturan maddi kişisel değerlerden bazılarıdır.

B. Tıbbi Müdahale İle İhlal Edilen Kişilik Değerleri

1. Genel Olarak

Kişilik değerleri hukuk düzeni tarafından korunur ve kural olarak bu değerlere yönelik her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahalelerin de kişinin özellikle maddi kişilik değerlerini ihlal etme ihtimali bulunan birer müdahale olduğu açıktır. Bu sebeple tıbbi müdahaleler sebebiyle ihlale uğrama ihtimali bulunan yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü hak ve değerlerine bu konu kapsamında değinilmesi yerinde olacaktır.

2. Yaşam (Hayat) Hakkı

Doktrinde “*yaşam*”, kişinin fiziksel ve ruhsal açıdan bozulmaya karşı direnmesi, onun iyileşme ve gelişmesini sağlayan iç iktidarı olarak tanımlanmıştır¹⁷. Yaşam kavramı ile bağlantılı olarak “*yaşam hakkı ve değeri*”, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, devam ettirebilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesidir¹⁸.

Yaşam, kişinin maddi kişilik değerlerinden en önemlisi ve diğer kişilik değerlerinin varlık sebebidir. Nitekim Yargıtay HGK bir kararında¹⁹, kişinin yaşamı ve sağlığının onun kişisel değerlerini oluşturduğunu, kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılmasının ancak tıbbi tedavi amacıyla ve hekimle hasta arasında kurulan bir sözleşmeyle, yani izinle mümkün olabileceğini hükme bağlamıştır.

¹⁷ BAYRAKTAR, Hekim, s. 13; ÇİLİNGİROĞLU, s. 39; ÖZKAN, s. 27.

¹⁸ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 449; HELVACI, Kişilik, s. 50; BAYRAKTAR, Hekim, s. 13; YENERER ÇAKMUT, s. 46; ÖZKAN, s. 28.

¹⁹ Yarg. HGK., 2001/4-595 E., 2001/643 K., 26.09.2001 T. Sayılı kararı, YKD., C.31, S. 4, Nisan 2002, s. 552 vd.

Yaşam hakkı, kişinin sahip olduğu en temel hak olarak, ayrıca ve açıkça, birçok uluslararası ve ulusal düzenleme ile koruma altına alınmıştır²⁰. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin²¹ 3. maddesinde²² ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde²³ açıkça yer alan yaşama hakkı, iç hukukumuzda da Anayasal ve yasal düzeyde koruma altındadır. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme 1961 Anayasası'nda da yer almıştır²⁴. Hukukumuzda yaşam hakkı, Anayasa dışında, Türk Ceza Kanunu²⁵ m.81 vd., Türk Medeni Kanunu m.23, 24, Borçlar Kanunu 41, 45-47 hükümleri ile de koruma altına alınmıştır. Hukukumuzda kişinin yaşamına yönelik haksız müdahalelere karşı meşru müdafaa hakkı da bulunmaktadır²⁶.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi²⁷'nin 14. maddesinde²⁸, hekimin hastanın hayatını kurtarmak ve sağlığını korumakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Doktrinde bu hükmün de yaşama hakkını koruma altına alan bir hüküm olduğu ve hekimin sorumluluğunun sınırının yaşama hakkı ile çerçevelendiği ifade edilmektedir²⁹.

İnsanın varlığının ve fiziki açıdan devamlılığının ilk koşulu ve diğer bütün hakların kullanılması bakımından vazgeçilmez olan yaşam hakkı kişiye, kamu

²⁰ AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 27.

²¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10.12.1948 Tarih ve 217(111) Sayılı Kararıyla kabul edilmiştir. RG. 27.05.1949. Ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN, Gündüz: Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, İstanbul 2000, s. 269 vd.

²² İHEB m.3: "Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır."

²³ Türkiye tarafından 4.11.1950 tarihinde imzalanmış, 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı yasa ile onaylanmış (RG.19.3.1954-8662), 18.5.1954'te onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine iletilmesi ile yürürlüğe girmiş olan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin yaşama hakkının kanunla korunduğu açıkça düzenlenmiştir.

²⁴ 1961 Anayasası Kişi Dokunulmazlığı m. 14/1: "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir."

²⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, RG.12.10.2004-25611.

²⁶ Bkz. BK m.52/1; TCK m.25, 27.

²⁷ 23.01.1953 tarih ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, 13.01.1960 Tarih ve 4/12578 no.lu Bakanlar Kurulu Kararı ile, 19.02.1960 Tarih, 10436 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁸ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14: "Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırapını azaltmaya ve dindirmeye çalışmakla mükelleftir..."

²⁹ AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 28; YENERER ÇAKMUT, s. 48.

makamlarının emri ya da izni ile öldürülememeyi sağladığı gibi, yaşama yönelik tehlike ve risklere karşı da kamu makamları tarafından korunma hakkı verir³⁰.

Anayasa’da temel hak ve özgürlükler arasında sayılan yaşam hakkı, niteliği itibariyle dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir haktır. Bu düzenlemelerden hukukumuzda kişiye yaşam hakkı üzerinde hiçbir şekilde tasarrufta bulunma imkanı tanınmadığı sonucuna ulaşılmaktadır³¹. Türk Ceza Kanununda intihar ve intihara teşebbüs cezalandırılmamakla birlikte³², intihara yönlendirme³³ bir suç olarak düzenlenmiştir.

Yaşam hakkı konusundaki önemli birer tartışma konusu olan ötanazi (aktif ve pasif), talep üzerine öldürme ve ölüm orucu konularına aşağıda değinilecektir³⁴.

3. Sağlık Hakkı

Kişilik hakkını oluşturan maddi kişisel değerlerden olan *sağlık*, organizması iyi ve düzenli işleyen bir insanın durumu olarak tanımlanmıştır³⁵. 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun³⁶’un 2. maddesine göre ise *sağlık*, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp, beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir. Kanaatimizce de yerinde olan bu tanıma göre, kişinin sağlıklı olması için yalnızca bedensel iyiliği yeterli olmayıp, ruhsal ve sosyal bakımdan da iyi olması aranmalıdır.

Sağlık kavramının, beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali olarak ifade edilmesi, beraberinde, *sağlık hakkı* kavramının içinin de yalnızca iyileştirmeyi isteme hakkı ile değil, önleme, koruma ve tedavi gibi unsurlar ile doldurması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Sağlık hakkı, kişinin toplumdan devletten

³⁰ KABOĞLU, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1993, s. 176.

³¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 40; YENERER ÇAKMUT, s. 48.

³² Doktrinde intiharın ceza kanununda suç olarak düzenlenmesinin nedeninin, cezalandırmayla güdülen amacın elde edilemeyecek oluşu olduğu ifade edilmiştir (Bkz. YENERER ÇAKMUT, s. 49, ARTUK, Mehmet Emin: “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu”, MÜHF, Hukuk Araştırmaları, C.8, S. 1-3, Y.1994, s. 7 vd.

³³ Bkz. 5237 Sayılı TCK m.84.

³⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm § 2, III.

³⁵ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 454; BAYRAKTAR, Hekim, s. 15; ÇİLİNGİROĞLU, s. 40; YENERER ÇAKMUT, s. 50.

³⁶ RG.12.1.1961-10705.

sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesidir³⁷. Sağlık hakkının, insan hakları ile ilgili uluslararası belgelerde ifade edilen *sağlıklı yaşam hakkı* kavramının temel unsurlarından biri olduğunu söylemek mümkündür³⁸. Bu kavram, sağlık hakkı ile yaşama hakkı arasındaki önemli bağa işaret etmektedir.

KABOĞLU, sağlık hakkını, bedenine sahip olma hakkının unsurlarından biri olarak değerlendirmiştir. Sağlık hakkını, insan vücudunu koruyucu hukuki bir statü olarak nitelendiren yazar bu hakka, dokunulmaz (çekirdek) haklar içerisinde yer vermiştir³⁹.

Sağlık hakkı, *sosyal haklardan*⁴⁰ biri olarak da değerlendirilmektedir. Bu görüşü destekleyen yazarlar, sağlık hakkının gerçekleşmesi bakımından, Devletin önemli yükümlülükleri bulunduğuna işaret etmektedir⁴¹. Sağlıkla ilgili işlerle ilgilenmek, buna ilişkin önemleri almak ve gerekli girişimlerde bulunmak yükümü, kural olarak, Devlete aittir. Devlet, gerek doğrudan eylemleri ile, gerekse yerel yönetimler ve özel sektör ile işbirliği kurarak, sağlık hakkının gerçekleştirilmesini sağlamalıdır⁴². Nitekim sağlık hakkı, Anayasa'nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasa'nın 56. maddesi⁴³, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı olduğuna işaret ederek, bu konuda Devletin çeşitli yükümlülüklerine değinmiştir.

³⁷ BAYRAKTAR, Hekim, s. 17; YENERER ÇAKMUT, s. 50; SÜTLAŞ, Mustafa: Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000, s. 40.

³⁸ SÜTLAŞ, s. 39.

³⁹ Bkz. s. 180 vd.

⁴⁰ *Sosyal haklar*, sosyal hukuk devleti olarak toplumsal eşitlik amacına yönelmiş, toplumun güçsüz kesimlerinin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmeleri bakımından devletin çeşitli önlemler almak ya da doğrudan edimlerde bulunmak şeklinde olumlu davranışlarda bulunması ile gerçekleşebilen haklar olarak tanımlanmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. KABOĞLU, s. 286 vd.)

⁴¹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 18-19; YENERER ÇAKMUT, s. 51; SÜTLAŞ, s. 39-40.

⁴² BAYRAKTAR, Hekim, s. 18-19, YENERER ÇAKMUT, s. 51.

⁴³ 1982 Anayasası m.56: "*Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini geliştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."

Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesi, sosyal bir hak olarak nitelenen sağlık hakkının bu özelliğini açıkça ortaya koymaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde bir hak olarak tanınan sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının, sosyal adalete uygun şekilde uygulanabilmesini sağlamak için, sağlık hizmetlerinin bu kanun çerçevesinde hazırlanacak bir programla sosyalleştirileceği düzenlenmiştir. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için, sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesi gereğine açıkça vurgu yapılmıştır.

Sağlık ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına, Uluslararası insan hakları belgelerinde de yer verilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.25'e göre, herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3., 11. ve 13. maddelerinde de, sağlık hakkı, doğrudan ya da dolaylı düzenlemeler ile güvence altına alınmıştır.

Ulusal mevzuat ve uluslararası insan hakları belgeleri ile koruma altına alınan sağlık hakkı, insan bedenine saygı ve vücut bütünlüğü hakkı ile bağlantılı olarak bu yönüyle çekirdek haklardan biri olarak değerlendirilebileceği gibi, sosyal haklardan biri olarak nitelendirilmesi de bir diğer yönüne ilişkindir.

Çalışmamızda sağlık hakkının özellikle sosyalliği ilkesine değinilmiş olup, vücut bütünlüğü hakkına ayrıca yer verilmiştir.

4. Vücut Bütünlüğü Hakkı

*Vücut bütünlüğü hakkı*⁴⁴, kişinin doğumundan ölümüne kadar geçen süre içinde, bedensel bütünlüğünün bir başkasının, hatta kendisinin gerçekleştireceği saldırılardan korunmasıdır. Vücut bütünlüğü hakkı, kişiye sıkı surette bağlı ve kural olarak üzerinde tasarrufta bulunulamayacak kişilik değerlerinden biridir⁴⁵.

⁴⁴ Doktrinde “vücut tamlığı”, “cismani bütünlük”, “beden bütünlüğü” gibi kavramlar da kullanılmakla birlikte çalışmamızda “vücut bütünlüğü” kavramı tercih edilmiştir.

⁴⁵ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 450.

Doktrinde “vücut bütünlüğü” deyimiyle beden ve ruh bütünlüğünün⁴⁶ birlikte aranması gerektiğine dikkat çekilmiştir⁴⁷. Mekanik ya da psişik bir müdahale nedeni ile kişinin anatomik yapısında ve/veya duygusal ya da zihinsel yeteneklerinde meydana gelen bozulma, vücut bütünlüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir⁴⁸. Kanaatimizce de yerinde bu olan bu görüşe göre, kişinin beden ve/veya ruh bütünlüğünün bozulmasına yol açan bir eylem ile vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olacaktır.

Yaşam hakkı kadar önemli ve koruma gerektiren bir hak olan vücut bütünlüğü hakkı, ayrıca uluslararası düzeyde, işkencenin yasaklanması suretiyle, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.5) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (m.3) ile de koruma altına alınmıştır.

Vücut bütünlüğü hakkı, hukukumuzda Anayasal ve yasal düzeyde koruma altındadır. 1982 Anayasası m. 17/1-3, Türk Medeni Kanunu m. 23-24, Borçlar Kanunu m. 45-49 ile 5237 sayılı TCK m. 86 vd. hükümleri vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin mevzuat hükümleridir.

§2. TIBBİ MÜDAHALENİN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK

Yukarıda tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun yapılması kaydıyla, tıp bilimi ile bağlantılı her türlü eylem olarak tanımladığımız tıbbi müdahale kavramının⁴⁹ içinin hangi unsurlarla doldurulması gerektiği hususuna bu bölümde değinilecektir.

Kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü değerleri gibi kişilik değerlerini ihlal eden ya da ihlal etme olasılığı bulunan bir müdahalenin, kim tarafından, nasıl ve hangi amaçla yapıldığı sorularına verilecek yanıtlar, söz konusu müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda önem taşımaktadır.

⁴⁶ Beden bütünlüğü ile kişinin anatomik yapısının bütünlüğü kastedilirken, ruhsal bütünlüğü ile, duygusal ve zihinsel anlamdaki bütünlüğü kastedilmektedir.

⁴⁷ ÇİLİNGİROĞLU, s. 41, YENERER ÇAKMUT, s. 53.

⁴⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 41.

⁴⁹ Bkz. Birinci Bölüm, §1, I, B.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, Türk Hukuku bakımından bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilmesi için, iki ayrı unsuru bünyesinde taşıması gerekmektedir. Bu unsurlardan ilki, müdahalenin bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması, diğeri ise, müdahalenin doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olmasıdır⁵⁰. Bir diğeri görüşte, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişilerce yapılma ve hastanın onamının bulunması şartları, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartları arasında değerlendirilmiştir⁵¹. Bir diğeri görüşe göre ise, tıbbi müdahalenin unsurları, hukuki açıdan yetkili kişilerce icra edilme, hukuken öngörülmüş amaçlara yönelik olma, tıp bilimi bakımından kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olma ve hastanın aydınlatılmış onamının bulunması şeklinde değerlendirilmiştir⁵². Kanaatimizce de yerinde olan bu görüş çerçevesinde, tıbbi müdahalenin unsurları aşağıdaki dört başlık altında incelenecektir.

II. HUKUKİ AÇIDAN YETKİLİ KİŞİLER TARAFINDAN İCRA EDİLME UNSURU

A. Genel Olarak

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilmesi bakımından incelenmesi gereken ilk unsur, müdahalenin kim tarafından icra edildiği sorusunun yanıtı olacaktır. Bu bakımdan ilk olarak, müdahalenin *hukuki açıdan yetkili kişiler tarafından icra edilmiş olması* unsuruna yer verilmiştir.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleyi icraya yetkili kişilerin kimler olduğu hususunda değişik görüşler bulunmaktadır. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde değerlendirileceği üzere, bir kısım yazarlar, tıbbi müdahalede bulunabilecek kişileri hekimler ile sınırlarken, bazı yazarlar hukuka uygun tıbbi müdahalede bulunabilecek kişileri hekimler ve diğeri sağlık çalışanları olarak belirtmektedir. Doktrinde kabul gören bir diğeri görüş ise, tıbbi müdahalede bulunabilecek kişileri, hekimler, hekimler dışındaki sağlık çalışanları ve diğeri kimseler olarak değerlendirmektedir.

⁵⁰ Bkz. AYAN, s. 5 vd.

⁵¹ Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 111 vd.

⁵² ÇİLİNGİROĞLU, s. 16 vd.; YENERER ÇAKMUT, s. 26 vd.

B. Tıbbi Müdahalede Bulunabilecek Kişiler

1. Hekimler

a. Genel Olarak

Tıbbi müdahale kavramından bahsedildiğinde, akla gelen ilk meslek grubu hekimlerdir. Bu sebeple çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle Türk Hukuku bakımından hekimlik mesleğini icra edebilme şartları değerlendirilecek, ardından tıbbi müdahalede bulunabilecek kişilerin hekimlerle sınırlı olduğu görüşüne ve bu görüşe ilişkin değerlendirmelerimize yer verilecektir.

b. Türk Hukuku Bakımından Hekimlik Mesleğini İcra Edebilme Şartları

(1) Türk Vatandaşı Olmak

Türk Hukukunda hekimlik mesleğini icra edebilmenin ilk koşulu, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır. 1219 Sayılı “*Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun*”⁵³’un 1. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tıp icrasında bulunabilmek ve her ne suretle olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türk bulunmak şarttır.*” Türkiye’de hekimlik mesleğini icra edebilmek için aranan Türk vatandaşlığı şartına ilişkin hususlar, Türk Vatandaşlığı Kanunu⁵⁴ hükümleri çerçevesinde belirlenecektir. Bu ilkenin, ülkemiz hekimlerinin yabancı hekimlerin fiili baskısından korumak için kabul edildiği ifade edilmiştir⁵⁵.

Kanunun açık hükmünden anlaşılabacağı üzere, Türkiye’de yabancı hekimlerin hekimlik yapmalarına izin verilmemiştir. Ancak bu hükme istisna teşkil etmek üzere, aynı kanunun 77. maddesinde, Türkiye’de kanuna dayalı kazanılmış hakkı⁵⁶ bulunan

⁵³ RG. 14.04.1928-863.

⁵⁴ 11.02.1964 Tarih ve 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, RG. 22.02.1964-11638.

⁵⁵ BAYRAKTAR, Hekim, s. 117; YENERER ÇAKMUT, s. 31. BAYRAKTAR’ın ayrıca belirttiği gibi, Fransız Kamu Sağlığı Kanunu m.356/2’de de aynı ilke benimsenmiştir (Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 118).

⁵⁶ Kanunda “*hakkı müktesep*” deyimini kullanılmıştır.

yabancı hekimlerin hekimlik mesleğini, bu kanun hükümleri çerçevesinde icra edebileceği hükme bağlanmıştır⁵⁷.

1219 Sayılı Kanun'un 1. maddesinde öngörülen Türk olma şartına ilişkin bir diğer istisna da, 20.02.1979 tarih ve 2182 Sayılı Kanun m.1/2 hükmünde düzenlenmiştir. Hükümde, Ankara Hastanesi'nde çalışmak ve bizzat müddetleri beş yılı geçmemek şartıyla beş yabancı hekimin getirileceği belirtilmiştir.

Türk soylu yabancılardan çalışması hususunda, hukukumuzda çeşitli yasal düzenlemeler bulunmakta olup⁵⁸, bu konudaki esaslar, bu kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir⁵⁹.

Ayrıca, Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun⁶⁰, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun⁶¹'un 35. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olduğundan, bu kanunda belirtilen mesleklerin yabancılardan tarafından icra edilebilmesine olanak tanımıştır. Ancak Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m.13/2 hükmünde de, diğer kanunlarda yer alan yabancılardan çalışamayacağı iş ve mesleklere dair hükümler saklı tutulmuştur.

Hukukumuzdaki mevzuat hükümleri incelendiğinde, Türkiye'de hekimlik mesleğini icra edebilmenin -yukarıda belirtilen iki istisna dışında- Türk olma şartına bağlanmış olduğunu ve yasal bir düzenlemeye yer verilmediği sürece yabancılardan hekimlik mesleğini icra etmelerinin hukuken mümkün olmadığını söylemek mümkündür.

Her ne kadar ülkede bulunan hekimleri koruma amacıyla getirilmiş de olsa, Türkiye'de yalnızca Türk vatandaşı hekimlerin hekimlik mesleğini icra edebilmesine olanak tanıyan bu düzenlemeler eleştirilmiştir. Temel amacı insanlığa hizmet olan bu

⁵⁷ Lozan'da imzalanmış "İkamet ve Adli Salahiyet Mukavelesi" nin 4. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre, 1 Ocak 1923'ten önce Türkiye'de mesleklerini yürüten kimseler ve ayrıca hekimler bu faaliyetleri yerine getirmeye devam edeceklerdir.

⁵⁸ 2527 Sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmesine İlişkin Kanun m.3.

⁵⁹ SAVAŞ, Sağlık Çalışanları, s. 60.

⁶⁰ 11.06.1932 tarih ve 2007 Sayılı Kanun, R.G.16/06/1932-2126.

⁶¹ 06.03.2003 Tarihli ve 4817 Sayılı Kanun, R.G. 06.03.2003-25040.

mesleğin icrasının sınırlandırılmasının insan sağlığı ve yaşam haklarını zedeleyici sonuçlar doğuracağı vurgulanmıştır⁶².

Avrupa Birliği'nde hekimlerin serbest dolaşım hakkının kabul edilmiş olması sayesinde, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşı olan hekim ve diğer sağlık personelinin mesleklerini, diğer üye ülkelerde uygulayabilmelerine ve diplomalarına geçerlik tanımalarına olanak sağlamıştır⁶³. Avrupa Birliği'ne üyelik ve uyum süreci çerçevesinde Türkiye'nin de bu konudaki değişiklikleri gerçekleştirmesi gerektiği açıktır.

(2) Tıp Fakültesi Diplomasına Sahip Olmak

Hekimlik mesleğini icra edebilmek bakımından aranan bir diğer şart, tıp fakültesi diplomasına⁶⁴ sahip olmaktır. 1219 Sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde hekimlik mesleğini icra edebilmek ve herhangi surette hasta tedavi edebilmek için, kural olarak, Türk Üniversiteleri Tıp Fakültelerinden⁶⁵ diploma sahibi olmak gerekmektedir. Ancak hekimlik mesleğini icrası bakımından bu diplomanın bulunması yeterli değildir. Kanunun 2. maddesinde, söz konusu diplomanın hekimlik mesleğini icrasına dayanak teşkil edebilmesi için, Sağlık Bakanlığı tarafından tasdik ve tescil edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

⁶² BAYRAKTAR, Hekim, s. 119; AYAN, s. 6 dn. 6; YENERER ÇAKMUT, s. 31; ERMAN, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 94; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 17. Doktrinde ER ise, yasanın yürürlüğe girdiği 1928 Türkiye ile Dünyadaki sosyal, siyasal ve ekonomik durumun göz önünde tutulması gerektiğini, hekimlik yapabilmenin bireysel özgürlükler konusundaki çağdaş görüşle bağdaşmadığını, fakat eleştirilecek bir yaklaşımla, içinde bulunulan ekonomik koşulların ülkeleri bu şekilde önlemler almaya zorladığını, ortamın Türkiye açısından uygun hale gelmesine kadar, hekimlik yapabilmeyi Türk olma koşuluna bağlamanın bir süre daha geçerli olabileceğini düşünmektedir (Bkz. ER, Ünal: Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s.52-53).

⁶³ <http://europa.eu.int/eur-lex> (05.04.1993 tarih ve 93/16/EEC sayılı Komisyon direktifi (393L0016 sayılı doküman). Değişiklik yapan son metin: 21.05.1999 tarih ve 1999/46/EC Komisyon direktifi (399L0046 sayılı doküman)

⁶⁴ Tıbbi müdahalelerde bulunan kimsenin yeterli ve ilmi niteliklere sahip olduğunu gösterir belgenin diploma olduğunu ifade edilmiştir (Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 112, YAVUZ İPEKYÜZ, s. 17, dn. 65).

⁶⁵ Kanun metninde, "Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden" deyimi yer almakla birlikte, burada yer alan tekil ifadenin sebebi, Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde Türkiye'de tek bir tıp fakültesi bulunmasından kaynaklandığından bu deyim genişletici yorumla ele alınarak kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kurulan tıp fakültelerini de kapsadığını belirtmek gerekir (BAYRAKTAR, Hekim, s. 113).

Kural, diplomanın Türk Üniversiteleri Tıp Fakültelerinden alınması olmakla birlikte, Türk vatandaşlarının yabancı ülke tıp fakültesi diplomaları da belli şartlar altında geçerli sayılabilmektedir⁶⁶. 1219 Sayılı Kanun m.4, bu konuda ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermiştir. Hükme göre, yabancı ülkede öğrenim gören kimsenin Türkiye’de hekimlik yapabilmesi için, alınan eğitimin Sağlık Bakanlığı’ndan bir kurul tarafından incelenmesi gerekmektedir. Yabancı ülkedeki tıp eğitimi ile Türkiye’deki tıp eğitiminde verilen derslerin süresi, müfredatı ve sınavları aynı ise ve bütün sınavlar başarı ile verilmişse, alınan diploma Bakanlık tarafından onaylanarak hekimlik mesleğinin icrasına izin verilir. Yabancı ülkedeki eğitim ile Türkiye’deki tıp eğitimi arasındaki fark bulunması halinde, yabancı ülkede tıp eğitimi alan kişinin, eksikliklerini tamamlaması amacıyla bir tıp fakültesinde eğitim görmesi ve staj yapması sağlanır ve sonra tıp fakülteleri profesörlerinden oluşan bir kurul önünde sınava tabi tutulur. Ancak bu sınavı başarı ile tamamlayan kişilere hekimlik mesleğin icra izni verilir.

Türk soylu olmakla birlikte, yabancı bir ülke uyuşunda bulunan hekimlerin Türkiye’de çalışabilmesi de, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu⁶⁷ ile mümkün hale gelmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, 1219 Sayılı Kanun, büyük ve önemli cerrahi müdahaleler⁶⁸ bakımından tıp fakültesi diplomasını tek başına yeterli görmemiştir. Kanun’un 3. ve 23. maddelerinde açıkça düzenlendiği üzere, büyük ve önemli cerrahi müdahalelerde bulunabilmek için, ayrıca bir uzmanlık belgesinin varlığı aranmaktadır. Bu tür müdahaleler, biri uzman olmak üzere en az iki hekim tarafından gerçekleştirilebilecektir. Dolayısıyla büyük cerrahi müdahaleler, uzmanlık belgesi almış hekimler tarafından yapılabilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, uzman bulunmasının ya da celbinin mümkün olmadığı yerlerde, yapılması zorunlu görünen

⁶⁶ BAYRAKTAR, Hekim, s. 114; AYAN, s. 7.

⁶⁷ RG. 06.11.1981-17506.

⁶⁸ 1219 sayılı Kanun’un 23. maddesinde, büyük ve önemli cerrahi müdahaleler kavramı ile “umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler” in kastedildiği belirtilmiştir. Bu ifade doktrinde tıp biliminin bugünkü gelişimine uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir (Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 116, dn. 20; AYAN, s. 7, dn. 9). BAYRAKTAR, büyük-küçük cerrahi müdahale ayrımında, anestezinin, bir ekibin, özel bir teşkilatın ve araçların bulunması gerektiğini ve bu nitelikteki müdahalelerin yapılışı ve sonuçtaki komplikasyonları bakımından hayati tehlike taşımasının aranması gerektiğini vurgulamıştır (BAYRAKTAR, Hekim, s. 116, dn. 20).

müdahaleler ile acil ve olağanüstü durumların bu hükme istisna teşkil ettiği düzenlenmiştir.

Ayrıca, Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun⁶⁹, da da uzmanlık şartı aranmıştır⁷⁰.

AYAN, uzmanlığı olmasa da bir hekimin, uzmanlık belgesi aranan bir müdahalede bulunmaya teşebbüs etmesinin, müdahalenin tıbbi müdahale olma vasfını etkilemediğini, ancak kendi bilgi seviyesinin çok üstünde bir müdahaleye girişmiş olması sebebiyle özen borcuna aykırılık teşkil edebileceğini ifade etmiştir⁷¹.

Bazı istisnai haller dışında, uzman olmayan hekimlerin, uzmanlık gerektiren müdahale ve faaliyetlerde bulunması günümüz tıp bilimi bakımından yerinde değildir. Yalnızca büyük cerrahi müdahaleler bakımından değil, insan sağlığına ve hayatına doğrudan doğruya bağlı tüm müdahalelerin uzman hekimler tarafından gerçekleştirilmesi günün gereklerine en uygun yol olacaktır⁷².

(3) Tabip Odasına Kayıtlı Olma

Hukukumuzda hekimlik mesleğinin icrası bakımından aranan bir diğer şart, tabip odasına⁷³ kayıtlı olmaktır.

6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu⁷⁴, un 7. maddesinin 1. fıkrası gereği, bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden hekimler, bir ay içinde o il ya da bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Hükümün ikinci fıkrasında, mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevde

⁶⁹ RG. 28.04.1937- 3591.

⁷⁰ Kanunda, röntgen şuası, radyum, radyum emanasyonu veya mürekkebatile veya her türlü elektrik aletleri ile teşhis ve tedavide bulunabilmek için uzman olmak gerektiği hükme bağlanmıştır (Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun m.1-2).

⁷¹ AYAN, s. 7.

⁷² BAYRAKTAR, Hekim, s. 117; YENERER ÇAKMUT, s. 30.

⁷³ Tabip odaları, hekimlerin kanunlarda düzenlenen kurallara ve mesleki ilkelere uyup uymadıklarını denetleyen, meslek iç disiplinini sağlayan, mesleki dayanışma örgütleridir.

⁷⁴ 23.01.1953 tarihli Kanun, RG. 31.01.1953- 8323.

Çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenlerin de tabip odasına üye olabilecekleri düzenlenmiştir.

1219 Sayılı Kanun’un 15. maddesi⁷⁵ memur hekimlerin de tabip odalarına kayıt olması gerektiği hususunu düzenleyen bir hkmdr. Bu hüküm 25.01.1956 tarih ve 6643 Sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu⁷⁶ m.59 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak ortaya çıkan bu sorun TBMM’ nin memur hekimlerin de odaya kayıt olma zorunluluğunu belirten yorum kararı⁷⁷ ile çözüme kavuřturulmuřtur⁷⁸. Dolayısıyla memur hekimlerin de tabip odalarına kayıt olması gerekmektedir. Hukukumuzda asker hekimler bakımından da tabip odalarına kayıt zorunluluğu bulunmaktadır⁷⁹.

Hukukumuzda yürürlükte olan mevzuat hükümleri ve TBMM’nin 1956 tarihli yorum kararı birlikte değerlendirildiğinde, mesleğini icra etmek isteyen bütün hekimlerin tabip odalarına kayıt olması zorunlu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

(4)-Hekimlik Mesleğini Sürekli ya da Geçici Olarak İcra Etme Engeli Bulunmamak

Hukukumuzda hekimlik mesleğini icra edebilmenin diğer koşulu da, hekimin, mesleği icra engelinin bulunmamasıdır. Bu icra engeli, geçici olabileceği gibi sürekli icra engeli de olabilir.

Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 38, Tabip Odası Haysiyet Divanı’nın, odaya kayıt olmayan ya da kanunun kendisine yüklediği diğer görevleri yerine getirmeyen hekimler hakkında disiplin cezası vereceğini düzenlenmiştir. 6023 Sayılı Kanun’un m.39/1/c maddesinde de, Haysiyet Divanı tarafından hekimlere verilecek cezaları düzenlenmiştir. Hükme göre, kanunun kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeyen hekimler hakkında, 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men cezası verilebilir. Aynı mntıkada üç defa meslekten men cezası alan hekimlerin, o

⁷⁵ 1219 Sayılı Kanun m.15: “*Etibba odaları teşekkül eden mntıkalarda işbu kanuna göre Türkiye’de icrayı sanat selahiyetini haiz bilmum etibbanın odalara dahil olması mecburidir. Memuriyet bu mecburiyetten istisnayı istilzam etmez...*”

⁷⁶ RG. 02.02.1956-9223.

⁷⁷ TBMM 27.01.1956 tarih ve 1956 Sayılı yorum kararı. Bu konuda bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 120.

⁷⁸ BAYRAKTAR, Hekim, s. 120, AYAN, s. 8; YENERER ÇAKMUT, s. 33; ÖZDEMİR, s. 47.

⁷⁹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 120.

mıntıkada çalışmaktan men edileceği de düzenlenmiştir (m.39/1-d). Her iki ceza da itiraz olsa da olmasa da, Yüksek Haysiyet Divanı'nca incelenir ve bu kurulun onayı ile kesinleşir (m.40/2). Yüksek Haysiyet Divanı kararlarına karşı Danıştay'a başvuru hakkı bulunmaktadır (m.47/2). Kanunda ayrıca, haklarında geçici olarak meslekten men cezası verilen hekimlerin, hiçbir surette mesleklerini icra edemeyecekleri ve hasta kabul ettikleri yerlerin kapatılacağı hükme bağlanmış ve meslekten geçici men cezasının neticeleri düzenlenmiştir (m.49/1).

Hekimlik mesleğini sürekli icra engeli doğuran haller ise, 1219 Sayılı Kanun m. 28'de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, ağır hapis, beş seneden fazla hapis, sürekli olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık ya da meslek ve sanatın kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki kez mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olan ya da mesleğini icra etmesine engel ve iyileşmesinin olanaksız olduğu tespit edilen akıl hastalığına yakalanmış bulunan hekimler, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine Yüksek Haysiyet Divanı'nın vereceği kararla mesleğin icrasından sürekli olarak yasaklanırlar ve diplomaları geri alınır. Bu hükümde yer alan bazı cezalar, maddenin düzenleniş biçiminin çok geniş olması, hekimlikle ilgili olmayan suçlardan dolayı mahkum olanlar hakkında uygulanmasına da yol açtığı sebebiyle eleştirilmiştir. Kanun hükmünden, hekimin mesleğin icrasından sürekli olarak yasaklanmasına sebep olabilecek ağır hapis, beş seneden fazla hapis ve kamu hizmetlerinden yasaklılık cezalarının meslekle ilgili bir suçtan dolayı alınmış olması arandığı anlaşılmadığından, hekimlikle ilgisi olmasa bile, herhangi bir sebepten⁸⁰ mahkum olan hekimin bu şekilde bir cezaya çarptırılması sebebiyle hekimlik yapamayacak olmasının, kamunun ve kişilerin menfaati ile örtüşmeyecektir⁸¹.

⁸⁰ Örneğin siyasi düşünceleri nedeniyle (BAYRAKTAR, Hekim, s. 121).

⁸¹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 121; AYAN, s. 9 dn15; YENERER ÇAKMUT, s. 34; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 20.

c. Tıbbi Müdahalede Bulunabilecek Kişileri Hekimler İle Sınırlayan Görüş ve Değerlendirilmesi

Bu görüşü savunan yazarlar, tıbbi müdahaleyi icraya yetkili kişilerin yalnızca hekimler olduğunu ileri sürmektedir⁸². Bir tıbbi müdahalenin varlığından söz edebilmek için, hekim tarafından icra edilmiş olması gerektiğini belirtilmekte olup, hekim tarafından icra edilme şartı, tıbbi müdahalenin unsurlarından biri olarak değerlendirilmektedir⁸³.

Tıbbi müdahalede bulunabilecek kişileri hekimler ile sınırlayan görüşün dayanak noktasının 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesi olduğu ifade edilmiştir⁸⁴. Bu hükme göre, hekimlik mesleğini icra edebilmek ve herhangi bir surette hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olmak gerekmektedir. Ancak Kanun'un devamı maddelerinde hekimler dışındaki sağlık çalışanlarından ve bunların görev ve yetkilerinden bahsedilmiştir⁸⁵. Kanunun ismi ve içeriğinden de anlaşılacağı üzere, 1219 Sayılı Kanun, yalnızca hekimlik mesleğinden değil, Kanunun yapıldığı tarihte mevcut olan diğer sağlık çalışanlarının görev ve yetkilerinden bahsetmiştir. Kanunda tüm tıbbi müdahalelerin münhasıran hekimler tarafından yapılması öngörülmemiştir⁸⁶.

Mevzuat hükümlerine ve hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin yalnızca hekimlere ait olduğu görüşü, kanaatimizce de yerinde değildir.

⁸² BAYRAKTAR, Hekim, s. 111; AYAN, s. 5; SÜTLAŞ, s. 42. Bkz. SARIAL, M. Enis: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, s. 50 vd.

⁸³ Bkz. AYAN, s. 5, 6.

⁸⁴ SAVAŞ, Sağlık Çalışanları, s. 63.

⁸⁵ Bkz. 1219 Sayılı Kanun m.1, 2, 3, 29, 30, 47, 58, 68.

⁸⁶ SAVAŞ, Sağlık Çalışanları, s. 64.

2. Hekimler Dışındaki Sağlık Çalışanları

a. Genel Olarak

1219 Sayılı Kanun'un çeşitli hükümlerinde ve diğer bazı kanunlarda hekimler dışındaki sağlık çalışanlarının da belli tıbbi müdahaleleri yapmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir.

1219 Sayılı Kanunda hekimler dışında, diş hekimlerinin (m.29), dişçilerin (m.29-30), ebelerin (m.47), sağlık memurlarının (m.3), sünnetçilerin (m.58) ve hastabakıcı hemşirelerin (m.68) de belirli tıbbi müdahalelerde bulunma hak ve yetkisi olduğu düzenlenmiştir.

1219 Sayılı Kanun dışında, mesleklere mahsus mevzuat hükümleri ile de bu konuda düzenlemeler yapılmıştır⁸⁷.

1219 Sayılı Kanundaki sınırlı sayıda düzenlenmiş sağlık çalışanları günümüzde ihtiyacı karşılayamamaktadır. Kanunun yürürlüğe girdiği 1928 tarihinden günümüze kadar tıp ve sağlık bilimlerindeki gelişmeler ve bu alanlarda yeni sağlık mesleklerinin ihdas olması sebebiyle yetersiz kalmaktadır.

b. Tıbbi Müdahalede Bulunabilecek Kişileri Hekimler ya da Diğer Sağlık Çalışanları İle Sınırlandıran Görüş ve Değerlendirilmesi

Hekimler dışındaki sağlık çalışanlarına kanunlar tarafından çeşitli hak ve yetkiler tanınmış olması sebebiyle, bu meslek gruplarının da tıbbi müdahalelerde bulunması hukuken mümkündür⁸⁸. Ancak bu müdahalelerin de mutlaka müdahalede bulunmaya yetkili kişiler tarafından yapılması halinde hukuka uygun hale gelecekleri

⁸⁷ Örnek olarak bkz. 6283 Sayılı Hemşirelik Kanunu, RG. 02.03.1954-8647.

Madde 4 - (Değişik madde: 25/04/2007 - 5634 Sayılı Kanun (RG.02.05.2007-26510) 3. md. ile değişik) *Hemşireler; tabip 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 dayanarak yürürlüğe konulan mevzuattaki görevleri de yaparlar.*

Hemşirelerin birinci fıkrada sayılan hizmetlerde çalışma alanlarına, pozisyonlarına ve eğitim durumlarına göre görev, yetki ve sorumlulukları Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

⁸⁸ ERMAN, s. 95.

hususı tartışmadan uzaktır. Ayrıca hekimler dışındaki sağlık çalışanları tarafından yapılacak müdahalelerin küçük çaplı müdahaleler olması gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Hukuka uygun tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin yalnızca hekimlere ait olduğu görüşünü eleştiren yazarlardan bir kısmı, hekimler dışındaki sağlık çalışanlarının da kanunlarda ngrlen hak ve yetkiler çerçevesinde tıbbi müdahalelerde bulunabileceklerine dikkat çekmektedir. Bu görüşe göre, tıbbi müdahalelerin yalnızca hekimler tarafından yapılabileceği görüşünün yerinde olmadığı da, bizzat kanun hükümleri tarafından ortaya konmaktadır. 1219 Sayılı Kanun ve diğer mevzuat hükümleri ile kendilerine tıbbi müdahalede bulunma yetkisi verilen sağlık çalışanlarının (hekimler, diş hekimleri, hemşireler, ebeler, sağlık memurları, snnetiler, hastabakıcılar) bu müdahaleleri de hukuka aykırı sayılmayacaktır⁸⁹. Ancak bu görüş de, uygulayıcısında herhangi bir sıfat aranmayan tıbbi müdahaleler konusu değerlendirildiğinde yetersiz kalmaktadır.

3. Diğer Kişiler

a. Genel Olarak

Hekimlik ya da diğer sağlık mesleklerinden birine mensup olmamakla birlikte, tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olmak kaydıyla, tıp bilimi ile ilgili uygulamada bulunan ya da bulunmak zorunda kalan kişilerin faaliyetlerinin nitelendirilmesi hususu önem taşımaktadır.

Bu bölümde, tıbbi müdahalede bu bulunabilecek kişileri hekimler ya da diğer sağlık çalışanları ile sınırlandırmayan görüşe ve bu görüşün değerlendirilmesine yer verilecektir.

b. Tıbbi Müdahalede Bulunabilecek Kişileri Hekimler ya da Diğer Sağlık alışanları İle Sınırlandırmayan Görüş ve Değerlendirilmesi

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, hukuk düzenimiz, bazı tıbbi müdahalelerde bulunabilmek bakımından hekim ya da diğer sağlık çalışanlarından biri

⁸⁹ SAVAş, Sağlık alışanları, s. 71; ÖZKAN, s. 7; ER, s.60.

olma zorunluluğu getirmemiştir. Bu görüşe göre, gündelik yaşamın bir parçası haline gelen, ilk yardım müdahaleleri ile reçetesiz satılan bir tıbbi malzemenin uygulanması biçimindeki eylemler de birer tıbbi müdahaledir⁹⁰.

Bu görüş, tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin sağlık çalışanlarına münhasır olduğu, ilk yardım ve tıbbi müdahale kavramlarının farklı kavramlar olduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir⁹¹. Ancak bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için sağlık personeli tarafından yapılmış olması şartını aramak, hayatın gerçekleri ile bağdaşmamaktadır.

Günlük yaşantı esnasında, ilk ve acil yardım gereksinimi duyan kişiye uygulamada bulunan kişinin sağlık personeli olmaması halinde yapılan ilkyardım, reçetesiz satılan bir ilaç ya da tıbbi malzemenin uygulanması da, kişinin kendisine ya da başkasına yaptığı insülin enjeksiyonu da birer tıbbi müdahaledir⁹². Uygulamada bulunan kişi sağlık personeli olmadığı için, bu müdahalelerin “tıbbi” nitelik taşımayacağı iddiası kanaatimizce de yerinde değildir.

Ancak çalışmamızda genel ve ağırlıklı olarak hekimlerin durumu değerlendirilecektir.

III. HUKUKEN ÖNGÖRÜLMÜŞ AMAÇLARA YÖNELİK OLMASI

A. Genel Olarak

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilmesi için aranan bir diğer unsur da, müdahalenin hukuken öngörölmüş amaçlara yönelmiş olmasıdır. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 13. maddesinin 3. fıkrası, tıbbi müdahalenin, teşhis, tedavi ya da koruma amaçlarından en az birini taşıması gerektiğini, bunların dışında bir sebeple hekimin müdahalede bulunamayacağını hükme bağlamıştır⁹³.

Amaç konusuna bazı yazarlar tarafından tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu başlığı altında yer verilmiş olup, hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek

⁹⁰ ERMAN, s. 96.

⁹¹ SAVAŞ, Sağlık Çalışanları, s. 69, 70.

⁹² ERMAN, s.96.

⁹³ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.13/3: “*Tabip ve dış tabibi, teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz*”.

için, gerçekleştirilen müdahalenin tedavi amacının bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bahis konusu olan tedavi kavramının, bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak ya da iyileşmesini kolaylaştırmak, hastalığın tehlikesinin azaltmak, ortaya çıkardığı acıları dindirmek, arazlarını ortadan kaldırmak ya da hafifletmek için alınan tedbirlerin, uygulanan ilaç ya da cerrahi müdahalelerin tamamını içerdiği belirtilmiştir⁹⁴.

Bir diğer görüşe göre ise, tıbbi müdahalelerin kanunen öngörölmüş amaçlara yönelmiş olması gerekmektedir. Bu görüşe göre, bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için, kanunen öngörölmüş teşhis, tedavi, hastalığı hafifletmek ya da acıyı dindirmek, hastalıktan korumak, nüfus planlaması amaçlarından birine sahip olması gerektiği belirtilmiştir⁹⁵.

Kanaatimizce, tıbbi müdahalenin unsurlarından biri olan amaç unsurunu, tedavi amacı ile sınırlandırıp, tedavi kavramının içini doldurmak yerine, hukuken öngörölmüş amaçlardan en az birini taşıyıp taşımadığını değerlendirmek daha yerinde bir yaklaşımdır. Bu çerçevede, bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilmesi için aranan amaç unsuru, teşhis, tedavi, hastalığı hafifletmek ya da acıyı dindirmek, hastalığı önlemek ve hastalıktan korumak, nüfus planlaması amaçları çerçevesinde değerlendirilecektir.

B. Teşhis

Doktrinde teşhis, bir kişide bedensel ya da ruhsal bir hastalık, rahatsızlık bulunup bulunmadığının aranması, bulunuyorsa ne olduğunun tespiti amacıyla tıp bilimine uygun olarak yapılan faaliyetler olarak tanımlanmıştır⁹⁶. Ancak kanaatimizce bulunup bulunmadığı ve varsa ne olduğu hususundan araştırma yapılan konunun hastalık ya da rahatsızlıkla sınırlandırılması, eksik bir değerlendirme olacaktır. Örneğin gebeliğin bir hastalık ya da rahatsızlık olduğunu ifade etmek yerinde bir yaklaşım değildir. Bu çerçevede, teşhisi, bir kişide, bedensel ya da ruhsal bir hastalık, rahatsızlık,

⁹⁴ BAYRAKTAR, Hekim, s. 149; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 24. AYAN, bir müdahalenin tıbbi olarak nitelendirilebilmesi için doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması gerektiğini ifade etmiş olmakla birlikte, amaç konusuna, tıbbi müdahalenin unsurları arasında yer vermiştir. (Bkz. AYAN, s. 9).

⁹⁵ ÇİLİNGİROĞLU, s. 18; YENERER ÇAKMUT, s. 35.

⁹⁶ BAYRAKTAR, Hekim, s. 231; ÖZDEMİR, s. 41; ÖZKAN, s. 13.

anomali⁹⁷ ya da değişikliğin bulunup bulunmadığı, varsa ne olduğunun tespiti amacıyla yapılan eylemler şeklinde tanımlamak mümkündür⁹⁸.

Kişinin *anamnez*⁹⁹inin alınması, *palpasyon*¹⁰⁰ la ya da özel/teknik aletlerle muayene ve araştırma yapılması, laboratuvar tetkikleri için kişiden örnek alınması teşhis amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler teşhis amacı taşıyan müdahalelerdendir.

Bir müdahalenin teşhis amacıyla yapılan bir müdahale olarak değerlendirilebilmesi için, müdahaleler neticesinde, mutlaka bir anomalinin varlığının tespit edilmesi gerekmemektedir. Teşhis amacıyla yapılan, tıp biliminde kabul edilmiş müdahaleler neticesinde bir anomaliye ulaşılmamış olsa dahi, bu müdahalelerin tıbbiliği hususunda bir tartışma yaşanmayacaktır¹⁰¹.

C. Tedavi

Tedavi, bedensel ya da ruhsal bir anomali bulunduğu teşhisi koyulan kişideki anomalilerin ve/veya bu anomalilerin beraberinde getirdiği acı ve tehlikelerin ortadan kaldırılması ya da azaltılması amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerdir¹⁰².

Tedavi amacıyla yapılan tıbbi müdahale, basit bir telkinden ibaret olabileceği gibi, karmaşık bir cerrahi operasyon da olabilecektir¹⁰³.

⁹⁷ Vücuttaki normalden uzaklaşma ya da sapma (Bkz. KOCATÜRK, Utkan: Tıp Terimleri El Sözlüğü, Ankara 1989, s. 23.)

⁹⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 18; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 24.

⁹⁹ Hastanın tıbbi hikayesi; hasta ve/veya yakınlarından alınan, hastalığın mevcut durumu, geçmişı hakkındaki bilgilerin alınmasıdır (Bkz. KOCATÜRK, s. 19).

¹⁰⁰ El ile deri üzerinden muayene ederek daha alttaki organların ya da patolojik oluşumların hissedilmesi metodudur (Bkz. KOCATÜRK, s. 320.)

¹⁰¹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 231; YENERER ÇAKMUT, s. 36; ÖZKAN, s. 14.

¹⁰² BAYRAKTAR, Hekim, s. 232; AYAN, s. 9; ÇİLİNGİROĞLU, s. 18; YENERER ÇAKMUT, s. 36; ÖZDEMİR, s. 42; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 25; ÖZKAN, s. 14.

¹⁰³ BAYRAKTAR, Hekim, s. 232; YENERER ÇAKMUT, s. 36.

Tedavi amacı taşıyan müdahalelerin, tıp biliminin genel kabul görmüş, tıp bilimin ilkelerine uygun¹⁰⁴ ve etkinliğinin denenmiş olması¹⁰⁵ gerekmektedir¹⁰⁶.

Özellik gösteren birer tıbbi müdahale olan organ ve doku nakillerinin tedavi amacı taşıyıp taşımadığı konusu, alıcı ve yaşayan verici bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bu bakımdan, organ ve dokuların alıcıya nakledilmesine ilişkin müdahalelerin tedavi amacı taşıdığı konusunda bir şüphe bulunmamaktadır¹⁰⁷.

