



**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TİBBÎ MÜDAHALEDE HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK
RIZA**

**Hazırlayan
Fatma Elif ERGÜN ZENGİN**

**Danışman
Doç. Dr. İsmail ATAMULU**

Yüksek Lisans Tezi

Ağustos 2024, KAYSERİ

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TİBBÎ MÜDAHALEDE HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ
OLARAK RIZA
(Yüksek Lisans Tezi)**

**Hazırlayan
Fatma Elif ERGÜN ZENGİN**

**Danışman
Doç. Dr. İsmail ATAMULU**

Ağustos 2024, KAYSERİ

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Fatma Elif ERGÜN ZENGİN





T.C.

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Program Adı : Yüksek Lisans
Tez Başlığı : Tıbbî Müdahalede Hukuka Uyguluk Sebebi Olarak Rıza

Yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının a) Giriş, b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan (Kapak, Ön söz, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) toplam 104 sayfalık kısmına ilişkin 22/08/2024 tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezin benzerlik oranı: % 12' dir.

Filtrelemeye alıntılar dahil edilmiştir. Filtrelemede yedi (7) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç tutulmuştur.

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmasının herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edilmesi durumunda doğabilecek her türlü hukukî sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim. 22/08/2024

Danışman: Doç. Dr. İsmail ATAMULU

Öğrenci: Fatma Elif ERGÜN ZENGİN

İmza

İmza

KILAVUZA UYGUNLUK SAYFASI

“Tıbbî Müdahalede Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza” başlıklı Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Lisansüstü Tez Yazım Kılavuzuna uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

Fatma Elif ERGÜN ZENGİN

Danışman

Doç. Dr. İsmail ATAMULU

Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Murat DOĞAN

KABUL VE ONAY TUTANAĞI

Doç. Dr. İsmail ATAMULU danışmanlığında **Fatma Elif ERGÜN ZENGİN** tarafından hazırlanan “**Tıbbî Müdahalede Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Rıza**” adlı bu çalışma jürimiz tarafından **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda** Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

01/08/2024

JÜRİ:

Danışman : **Doç. Dr. İsmail ATAMULU**

Üye : **Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN**

Üye : **Dr. Öğr. Üyesi Emre KÖROĞLU**

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu'nun /.... /..... tarih ve sayılı kararı ile onaylanmıştır.

...../...../.....

Prof. Dr. Atabey KILIÇ
Enstitü Müdürü

ÖN SÖZ

İnsanoğlunun sağlıklı yaşam sürme gayesi, hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi oluşturmuştur. Bahsedilen bu ilişkinin ana konusu ise tıbbî müdahalelerdir. Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan en önemli şartı rızadır. Hekimin hastayı teşhis, tedavi süreci ve olası neticeleri hususlarında aydınlatması sonucunda geçerli bir rızanın alınması ile hukuka uygun tıbbî müdahalenin temeli oluşturulabilir. Tıbbî müdahalede hukuka uygunluk sebebi olan rızanın kim tarafından verileceği, ne şekilde ve ne zaman alınacağı, özellik arz eden tıbbî müdahaleler bakımından farklılık içeren haller ile sıklıkla karşı karşıya kalınmaktadır. Bu düşünceden hareketle tıbbî müdahalede hukuka uygunluk sebebi olarak rızanın kapsamlı bir şekilde inceleme gereği hasıl olmuştur.

Tez çalışmamın her aşamasında bilgi ve tecrübesini esirgemeyen, sabrı ve desteği ile bana yön veren ve yoğun çalışma temposuna rağmen kıymetli vaktini ayıran çok değerli tez danışmanım Doç. Dr. İsmail Atamulu' ya sonsuz saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

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

Eğitim hayatımın ilk gününden bugüne dek maddi ve manevi desteğini bir an olsun benden esirgemeyen ve beni cesaretlendiren babam İhsan ERGÜN'e; bana sonsuz sevgi ve sabır gösteren, fikirlerimin doğruluğuna inanarak beni her daim destekleyen annem Nurdane ERGÜN'e; eğitim hayatı ve mesleki başarılarıyla bana örnek olan abim Erman ERGÜN'e; bu teşekkürün anlamını yıllar sonra anladığında, zamanın hızla akıp gittiğine bir kez daha şahit olacağımızı düşündüğüm dünya tatlısı yeğenim Hayal ERGÜN'e; bu zorlu süreçte iş yükümü hafifleterek çalışmam için uygun ortam hazırlayıp, anlayışı, sevgi ve desteğini benden esirgemeyen iş ortağım ve sevgili eşim Atakan ZENGİN'e, sonsuz saygı, sevgi ve teşekkürlerimi sunuyorum.

TİBBÎ MÜDAHALEDE HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK RIZA

Fatma Elif ERGÜN ZENGİN

Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2024

Danışman: Doç. Dr. İsmail ATAMULU

ÖZET

Gelişen ve değişen tıp bilimine paralel olarak hekim ve hasta arasındaki ilişkide değişim ve gelişim göstermiştir. Kişinin, kişilik haklarına yönelen her türlü müdahalenin hukuka aykırı kabul edildiği gibi kişinin; yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne yönelen tıbbî müdahalelerde hukuka aykırıdır. Hukuk düzenince yasaklanan bir eylem veya davranışta bulunmak hukuka aykırılık olarak tanımlanmaktadır. Ancak hukuka aykırılık, kanunun öngördüğü şartların yerine getirilmesi halinde belirli durumlarda ortadan kalmaktadır. Tıbbî müdahaleler bakımından, hukuka uygun bir tıbbî müdahalenin ön şartı; öğreti, uygulama ve mevzuatta genel kabul gören“rıza” unsurudur.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için gerekli olan rızanın da hukuka aykırı şekilde alınmamış olması gerekmektedir. Bu sebeple rıza verme ehliyeti, rızanın kim tarafından verildiği, zamanı ve şekli hususları önem arz etmektedir. Bu sebeple araştırmanın amacı, tıbbî müdahalede rızanın hukuki çerçevesini belirlemektir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbî Müdahale, Rıza, Aydınlatma Yükümlülüğü, Aydınlatılmış Rıza, Tıbbî Müdahaleye Rıza

CONSENT AS A REASON FOR LEGALITY IN MEDICAL INTERVENTION

Fatma Elif ERGÜN ZENGİN

Erciyes University, Graduate School of Social Sciences

Master Thesis, August 2024

Supervisor: Assoc.Prof. İsmail ATAMULU

ABSTRACT

Inparallel with the developing and changing medical science, the relationship between doctor and patient has also changed. Just as any intervention with a person's personal rights is considered unlawful so medical interventions which are aiming at life, health and physical integrity will be unlawful. Acting an action or behavior prohibited by law is called unlawfulness. However, unlawfulness is eliminated in certain situations in case of stipulations portended by the law are met. When it comes to medical interventions, the prerequisite of a lawful medical intervention is the term of 'consent' which is generally acknowledged in doctrine, practice and legislation. In order for medical intervention to be considered lawful, the necessary consent must not have been obtained unlawfully. It is for this reason the issues as capacity to give consent, who gives the consent, time and form of it are important. Therefore, the purpose of the research is to specify the legal framework of consent in medical intervention.

Keywords: Medical intervention, Consent, Disclosure requirement, Informed consent, Consent to medical intervention

İÇİNDEKİLER

TIBBÎ MÜDAHALELERDE HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK RIZA

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK	i
TEZ ÖZGÜNLÜK SAYFASI.....	ii
KILAVUZAUYGUNLUKSAYFASI.....	iii
KABUL VE ONAY TUTANAĞI	iv
ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI VE UNSURLARI

1.1.Genel Bilgiler	3
1.2. Tanımı ve Kapsamı	3
1.3. Tıbbî Müdahale Kavramının Hukuki Niteliği	5
1.4.1. Yaşam Hakkı	10
1.4.2. Sağlık Hakkı	11
1.4.3. Vücut Bütünlüğü Hakkı	12
1.5. Kişilik Hakları ve Tıbbî Müdahale Nedeniyle Kişilik Haklarının İhlali.....	12
1.6. Tıbbî Müdahalenin UNSURLARI.....	14
1.6.1. Tıbbî Müdahalenin Yetkili Kişiler Tarafından Yapılması	15
1.6.1.1. Hekim.....	16
1.6.1.2. Sertifika ile Yetki Alınması.....	18
1.6.1.3. Öğrenci ve Asistanların Yaptığı Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu	18
1.6.1.4. Silahlı Kuvvetler ile Emniyet Genel Müdürlüğünün Sağlık Meslek Mensubu Olmayan Personelin Yaptığı Tıbbî Müdahaleler.....	19
1.6.2. Tıbbî Gerekliğin Bulunması (Endikasyon)	20
1.6.2.1. Tıbbî Endikasyona Dayanmayan Hukuka Uygun Müdahaleler	21

İKİNCİ BÖLÜM
TİBBÎ MÜDAHALEDE AYDINLATMA VE AYDINLATILMIŞ RIZA
KAVRAMLARI

2.1. Hastadan Aydınlatılmış Rıza Alınması	24
2.1.1. Aydınlatma	25
2.1.2. Aydınlatma Yapacak Kişi	25
2.1.3. Aydınlatılacak Kişi	26
2.1.4. Aydınlatmanın kapsamı.....	27
2.1.5. Aydınlatmanın Şekli	29
2.1.6. Aydınlatmanın Zamanı.....	33
2.1.7. Aydınlatma Çeşitleri	34
2.2. Hukuka Aykırı Tıbbî Müdahale.....	40
2.3. Tıbbî Müdahalede Rıza ile Hukuka Aykırılığın Ortadan Kaldırılması.....	41
2.3.1. Genel Bilgiler	41
2.3.2. Hastanın Rızasının Aranmadığı Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sebepleri	42
2.3.2.1. Üstün Özel Yarar	42
2.3.2.2. Üstün Kamusal Yarar ve Kanunun Verdiği Yetki.....	44
2.4. Rıza Kavramı	45
2.6. Rıza Açıklaması	48
2.7. Rıza Verme Yetkisi (Rıza Ehliyeti)	50
2.7.2.1. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Küçükler	51
2.7.2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Küçükler	54
2.7.4. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Kısıtlılar	58
2.8. Rızanın Açıklanma Zamanı	60
2.9. Rızanın Şekli.....	61

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TİBBÎ MÜDAHALEYE RIZADA ÖZEL DURUMLAR

3.1. Rızanın Geri Alınması ve Esirgenmesi	65
3.2. Rızanın Temsilci Tarafından Açıklanması	68
3.2.1. Yasal temsilcinin rıza göstermekten kaçınması.....	70
3.2.2. Hastanın İradî Temsilci Ataması ve Hasta Tasarrufu	71
3.3. Cinsiyete İlişkin Tıbbî Müdahalelerde Rıza	73
3.3.1. Cinsiyet Değişikliği.....	73

3.3.2. Kastrasyon	76
3.4. Üreme Hakkına İlişkin Tıbbî Müdahalelerde Rıza	79
3.4.1. Üreme Hakkı.....	79
3.4.2. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları	79
3.4.3. Gebeliğin Sona Erdirilmesi ve Sterilizasyon.....	81
3.4.3.1. Gebeliğin Sona Erdirilmesi	82
3.4.3.2. Sterilizasyon	84
3.5. Kanun Gereği Gerçekleştirilen Tıbbî Müdahalelerde Rıza	84
3.5.1. Acil Tıbbî Müdahaleler	85
3.5.1.1. Varsayılan Rıza	87
3.5.2. Kamu Sağlığını Korumaya Yönelik Tıbbî Müdahaleler	88
3.6. Mahkeme Kararıyla Gerçekleştirilen Tıbbî Müdahalelerde Rıza	89
3.6.1. Soybağının Belirlenmesi Amacıyla Gerçekleştirilen Tıbbî Müdahaleler ..	89
3.6.2. Akıl Sağlığı Hakkında Resmi Sağlık Kurulu Raporu Alınması Amacıyla Gerçekleştirilen Tıbbî Müdahaleler	90
3.6.3. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması	92
3.7. Organ ve Doku Nakline Rıza.....	93
3.7.1. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alınması	94
3.7.2. Ölüden Organ ve Doku Alınması	97
SONUÇ	100
KAYNAKÇA.....	105

KISALTMALAR LİSTESİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
C.	: Cilt
CMBMY	:Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik
Çev	: Çeviri
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMEK	: Hekimlik Meslek Etiği Kuralları
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
ODNK Nakli	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Hakkında Kanun
RTSHYDİT	:Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük
R.G.	: Resmi Gazete

SMMİSHÇDMMİVGTDY	:Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T	: Tarih
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDN	: Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTB	: Türk Tabipler Birliği
TTBK	: Türk Tabipler Birliği Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
UHK	: Umumi Hıfzısıhha Kanunu
ÜYTE	: Üremeye Yardımcı Tedavi
ÜYTEY	:Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ

Sağlıklı yaşama hakkı geçmişten bu yana herkes için vazgeçilmez temel nitelikte olan bir insan hakkıdır. Kişiler sağlıklı bir yaşam sürmek gayesiyle yaşamları boyunca defalarca kez hekimlere, sağlık çalışanlarına başvururlar. Hekimler ve diğer tüm sağlık çalışanları tarafından uygulanan; en ufak girişimden en ağır ve kapsamlı girişime kadar hemen hepsi tıbbî müdahale uygulamasıdır.

Hekimler, tıbbî girişimde bulunma yetkisinin tanındığı, bu sebeple ağır riskler taşıdıkları bir meslek gurubunda yer almaktadırlar. Bu sebeple kişinin yaşam, sağlık ve vücut tamlığına yönelen ve risk barındıran tıbbî girişimlerin hukuka aykırı olmaması için sağlanması gereken koşullar bulunmaktadır. Tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran ilk unsur, müdahalede bulunulacak kişinin bilgilendirilmiş rızasının bulunmasıdır.

Çalışmamızın başlangıcında tıbbî müdahale kavramsal olarak ele alınmış ve tıbbî müdahalenin yöneldiği kişilik hakları bakımından incelemede bulunularak; bu hakların neler olduğuna yer verilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümde ise tıbbî müdahale uygulamaya ehil olan kişiler irdelenmiş ve müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından olan tıbbî gereklilik(endikasyon) ve aydınlatma hususları üzerinde durulmuştur. Zira salt rızanın varlığı tek başına hukuka aykırılığı ortadan kaldırılmamaktadır. Tıbbî müdahalenin ön koşulu olan rızanın hukuka uygun olabilmesi için gerekli olan aydınlatma, bir başka ifadeyle bilgilendirmenin hukuka uygun yapılması halinde geçerli bir rızadan bahsetmek mümkündür. Çalışmamız kapsamında bilgilendirilmiş rızasına başvurulacak kişilerin kimler olduğu, bu kişilerin taşıması gereken ehliyet koşulları değerlendirilecektir. Çalışmanın üçüncü bölümünde rızanın özellik arz ettiği durumlara yer verilmiş; rızanın esirgenmesi ve geri alınması, rızanın temsilci tarafından açıklanması, acil tıbbî müdahaleler cinsiyet değişikliği, kastrasyon, sterilizasyon, mahkeme kararıyla gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler ve organ ve doku naklinde rıza

konularına yer verilmiştir. Yapılan çalışma ile tıbbî müdahalede rızanın hukuki çerçevesini belirlemek amaçlanmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TİBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI VE UNSURLARI

1.1.Genel Bilgiler

İnsanoğlu yaşamı boyunca sağlıklı bir ömür sürme gayretinde olmuştur. Ancak çevresel ve kalıtsal faktörler nedeniyle sağlığı bozulan kişiler hekimlerin yardımına ihtiyaç duymuşlardır. İnsanoğlunun daha sağlıklı ve uzun yaşam isteği doğrultusunda her geçen gün tıp alanında çeşitli araştırmalar ve çalışmalar yapılarak geliştirilmektedir. Hekimler insan sağlığını korumak ve yaşamlarını iyileştirmek üzere mesleklerini icra ederken tıbbî müdahalelerde bulunurlar.

Tıbbî müdahaleler, kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik girişimler içeren eylemler olup vücut bütünlüğünün korunması Anayasal temel bir haktır. Her ne kadar tıbbî müdahale ile kişinin sağlığını korumak veya iyileştirmek hedeflense de yalnızca bu hedef tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamamaktadır. AY m.17/2’de yer alan ; “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz.*” ifadesinden de yola çıkarak, tıbbî müdahalelerin; müdahalede bulunmaya ehliyetli kişiler tarafından uygulanması, tıbbî gerekliliğin mevcut olması ve tıbbî müdahalede bulunulacak kişinin rızasının olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Tıbbî müdahaleler, başta rıza olmak üzere hukuka uygunluk şartlarını bulundurduğu müddetçe meşru birer müdahale kabul edilebilecektir¹.

1.2. Tanımı ve Kapsamı

Hekimler, başlangıçtan bu yana tıp mesleğinin onları yükümlü kıldığı biçimde insanların sağlığını koruma, iyileştirme; insan sağlığını bozucu etkenlerden uzak

¹ İlhan Gülel, *Tıbbî Müdahaleye Rıza* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 91.

tutmaya, tedavi etme gayesinde olmuşlardır. Hekimlerin insan sağlığını korumak ve iyileştirmek için gerçekleştirdiği eylemler tıbbî müdahale kavramını oluşturmuştur.

16 Mart 2004 tarihinde kabul edilen “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*”, bir diğer adıyla Biyotıp Sözleşmesi’nde tıbbî müdahale kavramını kullanmış ancak tanımlamamıştır².

Öğretideki tıbbî müdahale kavramına ilişkin birçok farklı tanımın olduğu görülmektedir. Aşçıoğlu, kavramsal olarak tıbbî müdahaleye yer vermeyerek tıbbî el atmanın amacından yola çıkarak açıklama yapmış, insanlara sağlık kazandırma ve acılarını dindirme gayesiyle, hastalıkların teşhisi ve tedavisi, estetik operasyonlar ve organ nakli gibi müdahaleler şeklinde tanımlamıştır³.

Birtek ise tıbbî müdahaleyi, hekimin ya da hekimin gözetim sorumluluğun da olan yardımcı personelin gerçekleştirdiği işlemler şeklinde tanımlar⁴.

Çakmut, tıbbî müdahale ile ilgili; tıbbî girişimde bulunmaya ehil olan kişiler tarafından, tıp biliminin kabul ettiği kuralları uygulayarak, fiziksel ya da psikolojik bir sorunun saptanması ve giderilmesi ya da bu imkanın bulunmaması halinde kişinin acılarını hafifletmeye ya da kişiyi hastalıktan korumaya yönelik faaliyetler şeklinde açıklamada bulunmuştur⁵.

Çilingiroğlu, tıbbî müdahaleye resmi ehliyetli olan kişilerce; yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğünü tehdit eden hallerin tespiti yapılarak bunun önüne geçmek ve nüfus planlamasını sağlamak amacıyla, tıp biliminin onayladığı biçimde gerçekleştirilen uygulamalar şeklinde tıbbî müdahaleyi açıklamıştır⁶.

Savaş, tıbbî müdahale kavramı ile ilgili en geniş tanımlardan birini yapmış; kişilerin sağlığını korumak, eğer kişinin sağlığında istenmeyen bir durum söz konusu ise kişiyi iyileştirmek ve devamında sosyal iyilik durumunun devamını sağlamak amaçlarıyla; tıp

² RG. 20.04.2004- 25439

³ Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar* (Ankara: 1993), 36.

⁴ Fatih Birtek, “*Tıbbî Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı*”, İstanbul Barosu Dergisi, 81/5 (2007): 81.

⁵ Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003), 24.

⁶ Cüneyt Çilingiroğlu, *Tıbbî Müdahaleye Rıza* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 15.

mesleğini icra etmeye ehil kişiler tarafından tıbbın ışığında, gerektiğinde kişinin rızası hilafına gerçekleştirilen eylemler şeklinde açıklamıştır⁷.

Şengül tıbbî müdahale ile ilgili kısa bir açıklamaya yer vererek, kişinin fiziksel veya ruhsal anlamda bir hastalığının teşhis, tedavisi ile bu kapsamda sağlık personeli tarafından yapılan her türlü fiziki ve fikri eylemler olarak tanımlamıştır⁸.

Tunalı'ya göre, tıp mesleğini yerine getirmeye resmi olarak ehil olan kişi ya da kişiler tarafından, insan beden ve ruh sağlığını tedavi etme amcacıyla gerçekleştirilen doğrudan ya da dolaylı faaliyetlerin tümü tıbbî müdahaledir⁹.

Kanaatimizce tıbbî müdahale kavramı en genel ve kapsayıcı biçimde, tıbbî müdahalede bulunmaya ehil olan kişiler tarafından, tıp biliminin etik ve ilkeleri doğrultusunda gerçekleştirilen her türlü zihinsel ve fiziksel faaliyet olarak tanımlanabilir. Ayrıca sağlık hizmetlerinin tamamının tıbbî müdahalenin bir şekli olduğu söylenemezken, tüm tıbbî müdahalelerin sağlık hizmetleri kapsamında olduğu söylenebilmektedir¹⁰.

1.3. Tıbbî Müdahale Kavramını Hukuki Niteliği

1.3.1. Genel Olarak

Tıbbî müdahale, faaliyet gösterdiği alan gereği kişinin, kişilik haklarına saldırı teşkil ettiğinden, ancak ve ancak hukuk düzenince belirlenen hukuka uygunluk koşullarını sağlaması halinde hukuka uygun kabul edilmektedir. Hukuk bilimi açısından tıbbî müdahale, kişilik hakları ile ilişkili olduğundan, tıbbî müdahale bir anlamda da kişinin yaşam hakkının korunması ve bu hakkı kaliteli bir şekilde kullanmasını sağlamaya yönelik bir eylemdir¹¹. Tıbbî müdahale kavramının hukuki niteliği, sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluktan doğan; vekaletsiz iş görme ve haksız fiil şeklinde ayrılabilir.

⁷ Halide Savaş, *Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009), 23.

⁸ Ragıp Şengül, *Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020), 6.

⁹ Işıl Güney Tunalı, *Hekimin Tıbbî Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 40.

¹⁰ Aynı yönde tanım için bkz.; Nur Tavlı, *Tıbbî Müdahalelerde Karar vericiler ve Rıza* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2022), 9.

¹¹ Qaisar Nasrat, “Tıbbî, Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Şartları”, İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2 (2023): 83.

1.3.2. Sözleşme niteliği

Tıbbî müdahale, tıp mesleğini resmi olarak yerine getirmeye yetkili olan kişiler tarafından tıp biliminin kuralları doğrultusunda, kişiye uygulanan doğrudan veya dolaylı eylemlerdir.

Tıbbî müdahalenin hukuki niteliği sözleşme olarak ele alındığında; hekimlik sözleşmesi, teşhis ve tedavi sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ya da eser sözleşmesi olduğu yönünde farklı görüşler vardır.

-*Hekimlik sözleşmesi*, hekimlerin faaliyet konusu olan insan yaşamı, sağlığı ve kişilik hakları ile ilgili olması sebebiyle iş görme sözleşmeleri arasında ayrı bir öneme sahiptir¹². Hekimlik sözleşmesi, hekime ödenecek ücret karşılığında hekim ile hasta veya hastanın temsilcisi arasında kurulan sözleşmedir¹³. Tanımdan hareketle, tıbbî müdahalenin hekimlik sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde; hekimin, kişiye bağlı iş görme borcunun ifasını içeren ve karşılığında para borcunun doğduğu, rızaya bağlı ve isimsiz atipik bir sözleşme olduğu söylenebilmektedir¹⁴.

-*Teşhis ve tedavi sözleşmesi*, hastanın ya da yasal temsilcisinin sağlık kuruluşuyla yaptığı sözleşmedir. Sağlık kuruluşunun teşhis ve tedavi borcu; hasta ya da kanuni temsilcisinin ise ücret ödeme borcu altında olduğu sözleşme şeklidir¹⁵.

-*Vekâlet sözleşmesi*, vekil olanın, vekâlet veren kişinin iş ya da işlemini yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmelerdir¹⁶. Bu sözleşmede vekil, tıbbî müdahaledeki karşılığı ile hekim, gerçekleştireceği edimi özenle yerine getirmekle yükümlü olup edimin sonucu bakımdan şifa garantisinde bulunmama hakkına sahiptir¹⁷. Vekilin iş görme borcunun süre ile sınırlandırılmaması hususu vekâlet sözleşmesini, hizmet sözleşmesinden ayırmaktayken; vekilin borcunun yerine getirilmesiyle başarılı bir

¹² Atiye B. Uygur, “*Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 144 (2019): 357.

¹³ Mehmet Demir, “*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57/3 (2008): 232

¹⁴ Zeynep Nur Subaşı, “*Tıbbî Standartların Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi*” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2018), 154.

¹⁵ Kübranur Karaman, “*Tıbbî Müdahalede Hasta Rızası*” (Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi, 2021), 5.

¹⁶ TBK m-502 : “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*”

¹⁷ Şengül, 16-17.

sonuç elde edememe tehlikesinin bulunmaması ise vekâlet sözleşmesiyle eser sözleşmesini birbirinden ayırmaktadır¹⁸.

Yargıtay tarafından kabul edilen görüş; hekim-hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğudur. Hastanın sezaryen ameliyatı esnasında bağırsağında kesi meydana gelmesi nedeniyle tekrar ameliyat olduğu ve bu nedenle zor zamanlar geçirdiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebi istemiyle açtığı davaya ilişkin kararda, hekim ile hastanın arasında kurulan hukuki ilişki vekillik sözleşmesine dayandırılmıştır¹⁹. Ancak Yargıtay tarafından verilen birçok kararda estetik operasyonlarının eser sözleşmesi kapsamında olduğu belirtilmiş olup buna ilişkin değerlendirmelere eser sözleşmesine ilişkin açıklamalarda yer verilmiştir.

-*Hizmet sözleşmesi*, TBK m.393/1’de tanımlanmış olup, hizmet sözleşmesinin unsurları; bağımlılık, zaman, edim, anlaşma ve ücrettir. Ancak TDN m.6 hükmünde, hekimin bağımlı olmadığı ifade edildiğinden tıbbî müdahalenin hukuki niteliğinin hizmet sözleşmesi olacağı söylenememektedir. Hekimin belirli bir süre için belirli bir sağlık kuruluşunda hastaların bakımını üstlenmesi, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini etkilememekte, ancak hekimin sağlık kuruluşuna bağlılığı yönünden hizmet sözleşmesi varlığından söz edilebilmektedir²⁰.

-*Eser sözleşmesi*, TBK m.470’e göre: yüklenici tarafından bir eserin meydana getirilmesi borcunun, iş sahibinin ise bedel ödeme borcunun yüklenildiği sözleşmedir. Hekimlik mesleğinin icrasında bir şeyin yapımı söz konusu olmayıp hastanın sağlığını kazandırıcı sonuca yönelik faaliyetler gerçekleştirilmekte, eser sözleşmesinin tabii kılındığı şekilde işin ayıpsız olarak teslimi söz konusu olmayıp kusur bulunmadıkça sorumluluk meydana gelmemektedir²¹. Eser sözleşmesinde önemli olan husus, objektif olarak gözlenebilen, bir başka deyişle gözle görülebilen sonucun ortaya çıkıp çıkmamasıdır²². Belirtmek gerekir ki, tıbbî müdahalenin tarafı olan hekimin borcu teşhis ve tedavi olup sonuç garantili olmadığından eser sözleşmesinden bahsedilemese de;

¹⁸ Güney Tunalı, 107.

¹⁹ Y. 13. HD, 21.02.2011, E. 2010/7480, K. 2011/2465, www.legalbank.net, E.T. 18.01.2024.

²⁰ Aşçıoğlu, 19.

²¹ Aşçıoğlu, 17-18.

²² Tuğçe Kılıçgil Çiçek, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24/1 (2020): 131.

estetik amaçlı operasyonlar ya da diş hekiminin yaptığı diş protezi gibi işlemler eser sözleşmesi şeklinde nitelendirilmektedir²³.

Yargıtay tarafından tüm estetik operasyonların eser sözleşmesi ilişkisi olduğu yönünde bir genelleme yapılmamakla birlikte; birçok kararında estetik amaçlı tıbbî müdahaleleri eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir²⁴. Yargı kararlarında estetik müdahalenin diğer tıbbî müdahale türlerinden ayrılarak, vekâlet sözleşmesinden ziyade eser sözleşmesi olarak kabul edilmesindeki unsur, sonuç garantisinin olup olmamasıdır²⁵. Fakat öğretideki bir görüş, estetik amaçlı müdahalelerde hekim ve hasta ilişkisinin eser sözleşmesinden kaynaklandığını söylemeden önce olay özelinde değerlendirme yapılarak, hekim tarafından taahhütte bulunulup bulunulmadığının tespit edilmesi gerektiğini isabetli olarak belirtilmiştir.²⁶

Kanaatimizce de hasta ile hekim arasındaki ilişki de hekim edimini özenle yerine getirmekle yükümlü olup sonuç garanti etmediğinden söz konusu ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu söylenebilir. Estetik müdahaleler bakımından ise gözle görülebilir bir sonuç ortaya çıkarma taahhüdü verildiğinden eser sözleşmesi olarak kabulü gerekir.

1.3.3. Vekâletsiz iş görme niteliği

Vekaletsiz iş görme hükümleri TBK m.526-531 arasında yer almaktadır. Vekâletsiz iş görme niteliği gereği, vekâlet ya da akdi bir hukuki ilişki içermemektedir. Vekâletsiz iş görmenin unsurları; bir işin görülmesi, iş görme iradesi bulunması ve iş görene vekâlet verilmemiş olmasıdır. Tıbbî müdahale bakımından vekaletsiz iş görme, hastanın aydınlatılmış onamının alınmasın mümkün olmadığı; kişinin bilincinin açık olmadığı acil müdahale gerektiren haller, hastanın ameliyata alınmış ve ameliyat esnasında başlangıçta öngörülmemiş bir komplikasyon nedeniyle müdahalenin genişletilmesi

²³ Mine Kaya, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı ile İlişkisi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi(TAAD), 1/8 (2012): 49.

²⁴ Y. 15. HD, 08.06.2006, E. 2005/7988, K. 2006/3417; Y. 3. HD, 11.12.2013, E. 2013/14704, K. 2013/17733; Y. 15. HD, 07.11.2017, E. 2017/2286, K. 2017/3847, www.legalbank.net, E.T. 18.01.2024.

²⁵ Serenay Ağın, “Estetik Tıbbî Müdahalelerin Hukuki Nitelendirmesi ve Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi 86/3, (2021):165.

²⁶ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku C.II. Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022),874.

zorunluluğunun doğduğu hallerde ortaya çıkmaktadır²⁷. Vekâletsiz iş görme, hastanın varsayılan rızasına dayandırılmıştır. Varsayılan rıza konusu ayrı başlık altında incelenmiştir. Belirtmek gerekir ki, hekimin acil durum halinde TDN m.3²⁸ hükmünden kaynaklanan, vekâletsiz iş görme ilişkisi gereğince müdahalede bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır.

1.3.4. Haksız fiil niteliği

Tıbbî müdahaleye ilişkin faaliyetlerin kural olarak kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu kabul edildiğinden; hukuka uygunluğu sağlayan nedenlerinin bulunmaması halinde sözleşme ilişkisi veya vekâletsiz iş görme ile ilgili hükümler de uygulanamazsa, TBK m. 49'da²⁹ düzenlenen haksız fiile ilişkin hükümler uygulanır³⁰.

Bir kimseye karşı hukuka aykırı ve kusurlu bir eylem gerçekleştirilmesi sonucunda zarar ortaya çıkması halinde haksız fiil meydana gelir³¹. Fakat TBK m. 49/2 gereği kişinin başkasına zarar verici eylemini yasaklayan hukuk kuralı olmasa dahi, eylem hukuka aykırılık teşkil ettiği takdirde haksız fiil gündeme gelir³². Tıbbî müdahalede bulunan hekimin haksız fiil gerçekleştirdiğinden söz edebilmek için başkalarına zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk kuralının ihlal edilmiş olması gerekmektedir³³.

Hekimin haksız fiil dolayısıyla sorumlu olabilmesi için kusuru aranmakla birlikte hekimin kusuru kast ya da ihmali suretle meydana gelebilir. Ayrıca hekimin içinde bulunduğu koşullarla birlikte, hekim ile aynı uzmanlığa ya da benzer özellikleri olan basiretli bir hekimin davranışlarını göz önüne alarak ihmal değerlendirilmesinde bulunulur³⁴.

²⁷ Ağın, 171; Kaya, 56; Murat Doğan, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, içinde Uluslar arası Sağlık Hukuku Sempozyumu Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefkoşa 16-17 Ekim 2014, editörler Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015), 25.

²⁸ TDN m-3: “Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.”

²⁹ TBK m- 49: “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”.

³⁰ Murat B. Alkanat, “Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Sürekli Tıp Eğitim Dergisi (STED) 11/5 (2002): 180; Ecem Kirkit, *Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 63.

³¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 538.

³² Güney Tunalı, 144.

³³ Şengül, 25.

³⁴ Ağın s.172.

1.4.Tıbbî Müdahalenin İlgili Haklarla İlişkisi

Tıbbî müdahale bazı temel hak ve hürriyetler ile yakından ilişkilidir. Zira tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk tesis ettiği hallerde söz konusu temel hakların ihlali gündeme gelebilir. Bu nedenle yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü haklarının tıbbî müdahale ile olan bağlantısı ayrı başlıklar altında ayrıca ele alınmıştır.

1.4.1. Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı, kişilik hakları içerisinde bulunan maddi bütünlüğe ilişkin vazgeçilemez bir kişisel değer, bütün hak ve özgürlüklerin varlığının ön koşuludur³⁵. Zira yaşam hakkı diğer tüm hakların özünü oluşturduğundan, bu hak olmadan beden tamlığının, sağlığın, onur ve saygınlığın anlamı olmayacağından diğer haklarının kullanılabilmesi mümkün olmaz³⁶. Bu hak ile kişi fiziksel ve ruhsal olarak varlığını aksaklık olmadan sürdürebilecek sağlık ve bütünlükte doğması, devamında ise fiziksel ve ruhsal varlığını doğal sınırlamalar dışında zarar görmesini önleyebilmesi olarak tanımlanabilmektedir³⁷. Anayasa madde 17/1 ile “herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”denilerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 2’ de ise “Herkesin yaşam hakkı yasanın korunması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez.” denilerek yaşam hakkı ve yaşamın korunması konusunda temel hükümler yer verilmiştir.

Kişi yaşam hakkı üzerinde özgürce tasarruf edemez, vücut bütünlüğünü zedeleyici hukuka aykırı sözleşmeler yapamaz. Devlet, kişinin yaşam hakkının korunması konusunda birçok ödevle sahip olup, kişiyi öldürmeme yükümlülüğünün yanında öldürmeye karşı koyma yükümlülüğü de bulunmaktadır³⁸. Zira ötenazi, teşhis ve tedavi içeren bir uygulama olmadığından tıbbî müdahale olarak kabul edilemez.

³⁵ Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Konya: Mimoza Yayınları, 2017),72.

³⁶ M. Sezgin Tanrıkulu, “İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı”,*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 66 (2006): 52, ; İbrahim Şahbaz, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 86 (2009): 409.

³⁷ Ayça Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbî Müdahaleye Rıza* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 67; Cengiz Topel Çiftçioğlu, “Yaşama Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 103 (2012):139.

³⁸ Hatice Sarıtaş, *Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2005), 11.

1.4.2. Sağlık Hakkı

Sağlık, evrensel bir kavram olup yalnızca bireyde hastalık yahut sakatlığın bulunmaması değil, bununla birlikte sosyal ve psikolojik bakımdan tam bir iyilik halinde bulunmaktır³⁹. Başka bir deyişle, hastalığa dair belirtilerden uzaklaşmak, hastalık veya engele sahip olmamak, fiziksel açıdan sağlıklı olmak, psikolojik ve sosyal iyilik halinde bulunmak da sağlık kavramı içinde yer almaktadır⁴⁰. Dünya Sağlık Örgütü'nün yalnızca hastalık ve sakatlığın olmaması değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam bir iyilik hali olarak açıkladığı sağlık kavramı, literatürde en fazla kabul edilen tanımdır⁴¹. Bununla birlikte psikolojik faktörler ile tıbbî durumlar arasındaki ilişkinin ayrıntılarının belirlenmesindeki zorluğa karşın, deneysel kanıtlar psikolojik faktörlerin fiziksel sağlığı ve en azından bazı tıbbî hastalıkların ortaya çıkışı ve sonucunu etkilediğini şüpheye yer bırakmayacak şekilde göstermektedir⁴². Sağlık hakkı da tıpkı yaşam hakkı gibi kişilik hakları içinde yer almaktadır. Sağlık hakkı bakımından beden ve ruh sağlığı arasında fark yoktur. Dolayısıyla bireyin bedensel yahut ruhsal bütünlüğüne yönelen her türlü saldırı kişilik hakkının ihlali niteliğinde sayılır.

Anayasa m. 56'da yer alan; “*Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*” ifadesi, sağlık hakkının temel bir hak olarak korunduğunu ortaya koymaktadır. Sağlık hakkı, öncelikle devlete sorumluluklar yüklemektedir. Hükümde “herkes” denilerek, her gerçek kişinin kastedildiği ve gerçek kişilerin madde de yer alan koruma sisteminden doğal olarak istifade edeceği söylenebilmektedir⁴³. Sosyal bir hak olan sağlık hakkının güvence altına alınmasının temel yükümlüsü Devlettir⁴⁴. Bu kapsamda Devlet kendi uygulamaları ile vatandaşların sağlık hakkını ihlal etmemeli, vatandaşların sağlık hakkını koruyarak başkaları tarafından da ihlal edilmesine izin vermemeli, vatandaşlarının sağlık hakkından yararlanmayı garantileyerek; sağlık kuruluşlarından,

³⁹ Ali Alu, “Sağlığın Temel Kavramları”, Sağlık Yönetimi Dergisi 1/2 (2017): 32.

⁴⁰ Enver Bozkurt, “İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı”, içinde Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım (Ankara: Ankara Barosu Yayınları 2009), 14.

⁴¹ Sağlığın Teşviki ve Geliştirilmesi Sözlüğü, 1, https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/64546/9789755903613_tur.pdf?sequence=3, E.T. 18.06.2024.

⁴² Alan Stoudemire, *Tıbbî Sorunları Etkileyen Psikolojik Faktörler* (Ankara: Compo Mentis Yayınları, 1997), s.7.

⁴³ Dilara Yüzer Eltimur, “Anayasa Hukuku Kapsamında Sağlık Hakkı ve Dava Edilebilirlik Sorunu”, İzmir Barosu Dergisi 87/2 (2022): 365.

⁴⁴ Yüzer Eltimur, 366.

malzemelerinden ve hizmetlerinden faydalanmaları açısından, ülke sınırları dahilinde ve vatandaşlar arasında bulunan dengesizliklerin düzeltilmesi amaçlanmalıdır⁴⁵.

1.4.3. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Kişinin bedenini meydana getiren organlar, uzuvlar, dokular, kemikler ve en küçük vücut parçaları üzerindeki hakkı vücut bütünlüğü hakkıdır⁴⁶. Kişiler vücut bütünlükleri üzerinde mutlak hak sahibi olup herkes bir başkasının vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek davranışlardan kaçınmalıdır⁴⁷. AY m. 17 gereğince kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler anayasal güvence altındadır.

Kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü üzerinde meydana gelmiş ya da gelecek maddi yahut manevi bozulmalar vücut bütünlüğünün ihlali olarak nitelendirilmektedir⁴⁸. Esasen kişiler vücut bütünlükleri bakımından tehdit ya da saldırı arz eden müdahalelere rıza göstermez. Kişi sözleşme ile rıza gösterse dahi TMK m. 23 hükmüne göre hukuka aykırılık ortadan kalkmayacağından sözleşme geçerli değildir⁴⁹. Dolayısıyla verilen rıza da hukuka uygunluk sebebi olmaz.

1.5. Kişilik Hakları ve Tıbbî Müdahale Nedeniyle Kişilik Haklarının İhlali

Hak, hukuk düzeninin koruduğu ve sahibinin ise bu korumadan yararlanma yetkisinin olduğu menfaattir⁵⁰. Bu menfaatlerin değişik biçimlerde ortaya çıkması, çeşitli hakların varlığını da beraberinde getirir⁵¹. Kişilik hakları, bireyin kişiliğini meydana getiren bütün değerlerine; yaşam, beden bütünlüğü, sağlığı, onuru, özgürlüğüne ilişkin haklarıdır⁵². Gerçek kişiler sağ ve tam doğumla; tüzel kişiler kuruluşun tamamlanmasıyla kişilik hakkını kendiliğinden kazanılır⁵³.

⁴⁵ Nazmi Zengin, “Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi 1/1 (2010): 47-48.

⁴⁶ Sarıtaş, 11.

⁴⁷ Ayan ve Ayan, 73.

⁴⁸ Ayşenur Şahin, “Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15/2 (2011): 124.

⁴⁹ Çakal, 70.

⁵⁰ M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 140.

⁵¹ Oğuzman ve Barlas, 140.

⁵² Rona Serozan, “Kişilik Hakkının Korunması ile ilgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 11/14 (2011): 93.

⁵³ Ayan ve Ayan, 67.

Kişilik hakkı, mutlak bir hak olup, hak sahibinin hakkına saldırı yönelten herkese karşı ileri sürülebilir⁵⁴. Saldırıya uğrayan kişinin rızası, üstün nitelikli özel yahut kamusal yarar veya kanunun tanıdığı bir yetkinin kullanılması nedenleriyle haklı kılınmadığı müddetçe, kişilik haklarına karşı gerçekleştirilen saldırıların hukuka aykırı olduğu kabul edilir⁵⁵.

Kişilik hakları, maddi değeri olmayan, şahısvarlığı haklarına dahildirler⁵⁶. Fakat kişilik haklarına yapılan saldırılar, maddi ya da manevi zarar doğurabilir. Örneğin; kişiye yanlış tedavi uygulanması sebebiyle iş göremez duruma gelmesi sonucu ücret alacağının doğması halinde; hatalı tıbbî müdahaleyle vücut tamlığı ihlal edilmekle birlikte malvarlığında da bir zarar meydana gelmektedir⁵⁷. Kişinin ortaya çıkan zararının tazmini hususunda talepte bulunması, saldırıda bulunulan hakkın maddi nitelik taşıdığı anlamına gelmez⁵⁸.

Kişilik haklarını bir diğer özelliği ise kişiye sıkı sıkıya bağlı olması dolayısıyla, sadece hakkın sahibinin kullanılabildiği, başkalarına devredilemeyen hatta ve hatta başkaları eliyle dahi kullanılamayan haklar oluşudur⁵⁹. Bu haklar niteliği gereği zamanaşımına uğramaz, bu haklar bakımından hak düşürücü süre işlemez⁶⁰.

TMK m.23 hükmünden hareketle kişi, kişilik haklarından tamamıyla vazgeçemez ya da bu haklar hukuka ve genel ahlaka aykırı biçimde sınırlandırılmaz⁶¹. Tıbbî müdahaleler ise ister istemez bireyin kişilik haklarına bir müdahale içerir⁶². Fakat tıbbî müdahaleler; kişilerin vazgeçilemez nitelikteki kişilik değerleri ile ilgili objektif anlamda müdahale

⁵⁴ Oğuzman ve Barlas, 156.

⁵⁵ Çakal, 135.

⁵⁶ M. Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002), 117.

⁵⁷ Burcu G. Özcan ve Çağlar Özel, “*Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi 10/1 (2007): 53.

⁵⁸ Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir, 117.

⁵⁹ Serozan, 94; Oğuzman ve Barlas, 167.

⁶⁰ Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir, 117.

⁶¹ Ayan ve Ayan, 69.

⁶² Özcan ve Özel, 71.

içerse de sübjektif anlamda ihlalde bulunmaz; kişiliğe saldırı amacı taşımaz, aksine kişilik değerlerinin iyileştirilmesi, korunması ve geliştirilmesini hedefler⁶³.

Hukuka uygunluk sebepleri, hukuk düzenince korunan değerler ve gözetilen menfaatler ihlal edilirken gerçekleştirilen eylemlerin, hukuka aykırılığını ortadan kaldıran hallerdir. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerin hukuka uygun hale gelmesi için öncelikle “rıza” aranmaktadır. Ana konumuz olan tıbbî müdahaleler bakımından kişinin rızası olmadan gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler hukuka aykırı sayılacak, aynı zamanda rızanın bulunmaması kişinin değerinin göz ardı edilmesine sebep olarak, kişilik haklarının ve insan onurunun ihlalini gündeme getirir.⁶⁴

Bu nedenle tıbbî müdahaleler de kişinin rızası alınmalı; rıza almanın mümkün olmadığı haller ya da kişinin rıza verme ehliyetinin bulunmadığı durumlar haricinde, kişinin doğrudan kendisinin rıza beyanında bulunması gerekmektedir⁶⁵. Ancak verilen rızanın kapsamı da önem arz eder. Nitekim bu rıza kişinin hayatından vazgeçmesi gibi bir mahiyette olamaz. Zira hukuk düzeni kişiyi kendisine rağmen korur.

1.6. Tıbbî Müdahalenin Unsurları

Tıbbî müdahaleler, hastayı tedavi etmek, sağlığını korumak ve iyileştirmek amacıyla hekimler tarafından gerçekleştirilen müdahalelerdir⁶⁶. Tıbbî müdahalede bazı unsurların bulunması halinde diğer müdahalelerden ayrılır ve hukuka ayrılık durumu ortadan kalkarak hukuka uygun hale gelir⁶⁷.

HHY m.4/g’ de tıbbî müdahale tanımlanmıştır. Bir eylemin tıbbî müdahale olarak kabul edilebilmesinin koşulları; tıp mesleğini yerine getirmeye ehil kişiler tarafından yapılması ve kişileri tedavi etme amacına yönelik olması şartları aranmaktadır.

⁶³ Zafer Kahraman, “Medeni Hukuk Bakımından Müdahaleye Hastanın Rızası”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7/1 (2016): 483.

⁶⁴ Eda Demirsoy Aşıkoğlu, “Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbî Müdahaleler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 35 (2018): 320.

⁶⁵ Özcan ve Özel, 53.

⁶⁶ Onur Kuru, “Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12/2 (2021): 493.

⁶⁷ Hafize Özdelek, *Tıbbî Müdahalede Aydınlatılmış Rıza* (Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi, 2022), 9.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesinde “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır*” denilerek, tıp fakültesinden diploma almış hekimlere tıbbî müdahalede bulunma yetkisi verilmiştir.