Asıl tartışma konusu, yaşayan vericiden organ ve doku alınması şeklindeki bir müdahalenin tedavi amacı taşıyıp taşımadığı hususunda toplanmaktadır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahaleler, verici açısından tedavi edici bir nitelik taşımamakla birlikte, alıcı bakımından tedavi amacına yönelmiş olduğundan, verici açısından da bu amaca yöneldiğini söylemek mümkündür¹⁰⁸. Bu konudaki bir başka görüşe göre, yaşayan vericiden organ ve doku alınması işleminin tedavi amacı taşıdığı yönündeki görüş yerinde değildir. Bu müdahalelerde hukuka uygunluğu sağlayan, TMK. m.24/2’de öngörülen üstün nitelikte yarardır¹⁰⁹.

Amaç konusu, bir kimsenin bedeninde doğuştan bulunan veya kendiliğinden ya da bir nedenden dolayı oluşan, kişinin dış görünüşünü bozan (ya da bozduğu düşünülen) deformasyon ya da sakatlıkların ortadan kaldırılması ya da bu bozuklukların kapatılarak

¹⁰⁴ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.13/1, 2.

¹⁰⁵ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.11: “Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.

Klasik metodların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce mutad tecrübe hayvanları üzerinde کافی derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilmesi için hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutad tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağının muhtemel bulunması şarttır.

Evvelce tecrübe edilmemiş olmakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir.”

¹⁰⁶ BAYRAKTAR, Hekim, s. 233; YENERER ÇAKMUT, s. 27; ÖZDEMİR, s. 42.

¹⁰⁷ SARIAL, s. 74; ÇİLİNGİROĞLU, s. 21.

¹⁰⁸ BAYRAKTAR, Hekim, s. 182; SARIAL, s. 74.

¹⁰⁹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 22.

kişinin daha güzel görünmesini sağlamak amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler olarak tanımlanan estetik amaçlı tıbbi müdahaleler¹¹⁰ bakımından tartışmalıdır.

Doktrinde estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde öngörülen amaç konusu, onarıcı müdahaleler¹¹¹ ve güzelleştirici müdahaleler¹¹² bakımından ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmiştir. Bu bağlamda onarma amacına yönelik estetik müdahalelerin tedavi amacına sahip olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur¹¹³.

Güzelleştirici müdahaleler bakımından ise durum tartışmalıdır. Bu konuda güzelleştirici müdahaleler, bedensel olmaktan çok ruhsal bir anomaliyi gidermeye yönelik müdahaleler ve salt güzelleştirme amaçlı müdahaleler olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmiştir.

Bu ayrıma göre, ilk gruptaki müdahalelerde, kişinin bedensel açıdan bir anormalliği olmamasına rağmen, kendisini mutsuz hissetmesi sebebiyle vücudunun güzelleştirilmesi amaçlanmaktadır¹¹⁴. Bu tür müdahalelerin hukuka uygun olmadığını ileri süren yazarlar, ancak bedensel bir deformasyonu gidermeye yönelik onarıcı mahiyetteki estetik müdahalelerin tedavi amacına sahip olduğunu, ruhsal anomalileri gidermeye yönelik müdahalelerin tedavi amacından yoksun olduğunu düşünmektedir¹¹⁵.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre, kişinin ruh ve beden sağlığının birbirlerinden ayırt edilemez bir bütündür. Bu düşünceye göre, kişinin vücudundaki çirkin ya da çirkin olduğuna inandığı bir görünümün, onun ruhsal bütünlüğüne verdiği zararı gidermeye yönelik müdahaleler de dolaylı da olsa tedavi amacını taşımaktadır¹¹⁶. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, bedensel ya da ruhsal bütünlüğün korunmasından ziyade, örneğin yalnızca ün kazanmak, gelirini artırmak, ya da zevk için yapılan

¹¹⁰ Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 165; AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 53; AYAN, s. 34; ÇİLİNGİROĞLU, s. 19; YENERER ÇAKMUT, s. 180; ÖZAY, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s. 23.

¹¹¹ Bir tavşan dudağın düzeltilmesi örneğinde olduğu gibi, kişinin bedeninde doğuştan olan ya da sonradan meydana gelen deformasyonların giderilmesine yönelik müdahaleler (Bkz. AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 52; ÇİLİNGİROĞLU, s. 20).

¹¹² Derinin gerginleştirilmesi örneğinde olduğu gibi yalnızca daha güzel bir dış görünüş kazandırmaya yönelik müdahaleler (AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 52; ÇİLİNGİROĞLU, s. 20).

¹¹³ AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 52; ÇİLİNGİROĞLU, s. 20; YENERER ÇAKMUT, s. 181.

¹¹⁴ ÖZAY, s. 25.

¹¹⁵ SARIAL, s. 75.

¹¹⁶ AYAN, s. 34; ÇİLİNGİROĞLU, s. 21; YENERER ÇAKMUT, s. 181.

müdahalelerin, taşıdıkları tehlikeler sebebiyle hukuka aykırı sayılması gerektiği ifade etmektedirler¹¹⁷.

Estetik müdahaleleri dolaylı da olsa tedavi amacı taşıması halinde hukuka uygun kabul eden görüşün karşısında ileri sürülen bir diğer görüşe göre, ruh sağlığını olumsuz etkilemese de yalnızca güzelleşmek ya da maddi kazancını arttırmak için yapılan müdahaleler de, tedavi amacı taşımamakla birlikte, hukuka uygun kabul edilmektedir¹¹⁸. Bu açıdan, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 13/f.3 hükmünden¹¹⁹, hekimin müdahalesi ile kişinin beden ve ruh sağlığında önemsiz sayılmayacak ölçüde bozulmaya yol açılmayacağını anlaşılmaması ve hükmün bu çerçevede yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır¹²⁰.

Bu konuda bizim görüşümüz de, estetik müdahalelerin hukuka uygun kabul edilmesi bakımından, tedavi amacının aranmasının gerekli olmadığı yönündedir. Günümüzde estetik müdahalelerin hukuki meşruiyet kazandığı açıktır. Bu tür müdahalelerin hukuka uygun müdahaleler olarak değerlendirilebilmesi için, tespiti ve kanıtlanması zor, ruhsal bütünlüğün bozulması halini ve dolaylı tedavi amaçlarını aramak, zorlama çözümler oluşturmak olacaktır. Bu sebeple, estetik müdahaleler, kişinin ruhsal ve bedensel bütünlüğünü önemli ölçüde zarara uğratmamak koşulu ile, tedavi amacı taşımasa dahi, hukuka uygun birer müdahale olarak değerlendirilmelidir.

D. Önleme

Kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik olası tehdit ve tehlikeleri uzak tutmak ve korumak amacıyla koruyucu sağlık hizmetleri sunulması da hukukten öngörölmüş amaçlardandır. Bu sebeple aşılama faaliyetleri gibi önleme amacı ile yapılan müdahaleler de birer tıbbi müdahaledir¹²¹.

¹¹⁷ SARIAL, s. 77; AYAN, s. 35; GÜRELLİ, Nevzat: “ Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan (1981-1982), İÜHFM, 1979-1980-1981, S. 1-4, C. XLV-XLVII, s. 271; ÇİLİNGİROĞLU, s. 21; YENERER ÇAKMUT, s. 182.

¹¹⁸ BAYRAKTAR, Hekim, s. 167; ERMAN, s. 202, 203; ÖZAY, s. 27.

¹¹⁹ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13/f.3: “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.*”

¹²⁰ ERMAN, s. 203.

¹²¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 18; YENERER ÇAKMUT, s. 37; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 25.

E. Nüfus Planlaması

Nüfus planlaması kavramı, 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun¹²², m.2/1’de düzenlenmiştir. Hükümde nüfus planlaması, kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları olarak tanımlanmıştır. Bu temel ilke, gebeliğin sonlandırılması (m.5) ve sterilizasyon ve kastrasyon (m.4) müdahalelerinin de temelini oluşturmaktadır¹²³. In vitro¹²⁴ fertilizasyon¹²⁵ (IVF)¹²⁶ ve embriyo transferleri¹²⁷ nin de hukuka uygun müdahaleler olarak değerlendirilebilmesinin temelinde nüfus planlaması amacı vardır.

Bu çerçevede, tedavi amacı taşımasa bile, hukuken öngörülmüş olduğundan nüfus planlaması amacına yönelik olarak, oral kontraseptif ilaç verilmesi, gebeliğin sonlandırılması amacıyla küretaj yapılması, birer tıbbi müdahale olarak nitelendirilecektir.

IV. TIP BİLİMİNCE GENEL KABUL GÖRMÜŞ İLKE VE KURALLARA UYGUN OLMASI

Hukuki açıdan yetkili kişilerce, hukuken öngörülmüş teşhis, tedavi, önleme ya da nüfus planlaması amacına yönelik de olsa, bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bu bağlamda, tıp bilimi tarafından genel

¹²² RG. 27.05.1983-18059.

¹²³ YURTCAN, Erdener: Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları, İstanbul 1990, s. 25.

¹²⁴ Latince kökenli “*in vitro*” terimi, cam tüp içinde, test tüpü içinde anlamına gelip, canlı vücudunda anlamına gelen “*in vivo*” terimi ile karşıt anlam taşımaktadır (Bkz. KOCATÜRK, s. 238).

¹²⁵ Fertilizasyon, spermatozoon (ovumu dölleme kudreti taşıyan olgun erkek cinsiyet hücresi, sperm) ile ovumun (erkek cinsiyet hücresi ile birleşme özelliği taşıyan olgun dişi cinsiyet hücresi, yumurta) birleşmesi, döllemedir (Bkz. KOCATÜRK, s. 162).

¹²⁶ “*IVF*” canlı vücudu dışında yapılan döllemeyi ifade etmektedir.

¹²⁷ “Embriyo” implantasyondan (döllelenmiş ovumun uterus duvarına tutunması) ikinci gebelik ayına kadarki devre içinde bulunan gebelik ürünü anlamına gelmektedir. Embriyodan evvel döllelenmiş ovum, sonraki dönemde fetüs olarak adlandırılmaktadır (KOCATÜRK, s. 136). Embriyo transferi, embriyonun uterus (rahim) içine yerleştirilmesidir.

kabul görmüş ilke ve kurallara uygunluk, tıbbi müdahalelerin unsurlarından biri olarak değerlendirilecektir¹²⁸.

Müdahalelerin tıbbi nitelik taşıması bakımından önem arz eden, tıp bilimine genel kabul görmüş olma ve tıp bilimin ilkelerine uygunluk unsuru, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında düzenlenmiştir¹²⁹.

Bu bağlamda tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına aykırı bir müdahale, teknik açıdan tıbbi müdahale olarak değerlendirilemeyeceği gibi, uygulayıcının sorumluluğuna gidilmesi durumu da söz konusu olacaktır¹³⁰.

Bir müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olup olmadığı değerlendirilirken, somut olayın özellikleri ile tıp biliminin o tarihte ulaştığı bilimsel ve teknik gelişmişlik düzeyine bakılmalıdır¹³¹.

V. HASTANIN AYDINLATILMIŞ ONAMININ BULUNMASI

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için aranan bir diğer unsur olan ve asıl çalışma konumuzu teşkil eden, hastanın aydınlatılmış onamının bulunması hususu aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

¹²⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 33; YENERER ÇAKMUT, s. 38. AYAN, tıbbi müdahalenin tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslara uygun olması gerekliliğini hukuka uygunluk şartı olarak derlendirmekle birlikte temelde aynı sonuca ulaşmaktadır (Bkz. AYAN, s. 12).

¹²⁹ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.13/1: “*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder...*”.

m.13/2: “*Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır*”.

¹³⁰ ÇİLİNGİROĞLU, s. 33; YENERER ÇAKMUT, s. 40.

¹³¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 34.

İKİNCİ BÖLÜM

AYDINLATILMIŞ ONAM KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ, ÖNEMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE HUKUKİ DAYANAKLARI

Ş1. AYDINLATILMIŞ ONAM KAVRAMI ve AYDINLATILMIŞ ONAM ÖĞRETİSİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

I. AYDINLATMA VE AYDINLATILMIŞ ONAM KAVRAMLARI

A. Genel Olarak

Kişi, kişilik hakkını oluşturan değerlerden olan vücut bütünlüğü değeri üzerinde mutlak bir hakka sahip olduğundan, bedeni üzerinde girilecek her türlü tecavüzü durdurma hakkı bulunmaktadır¹³². Bu sebeple kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği kişisel değerleri söz konusu olduğunda *onam*¹³³ kavramı bu kişisel değerlere yönelik müdahaleleri hukuka uygun hale getirmesi açısından büyük önem arz etmektedir¹³⁴.

Amacı teşhis, tedavi ya da korumaya ilişkin olsa da kişinin vücut bütünlüğü, hayatı, sağlığı gibi değerlerine yönelik yapılacak müdahalelerin hukuka uygun olması için kişinin onamı gerekmektedir¹³⁵. Tıbbi müdahaleler açısından hastanın ve/veya yasal temsilcisinin onamı, hem özel hukuk hem de ceza hukuku bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olmaktadır¹³⁶.

¹³² BAYRAKTAR, Hekim, s. 124; YENERER ÇAKMUT, s. 194.

¹³³ Latince kökü *sentire* olan *consent*-onam kavramı, anlaşma ve bir işi kabul etme anlamına gelmektedir (Bkz. KIYAK, Yahya: Lectures on Medical Ethics, İstanbul 1987, s.42). ERSOY'a göre, onam yeterli bilgiye sahip kişiyle yapılan anlaşma, bir işin yapılmasına karar verme, gönüllü anlaşma anlamına gelmektedir. Hekim-hasta ilişkisi bakımından onam ile kişi hekimi tıbbi müdahaleler bakımından yetkilendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERSOY, Nermin: "Aydınlatılmış Onam", Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: Ayşegül DEMİRHAN ERDEMİR, Özhan ÖNCEL, Şahin AKSOY), İstanbul 2003, s. 213 (Kısaltma: Onam).

¹³⁴ YENERER ÇAKMUT, s. 194.

¹³⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 103; HAKERİ, Hakan: "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlginin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S. 2, Y.2006, s. 32 (Kısaltma: Aydınlatma); YENERER ÇAKMUT, s. 223.

¹³⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 103; HAKERİ, Aydınlatma, s. 32; YENERER ÇAKMUT, s. 195.

Taşıdığı önem sebebiyle öncelikle bu kavramların anlamları üzerinde durulacaktır.

B. Kavram Olarak Aydınlatma, Aydınlatılma ve Aydınlatılmış Onam

Kişinin vücuduna yönelik tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılması için onamı gerekmektedir. Kişinin neye onam verdiğini bilmesi de onamının geçerli olması bakımından önem arz etmektedir ki, bu da ancak hastanın aydınlatılması ile mümkün olabilir¹³⁷.

ÖZSUNAY, hastanın aydınlatılması kavramının, hekimin tıp alanındaki uzmanlık bilgilerini aktarması olarak anlaşılmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Geniş anlamda *hastanın aydınlatılması*, hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri ile diğer tanı ve tedavi seçenekleri, meydana gelebilecek muhtemel sonuçları, ivediliği, söz konusu işlemlerin sosyal ve ekonomik açıdan hasta üzerinde oluşturabilecek etkileri ve işlemin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında bilgilendirmek olarak ifade edilebilir¹³⁸. Aydınlatma hastanın hizmeti alacağı kurum ve kuruluşlar ile kişilerden ne şekilde yararlanabileceği hususlarını da kapsamalıdır¹³⁹.

Ülkemizde “*aydınlatılmış onam*”¹⁴⁰ kavramı yerine “*bilgilendirilmiş onam*”, “*bilgilendirilmiş rıza*”, “*bilgilendirilmiş onay*” gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Ancak kullanılan bu terimler aydınlatılmış onamın anlamını sınırlandırmaktadır. Aydınlatılmış onam bilgilendirme ve onaydan daha ileri giderek,

¹³⁷ BAYRAKTAR, Hekim, s. 124; AYAN, s. 71; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 103; HAKERİ, Aydınlatma, s. 32; YENERER ÇAKMUT, s. 224.

¹³⁸ AYAN, s. 71; KÖPRÜLÜ, Ömer: “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İBD., Y.1984, C.58, S. 10-11-12, s. 594; ÖZSUNAY, Ergun: “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 32; ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s. 97; YENERER ÇAKMUT, s. 225, YAVUZ İPEKYÜZ, s. 90; SERT, Gürkan: Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, İstanbul 2004, s. 206; ÖZDEMİR, s. 97; SARITAŞ, Hatice: Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 57; KIZILYEL, Serkan: “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 211.

¹³⁹ SERT, s. 206.

¹⁴⁰ Amerikan Hukuku’nda bu kavram yerine “*informed consent*”, Alman Hukuku’nda “*Einwilligung nach Aufklärung*” terimleri kullanılmaktadır.

bilginin hasta tarafından anlaşılmış olmasını ve bu anlaşılmaya dayanarak hekimi yetkilendirmesi anlamlarını ihtiva etmektedir¹⁴¹.

Aydınlatılmış (informed) terimi, sahip olma ya da bilgilenme anlamına gelmekte olup, kısaca yapılacak müdahale konusunda hastaya bilgi vermek ve hastanın neye onama verdiğiinden haberdar olması şeklinde tanımlanabilir¹⁴².

Doktrinde hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olmak üzere, “*teşhis aydınlatması*”, “*süreç aydınlatması*”, “*riziko aydınlatması*” gibi kavramlar ortaya çıkmıştır.

“*Teşhis aydınlatması*” hekimin yapılan muayene neticesinde elde ettiği bulguları, hastaya açıklamasıdır. Var olduğu teşhis edilen hastalığa ilişkin olarak önerilen tedavinin uygulanmaması halinde (hastalık tedavi edilmediği takdirde) meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar ile ilgili olarak yapılacak aydınlatma da “*süreç aydınlatması*” olarak tanımlanmaktadır¹⁴³.

Alman Hukuku’nda “*tedaviye ait ya da güvenlik aydınlatması*” olarak zikredilen aydınlatma, hastanın tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirilmesi ile hastanın iyileşmesi ya da sağlığını tehlikeye sokacak durumların önlenmesinin sağlanması açısından gerekli yolların hastaya anlatılmasıdır¹⁴⁴.

Hastanın kendisine uygulanması planlanan tıbbi müdahale sırasında ya da sonrasında meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar konusunda aydınlatılması da “*riziko aydınlatması*”dır¹⁴⁵.

Alman Yüksek Mahkemesi’nin riziko aydınlatması konusundaki kararları önemli bir yere sahiptir. Alman yargı kararlarında, olası bir sınırın altında kalacak

¹⁴¹ ERSOY, Onam, s. 213. Bu bakımdan çalışmamızda daha kapsamlı bir kavram olduğuna inandığımız aydınlatılmış onam terimi kullanılacaktır.

¹⁴² KIYAK, s.42; ERSOY, Onam, s. 213.

¹⁴³ AYAN, s. 71; OZANOĞLU, s. 66; ÖZDEMİR, s. 97; ÖZKAN, s. 100.

¹⁴⁴ OZANOĞLU, s. 68; FISCHER, Gerfried (Çev: Efe DİRENİSA): “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S. 2, Y.2006, s. 4.

¹⁴⁵ AYAN, s. 71; OZANOĞLU, s. 67; ÖZKAN, s. 100.

risklerin aydınlatma yükümlülüğüne istisna teşkil etmesini önlemek bakımından -FISCHER 'in de tutarlı bir yaklaşım olarak değerlendirdiği üzere- herhangi bir sınır öngörülmemiştir. Somut bir olayda, Alman Temyiz Mahkemesi, çocuk felci aşısı sonrasında, bu aşı nedeniyle çocuk felcine yakalanan çocuğun, genel olarak enfeksiyona yakalanma riski 1/15.500.500 olmasına rağmen, aydınlatılmamış olmasını yerinde bulmamıştır¹⁴⁶.

Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan “*Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı*”nda bilgilendirme kavramının, bireyin sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbi müdahale ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemeyen acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesini ifade ettiği belirtilmiştir (m.4/b).

Literatürde aydınlatılmış onam kavramına ilişkin birden fazla tanım yapıldığı, ancak bu tanımların genellikle aynı öğeleri barındırdığı ve anlam bakımından benzerlikler taşıdıkları görülmektedir.

Aydınlatılmış onam, bazı yazarlar tarafından, tıbbi müdahalenin biçimi, faydaları, alternatifleri ve riskleri hakkında hastanın bilgilendirilip rızasının alınması olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁷. Bir diğer tanıma göre aydınlatılmış onam, yeterli olan hastaya, planlanan tıbbi işlemi açıklamak, hastayı tedavi ile ilgili zararları, tehlikeleri konusunda uyarmak ve hastanın akıllıca, aydınlatılmış seçim yapmasına olanak sağlamaktır. Bu kavramın hastanın kendi hakkında karar verme hakkına sahip olması sebebiyle, tedavisini bilme ve onama hakkı, hastanın onam vermesini sağlayacak bilgiyi alması, önerilen müdahalenin biçimi, tehlikeleri, faydaları, seçenek tedaviler ile bu seçenek tedavilerin faydaları ve tehlikeleri hakkında hekim tarafından yapılan yeterli

¹⁴⁶ Bkz. FISCHER, s. 9.

¹⁴⁷ KARATAŞ, Mehmet/GÖRKEY, Şefik: “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam”, Türkiye Biyoetik Derneği, II: Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı, (Editörler: Berna ARDA, Recep AKDUR, Erdem AYDIN), Kapadokya 18-20 Ekim 2001, s. 483.

açıklamadan sonra hasta tarafından tıbbi müdahaleyi istekle ve baskı altında kalmadan kabul etmek olarak da ifade edildiği görülmektedir¹⁴⁸.

Kanaatimizce *aydınlatılmış onam* kavramını, hastayı, hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri ile diğer tanı ve tedavi seçenekleri, meydana gelebilecek muhtemel sonuçları, zamanı, söz konusu işlemlerin sosyal ve ekonomik açıdan hasta üzerinde oluşturabilecek etkileri ve işlemin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında bilgilendirmek ve bu kapsamlı bilgilendirmenin hasta tarafından yeterince anlaşıldığına dayanarak, hastanın serbest iradesiyle önerilen tanı ya da tedavi yönteminin yapılmasını bilinçli ve gönüllü olarak kabul etmesi şeklinde ifade etmek mümkündür.

Bu tanım doğrultusunda aydınlatılmış onamın, bilginin açıklanması, bilginin hasta ve/veya yasal temsilcisi tarafından anlaşılması, onam verme ehliyetine sahip olarak bilinçli ve serbest iradesiyle işlemin yapılmasını kabul etme öğelerinden oluştuğunu söylemek mümkündür¹⁴⁹.

II. AYDINLATILMIŞ ONAM ÖĞRETİSİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Hekimlik uygulamalarının, insanlık tarihi kadar eski olduğu bilinmektedir. Tarihi süreç içinde, hekimlerin faaliyetlerinin, zamana ve uygarlık seviyesine bağlı olarak gelişen şekilde düzenlendiği, sorumluluklarının belirlendiği belgelere rastlanmaktadır¹⁵⁰.

Tarihi süreçte her uygarlık döneminde, aydınlatılmış onam ile ilgili açık bir hukuki düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ancak gösterdiği yakın ilişki nedeniyle çalışmamızın bu bölümünde, hekimlerin sorumluluğu konusundaki düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu çerçevede kronolojik sıra gözetilerek hekim sorumluluğu ve aydınlatılmış onam konusundaki tarihi gelişim aşağıda incelenmiştir.

¹⁴⁸ ERSOY, Onam, s. 213.

¹⁴⁹ ERSOY, Onam, s. 214.

¹⁵⁰ BAYRAKTAR, Hekim, s. 41; SERT, s. 207.

B. Tarihi Gelişim

Tarihin ilk dönemlerinde insanlar, hastalıkların alışılagelmiş sebeplerden ileri geldiğini kabul etmemiş, hastalığın tabiatüstü varlıklardan ileri geldiğini düşünmüşlerdir. Bu sebeple de, hastalıkların vücuttan atılması için, büyü ya da kötü ruhun vücuttan atılması gerektiğine inanmışlardır¹⁵¹.

Eski Mezopotamya'da Sümerlerin çivi yazısını bulmaları, tıp alanında da akılcılığın ön plana çıkmasına yol açmıştır. Bu döneme ilişkin yapılan kazılarda bulunan cerrahlıkta kullanıldığı düşünülen bıçaklar ve hekim mührü Sümerlere ilişkin tıp uygulaması hakkında fikir verici niteliktedir¹⁵².

Eski Mezopotamya uygarlıklarında “asu” adı verilen, dini faaliyetlerle birlikte, bitkilerin ilaç olarak kullanılması, cerrahi müdahalelerin yapılması işlerini yürütenlerin sorumluluklarının, başta Hammurabi Kanunları (M.Ö. 1800-1790) olmak üzere çeşitli metinlerde düzenlendiği bilinmektedir¹⁵³. Babil Kralı Hammurabi'nin Kanunlarında yer verdiği hekimlerin ve cerrahların tıbbi faaliyetlerinde göstermesi gereken özen ve dikkat ölçüsü hakkındaki düzenlemeler büyük önem taşımaktadır¹⁵⁴.

Hammurabi Kanunları'nın 215 ile 223 arasındaki maddelerinde, hekimlerin faaliyetleri düzenlenmiştir¹⁵⁵. Bu hükümlerde hekimin sorumluluğu bakımından, kusurun değil, ortaya çıkan sonucun dikkate alındığı görülmektedir¹⁵⁶. Hastanın tıbbi bir müdahale neticesinde hayatını ya da gözünü kaybetmesi halinde, hekim için sert cezalar öngörülmüştür¹⁵⁷. Hammurabi Kanunları'nda bir tıbbi

¹⁵¹ ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s. 31-32.

¹⁵² ÖZDEMİR, s. 32.

¹⁵³ BAYRAKTAR, Hekim, s. 42; ERSOY, Nermin: Cerrahi Tedavide Hastanın Aydınlatılması ve Aydınlatılmış Onam (Rıza) nın Alınması İle İlgili Etik Sorunlar”, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 1991, s. 4 (Kısaltma: Etik Sorunlar); SERT, s. 207; POLAT, Oğuz: Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Ankara 2005, s. 71.

¹⁵⁴ ERSOY, Nermin: “Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, C.3, S. 1 Nisan 1995, s. 2 (Kısaltma: Gelişimi); ÖZDEMİR, s. 33.

¹⁵⁵ BAYRAKTAR, Hekim, s. 42; YENERER ÇAKMUT, s. 56. Düzenlemenin 215, 216, 217, 221, 222 ve 223. maddeleri, hekimlerin hastayı iyileştirmeleri halinde hak kazanacakları ücrete ilişkin, 218-220. maddeleri ise hekimlerin sorumluluğu ile ilgili hükümlerden ibaretti (Bkz. BAYRAKTAR, s. 42).

¹⁵⁶ BAYRAKTAR, Hekim, s. 42; ERSOY, Onam, s. 4; YENERER ÇAKMUT, s. 56; SERT, s. 207; POLAT, s. 72.

¹⁵⁷ YENERER ÇAKMUT, s. 56. Hammurabi Kanunları 219. maddesine göre, hekim birisine bronz bir neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürür ya da gözünü harabederse, iki eli kesilecektir. Ancak hekim

müdahalenin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, zarar görenin onamı, yalnızca ölüm ya da göz kaybının olmadığı hallerde dikkate alınmıştır¹⁵⁸.

Hitit Uygarlığı'nda hekimlerle ilgili düzenlemelerin, hak edecekleri tedavi ücretleri ile ilgili olduğu görülmekte olup, hekim sorumluluğuna ilişkin hukuki metinlere rastlanmamaktadır¹⁵⁹.

Eski Hint Uygarlığı'nda Manu ve Zoroastre Kanunları'nda hekim sorumluluğu daha geniş şekilde düzenlenmiş, hekim sorumluluğu ilk defa kötünîyet ve dikkatsizlik gibi kavramlarla kusura dayandırılmıştır¹⁶⁰. Manu Kanunları'nda hekimler ya da cerrahlar için para cezaları öngörülmüşken, Zoroastre Kanunları'nda yetersiz olan hekimlerin parçalanıp öldürülmesi hükme bağlanmıştır¹⁶¹.

Eski Mısır Uygarlığı'nda tıp kurallarını içeren bir kitap¹⁶² oluşturulmuş ve hekimlerin bu kitapta yazılı kurallara uygun davranmaması halinde sorumlu olacağı düzenlenmiştir¹⁶³. Söz konusu düzenlemelere göre, hastanın zarar görmesi halinde, belirlenen bu kurallara uymayan hekim, kusuru olsa da olmasa da, sorumlu tutulacaktır¹⁶⁴. Eski Mısır Uygarlığı'ndaki bu düzenleme ile tıp kurallarının ilk defa yazılı hale getirilmiş olması büyük bir gelişme olarak nitelendirilmektedir. Ancak sorumluluğun yalnızca kurallara uyulmamakla tespit edilmesi, adeta kurallara uymamanın kusurluluk olarak nitelendirildiği gerekçesi ile eleştirilmiştir¹⁶⁵.

Eski Yunan'da hekimliğin yalnızca özgür kimseler tarafından icra edilmesine izin verilmiş ve Atina dışında hekimlik konusunda öğrenime önem verilmemiştir.

bir köleye bronz bir neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürürse, onun yerine efendisine bir köle verecek (m.220), gözünü harabederse, kölenin bedelinin yarısını ödeyecektir (m. 221) (Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 42; YENERER ÇAKMUT, s. 56, dn.5).

¹⁵⁸ YENERER ÇAKMUT, s. 57.

¹⁵⁹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 43.

¹⁶⁰ SERT, s. 207; POLAT, s. 72.

¹⁶¹ ERSOY, Etik Sorunlar, s. 4.

¹⁶² Bu kitap, her hastanın iyileşmesinden sonra “Canope” ya da “Memphis” adı verilen tapınağa giderek hastalığını, belirtilerini, kendisine uygulanan tedaviyi anlatmaları sonrasında, tıpla ilgilenen din adamlarının duydukları bilgileri toplamalarıyla oluşmuştur (Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 44).

¹⁶³ BAYRAKTAR, Hekim, s. 44; SERT, s. 207; POLAT, s. 72.

¹⁶⁴ ERSOY, Etik Sorunlar, s. 4.

¹⁶⁵ BAYRAKTAR, Hekim, s. 44.

Atina’da basit de olsa bir tıp eğitimi zorunlu tutulmuş ve hekimlik, rahiplerin ve sihirbazların tekelinden çıkarılmıştır¹⁶⁶.

Hipokrat, tıp alanında bilimsel bilgiyi ön plana çıkardığı bilinen ilk hekimlerdendir. Ayrıca hekimlik mesleği uygulamalarını da etik bir zemine oturttuğu ve hasta hekim ilişkisinin gelişimine yön verdiği bilinmektedir. Adıyla anılan yeminde yer alan ifadeler de tıp etiği ve hasta hekim ilişkisi açısından önemli bir yere sahiptir¹⁶⁷. Hipokrat ve kendisini izleyen hekimler tarafından hekim sorumluluğuna ilişkin ilk temellerin atıldığı bilinmektedir¹⁶⁸. Hekimin dikkatsizliği ve ihmalden ilk olarak Atina’da bahsedilmeye başlanmıştır.¹⁶⁹

Hipokrat ve kendisini izleyen hekimlerce ortaya atılan bu görüş, Platon tarafından eleştirilmiştir. Platon, eserlerinde, hekimin sorumsuz olması gerektiğine yer vermiştir. Zamanla kendisinden sonra gelen düşünürler tarafından bu görüş geliştirilmiş, hekimin yerleşmiş bazı tıp kurallarına uymaması halinde sorumlu olacağı, kural olarak kabul edilmiştir¹⁷⁰.

Roma Hukuku’nda, Eski Yunan’dakinin aksine, hekimlikle köleler uğraşmış, özgür kimselerin hekimlik yapması uygun görülmemiştir. Bu dönemde tıp öğrenimine de önem verilmemiştir. Ancak buna rağmen, hekimlik faaliyetleri yakından izlenmiştir¹⁷¹. Roma Hukuku’nda hekimlikle ilgili kurallara XII Levha Kanunları’ndan itibaren rastlanmaktadır. Roma Kanunlarında hekimlerin ihmal ve acemiliklerinden dolayı sorumlu olacakları düzenlenmiştir¹⁷². Hekimlerin acemiliği, bilgisizliği, ihmali gibi durumlar, ilk defa Roma Hukuku’nda ağır ihmal (*culpa lata*) olarak nitelendirilmiştir¹⁷³.

¹⁶⁶ BAYRAKTAR, Hekim, s. 44.

¹⁶⁷ KÖK, Biyotıp, s. 116.

¹⁶⁸ Hipokrat tarafından ortaya konan bu kurallara göre, hekimler hastalarını ihmal etmeyecek, hastasına dikkatle yaklaşacak, kadınların çocuk düşürmesine sebep olacak fiillerde bulunmayacak ve hastasına zehir vermeyecekti (Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 45).

¹⁶⁹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 44, 45; SERT, s. 208; POLAT, s. 73. Eski Yunan hukukundaki, bazı kusurluluk halleri ile sorumluluk kavramının birlikte değerlendirilmeye başlanması, tarihi süreç içerisindeki önemli bir gelişmedir (Bkz. ERSOY, Etik Sorunlar, s. 4).

¹⁷⁰ BAYRAKTAR, Hekim, s. 45.

¹⁷¹ ÖZDEMİR, s. 34.

¹⁷² BAYRAKTAR, Hekim, s. 46, 47; SERT, s. 208.

¹⁷³ ERSOY, Gelişimi, s. 2; ERSOY, Etik Sorunlar, s. 4.

Günümüzde de geçerli olmakla birlikte aynı nitelikte ve etkinlikte olmayan “*Volenti non fit inuria*” “rıza gösterene yapılan fiil haksızlık oluşturmaz” kuralı, Roma Hukukunda önemli bir yer teşkil etmiştir¹⁷⁴. Bu kural, başlangıçta yalnızca şahsiyete tecavüz (*inuria*) bakımından -dar anlamda- anlaşılırken, zaman içinde hekimlik faaliyetleri ile ihlal edilme ihtimali bulunan sağlık, yaşam gibi tüm kişilik haklarının ihlali durumlarını da kapsayacak şekilde gelişme göstermiştir¹⁷⁵.

Cermen Kavimleri’nde de hekimlik faaliyetleri ile ilgili hukuki düzenlemelerin mevcut olduğu görülmektedir. Cermen Kavimleri’ndeki kanunlarda, hekimlerin bazı özel fiilleri ile ilgili özel düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerden biri, hekimlerin, yanında kocası ya da ebeveyni olmayan bir kadının kanını alamayacağına ilişkindir. Hekimin ancak zorunluluk halinde bu kurala aykırı hareket edebileceği, kuralın zorunluluk dışında ihlali halinde tazminat ödemeye mecbur bırakıldığı düzenlenmiştir¹⁷⁶.

Bu düzenlemelerden, hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için, kusurunun arandığı ve ıstırar hali olarak nitelenebilecek durumlarda hekimin sorumluluktan kurtulabileceği sonucuna varılmaktadır.

Cermen Hukuku’nda Roma Hukuku’ndaki *volenti non fit inuria* kuralı genel olarak kabul edilmiştir. Önemli bir kanun çalışması olarak nitelendirilen “*Constitutio Criminalis Carolina*”da zarar görenin onamı ile gerçekleştirilen bir fiilin suç teşkil etmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır¹⁷⁷.

Hristiyanlık’ta, hekimin sorumluluğuna ilişkin olarak, İncil’de herhangi bir düzenleme bulunmamakta olup, bu konuya ilişkin düzenlemeler din adamlarının düşünceleri ile ruhani meclislerin kararlarından ibarettir. Kilise Hukuku’na göre

¹⁷⁴ YENERER ÇAKMUT, s. 55.

¹⁷⁵ Roma Hukuku’nda var olan, kamuya karşı işlenen suçlar, özel hukuka ilişkin haksız fiiller ayrımında, onamın kural olarak özel hukuk alanıyla sınırlandırılması görüşü hakimdi (Ayrıntılı bilgi için bkz. YENERER ÇAKMUT, s. 57 vd.)

¹⁷⁶ BAYRAKTAR, Hekim, s. 49; ERSOY, Etik Sorunlar, s. 4.

¹⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. YENERER ÇAKMUT, s. 62 vd.

hekimler, hastalarını dikkat ve fedakarlıkla tedavi etmelidir. Hekimler bilgisizlik ve ihmallerinden dolayı sorumludurlar¹⁷⁸ .

Kanonik Hukuk olarak isimlendirilen ve yeryüzünde ilahi hukuku oluşturup, ilahi düzen yaratma ideali üzerine kurulu *Katolik Kilisesi Hukuku*, kişinin bedeni üzerindeki eylemler bakımından da oldukça tutucu bir yaklaşım sergilemiştir. Bu dönemde akli sağlığı yerinde olan bir kimsenin intihar girişiminde bulunması halinde, ona intihar suçu nedeniyle mahkumiyet hükmü verilmiştir. Bu sebeple, Katolik Kilisesi Hukuku'nda, kişinin rızasının hukuka aykırılığı kaldıran bir kurum olmadığı yorumu yapılmıştır. Katolik Kilisesi Hukuku'nda, kişinin onamıyla öldürme ya da yaralama hali ile kastrasyon ve kısırlaştırma istisnasız olarak yasaklanmıştır¹⁷⁹ .

İslam Hukuku'nun önemli kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'te insan sağlığı, hastalık ve tedavi ile ilgili genel hükümler bulunmakta olup, insanların hastalık karşısında kaderci bir tutum sergilememeleri gerektiği vurgulanmıştır. Bu kaynaklarda hekimlerin sorumluluğuna ilişkin kurallara rastlanmamakla birlikte, bir Hadis'te, hekim olmayan bir kimsenin ya da yeterli bilgisi olmayan hekimin bir kimseye uyguladığı tıbbi müdahale nedeniyle zarar vermesi halinde sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. İslam Hukuku'nda hekimlerin hekimlik faaliyetleri neticesinde ücrete hak kazanacağı ve hekim olmayan kimselerin yapmış oldukları eylemler sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu olacakları düzenlenmiştir. İslam Hukuku'nda hekimin sorumluluğu hukuk uygulaması ile oluşturulmuştur¹⁸⁰ .

İslam Hukukunda, hekimlerin faaliyetlerini korkmadan yerine getirmeleri, tıp biliminin gelişimini engellemek amacıyla herkesin eyleminin neticesinden sorumlu olacağı genel kuralından uzaklaşmış ve hekimlerin sorumlu tutulmaması için bazı şartlar öngörülmüştür; hastanın onamı ve hekimin kusursuzluğu¹⁸¹ . Bu şartların varlığı

¹⁷⁸ BAYRAKTAR, Hekim, s. 49, 50; ERSOY, Etik Sorunlar, s. 5; ERSOY, Onam, s. 205; SERT, s. 208.

¹⁷⁹ YENERER ÇAKMUT, s. 60 vd.

¹⁸⁰ BAYRAKTAR, Hekim, s. 50, 51, YENERER ÇAKMUT, s. 77.

¹⁸¹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 50, 51; ERSOY, Gelişimi, s. 2; BAYAT, Ali Haydar: Şeriye Sicilleri ve Tıp Tarihimiz, I Rıza Senetleri, II: Türk Tıp Tarihi Kongresinden Ayrı Basım, Ankara 1999, s. 40; ERSOY, Etik Sorunlar, s. 5; ERSOY, Onam, s. 204; YENERER ÇAKMUT, s. 77; SERT, s. 208. BAYAT ve YENERER ÇAKMUT, hekimin kusursuzluğu şartı yerine, bu kavramı açarak hekimin mesleğinde bilgi ve ehliyet sahibi olması ve yapılacak müdahalenin dönemin bilimsel ölçüleriyle bağdaşır olması şartlarının arandığını ifade etmiştir (Bkz. BAYAT, s. 40; YENERER ÇAKMUT, s. 77).

halinde hekim meydana gelen neticeden sorumlu tutulmayacak, mutlak sorumsuz olarak değerlendirilecektir¹⁸². İslam Hukuku'ndaki bu uygulama ile hastanın onamının alınması önem arz eden bir konu olarak gündeme gelmiştir.

Karahanlılar döneminde Yusuf Has Hacıp tarafından yazılan Kutadgu Bilig'de hekimlerden de söz edilmiş ve hekimlerin doğru, çalışkan ve fedakar olmasının beklendiği belirtilmiştir. Karahanlılar döneminde otacı ve efsuncu olmak üzere iki tip hekim mevcuttur. Bu dönemde mistik inanışlar ve uygulamalar dışında pozitif tedavi uygulamalarının mevcut olduğu anlaşılmaktadır¹⁸³.

Osmanlı İmparatorluğu'ndan önceki döneme ilişkin kaynaklarda, hastaları tedavi etmeye çalışan Şamanların hastalara zarar vermesi halinde cezalandırılacağı, ***Selçuklu ve Anadolu Selçuklu Dönemi***'nde de yetersiz kimselerin hekimlik yapamadığına, çeşitli bölgelerde sağlık kuruluşlarının kurulduğuna, konsültasyon yapmanın yaygın bir gelenek olduğuna, kalp ve ateş kontrolü, idrar muayenesi gibi tanı yöntemlerinin ilerlemiş olduğuna ilişkin bilgilere ulaşılmaktadır¹⁸⁴.

Osmanlı İmparatorluğu'nda Tanzimat Dönemi'ne kadar hekimlikle ilgili düzenlemeler, Padişah fermanları ve hekimbaşların fermanlarından ibarettir. İslam Hukukuna paralel olarak Osmanlı Hukukunda, hekimin sorumluluğuna ilişkin olarak hastanın onamı üzerinde önemle durulmuştur¹⁸⁵. Hastanın onamının bulunduğu hallerde hekimin sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin olarak Şer'îye Mahkemelerince verilmiş bazı kararlar¹⁸⁶ önem arz etmektedir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda deontolojik açıdan hekimlerin dürüst, alçakgönüllü olması gerektiğinden, aydınlatma yükümlülüğünün bir yansıması olarak sorulan soruları

¹⁸² BAYRAKTAR, Hekim, s. 51; ERSOY, Etik Sorunlar, s. 5; YENERER ÇAKMUT, s. 77.

¹⁸³ ÖZDEMİR, s. 36.

¹⁸⁴ BAYRAKTAR, Hekim, s. 60; ÖZDEMİR, s. 37; POLAT, s. 73.

¹⁸⁵ BAYRAKTAR, Hekim, s. 60; ERSOY, Onam, s. 204; YILDIRIM, Nuran: "Tarihimizden Malpraktis Olguları", Türkiye Biyoetik Derneği, II: Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı, (Editörler: Berna ARDA, Recep AKDUR, Erdem AYDIN), Kapadokya 18-20 Ekim 2001, s. 187; BAYAT, s. 40; SERT, s. 209.

¹⁸⁶ Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 61, dn.99.

güzel bir şekilde cevaplandırması gerektiğinden bahsedilmiş ve hastanın zor anlayacağı hususların yakınlarına açıklanması önerisinde bulunulmuştur¹⁸⁷.

Osmanlı İmparatorluğu'nda devletin kuruluşu ile başlayan ve en gelişmiş halini 16. yüzyılda kazanan adalet teşkilatı, 1924 yılında Şer'îye Mahkemelerinin kapanmasına kadar devam etmiş ve bu süreçte yüz binlerce şer'î sicil kaydı tutulmuştur. Şer'îye sicil kayıtlarında senet, satış, dava, kefalet, nikah, borçlanma, noter hizmetleri, belediye hizmetleri, resmi makamların emir ve yazı suretleri, yangın, sel, deprem gibi kayıtların yanında, tıp tarihine ilişkin düzenli kayıtlar tutulmuş olup, bu kayıtların kültür ve tıp tarihimiz açısından önemli kaynaklar olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁸. Söz konusu kayıtlarda yapılan incelemelerde, bazı hastalıkların tedavileri, salgınlar ve alınan tedbirler, hastanelerin inşası, hekim ve cerrahlar ile hastalar arasında düzenlenen rıza senetleri gibi hususların yer aldığı tespit edilmiştir¹⁸⁹.

Bir İslam Hukuku uygulaması olan Osmanlı Hukuku'nda da hekimin sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulmaması için, bilgili ve ehliyetli olma, tedavide belli bir ölçüyü aşmama ve hastanın önceden izin vermiş olması şartlarının arandığı görülmektedir¹⁹⁰.

Tıp tarihimiz açısından büyük önem taşıyan rıza senetlerinde, cerrahlar ile ameliyat olacak hastalar ya da hekim ile tehlikeli bir tedaviyi gerektiren bir hastalığa sahip olan hastalar arasında, tedaviden önce, kadı ve şahitler huzurunda, sonucun kötü olması halinde hekim ve cerrahın sorumlu olmayacağı hususlarının düzenlendiği görülmektedir¹⁹¹.

¹⁸⁷ ERSOY, Etik Sorunlar, s. 5.

¹⁸⁸ BAYAT, s. 39-40.

¹⁸⁹ ERSOY: Gelişimi, s. 2; BAYAT, s. 40; ERSOY, Etik Sorunlar, s. 5.

¹⁹⁰ BAYRAKTAR, Hekim, s. 61; BAYAT, s. 41; ERSOY, Onam, s. 204.

¹⁹¹ BAYAT, s. 40, 41; ERSOY, Etik Sorunlar, s. 5; YENERER ÇAKMUT, s. 78.

Rıza senetlerinin hastanın yazılı ve sözlü onamı yeterli görülmeyle, sonradan çıkabilecek anlaşmalıkların önlenmesi için şahitler ve kadı huzurunda düzenlenmesi hususu dikkat çekicidir¹⁹².

20. yüzyıldan itibaren onam kavramı ve onam elde edilmesi konusundaki görüşler önemli ölçüde değişime ve gelişime uğramıştır.

Aydınlatılmış onam öğretisinin, *Anglo-Amerikan Hukuk* biliminin iki temel ilkesi olarak kabul edilen, güvene dayalı ilişki ve bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı ilkelerinin bir gelişimi olarak ortaya çıktığı ve aydınlatılmış onam alınmasının insan onuru ve vücut bütünlüğü gibi değerleri korumayı amaçladığı ileri sürülmektedir¹⁹³. Bu döneme ilişkin olarak aydınlatılmış onam alınması konusundaki ilk düzenlemeler, İngiliz Medeni Kanunu kaynaklı Amerikan Medeni Kanunu'nda yer almıştır. 1767'ye kadar hekimlerin hastalarından uygun onam almayarak kanunu ihlal ettiklerine dair kayıtlar bulunduğu ileri sürülmektedir¹⁹⁴.

Hastasından uygun onam almamasında ihmali bulunduğu gerekçesi ile hekim hakkında açıldığı bilinen ilk dava, 1767'de Amerika Birleşik Devletleri'ndedir. Ancak ilk kez 1950'li yıllarda Amerikan Wisconsin Üniversitesi Hukuk Profesörü McCoid tarafından değerlendirilen bu olayda, dava aydınlatılmış onam alınmamasından ziyade hekimin ihmali olarak ele alınmıştır¹⁹⁵. McCoid, Amerikan Hukuku'nda hastasından

¹⁹² “Medine-i Karahisarsahip mahallatından Arap mahallesi sükkanından Mehmed bin elhac Musa nam kimesne meclis-i şerife hazır olup cerrah taifesinden üstad Mehmed bin nam kimesne mazharında ikrar ve takrir-i kalam edip oğlum işbu hazır-ı bil’l meclis Recep nam sağırin kasığına taş olup, merhum Mehmet zikrolunan taşı yarıp çıkarmada ehl olup ve nicesinin yarup çıkarmakla bi emrillahi teala helas olmakla sağır-i mezburun kasığında olan taşı dahi yarıp çıkarmağa teahhüd eylemiştir. Lakin eğer oğlum ol cerahatten fevt olma ihtimali olursa dem deynine müteallik merhum Mehmet’ten vesair bie fertten da’va ve talebi’m yoktur dedikte gibbe’t-tastike’l-vicahi muvafeka bi’t-ta leb ketbolundu. Sene 1072/1661 (7,9)” (Naklen, BAYAT, s. 42).

“Vilayet-i Rumeli’de Mahmiye-i Edirne sükkanından Kiti veled-i Yorgi nam zımni meclis-i şerde mahalle-i cedide sükkanından Deniz bin Gazi mahzarında, ikrar ve itiraf edüp hala ben fituk arızasına müptela olup muacele muhtaç olmağın mezbur Deniz bana ilaç etmek için beş yüz akçe peşin verip ikiyüz akçesi ba’de’l-ifaka vermeğe müteahhid oldum. Eğer hin-i mübaşeretide bu mualeceden bi emrillahmürd olursam veresemden ve aher dahi dem-i diyetime müteallika dava ve taleb eylemeyenler dedikte mukırr-ı mezbur Kiti’den sudur eden ikrarı mezbur Deniz bi’l muvacehe kabul eylemeğın bi’t-taleb ketb olundu. 12 Ramazanli sene 1028/1619) (Naklen, BAYAT, s. 45). Rıza senetleri örnekleri için ayrıca bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 61, dn.99; BAYAT, s. 42 vd.

¹⁹³ ERSOY, Onam, s. 205.

¹⁹⁴ ERSOY, Etik Sorunlar, s. 7.