Bazı yazarlar, toplum tarafından tıp mesleğini icraya yetkili kılınmış kişiler tarafından gerçekleştirilme, bir hastalığı önleme hafifletme etkilerini ortadan kaldırma, tıp biliminin verileri kıstas alınarak genel ilke ve kurallarına uygun olma ve hastanın aydınlatılmış rızası başlıkları altında tıbbî müdahalenin unsurlarını incelemiştir⁶⁸.

Doktrindeki bir görüşe göre ise tıbbî müdahalenin unsurları üç şartın bulunması gerekmekte olup bunlar; tıp mesleğini yerine getirmeye ehil olan kişiler tarafından gerçekleştirilme, kişilerin sağlığını korunma ve iyileştirilme hedeflerine yönelme, tıbbın kural ve standartlarına uygun şekilde maddi ve manevi hareketlerden oluşmadır⁶⁹.

Bu açıklamalardan sonra kanaatimizce tıbbî müdahalenin unsurları; yasalar tarafından yetkili kılınmış sağlık çalışanları tarafından yapılması, hukuka uygun amaç gütmesi, hastanın bilgilendirilmiş rızasına başvurulmuş olması ve tıp biliminin koyduğu kurallara uygun, özenli biçimde gerçekleştirilmesi durumu sayılabilir⁷⁰.

1.6.1. Tıbbî Müdahalenin Yetkili Kişiler Tarafından Yapılması

Hukuka uygun tıbbî müdahalenin ilk unsuru, yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesidir. Bu unsurun önem arz etmesinin sebebi, tıbbî müdahale neticesinde ortaya çıkabilecek olası zararlardır. Tıbbî müdahalede bulunması yetkisi esas itibariyle hekimlere verilmiş bulunmakla birlikte TŞSTİDK'nın çeşitli hükümlerinde hekimler dışında tıbbî müdahalede bulunabilecek kişiler de sayılmıştır. Bunlar: Hekimler, diş hekimleri (m.29,30), ebeler (m.47), sağlık memurları (m.3), sünnetçiler (m.58), hastabakıcı hemşireler (m.68) ve diş protez teknisyenleri.

⁶⁸ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku C.I. Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 294; Güney Tunalı, 52.

⁶⁹ Munise Gülen Kurt, “*Tıbbî Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 146 (2020): 190.

⁷⁰ Çilingiroğlu, 15.

1.6.1.1. Hekim

Tıbbî müdahale çoğu zaman iki taraflı olup, taraflar hasta ve hekimdir. Tıbbî müdahaleyi icraya yetkili olan kişilerin en başında hekimler gelmektedir⁷¹. Hekimin hastanın vücut bütünlüğüne yönelen eylemi, tıbbî müdahaleyi oluşturarak, hekimi tıbbî müdahalenin aktif süjesi haline getirmektedir⁷².

Hukukumuzda hekimlik mesleğini icra edebilmenin ilk şartı, tıp fakültesi mezunu olmaktır. TŞSTİDK' nın 1. maddesine göre önceleri hekimlerin Türk vatandaşı olması gerekmektedir. Ancak bu koşul kaldırılarak, yabancı ülke vatandaşı olup hekim olan kişilere 663 sayılı KHK madde 58 hükmü doğrultusunda hekimlik yapma imkânı verilmiştir⁷³.

Hekimlik faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi için tıp fakültesinden mezun olarak diploma almak ve diplomanın Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulacak bir heyetçe incelenerek onaylanması ve sicile işlenmesi şartı sağlanmalıdır⁷⁴.

Yabancı ülke vatandaşı olan sağlık personelleri, Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye'de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik hükümlerine uyarak Türkiye'de de faaliyette bulunabilirler⁷⁵. Adı geçen Yönetmelikte değişiklik yapılarak Suriyeli hekimlere yönelik düzenleme getirilmiştir. Söz konusu değişikliğe göre; Suriyeli hekimlerin tıp mesleğini yerine getirmeye ehil olduklarına dair belge sunmaları halinde, Türkiye'de geçici koruma statüsünde bulunanlara hizmet vermeye yönelik Afet ve Acil Durum Yönetmeliği Başkanlığı tarafından belirlenen göçmen sağlığı merkezlerinde, bazı şartlardan muaf tutularak Suriyeli göçmenlere hizmet verebilmektedirler⁷⁶.

⁷¹ Tavlı, 7.

⁷² Emel Badur, *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 32.

⁷³ Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Karar S:663, T:11.10.2011, RG 02.11.2011-28103

⁷⁴ Çakal, 29; Güney Tunalı 324.

⁷⁵ RG. 22.02.2012-28212.

⁷⁶ RG 01.04.2017-30025

“Suriye uyruklu sağlık meslek mensuplarının muafiyet durumu

Geçici Madde1 :

(1) Türkiye’de geçici koruma altına alınanlara hizmet vermek üzere, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından kurulan barınma merkezleri ile Sağlık Bakanlığınca koordine edilen ve Afet

Hekimlik mesleğini yerine getirebilmenin bir diğer şartı da tabip odasına kaydolmuş olmaktır. TTBK m. 7 hükmüyle özel sağlık sektöründe çalışan ve serbest çalışan hekimler için tabip odasına kayıtlı bulunma şartı aranmakta olup kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde görev yapan memur hekimler bakımından üyelik isteğe bağlı tutulmuştur.

Hekimlik mesleğinin icra edilebilmesi için geçici veya daimi engel halinin bulunmaması aranan şartlardan bir diğeridir. Hekimlik mesleğinin icrasına geçici engel haller TTBK 38. madde⁷⁷ de düzenlenerek; tabip odasına kayıtlı olmayan yahut kanunun hekimi sorumlu kıldığı yükümlülükleri yerine getirmeyenlerin Onur Kurulu tarafından disiplin cezası ile cezalandırılma durumu ile karşı karşıya kalacakları hüküm altına alınmıştır. TTBK m.39'da ise hekimin 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men edilebileceği ve söz konusu yaptırımın üç kez uygulanması halinde hekimin o bölgede çalışmasının yasaklanacağı hüküm altına alınmıştır. TTBK 40. maddeye göre verilen disiplin cezalarına karşı 15 günlük itiraz süresi verilmiş olsa da itiraz edilmeme halinde dahi re'sen Yüksek Onur Kurulu⁷⁸ tarafından denetleme yapılmaktadır. Aynı Kanunun 49. maddesine göre çalışma yasağı bulunan hekimler, hiçbir şekilde mesleklerini icra edemez ve klinikleri kapatılır.

Hekimlik mesleğini icraya sürekli engel haller TŞSTİDK'nın 28. maddesinde belirtilmiştir. Bu hükme göre kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis

ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığınca uygun görülen göçmen sağlığı merkezlerinde çalışmak isteyen Suriye uyruklu sağlık meslek mensupları mesleğini icraya yetkili olduğuna dair belge ibraz etmek kaydıyla 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki şartlardan muaf tutulur.” Suriyeli hekimlerin değişiklik ile muaf tutulduğu şartlar ise şu şekildedir:

Yabancı sağlık meslek mensupları, özel sağlık kuruluşlarında mesleklerini icra edebilmeleri için a-Diploma ve /veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilleri yapılmış bulunmak.

b- Mesleğini icra etmesine kanunen engel hali bulunmamak.”

⁷⁷ TTBK m-38: “Haysiyet Divanı, odaya girmiyen veya kanunun kendisine tahmil ettiği diğer vecibeleri yerine getirmiyenler hakkında inzibati ceza verir.”

⁷⁸ TTBK m-42: (Değişik:08.01.1985-3144/9 md) (Değişik: 07.06.1985 / 3224 / 56 md) “Yüksek Haysiyet Divanı Büyük Kongrede seçilen dokuz asıl ve dokuz yedek üyeden oluşur. Yüksek Haysiyet Divanına seçilebilmek için Türkiye’de en az onbeş yıl tabiplik yapmış olmak ve bu Kanunun 39 uncu maddesinde yazılı cezalardan herhangi birini almamış olmak gerekir.”

cezasına mahkûm olanlar ve mesleği icraya engel olan ve iyileşme ihtimali bulunmayan bir akıl hastalığı bulunan hekimler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla tıp mesleğini icra etmekten yasaklanarak ve diplomaları geri alınır⁷⁹.

Tıp fakültesini başarı ile tamamlayarak diploma alan hekim pratisyen hekim olarak mesleğe başlamakta olup seçtikleri bir alanda uzmanlık eğitimi alarak bu eğitimi tamamlayan hekimler ise uzman hekim olarak unvan sahibi olurlar⁸⁰. Pratisyen hekimin tıp bilimi ve verilerine göre genel kabul gören teşhis ve tedavileri uygulamasında mahzur bulunmamaktadır. Ancak bazı özel durumlarda hekimin uzmanlık belgesine sahip olması gerekmektedir. Örneğin TŞSTİDK'nın 3. maddesi gereği hasta üzerinde temel seviyede olan cerrahi işlemler ile sünnet işlemleri hariç cerrahi müdahalede bulunabilmek için hekimin uzman unvanı alması gerekir. Bundan sonraki açıklamalarımızda hekim denildiğinde tıbbî müdahalede bulunma yetkisi olan sağlık personeli anlaşılabacaktır. Aksine bir husus varsa bu ayrıca belirtilecektir.

1.6.1.2. Sertifika ile Yetki Alınması

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik m. 31/1-g' ye göre; *“sertifika, yüksek lisans veya doktora belgesine dayanılarak, bir başka tıp dalının görev alanına giren işlerin uzmanı olunduğu ilan edilerek meslek yürütülemez ve bu tür belgeler mesleğin icrasında uzmanlık belgesi olarak kullanılamaz.”*⁸¹. Ancak Sağlık Bakanlığı, hekimlere bazı eğitim programlarını tamamlayarak uzmanlık ile alakalı faaliyetlerde bulunmaları hususunda tasarruflarda bulunmaktadır⁸².

1.6.1.3. Öğrenci ve Asistanların Yaptığı Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu

Tıp mesleğini icra yetkisi olan kişiler, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da sayılmıştır. Sağlık Bakanlığı yayımladığı bir Genelge'de *“Asistanlar “eğitim gören” konumunda bulunduklarından ve uzman yetkisine sahip olmadıklarından dolayı uzmanlık bilgi ve becerisi gerektiren tıbbî uygulamaları tek*

⁷⁹ Güney Tunalı, 328.

⁸⁰ RG. 26.04.2014-28983.

⁸¹ RG. 15.02.2008-26788.

⁸² Hakeri, *Genel Hükümler*, 307.

başlarına yapmaları uygun değildir. Ancak her kurumun asistan eğitimlerini; eğitim görevlisi, başasistan ve uzman sayısına göre planlaması gerekmekte olup bir eğitim görevlisi, başasistan veya uzman birden fazla asistana nezaret edecek şekilde eğitimler organize edilebilecektir. Asistana nezaret eden ilgili eğitim görevlisi, başasistan ve uzmanın bilgisi ve değerlendirmesi bulunmadan hastalara tedavi planlanmayacaktır. Hastalara yapılan uygulamalar ile planlanan tedavilerden, asistana nezaret eden ilgili eğitim görevlisi, başasistan ve uzmanın sorumlu olduğunun fayda görülmüştür." denilerek, hem asistanların tıbbî müdahale yetki sınırını belirlemiş hem de eğitim görevlilerinin sorumluluğu belirtilmiştir⁸³.

1.6.1.4. Silahlı Kuvvetler ile Emniyet Genel Müdürlüğünün Sağlık Meslek Mensubu Olmayan Personelin Yaptığı Tıbbî Müdahaleler

1219 sayılı TŞSTİDK'nın 3/son maddesinde; *"Türk Silahlı Kuvvetleri muharip unsurlarından, Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığı operasyonel unsurlarından ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Dairesi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı personelinden görevlendirilen ve ilgili eğitimi başarıyla tamamlayanlar, görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere, sağlık personeli yokluğunda, sağlık hizmetine ulaşıncaya kadar acil Tıbbî müdahaleleri yapmaya yetkilidir. Söz konusu personelin yetki ve sorumlulukları ile bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, İçişleri Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığınca müştereken hazırlanan yönetmelikle düzenlenir"* denmektedir.

Türk Silahlı Kuvvetleri İle Emniyet Genel Müdürlüğünün Sağlık Meslek Mensubu Olmayan Personelinin Yapmaya Yetkili Oldukları Acil Tıbbî Müdahaleler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 5.madde de bu personelin yetkili kılındığı tıbbî müdahale türleri tek tek sayılmıştır. Aynı Yönetmelikte yer alan m.7/2'ye göre personel, yaptığı iş ve işlemleri kayıt altına almalıdır.

⁸³ TC. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü 28/09/2012 tarih ve B.10.0.SHG.0.18.00.00-252.99- sayılı genelge.

1.6.2. Tıbbî Gerekliliğin Bulunması (Endikasyon)

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan diğer bir koşul tıbbî gerekliliğin bulunmasıdır. Tıbbî müdahale hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmeli, kişinin sağlığını koruma ve iyileştirme, refahını artırma amacıyla uygulanmalıdır.

Endikasyon, hekimin hastaya tıbbî müdahalede bulunmasındaki zorunluluğun ve koşulların oluştuğunu belirten bir kavramdır⁸⁴. Hekimin hastaya uygulayacağı tıbbî müdahale faaliyetinde endikasyonun bulunması durumunda hukuka uygun tıbbî müdahale söz konusu olur.

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi de madde 13/3 “*Tabip ve dış tabibi, teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.*” şeklindedir⁸⁵.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 153. maddeye; 6354 sayılı ve 4.7.2012 tarihli yasa ile eklenen hükümde, “*Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbî zorunluluk bulunması halinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir.*” denilerek doğumun normal yahut sezaryen şeklinde yapılmasında endikasyon şartının bulunması gerektiği belirtilmiştir⁸⁶.

Yasal düzenlemeler tıbbî müdahalenin; tanı, tedavi veya koruma amacıyla uygulansa dahi kural olarak endikasyon koşulunun bulunmasını aramıştır. Endikasyon, yalnızca hastalığın tanı ve tedavisinde, hastanın sağlığını koruma amacına yönelen müdahaleler de aranmamaktadır. Tanıya yönelik uygulamalar, tarama testleri, ilaç tedavileri, psikoterapiler vb. sağlık hizmetleri ile ilgili müdahalelerin tümünde endikasyon varlığı halinde izin verilmektedir.

Endikasyonun sınırlarını belirleyen en önemli kıstas ise hekimin tıbbî müdahalede bulunması ve bulunmamasının tahmini sonuçları arasındaki farktır⁸⁷. Bu durumda hekim gerekli araştırmaları özenli bir biçimde yaparak endikasyon varlığını ya da

⁸⁴ Kuru, 495.

⁸⁵ RG 19.02.1960-10436.

⁸⁶ 1593 sayılı 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.153/2. (04/07/2012 tarihli 6354 sayılı kanunun 1. maddesi ile ek fıkra.

⁸⁷ Kuru, 496.

kontrendikasyon⁸⁸ varlığını tespit etmelidir. Benzer haller içinde bulunan başka hastalara müdahalede bulunmanın iyi sonuçlar doğuracağı düşünülse de, hastanın bireysel özellikleri kontrendikasyon olarak ortaya çıkabilmekte yahut bu durum için haklı bir neden olabilmektedir⁸⁹.

1.6.2.1. Tıbbî Endikasyona Dayanmayan Hukuka Uygun Müdahaleler

Tıbbî müdahalede bulunmak için endikasyon temel koşul olarak aransa da günümüzde tıp biliminin gelişmesi ve değişmesi ile geline nokta bu temel koşuldan sapmalar olduğu görülmektedir. Bu sebeple birtakım tıbbî müdahaleler endikasyona dayanmasa da hukuka uygun kabul edilmektedir. Önceleri hekimin tıbbî müdahalesi, hastanın şikayetleri üzerine hekime başvurması ve devamında hekimin hastayı dinleyip endikasyon koyarak başlamakta iken günümüzde kişiler şikayetle değil bir takım müdahale ve müdahalelerde bulunulması talebi ile hekimlere başvurmaktadır.

Kişilerin endikasyon bulunmaksızın hekimlerce tıbbî müdahalelerde bulunması talep ettikleri müdahalelerin başında kozmetik müdahaleler ve estetik ameliyatlar gelmektedir. Şekil ve fonksiyon değiştirici tıbbî müdahaleler olarak nitelendirilen bu müdahalelere öğretide “*mutlak olarak iyileştirme dışında amaçlara yönelen müdahaleler*” adı verilmektedir⁹⁰.

Estetik ameliyatlarda, kişilerin psikolojik olarak memnun olmadıkları bir durumu değiştirme yahut ortadan kaldırma istekleri bulunmakta olup fiziksel olarak bir gereklilik bulunmamaktadır⁹¹. Bu durumda tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılan sebep psikolojik endikasyondur. Estetik ameliyatlar, kişilik haklarına aykırı bir müdahale içermediği sürece ve tıp bilimine uygun gerçekleştirildiği takdirde hukuka aykırı sayılmamaktadır⁹². Örneğin, kulaklarında işitme kaybı vb. gibi herhangi bir rahatsızlık bulunmayan ancak kulakları büyük olduğu için özgüven eksikliği yaşayan ve estetik cerrahiye yönelen çocukların kulak küçültme ameliyatı olmasında psikolojik ve sosyal

⁸⁸ Kontrendikasyon, hastanın zarar göreceği sebebiyle, tıbbi müdahalenin uygulanmamasına dayanak olan haldir; <https://tr.wikipedia.org/wiki/Kontrendikasyon> E.T.:05.01.2024.

⁸⁹ Güney Tunalı, 34.

⁹⁰ Hakeri, *Genel Hükümler*, 603.

⁹¹ Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 200-201.

⁹² Nur Yaşar, *Tıbbî Müdahalelerde Karar Vericiler ve Rıza* (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2019), 10.

faktörler belirleyicidir⁹³. Psikolojik veya sosyolojik endikasyon bulunmaksızın gerçekleştirilen uygulamalar hukuka uygun kabul edilmez. Örneğin, vücudunda hiçbir anormallik olmayan aktörün filmde rol alacağı için estetik operasyonlar yaptırması, kişinin daha ilgi çekici görünmek için yüz implantı yaptırması hukuka uygun değildir. Estetik ameliyatlar yalnızca psikolojik faktörler nedeniyle kişi talebi sonucunda gerçekleştirilen müdahaleler olmayıp tıbbî endikasyon sebebiyle de gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin, polidaktili⁹⁴ gibi doğuştan gelen bir anormallikle doğan kişiler estetik ameliyat yoluyla bu anormalliği giderebilmektedirler. Bunun gibi estetik müdahalelerin hukuka aykırı olmadığı tereddütsüzdür.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan diğer sebep ise sosyal endikasyondur. Sosyal endikasyona ilişkin en bilinen örnek sünnet operasyonudur. Sosyal endikasyonda geleneksel ve göreneksel faktörler etkilidir⁹⁵. Sünnet operasyonu da endikasyon bulunmadığı halde dini ve geleneksel nedenler ve genel kurallar gereği hukuka uygun kabul edilmektedir⁹⁶.

NPHK 2. madde, bireylerin istedikleri sayı ve zamanda çocuk sahibi olmalarına nüfus planlaması dendiğini hüküm altına almıştır. Nüfus Planlanması Hakkında Kanunu'na göre, endikasyon aranmaksızın, on haftanın altındaki gebeliklerin isteğe bağlı olarak sonlandırılabilmesine izin vermektedir⁹⁷. Ancak on haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılabilmesi için tıbbî endikasyon aranmaktadır. Endikasyon bulunmaksızın, kadının çocuk sahibi olmak istememesi ve gebeliğinin on haftayı doldurmamış olması halinde sterilizasyon müdahalesinin uygulanmasındaki amaç nüfus planlamasıdır⁹⁸.

Nüfus Planlama Kanunda doğum kontrolüne yönelik uygulamaların da düzenlendiği görülmektedir. NPHK m.3/2 hükmüyle, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nın konuyla ilgili özel teşkilat kurma, gebeliği önleyen araç ve ilaçların temini ve bunların

⁹³ Subaşı, 113.

⁹⁴ Polidaktili ya da polidaktilizm; kişinin el veya ayak parmaklarının normal sayıda olmaması, doğuştan anormal olarak daha fazla olmasıdır. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Kontrendikasyon>, E.T.: 07.01.2024

⁹⁵ Tavlı, 11.

⁹⁶ Hakeri, *Genel Hükümler*, 604.

⁹⁷ NPHK- m.5: “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbî sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.”

⁹⁸ Çakal, 37.

muhtaçlara ücretsiz ya da düşük fiyatla vermeye ya da verdirmeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

Sonuç itibariyle, tıbbî müdahalelerde hekimin teşhis ve tedavide bulunulması için hukuken öngörülmüş sebeplere dayanması ya da amaçlara yönelmesi, başka bir deyişle bu tedbirleri haklı kılan bir nedeninin bulunması, tıbbî endikasyonun varlığı gerekmektedir⁹⁹.

Günümüzde tıp biliminde geline nokta yalnızca hastalığın ortadan kaldırılması veya önlenmesi şeklindeki tıbbî gereklilik durumunda değil, hastanın isteği ile de tıbbî müdahalelerde bulunulabilmekte; estetik operasyonlar haricinde sünnet ve kürtaj uygulamalarının da sosyal ya da psikolojik endikasyona dayandığı sonucuna varılmaktadır¹⁰⁰.

⁹⁹ Güney Tunalı, 331.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, 16.09.2020 tarih ve 2017/18196 başvuru numaralı karar, “9. Birinci ve ikinci başvuru evlenip dört çocuk sahibi olduktan sonra birinci başvuru 17/6/2010 tarihinde devlet hastanesinde vasktomı (erkeğin kısırlaştırılması) ameliyatı olmuştur. Söz konusu ameliyattan yaklaşık 19 ay sonra ikinci başvuru hamile kalmış, hastanede yapılan test sonucunda birinci başvuru spermatik kanallarının tam kapanmamış olduğu tespit edilmiştir. 10. Zararlarının tazmini için Sağlık Bakanlığına yaptıkları başvurunun zımnen reddi üzerine başvuru, idare aleyhine 19/6/2012 tarihinde Bursa 1. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmışlardır. Dava dilekçesinde başvuru; yaşlarının ileri olması ve ekonomik durumlarının yetersiz olması nedeniyle gebelik istemedikleri için vasktomı ameliyatına karar verdiklerini ancak doktorun hatalı tıbbî müdahalesi sonucu vasktominin başarılı olmadığını, istemedikleri gebeliğin meydana geldiğini, başka sağlık sorunları da bulunduğundan hamileliğin ve doğumun çok zor geçtiğini, tedavi sürecinde yaşadıkları zorluklar nedeniyle psikolojilerinin bozulduğunu, çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılayacak güçlerinin bulunmadığını belirterek maddi ve manevi zararlarının tazminini talep etmişlerdir.” www.legalbank.net E.T. 17.03.2024

İKİNCİ BÖLÜM

TİBBÎ MÜDAHALEDE AYDINLATMA VE AYDINLATILMIŞ RIZA KAVRAMLARI

2.1. Hastadan Aydınlatılmış Rıza Alınması

Geçmişten bugüne hasta hakları konusunda gerçekleşen gelişmeler sebebiyle günümüzde hastanın tüm aşamalarda bilgilendirildiği ve devamında son kararın hastaya bırakıldığı bir uygulama geliştirilmiştir¹⁰¹.

Anayasa madde 17/1-2’de yer alan ifadeler hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ve kişinin aydınlanma hakkının temel kaynağıdır. Fakat Hasta Hakları Yönetmeliği’nde gerçekleştirilen değişiklikler, aydınlatma yükümlülüğünü bir hak değil zorunluluk haline getirmiştir¹⁰².

Aydınlatılmış rızanın hukuka uygun olması için kişinin onam vermeye yetkili olması ve müdahalenin hukuka aykırı olmaması koşulları birlikte bulunmalıdır¹⁰³. Hasta ile hekim ilişkisi kural olarak vekâlet ilişkisi olmakla birlikte, sözleşmenin tarafı olan hekimin konu hakkında daha çok bilgi sahibi olması dolayısıyla güven ilişkisi olup, aydınlatma yükümlüğü de tarafların güven ilişkisine dayandığı her iki tarafında katılımını gerektiren ilişkilerde ön plandadır¹⁰⁴. Aydınlatılmış rıza ile hastaya anlayabileceği biçimde ve netlikte; kendisine uygulanacak tıbbî müdahalenin faydaları ve gerçekleşebilecek rizikolar hakkında bilgilendirilmesi amaçlanmaktadır¹⁰⁵. Yargıtay, hukuka uygun rızadan bahsedebilmesini; hastaya uygulanması planlanan müdahale

¹⁰¹ Gençer Özdemir, *Tıbbî Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 51.

¹⁰² RG 08.05.2014-28994

¹⁰³ Alperen Polat, *Sorumluluk Hukukunda Rıza* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 92.

¹⁰⁴ Tuğçe ORAL, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2 (2011): 187.

¹⁰⁵ Ş. Berfin Işık Yılmaz, “Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 98 (2012): 401, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1133>.

sonucunda hastada ortaya çıkması beklenen muhtemel sonuçlar hakkında yeterince aydınlatılmasına ve hastanın bu aydınlatmanın devamında baskı altında kalmadan irade beyanında bulunabilmesine bağlı kılmıştır¹⁰⁶.

Genel olarak geçerli bir aydınlatılmış rızanın alınabilmesi; kişinin neye ve ne sebeple rıza verdiğini bilmesi, bu rızayı ortaya koyarken iradesinin sakatlanmamış olmaması, kişi yeterli bilgiyi aldıktan sonrasında iradesini özgürce ortaya koyabilmesi durumunda mümkündür¹⁰⁷.

2.1.1. Aydınlatma

Kişinin yalnızca tıbbî müdahaleye ilişkin rıza beyanında bulunması müdahaleyi hukuka uygun kabul etmek için yeterli olmayıp, hastanın ayrıntılı bir biçimde uygulanacak müdahaleyle ilgili aydınlatılması gerekmektedir¹⁰⁸. Tıbbî müdahaleden önce hastanın aydınlatılması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesinin sonucudur¹⁰⁹.

Aydınlatma, kişinin hastalığının teşhisi, uygulanması planlanan tedavi adımları, alternatif tedavi seçenekleri, ortaya çıkabilecek olası sonuçlar, uygulanacak müdahalelerin kişi üzerinde oluşturabileceği etkiler ve yan etkiler, müdahalelerin gerçekleştirilmemesi veya ertelenmesi durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar hakkında bilgi sahibi olması şeklinde ifade edilebilmektedir¹¹⁰. Zira hasta rıza verme ya da vermeme yönündeki iradesini ortaya koyarken, tıbbî müdahalenin kapsamı ve neticeleri konusunda bilgilendirilmiş olmalıdır¹¹¹.

2.1.2. Aydınlatma Yapacak Kişi

Kural olarak aydınlatma yükümlülüğü bulunan kişi hekimdir. Ancak aydınlatması yükümlüsü olan hekim, aydınlatma uygulamasını, somut durum hakkında bilgi sahibi

¹⁰⁶ Y. 4. HD, 07.03.1977, E.1976/6297, K. 1977/2541, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 25.01.2024.

¹⁰⁷ Tunalı, 250.

¹⁰⁸ İ. Hamit Hancı, *Malpraktis Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 52.

¹⁰⁹ Oğuz Polat, *Tıbbî Uygulama Hataları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 91; Battal Yılmaz, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007), s.31.

¹¹⁰ Kurt, 203.

¹¹¹ Erman, 155.

olan diğerk bir meslektaşına bırakabilir¹¹². Ancak Hakeri'ye göre hekimin aydınlatma görevini diğerk bir meslektaşına bırakmış olması durumunda, onun bu görevi gereğince yerine getirip getirmediğinden emin olması gerekmektedir¹¹³. Tıbbî müdahalenin hekimler topluluğı tarafından yerine getirileceğı hallerde müdahaleye katılacak hekimlerden birinin kendi uzmanlık alanı için aydınlatma yapabileceğı kabul edilebilmekle birlikte, hekim topluluğunun yöneticisi konumundaki hekiminde aydınlatma yapması kabul edilebilmektedir¹¹⁴. Bununla birlikte aydınlatma görevinin hemşire, hastabakıcı gibi hekim dışındaki kişilere bırakılması ise kabul edilmemelidir¹¹⁵.

Bazı müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğünü bizzat müdahalede bulunacak hekimin yerine getirmesi gerekmektedir. Örneğın, organ naklinde nakil işlemini gerçekleştirecek hekim aydınlatma yükümlüsü olup eğer nakil işlemi birden fazla hekim tarafından gerçekleştirilecekse hekimlerden biri aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirebilmektedir¹¹⁶. Hastanın aydınlatma talebi olması şartı aranmaksızın hekim aydınlatma görevini yerine getirmelidir¹¹⁷.

2.1.3. Aydınlatılacak Kişi

Hasta Hakları Yönetmeliğı, 18/3 maddesine göre; uygulanması planlanan müdahale ile ilgili olarak öncelikle müdahalede bulunulacak kişi bilgilendirilmelidir. Hasta yakının bilgilendirilmesi, hastanın talebi bulunmadıkça ve talep yazılı olarak kayıt altına alınmadıkça hastanın bilgilendirilmesi yerine geçmez. Kişisel Sağlık Verileri Yönetmeliğı madde 9' da aynı durumu işaret eder¹¹⁸. Hekimin yapacağı aydınlatma, hastanın psikolojisini etkileyecek ve hastanın kaldıramayacağı nitelikte ise aydınlatma

¹¹² Oral, 193.

¹¹³ Hakeri, *Genel Hükümler*, 389.

¹¹⁴ Hancı, 59.

¹¹⁵ Hancı, 59.

¹¹⁶ Işık Yılmaz, 402.

¹¹⁷ Hakeri, *Genel Hükümler*, 366.

¹¹⁸ Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m -9: “Kişisel sağlık verilerinin hasta yakınları ile paylaşımında, Kanun ilkelerine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde, 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinin 18’inci maddesinin üçüncü fıkrasına uygun hareket edilir.”

hastanın yakınlarına yapılabilir. Hastanın aydınlatmayı yakınlarına yapılmasını isteme hakkının yanında yakınlarına bilgi verilmemesini isteme hakkı da bulunmaktadır¹¹⁹.

Rıza ehliyetiyle ilgili değerlendirme yapılırken açıklanacak olan, rıza ehliyetine sahip kişiler aynı zamanda aydınlatılması gerekli olan kişilerdir. Ancak hastanın ayırt etme gücünün olmaması durumunun, bilinci kapalı olan hastalar açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilinci kapalı olan hastanın yakınlarının; çocuk hastaların ve fiil ehliyeti olmayan hastaların ise yasal temsilcilerinin aydınlatılması gerekmektedir¹²⁰. Ebeveynleri boşanmış olan çocuklara uygulanacak tıbbî müdahalelerde, karar verme yetkisi olan, velayeti kendisine bırakılan tarafa aydınlatma yapılır¹²¹.

Çocukların karar verme aşamasına katılmalarını sağlayan birçok sözleşme de bulunmaktadır. Bu sözleşmelerin başında Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12 gelmekte olup madde hükmü; *“Taraflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar”* şeklindedir.

2.1.4.Aydınlatmanın kapsamı

Aydınlatmanın kapsamına ilişkin genel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak aydınlatmanın kapsamı ile ilgili TDN m. 14/2 hükmünde, *“..tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.”*denmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 31’de *“Hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbî müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip, aydınlatılması esastır.”* hükmü bulunmakta olup aynı Yönetmeliğin 15. maddesinde ise *“Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel*

¹¹⁹ HHY madde 20- (Değişik: RG-8/5/2014-28994) *“İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”*

¹²⁰ Özdemir, Tazminat Sorumluluğu, 60.

¹²¹ Hakeri, Genel Hükümler, 388.

sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir.” denilerek aydınlatmanın kapsamı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un 7/a maddesinde, aydınlatmanın kapsamı konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmiş olup hükme göre, organ ve doku alacak hekimler, vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda operasyonun meydana getirebileceği tehlikeler ile tıbbî, ruhsal ve sosyal sonuçlarıyla ilgili bilgilendirmek zorundadır. Genel ve rutin tıbbî müdahaleler haricinde tüm tıbbî müdahalelerde aydınlatma yapmak gerekmekte; özellikli, nadiren uygulanan bir tıbbî müdahale yöntemi uygulanacağında aydınlatmanın kapsamı da genişlemektedir¹²². Bir başka deyişle aydınlatmanın kapsamı somut olayın özelliğine göre değişkenlik gösterir. Danıştay konuyla ilgili bir kararında bel fıtığı ameliyatı gerçekleştirmek için yapılan aydınlatmanın enjeksiyon uygulamasına ilişkin geçerliliğinin olmadığına karar vermiştir¹²³.

Aydınlatmanın kapsamını hasta ve hekim açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Hekim bakımından uygulanacak tıbbî müdahalede bulunan riskler ile doğabilecek riskler göz önüne alınarak bilgilendirme yapılması gerekirken, hasta bakımından ise ortalama bir hastanın; hastalığı, hastanın psikolojik durumu dikkate alınarak aydınlatmanın ne kadarını algılayabileceği hususu ve müdahalenin ne kadarı hakkında bilgi sahibi olmak isteyeceğine dikkat edilmelidir¹²⁴.

Hastaya uygulanan müdahale sırasında da müdahaleden sonra geçici bir zararın doğma ihtimali mevcutsa aydınlatmanın ayrıntılı ve kapsamlı olması şart olmamakta; devamlı ve kalıcı bir zarar ortaya çıkması olasılığı varsa aydınlatma ayrıntılı ve kapsamlı olmalıdır. Uygulanması planlanan tıbbî müdahale sonucu meydana gelme ihtimali olan komplikasyonlar, sıklığı ve müdahaleye has yaygın riskler hususlarında da bilgi verilmesi gerekmekte, uygulama sonrası komplikasyon ortaya çıkması halinde

¹²² Hakeri, *Genel Hükümler*, 394-395.

¹²³ Danıştay 15. Daire, 21.02.2019, E. 2018/5009, K. 2019/950 , www.legalbank.net, E.T. 20.06.2024.

¹²⁴ Erman, 104; Ahmet Kerem Öz, *Tıbbî Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam (Rıza) Kavramının Geçerliliğinin Tartışılması ve Danıştay ve Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi* (Yüksek Lisans Tezi, İzmir Bakırçay Üniversitesi, 2022), 32.

hastanın komplikasyon nedeniyle yaşayacağı süreç hakkında da detaylı bir biçimde bilgilendirilmiş olması gerekmektedir¹²⁵. Yargıtay bir kararında, hekimin tıbbî müdahalenin hiçbir aşamasında uygulayacağı işlem ile ilgili muhtemel riskleri ve sonuçları konusunda hastayı aydınlatmadığını, hastanın üniversite mezunu olması ve şikayetlerini kısmen tıbbî terimler kullanarak anlatmasının hekimin aydınlatma görevini kaldırmayacağını vurgulamıştır¹²⁶. Hastanın aydınlatmayı açıkça istememesi, kendisine uygulanacak tıbbî müdahaleyle alakalı zaten bilgi sahibi olması ve bilicinin kapalı olduğu, üstün yararının bulunduğu, acil müdahalede bulunulması gereken hallerde, aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır¹²⁷.

HMEK'nın 27. maddesinde de hasta bilgilendirilmeyi istemediğini ifade ettiğinde, bilgilendirilmeme hakkına sahip olduğu, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı, hastanın ailesinin ancak hastayla görüş birliğine varıldığında bilgilendirilebileceği, bilinci kapalı hastalar için ise hekimin takdir hakkı bulunduğu hususlarında düzenleme bulunmaktadır.

Hekimin, tıbbî müdahale ile ilgili olumlu ve olumsuz etkilerin tamamını hastaya anlatması ile birlikte hastanın karar verme süreci başlar. Hekim aydınlatma yaparken, mahkemelerin koyduğu uzak, nadir ve hastanın kararına etkisi olmayacak etkiler hakkında aydınlatma yükümlülüğünün bulunmaması esas geçerliliğini koruduğundan; hasta için önem arz etmeyen tıbbî hususlar hakkında bilgilendirilmesine gerek görülmemektedir¹²⁸.

2.1.5. Aydınlatmanın Şekli

Hukukumuzda aydınlatma yükümlülüğünün şekline dair genel geçer ve sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda şekil serbestisi geçerli olup aydınlatmanın şekli hususunda takdir yetkisi hekime verilmiştir. Ancak hekim somut olayın özeliğine göre aydınlatma şeklini belirlemelidir¹²⁹.

¹²⁵ Hakeri, *Genel Hükümler*, 396.

¹²⁶ Y. 12. CD, 02.11.2015, E. 2015/810, K. 2015/16523, www.legalbank.net, E.T. 03.04.2024

¹²⁷ Kurt, 205.

¹²⁸ Özlem Yenerer Çakmut, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, içinde Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Bildiriler Mersin 16-17 Ocak 2009, 13.

¹²⁹ Hakeri, *Genel Hükümler*, 400.

Aydınlatmanın şekline ilişkin HHY m. 18’de, hekimin hastanın durumunu göz önüne alarak aydınlatmayı hangi biçimde gerçekleştireceği kararını vereceği ortaya konmuştur. Aynı Yönetmeliğin 28. maddesinde kanunun öngördüğü istisnai haller haricinde aydınlatılmış onamın şekil serbestisine tabii olduğu belirtilmiştir. Aydınlatılmış onamın geçerliliği bakımından şekil şartı aranan bazı durumlar bulunmaktadır. Bu haller mevzuatta farklı yerlerde düzenlenmiştir.

- 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 1219 sayılı Kanun’un 70. maddesi; *“Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.”*

-Hasta Hakları Yönetmeliği madde 25;” *Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.”*

- 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun madde 5; *“On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”.*

-Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük madde 23; *“On haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde, gebe kadın, a) Reşitse kendisinden, b) Küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden, c) Vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (Bu halde ayrıca sulh hâkiminden de izin alınması gerekir), d) Evliyse eşinden, örneği Tüzük’e ekli izin belgesinin alınması gerekir.”*

-Nüfus Planlaması kanunu madde 5/4; *“Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı*

yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir.”

- Türk Medeni Kanunu 23/3 ; “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür”

Tüm bunların yanında HHY m. 15 ve HMEK m. 26, hastanın hangi hususlarda hekim tarafından nasıl bilgilendirileceği belirtilmiştir¹³⁰.

Yargıtay’a göre aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispat yükü hekim üzerindedir¹³¹. İspat kolaylığı açısından yazılı aydınlatma tercih edilebilecek olsa da özel nitelikleri olan müdahalelerde genel nitelikli yazılı aydınlatma yeterli olmama riskini taşımaktadır¹³².

Mevzuatta hangi hallerde yazılı rızanın alınması gerektiği kesin ve net bir şekilde belirtilmediğinden söz konusu durum sağlık çalışanları açısından sorun haline gelmekte olup tıbbî müdahalelerde ayırım yapılmaksızın yazılı rıza alma eğilimi doğurmakta ve bu nedenle de tıbbî uygulamaların daha fazla zaman almasına sebep olmaktadır¹³³. Sağlık Bakanlığı tarafından 2019/11 sayılı genelge ile bu sorun ele alınmış, enjeksiyon uygulamalarında yazılı rıza şartının gerçekleşmesine gerek olmadığı, sözlü bilgilendirmenin gerekli ve yeterli olduğu bildirilmiştir¹³⁴.

Uygulamada hekimlerin, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiklerine dair ispat amacına hizmet ettiğinden, matbu formlar ve broşürlere başvurdukları sıkça görülmektedir¹³⁵. Tıbbî müdahaleye ilişkin olarak hastaya matbu bir formun verilmesi

¹³⁰ RG, 01.08.1998-23420.

¹³¹ Yargıtay 13. HD, 16.01.2014, E. 2013/17487, K. 2014/794; Yargıtay 13. HD, 14.05.2019, E. 2016/18083, K. 2019/6121, www.legalbank.net, E.T. 20.06.2024.

¹³² Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 52/3 (2003): 72.

¹³³ Umut Otlı, “Bilgilendirilmiş Rızanın Şekil Şartı, İspat Yükü ve Deliller Bakımından Önemi” içinde Bilgilendirilmiş Rıza, editörler Neval Yılmaz ve Dilek Özcengiz (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 123.

¹³⁴ Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 10.06.2019 tarihli ve 2019/11 sayılı Enjeksiyon Uygulamaları Hakkında Genelge, bağlantı: <https://hast.saglik.gov.tr/TR,55452/201911-savili-enjeksiyon-uygulamalari-hakkinda-genelge.html>, E.T. 27.02.2024.

¹³⁵ Esra Dünder Aravacı, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam”, İzmir Barosu Dergisi, 82/1 (2017): 42.

halinde de aydınlatmanın gereği gibi gerçekleştirildiği söylenemez¹³⁶. Zira aydınlatma kişisel olmalı, hastanın formun temininden önce kaygıları ve korkuları noktasında da hekimi tarafından aydınlatılması gerekmekte olup aksi takdirde imzalanan formlar yalnızca rıza içermekte olup aydınlatma anlamına gelmez¹³⁷. Böyle bir rızanın ise hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi tereddütlüdür.

Danıştay bir kararında onam formunun matbu olması ve tarih içermemesi nedeniyle aydınlatma olarak kabul etmemiş, komplikasyonlarının, alternatif tedaviler hakkında bilgilendirmelerin bulunmaması nedeniyle matbu form ile yapılan aydınlatmayı geçerli kabul etmemiştir.¹³⁸

Danıştay tarafından verilen bir başka karar da; müdahalenin yararlarının ve risklerinin, alternatif tedavi yöntemlerinin, tedavi hakkında sorulan soruların yanıtladığının, uygun görülecek tedavi yönteminin kabul edildiğinin ve belirlenen uygulamanın yapılmasına izin verildiğine dair hasta tarafından yazılı olarak bulunan “*hasta yatış formu*” olarak adlandırılan belgenin, aydınlatma yükümlülüğünü sağlayacak nitelikte ayrıntılı ve gerekli açıklamaları içermediğini, uygulanacak müdahaleye özgü açıklamaların bulunmadığı, genel geçer ifadelerin kullanıldığından bahisle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini ifade etmiştir¹³⁹.

Yargıtay da hasta açısından, matbu formun yeterli bilgiyi içermediğini, yapılacak cerrahi girişime ait spesifik herhangi bir bilgi bulunmadığını, girişimin sonuçları ve olası komplikasyonlarının hasta tarafından bilinmesinin bu form aracılığıyla mümkün olmayacağını belirtmiştir¹⁴⁰.

Aydınlatmanın yerine getirilmesine hizmet eden broşürler ve formların aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi olarak kabul görmemekte olup genel olarak da

¹³⁶ Pelin Çavdar, “*Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22/3 (2016): 755.

¹³⁷ Hakeri, *Genel Hükümler*, 400.

¹³⁸ Danıştay 10. Daire, 10.11.2021, E. 2019/6814, K. 2021/5430, www.legalbank.net, E.T. 23.02.2024.

¹³⁹ Danıştay 10. Daire, 07.10.2021, E. 2019/6771, K. 2021/4636, www.legalbank.net, E.T. 23.02.2024.

¹⁴⁰ Y. 13. HD, 22.05.2019, E. 2017/8664, K. 2019/6410, www.legalbank.net, E.T. 23.02.2024.

geçerli bir aydınlatma olarak nitelendirilmemektedir¹⁴¹. Tıbbî müdahalenin tarafları olan hasta ve hekimden aydınlatmanın yükümlüsü olan taraf hekim kabul edildiğinden sözlü aydınlatma sonrasında yazılı olarak aydınlatma yapılmasında fayda vardır.

Son olarak belirtmek gerekir ki yeterli bir aydınlatmaya rağmen hastanın rızası elde edilmemiş ise tıbbî müdahale usulüne uygun icra edilmiş olsa dahi hukuka aykırı olur ve hekim tedavinin olumsuz sonucu sebebiyle bir kusuru bulunmasa da sorumluluktan kurtulamaz¹⁴². Zira aydınlatmanın bulunmaması ya da yetersiz olması tek başına kusur olarak değerlendirilebilir.

2.1.6.Aydınlatmanın Zamanı

Hastanın kendisine uygulanması planlanan tıbbî müdahaleden önce, verilen bilgileri olumlu ve olumsuz yönleriyle düşünüp karar verebilmesi için hastanın tıbbî müdahaleden makul bir süre önce aydınlatılmalıdır¹⁴³. Ancak makul süre nitelendirmesi ile tıbbî müdahaleden ne kadar önce aydınlatma yapılması gerektiği hususu netliğe kavuşmamaktadır. Somut olayın özelliğine göre hastaya karar vermesi için mühlet verilmeli aydınlatma mutlaka müdahaleden önce yapılmalıdır¹⁴⁴. Zira hasta vereceği rızadan müdahale öncesinde istediği an da dönebilme hakkına sahiptir. Fakat hayati tehlikenin bulunduğu acil durumlarda, vahim bir zararın önüne geçmek için derhal müdahalenin gerektiği hallerde müdahaleden hemen önce ya da ameliyat masasında da aydınlatma yapılabilmektedir¹⁴⁵. Nitekim hekimin hiçbir zaman hastasının menfaatine aykırı hareket etmeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Acil tıbbî müdahaleyi gerektiren haller içinde bulunulmadığı müddetçe, hekim zaman yönünden baskı altında kalmadan hastayı aydınlatmalı ve hastaya baskı

¹⁴¹ Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Y. 13. HD, 25.11.2013 E. 2013/1737, K. 2013/29148, www.legalbank.net, E.T. 21.06.2024.

¹⁴² Berna Özpinar, *Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Sonuçları* (Ankara: Ankara Barosu Yayınları 2007), 35

¹⁴³ Özdemir, *Tazminat Sorumluluğu*, 67

¹⁴⁴ Oğuzhan Gülsevin, “*Tıbbî Müdahalede Aydınlatmanın Zamanı*”(Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2023), 53.

¹⁴⁵ Işık Yılmaz, 405.

yapmamalıdır¹⁴⁶. Ayakta tedavi olarak adlandırılan en fazla 24 saat süren tedaviler söz konusu olduğunda hasta müdahalenin gerçekleştirileceği gün aydınlatılabilir¹⁴⁷.