¹⁹⁵ ERSOY, Onam, s. 205; SERT, s. 210.

onam almayan hekimin sorumlu tutulabilmesinin resmileşmesini 1900’lü yılların başındaki belli başlı bazı olgulara dayandırmaktadır¹⁹⁶.

1905 *Mohr-Williams Davası*na konu olayda, Ann Mohr adındaki hasta, sağ kulağında yapılacak cerrahi müdahaleye onam vermiş, ancak cerrah Williams, hasta anestezi altındayken sağ kulağından ziyade sol kulağının tedaviye gereksinimi olduğuna karar vererek Mohr’un sol kulağına müdahalede bulunmuştur. Müdahaleden sonra hasta, hekim hakkında, kendisinden alınan onamın sağ kulağa ilişkin olduğu, sol kulağın tedaviye ihtiyacı olduğu konusunda açıklama yapılmadığı gerekçesi ile dava açmıştır. Bunun üzerine hekim, sol kulak üzerinde başarılı bir müdahale gerçekleştirildiği ve hastaya daha yararlı olduğuna ilişkin savunmada bulunmuştur. Mahkeme *yetkilendirilmemiş dokunma* olarak değerlendirdiği bu cerrahi müdahaleyi hastaya saldırı olarak değerlendirmiştir. 1914 tarihli *Schloendorff Davası*nda¹⁹⁷, ilk kez onam için gerekli olan *yeterlilik* kavramı üzerinde durulmuştur. Söz konusu olayda mahkeme, her yetişkin ve vasat akıldaki insanın kendi vücudu üzerinde ne yapılacağını belirleme hakkına sahip olduğunu ve hastasından onam almayan hekimin yaptığı müdahalenin, zararlarından sorumlu olacağı bir saldırı niteliğini taşıdığını hükme bağlamıştır. 1918’de görülen *Hunter-Burroughs Davası*nda, aydınlatılmış onamın açıklama ve gönüllülük yönleri üzerinde durulmuş, yapılacak müdahalelerde *hastanın karar sürecine katılmasının* önemi vurgulanmıştır. 20. yüzyılın başından ortalarına kadar görülen bu davalarda, hekimlerin sorumluluğu, hastaya yetkisiz dokunmasına bağlanmış ve hastanın aydınlatılmış onamının hekim üzerinde yetki yaratmayacağı kanaatine varılmıştır. 1950’li yıllarda ise McCoid, asıl sorunun hastanın aydınlatılmasında gösterilen ihmalin olduğunu ileri sürerek, yeni bir bakış açısı oluşturmuştur. 1957 *Salgo-Stanford Üniversitesi Davası*nda¹⁹⁸ ilk kez aydınlatılmış onam terimi kullanılmış ve aydınlatılmış onam alınırken hangi hususların açıklanması gerektiği konusuna açıklık getirilmiştir. Mahkemenin Hunter-Burroughs davasını dayanak gösterdiği davada mahkeme, hekimin hastaya kendi hakkında karar verirken etkili olacak, müdahalenin yararları, sakıncaları konularında açıklama yapma ve

¹⁹⁶ ERSOY, Etik Sorunlar, s. 7; ERSOY, Onam, s. 205; SERT, s. 210.

¹⁹⁷ New York Hastanesi’ne karşı açılan bu davada, Hakim Cardoza tarafından verilen bu karar, klasik onam öğretisi bakımından önem taşır niteliktedir (ERSOY, Etik Sorunlar, s. 7).

¹⁹⁸ Davanın tarafları Trustees Jr. Üniversitesi ile Salgo’dur (ERSOY, Etik Sorunlar, s. 8).

tehlikeler konusunda uyarma yükümlülüğü bulunduğu sonucuna varmıştır. Aydınlatılmış onam konusuna *çağdaş bir yaklaşım* taşıdığı ileri sürülen *Nathanson-Kline (1960) Davasında*, hasta Nathanson, meme kanseri tedavisi için kendisine önerilen *radikal mastektomi*¹⁹⁹ye onam vermiştir. Bu müdahaleden sonra, Dr. Kline tarafından tümörün çıkarıldığı bölgeye kobalt radyasyon tedavisi uygulanmıştır. Ancak ışına maruz kalan cilt, kıkırdak ve kemik dokularında ciddi hasarlar meydana gelmiş, hekim bu riskleri bilmesine rağmen hastaya açıklama yapmamıştır. Davanın görüldüğü mahkemede hekim lehine karar verilmiştir. Davanın tekrar görülmesine karar veren Kansas Anayasa Mahkemesi ise hekim-hasta ilişkisinin güvene dayanan bir ilişki olduğu hususunu vurgulayarak, hekimin hastasına hastalığı ve tedavisi ile ilgili tüm gerçekleri açıklaması gerektiği ve açıklamanın hekime ait bir yükümlülük olduğu, onam için açıklamanın şart olduğu hükmüne varmıştır. 1972’de görülen *Cobbs-Grant Davasında*, cerrah Grant’ın hasta Cobbs’a uygulayacağı cerrahi tedavinin risklerini açıklama yükümlülüğünü yerine getirmediği, gösterdiği bu ihmal sebebiyle hastanın bilgiyi anlamış olarak onam verme hakkının kısıtlandığı ve hastanın karar sürecine etkin şekilde katılabilmesinin yeterli şekilde aydınlatılması ile mümkün olduğu hususları vurgulanmıştır. 1972 tarihli *Canterbury-Spence Davasında*²⁰⁰, hastaya hangi bilgilerin verilmesi gerektiği hususları tartışılmış ve hekimin hastasını makul bir insanın bilmek isteyeceği tüm bilgiler doğrultusunda aydınlatması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır²⁰¹.

Alman Hukuku’nda da tıbbi müdahalelerde onam alınması konusunda gelişmeler yaşanmıştır. Alman Hukuku’nda 20. yüzyılın başlarında, tıbbi müdahalelerde hastanın onamı üzerinde durulmakla birlikte, hekimin aydınlatma yükümlülüğünden hiç bahsedilmemiştir. Bu sebeple Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin ilk kararları²⁰² da hastanın onamı alınmaksızın yapılan müdahalelere ilişkindir²⁰³.

¹⁹⁹ Memenin ameliyatla tamamen çıkarılması (KOCATÜRK, Utkan: Tıp Terimleri El Sözlüğü, Ankara 1989, s. 272).

²⁰⁰ 1972 yılında Kaliforniya’da görülen bu davada, cerrahın spinal cerrahinin tehlikeleri hususunda yeterli aydınlatma yapmadığı üzerinde durulmuştur (ERSOY, Etik Sorunlar, s. 9).

²⁰¹ ERSOY, Etik Sorunlar, s. 7-9; ERSOY, Onam, s. 206-207; SERT, s. 211-212.

²⁰² Alman İmparatorluk Mahkemesi 31.05.1894 tarihli kararında, babası karşı olduğu halde 7 yaşındaki bir çocuğun ayağını keserek bedensel zarar veren hekimin sorumluluğuna; 27.05.1908 tarihli kararında da anne babasının onamı olmaksızın 6 yaşındaki bir çocuğu ameliyat eden hekimin sorumluluğuna hükmetmiştir (Bkz. ÖZSUNAY, s. 35; SERT, s. 212).

²⁰³ ÖZSUNAY, s. 35; SERT, s. 212.

Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 01.03.1912 tarihli kararı, Alman Hukuku'nda hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bilinen ilk karar olması sebebiyle önem taşımaktadır²⁰⁴. 1930'lu yıllarda yargıya yansıyan bazı olaylarda da, Alman İmparatorluk Mahkemesi aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sebebiyle uğranılan zararın tazmininin talep edilebileceğine karar vermiştir. Bu kararlarda temel olarak - tedaviye engel olmayacak şekilde çekinceler konmak suretiyle- hekimin aydınlatma yükümlülüğünden ve hekimlere aydınlatmanın kapsamı ve türü konusunda verilen takdir yetkisinden (*serbest hareket bölgesi*) bahsedilmiştir²⁰⁵.

II. Dünya Savaşı'nda Nazi Toplama Kamplarındaki savaş esirleri üzerinde insanlık dışı deneyler yapan hekimlerin Nuremberg Mahkemelerinde yargılanması ile başlayan süreçte -daha önceleri onam konusunda çekinceli kararlar veren- Alman Hukuku'nda daha açık ve cesur kararlar verildiği gözlemlenmiştir²⁰⁶. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün tanımlandığı adı geçen kararların aşağıda belirtilen temel ilkelere dayandığı görülmektedir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, *hastanın kendisi hakkında karar verme hakkından* doğar. Bonn Anayasası m. 2'de öngörülen kişiye yaşama ve vücut bütünlüğü üzerinde tanınan bu temel hakka göre herkes kendi kaderini belirleme hakkına sahiptir. Aydınlatma yükümlülüğünün ölçüsü ve kapsamı, tıbbi müdahalenin sebep olabileceği *komplikasyon*²⁰⁷ların ağırlığı ve yoğunluğuna göre belirlenir; hekim kural olarak müdahalenin ortaya çıkaracağı *tipik tehlikeleri* açıklamakla yükümlüdür²⁰⁸. II. Dünya Savaşı sonrasında Alman Mahkemeleri'nin verdiği adı geçen kararlardan ulaşılabilen bir diğer önemli ilke, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinin bir hukuk sorunu olduğuna ilişkindir. Hekime hangi ölçüde aydınlatma yapacağı hususunda takdir yetki verilmemesi, bu konunun hakim tarafından belirlenmesi gerektiği konularını hükme bağlamıştır. Adı geçen kararlardan ulaşılan bir diğer ilkeye göre de, hastanın aydınlatılmasının onun

²⁰⁴ Sözü edilen kararda her ne kadar hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunmadığından bahsedilmiş olsa da, Alman İmparatorluk Mahkemesinin bu kararda aydınlatma kavramı üzerinde özenle durduğu ifade edilmektedir. (ÖZSUNAY, s. 35; ERSOY, Etik Sorunlar, s. 9; ERSOY, Onam, s. 207; SERT, s. 212.).

²⁰⁵ ÖZSUNAY, s. 36; SERT, s. 212.

²⁰⁶ KIYAK, s.41.

²⁰⁷ **Komplikasyon** terim olarak bir hastalığın seyri ya da tedavisi sırasında diğer bir hastalık veya bozukluğun belirmesi, mevcut hastalığa diğer bir hastalık ya da bozukluğun eklenmesi olarak tanımlanmaktadır (KOCATÜRK, s. 90).

²⁰⁸ Buna karşılık hekimin ender olarak görülebilecek komplikasyonlar hakkında açıklama yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır (Bkz. ÖZSUNAY, s. 36; ERSOY, Onam, s. 207; SERT, s. 213).

sağlığı açısından zararlı olabileceği görüşünün ancak ayırık durumlar için geçerli sayılabilir. Hastanın aydınlatılmasından ancak aydınlatma onun sağlığı konusunda ciddi bir tehlike yaratacaksa vazgeçilebilir²⁰⁹.

Üzerinde tıbbi deney yapılacak Nazi savaş suçlularının önceden alınmış yazılı onamlarının bulunması, deneylerin gereksiz bedensel ve zihinsel yaralanmalardan kaçınılacak biçimde yürütülmesi ve ölüm ya da sakatlık durumunda deneyin derhal durdurulması gerekliliği, Nuremberg Mahkeme Kararları ile ulaşılan önemli diğer hususlardandır²¹⁰.

Hastanın aydınlatılmış onamının elde edilmesi konusunda önemli birer dayanak teşkil eden Nuremberg Mahkeme Kararları, 1945 *Nuremberg Code* olarak isimlendirilmiş ve kabul edilmiştir. Ancak Nuremberg Mahkeme Kararları, özellikle hekimler tarafından şiddetli şekilde eleştiriye uğramış, hatta 1962 tarihli *Alman Hukukçular Kurultayı*'nda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yasal olarak düzenlenmesine gerek olmadığı yönünde karar alınmıştır²¹¹.

Türk Hukukundaki aydınlatılma ve aydınlatılmış onam konusundaki gelişmeler, çalışmamızda ayrıntılı şekilde ele alınan aydınlatılmış onam alınmasına ilişkin ulusal mevzuat bölümünde²¹², söz konusu hükümlerin incelenmesi yolu ile ele alınacaktır.

§2. AYDINLATMA ÖDEVİNİN VE AYDINLATILMIŞ ONAMIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE HUKUKİ DAYANAKLARI

I. AYDINLATMA ÖDEVİ VE AYDINLATILMIŞ ONAMIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hekimin aydınlatma ödevinin hukuki niteliği konusu doktrinde tartışmalıdır. Aydınlatma ödevinin bir “yüküm” mü yoksa “yükümlülük” mü olduğu konusunda değişik görüşler ileri sürülmektedir. Hukuki açıdan her iki kavrama yüklenen sonuçlar

²⁰⁹ ÖZSUNAY, s. 36-37; ERSOY, Onam, s. 208; SERT, s. 213.

²¹⁰ GÖÇMEN, Erkin/GÖÇMEN, Ali: “Hasta Hakları Kavramı ve Hasta Hakları Yönergesi Üzerine”, İBD, C.78, S. 1, Y.2004, s. 131.

²¹¹ ÖZSUNAY, s. 37; ERSOY, Onam, s. 208; SERT, s. 213.

²¹² Bkz. İkinci Bölüm, § 2, II, B.

farklılık arz ettiğinden, hekimin aydınlatma ödevinin nitelendirilmesi önem taşımaktadır.

Kavramsal açıdan; bir *yükümün ihlali* halinde, belli haklardan yararlanma olanağının ortadan kalkması söz konusu iken, *yükümlülüğün ihlali* halinde tazminat talep edebilme hakkı söz konusu olabilecektir²¹³.

Aydınlatma ödevinin bir yüküm olduğunu savunan görüşe göre, aydınlatma yükümünün ihlali halinde, hekime onamsız tıbbi müdahaleden dolayı yaptırım uygulanabilecek ancak hasta ve/veya yakınlarına aydınlatılmayı talep hakkı tanınmayacaktır²¹⁴.

Aydınlatma ödevinin bir yükümlülük olduğu ileri süren yazarlara göre ise, bu ödev aynı zamanda hekimlik mesleğinin gereği olup, bu ödevin yerine getirilmemesi halinde, alınan onam geçersiz sayılacak ve hatta hekimin cezai sorumluluğuna gidilebilecektir²¹⁵. Kanaatimizce de aydınlatma ödevi bir yükümlülük olarak nitelendirilmeli ve yükümlülük kavramına bağlanan hukuki sonuçlara tabi tutulmalıdır.

Aydınlatılmış onamın hukuki niteliği konusunda, doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, onam bir *hukuki işlem*dir. Bu görüşe göre, kişi onamı ile, hukuki bir sonuca yönelik irade açıklamasında bulunmaktadır. Bir hukuki sonuca yönelik irade beyanı şeklinde açıklanan ve kendisine bir takım neticeler bağlanan aydınlatılmış onamın, hukuki işlem olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir²¹⁶.

Onamın hukuki niteliği konusunda savunulan ve kanaatimizce de yerinde olan diğer görüşe göre onam, *hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır*. Açıklanan onam beyanı, hukuki bir sonuca değil, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine, bir başka deyişle fiili bir sonuca yönelmektedir. Onamın hukuki sonuçlar yaratmaktan ziyade, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi için bir izin ve yetki verme durumunun söz konusu

²¹³ ERMAN, s. 101.

²¹⁴ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. ERMAN, s. 101, dn. 103'teki yazarlar.

²¹⁵ ERMAN, s. 101.

²¹⁶ ŞENOCAK, Zarife: "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S. 4, s. 68, 69 (Kısaltma: Rıza); KÖK, Biyotıp, s. 119.

olduğu belirtilmektedir. Hukuk düzeni tarafından bu irade beyanına, kişinin irade açıklamasından bağımsız olarak hukuka aykırılığın kaldırılması sonucu bağlanmaktadır²¹⁷.

II. AYDINLATILMIŞ ONAMIN HUKUKİ DAYANAKLARI

A. Aydınlatılmış Onam Alınmasına İlişkin Uluslararası Yazılı Metinler

1. Genel Olarak

Hastanın aydınlatılma hakkı ve hastadan aydınlatılmış onam alınması konusundaki çalışma ve görüşler -yukarıda değinildiği üzere- tarihi bir gelişim sürecinden geçmiş olmakla beraber, bu konudaki yazılı metinlerin yakın tarihli olduğu görülmektedir.

Yayımlanan bu temel metinler ve bu metinlerde aydınlatılma hakkı ve aydınlatılmış onam konularının nasıl düzenlendiği hususları aşağıda incelenmiştir.

2. Lizbon Bildirgesi

Temel hasta haklarının (çalışma konumuz bakımından hastanın aydınlatılma hakkının) kabul edildiği ilk uluslararası yazılı metin, Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981’de Lizbon’da yayımlanan *Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi*²¹⁸’dir.

6 maddeden oluşan bu bildirgede, hasta hakları sınırlı olarak tanımlanmış olmakla birlikte, hastanın yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da reddetme hakkına sahip olduğu ayrıca düzenlenmiştir (m.3). Bu madde ile hastanın aydınlatılma hakkı, uluslararası boyuttaki bir metinde ilk kez yer almıştır.

²¹⁷ ÇİLİNGİROĞLU, s.44; SARIAL, s.64-65.

²¹⁸ “World Medical Association Declaration on the Rights of the Patient <http://www.wma.net/e/policy/14.htm> -28.05.2008. Dünya Tabipler Birliği 34. Genel Kurulu’nda (Eylül-Ekim 1981) benimsenmiştir.

3. Amsterdam Bildirgesi

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin yayımlanmasının ardından, 1994 yılında Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu'nca *Ayrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam Bildirgesi)*²¹⁹ kabul edilmiştir.

Bildirgede -çalışma konumuzu teşkil eden- hastanın aydınlatılması ve onamının alınması konuları ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

Adı geçen bildirgede, sağlık servislerinin ve bu servislerin en iyi nasıl kullanılabileceğine ilişkin bilgilerin herkes için ulaşılabilir olması gerektiği hususuna 2. maddede yer verilmiştir.(m.2.1)

Hastaların hangi konularda ve nasıl aydınlatılması gerektiği konularının da düzenlendiği bildirgeye göre, hastaların kendileri ile ilgili tüm tıbbi gerçekleri, önerilen tıbbi müdahaleleri ve her türlü müdahalenin potansiyel risk ya da yararlarını, tedavi edilmemenin sonuçlarını, önerilen müdahalelerin alternatiflerini, tanı, tedavinin gidişi ve prognozu²²⁰ gibi konularda tam olarak bilgilenme hakkına sahip olduğu (m.2.2) ve bilgilendirmenin hastanın anlama kapasitesine uygun yolla, yabancı teknik terimlerin kullanımının en aza indirilerek yapılması ve gerektiğinde çeviri yapılması gerektiği (m.2.4) açıkça ifade edilmiştir. Bildirgenin aynı maddesinde hastanın kendisi ile ilgilenen sağlık personeli ve bulunduğu sağlık kurumundaki kurallar ve rutin işlemler konusunda bilgilendirilmesi gerektiği (m.2.8) konusu da ayrıca düzenlenmiştir.

Bildirgede, aydınlatılma hakkının hangi hallerde kısıtlanabileceğine de yer verilmiştir. Buna göre aydınlatılma hakkı, ancak hasta üzerinde açık ve olumlu bir etkisi olduğunu destekleyen geçerli nedenlerin varlığı halinde (m.2.3) ve hastanın bilgilendirilmeyi istememesi halinde (m.2.5) kısıtlanabilecektir.

Tüm bunların yanında, hastanın kendi yerine kimin bilgilendirileceğini belirleme hakkı olduğu (m.2.6); ikinci bir görüş alma hakkına sahip olduğu (m.2.7),

²¹⁹“Declaration on the Promotion of Patient Rights in Europe” http://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf-25.04.2008. Amsterdam, 28-30 Mart 1994

²²⁰ Prognosis; bir hastalığın muhtemel seyrini, süresini ve sonuçlarını önceden tahmin etme (Bkz. KOCATÜRK, s.362).

sağlık kurumundan taburcu edildiğinde kendisine uygulanan tanı ve tedavilere ilişkin yazılı özet alma ve isteme hakkı olduğu (m.2.9) hususlarına da yer veren bildirgede, hastanın aydınlatılması konusunda mümkün olduğunca tereddüte yer vermeyen ayrıntılı bir düzenleme yoluna gidilmiştir.

Onam konusuna 3. maddede yer verilen bildirgede, hastanın aydınlatılmış onamının herhangi bir tıbbi müdahalenin önkoşulu olduğu hususu açıkça vurgulanmıştır (m.3.1). Maddede ayrıca hastanın tıbbi müdahaleyi durdurma ve reddetme hakkına da sahip olduğu ve durdurulan ya da reddedilen tıbbi müdahalenin sonuçlarının da mutlaka açıklanması gerektiği (m.3.2) konularına da yer verilmiştir.

Bildirgede, hastanın kendisinden onam alınması gerektiği, ancak bunun mümkün olmadığı hallerde nasıl bir yol izleneceği konusuna ayrı bir fıkrada yer verilmiştir. Hükümde hastanın irade beyanında bulunmasının mümkün olmadığı ya da acilen tıbbi müdahalede bulunulması gerektiği hallerde, daha önce bu girişimi reddettiğine ilişkin bir açıklaması yoksa onamı varsayılarak müdahale yapılabileceği (m.3.3) ifade edilmiştir.

Söz konusu bildirgede, hastanın yasal temsilcisinin onamının gerektiği hallerle ilgili olarak, hastanın yasal temsilcisinin onamının gerektiği ancak önerilen müdahalenin acil olduğu durumlarda, onamın zamanında alınamaması halinde tıbbi girişimin yapılabileceği (m.3.4) vurgulanmıştır. Maddede ayrıca yasal temsilcinin onamı gerekse de hastaların durumlarının izin verdiği ölçüde karar sürecine dahil edilmesi gerektiği (m.3.5) düzenlenmiştir. Bildirgede, yasal temsilcinin onam vermediği hallerde, gerektiğinde kararın mahkeme ya da hakem heyeti benzeri mercilere bırakılması gerektiği (m.3.6) gibi konularda da ayrıntılı bir düzenleme yoluna gidilmiştir. Hastanın onamının alınmasının mümkün olmadığı, yasal temsilcisinin bulunmadığı ya da seçilemediği hallere ilişkin olarak da hüküm koyulan bildirgede, bu durumlarda hastanın isteklerinin tahmin edilerek, buna uygun önlemler alınması gerektiği (m.3.7) hükme bağlanmıştır.

Bildirgede, kişilerin klinik ve bilimsel araştırmalara dahil edilmesine ilişkin konular da düzenlenmiştir. İnsan vücudunun bütün parçalarının kullanımı ve korunması

için hastanın onamının gerektiğinin altı çizilen (m.3.8) hükümde, klinik ve bilimsel araştırmalara çalışmalara katılım için hastanın aydınlatılmış onamının gerektiği (m.3.9, m.3.10) de ayrıca ve açıkça ifade edilmiştir.

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne nazaran daha kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler içeren Amsterdam Bildirgesi'nde, aydınlatma ve onam konularına özel önem verildiği görülmektedir.

4. Lizbon Bildirgesi II

Dünya Tabipler Birliği tarafından, 1995 yılında Endonezya'da Lizbon Bildirgesi genişletilerek yeni bir bildirge yayımlanmıştır²²¹. 6 maddeden oluşan ilk bildirgeye nazaran daha ayrıntılı düzenlemeler içeren bu bildirgede, hastanın aydınlatılma hakkı ve aydınlatılmış onam alınması gereken haller de daha kapsamlı şekilde düzenlenmiştir.

İlk bildirgede yer alan hastanın yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da reddetme hakkına sahip olduğu yönündeki genel düzenleme karşısında, bu bildirgede daha önceki uluslararası bildirelere paralel birçok yeni hükme yer verilmiştir.

Kimi kaynaklarda **Bali Bildirgesi** olarak da isimlendirilen bu metinde, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına (Right to self-determination) sahip olduğu yönündeki genel kural, aydınlatılmış onam ile ilişkili olarak düzenlenmiştir (m.3).

Hastanın yasal temsilcisinin onamının gerektiği hallerle ilgili olarak açık hükümler bulunan bildirgede, bilinci kapalı ya da kendini ifade edemeyen hastalar (m.4.a) ile küçük ya da karar verme ehliyeti bulunmayanların (m.5.a) yasal temsilcisinden onam alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Hastanın yasal temsilcisinin onamının gerektiği ancak önerilen müdahalenin acil olduğu durumlarda, onamın zamanında alınamaması halinde, daha önce bu girişimi reddettiğine ilişkin bir açıklaması yoksa, onamının alındığı varsayılarak tıbbi girişimin yapılabileceği ifade

²²¹ <http://www.wma.net/e/policy/14.htm-01.06.2008>. Dünya Tabipler Birliği'nin 47. Genel Kurulu'nda yayımlanmıştır.

edilmiştir (m.4.b). Maddede yer alan, hekimlerin her zaman intihar girişiminde bulunmuş bir hastanın hayatını kurtarmaya çalışmaları gerektiği yönündeki düzenleme (m.4.c), bildirgenin ne denli detaylı bir düzenleme yolunu tercih ettiği konusunda fikir vericidir.

Bildirgede ayrıca yasal olarak ehliyetsiz olmakla birlikte, rasyonel kararlar verebildiği hallerde, hastanın kararına saygı gösterilmesi gerektiği, bu hallerde hastanın, yasal temsilcisine bilgi verilmesini yasaklamaya hakkı olduğu düzenlenmiştir (m.5.b). Hükme göre, hastanın yasal temsilcisinin, hekimin önerdiği tedaviyi reddetmesi halinde, hekimin, hastanın yararı ön planda tutarak, gerektiği durumlarda, karar ile ilgili yasal yollara başvurulması gerekmektedir (m.5.c).

Amsterdam Bildirgesi'ndeki düzenlemeye benzer olarak bu bildirgede de aydınlatılma hakkı adlı ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir²²². Bildirgede, hastanın kendisi hakkında tutulan herhangi bir tıbbi rapor hakkında bilgi alma ve sağlık durumu hakkına tıbbi gerçekleri içeren bilgi alma hakkı olduğundan bahsedilmiştir (m.7.a). Bu hakkın hangi hallerde kısıtlanabileceğinin ve aydınlatılma şeklinin de düzenlendiği bu bölümde, sağlığına ve hayatına ciddi zararlar vereceğine inanılan hastaya bilgi sunulmayabileceği (m.7.b); bilginin hastanın kültürüne uygun ve anlayabileceği bir yolla verilmesi gerektiği (m.7.c); başka birinin yaşamının korunması için gerekli olmadığı sürece hastanın bilgilenmeme hakkına sahip olduğu (m.7.d); hastanın bilgilendirilmek üzere kendisinin yerine kimin bilgilendirileceğini seçme hakkına sahip olduğu (m.7.e) hususları kaleme alınmıştır.

Amsterdam Bildirgesi'nde düzenlenen birçok hususun tekrarlandığı bu bildirgenin, hastanın aydınlatılma hakkı ve şekli konusunda yol gösterici nitelikte hükümler içermesi sebebiyle hukuki açıdan önem taşıdığını söylemek mümkündür.

²²² (7.Right to information). Bilgilenme ya da bilgi hakkı olarak da tercüme edilebilecek bu madde başlığı, çalışmamızda terim birliği olması açısından aydınlatılma hakkı olarak kullanılmıştır.

5. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi

Türkiye tarafından 2003 tarihinde kabul edilen²²³ ve Anayasa'nın 90. maddesi²²⁴ uyarınca bağlayıcı nitelikteki “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*”²²⁵ nde de hastanın aydınlatılma hakkı ve her tür tıbbi müdahaleden önce aydınlatılmış onam alınması gerektiği üzerinde önemle durulmuştur.

Sözleşmede, sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin müdahaleye özgürce ve aydınlatılmış şekilde onam vermesinden sonra yapılabileceği hükme bağlanarak genel kural ortaya konmuştur²²⁶. Maddede ayrıca kişiye önceden müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilginin verilmesi gerektiği ve ilgilinin onamını her zaman geri alabileceği düzenlenerek aydınlatma ve aydınlatılmış onam konusundaki genel çerçeve çizilmiştir.

Sözleşmenin 6. maddesinde, onam verme ehliyeti bulunmayan kişiler üzerinde tıbbi müdahalenin yalnızca onun yararına yapılabileceği düzenlenmiştir. Hükümde, onam verme ehliyeti bulunmayan küçüğe, yasal temsilcisi ya da yasa tarafından

²²³ 03.12.2003 Kabul Tarihli 5013 Sayılı “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” 09.12.2003 Tarih 25311 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 16.03.2004 tarihinde Bakanlar Kurulunca sözleşmenin onaylanması kararı alınmıştır. 2004/7024 sayılı bu karar 20.04.2004 -25439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²²⁴ **D. Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma**

m. 90. – 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.*

²²⁵ “Council Of Europe: Convention On Human Rights And Biomedicine” Oviedo, İspanya, 04.04.1997-<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/164.htm> -34k-01.06.2008.

²²⁶ Chapter II – Consent Article 5 - General rule.

belirlenen makam, kişi ya da kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabileceği ve küçüğün görüşünün, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı şekilde daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir. Maddede ayrıca, yasaya göre akıl hastalığı, bir hastalık ya da benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye onam verme ehliyeti bulunmayan yetişkinlere yapılacak müdahaleler için de temsilcisinin ya da yasa tarafından belirlenecek kişi ya da makamın onamının gerektiği hükme bağlanmıştır. Temyiz kudretini haiz olmayan bu kişilerin de -küçükler için ngrldğu gibi- karar sürecine mümkün olduğunca dahil edilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.

Sözleşmenin “akıl hastalığı olarak kişilerin korunması” başlıklı 7. maddesine göre, gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı kalmak üzere, böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi zararlar gelmesi muhtemel olduğu durumlarda, akıl hastalığı olan kişinin onamı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesi için tıbbi müdahalede bulunulabileceği düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesinde, diğer uluslararası metinlerdeki düzenlemelere paralel olarak, acil durumlarda uygun onam alınamaması halinde, hastanın sağlığı için gerekli tıbbi müdahalenin derhal yapılabilieceği düzenlenmiştir.

Müdahale sırasında irade beyanında bulunmayacak hastalar bakımından söz konusu tıbbi müdahale ilgili olarak önceden açıklanmış isteklerinin de göz önüne alınması gerektiği de ayrıca hükme bağlanmıştır (m.9).

Sözleşmede ayrıca bilimsel araştırmalar bakımından ilgili kişinin aydınlatılmış onamının alınmasının önşart olduğu açıkça düzenlenmiştir (m.16, 17).

Organ ve doku nakilleri bakımından da özel düzenlemeye gidilmiş, onamın açıkça ve belirli şekilde yazılı olarak ve resmi bir makam önünde verilmesi gerektiği hükme baęlanmıřtır²²⁷. Türkiye, sözleşmenin 20. maddesinin muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden, kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve

²²⁷ Bölüm IV m.19.2. Maddede onam ile ilgili olarak sözleşmenin 5. maddesine atıf yapılmıştır.

Nakli Hakkında Kanun²²⁸, un 5. maddesi²²⁹ ile uyumlu olmaması nedeniyle bu hükmün uygulanması konusunda çekince koymuştur.

6. Hasta Hakları Avrupa Statüsü

2002 tarihinde Roma’da kabul edilen “*Hasta Hakları Avrupa Statüsü*”²³⁰ hasta hakları alanında kabul edilen son uluslararası metin olması yönüyle önem arz etmektedir. İnsan sağlığının yüksek düzeyde korunması ve çeşitli ulusal sağlık kurumları tarafından yüksek kalitede sağlık hizmeti verilmesini sağlama amacı taşıdığı vurgulanan sözleşmenin, çalışma konumuzu ilgilendiren (Right to Information başlıklı) 3. ve (Right to Consent başlıklı) 4. maddeleri incelenecektir.

Sözleşmenin 3. maddesinin ilk bendinde, hastanın hangi konularda bilgi alma hakkına sahip olduğu konusuna yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, herkes kendi sağlık durumu, mevcut sağlık hizmetleri ve bu sağlık hizmetlerinden yararlanabilme koşulları konusunda ve tüm bilimsel araştırma ve teknolojik yenilikler konusunda bilgi alma hakkına sahiptir.

Maddenin devamında aydınlatmanın şekli konusunda yapılan düzenleme ile, hastaya bilgi verilirken, hastanın dini, etnik ve dil özelliklerinin göz önünde tutularak, hastanın anlayacağı şekilde bilgi verilmesi gerektiği hususları vurgulanmıştır.

Sağlık hizmetleri ile ilgili bilgilerin kolay ulaşılır olması gerektiği üzerinde durulan hükümde, bu konuda bilgiye ulaşma konusundaki bürokratik engellerin kaldırılması, sağlık personelinin eğitimi ve bilgi materyallerinin ulaştırılması konularına dikkat çekilmiştir. Maddede ayrıca hastaların kendileri ile ilgili kayıt ve bilgilere ulaşma hakları bulunduğu üzerinde durulmuştur.

Aydınlatılma hakkının kapsamı, şekli ve zamanı ile ilgili hükümler, sözleşmenin “*Rıza (Onam)*” başlıklı 4. maddesinde düzenlenmiştir. Öngörülen

²²⁸ 29.05.1979 T, RG.03.06.1979-16655.

²²⁹ 2238 Sayılı Kanun m.5: “On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır”.

²³⁰ “European Charter Of Patients’ Rights”-

http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf-
01.06.2008.

düzenleme ile, her bireyin sağlığı ile ilgili kararlara aktif olarak katılmasına imkan tanıyan tüm bilgileri alma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Hükümde ayrıca sağlık hizmeti veren kişilerin, yapılacak tedavi veya müdahale ile ilgili tüm bilgileri vermeleri gerektiği hususu vurgulanmış, devamında tüm bilgiler deyiminin, müdahale/tedavinin riskleri, sıkıntıları, yan etkileri ve alternatif durumları ile ilgili bilgileri de kapsadığı ayrıca belirtilmiştir. Aydınlatılma zamanına ilişkin düzenleme getiren hükümde, hastaya karar vermesi için en azından 24 saat önceden bilgi verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu maddede 3. maddede düzenlendiği gibi, hastanın kullandığı dil ile ve mümkün olduğunca anlayacağı şekilde aydınlatma yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Aydınlatmanın kısıtlanabileceği hallerden olan hastanın bilgilendirilmeyi istememe hakkı da bu madde kapsamında düzenlenmiştir.

4. maddede diğer uluslararası metinlerdeki düzenlemelere paralel olarak, hastanın yasal temsilcisinin onamının gerektiği durumlarda, hastanın mümkün olduğunca karar sürecine katılmasının sağlanması ve hastanın tıbbi müdahaleyi kabul etmeme hakkı olduğu konularına da yer verilmiştir.

Kapsamları farklı olmakla birlikte, genel olarak benzer düzenlemeler ihtiva eden tüm bu uluslararası metinler, hasta haklarının ve konumuz bakımından hasta ve/veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamının gerekliliği konularının uluslararası düzlemde kazandığı önemi göstermesi bakımından dikkate çekicidir

B. Aydınlatılmış Onam Alınmasına İlişkin Ulusal Mevzuat

1. Genel Olarak

Ülkemizde hastanın aydınlatılma hakkı ve hastadan aydınlatılmış onam alınması konusundaki çalışmalar, özellikle son yıllarda gündeme gelmiş olmakla birlikte, 1920'lerden itibaren bu konuda uluslararası insan hakları metinlerine paralel bazı yasal düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir.

2. Aydınlatılmış Onam Alınmasına İlişkin Ulusal Mevzuatın İncelenmesi

Ülkemizde sağlık hizmetlerinin düzenlenmesi konusundaki ilk yasal düzenleme olan 1219 Sayılı “*Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun*”²³¹, 1928 yılında yürürlüğe girmiştir.

Kanunun 70. maddesinde²³², hekimlerin ve dış hekimlerinin, her tür tıbbi müdahale öncesinde, müdahalenin yapılacağı hastadan, hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde yasal temsilcisinden onam alınması gerektiği düzenlenmiştir. Hükümde yasal temsilcisi olmadığı ya da bulunmadığı hallerde veya müdahale yapılacak hastanın onam vermesinin mümkün olmadığı hallerde, onam alınmasının şart olmadığı öngörülmüştür. Hükümde dikkat çeken bir diğer husus, onam alınmasının şekline ilişkin getirilen düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye göre, büyük cerrahi müdahaleler öncesinde alınacak onamların yazılı olması gerekmektedir. Bu düzenleme, aydınlatılmış onam alınması bakımından şekil şartı aranmayan ülkemiz düzenlemeleri bakımından istisnai bir nitelik arz etmektedir²³³.

Hastanın aydınlatılma hakkı ve aydınlatılmış onam konusunda düzenleme yapılan bir diğer ulusal metin de 1960 tarihli “*Tıbbi Deontoloji Tüzüğü*”²³⁴, dır. Tüzüğün 14. maddesinde²³⁵, hastanın hastalığı ve kendisine uygulanacak tedavi konusunda aydınlatılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Hükümde hastanın maneviyatı üzerinde olumsuz etki oluşturmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunmadığı hallerde, teşhise göre alınması gereken tedbirler hakkında hastanın aydınlatılabileceği

²³¹ RG. 14.04.1928-863.

²³² Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70: “*Tabipler ve dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler 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 edenlerden alakadarın şikayetine bağlı olmak şartıyla on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır.*”

²³³ Bu husus, “Altıncı Bölüm Aydınlatmanın Şekli Ve İspatı, I- Aydınlatmanın Şekli” başlığı altında ayrıca ele alınacaktır.

²³⁴ RG. 19.02.1960-10436

²³⁵ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 14: “*... Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.*

Meş’um bir prognostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından; böyle bir prognostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise durum ailesine bildirilir.”

düzenlenmiştir. Hükümde hastanın ailesine hangi hallerde bilgi verilebileceği konuları da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, hastanın prognozu kötü olan hastalığı konusunda ailesine bilgi verilmemesi konusunda talimatı yoksa veya bilgi verilecek kişiyi belirlememişse, hastanın ailesine hastalık ile ilgili bilgi verilebilecektir.

*“Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası”*²³⁶’nda, ayrı bir hükümle *“sağlık hakkı”* düzenlenmiştir. Bu düzenleme kabul edilen sosyal devlet ilkesi²³⁷ ile uyumlu olarak sağlık hakkının temini konusunda devletin yükümlü olduğunu öngörmüştür²³⁸.

*“2238 Sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun”*²³⁹ aydınlatılma hakkı ve aydınlatılmış onam konularında önemli düzenlemeler içeren bir kanun olması sebebiyle önem arz etmektedir.

Kanunun 2. maddesinde, kapsamı belirlenmiş olup, bahsedilen organ ve doku kavramı ile, insan organizmasından alınan her türlü organ ve dokunun kastedildiği, otogrefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonlarının²⁴⁰ bu kanunun kapsamı dışında tutulduğu belirtilmiştir.

Kanunun Bilgi Verme ve Araştırma Yükümlülüğü başlığı altında düzenlenen 7. maddesinde²⁴¹, hekimlerin vericiyi aydınlatma yükümlülüğü üzerinde durulmuştur. Hükümde, hekimin vericiyi, kendisinden organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bu durumun tıbbi, psikolojik ve sosyal sonuçları konusunda, ayrıca

²³⁶ 27.05.1961 tarihinde Kurucu Meclis tarafından kabul edilerek halk oyuna sunulmak üzere 31.05.1961 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan, 09.07.1961 tarihinde halk oyu ile kabul edilen Anayasa, 20.07.1961 tarihli Resmi Gazete’de 334 sayılı Kanun olarak yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. TANÖR, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul 2000, s. 364 vd.)

²³⁷ Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası m. 2: *“Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.”*

²³⁸ Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası m. 49: *“Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.*

Devlet yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır.”

²³⁹ 29/05/1979 kabul tarihli kanun 03/06/1979 T., 16655 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁴⁰ Kan, kan bileşenleri ve ürünleri ile ilgili usûl ve esaslar için bkz. 5624 Sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu, RG:02.07.2007-26510.

²⁴¹ 2238 Sayılı Kanun m.7:

“a) Vericiye, uygun 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;....”

yapılacak işlemin alıcıya sağladığı yararlar hakkında aydınlatması gerektiği düzenlenmiştir. Hükümde yapılacak aydınlatmanın “*uygun bir biçim ve ayrıntıda*” yapılması gerektiği de ifade edilerek, aydınlatmanın kapsamı ve şekli konusu açıklığa kavuşturulmuştur. Maddenin c bendi de temyiz kudretini haiz olmayanlar bakımından düzenleme öngörerek, hekimlerin bu kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmekle yükümlü olduğu öngörülmüştür.

Kanunun 6. maddesi²⁴², şekil şartı öngören bir diğer hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Hükümde organ ve doku verecek kişiden alınacak onamın yazılı ve imzalı olması gerektiği ayrıca iki tanık huzurunda alınması gerektiğini düzenlemiştir.

Halen yürürlükte olan “*Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası*”nda da çalışma konumuz bakımından önem taşıyan bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasanın yaşama hakkını düzenleyen 17. maddesinde, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, onamı olmaksızın bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

1982 Anayasası’nda ayrıca -sosyal devlet ilkesinin benimsendiği 1961 Anayasası’nda olduğu gibi- sağlık hakkı düzenlenmiş, sağlık hizmetlerini sağlama yükümlülüğünün devlete ait olduğu vurgulanmıştır.

“*2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun*”²⁴³, da da yapılacak tıbbi müdahale öncesinde onam alınması gerektiği konusunda hüküm tesis edilmiştir. Kanunun düzenlemesine göre, kural olarak gebeliğin sonlandırılması²⁴⁴ ve sterilizasyon²⁴⁵ için ilgili kişinin onamı gerekmektedir (m.6/1, m.4/2). 6. maddede

²⁴² 2238 Sayılı Kanun m.6 “Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.”

²⁴³ RG. 27/05/1983-18059.

²⁴⁴ Gebeliğin kişinin isteği üzerine sonlandırılabilmesi, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar mümkündür (2827 Sayılı Kanun m. 5/1). On haftayı geçen gebeliklerde rahim ancak gebeliğin annenin hayatını tehdit ettiği ya da edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde, doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayalı gerekçeli raporları ile tahliye edilebilir (m.5/2).

²⁴⁵ Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 4. maddesinde *Sterilizasyon*, bir erkek ya da kadının çocuk yapma yeteneğinin cinsi ihtiyaçlarını gidermeye engel olmadan ortadan kaldırılması için yapılan müdahale olarak tanımlanmıştır.

ayrıca, gebe kadın küçük ise küçüğün ve yasal temsilcisinin; gebe kadın vesayet altında olup da reşit değilse, kişinin kendisinin, vasisinin onamı ile birlikte sulh hakiminin de izni gerektiği ifade edilmiştir. Hükümde ayrıca akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi onamının aranmayacağı düzenlenmiştir.

Kanunda evli kişiler bakımından da hüküm ihdas edilmiş olup, gebeliğin sonlandırılması veya sterilizasyon müdahaleleri öncesinde eşin onamının da gerektiği ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir (m.6/2).

2827 Sayılı Kanunda müdahale öncesinde alınacak onamın şekli konusunda bir açıklık olmamakla birlikte, “**Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük**”²⁴⁶,te yer alan çeşitli maddelerde *izin belgesi*²⁴⁷nden ve bunun imzalanmasından söz edildiğinden, günümüz mevzuatı bakımından rahim tahliyesi ve sterilizasyon işlemleri açısından yazılılık şartı arandığını söylememiz mümkündür.

Aydınlatılma hakkı ve aydınlatılmış onam alınması bakımında önemli bir düzenleme olan bu tüzüğün 1. maddesinde, tüzüğün amaçlarından birinin, rahim tahliyesini ve sterilizasyonu kabul edenlerden istenecek *izin belgesinin* şeklini ve doldurulma esaslarını belirlemek olduğu açıkça belirtilmiştir.

Tüzüğün “Çeşitli Hükümler” başlıklı dördüncü bölümünde *izin belgesi* alınması gereken haller ile bu belgenin aranmayacağı haller ve adı geçen belgenin alınma yöntemleri açıklığa kavuşturulmuştur. Düzenlemeye göre, on haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak *rahim tahliyelerinde*, gebe kadın reşitse kendisinin; küçükse kendisinin ve yasal temsilcisinin; vesayet altında olup da reşit ya da mümeyyiz değilse kendisinin, vasisinin onamı ile birlikte sulh hakiminin ve evli ise eşinin onamı gerekmektedir (m.13). Hükümde evli kişiler bakımından *sterilizasyon* için eşten ayrıca *izin belgesi* alınması gerektiği belirtilmiştir.

²⁴⁶ Bakanlar Kurulu Karar Tarihi-No: 14.11.1983-83/7395, RG. 18.12.1983-18255.

²⁴⁷ Tüzükte ek olarak, adı geçen izin belgesi örneği düzenlenmiştir.

Tüzük'te izin belgesinin aranmayacağı haller 14. maddede düzenlenmiştir. 14. maddenin 1. fıkrasında, rahim tahliyesi hakkında akıl maluliyeti sebebiyle temyiz kudretini haiz olmayan gebe kadının onamının aranmayacağı düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasında, veli ya da sulh mahkemesinden izin alınması için yeterli zaman bulunmayan acil hallerde onam şartının aranmadığı hükme bağlanmıştır (m.14).

Tüzük'te, söz konusu belgenin alınma yöntemi de düzenlenmiştir (m.15). Buna göre, *izin belgesi* ilgili kişiye, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvuru yapıldığı anda imzalatılacaktır. Tüzükte, eşin ya da yasal temsilcinin başvuru anında bulunmaması halinde ne yapılması gerektiği konusu da açıklığa kavuşturulmuştur. Düzenlenmeye göre bu durumda, söz konusu kişilerin rahim tahliyesi ya da sterilizasyona izin verdiklerini gösteren yazılı ve imzalı bir belge yeterli sayılacaktır. Ancak bu durumda, belgeyi getiren kişinin, bu belgedeki imzaların sahibine ait olduğu hususundaki hukuki sorumluluğun kendisine ait olduğuna ilişkin bir belge de imzalaması gerekmektedir.

“İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği”²⁴⁸ ekinde izin belgesi örneği yer almaktadır. Yönetmelikte örneği verilen izin belgesinde, hekimin rahim tahliyesi, sterilizasyon ve IVF (In Vitro Fertilizasyon) ve ET (Embriyo Transferi) işlemlerinin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi, rıza ve izin olmaksızın bu işlemlerin yapılamayacağı, rızanın kapsam ve konusunun tıbbi zorunluluk olmaksızın aşılamayacağı gibi hususları açıklamak zorunda olduğu belirtilmiştir.

“İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik”²⁴⁹ te de çalışma konumuz olan, ilgilinin aydınlatılması ve onamının alınması hakkında hükümler yer almaktadır. Yönetmeliğin *“Klinik Araştırmalar”* başlıklı 8. maddesinde, insanlar üzerinde bilimsel amaçla ilaç kullanılarak yapılacak tıbbi araştırmaların yürütülmesinde uyulacak hususlara yer verilmiştir. Hükümün A bendinde, insan üzerinde yapılacak ilaç

²⁴⁸ RG.21.08.1987-19551.

²⁴⁹ RG.29.01.1993-21480.

araştırmalarında “**Helsinki Deklarasyonu**”²⁵⁰ ve ekleri kararlar ile Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'ne tam olarak uyulacağı belirtilmiştir.

İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’ in 8. maddesinin B bendinde, 9. maddede olduğu belirtilen²⁵¹ *I., II., III. Dönem* denemelerin, gönüllülerde ve kişinin yazılı rızası ile yapılacağı hükme bağlanmıştır. Adı geçen düzenleme, hukukumuzda aydınlatılmış onam konusunda şekil şartı öngören hükümlerden biridir. Maddenin devamında yapılacak araştırmaların kapsamı, amacı, zarar ve tehlikeleri, gönüllülere

²⁵⁰ *World Medical Association Declaration of Helsinki*, (<http://www.wma.net/e/policy/b3.htm-25.04.2008>.) 18. Dünya Hekimler Kurultayı’nda (Haziran 1964, Helsinki, Finlandiya) benimsenmiş, 29. Dünya Hekimler Kurultayı’nda (Ekim 1975, Tokyo, Japonya) ve 35. Dünya Hekimler Kurultayı’nda (Ekim 1983, Venedik, İtalya), 41. Dünya Hekimler Kurultayı’nda (Eylül 1989, Hong Kong), 48. Dünya Hekimler Kurultayı’nda (Ekim 1996, Somerset West, Güney Afrika Cumhuriyeti) ve 52. Dünya Hekimler Kurultayı’nda (Ekim 2000, Edinburgh, İskoçya) geliştirilmiştir. Deklarasyonun “Temel İlkeler” başlığı altında, insanlarla yürütülen her türlü araştırmada, bütün denek adayların, amaçlar, yöntemler, beklenen yararlar, olası tehlikeler ve ortaya çıkabilecek rahatsızlıklar konusunda yeterince bilgilendirilmesi gerektiği, denek adayın çalışmaya katılmaktan vazgeçme özgürlüğü olduğu ve herhangi bir anda katılmaya gösterdiği rızayı geri çekebileceğinin bildirilmesi gerektiği karara bağlanmıştır. Bundan sonra hekimin denegin özgürce vereceği izni sözlü, daha iyisi yazılı olarak alması gerektiği düzenlenmiştir. Deklarasyona göre hekim araştırma projesi için rıza bildirimi alırken, deneyin kendisiyle bağımlı bir ilişki içinde olup olmadığı ve baskı altında bulunup bulunmadığı konusunda özellikle dikkatli olmalıdır. Bunun için rıza bildirimi araştırmayla ilgisi olmayan ve resmi ilişkilerden bütünüyle bağımsız olan bir hekim tarafından alınmalıdır. Yasal vesayet durumunda; rıza bildirimi ulusal hukuk sistemine uygun olarak yasal vasiden alınmalıdır. Fiziksel ya da ruhsal yetersizlik rıza bildirimi almayı olanaksız kılıyorsa, ya da denek çocuk ise, ulusal hukuk sistemiyle uyumlu olarak denegin rızası alınır. Çocuk gerçekte rıza gösterilebilecek durumdaysa, yasal koruyucusunun rızasına ek olarak çocuğun da rızası alınmalıdır.