Hastaya yapılacak aydınlatma, yapılması planlanan tıbbî müdahalenin barındırdığı risklere ve niteliğine göre hastanın karar vermesine zaman tanıyacak şekilde olmalıdır¹⁴⁸. Önemli bir ameliyatın gerçekleştirilmesi planlanıyorsa, hekimin ameliyat gününde ya da bir gece öncesinde yaptığı aydınlatma, hastaya müdahale ile ilgili düşünmek için yeterli zaman verilmediğinden hukuka aykırı görülmektedir. Yargıtay bir kararında makul bir süre önce aydınlatmanın yapılmadığını, hastaya çıkarım yapabilmesi için yeterli zaman tanınmadığında bahisle aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmediğini belirtmiştir¹⁴⁹.

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü Ana Sözleşmesi madde 4'e göre; sağlık hizmeti verenlerin, hastanın kendisine uygulanması planlanan herhangi bir ameliyat veya tedavi tıbbî müdahale gerçekleşmeden en az 24 saat önce, tıbbî uygulamanın riskleri, alternatifleri, ne zaman yapılacağı ve içeriği konusunda bilgilendirilmesi gerekir¹⁵⁰.

2.1.7. Aydınlatma Çeşitleri

Aydınlatmanın işlevine göre aydınlatmanın çeşitleri ortaya çıktığı görülmektedir. Hastanın durumu, tedavi yönteminin belirlenmesini etkilediği gibi, aydınlatılmış rızanın çeşidini de belirlenmesinde de etkilidir¹⁵¹.

Aydınlatmanın birçok türü mevcut olup hastaya yapılacak aydınlatmanın içeriğine göre türlerinden bahsedilmiştir. Aydınlatma çeşitleri genel olarak şu şekildedir; otonomi (karar) aydınlatması, risk aydınlatması ve tedavi aydınlatmasıdır.

¹⁴⁶ Hakeri, *Genel Hükümler*, 393.

¹⁴⁷ Hakeri, *Genel Hükümler*, 393.

¹⁴⁸ Özpmar, 25.

¹⁴⁹ Y. 13. HD, 21.03.2019, E. 2016/7094, K. 2019/3740, www.legalbank.net, E.T. 25.02.2024.

¹⁵⁰ Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi) Temel Doküman, Roma- Hasta Hakları Yönetmeliği www.insanhaklariizleme.org, E.T. 25.02.2024

¹⁵¹ Nermin Ersoy ve Müesser Özcan Şenses ve Rahime Aydın Er. “Acil Tıp’ta Aydınlatılmış Onam”, *TurkishJournal of Trauma&EmergencySurgery-Ulus Travma Acil Cerrahi Dergisi*, 16/1 (2010): 3.

2.1.7.1. Otonomi (karar) aydınlatması

Kişinin serbestçe ve sorumluluklarının farkında olarak, kararını almasına ve kendi kaderini tayin etmesine imkân verilmesi için gereken aydınlatmanın yapılmasıdır¹⁵². Otonomi aydınlatması; teşhis, süreç, alternatif ve müdahalede bulunulmamasının sonuçları hususunda aydınlatma olarak çeşitli yönlelere ayrılmaktadır¹⁵³.

-*Teşhis aydınlatması*, hekimin tedaviye başlamadan önce gerekli tetkikleri yapması ve bunun sonucunda elde ettiği bulgular hususunda hastayı bilgilendirmesidir.¹⁵⁴ Hastanın teşhis sonucunda uygulanması planlanan tedaviyi veya ameliyatı kabul etmesi için teşhisi bilmesi ön koşuldur¹⁵⁵. Hekimin özel bir haklı sebebi olmaksızın teşhisi gizlemesi veya susması, aydınlatma eksikliğine sebep olur ve hekim özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır¹⁵⁶. Belirtmek gerekir ki, hekim hastasının teşhisini koyarken hastayı dinlemeli, öyküsünü almalı, gerekirse hasta yakınlarından bilgi almalı, doğru teşhis yapabilmek için kan örneği, röntgen, ultrason gibi hastasına gerekli tetkikleri uygulamalıdır. Hekim elde ettiği bulguları, hastanın psikolojik ve kültürel düzeyini göz önüne alarak, anlayabileceği şekilde anlatmalı, hasta teşhis aydınlatması neticesinde hastalığının ne olduğunu net bir şekilde anlamalıdır¹⁵⁷.

HHY m. 19, hastaya yapılacak teşhis aydınlatması hastanın psikolojisini bozarak kendisine veya bir başkasına zarar vermesine yol açacaksa veya hastanın hastalığının seyri noktasında zarar oluşturacaksa hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkacağına işaret eder¹⁵⁸. Bunun yanında hastanın yaşamının risk altında olduğu hastalıklarda, hastalığın ciddiyeti hususunda hasta bilgilendirilmeli, tedavi için teşhisin açıklanması şart ise hekim tarafından teşhis aydınlatması yapılmalıdır¹⁵⁹. Kural olarak

¹⁵² <https://www.hukukihaber.net/aydinlatma-yukumlulugu-ve-riza> .

¹⁵³ Hakeri, *Genel Hükümler*, 345.

¹⁵⁴ Türkü Yağmur Nehir, “*Bilgilendirilmiş Rızada Bilgilendirmenin Derinliği ve Sınırları*”, içinde *Bilgilendirilmiş Rıza*, editörler Neval Yılmaz ve Dilek Özcengiz (Ankara: Yekin Yayınları, 2020), 53.

¹⁵⁵ Hakeri, *Genel Hükümler*, 346.

¹⁵⁶ Ozanoğlu, 66.

¹⁵⁷ Çavdar, 745.

¹⁵⁸ Hakeri, *Genel Hükümler*, 346.

¹⁵⁹ Hayrunnisa Özdemir, “*Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/3-4 (2008): 354.

hekim, hastayı; kesinleşmemiş ya da ispatı yapılarak onaylanmamış şüpheli teşhislerle rahatsız etmemelidir¹⁶⁰.

-*Süreç aydınlatması*, teşhis konulmasının devamında, hekim tarafından planlanan müdahale hakkında ve müdahale öncesi ve sonrası tedavi sürecinin seyri hakkında yapılan bilgilendirmedir¹⁶¹. Süreç aydınlatması sayesinde hastanın tedavi sürecine aktif katılımı sağlanır. Tıbbî müdahaleyi uygulayacak hekimin bu konudaki tecrübesine ilişkin bilgilendirme, müdahalenin yapılmamasının sonuçlarına ilişkin bilgilendirme ve müdahalenin başarısız olması durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlara ilişkin bilgilendirmede süreç aydınlatması olarak nitelendirilebilmektedir¹⁶². Hekim tedavi süreci ile ilgili tüm ayrıntıları hastaya anlatmak zorunda değildir. Fakat, bir sezaryen ameliyatı için hastanın karnını açacağını, bronkoskopi işlemi ile akciğer ve solunum yollarındaki hastalıkların teşhis ve tedavisinde burundan ya da ağızdan ince plastik bir kamera tüpü sokulacağını söylemelidir¹⁶³.

Süreç aydınlatmasındaki en önemli amaç, hekimin yönlendirmeleri ve açıklamaları ışığında hasta için en iyi tedavi yönteminin uygulanmasını sağlamak ve mümkün olduğunca komplikasyonların önüne geçmektir¹⁶⁴. Hekimin, tedavi sürecinde hastanın alması gereken ilaçlar ve yan etkileri konusunda da hastayı bilgilendirmesi gerekmektedir. HMEK 26. madde ile göre ilaç yan etkileri ile ilgili bilgi vermenin de aydınlatma kapsamında olduğu ortaya konmuştur. Hekim tarafından verilen ilacın tüm yan etkilerinin açıklanması gerekli olmayıp, yaygın olarak ortaya çıkan yan etkiler hakkında bilgilendirme yapılmalıdır¹⁶⁵. İlacın yan etkilerine ilişkin yapılacak bilgilendirmenin sınırlarını, ilacın tehlikeliliği belirler. Belirtmekte fayda vardır ki ilacın prospektüsünün ilacın kullanım alanları, dozu veya yan etkilerine ilişkin bilgileri içermesi hekimi aydınlatma yükümlülüğünden kurtarmamaktadır¹⁶⁶. Yeni ilaçların kullanılmasındaki uygulama; özensiz olmadığı ve hasta aydınlatıldığı müddetçe hekim

¹⁶⁰ Cahid Doğan, “*Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması*”, içinde Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009 (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 139; Hakeri, *Genel Hükümler*, 347.

¹⁶¹ Oral, 190

¹⁶² Hakeri, *Genel Hükümler*, 349.

¹⁶³ <https://www.memorial.com.tr/tani-ve-testler/bronkoskopi-nedir>.

¹⁶⁴ Selda Yıldırım, “*Tıbbî Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*” (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi 2015), 78.

¹⁶⁵ Özdemir, *Tazminat Sorumluluğu*, 63.

¹⁶⁶ Çavdar, 746.

bundan sorumlu tutulmaz ancak aydınlatmanın kapsamı standart ilaçlara göre geniş tutulur¹⁶⁷.

Hekimin, müdahale sonucunda hastanın yaşam tarzı değişiklikleri yapmasının gerektiği, araç sürüş yeteneğinin etkilenmesi gibi hallerde hastayı bu konuda uyarmalıdır¹⁶⁸. Aksi halde hekimin aydınlatma yükümlüğünü yerine getirmediği kabul edilir¹⁶⁹.

Süreç aydınlatmasının önemli olduğu bir diğer husus cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahalelerdir¹⁷⁰. Zira cinsiyet değiştirme ameliyatının barındırdığı riskler ve sonrasında kişinin eski cinsiyetine dönemeyecek olması nedeniyle psikolojik açıdan yaşaması muhtemel olan zorlu süreç hakkında aydınlatılması gerekmektedir.

-Alternatifler Konusunda Aydınlatma, uygulamasında hekim tedaviye başlamadan önce muhtemel tedavi yöntemleri hususunda hastayı bilgilendirmelidir¹⁷¹. Alternatif tedavi yöntemleri hakkında hastanın aydınlatılmasındaki amaç, hastanın tedavi sürecine aktif katılımı sağlanarak; yöntemlerin riskleri, başarı oranları ve süreci hakkında bilgi sahibi olup kendi adına doğru olan tedaviye rıza göstermesini sağlamaktır¹⁷². Alternatif tedavi yöntemlerinin aynı risk oranında olması halinde alternatif aydınlatmasına gerek olmayıp, risk spektrumunun farklı olması halinde alternatif aydınlatması yapılmalıdır¹⁷³. Hasta, alternatif tedavi yöntemlerine ilişkin bilgilendirilirken tedavi ücretleri hakkında da bilgilendirilmelidir¹⁷⁴. Zira hastanın ekonomik şartları tedavi seçiminde büyük bir rol oynamaktadır. Fakat Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi m. 20’de, hastanın maddi olarak karşılayamayacağı alternatif tedaviler hakkında bilgilendirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca henüz deneme aşamasında olan bir tedavi yöntemi ile ilgili hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁷⁵.

-Müdahalede bulunulmamasının sonuçları konusunda aydınlatma da ise hastaya, uygulanması planlanan tıbbî müdahaleyi kabul etme veya etmeme hususunda iradesini

¹⁶⁷ Hakeri, *Genel Hükümler*, 364-365.

¹⁶⁸ Çavdar, 746.

¹⁶⁹ Güney Tunalı, 238.

¹⁷⁰ Çavdar, 746.

¹⁷¹ Çavdar, 748.

¹⁷² Öz, 23.

¹⁷³ Hakeri, *Genel Hükümler*, 350.

¹⁷⁴ Öz, 23.

¹⁷⁵ Hakeri, *Genel Hükümler*, 350-351.

özgürce açıklayabileceği hatırlatılıp, müdahalede bulunulmadığında meydana gelebilecek olan muhtemel sonuçlar hakkında hasta bilgilendirilmektedir¹⁷⁶.

Konu ile ilgili Yargıtay'a taşınan bir olayda; çiftçilik yapan hastanın, nasıl oluştuğunu bilmediği kesiğin tedavi edilmesi maksadıyla hekime başvurması sonucunda pansuman yapılarak hasta taburcu edilmiş ve hastaya aynı gün tetanos teşhisi konmuş; hekim tarafından hastanın aşı uygulamasını reddettiği beyan edilmişse de Yargıtay tetanos aşısının yapılmasının değil, yapılmamasının neticeleri konusunda hastasını aydınlatılması gerektiği vurgulayarak, hekimin bu yükümlülüğünü yerine getirdiğine dair hastanın açıklayıcı beyanı ve imzası alınması gerektiğini ifade etmiştir¹⁷⁷.

2.1.7.2. Risk aydınlatması

Hasta tarafından seçilen ya da seçeceği tedavi yönteminin olası riskleri ve sonuçlarında hakkında bilgilendirilmesidir¹⁷⁸. Risk aydınlatmasıyla hastaya uygulanması planlanan müdahale sonucu oluşabilecek ağır ve kalıcı zararlar ile oluşabilecek komplikasyonlar ve komplikasyonlar sonucu ortaya çıkabilecek zararlar muhakkak açıklanmalıdır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması ancak risk aydınlatılmasının yapılması ile mümkündür¹⁷⁹. Zira hastanın uygulanması planlanan müdahalenin riskleri hakkında bilgi sahibi olmadan kendi hakkında karar vermesi de beklenemez.

Düşük olasılığı olan, ortalama bir hastanın üzerinde etkili olmayacak bir hastalık veya komplikasyon riskinin açıklanmasına gerek olmadığı düşünülmekte ancak ortaya çıkmaları halinde oluşturacakları zararların ağırlığı doğrultusunda, nadir karşılaşılabilecek risklerin de açıklanması gerekmektedir¹⁸⁰.

Tıbbî müdahale sonucu ortaya çıkabilecek riskler konusunda bilgilendirme yapılırken, matematiksel ve istatistiksel verilerden yararlanılmalı, aynı tedaviyi görmüş hastaların oransal olarak hangi komplikasyonlarla karşılaştıkları belirtilerek risk aydınlatması yapılmalıdır¹⁸¹. Ancak ne yazık ki ülkemizde hekim başına düşen hasta sayısının

¹⁷⁶ <https://www.hukukihaber.net/aydinlatma-yukumlulugu-ve-riza>

¹⁷⁷ Y. 13. HD, 20.11.2000, E. 2000/8582, K. 2000/10298, www.legalbank.net, E.T. 07.03.2024.

¹⁷⁸ Çavdar, 746.

¹⁷⁹ Çavdar, 746.

¹⁸⁰ Güney Tunalı, 241.

¹⁸¹ Oral, 191.

çokluğu ve bu sebeple de hekim ile hasta arasındaki iletişimin yeterli olamaması, sistemsel eksiklikler gibi sebepler dolayısıyla istatistikler düzenli tutulamamaktadır¹⁸². Risk aydınlatması ile ilgili olarak, tıbbî müdahalede risk oranının artmasının aydınlatmanın kapsamını genişleteceğini söylemek gerekir.¹⁸³

Estetik cerrahi işlemleri ise eser sözleşmesi olarak nitelendirildiğinden, hastanın istediği sonuç garanti edilmekte ve bu sonuç hekimin elinde olmayan sebeplerle gerçekleşmediğinde dahi hekim hukuken sorumlu kabul edilmektedir¹⁸⁴. Tam da bu sebeple estetik cerrahi olarak nitelendirilen müdahalelerde hekimin ayrıntılı olarak aydınlatma yükümlülüğünü gerçekleştirmesi gerekmektedir¹⁸⁵. Dolayısıyla hastaya müdahalenin olası sonuçları ayrıntıları ile anlatılmalı, operasyonun başarısız olması riskine karşı başarısız olan operasyonlara ilişkin fotoğraf ve diğer araçlar yardımıyla bilgi verilmelidir¹⁸⁶.

Hekimin yapacağı risk aydınlatmasının kapsamı, tıp biliminin standardı olarak kabul edilen bir müdahalenin uygulanması söz konusu olduğunda daralırken; yeni bir yöntem tercih edildiğinde ise genişlemektedir¹⁸⁷. Risk aydınlatmasının amacı hastaya kurallara uygun şekilde yapılacak tıbbî müdahale sonucunda meydana gelebilecek, hastanın bilmediği riskler hakkında bilgilendirmek olduğundan, tıbbî bir hata meydana gelme olasılığında ortaya çıkacak sonuçlar hakkında bilgilendirmeye ihtiyaç yoktur¹⁸⁸.

2.1.7.3. Tedavi aydınlatması

Hekim tarafından konulan teşhisin devamında, uygun gördüğü tedavinin özelliklerini ve amacını hastaya açıklamaktır¹⁸⁹. Ancak hastanın rızasını almak amacıyla değil hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirmesi amacıyla uygulandığından, karar

¹⁸² Ozanoğlu, 67-68.

¹⁸³ Ozanoğlu, 68.

¹⁸⁴ Y. 15. HD, 19.11.2018, E. 2018/4953, K. 2018/4526, www.legalbank.net, E.T. 08.02.2024.

¹⁸⁵ Hakeri, *Genel Hükümler*, 382.

¹⁸⁶ Çavdar, 748.

¹⁸⁷ Öz, 26.

¹⁸⁸ Hakeri, *Genel Hükümler*, 356.

¹⁸⁹ Hamide Tacir, “Tıbbî Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, içinde II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbî Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu, editörler Aysun Altunkaş ve İpek Sevda Söğüt ve Hamide Tacir (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 23.

aydınlatmasından farklı olup, bu tip aydınlatma çeşidine “uyarı aydınlatması” adı da verilmektedir¹⁹⁰

Hekim tarafından hastaya uygulanması planlanan tedavinin türünün ne olduğu, ne kadar süreceği, nerede yapılacağı, anestezi gerektirip gerektirmediği, uygulama sonucunda oluşabilecek komplikasyonlar konusunda hasta olabildiğince aydınlatılmalıdır¹⁹¹. Bunun yanında hekim tedavi, bir diğer adıyla güvenlik aydınlatmasında bulunurken hastayı kullanacağı ilaçlar ve bu ilaçların dozu hakkında bilgilendirmeli, ilaç kullanımı sonucunda meydana gelebilecek olası yan etkiler konusunda da aydınlatılmalıdır¹⁹². Bu noktada aydınlatmanın kapsamı ilacın yan etkisinin fazlalığına göre değişecek olup ilacın yan etkilerinin ortaya çıkması halinde alınması gereken tedbirler konusunda da hasta aydınlatılmalıdır. Hasta tıp biliminin kabul etmediği taleplerde bulunduğu hekim hastayı bilgilendirerek bu taleplerinden vazgeçirmeye çalışmak zorundadır¹⁹³. Aksi takdirde hekim özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır.

Hastanın, hekim tarafından gerekli görülen tedaviye rıza göstermemesi halinde, hekim gerekli açıklamaları yaparak hastaya yol göstermesi, tedavinin uygulanmamasının sonuçları konusunda bilgilendirmesi hekimin özen yükümlülüğünün gereğidir.

2.2. Hukuka Aykırı Tıbbî Müdahale

Hukuka aykırılık, objektif davranış yükümlülüğüne aykırı davranıştır¹⁹⁴. Gerçekleştirilen eylemin hukuka aykırılığını tespit edebilmek için tüm hukuk düzeninin göz önüne alarak, söz konusu eylemin hukuka uygun hale gelmesini sağlayacak bir sebebin mevcut olup olmadığının araştırılıp tespit edilmesi gerekmektedir¹⁹⁵.

Bir kimsenin, kişiliğin ortaya çıkması ile birlikte elde ettiği vazgeçilemeyen, bir başkasına devredilemeyen, hukuka ve ahlaka aykırı şekilde sınırlandırılmayan kişilik hakları bulunmaktadır. Dolayısıyla bu haklara yönelen hukuka aykırı her türlü müdahale

¹⁹⁰ Çavdar, 745.

¹⁹¹ Çavdar, 745.

¹⁹² Hakeri, *Genel Hükümler*, 361.

¹⁹³ Hakeri, *Genel Hükümler*, 361.

¹⁹⁴ Polat, *Sorumluluk Hukuku*, 184.

¹⁹⁵ Halide Savaş, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbî Müdahaleden Doğan Sorumlulukları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), 120.

de kişilik haklarının ihlaliyle birlikte haksız fiil niteliğindedir. Bu durumda meydana gelen zararların ise tazmini gündeme gelir.

TBK madde 49/ 1'e göre : “ *Hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*”. Bu hükme uygun olarak TMK madde 24/1'e göre de: “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*” hükmü ile de hukuka aykırı eylemin kusur sorumluluğunu doğurduğu ortaya konmuştur. Tıbbî müdahaleler, kişinin vücut bütünlüğüne, yaşamına ve sağlığına yönelik davranışlarla gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple de kişinin, kişilik değerleri ihlal edilmektedir. Kişilik haklarını ihlali niteliğinde olan tıbbî müdahaleler ise hukuka aykırı kabul edilir. Fakat kişinin rızasının alınması, kişinin üstün yararının ve üstün kamu yararının bulunması sebepleriyle hukuka aykırılık ortadan kalkabilir¹⁹⁶.

2.3. Tıbbî Müdahalede Rıza ile Hukuka Aykırılığın Ortadan Kaldırılması

2.3.1. Genel Bilgiler

Başkasının hukuk düzenince korunan menfaatine yönelik zarar verici bir eylemle müdahalede bulunulmasını yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek için belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her eylem hukuka aykırıdır¹⁹⁷. Tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığının giderilmesi için her türlü müdahalede kişinin rızasının alınması gerekir.

Kişinin rızasının alınmasının gerekliliğinin en önemli dayanakları; kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve özerklik ilkesidir. AY m.17/2, TMK m.24/2 ve HHY m.5'te tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller haricinde kişilerin rızası alınmaksızın onlara dokunulmayacağı aksi halde her türlü girişimin hukuka aykırı olacağı hüküm altına alınmıştır. TMK. m.24/2'de kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması gerekçelerinden birine dayandırılarak haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırı olduğu hüküm altına alınmıştır. Fakat kişinin rızasının alınmasının

¹⁹⁶ Kahraman, 483.

¹⁹⁷ Eren, 608.

mümkün olmadığı hallerde ya da kamu veya özel yararı daha üstün nitelikte olduğu hallerde kişinin rızası alınmasa bile tıbbî müdahale hukuka uygun olabilmektedir. Her ne kadar tıbbî müdahalede kural kişinin rızasının alınması olsa da bazı hallerde rıza aranmaksızın tıbbî müdahale gerçekleştirilebilir.

2.3.2. Hastanın Rızasının Aranmadığı Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka uygun tıbbî müdahaleden söz edebilmek için yasalar tarafından yetkilendirilmiş kişilerce gerçekleştirilmesi, müdahalenin hukuka uygun bir amaç taşıması, hastadan bilgilendirilmiş rıza alınması ve tıbbin kurallarına uygun şekilde özenli bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Tıbbî müdahaleler, TMK m. 23 ve 24'e göre vücut bütünlüğüne ve kişilik haklarına saldırı niteliği taşır. Ancak TMK madde 24/2 ile tıbbî müdahale sonucu kişilik hakları saldırıya uğrayan kişinin rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağı ifade edilir.

Bunun yanında kişinin rıza göstererek iradesini ortaya koymasının dışında kişinin rızasından bağımsız olarak hukuka uygun kabul edilen sebepler de bulunmaktadır. Bunlar; tıbbî zorunluluk halleri, üstün nitelikteki özel yarar veya kamusal yarar yahut kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır.