²⁵¹ Klinik araştırma dönemleri, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’ in 10. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte, 8. maddede hatalı şekilde 9. maddede yer aldığı ifade edilmiştir.

İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Madde 10: Klinik Araştırma Dönemleri –“*Tüm klinik araştırmalar, gerek araştırmaya tabi tutulanların emniyetini sağlamaya ve gerekse araştırmanın sağlıklı şekilde takibine elverişli teçhizat, personel ve laboratuvar imkanlarına sahip, tam teşekküllü eğitim hastanelerinde yürütülür ve dört dönemde yapılır.*

I. Dönem: İlacın farmakokinetik özellikleri (emilim, dağılım, metabolizma, atılım), toksisitesi, biyoyararlanımı, vücut fonksiyonlarına etkisi ve biyolojik aktivitesi, az sayıda sağlıklı gönüllüler üzerinde denenir. Bu araştırmaların yapılacağı yerde, her türlü acil tıbbi desteği sağlayacak imkanların ve araştırmaların mahiyetine uygun laboratuvarların bulunması gereklidir. Bu dönem çalışmalar, klinik farmakolog ve/veya tıp doktoru farmakologlar ile uzman tıp doktorları tarafından birlikte yürütülür.

II. Dönem: Az sayıda seçilmiş hasta üzerinde, ilacın etkili doz sınırları, klinik etkinliği, biyolojik aktivitesi, yararı, güvenilirliği, hastalık halinde farmakokinetik özellikleri ve toksisitesi araştırılır. Bu dönem çalışmaların deneklerle yürütülecek bölümü, uzman tıp doktorlarının sorumluluğu altında, ilgili deneyleri yapabilecek ve bir klinik farmakolog ve/veya tıp doktoru farmakoloğun bulunduğu bir ekip tarafından yürütülür.

III. Dönem: I. ve II. Dönemlerde olumlu bulunan ilaç, daha geniş sayıda hasta üzerinde etkinliği, emniyeti ve değişik dozları yönünden denenir. Bu araştırmalar, uzman tıp doktorları tarafından yürütülür.

IV. Dönem: İlaçların, farmasötik müstahzar olarak ruhsatlandırılmasından sonra, kabul edilen endikasyonları üzerinde emniyeti, doz farklılıkları ve yan etkileri gibi konular araştırılır. Bu araştırmalar, uzman tıp doktorları tarafından yürütülür.”

tam ve yazılı olarak anlatılacağı ifade edilmiştir, yazılılık üzerinde bir kez daha durulmuştur.

Yönetmeliğin 8. maddesinin D bendinde, kesin bir zorunluluk olmadıkça, 18 yaşını tamamlamamış olanlar ile gebeler ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde I. ve II. Dönem ilaç denemeleri yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu kişilerin, I. ve II. dönem ilaç araştırmaları konusunda onam vermeleri mümkün olmayıp, vermiş oldukları onam da hukuken geçersiz sayılacaktır. Bendin devamında III. Dönem denemelerin, velayet veya vesayet altında bulunanlar için, ancak veli ve vasilerinin yazılı muvafakatı ile yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Yönetmeliğin 23. maddesinde genel bir düzenlemeye yer verilmiş, insanlar üzerinde yapılacak ilaç araştırmalarından doğan cezai ve hukuki sorumlulukların genel hükümlere tabi olduğu, araştırmaya tabi tutulan kişinin rızasının bu yüzden uğradığı zararların tazminini talep hakkını ortadan kaldırmayacağı hükme bağlanmıştır.

“Farmasotik Müstahzarların Biyoyararlanım Ve Biyoeşdeğerliliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik”²⁵² in 20. maddesinde belirtilen eklerden olan, gönüllüler üzerinde yapılacak araştırmalar bakımından yönetmeliğin 5. eki olarak yer verilen kılavuz rapor formatında, *gönüllülerin bilgilendirilmiş olur (rıza) form örneğinden* bahsedilmiştir.

“Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği”²⁵³ ne üremeye yardımcı tedavi uygulanacak çiftlere ait izin belgesi örneği eklenmiştir. Yazılı şekil öngörülen örnek belgede, işleme tarafların onamı ve izni olmadan girişilmeyeceği, bu işlemin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonları, riskleri, başarı garantisinin olmadığı, oosit²⁵⁴ alınması esnasında uygulanacak laparoskopik işlemlerin ve diğer işlemlerin risklerinin olduğu, muhtemel fetal anomali riskinin olduğu ve gebelik oluştuğunda, gerektiğinde anomalileri araştırmak için uygulanacak testlerin riskleri konusunda aydınlatma yapılması gerektiği ve serbest irade ile onam verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Söz

²⁵² RG. 27.05.1994-22218.

²⁵³ RG.19.11.1996- 22822. Bu yönetmelik 13.12.1983 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ikinci ve 43. maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır (m.3).

²⁵⁴ Oocyte, olgunlaşma devresinden önceki dişi cinsiyet hücresi (Bkz. KOCATÜRK, s. 310).

konusu örnek belgede ayrıca, embriyoların dondurularak müteakip aylarda kullanılmak üzere üç yılı geçmemek şartıyla klinikte saklanmasına, saklama süresinin sonunda veya taraflardan birinin ölümü veya boşanma veya talep halinde bu süreden önce saklanan embriyoların derhal imha edileceğine onam verilmesi gerektiği de belirtilmiştir.

Hastanın aydınlatılma hakkı ve aydınlatılmış onam konularında düzenlemeler getiren bir diğer ulusal metin **“Hasta Hakları Yönetmeliği”**²⁵⁵’dir. Adı geçen yönetmelik, mevzuatımızda hasta haklarının bir arada düzenlendiği tek metin olması sebebiyle önem taşımaktadır. Ancak hasta haklarına ilişkin bu düzenlemenin kanun düzeyinde olması gerekirken yönetmelik düzeyinde çıkarılması yerinde değildir.

Yönetmeliğin 4. maddesinde kavramların tanımlarına yer verilmiştir. Maddede hasta hakları, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip oldukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası andlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış olan haklar şeklinde tanımlanmıştır (m.4/e). Yönetmelikte, bu haklar ayrı ayrı düzenlenmiş olup, çalışma konumuz olan aydınlatma ve aydınlatılmış onam alınması konularında da hüküm tesis edilmiştir.

Yönetmeliğin “Rıza Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama” başlıklı 22. maddesinde, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından temel ilkeye yer verilmiş; kanunda gösterilen istisnai haller dışında, kimsenin rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahalelere tabi tutulamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

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

²⁵⁵ RG. 01.08.1998-23420. Hasta Hakları Yönetmeliği, 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 9/c maddesine 181 Sayılı Sağlık Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 43. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır (m.3).

“Hastanın Rızası ve İzin” başlıklı 24. maddede, diğer ulusal ve uluslararası metinlere paralel bir düzenleme ile, tıbbi müdahalelerde hastanın onamının; hasta küçük ya da kısıtlı ise velisinin ya da vasisinin onamının alınması gerektiği öngörülmüştür. Bununla birlikte, Yönetmeliğin 26. maddesinde, yerinde bir düzenlemeyle, yasal temsilcinin onamının gerekli ve yeterli olduğu durumlarda dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük ya da kısıtlının dinlenerek, tıbbi müdahaleye katılımının sağlanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Hükümde ayrıca, yasal temsilcinin onam vermediği durumlarda, yapılacak müdahalenin tıbben gerekli olması halinde, mahkeme kararı ile müdahale yapılabileceği düzenlenmiştir (m.24/f.2). Ancak yasal temsilcinin onamının veya mahkeme kararı alınmasının zaman gerektireceği ve hastaya derhal müdahalede bulunulmadığı takdirde hayatı ya da hayati organlarından birisinin tehdit altına gireceği durumlarda onam şartının aranmayacağı açıkça düzenlenmiştir (m.24/f.3). Hükümde ayrıca onamın hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller dışında geri alınmasının mümkün olduğu belirtilmiştir (m.24/f.4). Bununla birlikte, müdahaleye başladıktan sonra onamın geri alınması ise, ancak tıbbi açıdan sakınca bulunmaması koşuluna bağlanmıştır (m.24/son).

Hasta Hakları Yönetmeliği’nde, hastanın tedaviyi reddetme ya da durdurulmasını isteme hakkına sahip olduğu yönünde de bir düzenleme mevcut olup, bu durumlarda tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hasta veya yasal temsilcisine ya da yakınlarına anlatılması ve buna ilişkin yazılı belge alınması gerektiği hükme bağlanmıştır (m.25/f.1).

Yönetmeliğin beşinci bölümünde yer verilen bir diğer hüküm, “*Alışılmış Olmayan Tedavi Usullerinin Uygulanması*” başlıklı 27. maddedir. Hükme göre, kinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metotlarının hastaya yarar sağlayamayacağının sabit olması ve daha önce deney hayvanları üzerinde yeterli derecede denenmek suretiyle yararlı etkilerinin anlaşılması ve hastanın onamının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metotları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya yararlı olacağının ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi yöntemlerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da

şarttır. Önceden denenmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale yöntemi, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağının mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir.

Yönetmeliğin bu bölümünde ayrıca, organ ve doku alınmasında onam alınması konusunu da yer verilmiş, 18 yaşından küçük ve temyiz kudretini haiz olmayanlardan organ ve doku alınamayacağı, bunun dışındaki kişilerden organ ve doku alınmasının 2238 Sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince yazılı şekil şartına bağlı olduğu, ölüden organ ve doku alınması konusunda, 2238 Sayılı Kanun'un 14. maddesi hükümlerinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır (m. 29).

Özel olarak başka kanun ve yönetmelikle düzenlenmiş olmakla birlikte, bu yönetmelikte yer bulan bir diğer konu da, aile planlaması hizmetleri ile gebeliğin sona erdirilmesi hususlarıdır. Maddede, ilgilinin onamı bulunsa dahi, Sağlık Bakanlığı'na tespit edilmiş olanlar dışındaki ilaç ve araçların aile planlaması hizmetlerinde kullanılamayacağı, gebeliğin sona erdirilmesinin 2877 Sayılı Kanun'da öngörülen şartlara tabi olduğu ve sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi hallerinde hastanın ve evli ise eşinin onamının arandığı hükme bağlanmıştır (m.30).

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde aydınlatılmış onamın kapsamı konusunda da düzenleme yapılmış olup, onamın hasta veya yasal temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları konusunda aydınlatıldıktan sonra alınması gerektiği öngörülmüştür (m.31).

Yönetmeliğin "Tıbbi Araştırmalar" başlıklı Altıncı Bölümünde, hiç kimsenin Sağlık Bakanlığı'nın izni ve kendi onamı olmaksızın, tecrübe, araştırma ve eğitim amaçlı olarak tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacağı, yaşama ve vücut bütünlüğü hakkının, tıbbi araştırmalardan beklenen tıbbi fayda ve toplumun menfaatinden üstün olduğu açıkça düzenlenmiştir (m.32). Yönetmelikte, gönüllünün araştırmanın her safhasında, araştırmanın amacı, usulü, olası yarar ve zararları, onamını geri alabileceği konularında önceden ve yeterince bilgilendirilmesi gerektiğinin düzenlendiği ve bu bilgilendirme sonrasında alınacak onamın yazılı şekil şartına bağlandığı görülmektedir (m.33-34). Küçüklere ve temyiz kudretini haiz olmayanlara ise, yalnızca araştırma

maksatlı tıbbi müdahale yapılamayacağı, faydası bulunması şartı ile bu kimselerin yasal temsilcisinin onamına bağlı olarak tıbbi müdahaleye tabi tutulabileceği düzenlenmiştir (m.35).

Hekimler açısından bağlayıcılık taşıyan “**Hekimlik Meslek Etiği Kuralları**”²⁵⁶ nda da aydınlatılmış onam konusunda önemli hükümler bulunmaktadır. Düzenlemenin “Aydınlatılmış Onam” başlıklı 26. maddesinde, hekimin aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatmanın kapsamı, ölçüsü, şekli, icrası konularına yer verilmiştir. Adı geçen hükme göre hekim, hastasını, sağlık durumu, konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, riskleri, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, önerilen tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkacak sonuçlar ve diğer olası tedavi seçenekleri ve riskleri konusunda aydınlatmalıdır. Bu düzenlemenin hukukumuzda aydınlatmanın kapsamı ve içeriği konusunda genel bir çerçeve çizdiğini söylemek mümkündür.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 26. maddesinde ayrıca, aydınlatmanın hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna uygun olarak ve hasta tarafından anlaşılabilir şekilde yapılması gerektiği; baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alınması durumunda onamın geçersiz olacağına yer verilmiştir.

Onamı alınacak kişi/kişiler konusunda da düzenleme getiren 26. maddede, acil durumlarda, hastanın reşit olmadığı veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcinin izninin gerektiği, yasal temsilcinin kötüniyetli olarak izin vermediğinin düşünüldüğü hallerde, bu durumun hastanın yaşamını tehdit etmesi halinde, adli mercilerden izin alınması gerektiği belirtilmiştir. Düzenlemede ayrıca hastanın vermiş olduğu aydınlatılmış onamı istediği zaman geri alabileceği hususu da açıkça hükme bağlanmıştır.

²⁵⁶ TTB 47. Büyük Kongresi’nde 10-11 Ekim 1998’de kabul edilmiştir. Yayın Tarihi, 01.02.1999. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu’nun m.59/g hükmüne dayanılarak hazırlanmıştır (Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.3). 46. maddede açıkça düzenlendiği üzere, hekimlerin bu kurallar bütünü hükümlerine aykırı davranışlarda bulunmaları halinde disiplin sorumlulukları söz konusu olacaktır. Hekimlerin disiplin soruşturmasına uğraması, haklarına hukuki takibata gidilmesine engel teşkil etmemektedir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda ayrıca, hastanın bilgilendirilmeme hakkına da sahip olduğu, hastanın bilgilendirilmek istemediğini belirttiği hallerde hekimin bilgi vermesinin gerekmediği, ailenin ancak hastayla görüş birliğine varıldığında haberdar edilebileceği, bilinci kapalı hastalar bakımından yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilememesine hekimin karar vereceği hususlarında düzenleme bulunmaktadır (m.27).

Türk Tabipler Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda, tıbbi araştırmalarda aydınlatılmış onam alınması konusunda da düzenleme yapmış olup, insan üzerinde yapılacak araştırmalarda her denneğin, araştırmanın amacı, yöntemleri, beklenen yarar ve olası yan etkileri ile kişinin dilediği zaman araştırmaya katılmaktan vazgeçebileceği hususlarında, anlayabileceği bir dilde ve biçimde aydınlatılması gerektiği ve yapılan aydınlatma neticesinde alınacak onamın yazılı şekil şartına bağlı olduğu belirtilmiştir.

1998 tarihli “*Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği*”²⁵⁷ de aydınlatılmış onam alınması konusunda hüküm ve ekinde aydınlatılmış onam form örneği ihtiva etmektedir. Yönetmeliğin “Rıza” başlıklı 19. maddesinde, genetik tanı merkezlerinde, başvuranın bilgilendirilmiş onay formu ile rızası alınmadan işlem yapılamayacağı, ayrıca sonuçların, kişinin rızası olmadan üçüncü kişilere bildirilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Hükümde atıfta bulunulan “bilgilendirilmiş onay formu” olarak ifade edilen ek formda, hastanın doğacak olan bebeğinde ve kendinde araştırma konusu hastalığın olup olmadığının anlaşılması için gerekli işlemin yapılması gerektiği ve işlem hakkında aydınlatma yapılması, yapılan bu aydınlatma sonrasında hastadan onam alınması gerektiği belirtilmiştir.

“*Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği*”²⁵⁸ nin 31. maddesinde, I-131 olarak ifade edilen, 131 radyoaktif maddesi verilen hastanın, müdahale sonrasında taburcu edilebilmesi için, verilmesi gerekli yazılı talimat bilgileri hakkında ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu hükümde, hastaya, diğer kişilerle temasları ve radyasyon korunması ile ilgili alınacak önlemlerin yer aldığı Yönetmeliğin 6. eki olarak

²⁵⁷ RG.10.06.1998-23368.

²⁵⁸ RG:24.03.2000-23999.

yer alan *yazılı talimat* formatının imza karşılığı verilmek şartıyla hastanın taburcu edileceği hükmüne bağlanmıştır.

Ülkemizde sık görülen kalıtsal kan hastalıklarından talasemi ve orak hücre anemisi başta olmak üzere anormal hemoglobinlerin koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında önlenmesi ve mücadele edilmesine yönelik tedbirlerin ve bu hastalıkların tanı ve tedavilerine yönelik faaliyetlerin usul ve esaslarını düzenlemek amacıyla çıkarılan **“Kalıtsal Kan Hastalıklarından Hemoglobinopati Kontrol Programı ile Tanı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği”**²⁵⁹’nin 11. maddesinin 4. fıkrasında Hemoglobinopati Merkezlerinde, başvuranın onamı alınmadan işlem yapılamayacağı düzenlenmiştir.

“Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği”²⁶⁰, aydınlatılmış onam alınması konusunda hüküm ihtiva eden bir diğer düzenlemedir. Yönetmelikte, hekimin hastanın aydınlatılmış onamını usulüne uygun almaksızın tıbbi girişimde bulunması, yaptırımına para cezası olan bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir (m.4/s).

“Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik”²⁶¹ te de aydınlatılma ve aydınlatılmış onam konusunda düzenlemeler mevcuttur. Yönetmeliğin 26. maddesinde, hastaya evde bakım hizmeti verilebilmesi için, sağlık kuruluşunda hastanın veya hastanın tıbbi durumu *onay* vermeye elverişli değilse kanuni temsilcilerinin *bilgilendirilmiş onay formu* ile *rızası* alındıktan sonra işlem yapılacağı (a bendi), evde bakım hizmeti için kabul edilen hastaların, mevzuat tarafından belirlenen hakları korunacak şekilde, hasta hakları ve yükümlülükleri ve hizmet içeriği konusunda *bilgilendirileceği*, hastanın kendisinin veya kendisi karar verme yetisine sahip değilse kanuni temsilcisinin, sunulacak hizmetin varsa riskleri konusunda her türlü bilgiyi almaya ve değerlendirme yaptıktan sonra hizmeti kabul etmeme hakkına sahip olduğu (b bendi) belirtilmiştir.

²⁵⁹ RG. 24.10.2002-24916.

²⁶⁰ RG. 28.04.2004-25446.

²⁶¹ RG. 10.03.2005-25751. Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik, dayanak başlıklı 3. maddesinde belirtildiği üzere 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 9. maddesinin (c) bendi ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Yönetmeliğin 26. maddesinin g bendinde, hasta bakımı açısından sağlık kuruluşu tarafından önerilen tedavi planının kabul edilmemesi durumunda, bu tedavi planının uygulanmamasının yol açabileceği risklerin anlatılacağı ve hizmetin kabul edilmediğine ilişkin yazılı beyan isteneceği hükme bağlanmıştır.

Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmeliğin “Evde Bakım Hizmeti Sunan Sağlık Kuruluşu Denetleme Formu” başlıklı, yönetmeliğin 7. eki olarak yer alan form örneğinde, yapılacak denetlemelerle ilgili olarak *hastanın veya yasal vasilerinin bilgilendirilmiş olur formu ile rızası alınmadan işlem yapıp yapılmadığının tespiti* açısından da bir maddeye yer verilmiştir.

Yönetmelikte hasta hakları, aydınlatılma ve aydınlatılmış onam konularında getirilen düzenlemeler olumlu olarak değerlendirilebilmekle birlikte, *bilgilendirilmiş onay* (m.26), *bilgilendirilmiş olur* (EK 7); şeklinde terim birliğine, *hastanın kanuni temsilcisi* (m.26), *hastanın yasal vasisi* (EK 7) gibi terim ve anlam birliğine aykırı ifadelere yer verilmesi yerinde değildir.

Hukukumuzda aydınlatılmış onam hakkında hüküm içeren bir diğer düzenleme, “***Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik***”²⁶² tir. Yönetmeliğin tanımlar başlıklı dördüncü maddesinin ev hemodiyalizinin tanımının yapıldığı kısmında, bir diyaliz merkezi ile bağlantılı olmak kaydıyla, hastanın talebi ve “*bilgilendirilmiş onay formu*” alınarak ve tıbbi kontrolleri diyaliz merkezi tarafından yapılmak kaydıyla, evde yapılan diyaliz yöntemlerinin ev hemodiyalizini ifade ettiği belirtilmiştir. Bu hükümde öngörülen diğer şartlar yanında, hastanın aydınlatılmış onamının –Yönetmeliğin ifadesi ile bilgilendirilmiş onayının- alınmasının, evde yapılan bir diyalizin ev hemodiyalizi olarak nitelendirilebilmesi için önşart olarak kabul edilmesi dikkat çekicidir.

Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 46. maddesinde de, hastanın aydınlatılmış onamının alınmasından bahsedilmektedir. Hükümde reuse uygulamasının

²⁶² RG. 08.05.2005-25809. Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3 üncü maddesi ile 9 uncu maddesinin (c) bendine ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır (m.3).

hastanın anlayabileceği şekilde izah edilmek ve hastadan *bilgilendirilmiş onay formu* alınmak kaydıyla, Bakanlıkça izin verilmiş merkezlerde yapılabileceği belirtilmektedir.

“Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği”²⁶³ nde, *Kordon Kanı*²⁶⁴ Bankacılığı işlemleri bakımından, aydınlatılmış onam alınmasının önemini gösteren düzenlemelere yer verilmiştir. Yönetmeliğin başvuru düzenleyen 9. maddesinde, Kordon Kanı Bankası açmak isteyen kuruluşların, Bankanın bulunduğu ildeki İl Sağlık Müdürlüğüne, bir başvuru dilekçesi ve Yönetmeliğin 1. eki olarak yer alan *bilgilendirilmiş olur formunu* da içeren ekli başvuru dosyası ile başvuruları gerektiği belirtilmektedir. Çalışma esaslarının düzenlendiği 18. maddede, kordon kanı toplama işleminin, doğum öncesinde annenin, Yönetmelik’te Ek-1 olarak yer verilen *Kordon Kanı Verici Anne İçin Bilgilendirilmiş Olur Formunu* imzalaması ile başlayacağı hükme bağlanmıştır.

Aydınlatılma ve aydınlatılmış onam konusunda hüküm içeren bir diğer hukuki düzenleme olan **“Kamu Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları İle Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri Hakkında Yönetmelik”**²⁶⁵ in Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Esasları başlıklı 5. maddesinde, radyasyona maruz kalacak hasta ya da onun yasal temsilcisine tıbbi müdahale ve gerekçesi hakkında bilgi verileceği ve *onayının* alınacağı hükme bağlanmıştır (m.5/f.3). Aynı maddenin 4. fıkrasında, tanıya yönelik radyasyon uygulamalarında gereksiz tekrar çekimlerin önlenmesinin esas olduğu, bu açıdan hasta veya hasta yakını bilgilendirileceği belirtilmiştir.

Henüz taslak aşamasında olmakla birlikte, çalışma konumuz ile doğrudan ilgili olması sebebiyle, Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü Hasta Hakları Şubesi tarafından hazırlandığı belirtilen, **“Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”**nın üzerinde durulması gerekmektedir.

Tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatılma ve aydınlatılmış onam konuları hakkında, hukuki *açıdan* özel bir düzenleme yapma yoluna gidilmek istenmesi kanaatimizce önemli bir yaklaşımdır. Ancak düzenlemenin bütünü üzerinde yapılan

²⁶³ RG. 05.07.2005-25866.

²⁶⁴ Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği’nin 1. eki olarak yer verilen örnek formda yapılan bilgilendirmeye göre, kordon kanı, hastalıklarının tedavisi için kök hücre nakline ihtiyaç duyan ya da duyacak olan hastalar için, kök hücre kaynağı olarak kullanılmak üzere saklanmaktadır.

²⁶⁵ RG: 06.10.2007-26665.

genel bir değerlendirme ve Taslağın ekinde yer alan *bilgilendirilmiş rıza alınması ile ilgili form formatı* ile, Taslağın aydınlatılmış onam kavramını bir form ve imzaya indirgediği izlenimini oluşmaktadır. Yönetmelik kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarında hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü *tıbbi girişimin* ön koşulu olan *bilgilendirilmiş rızasının* alınmasını, insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığı ve bedeniyle ilgili tasarruflarının sağlanması, hak ihlallerinden korunabilmesini ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesiyle ilgili esas ve usulleri belirlemek amacını taşıdığı belirtilen Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı'nın şekil, kullanılan dil ve terimler ile içerik ve esas bakımından birçok eksiklik ve yanlışlık içerdigi görölmektedir.

Başlığında, kanaatimizce daha kapsamlı bir ifade olan “aydınlatılmış onam” yerine “bilgilendirilmiş rıza” alınması ifadesi tercih edilen yönetmelik taslağı, dilbilgisi kurallarına uyulmaması, terim birliğine uyulmamış olması gibi sebeplerle şekil açısından eleştirilebilir niteliktedir. Taslakta çeşitli maddelerde kullanılan, onam, rıza; kişi, hasta, birey; hekim, doktor; tıbbi müdahale, tıbbi girişim, tıbbi hizmet gibi kavramlar, terim birliğine uymamakta ve metnin bütününde anlam karmaşasına sebep olmaktadır.

Yönetmelik Taslağı esas bakımından da çeşitli hukuki eksiklik ve yanlışlıkları içeriğinde barındırmaktadır. Taslak metninde *küçük, olgun küçük, özgürlüğüne kavuşmuş küçük* gibi yeni durumlar ortaya çıkarılmış, veli, vasi, kayyım gibi kavramlar hukuki tanımlarının dışında tanımlanmıştır. Ayrıca yaratılan *ekspres rıza* kavramı kanaatimizce yerinde olmayıp, varsayılan rıza hakkında yapılan tanım da doktrinde yapılan tanımlarla bağdaşmamaktadır. Yönetmelik Taslağı'nda yer alan hastanın rızasının yazılı olacağı hususunda hiçbir yasal düzenleme bulunmadığı yönündeki ifade, mevcut hukuki mevzuata açık aykırılık teşkil etmektedir. Söz konusu taslak ile yaratılan ya da doğru tanımlanmayan *sözlü, yazılı, geçici, genel, hususi rıza* kavramları yerinde değildir. Taslakta yer alan Bilgilendirilmiş Rıza Formunun İmzalatılması Gereken Durumlar başlıklı bir madde ve bu madde kapsamında sayılan müdahaleler yerinde değildir. Aydınlatılmış onam alınması gereken hallerin kısıtlanmış olması, her türlü

tıbbi müdahale için aydınlatılmış onamın bulunması yönünde ifade etmiş olduğumuz görüşümüzle de bağdaşmamaktadır.

Taslak metninin genel itibariyle, aydınlatılma ve aydınlatılmış onam alınması konularında, hukuki açısından yetersiz, eksik ve çelişkili ifadeler içerdiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, kanaatimizce, söz konusu taslak metnin gözden geçirilerek düzeltilmesi yolu yerine, bu konuda çalışmalarda bulunan akademisyen ve uygulamacılardan oluşan yeni bir komisyon oluşturulmak suretiyle, amaca ve tekniğine uygun yeni bir taslak metin oluşturulması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AYDINLATILMIŞ ONAMIN GEÇERLİK KOŞULLARI, TARAFLARI, ZAMANI, ŞEKLİ, KONUSU, KAPSAMI

Ş1. AYDINLATILMIŞ ONAMIN GEÇERLİK KOŞULLARI

I. GENEL OLARAK

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun birer fiil olarak kabul edilebilmesi için gerekli unsurlardan biri hastanın onamıdır. Zira usulüne uygun yapılmış olsa bile, hastanın ve/veya yasal temsilcisinin onamı olmaksızın yapılan bir müdahale -diğer hukuka uygunluk sebeplerinden²⁶⁶ biri de yoksa- hukuka aykırı kabul edilecektir²⁶⁷.

Geçerli bir onamdan bahsedebilmek için, ilgili kişiden alınacak onamın bazı koşulları taşınması gerekmektedir. Çalışmamızda bu koşullar, hastanın onam verme ehliyetine sahip olması, iradenin sağlıklı olması ve onamın yetkili kişiye yönelmesi şeklinde üç başlık altında incelenecektir.

II. ONAM EHLİYETİ

A. Genel Olarak

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin onamı, yaşam hakkı, vücut bütünlüğü hakkı gibi kişiye sıkı surette bağlı haklara ilişkin olması sebebiyle ayrı bir önem taşımaktadır²⁶⁸.

²⁶⁶ TMK. 24/2. maddesinde, özel hukukta gözetilecek hukuka uygunluk nedenleri, kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamu yararı ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması olarak sayılmıştır.

5237 Sayılı TCK' da, ceza sorumluluğunu azaltan ya da kaldıran nedenler başlığı altında, kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme (m.24), meşru savunma ve zorunluluk hali (m.25), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (m.26), sınırın aşılması, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (m.28), haksız tahrik (m.29), hata (m.30), yaş küçüklüğü (m.31), akıl hastalığı (m.32), sağır ve dilsizlik (m.33), geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (m.34) halleri sayılmıştır.

²⁶⁷ AYAN, s. 11.

²⁶⁸ BAYRAKTAR, Hekim, s. 130; AYAN, s. 11; SERT, s. 217; BORAN, s. 86.

Onamın ehliyet açısından geçerliliği için, öncelikle kişinin onam verdiği hakkın sahibi olması gerekmektedir²⁶⁹.

Bir tıbbi müdahaleye yönelik alınan onamın hukuken geçerli olabilmesi için, kural olarak, tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin onam verme ehliyetine sahip olması gerekmektedir²⁷⁰.

Yaş, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi nedenlerle, müdahalenin yöneldiği hukuksal yararların değerini ya da önemini anlayacak durumda olmayan, onam açıklamasının hangi sonuç ya da riskleri doğuracağını ya da daha az yük getirecek hangi yollarla amaçlanan neticeye ulaşılacağı konusunu öngöremeyen kişilerin, onam verme ehliyeti bulunmadığı belirtilmektedir²⁷¹.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, hastanın karşılaşacağı, kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleleri anlaması, değerlendirebilmesi ve bu fiillerin kendisine uygulanmasını istemesi, hastanın onam verme ehliyeti olarak ifade edilmektedir²⁷².

Savunulan bir diğer görüşe göre, ruhi ve ahlaki olgunluğa erişmiş ve korunmasından vazgeçtiği menfaatin ve bu yönde verdiği kararın anlam, kapsam ve niteliğini bilecek ve bunun sonuçlarını öngörebilecek durumda olan kişi onam verme ehliyetine sahiptir²⁷³.

Kanaatimizce onam verme ehliyeti, kişinin kendisine uygulanacak müdahalenin ne olduğu ve önemi, bu müdahale dışında hangi seçeneklerin var olduğu, bu müdahale ile ne amaçlandığı, müdahale yapılırsa ya da yapılmazsa hangi netice ve/veya risklerle karşılaşabileceği gibi hususları anlaması, yaptığı değerlendirme neticesinde bu müdahalenin kendisine uygulanmasını isteyebilmesi olarak ifade edilebilir.

²⁶⁹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 130; AYAN, s. 11; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 152; YENERER ÇAKMUT, s. 205; SERT, s. 217; HATIRNAZ, Gültezer: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2007, s. 64.

²⁷⁰ BAYRAKTAR, Hekim, s. 130; AYAN, s. 11; ÇİLİNGİROĞLU, s. 54; YENERER ÇAKMUT, s. 205; ÖZDEMİR, s. 116; ERMAN, s. 80; ÖZTÜRKLER, s. 70; BORAN, s. 86.

²⁷¹ ERMAN, s. 80.

²⁷² BAYRAKTAR, Hekim, s. 130; ERMAN, s. 80.

²⁷³ KÖK, Biyotıp, s. 119.

Tıbbi müdahaleye ilişkin onam konusunda, medeni hukuktaki fiil ehliyeti²⁷⁴ ya da ceza hukukundaki kusur yeteneğinin esas alınmaması gerekmektedir²⁷⁵. Medeni hukuktaki fiil ehliyeti ve bunun için aranan şartların, ceza hukuku bakımından onam verme ehliyeti açısından değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir²⁷⁶. ROSENAU da onam verme ehliyetinin bir kimsenin geçerli ticari işlem yapabilme yeteneği ya da kusur yeteneği ile karıştırılmaması gerektiği görüşündedir. Yazar, Alman Hukuku'nda yargısal içtihadın, hastanın aydınlatıldıktan sonra bile, tıbbi bir önlemin nitelik, anlam ve kapsamını anlayamayacak durumda olması halinde, onam verme ehliyeti bulunmadığının kabul edilmesi gerektiği yönünde tekrarlandığını ifade etmektedir²⁷⁷. Tıbbi müdahalelere ilişkin onam konusunda esaslı kriterler müdahalenin ağırlığı ve aciliyeti olup, onam verme ehliyeti konusundaki kıstasların bu ölçütlere göre değerlendirilmesi gerekmektedir²⁷⁸.

B. Onam Ehliyeti Bakımından Küçükler ve Diğer Ehliyetsizler

1. Genel Olarak

Kısıtlı olmayan, temyiz kudretini haiz ve reşit kişiler (medeni hukuk bakımından tam ehliyetliler), her türlü tıbbi müdahaleye ilke olarak tek başlarına²⁷⁹

²⁷⁴ **Fiil ehliyeti**, bir kimsenin kendi fiilleriyle hak edinebilmesi ve borç altına girebilmesi ehliyetidir (MK m.9). Kanunun düzenlemesine göre, bir kimsenin fiil ehliyetine sahip olabilmesi için, temyiz kudretini haiz olması, kısıtlı olmaması ve ergin olması şartlarının tümünü taşıması gerekmektedir (MK m.10). Kanunda, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da buna benzer nedenlerden biriyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin temyiz kudretini haiz olduğu hükme bağlanmıştır (m.13). Kanunda erginlik kavramı konusunda da hüküm ihdas edilmiş olup, on sekiz yaşını doldurmuş kişilerin ergin olduğu, evlenmenin de kişiyi ergin kıldığı (m.11), on beş yaşını dolduran kişilerin de kendi isteği ya da velisinin rızası ile mahkemece ergin kılınabildiği düzenlenmiştir (m.12). Kısıtlanma kurumu da Kanunda ayrıca düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre kısıtlı, kanunda sayılan nedenlerle (akıl hastalığı ve akıl zayıflığı, m.405; savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim, m.406; özgürlüğü bağlayıcı ceza, m.407; yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik veya ağır hastalık sebebiyle istek üzerine, m.408) hukuki işlem yapma ehliyeti kısıtlanan kişidir.

²⁷⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 152.

²⁷⁶ YENERER ÇAKMUT, s. 206. Aynı görüşte HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 152.

²⁷⁷ ROSENAU, Henning (Çev: Ali Kemal YILDIZ): “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S. 2, Y.2006, s. 50.

²⁷⁸ ROSENAU, s. 51; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 152.

²⁷⁹ 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da evli kişiler bakımından gebeliğin sonlandırılması veya sterilizasyon müdahaleleri öncesinde eşin onamının da gerektiği ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir (m.6/2). Söz konusu düzenlemeye paralel bir düzenleme de, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te yer almakta olup, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için evli kimselerde eşin onamının da gerektiği hükme bağlanmıştır (m.13).

onam verebilirler²⁸⁰. Ancak küçükler bakımından aydınlatılmış onam konusu özellikli bir durum oluşturmaktadır. Birçok hukuk düzeninde olduğu gibi hukukumuzda da, küçüklerin kendilerine uygulanacak tıbbi müdahaleye onam verme ehliyeti konusu önemli bir yere sahiptir. Bu çerçevede yaş küçüklüğünün tanımı ve hangi ölçülere uygun kişilerin yaş açısından onam vermeye ehil olduğunun tespiti önemlidir.

2. Küçükler Açısından Onam Ehliyeti

Küçüklerin tıbbi müdahaleye ilişkin onam verme ehliyetine sahip olup olmadığının tespitinde, temyiz kudreti ve kişilik gelişimi ile doğru orantılı olduğundan, yaşı, önemli bir yere sahiptir.

Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesinde, erginliğin on sekiz yaşın doldurulması ile başladığı düzenlenmiştir. Hukukumuzda, erginlik açısından önemli bir sınır olarak kabul edilen on sekiz yaş sınırı, tıbbi müdahaleye yönelik onam verme ehliyetinin tespitinde de gözetilmektedir. Bununla birlikte on sekiz yaş sınırı mutlak ve koşulsuz değildir. TMK. 11. maddesinin 2. fıkrasında, evlenmenin kişiyi ergen kıldığı, aynı kanunun 12. maddesinde de, on beş yaşını dolduran küçüklerin, kendi isteği ve velisinin rızası ile ergin kılınabileceği düzenlenmiştir.

Birçok ülkede, on sekiz yaşından küçük olmakla birlikte, ekonomik bağımsızlığını kazanıp, anne babasından ayrı yaşayan, evli olan, çocuğu olan ya da askerliğini yapmış küçükler, kendi başlarına hekime başvurabilmekte ve kendilerine uygulanacak tıbbi müdahalelere yönelik onamları geçerli sayılmaktadır²⁸¹. Ülkemizde de, çocuğun evlenme ya da mahkeme kararı ile reşit olması halinde, velayet söz konusu olmayacağından, bu kişilere yapılacak tıbbi müdahalelerde kendilerinin onamı gerekli ve yeterlidir.

Küçüklerde onam ehliyeti açısından üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, on sekiz yaşından küçük ve hala ailesine bağımlı olmakla birlikte, makul kararlar verebilecek durumdaki küçükler için tıbbi müdahalelere ilişkin aydınlatılmış onam

²⁸⁰ AYAN, s. 11; SERT, s. 217.

²⁸¹ Bkz. KARATAŞ/GÖRKEY, s. 489; AYDIN, Erdem: “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu”, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, Y.2003, S.2, C.46, s.150 (Kısaltma: Çocuk).

alınması konusudur. Bu çerçevede özellikle on beş yaşından itibaren, küçük için yararlı sonuçlar verecek, düşük riskli ve standart nitelikteki tıbbi müdahalelere ilişkin onamlarının geçerli kabul edildiği uygulamalar mevcuttur. Amerika Birleşik Devletleri'nde ailesinin onamı olmaksızın tıbbi müdahalede bulunan hekimlerin hukuki açıdan risk altında olduğu ancak son yıllarda on beş yaş üstü çocuklarla ilgili olarak ailesinin onamı olmadığı için mahkemelerin hekimleri sorumlu tutma yolunu tercih etmediği ve ailelerin görüşünün de bu yönde olduğu ifade edilmektedir²⁸².

Alman Hukukunda, on dört yaşından küçüklerin kural olarak anlama ve irade yeteneği bulunmadığı, bu nedenle bu hastaların yasal temsilcilerinin aydınlatılmış onamının alınması gerektiği kabul edilmektedir²⁸³. On dört yaşından büyük ancak on sekiz yaşından küçük çocuklarda ise, aydınlatılmış onamın kimden alınması gerektiği konusu somut olayın koşullarına bağlıdır. Müdahalenin acil olduğu durumlarda yasal temsilcinin onamının alınmaması mümkünken, acil müdahaleye gerek olmayan durumlarda ayrıca yasal temsilcinin onamının alınması gerekmektedir²⁸⁴. Bununla birlikte, Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında, mutlak olmamakla birlikte, yedi yaşından küçüklerin onam verme ehliyetinin hiçbir durumda var olduğunun kabul edilemeyeceği, yedi yaşından büyüklerin ise somut olaya göre, karar verme ehliyetinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır²⁸⁵.

Onam verme ehliyeti belli bir yaş sınırından ziyade, küçüğün, yapılması planlanan tıbbi müdahaleyi, kişisel ve toplumsal sonuçlarıyla birlikte tam olarak anlaması ve serbest irade ile seçim yapabilecek olgunluğa erişmiş olması ölçüsüne bağlanmalıdır. Bununla birlikte, müdahalenin önemine ve ortaya çıkabilecek sonuçların geri dönülmez olup olmadığına göre de bir derecelendirme yapılması gerekmektedir. Kanuni düzenlemeler ile, belli tıbbi müdahaleler açısından, belirli yaş sınırlarının

²⁸² AYDIN, Çocuk, s. 150-151.

²⁸³ REİSOĞLU, Seza: "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 5.

²⁸⁴ ÖZSUNAY, s. 51.

²⁸⁵ Bkz. ERMAN, s. 81, dn. 9.

öngörülmesi halinde, ilgili kanuni düzenlemede belirtilen yaş sınırlarının esas alınması gerekmektedir²⁸⁶.

Küçüklere yapılacak tıbbi müdahalelerde alınacak onam konusunu temyiz kudretini haiz olan ve olmayan küçüklerde ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

Temyiz kudretini haiz olmayan küçüklere yönelik tıbbi müdahalelerde alınacak onam bakımından, küçüğün yasal temsilcisinin onamı gerekli ve yeterlidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin 2. fıkrası, temyiz kudretini haiz küçüklerin ve kısıtlıların (medeni hukuk bakımından sınırlı ehliyetsizler), kişiye sıkı surette bağlı hakları tek başına kullanabileceğini hükme bağlamışsa da, temyiz kudretini haiz küçükler tarafından verilen onamın geçerliliği konusu doktrinde tartışmalıdır.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun' un 70. maddesinde, hekimlerin ve diş hekimlerinin her tür müdahale öncesinde, müdahalenin yapılacağı hastadan, hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde yasal temsilcisinden onam alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde, hastanın küçük ya da kısıtlı olması durumunda, velisinin ya da vasisinin onamının alınması gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre, temyiz kudretini haiz olsa da, küçüklerin maruz kalacağı tıbbi müdahaleler bakımından, asıl bağlayıcı olan, yasal temsilcinin kararıdır. Bununla birlikte Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesinde, yasal temsilcinin onamının gerekli ve yeterli olduğu durumlarda dahi, küçük ya da kısıtlının mümkün olduğunca dinlenerek, tıbbi müdahaleye katılımının sağlanması gerektiği hükme bağlanmıştır.

2238 Sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesi, on sekiz yaşını doldurmamış ve temyiz kudretini haiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasının yasak olduğunu hükme bağlamıştır. Kanunun m.7/c hükmüne göre, vericinin akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmaması halinde, -kişi verici olmak istese dahi- hekimin organ ve doku almayı reddetmesi gerekmektedir.

²⁸⁶ YENERER ÇAKMUT, s. 206, 207; BORAN, s. 90.

2238 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde, canlı vericiden organ ve doku alınmasına ilişkin gerekli onamın alınması için, on sekiz yaş sınırı ve temyiz kudretinin varlığı şart koşulmakla birlikte, aynı kanunun 14. maddesinin 1. fıkrasında, ölümden sonrası için açıklanan onamın geçerliliği bakımından, vasiyetname yapma ehliyetine sahip olmak, yani onbeş yaşını doldurmuş olmak ve temyiz kudretine sahip olmak yeterli sayılmıştır²⁸⁷.

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanuna göre, gebeliğin sonlandırılması ve sterilizasyon için, kural olarak ilgili kişinin onamı gerekmektedir (m.6/f.1, m.4/f.2). Ancak gebe kadın küçük ise, küçüğün ve yasal temsilcisinin; gebe kadın vesayet altında olup da reşit değilse, kişinin kendisinin, vasisinin onamı ile birlikte sulh hakiminin izni gerekmektedir. 6. maddede ayrıca, kişinin temyiz kudretini haiz olmadığı durumlarda onamının aranmayacağı düzenlenmiştir.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te, 2827 Sayılı Kanuna paralel bir düzenlemeyle, on haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyelerinde, gebe kadın reşitse kendisinden, küçükse kendisinden ve yasal temsilcisinden; vesayet altında olup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden, vasisinden ve sulh hakiminden izin alınması gerektiği hükme bağlanmıştır (m.13).

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m.4/f.2 hükmüne göre, sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde, reşit kişinin isteği üzerine yapılır. Bir başka deyişle, sterilizasyon ancak reşit kişilere uygulanabilmesi mümkün bir tıbbi müdahale olup, onam açısından, düzenlenen kuralları buna göre değerlendirmek gerekmektedir.

Tıbbi müdahaleye yönelik onam alınması konusunda karşılaşılan bir sorun, yasal temsilcinin çeşitli nedenlerden dolayı tıbbi müdahaleye onam vermemesi

²⁸⁷ TMK m.502: "*Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir.*" Ayrıntılı bilgi için bkz. AKÜNAL, Teoman: "2238 Sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun" Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu", MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 25.

durumdur. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 2. fıkrasında²⁸⁸ açıkça düzenlendiği üzere, yasal temsilcinin onamının gerektiği ancak yasal temsilcinin onam vermediği durumlarda, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, ehliyetsiz hastaya müdahalede bulunulabilmesi için, Türk Medeni Kanunu uyarınca²⁸⁹, mahkeme kararı gerekmektedir. Ancak yasal temsilciden ya da mahkemeden izin alınması gerekmele birlikte, hastaya derhal müdahale edilemediği takdirde, hastanın hayatı ya da hayati organlarından biri tehdit altına girecekse, izin şartı aranmamaktadır (Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/f.3).

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında da benzer bir düzenleme mevcuttur. Düzenlemeye göre, hekim yasal temsilcinin onam vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyorsa ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması halinde, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahalede bulunmak hekimin takdirindedir.

Doktrinde, küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkin onam konusunda küçüğün istekleri gözetilse bile, onamın yasal temsilcisinden alınması gerektiği zira çocukların aydınlatılmaları ve onamlarının alınmasının, küçüğün bilme ya da katılma hakkından kaynaklandığı ileri sürülmüştür²⁹⁰.

Bu konuda savunulan bir diğer görüşte, küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin olarak, hem küçüğün hem de yasal temsilcisinin onamının gerekli olduğu, ancak temyiz kudretini haiz de olsa, küçüğün, yasal temsilcisinin ısrarla karşı koyduğu, beden bütünlüğüne yönelik ve zararlı sonuçlar doğurabilecek müdahalelere karşı onam verememesi gerektiği belirtilmiştir²⁹¹.

²⁸⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/2: “*Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi Türk Medeni Kanunu uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.*”

²⁸⁹ Bkz. Türk Medeni Kanunu m.346, m.348, m.461, m.483.

²⁹⁰ BORAN, s. 87.

²⁹¹ ZEVLİLİLER, Aydın: “Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Diyarbakır, Y.1983, S. 1, s. 20; ÇİLİNGİROĞLU, s. 55, 56.

İleri sürülen bir başka görüşe göre, küçük, temyiz kudretini haiz olduğu halde, tıbbi müdahaleye yönelik onam konusundaki tasarrufun tamamen yasal temsilciye bırakılması, kişinin geleceğini belirleme hakkının göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir. Tıbbi müdahaleye yönelik verilecek onam konusunda, küçüğün temyiz kudretinin varlığını kabul ettikten sonra, bu hakkın kullanımının küçüğü korumak için, yasal temsilcisinin onamına bağlı tutmak gereksiz bir tedbirdir²⁹². Küçüğün tıbbi müdahaleye onam verme konusunda temyiz kudretini haiz olup olmadığını tespit yükümlülüğü, bizzat tedaviyi yapan hekime aittir²⁹³. Bununla birlikte, sorumluluk riskine karşı, önemli ameliyatlarda yasal temsilcinin de onamının alınmasının tavsiye edilebileceği belirtilmektedir. Küçüğün temyiz kudretini haiz olduğu konusunda hekimde bir tereddüt oluşmuşsa, müdahale acil değilse, durum netleşinceye kadar müdahalenin ertelenmesi yerinde olacaktır²⁹⁴. Acil durumlarda ise, hekim tarafından yapılacak tıbbi müdahalenin, küçüğün üstün yararı ya da zaruret sebebiyle hukuka uygun hale geleceği kabul edilmektedir²⁹⁵.