2.3.2.1. Üstün Nitelikte Özel Yarar

Gerek TMK m. 24/2 hükmü gerekse de TBK m. 63/2, hükmü nazara alındığında, daha üstün nitelikte özel bir menfaatin varlığı halinde fiil hukuka aykırı sayılmaz. Zarara uğrayan kişinin yararı ile saldırıda bulunan kişinin yararı çatışma içerisine girerse, saldırıda bulunan kişinin korunmaya değer daha üstün nitelikte özel bir menfaati mevcut ise ortaya çıkan zarardan sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁹⁸.

Tıbbî müdahalede bulunulacak hastanın kendisinin ya da yasal temsilcisinin rızasının alınması gerekir¹⁹⁹. Ancak tıbbî müdahaleler bakımından, uygulanan tıbbî müdahaleden dolayı zarar görenin üstün nitelikte özel yararı söz konusudur²⁰⁰. Bir başka ifadeyle,

¹⁹⁸ Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, “Temsil Yetkisinin Açıklanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70/2 (2021): 300.

¹⁹⁹ Bu konuda daha fazla açıklamalar için bkz.; Aşçıoğlu, 24.

²⁰⁰ Güney Tunalı, 289.

hastanın ya da yasal temsilcisinin rızasının alınma imkanının bulunmaması halinde, rıza alınmadan gerçekleştirilen müdahale üstün özel yarara dayanılarak hukuka uygun kabul edilir²⁰¹.

Hastanın menfaatini korumak amacıyla, onun iradesi dışında müdahalede bulunulabilmek için ayırt etme gücünden geçici ya da sürekli şekilde yoksun olması gerekmektedir²⁰². Bu sebeple hastanın bilincinin açık olmadığı, acil müdahaleyi gerektiren hayati bir tehlikesinin bulunduğu durumda hastanın rızasının alınması imkanı bulunmadığından, uygulanacak müdahale kişinin üstün özel yararı gereği gerçekleştirilir²⁰³. Bu durumda zorunluluk halinden de bahsedilir²⁰⁴. Ancak TBK m. 64’ da zorunluluk haline ilişkin, kişiye ya da bir başkasına ait şahısvarlığına veya malvarlığına yönelen ve hemen gerçekleşmesi muhtemel olan bir tehlike bulunması şartı aranırken vücut bütünlüğüne yönelen zararlar ile ilgili bir hukuka uygunluktan bahsedilmemiştir. Dolayısıyla tıbbî müdahaleler bakımından acil durumlarda uygulanan müdahaleleri zorunluluk hali değil, üstün nitelikte özel yarar olarak nitelendirmek kanımızca daha isabetlidir.

Hastanın aydınlatılarak rızasının alınması ve devamında gerçekleştirilen ameliyat esnasında, hastanın müdahaleye ilişkin rızasının dışında başka bir müdahalede bulunulması gerekliliği doğduğunda da yeni tıbbî müdahale için zorunluluk hali nedeniyle rıza aranmamaktadır²⁰⁵. Zira anestezi altında bulunan hastanın rızasının alınması mümkün olmaz. Dolayısıyla hastanın üstün özel yararı gözetilerek rıza aranmaksızın müdahalede bulunulabilir.

Kişinin üstün özel yararı, rıza bulunamasa dahi bu hukuka uygunluk sebebine dayanılarak rıza aranmaksızın tıbbî müdahalede bulunabilme kuralı kötüye kullanılmamalıdır. Zira bu durumda hukuka uygunluk sağlanamayacak, eylemi

²⁰¹ Kılıçoğlu Yılmaz, 300.

²⁰² Özge Yücel, “*Tıbbî Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar*”, İstanbul Hukuk Mecmuası 73/2 (2021): 485.

²⁰³ Zeka Kayalı , “*Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbî Müdahaleler*”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1996), 44-45.

²⁰⁴ Mehmet Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk* (Ankara: 1991), 79; Çilingiroğlu, 47.

²⁰⁵ Kayalı, 45.

gerçekleştiren kişi, hukuka aykırılık sebebiyle doğacak sonuçlara katlanır²⁰⁶. HHY m. 22 ve HHY m. 25 hükümleri de üstün özel yarar kuralının kötüye kullanılmasını önlemek üzere getirilmiştir.

2.3.2.2. Üstün Kamusal Yarar ve Kanunun Verdiği Yetki

TMK m. 24/2’de düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri; üstün nitelikte kamusal yarar ve kanunun verdiği yetki olarak sınırlandırılmıştır. Bu iki yararın çatışması durumunda kamuya ilişkin yararın üstün tutulması söz konusudur. Kamu yararı, tek bir kişiyi değil geneli, kamuoyunu ilgilendiren çıkarları kapsar. TBK m. 63’te, kanunun verdiği yetki kapsamında gerçekleşen eylem sebebiyle bir zarar meydana gelse dahi bu zararın giderilmesi sorumluluğu doğmayacağı vurgulanmıştır.

Kişinin kişilik haklarına; konumuz özelinde yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü haklarına karşı yapılan saldırılar üstün nitelikteki kamu yararının varlığı halinde hukuka aykırı nitelik taşımaz. Dolayısıyla kişinin rızası alınmaksızın gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler, üstün kamu yararı ve kanunun tanıdığı yetkiye dayandırıldığında hukuka uygun sayılabilir. Ancak üstün kamusal yarar, kişinin yararına göre öncelikli olsa da bu önceliğin insan haklarının ihlali niteliğinde kullanılmasının önlemek için AY. m.13’te ifade edilen şekilde sınırlanmalı; temel hakların özüne dokunulmadan yalnız Anayasa maddesiyle işaret edilen nedenler doğrultusunda kanunlarla belirlenen sınırlamalara uyulmalıdır²⁰⁷.

Üstün kamusal yarar beraberinde kanunun verdiği yetkiyi de getirmektedir. Örneğin, Covid-19 gibi ülke çapında sağlık açısından oldukça büyük tehdit oluşturan bir bulaşıcı hastalığa karşı aşılama zorunluluğu veya TMK m.432’de belirtilen önlemlerin amacı üstün kamusal yarar olduğu kadar yasal düzenlemenin varlığına da dayanmaktadır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda kişi rızası aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabileceği ile ilgili birden çok hüküm bulunmaktadır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu²⁰⁸ m. 67’de; veba, kolera, humma gibi bulaşıcı nitelikteki ve salgın hastalıklar bakımından hekimlerin hastaları muayene edebilecekleri ve bunun yetkilerinin

²⁰⁶ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, “Rıza, Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9/2 (2019): 324.

²⁰⁷ Kirkit, 159.

²⁰⁸ RG 06.05.1930-1489.

kullanılmasının engellenmesi durumunda engelleyenlerin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. UHK m. 72, 73 ve 74'te yer alan ifadeler, salgın hastalıkların ortaya çıkması durumunda hastanın tecrit altına alınması ve aşılması müdahalelerinin hukuka uygunluğu sağlamaktayken, kuduza yakalanan ya da kuduz virüsü taşıdığından şüphelenilen hayvan tarafından ısırılanların UHK m. 75'e göre derhal en yakındaki kuduz tedavi merkezine başvurması zorunludur.

2.4. Rıza Kavramı

Rızanın sözlük anlamı, kabul etme bir şeyi yapmayı isteme; onam vermedir²⁰⁹. Hukuki anlamıyla rıza kavramı, kişilerin hukuki değerlerine yönelen müdahalelere onay vermeleri, kabullenmeleri olarak kullanılmaktadır²¹⁰.

TMK m. 24/2 rıza kavramının temelini oluşturmakta olup *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”* ifadesine yer verilmektedir. Bunun yanında TBK m. 63/2'de *“Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz”* denilerek, hukuka uygunluk sebebi olarak rızanın temel hükmü niteliği taşıyan hükme yer verilmiştir.

TBK m. 52/1'e göre *“Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”* denilerek, zarar görenin rızasının tazminatta indirim nedeni olacağı hüküm altına alınmıştır. TCK madde 26/2' de yer alan *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”* ifadesiyle de rızanın hukuka uygunluk sebebi olduğu ceza hukuku bakımından da kabul edilmiştir. Fakat Türk Ceza Kanunu'nda rızanın, kişinin üzerinde

²⁰⁹ <https://sozluk.gov.tr/>

²¹⁰ Polat, Sorumluluk Hukuku, 6.

mutlak suretle tasarruf edebileceği haklara ilişkin olarak uygulanabileceği ifade edilmiş, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nda bu husus vurgulanmamışsa da; öğretilerde rızanın kişinin tasarrufta bulunabileceği bir hak ve sınırları belirli olan bir müdahaleye ilişkin irade açıklaması olduğu noktasında mutabakat vardır²¹¹.

HHY madde 4/h'de “Rıza: Kişinin Tıbbî müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini, ifade eder.” denilerek rızanın tanımı yapılmıştır. Aynı Yönetmeliğin 5/d maddesinde de “Tıbbî zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.” hükmü ile kişinin tıbbî müdahaleye rızasının arandığı ifade edilmiştir. Belirtmek gerekir ki HHY m. 22'de istisnalar haricinde kişinin rızası alınmadan tıbbî müdahalede bulunulamayacağı ve kişinin verdiği rıza çerçevesinde tıbbî müdahalenin uygulanabileceğini belirtilmiştir.

Sonuç itibarıyla, hastanın sahip olduğu kişilik hakları ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı nedeniyle, hastaya uygulanacak tıbbî müdahalelerinde rıza koşuluna bağlı olması kaçınılmazdır. Ancak burada verilen rıza tek başına hukuka uygunluğu sağlamak için yeterli olmamakta; hastanın tıbbî müdahalenin taşıdığı riskler, alternatif tedavi yöntemleri ve olası sonuçlarıyla ilgili bilgilendirilmiş olması gerekmektedir²¹².

2.5. Rızanın Konusu ve Kapsamı

Rızanın konusunu kişi üzerinde uygulanacak olan tıbbî müdahaleler oluşturmaktadır. Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen uygulamalar, bir başka deyişle tıbbî müdahale çerçevesindeki müdahalelerde rıza farklı bir öneme sahiptir. Zira kişinin vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufları sınırsız olmayıp, vücut bütünlüğünü bozmaya yönelik eylemlere ilişkin olarak verilen rıza hukuka aykırıdır. Bunun yanında tıbbî müdahalenin yasalar, ahlak ve etik kurallarına aykırı olması halinde de verilen rıza geçerlilik kazanmaz. Kanseri hastalığına yakalanan, hastalığının son evresinde olan ve iyileşme şansı olmayan kişinin hekimler tarafından kendisine ötenazi²¹³ yapılarak

²¹¹ Badur, 50.

²¹² Kahraman, 490.

²¹³ Muharrem Özen, Meral Ekici Şahin, “Ötenazi”, Ankara Barosu Dergisi, 4 (2010): 17.

yaşamına son verilmesini istemesi ve rıza göstermesi halinde rızası hukuken geçersizdir. Belirtmek gerekir ki Türk hukuk sistemi ötenaziyi kabul etmemektedir²¹⁴.

Hastaya aydınlatma uygulaması kapsamında genel ve matbu formların imzalatılmasının geçersiz olduğu gibi genel ve soyut bir rıza vermesi de kabul edilemez²¹⁵. Ancak çoğun içinde az da vardır ilkesinden yola çıkarak tıbbî müdahalenin kapsamına dahil olan risk içermeyen enjeksiyon, kan alma gibi işlemlerde hastanın ayrıca rızasının alınması gerekmeyip, rıza gösterdiği kabul edilmelidir²¹⁶.

Hastanın aydınlatılmış rızasının alınması her türlü tıbbî müdahalenin ön koşuludur²¹⁷. Tıbbî müdahalede rızanın konusu, rıza alınmasından önce bilgilendirme yapılması şartının gerçekleştirilmesine bağlı olarak belirlenir. HHY m. 31/3 ile gerçekleştirilecek tıbbî müdahalenin sınırlarının, aydınlatma konusuyla sınırlı olduğu ortaya konmuştur. Tıbbî müdahalede, rızanın kapsamı dışına çıkıldığında ortada başkaca hukuka uygunluk sebebi bulunmuyorsa, hukuka aykırı tıbbî müdahale meydana gelir²¹⁸.

Tıbbî müdahalede önemli sayılabilecek değişiklikler ortaya çıktığında rızanın kapsamının aşılması tehlikesi ortaya çıkacak; zorunluluk hali doğmadığı sürece hastanın ek olarak rızasına başvurmak, tıbbî müdahalenin olağandan fazla tehlike doğuracak nitelik taşıması halinde ise yeni baştan açıklama yapılarak hastanın rızasını almak gerekir²¹⁹. Ancak rıza gösterilen tıbbî müdahalenin uygulanması esnasında, rıza kapsamı dışında, hastanın sağlığı açısından tehlike barındıran hallerin ortaya çıkması durumunda, başka bir deyişle tıbben mecburiyet olması halinde; hastanın hayatı ve sıhhati için rıza verilen işlemler haricindeki girişimlerde bulunabilmelidir²²⁰. Bir örnekle açıklanacak olursa; tümörün yayılımını önleme amacıyla rahminin alınması için rıza veren kadın, sonradan

²¹⁴ HHY m- 13: “Ötenazi yasaktır. Tıbbî gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.”; Özge Demirörs, Sevinç Arslan Hızal, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/4 (2016): 1497.

²¹⁵ Deniz Çelik, Işıl Pakiş, “Avukatların Aydınlatılmış Onama İlişkin Görüş ve Farkındalıkları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 149 (2020): 196.

²¹⁶ Çelik ve Pakiş, 196: Çağatay Doğan, “Tıbbî Müdahalelerde Hastanın Aydınlatılması ve Rıza Kavramı” (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2023), 22.

²¹⁷ Şükrü Hatun, *Hasta Hakları* (İstanbul: İletişim Yayınları, 1999), 25.

²¹⁸ Çakal, 72.

²¹⁹ Yüksek Ersoy, “Tıbbî Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 53 (2004), 171.

²²⁰ Özdelek, 89.

fark edilen ve faydalı bir müdahaleyi zenginleştirme amacı taşıyan, örneğin batında görülen bir kitlenin alınması gibi bir eyleme rıza gösterdiğinden rızası hukuka uygun kabul edilmektedir²²¹.

2.6. Rıza Açıklaması

2.6.1. Genel Olarak

Rızanın hukuk alanında etkisini doğurabilmesi için rıza gösterildiğinin açıklanması gerekmektedir²²². Kaldı ki Medeni Hukuk bakımından hakların tespiti ile meydana gelecek borçların sahibi ve hakkında hukuku sonuç doğacak kişinin irade beyanının açıklanması gerekmekte olup tıbbî müdahalede irade beyanının karşılığı ise kişinin tıbbî müdahaleye rızasının olup olmadığını açıklamasıdır²²³.

Hasta kavramı, beden ya da zihin sağlığı yarananma ya da kaza sebebiyle bozulmuş, tedaviye ihtiyacı olan kişiler olarak tanımlanabilir²²⁴. Dolayısıyla tıbbî müdahalenin uygulanacağı kişi olan hasta, tıbbî müdahalede hukuka uygunluk sebebi olan rıza açıklamasının yapması gerekmektedir. Zira hastaya yapılacak olan aydınlatma ışığında, hasta tıbbî müdahalenin negatif ve pozitif yönleriyle değerlendirmesini yapar ve devamında yapacağı rıza açıklaması ile rıza hukuki anlamda yer bulabilir.

Rıza açıklamasında bulunan kişinin hangi konuda ne için rıza verdiğini biliyor olması gerekmekte olup kişinin rızası hata, hile, korkutma gibi sebeplerle sakatlanmış olmaması gerekmektedir²²⁵. HHY 34. maddesinde de rızanın herhangi bir şekilde sakatlanmaması gerektiği belirtilmiştir.

2.6.2. Rızanın Verilmesinde İrade Sakatlıkları

Yanılma, bir diğer ifadeyle hata, bir kimsede gerçeğe aykırı bir düşünce uyandırma şeklinde olabileceği gibi, önceden var olan yanlış bir düşünceyi korumak, devam

²²¹ Carlotta Cassani, “Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hukukta Rıza”, trc. Muharrem Özen, Mustafa Özen, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 77 (2008): 242.

²²² Hakeri, *Genel Hükümler*, 442.

²²³ Gülel, 138.

²²⁴ <https://tdk.gov.tr/>

²²⁵ Savaş, *Sağlık Çalışanları*, 137.

etmesini sağlamak şeklinde de olabilmektedir²²⁶. Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden bahsedebilmek için hastanın kendisine uygulanacak müdahalenin tüm yönleriyle ilgili bilgilendirilmesi ve bilgilendirilmiş rızasının alınması gerekir. Hastanın müdahalenin anlam, etki ve sonuçları hakkında yanılması durumunda hata meydana gelecek ve rızası geçersiz olacaktır. Tıbbî müdahalenin, operasyon ücreti gibi tıbbî yönüne ilişkin olmayan hususlarında yapılan hata, rızayı etkisiz kılmamakta; saikte hatayı oluşturup, rızanın geçerliliğine etkisi bulunmamaktadır²²⁷.

Aldatma, bir diğer adı ile hile TBK madde 36’da düzenlenmiş olup yanılmanın aksine esaslı olma şartı aranmamıştır. Kişide yanlış bir kanaat oluşturarak ya da kişide var olan yanlış kanaat sürdürülerek irade beyanında bulunmasının sağlanmasına aldatma denmektedir²²⁸. Hastanın, tıbbî müdahalede bulunacak hekime rıza verdiği, müdahaleyi hekimin değil öğrencinin gerçekleştirdiği durumda yanılma sebebiyle hastanın iradesi sakatlandığından verilen rıza geçerliliğini kaybeder²²⁹. Hekimin hastanın psikolojik sağlığını gözeterek, tıbbî müdahaleyi basite indirgeyerek anlatması ya da birtakım hususları gizlemesi durumunda rızanın hile ile alındığından bahsedilemez²³⁰. Fakat hekimler tarafından bilimsel araştırmalarda kullanmak için yapılan tıbbî deneylerde; hekimlerin hastanın rızasını almak için tıbbî müdahalenin zorunlu olduğunu söyleyerek görünürde başka bir operasyon için rıza alması durumunda rızanın aldatmayla sakatlandığı söylenir²³¹.

Korkutma, kişinin iradesini sakatlayan hallerden biri olup, korkutma sonucunda kişinin iradesi, özgür düşünce ve karar alma aşaması sonucunda ortaya çıkmamaktadır²³². TBK m. 37 taraflardan birinin, diğer taraf ya da üçüncü kişilerin korkutması sonucunda bir sözleşme yapması halinde sözleşmeyle bağlı olmayacağı belirtilmiştir.

²²⁶ H. Kübra Ercoşkun Şenol, “*Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17/4 (2013): 83.

²²⁷ Yenerer Çakmut, *Rıza*, 215.

²²⁸ Emre Köroğlu, *Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma* (İstanbul: On iki levha yayıncılık, 2020), 37.

²²⁹ Hakeri, *Genel Hükümler*, 582.

²³⁰ Hakeri, *Genel Hükümler*, 581.

²³¹ Yenerer Çakmut, *Rıza*, 214.

²³² Emre Köroğlu, “*İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmada Korkutulanın Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Kapsamında Sahip Olduğu Tazminat Hakkı*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13/1 (2022): 81.

Korkutmada korkutulan kişinin iradesiyle, irade açıklaması birbirine uygundur²³³. Ancak kişi korkutma sonucunda sakatlanmış olan iradesiyle beyanda bulunur. Korkutmanın gerçekleşmesi için kişinin bir tehditle karşı karşıya kalmış olması gerekmekte olup, bir hakkın ya da yetkinin kullanılmasının söz konusu olmadığı hallerde tehdit hukuka aykırıdır ve kişinin karar verme özgürlüğüne müdahalede bulunulmuş kabul edilir²³⁴. Örneğin, hastaya ameliyat olmaması halinde felç olacağı ya da öleceği şeklinde gerçeğe aykırı beyanda bulunularak alınan rızasında, hasta korku altında rıza verdiğiinden rızası sakatlanmış olur.

2.7. Rıza Verme Yetkisi (Rıza Ehliyeti)

2.7.1. Genel Olarak

Kural olarak rıza vermeye yetkili kişi müdahalenin uygulanacağı hastadır. Hukuka uygun bir rıza için ise hak sahibinin rıza göstermeye ehliyetinin olması, tıbbî müdahalede bulunulacak kişinin müdahalenin önemi ve sonuçlarını anlayabilecek niteliğe sahip olması gerekmektedir²³⁵. Zira tıbbî müdahalede rıza gösterme hakkı, kişiliğin korunması ilkesi gereği şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan mutlaka hak sahibinin kullanması gerekmektedir²³⁶. Reşit ve bilinci açık olan hastaların tıbbî müdahaleye rızalarının; yakınlarından, eşinden ya da çocuklarından alınması hukuka aykırı bir uygulamadır²³⁷.

Tıbbî müdahaleye rıza bakımından; akıl zayıflığı, akıl hastalığı ya da yaş küçüklüğü gibi nedenlerle uygulanacak girişimin anlam ve sonuçları ile ilgili hususları anlayamayacak halde olanların, riskleri ve alternatifleri değerlendirememeleri sebebiyle ehliyetsiz kişiler oldukları kabul edilmektedir²³⁸.

²³³ Köroğlu, *Korkutma*, 277.

²³⁴ Mehmet Özgür Avcı, “*İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 27/1 (2021): 655.

²³⁵ Erman, 80; Dilara Erdem Çetin, “*Küçükler Üzerinde Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Koşulları*” (Yüksek Lisans Tezi, Altınbaş Üniversitesi, 2021), 80.

²³⁶ Çakal, 73.

²³⁷ Hakeri, *Genel Hükümler*, 444.

²³⁸ Gülel, 96.

2.7.2. Rıza Ehliyeti Bakımından Özel Durumlar

2.7.2.1. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Küçükler

Küçüklerin karar verme yeteneklerinin sınırlı veya hiç olmadığını varsayınız. Dolayısıyla küçüklerin haklarını korumamız gerektiği düşüncesi ortaya çıkar. Bu sebeple özellikle ana ve babalar çocukların ilerideki özerkliklerini düşünerek şimdiki özerkliklerini sınırlandırmaya çalışır²³⁹.

Küçükler bakımından rızanın ne zamandan itibaren kabul edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır. Medeni Kanunda geçerli olduğu kabul edilen işlem ehliyeti ve rüşt yaşına ilişkin şartlar ceza kanunda kabul edilmemektedir. Bu sebeple rıza ehliyetinin tespiti bakımından da yaş sınırlamasını tespit etmek de oldukça güçtür²⁴⁰. Ancak öğretideki baskın görüşe göre yaş sınırı konusunda değil, somut olayın özelinde değerlendirme yapılması gerekmektedir birlikte, 18 yaşına yakın kişiler bakımından rıza ehliyetlerinin bulunduğu; 15 yaşından küçük kişilerin ise tıbbî müdahaleye rıza ehliyetine sahip olmadıkları kabul edilmelidir²⁴¹.

TMK m. 16’da ayırt etme gücüne haiz küçüklerin yasal temsilcisinden rıza alınmadan borçlandırıcı işlem yapamayacaklarını ifade edilmiş olup, karşılıksız kazanımlarda ve mutlak hakların kullanımında ise yasal temsilcinin rızasının aranmadığı ifade edilmiştir.

TŞSTİDK m. 70’te küçükler için ayırt etme gücüne sahip olup olmamalarına bakılmaksızın yasal temsilcilerinden muvafakat alınması gerektiği ifade edilmiştir. HHY 24/2. madde de kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğunu, küçük ve kısıtlıların dinlenerek bilgilendirme ve tedavi sürecine katılımı sağlanacağı belirtilmiştir. TŞSTİDK, HHY ve TMK’ da yer alan ifadelerin farklı yorumlanması sonucunda tıbbî müdahaleye rıza hususunda ayırt etme gücü bulunan küçükler bakımından üç farklı görüş doğmuştur.

²³⁹ Erdem Aydın, “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu”, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi 46/2 (2003):149.

²⁴⁰ Yenerer Çakmut, *Rıza*, 206.

²⁴¹ Hakeri, *Genel Hükümler*, 450; Gülel, 98-99.

2.7.2.1.1. Yasal Temsilcinin Rızası ile Birlikte Küçüğün Görüşünün Alınması Gerektiğini Savunan Görüş

Bu görüşte TŞSTİDK madde 70 ve HHY madde 24'te vurgulanan küçüğün yasal temsilcisinin rızasının aranması koşulu ile birlikte küçüğün görüşünün de alınması gerektiği hususu esas alınmaktadır. Söz konusu görüşte küçüğün görüşü ile yasal temsilcisinin görüşünün uyuşmaması halinde yasal temsilcinin görüşüne üstünlük tanınacağından; küçüğün görüşü ilk ihtimalde yasal temsilcinin görüşünü güçlendirirken ikinci ihtimalde yasal temsilcinin görüşünün değişmesi yönündeki temenniden öteye geçmez²⁴².

Görüşün dayanağını oluşturan bir diğer husus, Türk Medeni Kanunu'nda bulunan ve küçüğün şahsa sıkı sıkıya bağlı olan evlenme, erginlik gibi birtakım haklarını kanuni temsilcisinin rızasıyla kullanabildiği, küçüğün rızasının yanında yasal temsilcisinin de rızasının arandığı düzenlemelerdir²⁴³.

2.7.2.1.2. Yasal Temsilcinin Rızasının Yanında Küçüğün Rızasının da Aranması Gerektiğini Savunan Görüş

Yalnızca yasal temsilcinin rızasının değil, küçüğün rızasının da bulunması gerektiğini savunan görüştür. Temelinde yatan düşünce ise küçüğü korumaktır²⁴⁴. Küçüğün her ne kadar rıza yeteneği bulursa da velisinin korumasına ihtiyaç duyması ve velisinin de küçüğü korumakla yükümlü olması sebebiyle yasal temsilci tıbbî müdahale sürecinden soyutlanmamalıdır²⁴⁵. Bu görüş, tıbbî müdahalenin küçüğün görüşü ile yasal temsilcisinin görüşünün uyuşması halinde uygulanabileceği esasına dayanır²⁴⁶. Bu görüşün benimsenmesi durumunda yasal temsilci rıza vermeyerek küçüğe yapılacak tıbbî müdahaleyi engelleyebilecek olup küçüğün rızasının bulunmadığı ancak yasal temsilcisinin rızasının bulunması halinde küçüğe tıbbî müdahalede bulunulamaz²⁴⁷.

²⁴² Oral, 197.

²⁴³ Çakal, 81.

²⁴⁴ Çilingiroğlu, 56

²⁴⁵ Kahraman, 34.

²⁴⁶ Badur, 115.

²⁴⁷ Badur, 116-117.

2.7.2.1.3. Küçüğün Rızasının Tek Başına Yeterli Olduğunu Savunan Görüş

Bu görüşe göre ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün tıbbî müdahaleye rıza noktasında korunmaya ihtiyacı bulunmamaktadır. Tıbbî müdahalede rıza, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan hakkın kullanılması yasal temsilciye bırakılamaz; hakkı kullanma yetkisi hak sahibi olan hastaya aittir²⁴⁸.

TMK madde 339/1-3'e göre velayetin kapsamı belirlenmiştir. Madde hükümleri, bir taraftan küçüğün bakımı ve eğitimi hususunda onun menfaatini gözeten ana ve babanın, diğer taraftan da küçüğün olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme olanağı tanınması ve önemli hususlarda küçüğün düşüncelerini dikkate almaları gerektiği hususunu vurgulamıştır²⁴⁹.

Tıbbî müdahaleye rızanın müdahaleye maruz kalacak hasta tarafından verilmesi asıldır. Bu görüşe göre, rızasına başvurulacak hasta, ayırt etme gücüne haiz küçük olduğunda, anlama ve karar alabilme yeteneği ölçüt alınarak rıza açıklamasında bulunabilecek; bu yeteneklere sahip olmadığı tespit edilirse kanuni temsilcisine başvurulacağı sonucuna varılabilmektedir²⁵⁰. Ancak acil bir müdahale söz konusuysa, üstün yarar göz önüne alınarak rıza aranmaksızın, hekim tarafından tıbbî müdahalenin yapılması gerekmektedir²⁵¹.

Kanaatimizce tıbbî müdahaleye rıza hakkının, işlemin niteliğini ve sonuçları algılayabilecek ayırt etme gücüne sahip kişilerin, yaş sınırlaması olmaksızın bizzat kullanılabilmesi gerekmektedir. Buradaki kriter yaştan ziyade küçüğün zihinsel olgunluğu ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneği olmalı; ayırt etme gücü olmayan küçük ile kısıtlı bireyler için yasal temsilcinin onayı alınmalıdır. Zira tıbbi müdahale kişilik haklarına yöneldiğinden, müdahalenin anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğine sahip olan küçüğün kendi vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunabilme özgürlüğüne de sahip olması gerekir.

²⁴⁸ Karaman, 40.

²⁴⁹ Zarife Şenocak, “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 50/4 (2001):76.

²⁵⁰ Enis Sarial, *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları 1986), 66.

²⁵¹ Karaman, 34.

2.7.2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Küçükler

Tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi tıbbî müdahaleye rıza bakımından da ayırt etme gücü bulunmayan küçüklerin ehliyetsiz oldukları kabul edilmektedir. Bu nedenle de ayırt etme gücü bulunmayan küçükler hakkında rıza, yasal temsilcileri tarafından açıklanır²⁵². Hastaya, tıbbî müdahaleye ilişkin olarak aktarılan bilgilerin anlaşılabilmesi gerekmektedir. Bu sebeple ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerde bilgilendirme yasal temsilciye yapılmalıdır. Ancak hekimin, bilme hakkına saygı göstererek, çocuğun sürece katılımı sağlamak yönünde gayret göstermesi etik bir yükümlülük olup, hekim ile hasta küçük arasındaki güven ilişkisini geliştirmeye yönelik bir yaklaşımdır²⁵³. Ayrıca küçük her ne kadar kendisi için her zaman iyi olanı bilirse de küçüğün bağımsız kişiliğinin dikkate alınmaması fiziksel ve psikolojik sağlığını tehdit edebilir²⁵⁴. Bu nedenle çocuğu ilgilendiren konularda, onun iradesi doğrultusunda yararının gözetilmesi gerekir²⁵⁵.

TMK m. 342/1 hükmü gereği, ana ve babanın müştereken velayet sahibi olması nedeniyle tıbbî müdahaleye rızanın da her iki ebeveyn tarafından müştereken vermeleri gerekeceği sonucuna varılmaktadır.

Uygulamada tıbbî müdahalenin niteliğine göre üçlü bir değerlendirme yapılmakta olup ilk olarak basit hastalık ve yaralanma gibi *rutin müdahale*lerde orada hazır bulunan ebeveynin rızası almak yeterli görülmektedir²⁵⁶. İkincil derecede olan, önemsiz denemeyecek riskler barındıran *orta ağırlıktaki müdahale*lerde TMK m. 342/2 hükmünün işaret ettiği üzere yasal temsilcilerden yalnızca birinin hazır olması halinde, ana veya babadan birinin beyanından diğerinin rızası olduğunun anlaşılması halinde bu durumun belgelenmesi yeterlidir. Ancak belirtmek gerekir ki risk oranı fazla olan müdahaleler ve ağır ameliyatlar gibi *önemli riskler* içeren işlemlerde mümkün olduğunca ana ve babanın her ikisinden de rıza almak faydalı olur²⁵⁷. Ana ve babanın tıbbî müdahale bakımından ortak bir karara varamamaları veya rıza göstermemeleri

²⁵² Gülel, 99.

²⁵³ Aydın, 149.

²⁵⁴ Emine Dede, *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2017), 83.

²⁵⁵ Dede, 83.

²⁵⁶ Hakeri, *Genel Hükümler*, 461.

²⁵⁷ Gülel, 99.

halinde mahkemeye başvurularak mahkeme kararı ile çocuğun yararı esas alınacak şekilde hareket edilmelidir²⁵⁸.

Hekimin tedavi önerisine rağmen ebeveynlerin kişisel kapris ya da batıl inançları uğruna tedaviyi reddetmeleri halinde ve tedavinin küçüğün sağlığı bakımından zorunlu ve acele olması halinde, bu haksız direnişi ortadan kaldırmak için; hakkın kötüye kullanılması, ıztırar hali, vekaletsiz iş görme, ebeveyn ile çocuğun arasında menfaat çatışması yaşanan durumlarda TMK m.345 ile devreye giren kayyım ataması müesseselerinden istifade edilebilir ve müdahale hukuka aykırı olmaz²⁵⁹.

Ana ve babanın hiç evlenmemiş olmaları halinde TMK madde 337'ye göre velayet anaya ait olup; ana ölmüş, velayet hakkı kendisinden alınmış ya da kısıtlanmış veya küçükse hakim, çocuğun menfaati doğrultusunda velayetini babaya verebilir yahut vasi atayabilir. Boşanmış eşlerde ise velayetin verildiği tarafın rıza verme yetkisi bulunmaktadır²⁶⁰. Ayırt etme gücü bulunmayan küçükler bakımından zorunlu aşı uygulamasına ilişkin tartışmalar bulunmaktadır. Yargıtay'a konu olan bir kararda küçüğün ailesinin zorunlu aşı uygulamasına rıza vermediği bir olayda sağlık kurumu tarafından küçük ile ilgili sağlık tedbirleri uygulanması talebinde bulunulmuş ve yerel mahkeme talebi kabul etmiştir. Ancak karar, küçüğün yasal temsilcilerince temyiz edilmiş; Yargıtay, zorunlu aşı uygulamasının yasal temsilcinin rızasından üstün olmayacağı gerekçesi göstererek bozma yönünde karar vermiştir²⁶¹. Yargıtay tarafından aksi yönde kararlar da verilmiştir²⁶². Anayasa Mahkemesi bir kararında zorunlu aşılardan

²⁵⁸ Melis Selin Tatlıcan, “Küçüklerin ve Kısıtlıların Tıbbî Müdahaleye Rızası” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2002), 102.

²⁵⁹ Yahya Deryal, “Çocuk Hastaların Hakları”, içinde Sağlık Hakkı, Hasta Hakları 4. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 8-9 Haziran 2007, editör Tefik Özlü (Trabzon: Deniz Ofset, 2007), 18-19.

²⁶⁰ Hakeri, *Genel Hükümler*, 461.

²⁶¹ Y. 2. HD, 03.03.2014, E. 2013/21336, K. 2014/4508, www.legalbank.net E.T. 19.06.2024.

²⁶² Y. 2. HD, 01.04.2015, E. 2014/26980, K. 2015/6339: “Somut olayda çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen “genişletilmiş bağışıklık programı” uyarınca yapılması zorunlu aşılardan olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz. Olayda ana baba çocuğa aşı uygulamasına karşı çıkmışlar, buna rızalarının bulunmadığını bozmadan sonraki yargılama sırasında ifade etmişlerdir. Ne var ki; bu beyanlarını haklı gösterecek bir sebep ve delil göstermedikleri gibi dosyada da, yapılması istenen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bilgi ve olgu bulunmamaktadır. Aşının çocuğun gelecekteki bireysel sağlığının yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu

neler olduğunu değerlendirerek zorunlu aşılanmanın kapsamını belirlemiş; kişinin rızasına aykırı şekilde gerçekleştirilen ve kanuna dayanmayan müdahalelerin hukuka aykırı olduğunu hüküm altına almıştır.²⁶³

Zorunlu aşı uygulaması ile çocuk sağlığı ve yaşamının korunması, hastalıkların yayılımının önüne geçilmesi amaçlansa da aşılardan yabancı ülkelere getirilmesi gibi iddialar vb. sebeplerin oluşturduğu güvensizlik nedeniyle aileler tarafından zorunlu aşı uygulamasına karşı çıktığı görülmektedir²⁶⁴.

olduğu dosyadaki raporlardan anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.”www.legalbank.net, E.T. 19.06.2024; Y. 2. HD, 13.05.2015, E. 2015/637, K. 2015/10057, www.legalbank.net, E.T. 19.06.2024.

²⁶³ AYM 11.11.2015 tarih ve 2013/1789 bireysel başvuru numaralı karar; RG. T. 24.12.2015, S. 29572; “71.1593 sayılı Kanun’un 57. maddesinde belirli hastalık türleri sayılmış, 72. maddede ise 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda bir kısım tedbirlere başvurulacağı belirtilmiş ve söz konusu tedbirler arasında hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması şeklindeki tedbire de yer verilmiştir. İlgili Genelgede ise genel bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde belirli yaş grupları için çeşitli periyotlar dahilinde bazı aşılardan uygulanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir. Söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun’un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta, başvurucuya tatbikine hükmedilen HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşılardan da 1593 sayılı Kanun’un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün, başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. 72. Bunun yanı sıra 1593 sayılı Kanun’da münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları nazara alınarak Kanun’un 88-94. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. 73. Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve aşı uygulamasının kanuni dayanağı bağlamında yer verilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi; bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevini Halk Sağlığı Kurumuna verdiği belirtilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır. 74. Yukarıda yer verilen tespitler uyarınca başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşıldığından söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. 75. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”www.legalbank.net, E.T. 19.06.2024.

²⁶⁴ Hasan Atilla GÜNGÖR, Anayasa Mahkemesi’nin Topuk Kanı Testi ve Zorunlu Aşılanma Uygulamaları Hakkındaki Kararlarına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme, Fasikül Hukuk Dergisi, 10/100 (2018): 395, <https://www.jurix.com.tr/article/12132?u=0&c=0> E.T. 07.04.2024.

Uyuşmazlığa konu olan bir olayda yasal temsilciler, küçüğe yapılacak zorunlu aşı uygulamasına karşı çıkarak rızalarının bulunmadığını belirtmiş, ancak söz konusu beyanlarına dayanak bir delil ve neden sunmadıkları gibi dosya kapsamında yapılmak istenen aşının çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil ettiğine dair bulgu ve olgu bulunamamış, 5395 sayılı Kanun kapsamında Aile Mahkemeleri tarafından aşı uygulanmasına ilişkin koruma tedbirlerinin usul ve yasaya uygun olduğu belirtilmiştir²⁶⁵.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5/1-d maddesi gereğince²⁶⁶ küçük hakkında sağlık tedbiri uygulanması istenmiş ve devamında sağlık tedbirinin uygulanmasına karar verilmiştir. Verilen karara itiraz edilmiş, itiraz reddedilmiş ve yasal temsilcilerin bireysel başvurusu ile konu AYM' ye taşınmış; mahkeme başvuru sahiplerinin haklı olduğuna kanaat getirerek zorunlu aşı uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığını ve Anayasa madde 17'de güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine dair karar vermiştir²⁶⁷. Başka bir olayda da ailenin küçüğün bebeklik aşlarına izin vermediğinden, küçük hakkında sağlık tedbirlerinin uygulanması talep edilerek ÇKK m. 5'e göre küçük "korunmaya muhtaç çocuk" olarak değerlendirilmiş ve bebeğin aşılanmasına karar verilmiş ancak aile rıza göstermediğinden durum tutanakla tespit edilmiştir²⁶⁸. Küçüğün ebeveynleri Anayasa Mahkemesine başvurmuş; zorunlu aşı uygulaması hususunda verilen tedbir kararı nedeniyle başvuru sahiplerinin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir²⁶⁹.

Yeni doğan bebeklerde bazı genetik hastalıkların erken teşhisi için yapılan bir tarama testi olan topuk kanı uygulaması da benzer sorunlara sebep olmuştur. Zorunlu topuk kanı uygulamasına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen 2006/130 sayılı ve Neonatal Tarama Programı konulu Genelge ile 2014/7 sayılı ve Yeni Doğan Tarama Programı

²⁶⁵ Y. 19. CD, 05.11.2015, E. 2015/16, K. 2015/6675, www.legalbank.net, E.T. 07.04.2024.

²⁶⁶ 5395 sayı 3.7.2005 tarihli Çocuk Koruma Kanunu m- 5:“(1)Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan...;d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına”

²⁶⁷ Başvuru Numarası: 2014/4077 E.T. 18.02.2024

²⁶⁸ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, “Anayasa Hukuku Açısından Zorunlu Aşı Vavrička Kararlarının Öğrettikleri”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19/3 (2022): 486.

²⁶⁹ Başvuru Numarası: 2013/1789, 11.11.2015.

konulu Genelge birlikte değerlendirilmiş ve bu uygulama bakımından kanunilik şartının gerçekleştiği konusunda karar verilmiştir²⁷⁰. Böylelikle yasal temsilci zorunlu topuk kanı uygulamasına rıza göstermez ise mahkeme tarafından küçük hakkında sağlık bakım tedbiri uygulanması gündeme gelir²⁷¹.

2.7.4. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Kısıtlılar

TMK m. 414; *“Haklı sebepler engel olmadıkça, vesayet makamı, vesayet altına alınacak kişinin öncelikle eşini veya yakın hısımlarından birini, vasilik koşullarına sahip olmaları kaydıyla bu göreve atar. Bu atamada yerleşim yerlerinin yakınlığı ve kişisel ilişkiler göz önünde tutulur.”* şeklindedir. TMK m. 415’te ise; *“Haklı sebepler engel olmadıkça, vasiliğe, vesayet altına alınacak kişinin ya da ana veya babasının gösterdiği kimse atanır.”* hükmü yer almaktadır. Ancak söz konusu hükümlere rağmen vesayet altındaki kişinin vasisi genellikle vesayet altındaki kişi için yabancı olduğundan, yasa koyucu vasiyi, veliden farklı olarak daha fazla kontrole tabi tutmuştur²⁷².

Vasinin tıbbî müdahaleye rıza göstermemesi halinde TMK m. 431/1 uygulama alanı bulur. Buna göre ayırt etme gücüne haiz kısıtlı veya ilgili şikayette bulunabilir ve ilgili talep vesayet makamının denetime tabi tutulabilir. Tıbbî müdahalenin vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen bir eylem olması nedeniyle özellikle küçüklük, akıl zayıflığı, akıl hastalığı sebepleriyle vesayet altına alınan kişilerin bu hususta rıza gösterme ehliyetlerinin bulunmadığı açıktır²⁷³.

Sınırlı ehliyetli kimseler, vesayet altına alınmaları için yeterli koşullar bulunmamakla birlikte; menfaatlerinin korunması için fiil ehliyetlerinin kısıtlanması TMK m. 429 hükmü gereği vesayet makamı tarafından gerekli görülen kimselerdir²⁷⁴. Ancak tekrar belirtmekte fayda vardır ki tıbbî müdahale vücut bütünlüğüne ilişkin haklara yöneldiğinden tıbbî müdahaleye rıza bizzat ayırt etme gücü bulunan kişi tarafından kullanılır, kişiye yasal danışman atanması mümkün olmaz.

²⁷⁰ Çakal, 88; Tahmazoğlu Üzeltürk, 491.

²⁷¹ Çakal, 88.

²⁷² Badur, 149.

²⁷³ Çakal, 89.

²⁷⁴ Badur, 152.

HHY m. 24'te²⁷⁵ kısıtlılar bakımından ayırım yapılmaksızın veli veya vasilerinden rıza alınması gerektiği düzenlenmiştir. Fakat kısıtlanma sebepleri olan; savurganlık, kötü yaşam tarzı ve bir yıl ya da daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olma gibi haller tıbbî müdahaleye gösterilecek rızayı etkileyen durumlar değildir²⁷⁶. Bunun yanında vesayete ilişkin düzenlemeler kısıtlı kimsenin menfaatinin gözetilmesini amaçladığından; küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi ayırt etme gücünü ortadan kaldıran nedenlerle vesayet altına alınmış kimselerin karar verme aşamasında dikkate alınmaz²⁷⁷. Ancak TMK m. 450'ye göre, hastalığın etkisinin geçici olarak azalması gibi sebeplerle, kişinin görüş bildirme ve beyanda bulunma yeteneğinin bulunması halinde yasal temsilcinin bu görüşleri göz ardı etmemesi gerekmektedir²⁷⁸.

275

HHY m- 24: (Değişik: RG-8/5/2014-28994)

“Tıbbî müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

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

Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır.

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Tıbbî müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbî müdahale için rıza vermesi istenebilir.

Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbî müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbî müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbî müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbî müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında yatarak tedavisi tamamlanan hastaya, genel sağlık durumu, ilaçları, kontrol tarihleri diyet ve sonrasında neler yapması gerektiği gibi bilgileri içeren taburcu sonrası tedavi planı sağlık meslek mensubu tarafından sözel olarak anlatılır. Daha sonra bu tedavi planının yer aldığı epikrizin bir nüshası hastaya verilir.”

276

Kahraman, 489; Gülsevin, 60.

277

Çakal, 89.

278

Çakal, 89.

2.8. Rızanın Açıklanma Zamanı

Hasta, rızasını tıbbî müdahaleden önce veya en geç müdahalenin yapıldığı esnada açıklanmalıdır²⁷⁹. Aydınlatmaya dayanmayan rıza hukuken geçerli olmadığından öncelikle hastanın tıbbî müdahalede bulunacak hekim tarafından aydınlatılması sonrasında ise rızasının alınması gerekmektedir²⁸⁰. Hukuki menfaat sahibi olan hasta, kendisini risk altına sokan ya da zarar veren durumun, açıkladığı rızasına uymadığına kanat getirdiğinde rızasını geri alması mümkün olup, geri alınan rızaya rağmen hekimin müdahaleye devam etmesi müdahalenin hukuka aykırı olmasına neden olur²⁸¹.

Rızanın geri alınması nedeniyle hastaya baskı yapılması halinde, zorlamada bulunanın haksız fiil sorumluluğu doğar²⁸². Hastanın rızasını geri alması onun açısından bir borç doğurmamakla birlikte yeniden tedavi talep etmesi halinde de aleyhine kullanılamaz²⁸³. Türk Hukukunda rızanın zamanı konusunda kesin bir hüküm bulunmamakta, HHY m.18/5 ile makul süre verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Makul süre, hastanın istediği kişilerle görüşüp fikir alarak, uygulanması planlanan müdahale hakkında sakince düşünebileceği zaman dilimidir²⁸⁴. Hastaya uygulanacak tıbbî müdahalenin niteliğine göre makul sürenin sınırları belirlenebilir. Örneğin, hastanın kan alma işlemi ile ilgili hemen karar verebilmesi beklenebilirken, ağır bir cerrahi operasyonda bulunulması söz konusu olduğunda tereddütsüz şekilde hızlıca karar vermesi beklenemez. Temel nitelikte olan küçük müdahaleler ve ayakta tedavi olarak kabul edilen müdahaleler için aynı gün içerisinde bilgilendirme yapılarak bilgilendirilmiş rızasının alınması yeterli görülmektedir²⁸⁵.