Kanaatimizce, yaşama hakkı ile kişilik hakkını oluşturan değerlerden olan vücut bütünlüğü değeri, kişiye sıkı surette bağlı haklardan olduğundan, tıbbi müdahalenin önemini ve sonuçlarını kavrayabilecek olgunlukta olan küçüğün maruz kalacağı tıbbi müdahalelerde, tek başına yasal temsilcinin onamının yeterli olduğu görüşü yerinde değildir. Esas olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı olduğundan, her somut olayda, ilgilinin onam verdiği müdahalenin ağırlığı ve sonuçlarının kalıcılığının incelenmesi ve verdiği kararın etki ve sonuçlarını değerlendirip değerlendiremeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. İlgili bu değerlendirmeyi yapabiliyorsa onam verme konusunda ehil olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Temyiz kudretini haiz olduğu kanaatine varılan küçüğün tıbbi müdahaleye yönelik onamı da yeterli sayılmalıdır. Önemli tıbbi müdahaleler bakımından yasal temsilcinin de görüşünün alınması yerinde bir yol olarak değerlendirilebilir. Ancak bağlayıcı olan karar, temyiz kudretini haiz küçüğün kararı olmalıdır. Bu görüşün uygulama alanı bulması halinde ortaya çıkacak bir diğer sorun da, küçüğün temyiz kudretini haiz olup

²⁹² ŞENOCAK, Rıza, s. 74-76.

²⁹³ ŞENOCAK, Rıza, s. 77; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 153.

²⁹⁴ ŞENOCAK, Rıza, s. 77. HAKERİ bu durumda yasal temsilcinin onamının alınması gerektiğini düşünmektedir (s. 153).

²⁹⁵ ŞENOCAK, Rıza, s. 77; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 153.

olmadığını tespit yükümlülüğünün hekime yüklenmesinin, hekimleri hukuken risk altına sokacağı düşüncesidir. Ancak Amerika Birleşik Devletleri’nde olduğu gibi, uygulamada zaman içinde bu sorunun aşılabilceği kanaatindeyiz.

Her ne kadar kanaatimiz temyiz kudretini haiz küçüğün kararının yeterli olması gerektiği yönünde ise de, yukarıda da değinildiği üzere, hukukumuzda, günümüz mevzuatı açısından, bu görüşün uygulama alanı bulunmamaktadır.

3. Diğer Ehliyetsizler Açısından Onam Ehliyeti

Tıbbi müdahaleye ilişkin onam ehliyeti konusunda genel kural, onam verecek kişinin temyiz kudretini haiz olması gerektiği yönündedir²⁹⁶. Tıbbi müdahaleye ilişkin onam bakımından temyiz kudreti, somut olaydaki tıbbi müdahalenin onam ve kapsamını değerlendirebilmek için gerekli ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olmak olarak ifade edilebilir²⁹⁷. Benzer bir görüşte, “*temyiz kudreti*” kavramından anlaşılması gerekenin, hastanın somut olayda kendisi üzerinde yapılması planlanan tıbbi müdahalenin ne olduğunu, bunun beraberinde getirebileceği riziko ve zararlarını, onam vermesinin ya da vermemesinin anlam ve önemini kavrayabilecek zihinsel ve ruhsal olgunluğa ulaşmış olması olarak ifade edilmekte ve kişinin temyiz kudretini haiz olmasının tıbbi müdahaleye yönelik onam açıklamasında yeterli olduğu belirtilmektedir²⁹⁸. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre, anlama ve karar verme yeteneğine sahip, gerekli ruhi ve ahlaki olgunluğa erişmiş, korunmasından vazgeçtiği menfaatin ve korunmasından vazgeçme yönünde verdiği kararın anlam, kapsam ve niteliğini bilecek ve sonuçlarını öngörebilecek kişiler onam ehliyetine sahip olarak nitelendirilmektedir²⁹⁹.

Temyiz kudretini haiz olmayanlar (medeni hukuk bakımından tam ehliyetsizler), irade beyanında bulunmak konusunda ehil olmadığı için, alınan onam, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır. Bu sebeple, tıbbi müdahalelerin

²⁹⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 54. Nitekim TMK. m.15 kanunda gösterilen ayırık durumları saklı tutarak, temyiz kudretini haiz olmayanların fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağını hükme bağlamıştır.

²⁹⁷ ŞENOCAK, Rıza, s. 75, 76.

²⁹⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 55.

²⁹⁹ YENERER ÇAKMUT, s. 206.

hukuka uygun birer fiil olabilmesi için, temyiz kudretini haiz olmayan ilgilinin yerine, yasal temsilcinin onamının alınması gerekmektedir³⁰⁰.

Türk Medeni Kanunu'na göre vesayet kararı, küçüklük (m.404), akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (m.405), savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim (m.406), bir yıl ya da daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olmak (m.407), yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ya da ağır hastalık durumlarında istek üzerine (m.408) alınmaktadır.

Savurganlık, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim, bir yıl ya da daha uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olma sebeplerinden biri yüzünden ya da istek üzerine kısıtlanan kişilerin, tıbbi müdahaleye onam verme konusunda da kısıtlı olduklarını kabul etmek mümkün değildir. Bu tür kısıtlılık halleri, daha çok ilgilinin malvarlığını korumaya yöneliktir. 1219 Sayılı Kanun m.70 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m.24'te kısıtlılar arasında bir ayırım yapılmamışsa da, bu hallerde vasinin değil, bizzat kısıtlı olmakla birlikte temyiz kudretini haiz ve ergin hastanın onamının alınması gerekmektedir³⁰¹. Türk Medeni Kanunu'nun 461. maddesinde, vasinin onam verme hakkını kötüye kullanması halinde, vesayet altındaki kişi ve her ilgilinin³⁰² şikayette bulunabileceği düzenlenmiştir.

III. ONAMIN MÜDAHALEDE BULUNMAYA YETKİLİ KİŞİYE YÖNELMESİ

Hukuka aykırı olan bir fiili hukuka uygun hale getiren onam, ancak eylemi yapan kişiye yöneldiği takdirde hukuki bir anlam ifade edeceğinden, yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü kişilik değerlerini ihlal etme ihtimali bulunan tıbbi müdahaleler bakımından onamın müdahalede bulunmaya yetkili kişiye yönelmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, hastadan alınan aydınlatılmış onamın, geçerli bir irade beyanı olarak

³⁰⁰ AYAN, s. 11; ÇİLİNGİROĞLU, s. 55; YENERER ÇAKMUT, s. 206; HATIRNAZ, s. 65.

³⁰¹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 137, ÖZDEMİR, s. 118; ÖZKAN, s. 87, dn. 341; YILMAZ, Battal: Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 41; ER, s. 80.

³⁰² Tıbbi müdahaleye yönelik onam konusunda, hekimler ilgili kişi olarak şikayette bulunabilir.

değerlendirilebilmesi için, onamın müdahalede bulunmaya yetkili kişiye yönelmesi gerekmektedir³⁰³.

Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişi konusuna tıbbi müdahalenin unsurlarından biri olarak yukarıda³⁰⁴ yer verilmiş olduğundan, bu bölümde tekrar ele alınmayacaktır.

Onamın yetkili kişiye ulaşmamış olması, onamın şekle ilişkin geçerlik koşulunu yerine getirmemiş olma sonucunu doğurabileceği gibi, yapılan müdahalenin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine de yol açabilecektir³⁰⁵.

IV. ONAMIN SAĞLIKLI OLMASI

A. Genel Olarak

Hukuka uygun bir onamdan bahsedebilmek için aranan diğer şart, hastanın onamının sağlıklı olması konusu kapsamında, onamın öngörülen şekilde, serbest irade ile açıklanmış olması ve hukuka ve ahlaka aykırı olmaması, ve aydınlatmaya dayanması gerektiği konularına değinilecektir.

B. Onamın Serbest İradeye Dayanması

Onamın sağlıklı bir irade beyanı olarak değerlendirilebilmesi için, serbest iradeye dayanması gerekmektedir. Bir başka deyişle, onam verme ehliyetine sahip hastanın herhangi bir baskı altında kalmaksızın, serbest iradesi ile alınan onamı bulunmalıdır³⁰⁶. Hastanın serbest iradesine dayalı onamından bahsedebilmek için, hastanın gereği gibi aydınlatılmış olması, hekimin ya da üçüncü kişilerin baskısı altında kalmaması, hastanın düzenli bir psişik duruma sahip olması ve onamın somut bir müdahaleye ilişkin olması³⁰⁷ gerekmektedir³⁰⁸.

³⁰³ BORAN, s. 93.

³⁰⁴ Bkz. Birinci Bölüm, § 2, II.

³⁰⁵ ERMAN, s. 92.

³⁰⁶ BAYRAKTAR, Hekim, s. 138; AYAN, s. 11; ÇİLİNGİROĞLU, s. 75; YENERER ÇAKMUT, s. 210.

³⁰⁷ Aksi görüşte ÖZEK, s. 452. Yazar, genel ve soyut bir onamın da sıhhatli olduğunu düşünmektedir.

³⁰⁸ BAYRAKTAR, Hekim, s. 138; ÇİLİNGİROĞLU, s. 75.

Serbest iradenin söz konusu olabilmesi bakımından hastanın onamının hata, hile ya da ikrah ile sakatlanmamış olması da gerekmektedir. “Hata”, “hile”, “ikrah” “Rızadaki Fesat” başlığı altında BK. m.23-31 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Ancak gözden kaçırılmamalıdır ki, Borçlar Kanunu’nda düzenlenen bu kurumlar, tıbbi müdahalelere ilişkin alınacak onamlar konusunda, tıbbi müdahalelerin farklı mahiyette olması sebebiyle, ancak uygun olduğu ölçüde uygulanabilecektir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmedeği (aslında estetik amaçlı bir müdahalenin zorunlu olmadığına açıklanmaması gibi) ya da özellikle yanlış bilgi verdiği durumlarda (deneysel faaliyette bulunmak için hastada aslında olmayan bir hastalığın var olduğunu söylemek gibi) hata ya da hilenin varlığından söz edilebilecektir³⁰⁹. Müdahalenin tıbbi yönüne ilişkin olmayan konularda, örneğin müdahalenin ücreti konusunda, hata onamı geçersiz kılmayacaktır. Zira bu durum aslında saikte hatayı oluşturmaktadır ve saikte hata onamın geçerliliğini etkilemez³¹⁰.

C. Onamın Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmaması

Sakatlanmamış iradeye dayalı bir onamdan bahsedebilmek için gerekli diğer şart da, onamın hukuka ve ahlaka aykırı olmamasıdır.

Tıbbi müdahaleye yönelik onam, hastanın kişilik değerleri üzerinde, hukuken kabul edilemeyecek tasarruflarda bulunmaya ilişkin ise, ya da emredici nitelikteki bir hükme aykırı ise hukuka aykırı olacaktır. Üzerinde tasarrufta bulunulamayacak bir hak ya da değere ilişkin alınmış onamlar, hukuken geçerli değildir. Hukuk düzenlerinde, üzerinde tasarrufta bulunulabilecek haklar ve bunların sınırları, yasal düzenlemelerle belirlenmektedir.

Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesinde, kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve hukuka ve ahlaka aykırı şekilde sınırlandırmayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun gibi, Borçlar Kanunu m.19’da, kişilerin emredici hükümlere, kanuna, ahlaka, adaba, kişilik haklarına aykırı sözleşmeler yapamayacağı düzenlenmiştir.

³⁰⁹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 139; BORAN, s. 93; KIZILYEL, s. 211.

³¹⁰ BAYRAKTAR, Hekim, s. 139, YENERER ÇAKMUT, s. 215

Birçok hukuk düzeninde olduğu gibi hukukumuzda da kişinin yaşama hakkı üzerinde tasarrufta bulunması mümkün değildir. Bu anlamda ötanazi³¹¹ yapılmasına ilişkin bir onam hukuken geçerli olmayacaktır³¹². Diğer taraftan, 2238 Sayılı Kanun m.8’de düzenlendiği üzere, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması da yasaktır. Bir başka deyişle, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek ya da tehlikeye sokacak organ ve doku nakilleri konusundaki bir onam da hukuka aykırı olarak değerlendirileceğinden, geçerli bir irade beyanı olarak gözetilemeyecektir.

D. Onamın Öngörülen Şekilde Açıklanmış Olması

Onamın sıhhatli bir irade beyanı olarak değerlendirilmesi bakımından aranan bir diğer şart, onamın öngörülen şekilde açıklanmış olması şartıdır.

Hukukumuzda bir tıbbi müdahaleye yönelik onamın mutlaka sarıh olması gerekmemektedir. İlgili kişinin tıbbi müdahaleye ilişkin zımni onamının bulunması da yeterlidir³¹³. Kural olarak onamın açıkça ya da zımni olarak, yazılı ya da sözlü olarak açıklanması mümkündür. Ancak hukukumuzda bazı müdahalelere ilişkin onamlar bakımından şekil şartı öngörülmüştür. Bu husus aşağıda aydınlatılmış onamın şekli konusu içinde ayrıntılı biçimde açıklanacaktır³¹⁴.

E. Onamın Aydınlatmaya Dayanması

Sıhhatli bir onamdan bahsedebilmek için, irade beyanında bulunacak kişinin, onamının hangi konuya ilişkin olduğu ve sonuçları konusunda bilgi sahibi olması gerekmektedir. Uygulanması planlanan tıbbi müdahalenin ne olduğu, sonuçları,

³¹¹ Ötanazi (Euthanasia), hayatından ümit kesilen ya da tedavisi imkansız hastanın yaşamına son verilmesidir (KOCATÜRK, s. 76).

³¹² REİSOĞLU, Seza, s. 8; YENERER ÇAKMUT, s. 215-216; ÇİLİNGİROĞLU, s. 76

³¹³ BAYRAKTAR, Hekim, s. 140; AYAN, s. 12; ÇİLİNGİROĞLU, s. 72; YENERER ÇAKMUT, s. 210. ÇİLİNGİROĞLU eserinde, sözleşmenin kurulmasına dair BK m.1/2 ‘de öngörülen “*Rızanın beyanı sarıh olabileceği gibi zımni dahi olabilir*” genel kuralının, tıbbi müdahalelere ilişkin verilen onamlar bakımından da aynen geçerli olduğuna değinmiştir (Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 72).

³¹⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 2, IV.

karşılaşılabilecek riskler gibi hususlarda yeterince aydınlatılmadan alınan bir irade beyanı sağlıklı olmayacaktır³¹⁵.

§2. AYDINLATMANIN VE AYDINLATILMIŞ ONAM ALINMASININ TARAFLARI, ZAMANI, ŞEKLİ, KONUSU, KAPSAMI

I. GENEL OLARAK

Kişinin onamının bir hukuka uygunluk nedeni olarak sonuç doğurabilmesi için, kural olarak, *açıklanması* gerekmektedir. Tıbbi müdahaleler bakımından aynı kural geçerli olup, yeterince aydınlatılmış bir hastaya uygulanan müdahalenin hukuka aykırı bir müdahale olarak nitelendirilmemesi için, hastanın onam verme yönündeki irade beyanını açıklaması gerekmektedir³¹⁶.

Hastanın, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun bir eylem olarak nitelendirilmesini sağlaması nedeniyle büyük önem taşıyan irade beyanının konusu, ne zaman ve ne şekilde açıklanması gerektiği hususları aşağıda incelenmiştir.

II. AYDINLATMA VE AYDINLATILMIŞ ONAMDA TARAFLAR

A. Aydınlatmayı Yapacak ve Aydınlatılmış Onamı Alacak Kişi

Doktrindeki yerleşik görüşe göre, hasta ve/veya yakınlarına aydınlatma yapacak ve onamını alacak kişi, kural olarak, hastaya tıbbi müdahalede bulunacak hekimin kendisidir³¹⁷.

Bu görüş değerlendirildiğinde ulaşılabilecek ilk sonuç, aydınlatılmış onamı alacak kişinin bir *hekim* olması gerekliliğine ilişkindir. Hekimler dışındaki sağlık çalışanları açısından -kural olarak- böyle bir yükümlülük söz konusu değildir³¹⁸. Hastanın bir hekim yerine bir hemşire tarafından aydınlatılıp aydınlatılamayacağı hususu, Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında özel olarak tartışılmış ve bu tartışmalar

³¹⁵ ERMAN, s. 99.

³¹⁶ ERMAN, s. 122; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 149.

³¹⁷ AYAN, s. 81; ÖZSUNAY, s. 49; ÇİLİNGİROĞLU, s. 69; ERMAN, s. 103; SERT, s. 232; ÖZDEMİR, s. 109; ÖZKAN, s. 129; YILMAZ, s. 40; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129. Aynı yönde FISCHER, s. 11.

³¹⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 130.

neticesinde, aydınlatma yükümlülüğün hekime ait olduğu sonucuna ulaşılmıştır³¹⁹. Ancak kanaatimizce, hekimler dışındaki sağlık çalışanlarının da, hukuken yapmaya yetkili kılındıkları müdahaleler³²⁰ bakımından, aydınlatmada bulunma ve onam alma hakkı, yetkisi ve yükümlülüğü bulunmaktadır³²¹.

Aydınlatılmış onam alacak kişi konusundaki genel kuraldan çıkarılabilecek bir diğer sonuç, aydınlatmayı *tıbbi müdahalede bulunacak* hekimin³²² yapması hususundadır. Ancak bu kural da kesinlik taşımamakta olup, bazı şartlar altında tıbbi müdahalede bulunacak hekimin aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünü başka bir hekime bırakabilmesi mümkündür³²³.

Tıbbi müdahalede bulunacak hekim, yerine getirdiğine emin olmak koşulu ile, hastanedeki işbölümü gereği, bu yükümlülüğü başka bir hekime bırakabilmektedir³²⁴. Tedavi sözleşmesinde böyle bir düzenlemenin bulunması halinde de, aydınlatma başka bir hekim tarafından yapılabilecektir. Tıbbi müdahalenin tümünün *aynı alandan birden fazla hekim tarafından* yürütülmesi ihtimalinde, aydınlatma ve onam alma yükümlülüğünün, bu yükümlülüğü yerine getirme kapasitesine sahip olmak şartıyla, daha kıdemsiz bir hekime bırakılması mümkündür³²⁵.

Tıbbi müdahalenin *farklı alanlardan birden fazla hekim tarafından birlikte* yürütülmesi halinde her birinin kendi uzmanlık alanı dahilinde aydınlatma yapması gerekecektir. Ancak bu hekimlerden birinin yaptığı aydınlatma diğer hekimler tarafından yapılması gereken aydınlatmayı kapsıyorsa, bu hekimin yaptığı aydınlatma yeterli sayılacaktır³²⁶. Tıbbi müdahale *farklı alanlardan birden fazla hekim tarafından ayrı ayrı* fakat birbirleriyle bağlantılı aşamalarda yürütülecekse, her bir hekimin kendisi

³¹⁹ Bkz. ÖZSUNAY, s. 49.

³²⁰ Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler için bkz. Birinci Bölüm, § 2, II.

³²¹ OZANOĞLU, s. 72; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 130.

³²² Aynı şekilde, yetkili kılındıkları tıbbi müdahaleyi yapan hekimler dışındaki sağlık çalışanları bakımından da, *müdahalede bulunan kişinin* aydınlatma yükümlülüğü bulunduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

³²³ AYAN, s. 82; ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; ERMAN, s. 103; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129.

³²⁴ ERMAN, s. 103; YILMAZ, s. 41; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129.

³²⁵ ERMAN, s. 103.

³²⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; SERT, s. 233; ÖZDEMİR, s. 109.

tarafından yürütülmesi gereken aşama ile sınırlı olarak aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır³²⁷.

Doktrinde tartışılan bir diğer husus da, tedavi sözleşmesinin tarafı olan hekimin mi, bizzat müdahalede bulunacak hekimin mi aydınlatma yükümlülüğü bulunduğu konusunda toplanmaktadır. Bu konuda, hem sözleşmenin tarafı olan hekimin, hem de müdahalede bulunacak hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunduğu savunulmaktadır³²⁸.

Alman Federal Mahkemesi bir kararında³²⁹, kendisini tedavi etmekte olan hekimin tavsiyesi ile apandektomi³³⁰ ameliyatı olmak üzere bir hastaneye başvuran hastada, ameliyat sonrası gelişen komplikasyon bakımından hem ameliyat olması tavsiyesinde bulunan hekiminin, hem de ameliyatı yapan hastanedeki hekiminin sorumlu olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Alman Federal Mahkemesi'nin bir başka kararına konu olayda, sağ kulağında önemli ölçüde işitme kaybı gelişen bir hastanın, orta kulak ameliyatı konusunda, bu tür ameliyatlara yapıldığı bir kliniğin başhekiminin ameliyat olması yönündeki tavsiyesi sonrasında, aynı klinikte başka bir hekim tarafından ameliyat edilmiş, ameliyat sırasında hastanın yüz siniri zedelenmiş ve yüzünün bir tarafı felç olmuştur. Federal Mahkeme bu olayda, böyle bir riskin söz konusu olduğu konusunda aydınlatma yapmayan her iki hekimin de sorumlu olduğu yönünde karar tesis etmiştir³³¹.

B. Aydınlatılması ve Aydınlatılmış Onamı Bulunması Gereken Kişi

Aydınlatılması gereken kişi, kural olarak, bizzat hastanın kendisidir. Ancak bu kural, hastanın temyiz kudretini haiz olması halinde uygulanabilecektir³³². Temyiz kudretini haiz olmayanlar açısından aydınlatma yükümlülüğünün kanuni temsilciye karşı yerine getirilmesi gerekmektedir.

³²⁷ ÇİLİNGİROĞLU, s. 70.

³²⁸ AYAN, s. 82; SERT, s. 233; ÖZDEMİR, s. 109; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129.

³²⁹ Bkz. ÖZSUNAY, s. 49.

³³⁰ “*Appendectomy*”, Körbagırsağın solucanımsı uzantısı (appendix vermiformis) nın ameliyatla çıkarılması (KOCATÜRK, s. 30).

³³¹ ÖZSUNAY, s. 50.

³³² AYAN, s. 82; ÖZSUNAY, s. 51; ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; OZANOĞLU, s. 72; ÖZDEMİR, s. 110, KÖK, Biyotıp, s. 119; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 128

Temyiz kudretini haiz olmakla birlikte, küçük ya da kısıtlı olanlar bakımından ise, her somut olayda ilgilinin durumunun incelenmesi ve verdiği kararın etki ve sonuçlarını değerlendirip değerlendiremeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir³³³.

Kanunkoyucu 2238 Sayılı Kanunda, organ ve doku nakilleri açısından, vericinin³³⁴ (m.7/a, b), vericinin evli olması halinde verici ile birlikte, beraber yaşadığı eşinin (m.7/d) aydınlatılması gerektiğini hükme bağlanmıştır.

Vericinin ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınması konusunda bir bildirimi mevcut değilse, ölüm anında yanında bulunan yakınlarının onamı ile ölüden organ ve doku alınması mümkün olabilecektir. 2238 Sayılı Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir kişi sağlığında vücudunun tamamını ya da organ ve dokularının nakline izin verdiğini resmi ya da elyazılı vasiyetname ile belirtmemiş ya da bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamışsa, sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birinin, bunların hazır bulunmaması halinde yanında bulunan herhangi bir yakının onamıyla ölüden organ ya da doku alınabilecektir. Ancak 2238 Sayılı Kanun'un, kişinin yaşamında organ ve doku vermesini sıkı şekil şartlarına bağlamış olmasına karşın, ölüden organ ve doku alınması konusundaki koşulların gevşetilip ölüm anında yanında bulunan herhangi bir yakının hiçbir şekle tabi tutulmamış onamına bağlı tutulmuş olması doktrinde eleştirilmiştir³³⁵. Ayrıca Kanunda aksine bir beyanın ya da vasiyetin bulunmadığı hallerde kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların (m.14/2), ve hayat kurtarma bakımından aciliyet ve tıbbi zorunluluk bulunan hallerde (m.14/4) ölenin ya da yakınlarının onamı olmaksızın ölüden organ ya da doku alınabileceği düzenlenmiştir.

2238 Sayılı Kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, işin niteliği gereği, alıcının ve/veya kanuni temsilcisinin de aydınlatılmış onamının gerektiği tartışmasızdır.

Evli kişilere uygulanacak gebeliğin sonlandırılması ve sterilizasyon müdahaleleri bakımından özellikli bir durum mevcuttur. 2827 Sayılı Kanun' un

³³³ Bkz. yukarıda

³³⁴ 18 yaşından küçükler ve temyiz kudretini sahip olmayanlardan organ ve doku alınması kanunla yasaklanmış olduğu için (2238 Sayılı Kanun m.5), aydınlatılmış onamı gereken verici ile kastedilen, 18 yaşından büyük ve temyiz kudretini haiz kişilerdir.

³³⁵ AKÜNAL, s. 25.

6. maddesinin 2. fıkrasında ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük' ün 13. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, gebeliğin sonlandırılması ya da sterilizasyon işlemi yapılacak kişi evli ise, bu müdahalelerin öncesinde eşin de onamı gerekmektedir.

III. AYDINLATMANIN VE AYDINLATILMIŞ ONAM ALMANIN ZAMANI

Hastanın ve/veya yakınlarının, mahiyeti gereği, planlanan tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce aydınlatılmış onamının alınması gerekmektedir³³⁶. Onam, müdahalenin başlangıcında var olmalı ve müdahalenin bitimine kadar devam etmelidir³³⁷.

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

Aydınlatma, hastanın kendisine uygulanması planlanan ya da uygulanabilecek diğer tıbbi müdahaleler konusunda, sağlıklı ve sakin bir şekilde düşünebileceği, yakınlarının ya da diğer güvendiği kişilerin de fikrini alarak serbestçe karar verebileceği bir süre tanınarak yapılması yerinde bir yaklaşım olacaktır³³⁸. Alman Mahkeme kararlarında da, hastanın sakin olarak düşünebileceği ve yakınları ile görüşebileceği bir zamanın kendisine verilmesi gerektiği belirtilmiştir³³⁹. Bununla birlikte müdahalenin aciliyeti ve tedavinin riskleri gibi nedenlerle, müdahalenin hemen öncesinde ve hatta müdahale sırasında aydınlatma yapılması mümkün olabilecektir³⁴⁰. Alman Mahkemesi, ağır bir tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu ancak yaşamsal tehlikenin bulunmadığı durumlar bakımından en az üç günlük bir süre verilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁴¹.

³³⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; ERMAN, s. 103; SERT, s. 233; ÖZDEMİR, s. 111; ER, s.80.

³³⁷ BORAN, s. 93.

³³⁸ AYAN, s. 83; SARIAL, s. 62; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; ERMAN, s. 104; SERT, s. 233; ÖZDEMİR, s. 111; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 130.

³³⁹ Bkz. ÖZSUNAY, s. 52.

³⁴⁰ AYAN, s. 83; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; SERT, s. 234; ÖZDEMİR, s. 111.

³⁴¹ Bkz. ÖZSUNAY, s. 52.

Kanaatimizce, aydınlatmanın zamanı somut olayın özelliklerine göre belirlenmeli ve en uygun zamanda aydınlatma yapılmalıdır.

Hukuken geçerli bir irade beyanından bahsedebilmek için, kişinin tıbbi müdahaleye ilişkin onam açıklamasının, tıbbi müdahale yapılmadan önce ya da en geç yapıldığı sırada alınmış olması gerekmektedir³⁴². Tıbbi müdahaleden sonra alınan bir onam, müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Eylemden sonra yapılan bir irade beyanı, icazet niteliği taşıyacağından ve söz konusu hakkı koruyan hukuksal norma karşı gerçekleştirilmiş itaatsizliği ortadan kaldırmayacağından³⁴³, ceza hukuku açısından bir sonuç doğurmayacaktır³⁴⁴. Eylemden sonra verilen bir icazet, özel hukuk bakımından da hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamakla birlikte, hukuka aykırı eylemden doğan tazminat talebinden vazgeçildiği anlamında gelecek, tazminat sorumluluğu ortadan kalkabilecektir³⁴⁵.

Aydınlatılmış onamın hukuken geçerli olabilmesi ve hukuka uygunluk sebebi olarak sonuç doğurabilmesi için, eylemden önce ya da en geç eylem anında var olması ve bitene kadar da sürmesi, yani geri alınmamış olması da gerekmektedir³⁴⁶.

Kural olarak, onamın her an geri alınabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde bu kural hükme bağlanmıştır³⁴⁷. Ancak hükümde, onamın, hastanın yaşamını ya da yaşamsal organlarından birini tehdit eden acil haller haricinde geri alınabileceği de ayrıca düzenlenmiştir. Yönetmelikte, onamın müdahale başladıktan sonra geri alınabilmesi ise, ancak tıbbi açıdan sakınca bulunmaması şartına bağlanmıştır³⁴⁸. Doktrinde bu hüküm, onam kurumunun genel ilkeleriyle bağdaşmadığı, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin onamı bir kez

³⁴² BAYRAKTAR, Hekim, s. 142; AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 45; ÇİLİNGİROĞLU, s. 53; YENERER ÇAKMUT, s. 209; ERMAN, s. 122; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 149.

³⁴³ Bu gerekçe için bkz. ERMAN, s. 122, dn.255'te zikredilen yazarlar.

³⁴⁴ BAYRAKTAR, Hekim, s. 142; AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 45; YENERER ÇAKMUT, s. 209; ERMAN, s. 122; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 149; ER, s. 81.

³⁴⁵ AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 45; KÖPRÜLÜ, s. 596; ÇİLİNGİROĞLU, s. 53; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 149; ER, s. 81.

³⁴⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 53; ERMAN, s. 123.

³⁴⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/4: “Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlarından birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür.”

³⁴⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/6: “Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.”

alındıktan sonra, kendi hakkında karar verme yetkisinin, geniş yorumlanmaya müsait “*tıbbi yönden sakınca bulunması*” iddiasıyla hekime devredilmiş olduğu ifade edilmiştir³⁴⁹. Ancak, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin tedaviyi durdurma ve reddetme hakkını düzenleyen 25. maddesi³⁵⁰ ile, hastaya herhangi bir şarta bağlı olmaksızın tanınan tedaviyi durdurma hakkı ile 24/son maddesindeki düzenleme arasında ayrılık oluşturulduğu ileri sürülmüştür. Bu konuda ileri sürülen bir görüşte, düzenlemede yer alan *tıbbi sakınca* deyiminin dar yorumlanması gerektiği, ancak hastanın yaşamına ya da sağlığına ilişkin geri dönüşümü olmayan, yakın ve açık bir tehlikenin bulunması halinde; tıbbi sakınca olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hükümde yer alan *müdahale* deyiminden de, *akut tıbbi müdahalelerin* anlaşılması gerektiği, kemoterapi gibi sürekli şekilde uygulanan tedavilerin her an kesilebileceği sonucuna ulaşılması gerektiği ileri sürülmüştür³⁵¹. Böyle bir yorumun, hukukun genel ilkeleri ve onam kurumunun esasları ile bağdaşmayacağını savunan diğer bir görüşe göre ise, ister müdahale, ister tedavi söz konusu olsun, hasta, kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde, hiçbir şarta bağlı olmaksızın, onamını geri alabilmelidir³⁵².

Kanaatimizce de, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, Anayasal çerçevede korunan bir haktır. Bu hakkın yönetmelikle sınırlandırılması, hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Bu anlamda, yönetmelik hükmünü dar yorumlayarak, kişinin bu alandaki özgürlüğünü sınırlandırmak yerinde bir yaklaşım değildir. Hastaya uygulanan tıbbi müdahalenin süreklilik arz edip arz etmediği, onamını geri alabilmesine olanak tanıyan bu hakkın kullanılması açısından ölçüt oluşturmamalıdır. Uygulanmakta olan müdahale akut bir tıbbi müdahale de olsa, devamlılık arz eden bir tedavi sürecinin parçası da olsa, hastanın dilediği zaman onamını geri alabilmesi mümkün olabilmelidir.

Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin onamının geri alınmasının, ancak ileriye doğru etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, hastanın onamını geri alması halinde, onamın geri alınmasına kadar yapılan eylemler hukuka uygun olarak

³⁴⁹ ERMAN, s. 123; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 149.

³⁵⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 25/1: “*Kanunen zorunlu haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir...*”.

³⁵¹ Bkz. ERMAN, s. 123.

³⁵² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 150.

nitelendirilecek olup, onamın geri alınmasından sonra yapılan eylemler ise, artık onam bulunmadığından hukuka aykırı olacaktır³⁵³.

IV. AYDINLATMANIN VE AYDINLATILMIŞ ONAMIN ŞEKLİ

Aydınlatmanın yapılmasında şekil serbestisi olup, hukukumuzda hasta ve/veya yakınlarının yazılı ya da sözlü aydınlatılması mümkündür³⁵⁴. Aydınlatmanın şekli konusundaki takdir hakkı, hekime bırakılmıştır.

Alman Hukuku'nda, hastanın aydınlatılması konusunda yazılılık şartı aranmamakla birlikte, genellikle yazılı şeklin uygulandığı belirtilmektedir³⁵⁵.

Doktrinde aydınlatmanın yazılı yapılması gerektiğini savunan görüşler yanında, sözlü ya da hem yazılı hem de sözlü yapılması gerektiğini savunan görüşler ileri sürülmüştür.

Formlar aracılığıyla yapılan aydınlatmada, hastaya hastalığı ve tedavisi ile ilgili bilgileri içeren bir takım formlar sunulmakta ve hastanın aydınlatılmış olduğuna ilişkin kayıtları da içeren bu metin, hasta tarafından okunmakta ve altı imzalanmaktadır. *Broşürler aracılığıyla yapılan aydınlatmada* ise, hastaya önerilen tedavi yöntemi, hekimin bu tedaviyi önermesinin nedeni, muhtemel yararları, karşılaşılabilecek zararları konusunda açıklamalar içeren bir kitapçık sunulmakta ve bu hasta bu kitapçığı okumak suretiyle aydınlatılmaktadır³⁵⁶.

Söz konusu yazılı aydınlatma yöntemlerine karşı önemli eleştiriler yöneltmiştir. Yazılı aydınlatmaya yönelik en önemli eleştiri, hastada yaratabileceği güvensizlik konusunda gelmektedir. Ayrıca hastanın elindeki metinlerden anlamadığı ya da ayrıca aydınlatılması gereken konulardaki sorularının cevaplandırılmasına olanak tanımadığı için de eleştirilen yazılı aydınlatmanın, münferit olayın kendisine özgü şartlara uygun olmadığı için de gerekli olmayacak bilgilerin hastaya verilmesine neden olabileceği ifade edilmiştir. Yazılı aydınlatma yöntemi, ispat kolaylığı sağladığı

³⁵³ ÇİLİNGİROĞLU, s. 54; YENERER ÇAKMUT, s. 210.

³⁵⁴ AYAN, s. 84; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; OZANOĞLU, s. 72; ERMAN, s. 104; SERT, s. 235; ÖZDEMİR, s. 113; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 133; ER, s. 81.

³⁵⁵ FISCHER, s. 10; ÖZSUNAY, s. 53.

³⁵⁶ AYAN, s. 84; ÖZSUNAY, s. 53; ÇİLİNGİROĞLU, s. 71; SERT, s. 235; ÖZDEMİR, s. 113.

gerekçesi ile savunulmakla birlikte, her durumda yeterli bir delil olmadığı dikkate alınmalıdır³⁵⁷.

Aydınlatmanın sözlü yapılması gerektiği savunulan görüşte, ancak sözlü yapılacak bir aydınlatma ile hekim ile hasta arasında karşılıklı güven ilişkisinin kurulabileceği, hekimin somut olayın özelliklerini ve hastanın sübjektif durumunu göz önüne alarak hastayı en uygun şekilde ve oranda bilgilendirebileceği ileri sürülmüştür³⁵⁸. Doktrinde HAKERİ de, aydınlatmanın kişisel olması, matbu aydınlatmalardan kaçınılması ve hekimin hastasıyla konuşması gerekliliklerine işaret etmiştir³⁵⁹.

Her iki aydınlatmanın birlikte yapılmasını savunan görüşe göre, yukarıda açıklanan gerekçelerle sözlü aydınlatmanın mutlaka yapılması gerektiği, ancak sözlü aydınlatmayı hazırlayıcı nitelik taşıyan ve ispat kolaylığı sağlayabilecek yazılı aydınlatmanın da yapılabilmesi belirtilmiştir³⁶⁰.

Hukukumuzda, aydınlatılmış onamın şekli konusunda genel kural, *serbestidir*. Yani irade beyanı açık ya da örtülü yapılabilmesi gibi, yazılı ya da sözlü –hatta anlaşılabilir olmak kaydıyla işaretlerle de- yapılabilir³⁶¹.

Borçlar Kanunu m.1/2’ de açıkça düzenlenen “*Rıza beyanı sarih olabileceği gibi zımni dahi olabilir*” hükmü, konumuz açısından da uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple, somut durumdan ve hastanın davranışlarından anlaşılabiliriyorsa, hastanın tıbbi müdahaleye onamının var olduğu kabul edilebilmektedir. Bu çerçevede, kan tetkiki istenen bir hastanın kolunu uzatması ya da röntgen çekilmesi istenen röntgen laboratuvarına gitmesi ya da hastanın yapılan müdahaleye engel olmaması örtülü onama örnek olarak verilmektedir³⁶². Bu konuda doktrinde, herhangi bir risk söz konusu olmayan tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda, hastanın hekime başvurusunun

³⁵⁷ AYAN, s. 84, 85; SERT, s. 235; ÖZDEMİR, s. 114.

³⁵⁸ YELMER, NECDET S. : Hekimlerin Hukuki Mesuliyeti, İstanbul 1948, s. 39.

³⁵⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 133.

³⁶⁰ AYAN, s. 85; ÖZSUNAY, s. 55.

³⁶¹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 142; ÇİLİNGİROĞLU, s. 73; YENERER ÇAKMUT, s. 210; ERMAN, s. 124; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 151.

³⁶² BAYRAKTAR, Hekim, s. 140; YENERER ÇAKMUT, s. 210; ERMAN, s. 124; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 150.

müdahaleye örtülü onamı olduğu şeklinde anlaşılması gerektiği, ancak özel bir risk söz konusu ise, onamın açık olması gerektiği ifade edilmiştir³⁶³.

Uygulamada açık ve örtülü onam dışında, tıbbi müdahaleler bakımından büyük önem taşıyan “**varsayılan onam**”³⁶⁴ dan da bahsedilmektedir. Varsayılan onam durumunda da yapılan müdahalenin hukuka uygun olacağı kabul edilmekte ve müdahaleye maruz kalacak kişinin, durumu bilmesi halinde mutlaka onamı olacağı ilkesine dayanmaktadır³⁶⁵.

Varsayılan onam kurumu, beyanda bulunması gereken kişinin tahmin edilen iradesi ile, olası tam tersi yöndeki iradesi arasındaki çatışmanın, hukuk düzeni tarafından nesnel ve somut ölçütlere dayanarak çözülmesinden ibarettir³⁶⁶.

Varsayılan onam, müdahaleye maruz kalacak kişinin gerçek (açık ya da örtülü) onamının alınamadığı ya da kanuni temsilcisine de ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde, bu beyanda bulunması gereken kişinin gerçek iradesi üzerinde bir tahminde bulunarak, ilgilinin menfaatine hareket etme ilkesine dayalı ve yapılan eylem açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilecek kendine özgü bir kurumdur³⁶⁷. Varsayılan onamın hukuk düzeni açısından sonuç doğurabilmesi için, müdahalenin onamın beklenir nitelikte olması, hastanın müdahaleye ilişkin onam açıklamasının bulunmaması, onamın gereken sürede alınamıyor olması, hastanın gerçek iradesine uygun sonuca ulaşılmaya çalışılması şartlarını taşıması gereklidir³⁶⁸.

Onam açıklamasının şekline ilişkin ele alınması gereken bir diğer husus, yazılılık aranıp aranmadığıdır. Borçlar Kanunu m.11/1’de düzenlenen şekil serbestisi kuralı, konumuz bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, hukukumuzda kural olarak, tıbbi müdahaleye ilişkin onam açıklamasının yazılı ya da sözlü yapılabilmesi mümkündür. Ancak özel bazı düzenlemeler ile, yazılılık şartı

³⁶³ OĞUZMAN, s. 82; ÇİLİNGİROĞLU, s. 72.

³⁶⁴ Doktrinde “varsayılan onam” kavramı yerine, varsayılan rıza, varsayımsal rıza, mefruz rıza gibi terimler de kullanılmaktadır.

³⁶⁵ BAYRAKTAR, Hekim, s. 140.

³⁶⁶ ERMAN, s. 139.

³⁶⁷ YENERER ÇAKMUT, s. 211; ERMAN, s. 139; BORAN, s. 95.

³⁶⁸ YENERER ÇAKMUT, s. 211; ERMAN, s. 149 vd.

öngörüldüğüne dikkat çekilmelidir³⁶⁹. Hasta Hakları Yönetmeliği m.28/1 hükmünde de, mevzuatla öngörülen istisnalar dışında onam açıklaması konusunda genel kuralın şekil serbestisi olduğuna işaret edilmiştir³⁷⁰.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, büyük cerrahi müdahaleler bakımından onam açıklamasının yazılı olması gerekmektedir.

1979 Tarihli 2238 Sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun'un 6. maddesinde ve Türk Medeni Kanunu m.23/3/c.1'de organ ve doku nakilleri açısından yazılılık şartı öngörülmüştür. MK m.23/3'e göre, insan kökenli biyolojik maddelerin³⁷¹ alınması, aşılması ve nakli ancak yazılı onam ile mümkündür. 2238 Sayılı Kanun'un yazılı şekil şartına ilişkin 6. maddesine göre, vericinin en az iki tanık huzurunda alınmış yazılı ve imzalı onam aranmaktadır. Önceki tarihli ancak özel bir kanun olan 2238 sayılı kanunda yer alan nitelikli yazılı şekil şartına ilişkin 6. madde ile, sonraki tarihli ancak genel nitelikte bir hüküm olan Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin olarak yalnızca yazılılığı yeterli gördüğü 23. maddesinin 3. fıkrası arasındaki farklılığın nasıl yorumlanması gerektiği doktrinde tartışılmıştır. Bu konuda Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesinin, 2238 Sayılı Kanun'un 6. maddesini saklı tutmak istediği ifade edilmiştir. Kanunkoyucunun TMK. m. 23 ile, insan kökenli biyolojik madde alınması, aşılması ve nakline ilişkin tıbbi müdahalelerde onamın yazılı şekle bağlanması gerektiğini hükme bağlamakla birlikte, yazılı şeklin nasıl gerçekleştirileceği konusunu 2238 Sayılı Kanun'a bıraktığı, bu sebeple bu iki hükmün birbirini tamamladığı belirtilmiştir³⁷². Doktrinde YENERER ÇAKMUT, hangi hükmün uygulanması gerektiği konusunda bir

³⁶⁹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 142; ÇİLİNGİROĞLU, s. 73; YENERER ÇAKMUT, s. 210; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 151.

³⁷⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28/f.1: “Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.”

³⁷¹ İnsan kökenli biyolojik madde kavramı, insan vücuduna ait her türlü biyolojik madde olarak tanımlanmaktadır. İnsan kökenli biyolojik madde kavramı, 2238 Sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun' da kullanılan -ancak kanunda tanımları yapılmamış olan- organ (organ) ve doku (tissue) kavramlarını da içinde barındıran daha geniş ve üst bir kavram olarak kabul edilmektedir. Bkz. AKINCI, Şahin: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s. 12, 13.

³⁷² ÇİLİNGİROĞLU, s. 74.

tartışmaya girmemekle birlikte, TMK m. 23 hükmünün, 2238 Sayılı Kanun m.6 hükmüne paralel bir düzenleme olduğuna işaret etmiştir³⁷³.

Kanaatimizce, TMK. m. 23 ile, insan kökenli biyolojik madde alınması, aşılınması ve nakline ilişkin tıbbi müdahalelerde onamın yazılı şekle bağlanması gerektiğini hükme bağlamakla birlikte, yazılı şeklin nasıl gerçekleştirileceği konusunu 2238 Sayılı Kanun’a bırakılmıştır. Bu sebeple TMK m. 23’te öngörülen yazılılık şartının şekli konusunda, özel hüküm olan 2238 Sayılı Kanun m. 6 hükmü gözetilmelidir.

Bununla birlikte, 2238 Sayılı Kanun m. 6’da öngörülen yazılılık koşulunun, yalnızca vericiler bakımından öngörülmüş olduğuna dikkat çekmek gerekmektedir. TMK. m.23/f.3’te insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli için yazılı onam gerektiği hükme bağlanmış olmakla, kanaatimizce bu hüküm gereği alıcı açısından da yazılılık şartı aranmalıdır. Ayrıca organ ve doku nakilleri, 1219 Sayılı Kanun m. 70’te düzenlenen büyük cerrahi müdahalelerden sayılacağı için de alıcı bakımından da yazılılık şartı aranmasının kural olarak kabul edilmesi gerekmektedir³⁷⁴.

2238 Sayılı Kanun ölünden³⁷⁵ organ ve doku alınması konusunda, kişinin sağlığında, bu konuya ilişkin arzusunu resmi veya elyazılı vasiyetname ile belirtmiş ya da iki tanık huzurunda açıklamış olmasını (m.14/1) ya da aksi yönde bir isteğinin tespit edilmemiş olmasını (m.14/3) gerekli görmüştür.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, İn vitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği’nde de yazılılık ile ilgili hükümler bulunmaktadır³⁷⁶.

³⁷³ YENERER ÇAKMUT, s. 159.

³⁷⁴ SARIAL, s. 65; SOYASLAN, Doğan: “Organ Nakilleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s. 128.

³⁷⁵ Ölüm halinin saptanması konusunda bkz. AKÜNAL, s. 22 vd.

³⁷⁶ Bkz. İkinci Bölüm, § 2, II, B, 2.

Bu konuda dikkat çekilmesi gereken bir nokta da, onamın geri alınmasının bir şekle bağlı olup olmadığı hususudur. Onam belli bir şekle bağlanmış ve bu şekle uygun olarak alınmış olsa bile, tıbbi müdahaleden önce ya da en geç müdahale sırasında, herhangi bir şekle uymaksızın geri alınabilecektir³⁷⁷.

V. AYDINLATMANIN VE AYDINLATILMIŞ ONAMIN KONUSU

A. Aydınlatmanın Konusu

Hekimin hastayı hangi konularda aydınlatması gerektiği hususu, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi ya da gereği gibi yerine getirilmesi açısından önem arz etmektedir.

Genel bir ifadeyle, aydınlatma yükümlülüğünün konusunu, uygulanması planlanan ya da alternatif tıbbi bulgu yöntemleri ile elde edilen bulgu ve teşhislerin, uygulanması planlanan tıbbi müdahale sürecinin, alternatif tedavi seçeneklerine ilişkin sürecin, karşılaşılması muhtemel riskler, komplikasyonlar, ortaya çıkabilecek sonuçların tamamı oluşturduğunu söylemek mümkündür³⁷⁸.

Hukukumuzda aydınlatmanın konusu ile ilgili bazı özel hukuki düzenlemeler mevcut olmakla birlikte, genel bir kural bulunmamaktadır.

Aydınlatmanın konusu hususunda hüküm ihdas edilen düzenlemelerden biri, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'dur. Adı geçen Kanunun 7. maddesinin a bendine göre, organ ve doku alacak hekimler vericiye, organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek; 7. maddesinin b bendine göre de, organ ve doku verenin alıcıya sağladığı yararlar hakkında vericinin aydınlatılması gerektiği düzenlenmiştir.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te ve İn vitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi

³⁷⁷ ÇİLİNGİROĞLU, s. 74.

³⁷⁸ KİYAK, s.42; AYAN, s. 74; ÖZSUNAY, s. 41; ÇİLİNGİROĞLU, s. 62; ERMAN, s. 106-108; KIZILYEL, s. 211; ÖZKAN, s. 84.

Merkezleri Yönetmeliği'nde örneği verilen izin belgelerinde, hekimin rahim tahliyesi, sterilizasyon ve IVF ve ET işlemlerinin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi, gibi hususları açıklamak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinde, onamın hasta veya yasal temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları konusunda aydınlatıldıktan sonra alınması gerektiği öngörülmüştür.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesine göre, hekim, hastasını, sağlık durumu, konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, riskleri, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, önerilen tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkacak sonuçlar ve diğer olası tedavi seçenekleri ve riskleri konusunda aydınlatmalıdır.

Bu bağlamda aydınlatmanın konusunu oluşturan hususları aşağıdaki gibi üç başlık altında ele almak mümkün görünmektedir.

1. Teşhis ve Bulgular Konusunda Aydınlatma

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahsedebilmek için, hastanın her şeyden önce, elde edilen bulgular ve teşhis konusunda aydınlatılması gerekmektedir³⁷⁹. Hastanın kendisi hakkında karar verme hakkını kullanabilmesi, hekimin teşhis ve bulgular konusunda hastayı aydınlatması ile mümkün olabilecektir³⁸⁰.

Doktrinde bir görüşe göre, teşhis ve bulgular, kural olarak aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına girmemektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, özellikle ağır hastalıklar bakımından, teşhis ve bulgular konusunda hastaya bilgi vermekten kaçınılabileceği ya da yanlış bilgi verilebileceği³⁸¹, hastaya teşhisinin bildirilmemiş olmasının tıbbi müdahaleyi tek başına hukuka aykırı hale getirmediği,

³⁷⁹ AYAN, s. 71; ÖZSUNAY, s. 41; ÖZDEMİR, s. 100; ÖZKAN, s. 114.

³⁸⁰ ÖZSUNAY, s. 41; AYDIN, Erdem: "Hasta Hakları ve Terminal Dönem", Yoğun Bakım Dergisi, Y. 2003, S. 1, C. 3, s. 41; ERMAN, s. 106.

³⁸¹ Bkz. ERMAN, s. 106; dn. 141.

teşhisinin açıkça hasta tarafından talep edildiğinde açıklanması gerektiği³⁸² savunulmuştur.

Hukukumuzda hekimin özel bir sebep olmadığı sürece, hastaya ait bulgular, bu bulguların anlamları ve teşhis hakkındaki bilgileri gizlemesi, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilecektir³⁸³.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından, teşhisin hastaya bildirilmesi genel kural olmakla birlikte, doktrinde hastanın zarar görmemesi bakımından, özellikle ağır hastalıklarda bu kuraldan ayrılmanın mümkün olduğu ileri sürülmüştür³⁸⁴. Günün koşullarına göre tedavisi olanaksız ya da zor bir hastalık söz konusu olduğunda aydınlatma yükümlülüğünün yarar yerine zarar getireceği savunulmuştur³⁸⁵.

Hekimin teşhis ya da bulgular konusunda aydınlatma yapmamasına olanak tanıyan bu görüş eleştirilmiştir. Bulgular ve teşhis konusunda bilgi sahibi olmak, hastanın müdahale hakkında sağlıklı bir karar vermesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Ayrıca hastanın durumuna uygun bir tercihte bulunabilmesi için, kendisi hakkındaki bilgilere tam olarak sahip olması gerekmektedir. Hastanın hastalığına karşı gerekli savunma önlemlerini alabilmesi için kendi durumu hakkında her şeyi bilmesi gerekmektedir³⁸⁶. Ancak hastalığın ağırlık derecesi bakımından genel bir betimlemenin yeterli olabileceği ifade edilmektedir³⁸⁷.

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı vardır. Daha sonraki süreci etkileyecek en temel bilgilerin kendisinden gizlenmesi bu hakkı ihlal niteliği taşıyacaktır. Kanaatimizce sonraki aşamalardaki kararlarını etkileyebileceğinden, hastaya ilişkin bulguların ne anlama geldiği ve teşhis konusunda hastanın aydınlatılması gerekmektedir.

³⁸² Bkz. ERMAN, s. 106, dn.143.

³⁸³ OZANOĞLU, s. 66.

³⁸⁴ OZANOĞLU, s. 66.

³⁸⁵ KÖPRÜLÜ, s. 592.

³⁸⁶ KÖPRÜLÜ, s. 592; REİSOĞLU, Seza, s. 6; AYDIN, Erdem: “Hasta Hakları ve Terminal Dönem”, Yoğun Bakım Dergisi, Y. 2003, S. 1, C. 3, s. 41 (Kısaltma: Terminal); AYDIN, Çocuk, s. 41; ERMAN, s. 107.

³⁸⁷ ERMAN, s. 107.

2. Tedavi ve Tedavi Süreci Konusunda Aydınlatma

Aydınlatma yükümlülüğünün konusunu oluşturan bir diğer süreç de, tedavi sürecidir. Hastadan alınan onamın hukuken geçerli bir irade beyanı olarak nitelendirilebilmesi için, kendisine ne yapılacağını bilmesi gerekmektedir³⁸⁸.

Hekimin hasta hakkında tespit etmiş olduğu fiziksel ya da ruhsal anomalilerin tedavisi ve bu tedavi sürecinde uygulanması planlanan tıbbi müdahalenin türü, şekli, yöntemi, aciliyeti gibi konularda hastayı aydınlatması gerekmektedir³⁸⁹. Hekim ayrıca hastaya, uygulanması planlanan müdahaleye ilişkin varsa literatürdeki itirazlar³⁹⁰; müdahale yapılmadığında karşılaşılabilecek durumlar ve alternatif tedavi yöntemleri konularında da bilgi vermelidir³⁹¹.

Doktrinde, hekimin müdahalenin yürüyüşü üzerinde genel bir bilgi vermesinin yeterli olduğu, yapılacak her işlem hakkında ayrıntılı bilgi vermek ve teknik ayrıntıları açıklamanın aydınlatmanın amacı ile bağdaşmadığı belirtilmektedir. Hekimin hastaya uygulayacağı müdahalenin niteliği, tıbbi müdahalede kullanılacak malzemenin özellikleri, hekimin kimliği ve deneyimi konusundaki bilgilendirmelerin de tedavi sürecine ilişkin aydınlatma yükümlülüğüne girdiği kabul edilmektedir³⁹².

3. Sonuçlar, Riskler ve Başarı Şansı Konusunda Aydınlatma

Hekimin teşhis ve tedavi süreci dışında, müdahalenin başarı şansı, müdahalenin sonuçları, karşılaşılabilecek riskler bakımından da aydınlatma yapması gerekmektedir.

ERMAN, bu aşamadaki aydınlatma ile amaçlananın, söz konusu müdahaleye cesaret edilip edilmeyeceğine karar vermek olduğuna işaret etmiştir. Bu aşamada hekimin uygulanması planlanan müdahale ile ilgili olarak öngörülen başarı ve

³⁸⁸ ÖZSUNAY, s. 41; ÖZKAN, s. 114.

³⁸⁹ AYAN, s. 72; OĞUZMAN, Kemal: Tıpta Hastanın Muvafakatının Alınmasının Hukuki Yönü, Adli Tıp Dergisi, Y.1989, C.5, S. 1-2, s. 83; ÖZSUNAY, s. 41; TAŞKIN, Ahmet: Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 109; ÇİLİNGİROĞLU, s. 62; OZANOĞLU, s. 66, ERMAN, s. 108.

³⁹⁰ ÖZSUNAY, s. 41.

³⁹¹ TAŞKIN, s. 109; OZANOĞLU, s. 66.

³⁹² ERMAN, s. 108, 109.

başarısızlık olasılıklarının ne olduğunu hastaya anlatması gerekmektedir. Yazar, hekimin uygulamayı planladığı müdahale ile hastaya yardım edebileceğini inanması halinde, hastayı bu yönde yönlendirebileceğini ifade etmiştir. Hekimin uygulanması planlanan tıbbi müdahalenin sonuçları konusunda aydınlatma yapması gerekmektedir. Hekimin *ortaya çıkması kesin* olan tüm sonuçlar bakımından aydınlatma yükümlülüğü bulunduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, amaçlansın ya da amaçlanmasın, istensin ya da istenmesin, müdahale sonrasında ortaya çıkması mutlak olan sonuçlar hakkında aydınlatma yapılması zorunludur³⁹³.

Hekimin müdahale sonrasında ortaya çıkma olasılığı kesin olmamakla birlikte, değişik oranlarda olan sonuçlar bakımından aydınlatma yükümlülüğü vardır³⁹⁴. Ortaya çıkması muhtemel bu olumsuz sonuçlar, *risk* olarak ifade edilmektedir ve risklerin ağırlığı ve oluşma oranlarındaki farklılıklar yapılacak aydınlatmanın da içeriğini ve kapsamını etkileyecektir.

Hastanın müdahalenin riskleri hakkında yeterli bilgiye sahip olması, vereceği kararlar üzerinde etkili olacağından, ancak bu sayede kendi geleceği hakkında karar verme hakkını kullanabilmesi mümkün olacaktır³⁹⁵. Bu nedenle ölüm olasılığından, basit yan etkilere kadar geniş bir aralıkta bulunan ve ortaya çıkma yoğunlukları farklı olan riskler hakkında, ne kadar aydınlatma yapılması gerektiği doktrinde tartışılmıştır.

Müdahalenin sonuçları hakkında yapılacak aydınlatmada, müdahalenin yapıldığı anda tıp biliminin durumuna göre, bilinen ya da bilinmesi gereken sonuçları hakkında bilgi verilmesi, hekimin subjektif değil, objektif ve bilimsel temelli bilgi ve görüşlerini aktarması gerektiği vurgulanmaktadır³⁹⁶.

Aydınlatma konusunu teşkil eden muhtemel risklerin hastaya bildirilmesindeki sınırlar, asıl önemli sorunu teşkil etmektedir. Bu konuda riskin görülme sıklığı ile ağırlığı, yapılacak aydınlatmanın sınırları belirlenirken dikkate alınacaktır.

³⁹³ ERMAN, s. 109.

³⁹⁴ OĞUZMAN, s. 83; SERT, s. 225.

³⁹⁵ AYAN, s. 72; ÖZSUNAY, s. 41; ERMAN, s. 110.

³⁹⁶ ÖZSUNAY, s. 42; ÇİLİNGİROĞLU, s. 63; OZANOĞLU, s. ERMAN, s. 110.

Risklerin hastaya bildirilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre, hastanın tıbbi müdahaleden çekinebilme ihtimalini doğurduğu için, müdahale sırasında ya da sonrasında ortaya çıkabilecek risklerin hastaya açıklanmaması gerekmektedir³⁹⁷.

Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise, gerçekleşme ihtimalleri en uzak olan risklerin bile hastaya açıklanması gerekmektedir ve bu görüş bazı mahkeme kararlarına da yansımıştır³⁹⁸.

Yargıtay'ın bir kararına³⁹⁹ konu olayda, hastanın acil olarak getirildiği doğumevinde, davalı jinekolog, rektal tuşe yaparken, başparmağı ile hymene tazyik etmiş ve annüler hymenin yırtılmasına neden olmuştur. Yargıtay, bu muayene neticesinde hymenin bazen yırtılabileceğinin tıbbi raporlarla sabit olduğunu, muayenenin muhtemel sonuçlarının hastaya bildirilmemiş olduğunu, hekimin nadiren de meydana gelse, böyle bir riskin bulunduğu hastaya bahsetmesi gerektiğine, bu sebeplerle hekimin sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir.

Ancak bu görüş hekimin hareket alanını kısıtladığı, hastanın müdahalede bulunulmamasını tercih etmesi, hastanın durumunun daha da kötüleşmesine neden olabileceği gerekçeleri ile eleştirilmiştir⁴⁰⁰.

Doktrinde yerleşik görüş ise, ortaya çıkma ihtimali olan her risk konusunda hastaya bilgi verilmesi gerektiğini savunan görüşün yerinde olmadığı, hekimin bu kadar ağır bir aydınlatma yükümlülüğü altına sokulmaması gerektiği; ortaya çıkma olasılığı çok düşük olan risklerin hastaya açıklanmamasının mümkün olduğu yönündedir⁴⁰¹. Yalnızca kesin olarak öngörülebilir sonuç ve risklerin değil, anlayışlı bir kişinin seçimini etkileyebilecek tüm etkenlerin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ele alınması gerekmektedir⁴⁰².

³⁹⁷ Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 127, dn. 28.

³⁹⁸ Bkz. BAYRAKTAR, Hekim, s. 126, dn. 26.

³⁹⁹ Yarg. 4.HD, 7.3.1977 T., 1976/6297 E., 1977/2541 K. Sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, C.IV, S. 6, Haziran 1978; s. 905 vd.

⁴⁰⁰ BAYRAKTAR, Hekim, s. 127.

⁴⁰¹ OĞUZMAN, s. 83; ÇİLİNGİROĞLU, s. 62; ERMAN, s. 110; SERT, s. 227.

⁴⁰² ERMAN, s. 112.

Kanaatimizce bu konuda her somut olayın kendi özellikleri dahilinde ele alınması, hekimin objektif kriterleri ve hastanın durumunu gözeterek aydınlatmanın içeriğini belirlemesi yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Hekimin kendi hataları konusunda aydınlatma yükümlülüğü bulunup bulunmadığı konusu da tartışılmış olmakla birlikte, aydınlatma yükümlülüğünün bu ölçüye taşınmasının uygun olmadığı ve medeni hukukun genel prensipleri ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁰³.

Özellik gösteren birer tıbbi müdahale olan, organ ve doku nakilleri bakımından 2238 Sayılı Kanun m.7/b hükmünde, hekimin, organ ve doku verenin, alıcıya sağladığı yararlar hakkında vericiyi aydınlatma yükümlülüğüne işaret edilmiştir⁴⁰⁴. Bir başka deyişle, vericinin nakil sonucunda alıcıya sağladığı yararlar konusunda aydınlatılması gerekmektedir. Diğer tıbbi müdahaleler ile ilgili yapılacak aydınlatmada, hekimin tıbbi müdahalenin uygulanması ya da uygulanmamasının sonuçları konusunda müdahalede bulunulacak hastayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktayken, organ ve doku naklinde vericinin de aydınlatılması gerektiği hususuna dikkat çekilmiştir.

Sonuçlar ve riskler konusundaki aydınlatma, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler bakımından da büyük bir önem taşımaktadır. Hekimin, estetik amaçlı tıbbi müdahalenin sonuçları, hastanın beklentilerini karşılayıp karşılayamayacağı, kişinin bu tip bir müdahaleyi kaldırıp kaldıramayacağı, karşılaşılabilecek tehlike ve riskler konusunda kapsamını geniş tuttuğu ayrıntılı bir aydınlatma yapması gerekmektedir⁴⁰⁵. Doktrinde, estetik müdahalelerde hekimin meydana gelebilecek tüm tehlikeleri, gerçekleşmesi en uzak ihtimalleri dahi açıklaması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰⁶.

B. Aydınlatılmış Onamın Konusu

Bir hakka sahip olmak, hak sahibinin o hak üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabileceği anlamına gelmemektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinin 2.

⁴⁰³ OZANOĞLU, s. 69.

⁴⁰⁴ ÇİLİNGİROĞLU, bu hükmün aydınlatmanın kapsamına ilişkin bir düzenleme olduğu görüşünü savunmaktadır (Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 63).

⁴⁰⁵ YENERER ÇAKMUT, s. 182; ÖZAY, s. 63; ÖZTÜRKLER, s. 74.

⁴⁰⁶ BAYRAKTAR, Hekim, s. 129; SARIAL, s. 57.

fıkrasında, kimsenin hak ve özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ya da bu hak ve özgürlükleri hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde de, konusu genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı akitler kurulamayacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu yasal düzenlemelerden, çalışma konumuz bakımından, hastanın kamu düzeni ya da genel ahlaka aykırı irade beyanının da hükümsüz sayılacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁰⁷. Bir başka deyişle, kişinin yaşamı, sağlığı ve beden bütünlüğü⁴⁰⁸ üzerindeki tasarruf yetkisi, kamu düzeni ve genel ahlak ile sınırlıdır. Yeterince aydınlatılmış da olsa, bir hastanın kendisine uygulanması planlanan tıbbi müdahaleye ilişkin onamının hukuken geçerli bir irade beyanı olarak sonuç doğurabilmesi için, hastanın, onamının alındığı hak ya da değer üzerinde serbestçe tasarruf edip edemeyeceğinin gözetilmesi gerekmektedir.

Kişinin yaşamı üzerinde kesin olarak tasarruf yetkisinin bulunmadığı⁴⁰⁹ genel kural olarak kabul edilmektedir⁴¹⁰. Kişinin vücut bütünlüğü üzerinde de sınırsız tasarruf hakkı bulunmamaktadır. Vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahaleye ilişkin onamın, eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, müdahalenin niteliğine ve onamın içeriğine bağlıdır. Hukuken öngörülmüş nedenlerden birine yönelik olmayan müdahaleler açısından alınan onam da, geçerli olmayacaktır⁴¹¹.

VI. AYDINLATMANIN KAPSAMI

A. Aydınlatmanın Kapsamı ve Kapsamın Belirlenmesinde Etkili Olan Hususlar

1. Genel Olarak

Her somut olayın kendine özgü nitelikleri dikkate alındığında, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken vereceği bilgilerin kapsamını belirlemek açısından, genel bir kural koymanın güçlüğü ortadadır. Nitekim hukukumuzda da, bu

⁴⁰⁷ AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 42.

⁴⁰⁸ Tıbbi müdahale sebebiyle ihlale uğraması muhtemel maddi kişilik değerlerinden yaşama, sağlık ve vücut bütünlüğü değerleri için yukarıda bkz. Birinci Bölüm, § 1, II, B.

⁴⁰⁹ Kişinin yaşamı üzerinde tasarruf etme yetkisinin bulunmadığı ile kastedilen, kişinin kendi yaşamını kendi eylemi ile sonlandırdığı durumlar değil, bu hakkın üçüncü kişinin eylemi ile ihlal edilmesidir (Bkz. ERMAN, s. 126).

⁴¹⁰ ÇİLİNGİROĞLU, s. 40; YENERER ÇAKMUT, s. 48; ERMAN, s. 125; BORAN, s. 94.

⁴¹¹ BORAN, s. 94.

konuda genel bir esas belirlenmemiş, özel bazı durumlar bakımından düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir⁴¹².

Hukukumuzda aydınlatmanın kapsamı konusundaki en genel düzenleme, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Düzenlemeye göre, hekim kural olarak, teşhise göre alınması gerekli tedbirleri hastaya açıkça söylemek zorundadır. Ancak bu düzenlemenin aydınlatmanın kapsamı hususunu tamamıyla düzenlediğini söylemek mümkün değildir⁴¹³.

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 7/a maddesinde, aydınlatmanın kapsamı konusuna özel bir düzenlemeye gidilmiştir. Hükme göre, organ ve doku alacak hekimler vericiye, *uygun* bir biçimde ve *ayrıntıda*, ...bilgi vermekle yükümlüdür.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te ve İn vitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği'nde örneği verilen izin belgelerinde, rızanın kapsam ve konusunun tıbbi zorunluluk olmaksızın aşılamayacağı düzenlenmiştir.

Doktrinde, hastanın genel olarak bilgi sahibi olmasını sağlayacak bir bilgilendirmenin, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından yeterli olduğu ileri sürülmektedir. Ancak her müdahalenin kendine özgü nitelikleri sebebiyle, açıklanacak bilgilerin kapsamı her duruma göre daralmakta ya da genişlemektedir⁴¹⁴.

Aydınlatmanın kapsamını daraltılmasına ya da genişletilmesine sebep olabilecek, bir başka deyişle kapsamın belirlenmesinde göz önünde tutulması gereken durumlar, aşağıda dört başlık altında ele alınmıştır.

⁴¹² AYAN, s. 75; ÇİLİNGİROĞLU, s. 63; OZANOĞLU, s. 69; ÖZDEMİR, s. 101.

⁴¹³ AYAN, s. 75.

⁴¹⁴ ERMAN, s. 110.

2. Tıbbi Müdahalenin Aciliyeti

Aydınlatmanın kapsamı belirlenirken göz önünde tutulacak hususlardan biri, “*tıbbi müdahalenin aciliyeti*” dir. Tıbbi müdahalenin aciliyeti ile aydınlatmanın kapsamı arasında ters orantı bulunmaktadır. Yani tıbbi müdahalenin aciliyeti arttıkça, aydınlatmanın kapsamı daralacak, tıbbi müdahalenin aciliyeti azaldıkça, aydınlatmanın kapsamı o oranda genişleyecektir⁴¹⁵.

Acil durumlarda, hastaya verilecek bilgilerin en temel noktalara indirgenebileceği kabul edilmektedir. Ancak bu durum, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlanması anlamına gelmemekte, hastaya mümkün olduğu ölçüde, müdahalede bulunulup bulunulmama konusunda tercih hakkı tanınması gerekmektedir⁴¹⁶.

Estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin -kural olarak- tıbbi zorunluluk oluşturmaması, kimi durumlarda ciddi ve ağır sonuçların ortaya çıkabilmesi sebebiyle, yapılacak aydınlatmanın kapsamının en geniş düzeyde tutulması gerektiği konusunda doktrinde fikir birliği bulunmaktadır.

Estetik amaçlı tıbbi müdahaleler dışında, *tavsiye edilen ancak tıbbi açıdan zorunlu olmayan* tıbbi müdahaleler, *önlem amacıyla gerçekleştirilen* ya da *ertelenebilen* müdahaleler ile *teşhise yönelik* müdahaleler bakımından da aydınlatmanın kapsamının genişleyecektir⁴¹⁷.

3. Tehlikenin Ölçüsü (Komplikasyon Sıklığı ve Tipik Riskler)

Aydınlatmanın kapsamı belirleyen bir diğer husus, “*tehlikenin ölçüsü*” dür. Tıbbi müdahale sebebiyle ortaya çıkabilecek risklerin ağırlığı ve sıklığı arttıkça, aydınlatmanın kapsamı da o oranda genişleyecektir. Bu aşamada, uğranılması muhtemel zararın geçici olup olmadığı önem taşımaktadır. Uygulanması planlanan tıbbi müdahale

⁴¹⁵ AYAN, s. 76; KÖPRÜLÜ, s. 594; ÇİLİNGİROĞLU, s. 65; OZANOĞLU, s. 70; ERMAN, s. 111; SERT, s. 228; ÖZDEMİR, s. 103; ÖZKAN, s. 107. Alman Hukukunda da aynı görüşün hakim olduğu hakkında bkz. ÖZSUNAY, s. 39.

⁴¹⁶ ERMAN, s. 111.

⁴¹⁷ BAYRAKTAR, Hekim, s. 127; AYAN, s. 76; ÖZSUNAY, s. 39; ÇİLİNGİROĞLU, s. 65; ÖZDEMİR, s. 104; ERMAN, s. 111.

sırasında ya da sonrasında geçici nitelikte bir zarar tehlikesi olasılığı bulunmakta ise, aydınlatmanın kapsamlı olması şart değildir. Ancak sürekli ve kalıcı nitelikte bir zarar meydana gelme olasılığı mevcut ise, aydınlatmanın kapsamlı yapılması gerekmektedir⁴¹⁸.

Tıbbi müdahale sebebiyle ortaya çıkması muhtemel komplikasyonların sıklığı ve yapılacak müdahaleye özgü tipik risklerin varlığı halinde, bu konularda da bilgi verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla aydınlatmanın kapsamının bu hallerde de genişleyeceği kabul edilmektedir⁴¹⁹.

4. Tedavi Seçenekleri

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı açısından, hekimin, uygulamayı planladığı tedavi yöntemi yanında, alternatif tedavi yöntemleri hakkında da hastaya bilgi vermesi gerekmektedir. Hastanın mevcut tedavi seçenekleri ve bu tedavi yöntemleri nedeniyle ortaya çıkması muhtemel riskler hakkında ve oranında aydınlatılması gerekmektedir.

Tıbbi müdahalenin ne kadar zamandır uygulandığı, daha önce denenip denenmediği hususlarının da, aydınlatmanın kapsamını belirlerken göz önünde tutulması gerekmektedir. Bir müdahale ne kadar yeniyse ve ne kadar az denenmişse aydınlatmanın kapsamı da o oranda genişletilmelidir⁴²⁰.

5. Hastanın Sübjektif Durumu

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını belirlemede göz önünde tutulacak bir diğer faktör, hastanın sübjektif durumudur.

Aydınlatmanın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacak bir olgu olarak hastanın sübjektif durumuna ilişkin akla gelen ilk durum, yapılacak müdahalenin, hastanın kişiliği, sosyal konumu ve mesleği açısından önemli sonuçlar doğurması ihtimalidir. Bu durumda, hekimin gerçekleşme ihtimali az da olsa, bu riskler hakkında

⁴¹⁸ AYAN, s. 77; ÖZSUNAY, s. 40.

⁴¹⁹ ERMAN, s. 112.

⁴²⁰ ERMAN, s. 114.

bilgi vermesi gerekmektedir. Bir ses sanatçısının ses tellerinin zarar görmesi ihtimalinde olduğu gibi, hastanın mesleğini ifa etmesinde önemli yeri olan organ ya da yeteneklerine yönelik bir tehlike mevcutsa, bu durumda aydınlatmanın kapsamının da geniş tutulması gerekmektedir⁴²¹.

Aydınlatmanın kapsamını belirlemede etkili olacak hastanın subjektif durumuna ilişkin bir diğer hal, hastanın açık talebidir. Kural olarak, yapılacak müdahale konusunda, hastanın aydınlatılma talebinde bulunmasına gerek yoktur. Hekim talep edilmese dahi, hastayı müdahale konusunda aydınlatmakla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülüğün kapsamı, somut durumun özellikleri ile sınırlıdır. Hasta belirli bir konuda aydınlatılma talebinde bulunduğu anda, hekimin mümkün olduğu ölçüde hastanın talebini karşılaması gerekmektedir. Dolayısıyla hastanın açık talebi, aydınlatmanın kapsamını genişleten bir hal olarak değerlendirilmektedir⁴²².

Hastanın önerilen tedaviyi reddetmesi durumunda, hekimin hastanın kararına saygı göstermekle birlikte, hastayı ikna etmek açısından yapacağı aydınlatmanın kapsamını genişletebileceği ifade edilmiştir. Bu durumda hekimin, hastaya, tedaviyi reddetmesi halinde karşılaşması muhtemel zararlar ile reddin sonuçları hakkında geniş bilgi vermesi gerektiği vurgulanmıştır⁴²³.

B. Aydınlatma Yapmanın ve Aydınlatılmış Onam Almanın Zorunlu Olmadığı Haller

1. Aydınlatma Yapmanın Zorunlu Olmadığı Durumlar

a. Genel Olarak

Hekimin hastasını mutlak surette aydınlatması kural olmakla birlikte, bazı istisnai hallerde aydınlatma yapılmaması mümkündür⁴²⁴.

⁴²¹ AYAN, s. 77; ÖZSUNAY, s. 40; ERMAN, s. 115.

⁴²² ÖZDEMİR, s. 104; ÖZKAN, s. 110.

⁴²³ ERMAN, s. 115.

⁴²⁴ AYAN, s. 78; ÇİLİNGİROĞLU, s. 67.

Hekimin, hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi, hastanın bilgi sahibi olması sebebiyle, tıbbi zorunluluk durumlarında, tıbbi ve insani bazı nedenlerle aydınlatma yapmaması söz konusu olabilecektir.

b. Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kalkmasına yol açan sebep, bizzat hastanın kendisinden kaynaklanabilmektedir. Bunun ilk görünümü, kendi geleceğini belirleme hakkına dayanan, hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesidir. Kişinin serbest iradesi ile aydınlatılma hakkından vazgeçerek, hekimi bu yükümlülüğünden kurtarabileceği kabul edilmektedir⁴²⁵.

Hukukumuzda aydınlatılma hakkından vazgeçmeye ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesinde, ilgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre, yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında, hastanın sağlık durumu hakkında, kendisine, ailesine ya da yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün, hastanın teşhis bakımından aydınlatılma hakkından vazgeçebileceğine ilişkin bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir⁴²⁶. Ancak kanaatimizce hükümde yer alan “*sağlık durumu hakkında*” ibaresi teşhisten daha geniş bir anlam taşımaktadır.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 27. maddesinde, hastanın bilgilendirilmeme hakkına sahip olduğu, hastanın bilgilendirilmek istemediğini belirttiği hallerde, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı, ailenin ancak hastayla görüş birliğine varıldığında bilgilendirilebileceği, bilinci kapalı hastalar bakımından ise hekimin takdir hakkı bulunduğu hususlarında düzenleme bulunmaktadır.

⁴²⁵ AYAN, s. 78; ÇİLİNGİROĞLU, s. 67; ÖZSUNAY, s. 44; ÖZDEMİR, s. 105; ERMAN, s. 116, YILMAZ, s. 35; ÖZTÜRKLER, s. 77; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 138; BORAN, s. 100; KIZILYEL, s. 211.

⁴²⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 138.

Hastanın aydınlatma hakkından vazgeçtiğinin kabul edilebilmesi için, söz konusu irade beyanının hukuken geçerli olması, hastanın serbest iradesiyle vazgeçmiş olması gerekmektedir⁴²⁷.

Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçme beyanının şekli konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, aydınlatılma hakkından vazgeçme, hastanın, aydınlatılma hakkı kapsamında bulunan hususların tamamı ya da bir bölümü hakkında bilgi sahibi olmak istememesi ve seçimi bu çerçevede tümüyle, hekime bırakmak istediği yönünde, hekime karşı bulunduğu *açık ya da örtülü beyandır*⁴²⁸. Bu görüşe göre, hastanın aydınlatılma hakkından örtülü olarak vazgeçmesi mümkündür.

Örtülü vazgeçmenin ancak belli koşullar altında kabul edilebileceğini savunan bir diğer görüşe göre, hastanın aydınlatılma hakkından örtülü vazgeçebilmesi için bu yöndeki iradesini açıkça ve ciddi olarak ortaya koyması gerekmektedir⁴²⁹.

Bu konudaki diğer bir görüşe göre ise, aydınlatılmadan vazgeçme beyanının mutlaka açık şekilde yapılması gerekmektedir. Örtülü bir aydınlatılma hakkından vazgeçmenin geçerli olmayacağı belirtilmiştir⁴³⁰.

Kanaatimizce, tespiti dahi güçlük taşıyan örtülü bir vazgeçme hukuken geçerli beyan olarak kabul edilmemeli, mutlaka hastanın açık irade beyanı aranmalıdır. Doktrinde ÖZTÜRKLER, hastanın aydınlatılmayı isteyip istemediğinden emin olmak için gerektiğinde yazılı belge alınması gerektiğini ifade etmiştir⁴³¹.

Aydınlatılma hakkından vazgeçmenin kapsamı da, üzerinde durulması gereken bir diğer husustur. Hastanın hangi durumlarda aydınlatılma hakkından vazgeçmesinin kabul edilip, hangi hallerde kabul edilemeyeceğinin tespiti gerekmektedir. Bu konuda, kendi geleceğini belirleme hakkının amacına aykırı olacağı gerekçesiyle, hastanın yaşamına ilişkin konularda aydınlatılma hakkından vazgeçemeyeceğine işaret

⁴²⁷ AYAN, s. 78.

⁴²⁸ HAGEDORN, s. 103, Naklen ERMAN, s. 116; BORAN, s. 100.

⁴²⁹ Bkz. ERMAN, s. 116, dn. 212’de zikredilen yazarlar.

⁴³⁰ AYAN, s. 79; ÖZSUNAY, s. 44, ÇİLİNGİROĞLU, s. 67; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 138.

⁴³¹ ÖZTÜRKLER, s. 77.

edilmiştir⁴³². AYAN, hastanın yaşamı açısından büyük önem taşıyan ve geri dönülmez sonuçlara yol açabilecek müdahaleler ile yeni uygulanan tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatılma hakkından vazgeçmenin kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir⁴³³.

Hastanın aydınlatılma hakkına ilişkin olarak, önceden ve genel nitelikli bir vazgeçme beyanında bulunup bulunamayacağı hakkında ise, belli bir bilgilenme düzeyine gelmeden, daha fazla bilgilenmemeyi istemenin mümkün olmayacağını, hastanın en azından genel hatlarıyla durumunu bilmesi gerektiğini söylemek mümkündür.

Türk Medeni Kanunu' nun 23. maddesinin 2. fıkrasında, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ya da bu hak ve özgürlükleri hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı düzenlenmiştir. Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi de ancak hukuka ya da ahlaka aykırı bir irade beyanı olarak değerlendirilmediği sürece, hukuken geçerli sayılacaktır. Bu bağlamda, hastanın mutlak surette ve kapsamlı olarak aydınlatılması gereken durumlarda yaptığı bir vazgeçme hukuken geçerli bir irade beyanı olarak değerlendirilemez. Ayrıca kişinin bir hekimin şahsına dayalı olarak koşulsuz şekilde aydınlatılma hakkından vazgeçmesi de mümkün değildir⁴³⁴.

c. Hastanın Bilgi Sahibi Olması

Hastanın kendisine uygulanması planlanan tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olduğu hallerde, hekimin aydınlatma yapmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Hasta, mesleği, daha önce başka bir hekim tarafından aydınlatılmış olması, deneyimleri, müdahalenin niteliği gibi nedenlerle tıbbi müdahale hakkında bilgi sahibi olabilir. Ancak her somut olayda hekimin, yeniden aydınlatılma yapılmasının gerekli olup olmadığını özenle araştırması gerekmektedir.

⁴³² Bkz. ERMAN, s. 117, dn.213' te zikredilen yazar.

⁴³³ AYAN, s. 79.

⁴³⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s. 68; ERMAN, s. 117.

Toplumda genel olarak bilgi sahibi olunan konularda, hekimin aydınlatmada bulunmamasının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴³⁵. Nitekim Yargıtay da bir kararında⁴³⁶, körlüğe, sağ tarafında ağır felce ve konuşma güçlüğüne neden olan beyin ameliyatı ile ilgili olarak, davacı ve eşinin içtimai seviyeleri itibariyle, beyinden ur alınması ameliyatının ağır ve ciddi bir ameliyat olduğunu bilmediğini kabul etmenin mümkün olmadığına işaret etmiştir.

d. Tıbbi Zorunluluk Durumları

Hekimin aydınlatma yapma gerekliliğine ilişkin istisnai hallerden bir diğeri, tıbbi zorunluluk durumlarıdır. Tıbbi müdahalenin derhal yapılmaması, hastanın yaşamı ve sağlığı açısından ağır tehlike oluşturacaksa, aydınlatma yapılmaması mümkündür⁴³⁷.

Tıbbi zorunluluk durumlarında, hastanın aydınlatılması bakımından, fiili bir imkansızlık söz konusudur. Hastanın aydınlatılması yükümlülüğüne istisna teşkil eden tıbbi zorunluluk durumuna ilişkin akla gelen ilk ihtimal, gecikmeksizin tıbbi müdahalede bulunulması gereken *hastanın bilinçsiz olması* durumudur. Bu duruma ilişkin olarak, kazada bilincini kaybetmiş ve ağır yaralı birine yapılacak müdahaleler açısından aydınlatma yapma zorunluluğunun ortadan kalkacağı örneği verilebilmektedir. Buradaki zorunluluk bizatihi mevcut durumun kendisinden kaynaklanmaktadır⁴³⁸.

Tıbbi zorunluluk durumuna ilişkin diğer ihtimal, *operasyonun genişletilmesi ya da değiştirilmesi* ihtimalidir. Hastanın onamı ile başlatılan bir cerrahi operasyonun seyri esnasında, hasta genel anestezi altında iken, hastanın onamının kapsamı dışında kalan yeni bir tıbbi müdahalenin yapılması zorunluluğu ortaya çıktığında hekimin nasıl davranacağı hususu doktrinde tartışılmıştır.

Bu konuda AYAN, hukukumuz bakımından da nazara alınabileceğine işaret ederek, Alman uygulama ve öğretisine atıfta bulunmuş, genişletmenin öngörülebilir

⁴³⁵ ERMAN, s. 116.

⁴³⁶ Yarg. 4. HD. 64/6458 E., 4925 K. Sayılı kararı, Naklen REİSOĞLU, Seza, s. 6.

⁴³⁷ YELMER, s. 29; AYAN, s. 79; KÖPRÜLÜ, s. 594; ÖZSUNAY, s. 43; ÇİLİNGİROĞLU, s. 68; ÖZDEMİR, s. 106; ÖZTÜRKLER, s. 76; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 141.

⁴³⁸ AYAN, s. 79; ÖZSUNAY, s. 43; ÇİLİNGİROĞLU, s. 47; BORAN, s. 95.

olup olmadığına göre ikili bir ayırım yoluna gitmiştir. Genişletmenin öngörülebilir nitelikte olması halinde, hekimin bu konuda da aydınlatma yapması gerektiği ifade edilmiştir. Müdahaleden önce öngörülebilmesi mümkün olmayan genişletmeler söz konusu olduğunda izlenecek yol bakımından ise, ikili bir ayırma gidilmiş, genişletmenin hayati bir tedaviyi amaçlamaması yanında yüksek riskler taşıması söz konusu ise, hastanın onamını almak bakımından operasyonun durdurulması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak genişletme tehlikeli değilse ve hastanın ayrıca aydınlatılmadan onam vereceği bir müdahale ise, operasyonun durdurulması tıbbi açıdan tehlikeli ise, aydınlatma yapılmaksızın müdahaleye devam edilebileceği savunulmuştur⁴³⁹. Operasyonun genişletilmesi ihtimalinde, makul bir insanın iradesi göz önüne alınarak, hastanın objektif menfaatine üstünlük tanınmalıdır⁴⁴⁰.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bu konuya ilişkin bir kararına⁴⁴¹ konu olayda, böbreğindeki taşın alınması için onamı alınan hastanın, ameliyat esnasında, onamı olmaksızın böbreğinin tamamı alınmıştır. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararındaki gerekçeye dayanarak, hastanın böbreğini almak için yapılan ameliyatta, böbreğin iltihabi durumu sebebiyle, yalnızca taşın alınmasının, hastanın sağlığını tehlikeye sokacağı, böbreğin tamamının alınmasının tıbbi zaruret gereği olduğu, ameliyatın durdurulup bu konuda onam alındıktan sonra yeniden ameliyata geçilmesinin, tıbbi açıdan sakıncalı olduğu gerekçesiyle, hekimin sorumlu olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Bununla birlikte, tıbbi zorunluluk hallerinde dahi, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının gözetilmesi ve hastanın belirlenebilen iradesine saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu konuya ilişkin bir Alman Mahkeme kararında, Üzerinde Yehova Şahidi olduğuna ilişkin bir belirti olan hastaya kan nakli yapılmaması gerektiği hükme bağlanmıştır⁴⁴².

2238 Sayılı Kanun'da acil durumlarda koşulları oluşmuş ise, aydınlatma yapmadan ve onam almadan nakil yapılabilmesine olanak tanınmıştır. Kanunun 14.

⁴³⁹ AYAN, s. 80.

⁴⁴⁰ ÖZSUNAY, s. 44.

⁴⁴¹ Yarg. 4. HD, 5.3.1971 T., 1970/10853 E., 1971/2096 K. sayılı kararı, AŞÇIOĞLU, Doktor, s. 44.

⁴⁴² Bkz. ÖZSUNAY, s. 43.

maddesinin 4. fıkra hükmüne göre, kaza ya da doğal afetler sonucu, vücudunun uğradığı ağır harabiyet sebebiyle yaşamı sona ermiş kişinin yanında, sırasıyla eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi olmadığı gibi, başka bir yakını da yoksa, sağlam doku ve organları, ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı kanunun 11. maddesinde belirtilen hekimler kurulu raporu ile belgelendiği takdirde, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve nakilde acillik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda onam ya da vasiyet aramaksızın organ ve doku nakli yapılabilecektir.

e. Tedavi Gereği

Hekimin tedavi gereği olarak da hastayı aydınlatma zorunluluğunun ortadan kalkabilecektir. Hastanın bazı konularda bilgilendirilmesi, tedavi sürecini olumsuz etkileyebilecekse, hekimin aydınlatma yapmaması mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁴⁴³.

Aydınlatmanın tedavisi zor bir hastalığa ilişkin olması halinde, hastanın aydınlatılma sonrasında psikolojik açıdan büyük zarar görme ihtimalinin bulunduğu durumlarda, aydınlatmanın tehlikenin daha da artmasına sebep olması ihtimalinde ve üçüncü kişilerin korunması amacıyla aydınlatma zorunluluğundan vazgeçilebileceği kabul edilmektedir⁴⁴⁴.

Hukukumuzda Hasta Hakları Yönetmeliği m.19⁴⁴⁵, bu konuya ilişkin açık bir düzenleme ihtiva etmektedir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 14/f.2. maddesinin 2. cümlesinde de, hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması için uygun olduğu hükme bağlanmıştır.

⁴⁴³ AYAN, s. 81; KÖPRÜLÜ, s. 594; ÖZSUNAY, s. 46; ÇİLİNGİROĞLU, s. 69; ERMAN, s. 117; YILMAZ, s. 35; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 140; ÖZDEMİR, s. 107; ÖZKAN, s. 117; BORAN, s. 101.

⁴⁴⁴ AYAN, s. 81; ÖZSUNAY, s. 46, 47; ERMAN, s. 118, 119; ÖZTÜRKLER, s. 76; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 140, 141.

⁴⁴⁵ Bilgi Verilmesi Caiz Olmayan ve Tedbir Alınması Gereken Haller

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 19: “*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde teşhisin saklanması caizdir.*

Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra belirtilen şartlar çerçevesinde tabibin takdirine bağlıdır.

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

Aydınlatmanın tedaviye zarar vermesi ihtimalinde olduğu gibi, hastanın psikolojik açıdan zarar görmemesi, çökmemesi bakımından hekim aydınlatma kapsamını daraltabileceği ya da aydınlatmadan tamamen vazgeçebileceği kabul edilmektedir. Hekimin hastalık veya tedavi süreci hakkında aydınlatma yapması hastanın sağlığında ciddi bozulmalara yol açacaksa, tehlikenin arttırılmaması için de, hekimin aydınlatma yapmamasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Hasta yakınları gibi üçüncü kişilerin zarar görmesi gibi ayıksı durumlarda da aydınlatma zorunluluğunun sınırlandırılabilmesi ya da tamamen kaldırılabilmesi kabul edilmektedir. Bu konuda, hekimin psikiyatrik bir rahatsızlığı olan kişinin ruhsal durumu ile ilgili açıklamalarda bulunması halinde, hastanın üçüncü kişilere zarar vermesi ihtimali örnek olarak gösterilmektedir⁴⁴⁶.

f. Aydınlatmanın Hasta Açısından Anlamını Yitirmiş Olması

Bu ihtimalde, hastanın aydınlatılması zorunluluğunun, tıbbi ve insani bir takım nedenlerle ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Terminal dönemdeki bir hastaya yalnızca acılarını azaltmak için yapılan müdahaleler için yapılacak aydınlatma hasta açısından anlamını yitirmiş olduğundan, bu zorunluluğun ortadan kalktığını kabul etmek yerinde olacaktır⁴⁴⁷.

2. Hastanın Aydınlatılmış Onamının Bulunmasının Zorunlu Olmadığı Haller

Hukukumuzda kanunlarda açık düzenlenmelerin bulunduğu bazı durumlarda, aydınlatılmış onamı bulunmasa dahi, hastaya tıbbi müdahalede bulunulması söz konusu olacaktır⁴⁴⁸.

1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerde, onamı bulunmasa da kişiye müdahalede bulunulabileceği açıkça düzenlenmiştir.

⁴⁴⁶ AYAN, s. 81; ÖZSUNAY, s. 47; ÇİLİNGİROĞLU, s. 69; ÖZDEMİR, s. 107; ERMAN, s. 118; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 140.

⁴⁴⁷ AYAN, s. 81; ÖZSUNAY, s. 45; ÇİLİNGİROĞLU, s. 68; ÖZDEMİR, s. 108, YILMAZ, s. 38; ÖZTÜRKLER, s. 77; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 142.

⁴⁴⁸ ÖZKAN, s. 93-94.

1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde, hastanın onamı aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu müdahaleler bir diğer hukuka uygunluk nedeni olan kamu yararı dolayısıyla hukuka aykırı sayılmayacaktır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerini düzenlediği 57. maddesinde, fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişiler hakkında koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedileceği, hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastalarının yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınacağı düzenlenmiştir (m. 57/f.1). Hükümde ayrıca suç işleyen alkol, uyuşturucu ya da uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak uyuşturucu ya da uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşlarında tedavi altına alınmasına karar verileceği düzenlenmiştir (m. 57/f.7).

Müdahalenin hukuka uygun olarak nitelendirilmesi için hastanın aydınlatılmış onamının bulunmasının şart olmadığı diğer hal, tıbbi zorunluluk halleridir. Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesinin 3. fıkrasında, kanuni temsilciden ya da mahkemeden izin alınmasının zaman gerektirdiği ve hastaya derhal müdahale yapılmadığı takdirde hayatı ve hayati organlarından birinin tehlike altında olacağı durumlarda onam şartının aranmayacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda aydınlatma yapmanın zorunlu olmadığı hallerden biri olarak yer verilen tıbbi zorunluluk durumları, aydınlatma yapma gibi, onam almanın da fiilen imkansız olduğu hallerdir. Daha önce yapmış olduğumuz ayrıntılı inceleme sebebiyle bu konu üzerinde tekrar durulmayacaktır.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilmesi için kural hastanın aydınlatılmış onamının bulunması ise de, yukarıda açıklandığı üzere, kanunda ayrıca düzenlenen kimi hallerde kişinin onamı olmasa da tıbbi müdahaleye maruz kalmakta ve müdahale hukuka aykırı sayılmamaktadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN CEZA HUKUKU VE ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU ve İSPAT SORUNU

Ş1. AYDINLATILMIŞ ONAMIN HİÇ YA DA GEREĞİ GİBİ ALINMAMASINDA, HEKİMİN CEZA HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK

Kişilik hakkını oluşturan maddi ve manevi değerlere yönelik her tür müdahale, kural olarak, hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahalelerin de kişinin özellikle maddi kişilik değerlerini ihlal etme ihtimali bulunan birer müdahale olduğu açıktır⁴⁴⁹. Üstelik tıbbi müdahalede bulunan kişi, müdahalede bulunmak bakımından hukuken yetkili kılınmış kişilerden dahi olsa⁴⁵⁰, fiil hukuka aykırı kabul edilecektir. Bu tip müdahalelerin hukuka aykırı sayılmaması için, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması şarttır⁴⁵¹.

Çalışma konumuzu oluşturan aydınlatılmış onam, hem ceza hukuku hem de özel hukuk bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun bir müdahale olarak kabul edilebilmesi için, kural olarak, hastanın aydınlatılmış onamının bulunması gerekmektedir.

Hastanın onamı olmaksızın müdahalede bulunan hekim, ceza hukuku açısından, suç işlemiş olacaktır. Yapılan hukuka aykırı eylem ile hukuken korunan menfaat zarar görmüş olduğundan, eylemin karşılığı olan ceza ile cezalandırılacaktır.

Hukukumuzda, hekimin müdahaleden önce hastanın onamını almamış olması başlı başına bir suç olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında, hastanın onamı olmaksızın yapılan müdahalelerde hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı için de, ihlal edilen hukuki menfaat sebebiyle, hekim suç işlemiş olacaktır.

⁴⁴⁹ Bu konuda yukarıda bkz. Birinci Bölüm, § 1, II, B.

⁴⁵⁰ Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler için bkz. Birinci Bölüm, § 2, II.

⁴⁵¹ Hukuka uygunluk nedenleri için bkz. s. 79, dn. 266.

Hekimin hastanın onamı olmaksızın tıbbi müdahalede bulunması halinde işlenen suçlar, bu suç ile ihlal edilen hukuki menfaatler, suçların faili, mağduru, maddi ve manevi unsuru konularına bu bölümde değinilecektir.

II. HASTANIN ONAMININ ALINMAMASI SUÇU

A. Genel Olarak

Hukukumuzda, hekimin müdahaleden önceden hastanın onamını almamış olması başlı başına bir suç olarak düzenlenmiştir.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine göre, *“Tabipler ve diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler 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 edenlerden alakadarın şikayetine bağlı olmak şartıyla on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır.”*

Söz konusu hüküm ile ihdas edilen suç ile korunan hukuki menfaat, suçun faili ve mağdurunun kimler olabileceği, suçun maddi ve manevi unsurları ile özel görünüş şekillerine bu bölümde değinilecektir.

B. Korunan Hukuki Menfaat

Söz konusu hüküm ile ihdas edilen bu suçta *korunan hukuki menfaat*, hastanın kişiliği ve kendi geleceği hakkında karar verme hak ve özgürlüğüdür. Hastanın onamı alınmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin, kişinin kendi geleceği hakkında karar verme hakkına, kişi dokunulmazlığı ve özgürlüğüne yönelik ağır birer ihlal olduğu kabul edilmektedir. Kişinin yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığına yönelik bu tip müdahalelerde kişinin kendi geleceğini belirleme hak ve özgürlüğüne üstünlük tanınması ve kişinin iradesinin gözetilmesi, kişinin amaç edildiği hukuk düzeni anlayışına ve kişi iradesinin temel kabul edildiği ceza hukuku anlayışına en uygun yoldur.

Bu suç düzenlemesi ile hasta açısından korunan hukuki menfaat, hastanın kişiliği ve kendi geleceği hakkında karar verme hak ve özgürlüğü olmakla birlikte, hükümde, hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde, yasal temsilcinin onamının alınması gerektiği düzenlendiğinden, yasal temsilciler bakımından korunan hukuki menfaatin velayet ve vesayet hakkı olduğu kabul edilmektedir⁴⁵².

C. Suçun Faili ve Mağduru

Hastanın onamının alınmaması *suçunun faili*, 1219 Sayılı Kanun m.70'te açıkça düzenlendiği üzere, hekim (*tabip*) dir. Hekimlik mesleğini icraya yetkili olmayan kişiler bu suçun faili olamazlar. Yalnızca hekimler tarafından işlenebilen bir suç olarak düzenlendiğinden, hastanın onamının alınmaması suçu *mahsus suç* niteliği taşımaktadır. *Suçun mağduru* ise, kural olarak onamı alınmayan hastanın kendisidir. Bu suçun ihdas edilmesi ile korunmak istenen hukuki menfaat kişilik ve kendi geleceğini belirleme hakkı olduğundan, bu hakkı ihlal edilen -hukukun izin verdiği ölçüde- bu hakları üzerinde tasarrufta bulunma hakkına rağmen onamı alınmayan hasta, bu suçun mağduru olacaktır⁴⁵³.

Hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde, velisinden ya da vasisinden onam alınması gerekeceğinden, onamı alınmayan veli ya da vasi, velayet ve vesayet hakları ihlal edildiğinden bu suçun mağduru olacaktır.

Veli ya da vasisi olmayan ya da bulunamayan küçük ya da kısıtlılar bakımından suçun mağdurunun kim olacağı konusunda ise, somut olayda küçük ya da kısıtlının temyiz kudretine sahip olup olmadığının araştırılması gerektiği, temyiz kudretinin var olduğu sonucuna ulaşılması halinde, onamı alınmayan küçük ya da kısıtlının suçun mağduru olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmüştür⁴⁵⁴.

Kanaatimizce, temyiz kudretine sahip küçük ya da kısıtlının onamının alınması gereğinin, yalnızca veli ya da vasinin olmadığı durumlara hasredilmesi yerinde değildir. Tıbbi müdahalelerde, temyiz kudretine sahip küçük ya da kısıtlının, mümkün olduğu

⁴⁵² BAYRAKTAR, Hekim, s. 237; YENERER ÇAKMUT, s. 237.

⁴⁵³ YENERER ÇAKMUT, s. 238.

⁴⁵⁴ BAYRAKTAR, Hekim, s. 238.

ölçüde karar sürecine dahil edilmesi gerektiğine yukarıda değinilmiştir⁴⁵⁵. Bu gerek karşısında, veli ya da vasisi bulunsa da bulunmasa da, onamı alınmayan mümeyyiz küçük ya da kısıtlı da suçun mağduru olarak değerlendirilmelidir.

D. Suçun Maddi Unsuru

Suçun hareket unsurunu, “her nevi ameliye”⁴⁵⁶ den önce hastanın onamının alınmaması ya da “büyük ameliyei cerrahiler”⁴⁵⁷den önce yazılı onam alınmaması oluşturmaktadır. Suçun faili, her türlü tıbbi müdahale açısından onam almayarak, ya da büyük cerrahi müdahaleler açısından yazılı onam almayarak yani menfi davranarak suçun eylem unsurunu oluşturmaktadır.

Hekimin kanunun yerine getirilmesini istediği bir hususu yerine getirmemesi ile işlemiş olacağı bu suç, hareketin şekli açısından *ihmali suç* olarak nitelendirilmektedir. Hastanın onamının alınmaması suçu, hastanın onamının ya da yazılı onamının alınmaması yoluyla işlenebileceği için, hareket sayısı açısından *seçimlik hareketli*; onamın hiç alınmaması ya da geç alınması yoluyla işlenebilmesi mümkün olduğundan *serbest hareketli* suç olarak değerlendirilmektedir⁴⁵⁸.

Suçun neticesi, tıbbi müdahale öncesinde onam alınmaması ya da büyük cerrahi müdahaleler bakımından yazılı onamın alınmaması şeklinde ihmali hareket ile meydana gelecektir. Hastadan onamın alınmamış olması ile suç gerçekleşmiş olacaktır. Netice hareketin yapılması ile birlikte meydana geldiği için, hastanın onamının alınmaması suçu, *neticesi harekete bitişik suçlardandır*⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 1, II, B, 2.

⁴⁵⁶ Hükümde yer alan, “her nevi ameliye” kavramının, büyük ya da küçük farkı gözetmeksizin her türlü tıbbi müdahaleyi içine alacak şekilde yorumlanması gerekmektedir.

⁴⁵⁷ “Büyük ameliyeyi cerrahi” kavramı, 1219 Sayılı Kanun m.23’te “umumi veya mevzii iptali his ile yapılan ameliyeler” şeklinde açıklanmıştır.

⁴⁵⁸ BAYRAKTAR, Hekim, s. 239; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 546.

⁴⁵⁹ YENERER ÇAKMUT, s. 239; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 546.

E. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru, kasttır. 5237 Sayılı TCK m. 22’de hükme bağlandığı üzere, taksirle işlenen fiiller, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. 1219 Sayılı Kanun m. 70’te suçun taksirle işlenebileceğine dair bir hüküm olmadığından, hastanın onamının alınmaması suçunun taksirle işlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

F. Suçun Teşebbüs, Hukuka Aykırılık Unsuru, Takip Yolu Açısından İncelenmesi

Hastanın onamının alınmaması suçu, ihmali hareket ile işlenen bir suç olup, onamın alınmaması ile birlikte netice meydana geldiğinden, bu suça *teşebbüs* mümkün değildir. *Hukuka aykırılık unsuru* bakımından hükümde yer alan “*Veli veya vasisi olmadığı veya bulunamadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.*” cümlesini incelemek gerekmektedir. Söz konusu düzenleme, bazı hallerin, hastanın onamının alınmaması durumunun hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığı sonucuna ulaştırmaktadır. Hükme göre, tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin yasal temsilcisinin olmadığı ya da hazır bulunamadığı veya hastanın ifadeye muktedir olmadığı hallerde onam aranmayacaktır. Doktrinde, hastanın ifadeye muktedir olmamasının tehlikenin ağırlığına, veli ya da vasinin bulunamayışının da tehlikenin yakınlığına işaret ettiği, onamın bu durumlarda aranmamasının sebebinin ıztırar hali olduğu ifade edilmektedir⁴⁶⁰.

70. maddede, hastanın onamın alınmaması suçu, *şikayete bağlı* bir suç olarak düzenlenmiştir. Hükme aykırı hareket edenlerin cezalandırılması “alakadarın şikayeti”ne bağlı tutulduğundan takip şartı şikayettir. Hükümde yer alan alakadar deyimi ile mağdur kavramı yakın ilişkide olduğundan, hasta, hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde veli ya da vasi, hasta küçük ya da kısıtlı olmakla birlikte yasal temsilcisinin olmaması halinde mümeyyiz olmak şartıyla küçük ya da kısıtlı bu kişiler şikayetçi olabilecektir⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ BAYRAKTAR, Hekim, s. 240-241.

⁴⁶¹ BAYRAKTAR, Hekim, s. 241.

III. BİR HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLAN AYDINLATILMIŞ ONAMIN HIÇ YA DA GEREĞİ GİBİ ALINMAMASINDA HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Hukukumuzda, hekimin yapılacak tıbbi müdahale için hastanın onamını almamış olmasının başlı başına bir suç olarak düzenlendiğine yukarıda değinilmiştir. Bunun yanında, hekimin hiç ya da gereği gibi aydınlatılmış onam almaması durumunda, yapılan tıbbi müdahale açısından bir hukuka uygunluk sebebi de bulunmadığı için, ihlal edilen hukuki menfaat sebebiyle de, hekimin suç işlemiş olacağına dikkat çekmek gerekmektedir. Yani hekim sadece aydınlatılmış onam almadığı için suç işlemiş olacağı gibi, onam almadığı için hukuka aykırı kabul edilecek eylemi sebebiyle de somut olayın özelliklerine göre, öldürme, yaralama, çocuk düşürtme gibi suçları işlemiş olacaktır.

Çalışmamızın bu bölümünde, aydınlatılmış onamın bir hukuka uygunluk sebebi olduğu hususu dikkate alınarak, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesinin ve/veya onamın hiç ya da gereği gibi alınmamış olmasının ceza hukuku açısından sonuçlarına değinilecektir.

B. Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olan Aydınlatılmış Onamın Hiç Ya Da Gereği Gibi Alınmaması Sebebiyle Hekimin Cezai Sorumluluğu

5237 Sayılı TCK m. 26/2 hükmüne göre, “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”. Bu hükme göre, kişinin açıkladığı rıza çerçevesi dışında yapılan fiiller hukuka aykırıdır ve bu fiilleri işleyen kişiler cezalandırılır.

Kanunun açıkça hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlediği onam, çalışma konumuz olan ve aslında kişinin yaşamına, vücut dokunulmazlığına ve bütünlüğüne ve sağlığına yönelik hukuka aykırı birer fiil olan tıbbi müdahaleleri, hukuka uygun birer eylem haline dönüştürerek, hekimin hukuken sorumlu tutulmasının önüne geçmektedir. Dolayısıyla, hekimin ceza hukuku bakımından sorumlu olmaması için, hastanın

aydınlatılmış onamını almış olması ve açıklamış olduğu onam çerçevesi dışında müdahalede bulunmaması gerekmektedir.

Doktrinde, hekimin yaptığı müdahale bilimsel kurallara uygun olsa ve bu müdahale sebebiyle herhangi bir zarar meydana gelmemiş olsa bile, aydınlatılmış onam alınmadan yapılan tıbbi müdahale sebebiyle, kişinin kişilik hakkının ihlal edildiği ve hekimin ceza hukuku açısından sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁶².

Yukarıda değinildiği üzere bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun bir müdahale olarak nitelendirilebilmesi için, kural olarak, hastanın onamının alınması şarttır. Ancak söz konusu onamın hukuken geçerli bir irade beyanı olarak dikkate alınabilmesi için ise, hastanın aydınlatılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla hastanın aydınlatılmış olması, hekimin onam kurumuna bir hukuka uygunluk sebebi olarak dayanabilmesinin önşartı durumundadır.

Doktrinde, kişinin müdahaleye onam vermesinde belirleyici olduğundan, aydınlatma yükümlülüğüne uyulmamasının, hastanın iradesini sakatladığı, bunun da, yapılan müdahaleyi, doğrudan hukuka aykırı hale getirdiği savunulmaktadır. Eylemin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi için, ayrıca bir meslek kusurunun varlığının da şart olmadığı, aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesinin bu sonucu doğurmak için yeterli olduğu ifade edilmektedir. Hatta yapılan müdahale sonucunda hasta iyileşmiş bile olsa, hekimin cezalandırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği durumlarda, hastanın onamı hukuken geçersiz kabul edilecektir. Hekim de, meydana gelen sonuca göre, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesindeki kusur durumu gözetilerek cezalandırılabilir⁴⁶³.

Kişinin aydınlatılmış onamını almaksızın tıbbi müdahalede bulunan hekimin, yapılan müdahale sebebi ile ihlal edilen hukuki menfaatin niteliğine göre, 5237 Sayılı TCK' nın, m.81 vd. hükümlerinde düzenlenen hayata karşı suçlar, m.86 vd. hükümlerinde düzenlenen vücut dokunulmazlığına karşı suçlar, m.99 hükmünde

⁴⁶² ERMAN, s. 120; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 295.

⁴⁶³ ERMAN, s. 120.

düzenlenen çocuk düşürtme gibi suçlardan dolayı, cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

§2. AYDINLATILMIŞ ONAMIN HİÇ YA DA GEREĞİ GİBİ ALINMAMASINDA, HEKİMİN ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK

Sorumluluk, hukuka aykırı fiillere, hukuk tarafından öngörülen yükümlülük, bir başka deyişle hukuka aykırı olarak meydana getirilen zararların üstlenilmesi zorunluluğu olarak tanımlanmıştır⁴⁶⁴. Sorumluluk kavramını, hukuka aykırı bir eylemle bir başkasına zarar veren kimsenin, bu zararı giderme yükümlülüğü olarak da tanımlamak mümkündür.

Çok eski tarihlerden itibaren, özel hukukta sorumluluğun (borcun) kaynakları, doğuş sebepleri gözetilerek sınıflandırılmıştır. Hukukumuzda bu ayrım, sözleşmeden doğan (BK m.1-40), haksız fiilden doğan (BK m.41-60), haksız bir fiil ile mal iktisabından doğan (BK m.61-66) borçlar olmak üzere üç ana başlık altında ele alınmakla birlikte, vekaleti olmadan başkası hesabına tasarruftan doğan (BK m.410 vd.) borçlarda olduğu gibi, çeşitli olaylardan kaynaklanan borçlar da düzenlenmiştir.

Sorumluluk herkes açısından uygulanabilir olduğu için, konumuz bakımından, hekimlerin ve diğer sağlık personelinin⁴⁶⁵ de hukuka aykırı olarak bir başkasına zarar vermeleri halinde, meydana gelen zararı giderme yükümlülüğü olduğu tartışmasızdır.

Kusur sorumluluğu ve kusursuz (objektif) sorumluluk ayrımında, hekimin özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğu, esas itibariyle, kusuruna dayanmaktadır⁴⁶⁶. Sebep

⁴⁶⁴ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 119; ÖZKAN, s. 39.

⁴⁶⁵ Diş hekimlerinin hukuki sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SERT/GÖRKEY, s. 236 vd.

⁴⁶⁶ REİSOĞLU, Seza, s. 3; KANETİ, s. 62; ABİK, Yıldız: “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı, AÜHFD, Y. 2005, C. 54, S. 3, s. 265; ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s. 23.

sorumluluğu olarak da ifade edilebilen kusursuz (objektif) sorumluluk halleri, kanunlarda özel olarak düzenlenmektedir⁴⁶⁷.

Hekimin somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde, yanında çalıştırdığı kişinin eylemi sebebiyle bir zarar meydana gelmesi halinde BK m.55 çerçevesinde, tıbbi müdahale için kullanılan tıbbi alet ya da makinelerdeki eksiklikler nedeniyle bir zarar meydana gelmesi halinde de BK m.58 çerçevesinde sorumlu tutulabileceği ifade edilmektedir. Tehlike sorumluluğu bakımından ise özel bir düzenleme bulunmadığından, hekimin tıbbi müdahale sebebiyle tehlike sorumluluğu yoktur⁴⁶⁸.

KANETİ, tıbbi müdahale sebebiyle doğan zararlar bakımından kusura dayanan sorumluluk yanında, zorunlu bir sigorta sistemi yaratmak gerektiğini düşünmektedir. Yazar, hekimlik mesleğinin yapılması ve gelişmesinin güçlükler içinde kalmaması için, tedavi nedeniyle ya da hekimin müdahalesi sebebiyle meydana gelen zararların, objektif esaslara göre, kusur tartışması ve araştırması yapmaksızın, sigorta fonu tarafından karşılanması gerektiğini belirtmiştir⁴⁶⁹.

Hekimin özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğunun esas itibariyle kusur sorumluluğuna dayandığı ilkesinden hareketle çalışmamızda esas itibariyle, hekimin kusur sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

Hasta ile hekim arasında, tıbbi müdahale sebebiyle oluşan hukuki ilişki açısından özel olarak düzenlenmiş bir norm bulunmadığından, bu ilişki duruma göre sözleşme ya da haksız fiil hukukunun genel hükümlerine ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi tutulmaktadır.

⁴⁶⁷ Hakkaniyet sorumluluğu (BK m.54), istihdam edenin sorumluluğu (BK m.55), hayvan bulunduranın sorumluluğu (BK m.56), yapı malikinin sorumluluğu (BK m.58), ev başkanının sorumluluğu (MK m.369) ve Borçlar Kanunu Tasarısında ayrı bir hükümle düzenlenmiş olmakla birlikte, Borçlar Kanununda yer almayan, bir takım kanun hükümlerinde (Motorlu taşıt işletenin sorumluluğunun düzenlendiği 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu (RG. 18.10.1983-18195) m.85, 86; petrol hakkı sahibinin sorumluluğunun düzenlendiği 6326 Sayılı Petrol Kanunu (RG. 16.03.1954-8659) m.86/2 (Ek bent: 05.04.1973-1702/36 m.) özel olarak düzenlenen tehlike sorumluluğu, hukukumuzdaki kusursuz sorumluluk halleridir.

⁴⁶⁸ ABİK, s. 263-265; ÖZKAN, s. 44; ÖZTÜRKLER, s. 34. Tehlike sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 454 vd.

⁴⁶⁹ KANETİ, Selim: “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 74.

Hekim ile hasta arasında bir sözleşme bulunması halinde sorumluluğun dayanağı BK m. 96 vd. hükümlerine göre belirlenmektedir⁴⁷⁰. Bu ilişkinin, ağırlıklı olarak sözleşme ilişkisi⁴⁷¹ olduğu kabul edilmektedir. Bir başka deyişle hekim kural olarak hastaya aralarındaki sözleşmeye dayalı olarak tıbbi müdahalede bulunmaktadır⁴⁷². Ancak hekim sorumluluğunun sözleşme dışı sebeplerden kaynaklanması da mümkündür.

Hekim ile hasta arasında geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı bazı durumlarda, hekimin hastanın hayatını kurtarmak ya da daha ağır bir zarara uğramasını önlemek için tıbbi müdahalede bulunması söz konusu olabilmektedir. Zaruret hali içinde yapılan müdahaleler ya da operasyonun genişletilmesi durumlarında, tarafların hak ve borçları vekaletsiz iş görme hükümlerine (BK. m. 410-415) göre belirlenecektir⁴⁷³.

⁴⁷⁰ ŞENOCAK, Zarife: “Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Özel Sorunlar”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 241-254, (Kısaltma: Özel Sorunlar), s. 242.

⁴⁷¹ Hasta ile hekim arasındaki sözleşme, doktrinde “sağlıtım sözleşmesi”(Bkz. DURDU, Hüseyin: Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, İzmir 1986, s.76) , “hekimlik sözleşmesi”, tıbbi müdahale sözleşmesi, “tedavi sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin yalnızca tedavi amacı ile değil hukuken öngörülmüş diğer amaçlara (Bkz. I. Bölüm, § 2, III.) da yönelik olarak kurulması mümkün olduğundan, çalışmamızda “hekimlik sözleşmesi” deyimini tercih edilmiştir. (Bununla birlikte bu deyim de, hekimler dışındaki sağlık çalışanlarını kapsamadığı için amacımızı karşılamamaktadır. Ancak diğer sağlık çalışanlarını da kapsar nitelikte olabilecek “sağlık hizmeti sözleşmesi”, “sağlık sözleşmesi” gibi deyimler de anlam karmaşasına yol açabilecek niteliktedir (Bkz, ER, s. 37)). Hekimlik sözleşmesi de temelde diğer Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklı olmamakla birlikte, kanunda ayrıca düzenlenmemiş olduğu için hukuki niteliği konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sui generis (kendine özgü) bir sözleşme olduğu ileri süren yazarlar olduğu gibi bu ilişkinin hizmet sözleşmesi, istisna sözleşmesi ya da vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmasını gerektirdiğini ileri süren yazarlar da mevcuttur (Sözleşmenin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar için bkz. ATABEK/SEZEN, s. 142 vd; AYAN, s. 51 vd; REİSOĞLU, Seza, s. 12 vd; ÖZAY, s. 29 vd.; ÖZKAN, s. 59 vd; ÖZTÜRKLER, s. 55 vd; ER, s.38 vd.). Ancak hekimlik sözleşmesi konusunda doktrinde hakim olan ve kanaatimizce de yerinde olan görüş, sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir. Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında da hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de yerleşik içtihatları ile, hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisine vekalet kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüştür (Bkz. YELMER, s. 34; KANETİ, s. 64; ABİK, s. 256). Bununla birlikte, estetik operasyonlar ile diş protezi gibi müdahalelerin eser sözleşmesi niteliğini taşıdığını söylemek mümkündür (Bkz. KÖK, Ahmet Nezih/ÇANKAYA, Hasan: “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi, Etik ve Hukuki Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, C.11, S.3, Ağustos 2003, s.201-201; ÖZAY, s. 49; ER, s.48).

⁴⁷² ATABEK, Reşat/SEZEN, Merih: “Hekimin Mesuliyeti”, İBD, 1954, S. 39, s. 140; AYAN, s. 49; REİSOĞLU, Seza, s. 12; KANETİ, s. 61; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 129; SAVAŞ, Sağlık Çalışanları, s. 296; ÖZKAN, s. 45; ER, s.36.

⁴⁷³ AYAN, s. 113; ÖZKAN, s. 173; ÖZTÜRKLER, s. 191-192.

Kişinin aydınlatılmış onamını almamanın ve aydınlatılmış onam alınmaksızın yapılan, kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik müdahalelerin ceza hukuku açısından suç teşkil ettiği hususuna yukarıda değinilmiştir. Bu tip müdahaleler özel hukuk açısından da kişilik hakkına saldırı niteliği taşıdığından, aydınlatılmış onam alınmaksızın yapılan müdahaleler sebebiyle hekimin özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğu da söz konusudur.

Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatılmış onamının alınması, eylemi hukuka uygun hale getiren nedenlerden biridir. Dolayısıyla hastaya aydınlatılmış onam alınmaksızın müdahalede bulunulması halinde, hekim başlı başına onam almadığı için kusurlu bir davranış meydana getirmiş olacak ve eylemi sebebiyle meydana gelen zarardan sorumluluğu gündeme gelecektir.

Hekimin özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğunun sözleşmeye ya da sözleşme dışı bir sebebe dayandırılmasında, sorumluluğun şartları ve sonuçları bakımından önemli bir farklılık bulunmadığından⁴⁷⁴, her iki sorumluluğun şartları birlikte ele alınacaktır.

II. HEKİMİN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Hekimin tıbbi müdahale sebebiyle sözleşme ya da sözleşme dışı sebeplerden kaynaklanan özel hukuk sorumluluğundan bahsedebilmek için, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı şartlarının varlığı gerekmektedir.

B. Hukuka Aykırılık

Hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, hasta ile hekim arasında geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin varlığı şarttır. Bir başka

⁴⁷⁴ Zamanaşımı süresi, sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta beş yıl (BK. m. 126), haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukta on yıldır (BK. m. 60). Yardımcı kişilerden sorumluluk açısından sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta BK. m. 100 uygulama alanı bulurken, haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukta BK. m. 55 hükmü gözetilecektir. Kusuru ispat yükü bakımından da BK. m. 96 ve BK. m. 41 hükümleri uygulanacaktır.

deyişle, hekim ile hasta arasında kurulmuş geçerli bir sözleşme mevcutsa, hekimin sorumluluğu esas itibariyle sözleşmeye dayanacaktır.

Hekimin bir tıbbi müdahale sebebiyle sözleşmeye dayalı sorumluluğuna gidebilmek için, geçerli şekilde kurulmuş bir hekimlik sözleşmesinin varlığı yanında, sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerden en az birini ihlal etmiş olması -yani sözleşmeyi ihlal etmiş olması- da gerekmektedir. Hasta ile aralarında kurulan hekimlik sözleşmesi ile hekim, teşhis koyma, tedavi etme, sadakat ve özen gösterme, sır saklama, aydınlatma ve hastanın onamını alma gibi borçların altına girmektedir⁴⁷⁵. Bu borçlardan en az birinin hiç ya da gereği ifa edilmemesi halinde hekim sözleşme sebebiyle sorumlu olacaktır⁴⁷⁶.

Çalışma konumuzu oluşturan hastanın aydınlatılmış onamının alınması da, yukarıda değinildiği üzere, hekimin sözleşme gereği üstlendiği borçlardandır. Hasta ile hekim arasında kurulmuş geçerli bir sözleşmenin varlığı halinde, hekimin herhangi bir müdahalede bulunmadan önce hastayı aydınlatması ve onamını alması sözleşmenin gereğidir. Hekimin bu yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi halinde, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Bir sözleşmenin bulunmaması halinde de, tıbbi müdahalenin yapılmasından önce ya da en geç müdahale sırasında⁴⁷⁷ bulunması gereken onamın hiç alınmamış ya da aydınlatılmadan alınmış olması veya alınan onamın kapsamının aşılmış olması halinde, hekimin eylemi hukuka aykırı olacaktır⁴⁷⁸. Bu sebeple hastanın aydınlatılmış onamı olmaksızın yapılan müdahalelerin kişinin yaşamına, sağlığına, vücut bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı birer el atma olduğu ve bu eylemlerin kişilik hakkının ihlaline yol açacağı belirtilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün sınırlandırılabilirdiği ya da

⁴⁷⁵ Hekimin hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan borçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ATABEK/SEZEN, s. 145 vd.; AYAN, s. 64 vd.; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 74 vd.

⁴⁷⁶ ÖZTÜRKLER, s. 38; ABİK, s. 267.

⁴⁷⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 2, III.

⁴⁷⁸ AŞÇIOĞLU, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, Kısaltma: Sorumluluk, s. 42; REİSOĞLU, Seza, s. 4; ÖZTÜRKLER, s. 46.

tamamen ortadan kalktığı durumlar⁴⁷⁹ ayırık tutulmak kaydıyla, yapılan tıbbi müdahalelerin bilimsel kurallara uygun olması da bu sonucu değiştirmemektedir⁴⁸⁰.

C. Kusur

Hekimlik mesleği, niteliği itibariyle diğer mesleklerden çeşitli yönleriyle ayrılmaktadır. Hekimlik uygulaması neticesinde bir zararın söz konusu olması halinde, zarar konusunun mal değil, bizzat kişilerin yaşamı, sağlığı olması, bu işin ne denli özenli yapılması gerektiğini gözler önüne sermektedir. Ancak yapılan her müdahalenin taşıdığı risk dikkate alındığında, hekimlerin her türlü kusurundan sorumlu tutulmasının hekimleri mesleklerini icrada çekimserliğe yöeltebileceği savunulmaktadır. Bu sebeple hekim sorumluluğu açısından kusur konusu daha özellikli bir durum oluşturmaktadır⁴⁸¹.

Hekim sorumluluğunun, esas itibariyle sözleşmeye dayalı bir sorumluluk olduğunun kabul edilmesi, beraberinde Borçlar Kanunu m. 98'in⁴⁸² uygulama alanı bulmasına yol açmaktadır⁴⁸³. Söz konusu hükme göre, sözleşme sorumluluğu kural olarak kusur sorumluluğu olduğundan, hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğuna gidilebilmesi için, sözleşmenin varlığı ve ihlali yanında kusur⁴⁸⁴ şartı da aranmaktadır⁴⁸⁵.

Hekimin sorumluluğunun vekaletsiz iş görmeden kaynaklanması halinde, BK 411. maddesinin 1. fıkrasında düzenlendiği üzere, başkası namına tasarrufta bulunan kimse, her türlü ihmal ve dikkatsizliğinden sorumlu olacaktır.

⁴⁷⁹ Aydınlatmanın kapsamı ve sınırlar için bkz. Üçüncü Bölüm, § 2, VI.

⁴⁸⁰ AŞÇIOĞLU, Sorumluluk, s. 42; ÖZSUNAY, s. 57.

⁴⁸¹ REİSOĞLU, Seza, s. 10.

⁴⁸² **BK m. 98/1:** “*Borçlu, umumiyet itibariyle her kusurdan mesuldür. Bu mes’uliyetin vüsatı işin hususi mahiyetine göre çok veya az olabilir. Hususiyle iş borçlu için bir faydayı mucip olmadığı surette, mes’uliyet daha az şiddetle takdir olunur.*”

⁴⁸³ ATABEK/SEZEN, s. 153.

⁴⁸⁴ Kusur, Borçlar Kanunu Tasarısında, bir davranışın hukuk düzeni tarafından kınanacak biçimde kasten veya ihmal suretiyle gerçekleşmesi olarak tanımlanmıştır. Hukukumuzda kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Düzenlemede ayrıca kast ve ihmal kavramlarının da tanımı yapılmıştır. Kast, zararlı sonucun doğmasını öngörerek ve isteyerek davranmak olarak ifade edilirken, ihmal ise, zararlı sonucu istememekle beraber doğmaması için durumun gerektirdiği ve kendisinden beklenen özeni göstermemektir (YAVUZ, s. 75).

⁴⁸⁵ AYAN, s. 100; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 131; ÖZTÜRKLER, s. 43.

Hekim sorumluluğunun haksız fiilden kaynaklanması halinde de, kusur, sorumluluk bakımından kurucu unsurdur. Sözleşme ilişkisi bulunmasa da sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, hekimin kusurlu olması şarttır.

Hekim, kusurun en ağır derecesi olarak değerlendirilen kastı yanında, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, bilgisizlik hallerinde de sorumlu tutulacaktır⁴⁸⁶.

Doktrinde hekim sorumluluğu konusunda, sorumluluk hukukundaki *alelade kusur* ile *meslek kusuru* ayrımı ortaya atılmıştır. Meslek kusuru kavramının anlam ve kapsamına yönelik bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak kabul edilen kuralları, gerekli dikkat ve özenin göstermemesi sebebiyle ihlal etmesi olarak tanımlandığı görülmektedir⁴⁸⁷. Yargıtay bir kararında⁴⁸⁸, hekimin tıp verilerini yanlış ya da eksik uygulaması, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği gibi ve yeteri kadar uymaması mesleki kusuru olarak nitelendirilmiştir.

Hukukumuzda meslek kusuru kavramına ilişkin yapılmış yasal bir tanım bulunmamakla birlikte, henüz tasarı halinde bulunan, Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında bu hususun düzenlenmeye çalışıldığı görülmektedir⁴⁸⁹. Söz konusu düzenlemeden sağlık personelinin koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici standart tıbbi uygulamayı yapmaması, mesleki bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesinin meslek kusurunu oluşturduğu ifade edilmektedir⁴⁹⁰.

Hekim sorumluluğu açısından, kasıt ve ihmal şeklindeki alelade kusurdan farklı olarak yaratılan meslek kusuru kavramına ihtiyaç bulunup bulunmadığı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

⁴⁸⁶ REİSOĞLU, Seza, s. 11.

⁴⁸⁷ Yapılan tanımlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, s. 104 vd; ÖZTÜRKLER, s. 168 vd.

⁴⁸⁸ Yarg. 4. HD., 1976/6297 E., 1977/2541 K., 07.03.1977 T. Sayılı Karar (Bkz. dn.401).

⁴⁸⁹ **Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.1:** “*Bu kanunun amacı, sağlık personelinin koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici standart tıbbi uygulamayı yapmaması, mesleki bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zararlar ile ilgili sorumluluğa ilişkin usul ve esaslar ile bu zararları önleyici ve sağlık hizmetlerini geliştirici mekanizmaları düzenler.*”

⁴⁹⁰ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 136.

Doktrinde bir görüŖe göre, bu tür bir ayırım yapılması yerinde değildir. Bu görüŖü savunan yazarlara göre, hekimlik mesleğinin güçlüğü konusunda Ŗüphe olmamakla birlikte, bu yükümlülüğü kabul eden kimseler sonuçlarına da katlanmak zorundadır. Borçlar Kanunu ve tıp mesleğinin icrası ile ilgili mevzuat hükümlerinde hekimlerin sorumluluğu açısından özel bir hükmün uygulanmasını öngörülmemiŖtir. Bu sebeplerle hekimin kusurunun takdiri bakımından böyle bir ayrıma gidilmesinin uygun olmadığı ifade edilmiŖtir⁴⁹¹. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüŖe göre ise, meslek kusuru olarak tanımlanan husus, genel nitelikteki kusur kavramı içinde bulunan ihmal kavramı ile ele alınabilir. Meslek kusuru hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranıŖı davranıŖlarından ibarettir. Dolayısıyla meslek kusuru adı altında bir kavram ortaya atılmamıŖ olsaydı da hekimi genel esaslar çerçevesinde sorumlu tutmak mümkün olabilecektir⁴⁹².

Sorumluluk hukukunun genel esasları çerçevesinde, hekimin koruyucu, teŖhis, tedavi ve rehabilite edici standart tıbbi uygulamayı⁴⁹³ yapmaması, sözleşmeden kaynaklanan yükümlölüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi ve mesleki bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi de özen yükümlölülüğüne aykırılık olarak nitelendirilebilecektir. Çalışma konumuz bakımından hekimin aydınlatma yükümlölülüğünü hiç ya da gereği yerine getirmemesi ve hastanın aydınlatılmıŖ onamını almadan müdahalede bulunması da sözleşmeden kaynaklanan yükümlölülüğün yerine getirilmemesi olarak sonuç doğuracaktır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, hekimin kusuru ile bir zarara sebep olması halinde, zarara sebep olan tıbbi müdahale için hastadan aydınlatılmıŖ onam alınmıŖ olsa bile, hekimin meydana gelen zarardan dolayı hukuki sorumluluğunun söz konusu olacağı hususudur. Bir diğer deyiŖle, hekimin bilgisizlik, meslekte acemilik ya da tedbirsizlik nedeniyle bir zarara sebep olması durumunda, yapılan müdahale ile

⁴⁹¹ ATABEK/SEZEN, s. 154.

⁴⁹² AYAN, s. 107.

⁴⁹³ Standart tıbbi uygulama kavramı ile tıp biliminde genel olarak tanınıp kabul edilmiŖ kuralların kastedildiği, muğlak bir kavram olmakla birlikte, geliŖen teknoloji karŖısında içi doldurulabilir bir kriter olduğu kabul edilmektedir (Bkz. YAVUZ İPEKYÜZ, s. 136).

ilgili olarak usulüne uygun şekilde hastanın aydınlatılmış onamı alınmış olsa da, hukuka aykırılık devam edecek, hekim meydana gelen zarardan sorumlu tutulacaktır⁴⁹⁴.

D. Zarar

Hekimin özel hukuka dayalı sorumluluğundan bahsedebilmek için bir zararın varlığı şarttır. Bir başka deyişle, hekim, hasta ile aralarındaki sözleşmeyi ihlal etmiş olsa bile, sonucunda bir zarar meydana gelmemiş ise, sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁴⁹⁵.

Hekim sorumluluğu bakımından zarar, insan yaşamı, sağlığı vücut ve ruhsal bütünlüğünün olumsuz etkilenmesi sebebiyle meydana gelmektedir. Kişinin hekimin kusurlu eylemi sebebiyle, malvarlığında meydana gelen azalma, maddi zararını oluştururken, kişilik değerleri üzerindeki bozulmalar, manevi zararını oluşturmaktadır.

Kişinin vücudunda hukuka aykırı müdahale ile gerçekleşen durumun oluşturduğu iyileşme süresinin ve bunun sonuçlarının maddi zararı oluşturduğu ve kanıtlanabildiği ölçüde tazmini gerektiği belirtilmektedir⁴⁹⁶. Maddi zararlar, hekimin kusurlu eylemi nedeniyle yapılacak yeni tanı ve tedavi masrafları⁴⁹⁷; çalışma gücünün hekimin kusurlu eylemi sebebiyle geçici ya da devamlı nitelikteki kaybı sebebiyle uğranılan maddi zararlar ile destekten yoksun kalma zararı⁴⁹⁸ ve cenaze masrafları gibi ölüm nedeniyle yapılan diğer masraflar şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴⁹⁹.

Manevi zarar, kusurlu bir eylemle kişilik hakkına yapılan müdahaleler nedeniyle kişinin hissettiği ıstırap ve acıları ifade etmektedir. Tıbbi müdahalelerin de esas itibarıyla kişinin vücut bütünlüğü, sağlığı, yaşamı gibi kişilik değerlerine yönelik müdahaleler olduğuna yukarıda değinilmiştir. Bu sebeple, tıbbi müdahaleler sebebiyle kişinin kişilik hakkının ihlal edilebileceği ve manevi zarara uğrayabileceği açıktır.

⁴⁹⁴ REİSOĞLU, Seza, s. 8.

⁴⁹⁵ AYAN, s. 109; AŞÇIOĞLU: Sorumluluk, s. 99; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 136; ABİK, s. 267; ÖZTÜRKLER, s. 43; ÖZKAN, s. 47.

⁴⁹⁶ AŞÇIOĞLU: Sorumluluk, s. 42.

⁴⁹⁷ Hastane, doktor, ameliyat, ilaç, ulaşım, protez, bakıcı, özel diyet giderleri gibi masraflar bu kaleme örnek olarak gösterilmektedir (Bkz. AŞÇIOĞLU: Sorumluluk, s. 100).

⁴⁹⁸ BK m.45/f.2: “Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.”

⁴⁹⁹ AŞÇIOĞLU: Sorumluluk, s. 100; ÖZTÜRKLER, s. 103.

Zarar gören kişi, kural olarak, vücut bütünlüğü ya da sağlığı gibi kişilik değerleri ihlal edilen kişinin kendisi olduğu için, manevi tazminat talebi de kural olarak bu kişiye aittir. Hukukumuzda, cismani zarar gören kimse, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine dayanarak, manevi tazminat talep edebilmektedir. Hükümde ayrıca ölen kimsenin ailesinin de manevi tazminat talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce ölüm halinde manevi tazminat talebinde bulunabilecek kişileri ölen kimsenin ailesi ile sınırlamak yerinde değildir. Kanun hükmünde geçen *ölünün ailesi* deyiminin, ölünün yakınları şeklinde yorumlanması daha yerinde bir yaklaşımdır. Ayrıca yalnızca ölüm halinde değil, kalıcı ve ağır nitelikteki zararlar da, kişinin yakınlarının da manevi tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir⁵⁰⁰.

Hekimin manevi tazminat sorumluluğu, yaşanan acı ve ıstırapın giderilmesi ya da hafifletilmesi için, uygun görülen bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Hastadan hiç ya da gereği gibi aydınlatılmış onam almayan hekim kural olarak, hastanın bu sebeple uğradığı maddi ve manevi zararın tamamını gidermekle yükümlüdür. Hastadan hiç ya da gereği gibi aydınlatılmış onam almadan müdahalede bulunan ya da almış olduğu onamın kapsamını aşar nitelikte müdahalede bulunan hekimin yapmış olduğu eylem, bedensel bir zarara yol açarsa, hasta uğramış olduğu maddi ve manevi zararların tazminini talep edebilecektir. Bir hukuka uygunluk sebebi olan aydınlatılmış onamın bulunmaması sebebiyle yapılan müdahale hukuka aykırı bir eylem olarak nitelendirilecek ve kişilik hakkı ihlal edilen kişi manevi tazminat talebinde de bulunabilecektir. ÖZSUNAY, Alman Hukuku'nda, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden ve/veya onam almaksızın yapılan müdahale neticesinde herhangi bir komplikasyon oluşmazsa, hekimin yalnızca manevi zararı gidermekle yükümlü tutulması gerektiğinin savunulduğunu ifade etmektedir⁵⁰¹.

Özel hukuk sorumluluğu açısından, kişinin aydınlatılmış onamı hiç ya da gereği gibi alınmaksızın yapılan müdahalelerin, kişilik hakkına tecavüz niteliği taşıması sebebiyle, manevi zararın meydana geleceği konusunda bir tartışmaya yer olmadığını

⁵⁰⁰ AŞÇIOĞLU: Sorumluluk, s. 101.

⁵⁰¹ Bkz. ÖZSUNAY, s. 57.

savunulmaktadır. Aydınlatılmış onamin hiç ya da gereği alınmamış olması sebebiyle yapılan müdahale sonrasında, herhangi bir zarar meydana gelmemiş bile olsa, hukuka aykırı olarak kişilik hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle, hekimin sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁰².

E. İlliyet Bağı

Hekimin sorumlu tutulabilmesi için, kusurlu eylem ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle, zararlı sonuç, hekimin kusurlu eylemi sebebiyle meydana gelmiş olmalıdır. Aksi takdirde, sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda genel olarak kabul gören görüş uygun illiyet bağı teorisidir.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, bir olay hayattaki genel davranışlara ve olayların doğal akışına göre bir diğer olayı meydana getirmeye elverişli ise, ilk olay uygun sebep ve sonuç ilişkisi bakımından ikincisinin nedeni sayılmaktadır⁵⁰³. Hekimin kusurlu eylemi, hayatın olağan akışına göre hastadaki zararı meydana getirmeye elverişli ise, uygun illiyet bağının mevcut olduğu kabul edilecektir⁵⁰⁴.

III. AYDINLATILMIŞ ONAMIN HİÇ YA DA GEREĞİ GİBİ ALINMAMASI SEBEBİYLE SORUMLU TUTULACAK KİŞİ/KİŞİLER

Aydınlatılmış onamin hiç ya da gereği gibi alınmamış olması sebebiyle, hukuken sorumlu tutulacak kişi, kural olarak aydınlatma yapma yükümlülüğü bulunan, tıbbi müdahalede bulunacak hekimin kendisidir⁵⁰⁵. Ancak hekimler dışındaki sağlık çalışanları da, hukuken yapmaya yetkili kılındıkları müdahaleler bakımından, aydınlatma yapma yetki ve yükümlülüğü altında oldukları için, buna aykırı davranışları sorumluluklarına yol açacaktır.

Aydınlatmada bulunacak ve onamin kendisine yöneltileceği yani hukuki sorumluluğuna gidilebilecek kişi konusundaki genel kural, tıbbi müdahalede bulunacak

⁵⁰² AŞÇIOĞLU: Sorumluluk, s. 42; ERMAN, s. 120. Alman Hukuku'ndaki aynı yöndeki yaklaşım için bkz. ÖZSUNAY, s. 57.

⁵⁰³ Yarg. HGK. 9.4.1964, 538, HGK. 24.6.1974, E. 508/D-4, K.481 (Bkz. REİSOĞLU, Seza, s. 9, dn.29).

⁵⁰⁴ REİSOĞLU, Seza, s. 9.

⁵⁰⁵ ÖZSUNAY, s. 56.

hekimin (ya da yetkili kılındıkları müdahaleler bakımından hekimler dışındaki sağlık çalışanının) bizzat kendisidir. Bununla birlikte, aydınlatma yükümlülüğünün başka bir hekime bırakılabilmesi mümkün olduğundan⁵⁰⁶, bu hekimin de müdahalede bulunacak hekimle birlikte sorumlu olduğu kanaatini taşımaktayız.

Aydınlatma yapacak kişi ile ilgili açıklamalarımızda değindiğimiz üzere⁵⁰⁷, tıbbi müdahalede bulunacak hekim, aydınlatma yükümlülüğünü, hastanedeki işbölümü gereği, başka bir hekime ancak yerine getirdiğine emin olmak koşulu ile, bırakabilecektir⁵⁰⁸. Bu sebeple, aydınlatma yükümlülüğü kendisine devredilen hekim, bu görevini yerine getirmediği için, devreden hekim ise, yerine getirildiğinden emin olma koşulunu ihlal ettiği için sorumlu olacaktır.

Hekimlik sözleşmesinde, aydınlatmanın başka bir hekim tarafından yapılabileceği düzenlenmiş ise, adı geçen hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi ya da hiç yerine getirmemesi halinde sorumlu tutulacağı açıktır.

Tıbbi müdahalenin tümünün aynı alandan birden fazla hekim tarafından yürütülmesi ihtimalinde, aydınlatma yükümlülüğünün, bu yükümlülüğü yerine getirme kapasitesine sahip olmak şartıyla, daha kıdemsiz bir hekime bırakılması mümkündür⁵⁰⁹. Bu çerçevede, aydınlatılmış onamın gereği gibi ya da hiç alınmamış olması durumu söz konusu ise, aydınlatma ödevi kendisine bırakılan hekim yanında, bu ödevi kendisine bırakan hekimler de sorumlu tutulmalıdır.

Tıbbi müdahalenin farklı alanlardan birden fazla hekim tarafından birlikte yürütülmesi halinde, her birinin kendi uzmanlık alanı dahilinde aydınlatma yapması gerektiğinden, uzmanlık alanı ile ilgili hiç ya da gereği gibi aydınlatma yapmayan hekim sorumlu tutulacaktır.

Tedavi sözleşmesinin tarafı olan hekim ile, müdahalede bulunacak hekimin farklı kimseler olması halinde, hem sözleşmenin tarafı olan hekimin, hem de

⁵⁰⁶ AYAN, s. 82; ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; ERMAN, s. 103; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129.

⁵⁰⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 2, II, A.

⁵⁰⁸ ERMAN, s. 103; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129.

⁵⁰⁹ ERMAN, s. 103.

müdahalede bulunacak hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunduğu savunulduğundan⁵¹⁰, kanaatimizce, her iki hekimin de sorumluluğuna gidilebilmelidir.

IV. İSPAT SORUNU

A. Genel Olarak

Yargılama faaliyeti, davacının talep sonucunu dayandırdığı olayı oluşturan vakıaların, bu sonucu sağlayacak hukuk normunun soyut unsur vakıalarını karşılayıp karşılamadığını tespit etmektir. Mahkemelerin uyuşmazlık konusu olayı çözüme kavuşturabilmesi için, tarafların iddia ve savunmanın dayanağı olan vakıa ve delilleri, usulüne uygun şekilde mahkemeye sunması gerekmektedir. Uygulanacak hukuk normunun soyut unsur vakıalarını karşılayacak olan bu vakıaların vuku bulup bulmadığı konusunda hakimde bir kanaat oluşturulmasına, *ispat* adı verilmektedir⁵¹¹.

Hakimin esas hakkında bir hüküm kurması, davanın esası hakkında bir kanaat edinmesi ile mümkün olabileceğinden, ispat faaliyeti sonucunda bir kanaat oluşturulamadığında nasıl karar vereceği hususu önem taşımaktadır. Bu durumda (ispatsızlık durumunda) hakim ispat yükü kurallarına göre hüküm vermek durumunda kalacaktır⁵¹².

İspat yükü, yargılamaya getirilmiş olan herhangi bir vakıanın, davanın taraflarından hangisi tarafından ispat edilmek durumunda olduğudur. Bir başka deyişle, tarafların hakkın varlığı ya da yokluğu hakkında dayanak gösterdiği vakılardan hangisinin hangi tarafça ispat edilmesi gerektiği hususu, ispat yükü kavramı ile açıklanmaktadır⁵¹³. Bu yükün kime ait olduğunun tespitine hukuki açıdan önemli bazı sonuçlar bağlanmıştır. İspat yükü kendisine ait olan taraf, bunu yerine getirmediği

⁵¹⁰ AYAN, s. 82; SERT, s. 233.

⁵¹¹ ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul 2000, s. 613; ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2006, s. 321.

⁵¹² İspat yükü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, s.199 vd.; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 305.

⁵¹³ ŞENOCAK, Özel Sorunlar, s. 246.

takdirde, vakıa ispat edilememiş olacak ve davayı kaybetmek riski ile karşılaşılacaktır⁵¹⁴.

İspat yükünün hangi tarafa ait olduğu hususuna ilişkin genel kural, Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” Doktrinde bu hükmün, mehz İsviçre Medeni Kanunu m.8'e uygun olarak, kanun başka bir hal tarzı belirlemiş olmadıkça, iddia edilen bir vakıanın varlığını, bu vakıadan lehine haklar çıkaran kimsenin ispat etmesi gerektiği şeklinde anlaşılmasının yerinde olacağı belirtilmiştir⁵¹⁵.

Kanunun açık hükmünden anlaşılacağı üzere, ispat yükü konusundaki genel kural, başka bir kanun hükmü ile özel olarak düzenlendiğinde uygulanmayacaktır. Bir başka deyişle, ispat yükünün paylaştırılması konusunda özel bir kanun hükmü mevcut olabilir. Ancak uygulamada ispat yükünün paylaştırılması bakımından zahir hal ve normal hal ölçütü⁵¹⁶, iyiniyet kuralları, menfî vakıaların ispatı⁵¹⁷ gibi bazı ölçütler de ortaya koyulmuştur.

B. Hekimin Hukuki Sorumluluğu Açısından İspat

İspat yükü dağılımı konusundaki genel kural, yukarıda da değinildiği üzere, iddia edilen bir vakıanın varlığını, bu vakıadan lehine haklar çıkaran kimsenin ispat etmesi gerektiği şeklindedir. Bu genel kuraldan hareketle, hekimin hukuki sorumluluğu konusunda, zarar, illiyet bağı ve kusuru ispat yükünün zarar görene yani hastaya ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁵¹⁸. Bu genel kural haksız fiil sorumluluğu açısından olduğu kadar sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk bakımından da geçerlidir⁵¹⁹. Ancak

⁵¹⁴ ÜSTÜNDAĞ, s. 613.

⁵¹⁵ ÜSTÜNDAĞ, s. 615.

⁵¹⁶ Hayatın olağan akışına uygun bir vakıayı ileri süren taraf bunu ispatla yükümlü olmayıp, aksine zahir ve normal hale uygun düşmeyen vakıayı ileri süren taraf bunu ispatla yükümlü tutulmalıdır (Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 616 vd.).

⁵¹⁷ Bir vakıayı iddia eden bu iddiasını ispat yükü altında olduğu halde, bir vakıayı inkar eden taraf ispat yükü altında değildir (Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 619 vd.).

⁵¹⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında da hekime karşı açılan sorumluluk davasında, zarar görenin ispat yükü altında olduğu öngörülmektedir (Bkz. KANETİ, s. 71, dn. 25).

⁵¹⁹ AŞÇIOĞLU, Sorumluluk, s. 138.

hekim hasta ilişkisinde ispat konusu nitelikli bir durum oluşturduğundan, yalnızca bu genel kurala dayanmak hakkaniyete uygun görünmemektedir.

İspat yükü, özellikle kusurun ispatı açısından önem taşımaktadır. Haksız fiil sorumluluğunda, zarar verenin verdiği zararı tazmin ettirebilmek için, diğer sorumluluk şartlarıyla birlikte kusurun da ispatlanması gerekmektedir⁵²⁰.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin genel olarak sözleşme ilişkisine dayandığına daha önce değinilmiştir⁵²¹. Doktrinde sözleşmenin varlığını ve sözleşmenin ihlal edildiğini ispat yükünün hastaya ait olduğu kabul edilmektedir⁵²².

Borçlar Kanunu'nda, sözleşme ilişkisi açısından ispat yükü dağılımı konusunda özel bir hüküm bulunmaktadır. Kanunun 96. maddesine göre, alacaklı hakkını kısmen ya da tamamen elde edemediği takdirde, borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bundan kaynaklanan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Bir diğer deyişle, kusurlu olmadığını ispat borçluya düşmektedir⁵²³. Bu hükümden hareketle, çalışma konumuz bakımından, hastanın aydınlatılmış onamının alındığını ispat yükü, hekime aittir. Hekimin bu konuda bir irade eksikliği göstermediğini, yani kusurlu olmadığını ispatlaması gerekmektedir⁵²⁴. Yargıtay'ın da bu yaklaşımı destekleyen kararları mevcuttur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin bir kararında⁵²⁵, davalı hekimin aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini ispat edemediği için sorumlu olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bir diğer kararında⁵²⁶ da, davalı hekimin davacıya tetanos aşısı yapılmaması halinde meydana gelecek ağır ve tehlikeli sonuçları anlattığı, buna rağmen davacı hastanın aşı yaptırmayı kabul etmediğine ilişkin yazılı belge ibraz edememesinin yerinde olmadığından bahsedilmiştir.

⁵²⁰ ABİK, s. 371.

⁵²¹ Bkz. Dördüncü Bölüm, § 2, I.

⁵²² AYAN, s. 63; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 129.

⁵²³ ÖZTÜRKLER, s. 43; ABİK, s. 271.

⁵²⁴ AŞÇIOĞLU, Sorumluluk, s. 140.

⁵²⁵ Yarg. 4. HD., 1976/6297 E., 1977/2541 K., 07.03.1977 T. Sayılı kararı, YKD., C.IV, S. 6, Haziran 1978; s. 905-vd.

⁵²⁶ Yarg. 4. HD. 2000/8582-10298 E.-K., 14.02.2000 T. Sayılı kararı, YILMAZ, s. 32 vd.

Buna benzer bir yaklaşım Alman Hukuku'nda da benimsenmiş olup, hastanın gereği gibi aydınlatılmış olduğunu ispat yükünün hekime ait olduğu kabul edilmektedir⁵²⁷.

Hukukumuzda hastanın aydınlatılmış onamının alınmasının şekli konusunda kural şekil serbestisidir⁵²⁸. Aydınlatılmış onamın kanun hükmü ile özel bir şekle tabi tutulmadığı durumlarda, her türlü delille ispat mümkündür. Hatta Alman Hukuku'nda tanıkla ispat mümkün kılınmış olmakla birlikte, HAKERİ, tanıkla ispatın çok olağanüstü hallerde kabul edilmesi gerektiğine, aksi takdirde hekimin beraber çalıştığı iki kişi ile aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmesinin yolunun açılacağına işaret etmektedir⁵²⁹.

Yargılama faaliyetinde karşılaşılan ve hukuki bilginin dışında kalan konularda, bu konulara ilişkin bilgisi bulunan uzmanların bilgi ve görüşüne başvurulmaktadır⁵³⁰. HUMK m. 275'te de özel olarak düzenlendiği üzere, çözümü özel ve teknik bilgiye bağlı konularda hakim, bilirkişi oy ve görüşünü almaya karar vermektedir.

Hekimin sorumluluğu ile ilgili davalarda da mahkemeler, konunun özel ve teknik bilgiye bağlı olması sebebiyle bilirkişilerin görüşüne başvurmaktadır⁵³¹. Konumuz bakımından aydınlatma yükümlülüğünün ve hastanın aydınlatılmış onamının gereği gibi alınıp alınmadığı konusunda bilirkişi görüşüne başvurulması mümkündür.

Hastanın sözlü olarak aydınlatılmış olması, aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmiş olması açısından büyük önem taşımaktadır. Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı belgeler önemli bir yer taşımaktadır. Bu sebeple, hastanın aydınlatılması ve tıbbi müdahaleye ilişkin onamının alınması konusunda, hekimlerin ispat kolaylığı açısından yazılılığa başvurması tavsiye edilen bir yaklaşım olacaktır⁵³².

⁵²⁷ ÖZSUNAY, s. 56; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 135.

⁵²⁸ Aydınlatma ve aydınlatılmış onamın şekli konusunda bkz. Üçüncü Bölüm, § 2, IV.

⁵²⁹ Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 135.

⁵³⁰ Bilirkişi ile ispat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 740 vd.; ALANGOYA, s. 352 vd.

⁵³¹ KANETİ, s. 73. Hekimlerin yargılanmasında başvuru bilirkişilik kurumları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SAVAŞ, Sağlık Çalışanları, 246 vd.

⁵³² HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 134.

Her hastanın özel durumuna göre aydınlatılması gerekmektedir. Bir başka deyişle aydınlatma kişisel olmalıdır. Bu sebeple hekimin hastanın aydınlatılmış onam alınması konusundaki yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirdiğine ispat açısından önemli bir yer teşkil eden hasta dosyasında, aydınlatmanın kişiye yönelik yapıldığını ispata yarayan belgeler bulunmalıdır. Türk tıp uygulamasında da yaygınlaşan bir yaklaşım olarak, hekimin hastanın aydınlatılmış onamının alındığına dair form kullanması durumunda, kişisel bilgiler için yer ayrılmış olmasına, her hastanın özel durumuna göre aydınlatılmış onamının alındığına dair boş yerlerin bulunmasına özen gösterilmelidir. Bu noktada dikkat edilmelidir ki, hastanın kliniğe yattıktan sonra kendisine yapılacak her türlü müdahaleye önceden onam verdiğiğine dair formlar, hasta tarafından imzalanmış olsa dahi geçerli olmayacaktır. Hatta hastanın komplikasyon olasılığı bulunduğu kendisine açıklandığına ilişkin bir formu imzalaması da, müdahalenin tipik rizikolarına yer verilmediği gerekçesi ile yeterli görülmemektedir. Formun kişiye özel düzenlenmiş olması, matbu formlara nazaran belgenin ispat gücünü arttıracaktır⁵³³.

Hekimin sorumluluğundan bahsedilmek için, maddi ve/veya manevi zararın hasta tarafından ispatlanması gerekmektedir. Ancak zararı ispatlamanın güçlüğü sebebiyle, ilk görünüş ispatına başvurulabileceği, hastanın normal hayat tecrübelerine göre böyle bir zararın meydana gelebileceğini kanaat verici şekilde ortaya koymasının yeterli olduğu kabul edilmektedir⁵³⁴.

C. Hekimin Sorumluluktan Kurtuluş Olanakları

Hastanın aydınlatılmış onamının hiç ya da gereği alınmamış olması sebebiyle uğranıldığı iddia edilen maddi ve/veya manevi zararın tazmini talebiyle karşılaşan hekimin, karşılaştığı bu durumdan hukuken nasıl kurtulabileceği konusu, üzerinde durulması gereken bir husustur.

⁵³³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 135.

⁵³⁴ AYAN, s. 110.

Hekimin hastanın aydınlatılmış onamının gereği gibi alındığını ispat etmesi⁵³⁵ suretiyle sorumluluktan kurtulması evlehiyetle mümkündür.

Alman Hukukunda, hekim, hastanın aydınlatılmış onamının gereği gibi alındığını ispat etmek dışında, önüne geçilen illiyet bağı ilkesine dayanarak da sorumluluktan kurtulabilecektir. Hekimin hastayı gereği gibi aydınlatmış olması durumunda da hastanın tıbbi müdahaleye onam vereceğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir. Bunun dışında, hastanın aydınlatılmış onamı bulunsa ya da tıbbi müdahale yapılmamış olsa dahi aynı zararın meydana geleceğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkün kılınmıştır. Hekimin hastanın kişisel kusuru sebebiyle zararın doğumuna birlikte sebep olduğunu ispat etmek suretiyle sorumluluğunu azaltması mümkündür⁵³⁶.

Türk Hukuk Doktrini bakımından, hekimin, hastanın gereği gibi aydınlatılmış olması halinde söz konusu tıbbi müdahaleye onam vereceğinin, ya da onamının bulunması veya müdahale yapılmaması durumunda da aynı zararın meydana geleceğinin ispatı suretiyle sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı konusu tartışmalıdır. Aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile başlı başına ihlalin meydana gelip gelmediği, ayrıca zararın meydana gelmesinin aranıp aranmaması gerektiği yönündeki tartışma bu konuda önem taşımaktadır.

Sorumluluğun azalması ya da ortadan kalkması hususunda, Alman Hukukunda kabul edilen “*birlikte kusur*” kavramı hukukumuzda da mevcuttur. Zararın meydana gelmesinde veya artmasında, zarara uğrayan kimse de kusurluysa, birlikte kusur söz konusudur⁵³⁷. Aydınlatılmış onamın hiç ya da gereği alınmamasında hastanın da kusuru mevcutsa, somut olayın koşullarına göre hekimin sorumluluktan kurtulması ya da sorumluluğunun azaltılması söz konusu olacaktır.

Hekimin, hukuki sorumluluktan kurtulmak için, *sorumluluktan kurutulmuş şartı* öngörüp öngöremeyeceğinin tespiti, üzerinde durulması gereken bir diğer konudur.

⁵³⁵ İspat sorunu için bkz. Dördüncü Bölüm, § 2, IV.

⁵³⁶ ÖZSUNAY, s. 57, 58.

⁵³⁷ REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 182.

Borçlar Kanunu'nun 99. maddesine göre, bir sözleşme ilişkisinde, borçlunun kastından ve ağır ihmalden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden düzenlenen her şart batıldır. Sorumluluktan kurtuluş şartı hafif ihmal için öngörülebilmektedir. Ancak bu noktada da, söz konusu şartın düzenlenmesi sırasında, alacaklının borçlunun hizmetinde bulunmakta ise ya da sorumluluk, hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğmakta ise, borçlunun hafif kusurundan kurtulma şartı, hakimnin takdir yetkisine bağlı olarak geçersiz sayılabilecektir.

İsviçre Doktrininde, hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasına ilişkin düzenleme, yalnızca elektrik, demiryolu vs. gibi imtiyaza dayanan işletmeler açısından değil, avukatlık, hekimlik gibi icrası resmi izin ya da ruhsata tabi meslek ve sanatlara da uygulanmaktadır. Bu sebeple İsviçre'de hekimin hafif ihmalden sorumlu olmadığına ilişkin önceden düzenlenen şartlar, hakimnin takdirine bağlı olarak geçersiz sayılabilecektir. Bu konuda Türk Doktrininde de hekimin hafif ihmalden dahi sorumluluğunu kısıtlayamaması gerektiği ifade edilmektedir. Hekimlik mesleği gibi devlet tarafından verilen resmi izin ya da ruhsata dayanılarak icra edilebilen meslek mensupları açısından kamuoyunda özel bir güven durumu oluşmaktadır. Böyle bir şartın öngörülmesi, hekime olan güveni ortadan kaldıracaktır⁵³⁸.

Kanaatimizce de, hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme ilişkisinde hekimin bilgi ve tecrübesi sebebiyle hasta karşısında üstün olduğu tartışmasızdır. Hekimin hasta ile aralarında kurulan -esasen güven ilişkisi üzerine kurulu bir vekalet sözleşmesi olarak nitelendirdiğimiz- sözleşmeye böyle bir sorumsuzluk şartı konması, güven ilişkisini zedeleyebilecektir. Bu nedenle hekimin hafif ihmalden dahi olsa, sorumlu olmaması, adalet duygusu ile bağdaşmamaktadır.

V. ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

Borçlar Kanunu m.125-140 arasında düzenlenen *zamanaşımı*, belli bir süre içinde hakkını talep etmemiş olan alacaklının, alacağını dava yoluyla elde etme imkanını kaybetmesi olarak tanımlanabilmektedir. Alacağın zamanaşımına uğraması ile alacak sona ermemekle birlikte, alacağın dava edilebilme niteliği ortadan kalkmaktadır.

⁵³⁸ ÖZTÜRKLER, s. 187.

Hak düşürücü süre ise, kanun ya da sözleşme ile belirlenen süre içinde kullanılmayan hakkın doğrudan doğruya sona ermesi şeklindeki bir etkiye sahiptir. Bir hak düşürücü sürenin söz konusu olması halinde, sürenin geçmesi ile hak ortadan kalkmaktadır⁵³⁹.

Kural olarak yenilik doğurucu hakların kullanılmasına ilişkin süreler hak düşürücü süre olarak nitelendirilirken, bir alacak hakkının talep edilmesine ilişkin süreler zamanaşımı süresidir⁵⁴⁰.

Hekimin aydınlatılmış onamı hiç ya da gereği gibi almaması sebebiyle zarar gören kişilerin, uğradıkları maddi ve/veya manevi tazminat alacakları bakımından öngörülen sürelerin de, bu kural gözetildiğinde, birer zamanaşımı süresi olduğu sonucuna varılmaktadır. Belirli sürelerin geçmesi ile, hekimin hastanın aydınlatılmış onamını hiç ya da gereği gibi almaması sebebiyle uğranılan maddi ve/veya manevi tazminat alacakları da zamanaşımına uğramaktadır⁵⁴¹.

Hekim ile hasta arasında bir sözleşme⁵⁴² ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda, hekim ile hasta arasındaki sözleşme vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiğinden söz konusu tazminat alacağı, BK m.126/4 hükmünde öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Sözleşmenin bulunmadığı durumlarda ise öngörülen zamanaşımı süresi bir yıldır (BK m.60/1). Eylemin aynı zamanda bir suç oluşturması durumunda, Ceza Kanununda öngörülen zamanaşımı süresi geçerlidir.

⁵³⁹ Zamanaşımı ve hak düşürücü süre konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, Safa, s. 377; TUTUMLU, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Kavram, Durma ve Kesilme Nedenleri (Borçlar Kanunu 125-140. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle), Ankara 2007, s. 33 vd.

⁵⁴⁰ REİSOĞLU, Safa., s. 377, dn.1; TUTUMLU, s. 35.

⁵⁴¹ AŞÇIOĞLU, Sorumluluk, s. 143.

⁵⁴² Sözleşmeye dayalı sorumlulukta zamanaşımı süresi kural olarak on yıldır (BK m.125).

SONUÇ

Tıbbi müdahale, tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun yapılması kaydıyla, tıp bilimi ile bağlantılı her türlü eylemdir.

Kişinin doğuştan ve yalnızca var olması sebebiyle sahip olduğu kişilik hakkı, kişiyi var eden, diğer kişilerden ayıran, kişiliğini oluşturan tüm maddi ve manevi değerleri üzerindeki, değeri para ile ölçülemeyen, münhasır olarak sadece bu hakkın içeriğini oluşturan hukuki değerlere sahip olan kişiye ait olan, mutlak nitelikte ve kişiye sıkı surette bağlı bir haktır. Kişilik değerleri hukuk tarafından korunur ve kural olarak bu değerlere yönelik her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahalelerin de kişinin özellikle maddi kişilik değerlerini ihlal etme ihtimali bulunmaktadır.

Kişinin yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü değerleri gibi kişilik değerlerini ihlal eden ya da ihlal etme olasılığı bulunan bir müdahalenin, kim tarafından, nasıl ve hangi amaçla yapıldığı sorularına verilecek yanıtlar, söz konusu müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini belirleyecektir. Bu çerçevede tıbbi müdahalenin unsurları, hukuki açıdan yetkili kişilerce icra edilme, hukuken öngörülmüş amaçlara yönelik olma, tıp bilimi bakımından kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olma ve hastanın aydınlatılmış onamının bulunmasıdır.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleyi icraya yetkili kişilerin kimler olduğu hususunda değişik görüşler bulunmaktadır. Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi münhasıran hekimlere ya da sağlık çalışanlarına ait değildir. Sağlık çalışanı olmamakla birlikte, tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun yapılması kaydıyla, tıp bilimi ile bağlantılı her türlü eylemde bulunan kişinin müdahalesi de bir tıbbi müdahale olarak nitelendirileceğinden belli durumlarda sağlık çalışanı olmayan diğer kimselerin de tıbbi müdahaleyi icraya yetkili olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilmesi için, teşhis, tedavi, hastalığı hafifletmek ya da acıyı dindirmek, hastalığı önlemek ve hastalıktan korumak, nüfus planlaması gibi amaçları taşıması gerekmektedir.

Kişinin vücuduna yönelik tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılması için onamı gerekmektedir. Kişinin onamının geçerli olması için ise neye onam verdiğini bilmesi büyük önem taşımaktadır. Bir tıbbi müdahaleye yönelik onamın geçerli bir irade beyanı olarak nitelendirilebilmesi için, her şeyden önce hastanın aydınlatılması gerekmektedir. Hastanın aydınlatılması, hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri ile diğer tanı ve tedavi seçenekleri, meydana gelebilecek muhtemel sonuçları, ivediliği, söz konusu işlemlerin sosyal ve ekonomik açıdan hasta üzerinde oluşturabilecek etkileri ve işlemin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında bilgilendirmektir. Aydınlatılmış onam ise, hastayı, hastalığı, uygulanması planlanan tanı ve tedavi yöntemleri ile diğer tanı ve tedavi seçenekleri, meydana gelebilecek muhtemel sonuçları, zamanı, söz konusu işlemlerin sosyal ve ekonomik açıdan hasta üzerinde oluşturabilecek etkileri ve işlemin yapılmaması ya da ertelenmesi halinde söz konusu olabilecek sonuçları hakkında bilgilendirmek ve bu kapsamlı bilgilendirmenin hasta tarafından yeterince anlaşıldığına dayanarak, hastanın serbest iradesiyle önerilen tanı ya da tedavi yönteminin yapılmasını bilinçli ve gönüllü olarak kabul etmesidir.

Aydınlatma ödevi hukuki açıdan bir yükümlülük olarak nitelendirilmeli, yükümlülük olduğunun kabulüne bağlanan sonuçlara tabi olmalı, yükümlülüğün ihlali halinde, tazminat talep edebilme hakkı gündeme gelmelidir. Hukuki sonuca yönelik bir irade beyanı şeklinde açıklanan ve kendisine bir takım neticeler bağlanan aydınlatılmış onam ise bir hukuki işlemdir.

Hastanın aydınlatılma hakkı ve hastadan aydınlatılmış onam alınması konusundaki çalışma ve görüşler tarihi bir gelişim sürecinden geçmiş olmakla birlikte, bu konudaki yazılı metinlerin yakın tarihli olduğu gözlemlenmektedir. Aydınlatılma hakkı ve aydınlatılmış onam konusunda birçok uluslararası bildirge ve anlaşma hükmü mevcuttur. Hukukumuzda da çeşitli mevzuat hükümlerinde hastanın aydınlatılma hakkına ve aydınlatılmış onamının alınması gerekliliğine yer verilmiştir. Ancak bu konudaki mevzuatın dağınık olması ve hasta haklarına ilişkin en temel metin olarak ifade edilen düzenlemenin (Hasta Hakları Yönetmeliği) yönetmelik düzeyinde çıkarılmış olması doktrinde eleştirilmiştir.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun birer fiil olarak kabul edilebilmesi için gerekli unsurlardan biri hastanın onamıdır. Geçerli bir onamdan bahsedebilmek için ise, ilgili kişiden alınacak onamın bazı şartları taşınması gerekmektedir. Bu şartlar, hastanın onam verme ehliyetine sahip olması, iradenin sağlıklı olması ve onamın yetkili kişiye yönelmesi olarak ifade edilebilir. Onam verme ehliyeti, kişinin kendisine uygulanacak müdahalenin ne olduğu ve önemi, bu müdahale dışında hangi seçeneklerin var olduğu, bu müdahale ile ne amaçlandığı, müdahale yapılırsa ya da yapılmazsa hangi netice ve/veya risklerle karşılaşabileceği gibi hususları anlaması, yaptığı değerlendirme neticesinde bu müdahalenin kendisine uygulanmasını isteyebilmesidir.

Onamın ehliyet açısından geçerliliği için, öncelikle kişinin onam verdiği hakkın sahibi olması gerekmektedir. Kısıtlı olmayan, temyiz kudretini haiz ve reşit kişiler, her türlü tıbbi müdahaleye ilke olarak tek başlarına onam verebilirler. Küçüklerin tıbbi müdahaleye ilişkin onam verme ehliyetine sahip olup olmadığının tespitinde, temyiz kudreti ve kişilik gelişimi ile doğru orantılı olduğundan, yaşı, önemli bir yere sahiptir. Hukukumuzda fiil ehliyeti açısından önemli bir sınır olan on sekiz yaş sınırı, tıbbi müdahaleye yönelik onam verme ehliyetinin tespitinde de gözetilmektedir. Bununla birlikte on sekiz yaş sınırı mutlak ve koşulsuz değildir. Ülkemizde de çocuğun evlenme ya da mahkeme kararı ile reşit olması halinde velayet söz konusu olmayacağından, bu kişilere yapılacak tıbbi müdahalelerde kendilerinin onamı gerekli ve yeterlidir. Temyiz kudretini haiz olmayan küçüklere yönelik tıbbi müdahalelerde alınacak onam bakımından, küçüğün yasal temsilcisinin onamı gerekli ve yeterlidir. Temyiz kudretini haiz olduğu kanaatine varılan küçüğün tıbbi müdahaleye yönelik onamı da yeterli sayılmalıdır. Önemli tıbbi müdahaleler bakımından yasal temsilcinin de görüşünün alınması yerinde bir yol olarak değerlendirilebilir. Ancak bağlayıcı olan karar, temyiz kudretini haiz küçüğün kararı olmalıdır. Ancak bu görüşün günümüz mevzuatı açısından uygulama alanı bulunmamaktadır. Küçükler dışındaki diğer ehliyetsizler bakımından, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun birer fiil olabilmesi için, temyiz kudretini haiz olmayan ilgilinin yerine, yasal temsilcinin onamının alınması gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu'na göre vesayet kararı, küçüklük (m.404), akıl hastalığı ve akıl zayıflığı (m.405), savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim (m.406), bir yıl ya da daha uzun süreli hürriyeti

bağlayıcı cezaya mahkum olmak (m.407), yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ya da ağır hastalık durumlarında (istek üzerine m.408) alınmaktadır. Savurganlık, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim, bir yıl ya da daha uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olma sebeplerinden biri yüzünden ya da istek üzerine kısıtlanan kişilerin, tıbbi müdahaleye onam verme konusunda kısıtlandırılamayacakları açıktır. Bu tür kısıtlılık halleri daha çok ilgilinin malvarlığını korumaya yöneliktir. 1219 Sayılı Kanun m.70 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m.24'te kısıtlılar arasında bir ayırım yapılmamışsa da, bu hallerde vasiinin değil, bizzat kısıtlı olmakla birlikte temyiz kudretini haiz ve ergin hastanın onamının alınması gerekmektedir.

Hastanın aydınlatılmış onamın, geçerli bir irade beyanı olarak değerlendirilebilmesi için, onamın müdahalede bulunmaya yetkili kişiye yönelmesi gerekmektedir. Hukuka uygun bir onamdan bahsedebilmek için, hastanın onamının öngörülen şekilde, serbest irade ile açıklanmış olması ve hukuka, ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir.

Kişinin onamının bir hukuka uygunluk nedeni olarak sonuç doğurabilmesi için, kural olarak, açıklanması gerekmektedir.

Hasta ve/veya yakınlarına aydınlatma yapacak ve onamını alacak kişi, kural olarak, hastaya tıbbi müdahalede bulunacak hekimin kendisidir. Aydınlatılacak ve aydınlatılmış onamı alınacak kişi kural olarak bizzat hastanın kendisidir.

Planlanan tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce, en geç müdahale sırasında hastanın ve/veya yakınının aydınlatılmış onamının alınması gerekmektedir.

Aydınlatmanın yapılmasında kural şekil serbestisi olup, hukukumuzda hasta ve/veya yakınlarının yazılı ya da sözlü aydınlatılması mümkündür. Ancak aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirildiğinden bahsedebilmek için hastanın mutlaka sözlü olarak aydınlatılması gerekmektedir. Yazılılık ispat açısından kolaylık sağlayabileceğinden hekimlerin sözlü aydınlatmadan sonra yazılılığa başvurması önerilebilir. Ancak esas olan sözlü aydınlatma olmalıdır.

Aydınlatma yükümlülüğünün konusunu, uygulanması planlanan ya da alternatif tıbbi bulgu yöntemleri ile elde edilen bulgu ve teşhislerin, uygulanması planlanan tıbbi müdahale sürecinin, alternatif tedavi seçeneklerine ilişkin sürecin, karşılaşılabilecek muhtemel riskler, komplikasyonlar, ortaya çıkabilecek sonuçların tamamı oluşturmaktadır. Ancak her somut olayın kendi özellikleri içinde ele alınması, hekimin objektif kriterleri ve hastanın durumunu gözeterek aydınlatmanın içeriğini belirlenmesi gerekmektedir.

Aydınlatmanın kapsamının dar ya da geniş tutulmasının belirlenmesinde, tıbbi müdahalenin aciliyeti, komplikasyon sıklığı ve tipik riskler tedavi seçenekleri hastanın subjektif durumu etkili olacaktır. Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi, hastanın bilgi sahibi olması, tıbbi zorunluluk durumları, tedavi gereği, aydınlatmanın hasta açısından anlamını yitirmiş olması durumlarında aydınlatma yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller ise aydınlatılmış onamın bulunmasının zorunlu olmadığı hallerdir.

Aydınlatılmış onam, hem ceza hukuku hem de özel hukuk bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir.

Hukukumuzda, hekimin müdahaleden önceden hastanın onamını almamış olması, 1219 Sayılı Kanun'un 70. maddesinde, başlı başına bir suç olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında, hastanın onamı olmaksızın yapılan müdahalelerde hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı için de, ihlal edilen hukuki menfaat sebebiyle, hekim suç işlemiş olacaktır.

Özel hukuk açısından da kişilik hakkına saldırı niteliği taşıdığından, aydınlatılmış onam olmaksızın yapılan müdahaleler sebebiyle hekimin özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğu söz konusudur. Sorumluluk, hukuka aykırı bir eylemle bir başkasına zarar veren kimsenin, bu zararı giderme yükümlülüğüdür. Hekimlerin ve diğer sağlık personelinin de hukuka aykırı olarak bir başkasına zarar vermeleri halinde, meydana gelen zararı giderme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Hekimin özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğunun esas itibariyle kusur sorumluluğuna dayandığı ilkesinden hareketle çalışmamızda esas itibariyle, hekimin

kusur sorumluluğu üzerinde durulacaktır. Ancak hekim, somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde, yanında çalıştırdığı kişinin eylemi sebebiyle bir zarar meydana gelmesi halinde BK m. 55 çerçevesinde, tıbbi müdahale için kullanılan tıbbi alet ya da makinelerdeki eksiklikler nedeniyle bir zarar meydana gelmesi halinde de BK m.58 çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir. Özel bir düzenleme bulunmadığından, hekimin tıbbi müdahale sebebiyle tehlike sorumluluğu bulunmamaktadır.

Hasta ile hekim arasında, tıbbi müdahale sebebiyle oluşan hukuki ilişki açısından özel bir norm bulunmadığından, bu ilişki duruma göre sözleşme ya da haksız fiil hukukunun genel hükümlerine ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi tutulmaktadır. Ancak kural olarak, hekim ile hasta arasındaki ilişki sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Sözleşmenin hukuki niteliği konusu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş, vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu yönündedir.

Aydınlatılmış onam, kişilik hakkını oluşturan kişilik değerlerini ihlal etme ihtimali bulunan tıbbi müdahaleler açısından bir hukuka uygunluk sebebi olup, hekimin sorumlu tutulmasının önüne geçmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki, hekimin kusuru ile bir zarara sebep olması halinde, hastadan aydınlatılmış onam alınmış olsa da, hekimin hukuki sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bir diğer deyişle, hekimin bilgisizlik, meslekte acemilik ya da tedbirsizlik nedeniyle bir zarara sebep olması durumunda, yapılan müdahale ile ilgili olarak usulüne uygun şekilde hastanın aydınlatılmış onamı alınmış olsa da, hukuka aykırılık devam edecek, hekim meydana gelen zarardan sorumlu tutulacaktır.

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız: “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı, AÜHFD, Y. 2005, C. 54, S. 3, s. 241-287.

AKBULUT, Berrin: “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 209-296.

AKIN, Levent: “Meslek Hastalığından Doğan Haklar”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 433-441.

AKINCI, Şahin: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996.

AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Birinci Cilt, İstanbul 2007.

AKMAN, Galip Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.

AKTAN, Özdemir: “Genel Sağlık Sigortasının Getirdikleri”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 124-128.

AKÜNAL, Teoman: “2238 Sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu”, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 19-30.

AKYOL, Şener: Medeni Hukukla İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlar, Cilt I, İstanbul 1980.

AKYOL, Şener: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2006.

ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2006.

ARSEBÜK, Esat: Medeni Hukuk, Ankara 1938.

AŞÇIOĞLU, Çetin: Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982 (Doktor).

AŞÇIOĞLU, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu, Cezai ve Hukuki, Ankara 1993 (Sorumluluk).

ATABEK, Reşat: “Hastanelerin Sorumluluğu”, İBD, 1986, S.10, 11, 12, s. 628-650.

ATABEK, Reşat/SEZEN, Merih: “Hekimin Mesuliyeti”, İBD, 1954, S. 39, s. 135-166.

AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

AYDIN, Erdem: “Hasta Hakları ve Terminal Dönem”, Yoğun Bakım Dergisi, Y. 2003, S. 1, C. 3, s. 37-42 (Kısaltma: Terminal).

AYDIN, Erdem: “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu”, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, Y.2003, S. 2, C. 46, s. 148-152 (Çocuk).

AYDIN, Murat: “Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 367-400.

BAŞAĞAOĞLU, İbrahim/ATAÇ, Adnan: “Hekimin Hastasına Sözleşmeden Doğan Borçları”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, C. 11, S. 4, Kasım 2003, s. 253-257.

BATUM, Süheyl/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, İstanbul 1999.

BAYAT, Ali Haydar: Şeriye Sicilleri ve Tıp Tarihimiz, I Rıza Senetleri, II: Türk Tıp Tarihi Kongresinden Ayrı Basım, Ankara 1999.

BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972 (Kısaltma: Hekim).

BAYRAKTAR, Köksal: “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s. 96-104 (Hasta).

BAYRAKTAR, Köksal: “Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 52-60 (Yeni TCK).

BAYRAKTAR, Köksal: “Tıp Etik Kurullarının Hukuka Etkisi”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 20-33 (Etik).

BELGESAY, Mustafa Reşit: Tıbbi Mes’uliyet, İstanbul 1953.

BIGGS, Hazel: “Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü”, Türkçe Çevirisi, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s.53-64.

BİLALOĞLU, Eriş: “Sağlıkta Dönüşüm Modelinin Sağlık Hakkına Etkileri”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 443-449.

BİRTEK, Fatih: “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı”, İBD., C. 81, S. 2007/5, Eylül-Ekim, s. 1997-2006.

BORAN, Bedia: “Aydınlatılmış Rıza”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s.84-103.

BOZKURT, Enver: “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 13-17.

BOZOKLAR, Ata: “Organ Nakli Koordinasyon Sistemi ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları”, Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 281-287.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İlliyet Bağ Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, AÜHFD, Y.2005, C. 54, S. 4, s. 119-148.

CİVANER, Murat/TERZİ, Cem: “Hastanın Kendi Kaderini Tayin Hakkı: Aydınlatılmış Onam”, Türkiye Biyoetik Derneği, II: Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı, (Editörler: Berna ARDA, Recep AKDUR, Erdem AYDIN), Kapadokya 18-20 Ekim 2001, s.467-482.

CİVANER, Murat/KAYA, Alper: “Anladığından Emin Olmak: Aydınlatılmış Onam İçin Bir Öneri”, Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı, C. 2, Bursa 2003, s. 1030-1043.

ÇAY ŞENLER, Filiz: “Kanserli Hastaların Bilgilendirilmesi”, Türkiye Biyoetik Derneği, II: Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı, (Editörler: Berna ARDA, Recep AKDUR, Erdem AYDIN), Kapadokya 18-20 Ekim 2001, s. 492-499.

ÇELİK, Faik: “Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri, TTB-Yüksek Onur Kurulu Kararları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S.2, Y.2006, s. 71-81.

ÇELİK, Hüseyin: “Genel Sağlık Sigortası”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 451-458.

ÇETİN, Gürsel: “Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 176-182.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.

ÇOBANOĞLU, Nesrin: Tıp Etiği, Ankara 2007.

DAL, Emine: “Hasta Hakları Bağlamında Özel Hasta Grupları”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 137-143.

DERYAL, Yahya: “Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızanın Alınması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S.2, Y.2006, s.101-147.

DERYAL, Yahya: “Hasta Hakları Bağlamında Mahremiyet ve Özel Hayata Saygı”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 71-84.

DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre (Çev: Salim ÖZDEMİR): Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.

DEUTSCH, Erwin (Çev: İrfan YAZMAN) : "Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu", AÜHFD, C.XXXVI, Y.1979, S.1-4, s.171 vd.

DEMİR, Mehmet: “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 153-160.

DEMİRCAN, Y.Tunç: “HIV/AIDS ve Hasta Hakları”, Pozitif Yazılar, Pozitif Yaşam Derneği, İstanbul 2007, s. 229-240.

DOĞAN, Cahid: “Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s.105-149.

DOYAL, Len/ TOBIAS, Jeffrey S.: Informed Consent in Medical Research, London 2001.

DURAL Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1995.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Kişiler Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku İstanbul 2004.

DURDU, Hüseyin: Sağlık Mesleğinde Hukuki Sorumluluk, İzmir 1986.

ELVER, Nazan: “Hekim ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 89-96.

ER, Ünal: Sağlık Hukuku, Ankara 2008.

ERDÖL, Cevdet: “Organ Bağışı ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları”, Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 258-265.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.

ERMAN, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

ERSOY, Nermin: Cerrahi Tedavide Hastanın Aydınlatılması ve Aydınlatılmış Onam (Rıza) nın Alınması İle İlgili Etik Sorunlar”, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991 (Etik Sorunlar).

ERSOY, Nermin: “Aydınlatılmış Onam”, Çağdaş Tıp Etiği, (Editörler: Ayşegül DEMİRHAN ERDEMİR, Özhan ÖNCEL, Şahin AKSOY), İstanbul 2003, s.204-234 (Onam).

ERSOY, Nermin: “Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, C.3, S.1 Nisan 1995, s.1-5 (Öğreti).

ERSOY, Nermin: “İnsan Üstünde Deney ve Aydınlatılmış Onam”, Toplum ve Hekim, Eylül 192, s.45-47 (Deney).

FEYZİOĞLU, Metin: “Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s.311-319.

FISCHER, Gerfried (Çev: Efe DİRENİSA): “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C. III, S. 2, Y. 2006, s. 3-16.

FORKEL, Hans (Çev: Enis ACAR): “İnsan Vücudunun Parçaları Üzerinde Hukuki Tasarruflar”, ABD., Y. 1976, S. 3, s. 404-408.

GIESEN, Dieter (Çev : Salim ÖZDEMİR): “Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, Yargıtay Dergisi, C. 3, S. 3-4, Y. 1977, Temmuz-Ekim, s. 217-228.

GİRİTLİOĞLU, Hakan: “Hasta Haklarının Korunmasında ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 19-26.

GÖÇMEN, Erkin/GÖÇMEN, Ali: “Hasta Hakları Kavramı ve Hasta Hakları Yönergesi Üzerine”, İBD., C. 78, S. 1, Y.2004, s. 128-142.

GÖKCAN, Hasan Tahsin: “Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Cezai Sorumluluğu”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.71-79.

GÖKCAN, Hasan Tahsin: “Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Cezai Sorumluluğu”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 321-328.

GÜLEÇ, Cengiz: “Ruh Sağlığı Hakkı”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 45-51.

GÜLŞEN, Recep: “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 1209-1228.

GÜNDÜZ, Aslan: Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, İstanbul 2000.

GÜRAN, Sait: “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 77-vd.

HAKERİ, Hakan: “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C. III, S. 2, Y. 2006, s. 31-48 (Aydınlatma).

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2007 (Tıp Hukuku).

HAKERİ, Hakan: “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 161-170 (Hastane Yönetimi).

HAKERİ, Hakan: “Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 917-931 (Yanılgı).

HANCI, İ. Hamit: Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006 (Malpraktis).

HANCI, İ. Hamit: “Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 303-310 (Kötü Uygulama).

HATIRNAZ, Gültezer: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2007.

HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, (MK md. 24/a fıkra I/İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001 (Kişilik).

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2007 (Gerçek Kişiler).

IŞIK, Sedat: “Şurada Dosyalar Nasıl Değerlendiriliyor?”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 359-364.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1993.

KALAÇA, Çağrı: “Tıbbi Girişimin Reddi, Hastanın Karar Verme Yeterliği ve Psikiyatristlerin İlgili Tıbbi, Etik ve Hukuksal Bilgiye Sahip Olma Açısından Kendilerini Tanımladıkları Konum”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Ağustos 1996, C. 4, S. 2, s. 55-60.

KALAYOĞLU, Münci: “Dünyada ve Ülkemizde Organ Bağışı ve Organ Nakli”, Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 266-271.

KANBUR, Nihat: “Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 1229-1258.

KANETİ, Selim: “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğı, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.61-76.

KAPLAN, Zafer: “İlaç Harcamaları ve Erişim”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 144-151.

KARAHAN, M. Nuri: “TCK ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar”, Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 277-280.

KARAKAYA, Hamiyet: “Hasta Hakları, Sağlık Çalışanları ve Etik”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Aralık 1986, C. 4, S. 3, s. 114-117.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, İstanbul 2001.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat, İstanbul 2001.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku, Tazminat Davaları ve Yargılama Usulü, İstanbul 2003.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, İstanbul 2004.

KARATAŞ, Mehmet/GÖRKEY, Şefik: “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam”, Türkiye Biyoetik Derneğı, II: Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı, (Editörler: Berna ARDA, Recep AKDUR, Erdem AYDIN), Kapadokya 18-20 Ekim 2001, s. 483-491.

KATOĞLU, Tuğrul: “Hekimin Cezai Sorumluluğı ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s.217-220.

KAYAR, Habibe: “Hasta Hakları İnsan Haklarıdır”, Pozitif Yazılar, Pozitif Yaşam Derneği, İstanbul 2007, s. 183-199.

KESKİN, Adem: “Şuranın Hukuki Konumu ve Hukuktaki Yeri”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 349-353.

KESKİN KIZIROĞLU, Serap: “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:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s.209-216.

KEYMAN, Selahattin: “Hekimin Ceza Sorumluluğu”, AÜHFD, Y.1978, C. 35, S. 1-4, s. 57-89.

KICALIOĞLU, Mustafa: “Hekim Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.107-116.

KILIÇ, Cenk/GÜVEN, Tolga/ATAÇ, Adnan: “Aydınlatılmış Onam Kavramı ve Ülkemiz Yasaları İle Tıp Uygulamalarındaki Yeri”, Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı, C.2, Bursa 2003, s.844-850.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref Şahsiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993 (Basın).

KILIÇOĞLU, Ahmet: “Hekimin Hukuksal Sorumluluğu”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Nisan 1996, C.4, S.1, s.9-11 (Hekim).

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007 (Kısaltma: Borçlar).

KILIÇOĞLU, Mustafa: Tazminat Hukuku, İstanbul 2006.

KIYAK, Yahya: Lectures on Medical Ethics, İstanbul 1987.

KIZILYEL, Serkan: “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 203-240.

KOCA, Mahmut: “Yeni TCK’da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S.2, Y.2006, s.159-185.

KOCASAKAL, Ümit: “Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S.2, Y.2006, s.151-158.

KOCATÜRK, Utkan: Tıp Terimleri El Sözlüğü, Ankara 1989.

KÖK, Ahmet Nezih: “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, 1.Türk Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, Kamu Hukuku Arşivi, C. VIII, S. 2, Kasım 2005, s. 116-121 (Biyotıp).

KÖK, Ahmet Nezih: “Hekimin Sorumluluğunu Tespit ve Yüksek Sağlık Şurası Örnekleri”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.61-70 (Hekim).

KÖK, Ahmet Nezih: “Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s.385-397 (Kötü Uygulama).

KÖK, Ahmet Nezih/ÇANKAYA, Hasan: “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi, Etik ve Hukuki Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, C.11, S.3, Ağustos 2003, s.199-203.

KÖPRÜLÜ, Ömer: “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İBD., Y.1984, C.58, S.10-11-12, s.589-613.

LILIE, Hans: “Alman Hukukunda Hasta Hakları, Mevcut Federal Alman Nizamnamelerinin Tespiti ve Hukuki Mukayeselerle Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s.105-115.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “TCK ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar”, Organ Bağışı ve Organ Naklinde Yasal Sorunlar Paneli, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.293-298.

MOSENHEUR, Andreas(Çev:Hakan HAKERİ): “Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s.69-80.

NAMAL, Arın: “Hasta Hakları ve Etik”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 30-37.

NUHOĞLU, Ayşe: “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 34-68.

OĞUZ, N. Yasemin (Düzenleyen: Sedat ÖZKAN, Editör: Mine ÖZKAN): “Aydınlatılmış Onam Uygulamasında Psikiyatrik Konsültasyonun Yeri”, IV. Ulusal Konsültasyon-Liyezyon Psikiyatrisi Kongresi, Uluslararası Katılımlı, 30 Ekim-1 Kasım 1996, s.321-325 (Onam).

OĞUZ, N. Yasemin: “Özerkliğe Saygı İlkesi (Aydınlatılmış Onam)”, Deontoloji, A.Ü. Tıp Fakültesi Bilimsel Yayınlar Serisi No: 37, s. 51-55 (Özerklik).

OĞUZMAN, Kemal: Tıpta Hastanın Muvafakatının Alınmasının Hukuki Yönü, Adli Tıp Dergisi, Y. 1989, C. 5, S. 1-2, s. 81-84.

OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2006.

OKUR, Ali Rıza: “Mevcut Sağlık Sigortası Sistemi”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 423-431.

OXMAN, Andrew D./CHALMERS, Iain/ SACKETT, David L. (Çev:Murat CİVANER): “Aydınlatılmış Onam İçin Pratik Bir Kılavuz”, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, C. 12, S. 2, Mayıs 2004, s. 140-143.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 55-77.

OZANSÜ, Mehmet Cemil: “Kısırlaştırma Suçu”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s.1284-1293.

ÖNAL, Gülsüm: “Hasta Hakları ve Sağlık Sistemine Etkileri”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 38-45.

ÖRNEK BÜKEN, Nüket: “Etik ve Hukuk Açısından, Ulusal ve Uluslar arası Bildirgelerde Hasta Hakları”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 33-42.

ÖZ, Pınar: “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, ABD., Y. 1984, S. 3, s. 706-719.

ÖZASLAN, Abdi: “Aydınlatılmış Onam”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlemesi İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 48, (Editörler: Gürsel ÇETİN, A. Coşkun YILMAZ), İstanbul 2006, s. 43-54.

ÖZAY, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.

ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara 2004.

ÖZKAN, Nazan: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005

ÖZKUL, Nuri: “Avrupa Birliği Adaylığı Sürecinde Hasta Haklarına İlişkin Uygulamaların Hasta ve Yakınları Açısından Görünümü”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 27-31.

ÖZLÜ, Tevfik: “Biyo-Hukuk Sözleşmesi İlkeleri Bağlamında Hekim Hasta İlişkisi”, 1.Türk Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, Kamu Hukuku Arşivi, C.VIII, S.2, Kasım 2005, s.167-168 (Biyo-Hukuk).

ÖZLÜ, Tevfik: “Karşılıklı Hak ve Sorumluluklar Bağlamında Hekim Hasta İlişkisi”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.20-29 (Hekim).

ÖZLÜ, Tevfik: “Hasta-Hekim İlişkisi”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s.65-70 (Hasta).

ÖZPINAR, Berna: “Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluğun Türleri”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 269-300.

ÖZSUNAY, Ergun: “ Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 31-60.

ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006.

POLAT, Oğuz: Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Ankara 2005.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.??

REİSOĞLU, Seza: “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 1-18.

ROSENAU, Henning (Çev: Ali Kemal YILDIZ): “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S.2, Y.2006, s.49-58.

ROSENAU, Henning (Çev: Ali İhsan ERDAĞ): “Aktif Ötenazi”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s.109-123.

SARI, Nil / BAŞAĞAOĞLU, İbrahim: “Klinik Tıp Eğitimi Sırasında Hasta Yönünden Ortaya Çıkan Etik Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, Ekim 1998, C. 6, S. 2, s. 61-68.

SARIAL, M. Enis: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.

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

SAVAŞ, Halide: Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza-Hukuk, Ankara 2007 (Sağlık Çalışanları).

SAVAŞ, Halide: “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, İBD, C.81, S.2007/3, Mayıs-Haziran, s.1001-1025 (Hastane).

SAVAŞ, Halide: “Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s.171-200 (Hekim).

SCHROTH, Ulrich (Çev: Hakan HAKERİ): “Almanya’da Organ Naklinin Hukuki Şartları”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s.313-327.

SERT, Gürkan: Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, İstanbul 2004.

SERT, Gürkan/GÖRKEY, Şefik: “Dış Hekiminin Hukuki Sorumluluğu”, Türkiye Biyoetik Derneği, II: Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı, (Editörler: Berna ARDA, Recep AKDUR, Erdem AYDIN), Kapadokya 18-20 Ekim 2001, s.236-254.

SERT, Gürkan/GÜVEN, Tolga/GÖRKEY/Şefik (General Editor: R. Blanpain): International Encyclopedia of Laws, Turkey, Alphen aan den Rijn, The Netherlands 2007.

SIMONIN, C. (Çev: Behçet KAMAY): “Hekimlikte Meslek Sırrı ve Meslek Mes’uliyeti”, Adalet Dergisi, Mayıs 1954, Y.45, S.5, s.575-591.

SOYASLAN, Doğan: “Organ Nakilleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s.123-139.

SOYASLAN, Doğan: “Organ Nakilleri”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s.328-358.

SOYASLAN, Doğan: “Hekimlerin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Sorumluluğu”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s.329-346.

SÜTLAŞ, Mustafa: Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000.

ŞENOCAK, Kemal: “Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 255-268.

ŞENOCAK, Zarife: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, Y. 2001, C. 50, S.4, s.65-80 (Rıza).

ŞENOCAK, Zarife: “Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Özel Sorunlar”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 241-254 (Özel Sorunlar).

TAG, Brigitte (Çev: Yener ÜNVER): “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlginin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S.2, Y.2006, s. 187-205.

TAMER, Meral: “Aydınlatılmış Onam Hem Hastaya Hem Doktora Lazım”, Milliyet Gazetesi, 12.08.1999.

TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.

TANÖR, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişimleri, İstanbul 2000.

TAŞKIN, Ahmet: Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997.

TEKİNAY, Sulhi Selahattin: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.

TİFTİK, Mustafa: “Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanunla Değişik m. 24 f. 11 Hükmü Karşısında, Haksız Fiillerden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Diyarbakır, Y. 1993, S .6, s. 385-401.

TUNCER, Murat: “Sağlık Alanında Hastaların Etkinliğinin Artması”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 160-167.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, İstanbul 1976 (Genel Hükümler).

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977 (Özel Hükümler).

TURHAN, Faruk: “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s.1025-1075.

TURLA, Ahmet/ KARAARSLAN, Bekir/ KOCAKAYA, Mehmet/ PEKŞEN, Yıldız: “Hastalara Yeterince Aydınlatma Yapılıp Yapılmadığı ve Onam Alınması Durumunun Saptanması”, Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi, Y. 2005, C. 2, S. 2, s. 33-38.

TUTUMLU, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Kavram, Durma ve Kesilme Nedenleri (Borçlar Kanunu 125-140. Maddelerine ilişkin İçtihatlar İle), Ankara 2007.

ÜNVER, Yener: “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular, C.III, S.2, Y.2006, s.227-288.

ÜNVER, Yener: “İnsan Üzerine Deney ve Deneme Suçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s.150-183.

ÜNVER, Yener: “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s.881-916.

VAROL, Nezh: “Sağlık Hukukunda Bilirkişilik”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s.375-384.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Medeni Hukuk, İstanbul 1969.

Von TUHR, Andreas (Çev: Cevat EDEGE): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Ankara 1983.

WILLIAMS, John R. (Çev: Murat CİVANER): Dünya Hekimler Birliği Tıp Etiği El Kitabı, Ankara 2006.

YASİN, Melikşah: “Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s. 244-255.

YAVUZ, Cengiz: “Avukatların Sağlık Güvencesi ve Genel Sağlık Sigortası”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 467-480.

YAVUZ, Cevdet: Borçlar Kanunu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste İle Birlikte, İstanbul 2005.

YAVUZ, Cevdet/ ÖZEN, Burak/ ACAR, Faruk: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2007.

YAVUZ, Fatih: “Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 97-106.

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

YELMER, Necdet S.: Hekimlerin Hukuki Mesuliyeti, İstanbul 1948.

YENERER ÇAKMUT, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Tıbbi Müdahalede Bulunacak Hekimin Ceza Hukuku Açısından Sorumluluğu”, Legal Hukuk Dergisi, 2003 Şubat, C. 1, S. 2, s. 313-326.

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 1133-1183.

YENİSEY, Feridun: “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, Ankara 2008, s. 868-880.

YILDIRIM, Nuran: “Tarihimizden Malpraktis Olguları”, Türkiye Biyoetik Derneği, II: Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı, (Editörler: Berna ARDA, Recep AKDUR, Erdem AYDIN), Kapadokya 18-20 Ekim 2001, s. 186-196.

YILDIRIM, Turan: “Hasta Hakları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s. 116-122.

YILMAZ, Battal: Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007.

YILMAZ, Battal: “Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 399-410.

YOKUŞ, SEVÜK, Handan: “Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler

Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s. 221-243.

YOL, Sinan: “Şuradan Ne Bekleniyor, Dosyalar Nasıl Hazırlanıyor?”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 355-358.

YURTCAN, Erdener: Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları, İstanbul 1990.

YÜCETİN, Levent: “Organ Bağışı ve Organ Nakli”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 129-136.

ZAFER, Hamide: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Sağlık Hakkı ile İlgili Düzenlemeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17 Kasım 2006, Sempozyum Özel Sayısı:1, Basım Yılı: Ocak 2007, s. 184-208.

ZEVKLİLER, Aydın: “Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Diyarbakır, Y. 1983, S. 1, s. 1-37.

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

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1999.