Tıbbî müdahaleye sonradan rıza verilmesi, kişisel değerleri koruyan kurallara itaatsizliği bertaraf etmeyeceği düşüncesinden hareketle hukuk uygun kabul edilmeyecek olup ancak TBK m. 52/1²⁸⁶ kapsamında değerlendirilebilir²⁸⁷. Öte yandan sonradan verilen

²⁷⁹ Özdemir, *Tazminat Sorumluluğu*, 95.

²⁸⁰ Özdemir, *Tazminat Sorumluluğu*, 95.

²⁸¹ Cassani, 245; Özdemir, *Tazminat Sorumluluğu*, 95.

²⁸² Gülel, 156.

²⁸³ Gülel, 156.

²⁸⁴ Ayan, 83; Çilingiroğlu, 71.

²⁸⁵ Özdemir, *Tazminat Sorumluluğu*, 96.

²⁸⁶ TBK m-52/1: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”

rızanın hastanın varsayılan rızasının olduğu anlamı da çıkarılmamalıdır²⁸⁸. Varsayılan rıza, hastanın aydınlatılmış rızasının alınmadığı hallerde devreye girmektedir²⁸⁹.

2.9. Rızanın Şekli

Hukukumuzda rızanın şekli ile ilgili genel geçer bir düzenleme, bir şekil zorunluluğu bulunmamaktadır. Tıbbî müdahaleye rıza da şekil serbestisi esas olup, HHY madde 28/1’de yer alan, “*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.*” ifadesi de genel kurala uygun bir düzenlemedir. Biyotıp Sözleşmesi m. 5’te “*Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.*” denilerek tıbbî müdahalenin hastanın rızasına dayanması gerektiği belirtilmiş, rızanın şekline ilişkin bir açıklama yapılmamıştır.

HHY m. 26’ da uygulamada rıza formu veya aydınlatma formu olarak nitelendirilen formlar düzenlenmiş olup, yazılı rızanın öngörüldüğü haller ve uyuşmazlığa sebep olma ihtimali muhtemel olan müdahaleler bakımından sağlık kuruluşları tarafından rıza formu hazırlanacağı düzenlenmiştir²⁹⁰. Ancak rıza formunun özgül bir uygulama için değil, tüm tedavileri veya tıbbî girişimleri kapsar şekilde genel geçer olarak düzenlenmesi halinde alınan rıza formu geçersiz olur. Zira bu şekilde hasta müdahaleye ilişkin güvensizlik duyabileceği gibi ilave sorularına da cevap alamaz²⁹¹. Böyle bir durumda hastanın müdahale ile ilgili yeteri kadar aydınlatıldığından bahsedilemez ve rızası geçersiz olur. Bununla birlikte Yargıtay matbu formları hastanın yeteri kadar aydınlatıldığına ispatı için yeterli görülmemektedir²⁹².

Rızanın açık ya da zımni; yazılı veya sözlü biçimde verilmesi mümkündür²⁹³. Rızanın yazılı olma şartının bulunmadığı hallerde, bir davranışın rıza olarak kabul edilip edilemeyeceği güven ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir²⁹⁴. Zımni rızanın

²⁸⁷ Abdurrahim Altun, “*Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası*”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1/1 (2018): 46.

²⁸⁸ Gülel, 156.

²⁸⁹ Gülel, 156.

²⁹⁰ Badur, 73.

²⁹¹ Ayan, 85.

²⁹² Y. 13.HD, 13.06.2013, E. 2013/14354 K. 2013/16113, www.legalbank.net, E.T. 14.06.2024.

²⁹³ Güney Tunalı, 277.

²⁹⁴ Güney Tunalı, 278.

varlığından söz edebilmek için hastanın tıbbî müdahaleye rıza gösterdiğinin hal ve hareketlerinden açık bir şekilde anlaşılıyor olması gerekmektedir²⁹⁵. Fakat rıza gösterildiğine ilişkin hal ve hareketler, makul düşünen bir hekimde rıza verildiğine dair kanaat oluşturmali ve hekim çıkarımında bulunurken dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır²⁹⁶. Kişinin tıbbî müdahaleye karşı çıkmaması, sessiz kalması zımni rıza şeklinde kabul görmemelidir²⁹⁷. Hatırlatmakta fayda vardır ki, zımni rıza halinde de tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi hastanın müdahale ve sonrası hususunda aydınlatılmış olmasına bağlıdır. Tıbbî müdahalenin büyük çapta olması ve beraberinde yüksek riskler taşıması halinde rıza açıklamasının açık olması gerekmele birlikte tıbbî müdahalenin risksiz ve küçük çapta olması halinde, hastanı hekime başvurusu, bu müdahalelere zımni olarak rıza verdiğini göstermektedir²⁹⁸.

Hekimin, hastasını onun ana dilinde anlayabileceği şekilde günlük dilde aydınlatması gerekmele birlikte hastasının ana dilini bilmiyorsa tercümandan faydalanabilir²⁹⁹. Hekim hastasının konuştuğu dili bilen birini bulamadığı takdirde uluslararası bir dili kullanabileceği gibi hastanın bu dili de bilmemesi halinde hekim inisiyatif kullanabilir³⁰⁰.

Yazılı rıza herhangi bir uyuşmazlık halinde ispat kolaylığı taşıması bakımından önem arz etmektedir. Bunun yanında rıza, yazılı şekilde açıklanmış olsa dahi, müdahalenin gerçekleşmesinden önce veya en geç gerçekleştiği esnada herhangi bir şekle uymak gerekmezsiniz geri alınabilir³⁰¹.

2.10. Rızanın Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmaması

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için kendisinden vazgeçilebilecek bir hukuki varlığa ilişkin olması gerekmektedir. Bununla birlikte rıza sınırları belirlenmiş bir hukuki müdahaleye ilişkin olmalıdır³⁰². Tıbbî müdahalede bulunan hastanın

²⁹⁵ Çakal, 92; Özdemir, *Tazminat Sorumluluğu*, 96.

²⁹⁶ Güney Tunalı, 278.

²⁹⁷ Çakal, 92,

²⁹⁸ Çilingiroğlu, 72.

²⁹⁹ Nuri Erdoğan, *Klinik Hizmet Uygulamalarında Bilgilendirilmiş Rıza ve Hasta- Hekim İlişkileri* (Antalya: Kongre Kitabevi 2017), 53.

³⁰⁰ Özdemir, *Tazminat Sorumluluğu*, 97.

³⁰¹ Çilingiroğlu, 74.

³⁰² Çakal, 122

rızasının varlığının olması, müdahalenin meşru olduğu söyleyebilmek için yeterli sayılmamaktadır³⁰³. Hukuki işlemlerin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına uygun olması, konusunun imkansız olmaması gerektiği gibi tıbbî müdahaleye rızanın da bu kurallara uygun olması gerekmektedir³⁰⁴.

TBK m. 27 hükmü gereğince kişilik haklarını ihlal eden sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Hastanın müdahaleye ilişkin verdiği rıza, onun kişilik değerleri üzerinde, kabul edilemeyecek bir tasarrufa dair olması halinde hukuka aykırı olarak nitelendirilir³⁰⁵. Söz konusu duruma ilişkin verilebilecek ilk örnek ötenazidir. Ötenazi, *“ölümün kaçınılmaz olduğu ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı olmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin tıbbî yollarla öldürülmesi veya Tıbbî yardımın kesilerek ölüme terk edilmesi”* olarak açıklanmaktadır³⁰⁶.

Ötenazi, Türk hukukunda izin verilmeyen bir durum olup, kişinin ötenaziye verdiği rıza, müdahalenin hukuken geçerliliğini sağlamamaktadır. Bunun yanında bilimsel amaçlarla yapılan tıbbî denemeler, isteğe bağlı kastrasyon, invitro fertilizasyon³⁰⁷ haricindeki embriyo aktarımları ve transeksüeller ile hermafroditler üzerinde uygulanan işlemler dışında, cinsiyete yönelik müdahalelerde de durum aynıdır³⁰⁸.

Yasak kürtaj³⁰⁹, ticari amaçla organ alınması³¹⁰, gibi hallerde ise hastanın açıklayacağı rıza kanunun emredici nitelikteki hükümlerine aykırı kabul edilmektedir³¹¹. Ayrıca belirtilen uygulama ve benzeri uygulamalara verilen rıza kişilik haklarının da ihlali anlamına gelmektedir. Hastanın rızası, zarar görenin kusurlu ve özensiz davranışlarıyla

³⁰³ Gülel, 161.

³⁰⁴ Çakal, 122-123.

³⁰⁵ Çilingiroğlu, 76.

³⁰⁶ Mehmet Emin Artuk, A. Caner Yenidünya, *“Ötenazi”* Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001), 298.

³⁰⁷ İn vitrofertilizasyon kadından alınan yumurtalıklar ve erkek eşten alınan spermin uygun bir ortamda, vücudun dışında döllenmesi işlemidir.

³⁰⁸ Çilingiroğlu, 77.

³⁰⁹ On haftayı geçen “normal” gebelik durumumda söz konusudur.

³¹⁰ ODNK m-3: *“Bir bedel veya başkaca bir çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.”*

³¹¹ Gülel, 161

zarara iştiraki olarak değerdendirilerek sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta ve TBK m. 52'ye göre tazminatta indirim nedeni kabul edilmektedir³¹².

³¹² akal, 123; Gülel, 161.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBÎ MÜDAHALEYE RIZADA ÖZEL DURUMLAR

3.1.Rızanın Geri Alınması ve Esirgenmesi

Kendi geleceğini belirleme hakkı gereği, hasta yaşamı ile ilgili her türlü müdahaleyi özgürce seçebileceğinden, tıbbî müdahaleye ilişkin verdiği rızasını da geri alma hakkına sahiptir³¹³. Bununla birlikte bu hak ile hekimin tıbbî müdahalede bulunma yükümlülüğünün sınırlarını da belirlenmektedir³¹⁴.

HHY m. 25'te,kişinin tedaviyi reddetme veya tedavinin durdurulmasını talep etme hakkının bulunduğu hüküm altına alınmıştır. Düzenlemede hastanın tedaviyi reddetme ve durdurma hakkını kullanırken yazılı şekil şartına uyması gerektiği öngörülmüştür. Ancak yazılı şekil şartı ispat açısından kolaylık sağlasa da hastanın bundan kaçınması mümkün olduğundan; rızanın şekil şartına bağlı olduğu hallerde dahi rızanın geri alınması şekil şartına tabi değildir. HMEK m. 26/3'te yer alan "*Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.*" şeklindeki ifade, rızanın geri alınmasına ilişkin bir başka yasal düzenlemedir.

Hastanın verdiği rızası müdahale öncesinde ya da müdahale esnasında geri alması mümkündür. Hastanın rızasını geri almasından sonra uygulanan tıbbî müdahale hukuka aykırı olmakla birlikte, geri alma anına kadar uygulanan müdahalelerin hukuka aykırı olmasına neden olmaz³¹⁵. Hasta, tıbbî müdahalenin herhangi bir aşamasında rızasını geri alma hakkını kullandıktan sonra sağlık kurumuna tekrar başvurursa bu durum

³¹³ Hamide Tacir, "*Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*," içinde Kadir Has Üniversitesi III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, editörler Hamide Tacir ve Aysun Altınkaş (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 45.

³¹⁴ Güney Tunalı, 354.

³¹⁵ Yenerer Çakmut, *Rıza*, 210.

aleyhine kullanılamaz³¹⁶. Hasta, tıbbî eylemi eski hale getirmenin mümkün olmadığı bir aşamada rızasını geri almak istemişse, bu geri alma kabul edilmeyebilir³¹⁷. Örneğin, bölgesel anestezi ile hastanın bilicinin açık olduğu bir ameliyatın, dikiş atılarak bitirileceği esnada, hastanın rızasını geri almak istemesi kabul edilemez. Hastanın tıbbî müdahaleye rıza verirken, rıza ehliyetine sahip olması gerektiği gibi rızasını geri alırken de rıza ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bu hususta hekimin dikkatli ve özenli davranıp, müdahalenin beraberinde getirdiği acı, endişe ya da bilinç bulanıklığı gibi zorlukların hastanın rıza ehliyetinin etkisini göz önüne alarak değerlendirmede bulunması gerekir³¹⁸. Ayrıca hastanın rızasını geri alması sağlığını önemli ölçüde etkileyecek ya da yaşamını tehlikeye atacak hallerden olmamalıdır³¹⁹.

Rızanın esirgenmesi, hastanın tedaviyi ya da tıbbî müdahaleyi reddettiğini ifade eder. Hastanın rızasını esirgemesine rağmen tıbbî müdahalede bulunulursa, bu tıbbî müdahale hukuka aykırıdır ve müdahalede bulunan sağlık çalışanlarının sorumluluğu gündeme gelir. Fakat açlık grevinde olan kişinin bilincini kaybettiği ve hayati tehlikesinin olduğu hallerde derhal tıbbî müdahalede bulunulması gerekmektedir. AİHM konu hakkında bir kararında, açlık grevi yapan kişinin hayati fonksiyonları bakımından beslenmesi zorunlu hale gelmişse iradesi dikkate alınmaksızın beslenmesi gerektiği belirtilmiştir³²⁰.

AİHM, rıza ehliyetine sahip kişinin rızasını esirgemesine rağmen yapılan müdahalenin kişilik haklarına saldırı teşkil edip, vücut bütünlüğünün ihlali niteliğinde olacağını, bu nedenle AİHS m.8’de yer alan, “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal

³¹⁶ Erdoğan, 77.

³¹⁷ Gülel, 163.

³¹⁸ Badur, 77.

³¹⁹ HHY m-24/5-6: “Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır”.

³²⁰ Serkan Cengiz, “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, TBB Dergisi, 88 (2010): 426; AİHM, Nevmerzhitsky/Ukrayna Kararı, Başvuru No: 54825/00, Karar Tarihi: 05.04.2005: “Mahkeme, yerel makamlarca başvurunun zorla beslenmesine dair tespit edilmiş bir tıbbî zorunluluğun varlığının Hükümetçe ortaya konulamadığı sonucuna ulaşmaktadır. Mahkeme bu nedenle zorla beslemenin keyfi olduğu zannındadır. Başvurucunun bilinçli olarak gıda almayı reddetmesine rağmen, onun iradesine aykırı olarak zorunlu bir tedaviye tutulması sırasında usulü garantilere uygun davranılmamıştır. Dolayısıyla, yerel makamların başvurunun zorla beslemeye tabi tutulması sırasında onun menfaatlerine en uygun şekilde hareket ettiği söylenemez.”

güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.” şeklindeki özel hayatın gizliliğine ilişkin hükmü açıkça ihlal edeceğini ortaya koymuştur.

Rızanın açıklanmasında olduğu gibi rızanın geri alınması ve esirgenmesi durumu ile ilgili olarak da iradi ve yasal temsilci açıklama yapmaya yetkilidir³²¹. Küçük ya da kısıtlının tıbbî müdahaleye rızasını esirgemesi halinde; hayati tehlikesi bulunan küçüğün üstün nitelikteki yararı gereğince hekimin derhal gerekli tıbbî müdahalede gerçekleştirmesi gerekir³²². Ayrıca acil durumlarda tıbbî müdahale doğrudan küçük tarafından reddedildiğinde, küçüğün bu beyanı hukuka aykırı olacağından hekim, küçüğün iradesi hilafına derhal tıbbî müdahalede bulunabilmektedir³²³.

HHY m. 24/7’de zorunluluk halinde hasta rızası aranmadığı ancak durumun kayıt altına alınıp, varsa yakını veya kanuni temsilcisinin bilgilendirileceği ifade edilmiştir. Fakat hastanın tıbbî müdahaleye rızasını esirgemesi ya da geri alması şekil şartına tabi olmadığından yazılı belgeyi imzalamaktan da kaçınma hakkı bulunmaktadır³²⁴.

Biyotıp Sözleşmesi m.8’de ise acil durumlar hakkında genel kural şu şekilde düzenlemiştir: *“Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.”*. Madde metninde rızanın geri alınması ve esirgenmesi ile ilgili bir beyanın açıklanmamış olması hali söz konusu olup, rızanın geri alınması ya da esirgenmesi yönelik beyanlar konu edilmemiştir.

Hastanın müdahaleler hakkında, rıza ehliyetini kaybettiği dönemlere ilişkin olarak rıza gösterdiği ya da rızasını esirgediği halleri belirlemesi geçerli kabul edilmektedir³²⁵. Buna hasta vasiyeti denmektedir. Söz konusu durum Biyotıp Sözleşmesi m. 9 hükmünde şu şekilde açıklanmıştır; *“Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir*

³²¹ Çakal, 141.

³²² Çakal, 146.

³²³ Şenocak, 78.

³²⁴ Badur, 75

³²⁵ S. Hülya İmamoğlu, “Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/1 (2016): 203.

durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.”

Kanun gereği ya da mahkeme kararı ile gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler hukuka uygunluk sebebi olup kişinin rızası aranmadığından; hastanın rızasını geri alması ya da esirgemesi tıbbî müdahale fiilini engellemez ya da durdurmaz³²⁶.

Gebe bir kadının doğumuyla ilgili rızasının esirgenmesi hali tartışma konusudur. Bir görüşe, herkesin olduğu gibi gebe kadının da rızasını esirgeme gibi bir hakkının bulunduğu yönündedir. İngiltere’de dini inançları gereği sezaryene rıza göstermeyen gebe bir kadın ile ilgili, ceninin menfaati gözetilerek gebe kadının rızasına aykırı şekilde tıbbî müdahalede bulunulmuş ve bu durum hukuka aykırı kabul edilmiştir³²⁷. Türk hukukunda ceninin sağ olarak doğabilmesi için, müdahaleyi reddeden gebe kadına zorla tıbbî müdahalede bulunulabileceği yönünde bir hüküm bulunmamakla birlikte cenin henüz tam ve sağ doğmadığı için kişi sıfatını haiz olmaması sebebiyle üstün nitelikte özel ya da kamusal yararının da söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir³²⁸. Ancak Türk hukukunda kişiliğin tam ve sağ doğumla kazanıldığı kabul edilmişse de, TMK m. 28/2 hükmü ile ceninin hak ehliyetini doğmadan önce tanır³²⁹. Doğan her insan, ceninin son gelişim evresinde olduğu kabul edildiğinden, henüz doğmayan cenin de insan olarak nitelendirilir³³⁰.

3.2.Rızanın Temsilci Tarafından Açıklanması

Bir kimsenin, başka bir kimse adına hukuki işlem tesis etmesine “temsil”, temsil olunan ve temsilcinin kendisiyle hukuki işlem tesis eden kimse “üçüncü kişi”, yapılan hukuki işleme ise “temsil yoluyla yapılan hukuki işlem” denmektedir³³¹. Temsil, dolaylı ve doğrudan temsil olarak ikiye ayrılır. TBK m. 40/1’de temsilcinin yaptığı hukuki işlem doğrudan temsil olunan ad ve hesabına sonuç doğurduğunda *doğrudan temsil*; temsilci

³²⁶ Çakal, 143.

³²⁷ Badur, 78-79.

³²⁸ Badur, 79.

³²⁹ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 244.

³³⁰ Eda Gülsüm Karasaç "*Cenin Yaşama Hakkı*". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71/3 (2022): 1059.

³³¹ Bahadır Demir, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6/1 (2015): 251; Murat Doğan, Gökhan Şahan, İsmail Atamulu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 170.

adına ve hesabına tesis edilen hukuki işlem sonrasında başka bir hukuki işlemle temsil olunana intikal ettirildiğinde ise TBK m. 40/3gereği dolaylı temsil olarak adlandırılmaktadır. Genel olarak temsil ile ifade edilmek istenen, doğrudan temsildir³³². Doğrudan temsilde temsilci tarafından yapılan hukuki işlem başka bir işlem gerekmez, temsil olunanın hukuki alanında hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır³³³

Temsil yetkisinin kapsamı bakımından değerlendirme TBK m. 41/1' hükmünde şu şekilde belirtilmiştir; “Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil hukuksal bir işlemten doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir”. Temsil olunanın rızası ile bir kimse başka bir kimse namına hukuki işlem gerçekleştirdiğinde iradi temsil yetkisi; hukuki işlem temsil olunanın iradesine dayanmadan varlık kazanıyorsa kanuni temsil yetkisi ortaya çıkmaktadır³³⁴. Temsilcinin temsil yetkisi kanundan kaynaklandığından, bu kişilere yasal temsilci denilmektedir³³⁵. Bu noktada temsil ilişkisi doğrudan kanun hükümlerine dayanmaktadır³³⁶. Bunun yanında tıbbî müdahalede bulunulacak kişinin iradi temsilci atamasına hukuki bir engel bulunmamaktadır³³⁷.

Rızanın yasal temsilci tarafından verilmesi, rızanın hasta tarafından verilmesinde geçerli olan kurallara tabidir. Hastanın rızasında olduğu gibi yasal temsilcinin varlığı halinde de aydınlatma yasal temsilciye yapılır. Bununla birlikte yasal temsilci tıbbî müdahaleye rızasını esirgeyebilir ve başlangıçta verdiği rızasını geri alabilir. Hastanın rızasını almanın mümkün olmadığı fakat rıza vermesinin muhtemel olduğu durumlarda da hastanın varsayılan iradesiyle hareket edildiği gibi yasal temsilciye ulaşamadığında da temsilcinin varsayılan iradesine göre müdahalede bulunulabilir³³⁸. Yasal temsilci, kendisine verilen temsil yetkisini seçeceği başka bir iradi temsilci aracılığıyla

³³² Demir, *Doğrudan Temsil*, 251

³³³ Eren, 444; Doğan, Şahan, Atamulu, 172.

³³⁴ Kılıçoğlu Yılmaz, 364; Doğan, Şahan, Atamulu, 173-174.

³³⁵ Çakal, 153.

³³⁶ Eren, 447; Doğan, Şahan, Atamulu, 173.

³³⁷ Hande Hoşer Öğüt, “Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Tıbbî Müdahaleye Rıza” (Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi, 2022), 71.

³³⁸ Zeynel T. Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15/4 (2011): 224.

kullanmamalıdır³³⁹. Ancak, örneğin yatılı okulda eğitim gören küçüğün, velisi ve yasal temsilcisinin okul müdürüne ya da yurt müdürüne rıza açıklanması hususunda özel bir temsil yetkisi vermesi mümkündür³⁴⁰. Hastanın tam ehliyetsiz olması halinde o kişi adına hukuki işlem tesis etme yetkisi yasal temsilciye ait olacağından aydınlatmanın da yasal temsilciye yapılması gerekmektedir³⁴¹. Tam ehliyetsiz kişinin yararına olmayan müdahalelere yasal temsilci tarafından onay verilmiş olması müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemektedir³⁴².

Yargıtay bir kararında kısıtlı kardeşinin vasisi olan kişinin, kısıtlı ile müşterek kardeşleri olan kişiye organ nakline izin vermesini; kanunda yazılı olan haller ve tıbbî zorunluluk halleri haricinde, Anayasa ile güvence altına alınan yaşam ve vücut bütünlüğü haklarına dokunulamayacağından: kişilerin rızaları alınmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı, organ naklinin ancak kişi tarafından bizzat verilen yazılı rıza ile mümkün olacağı gerekçesiyle bozmuştur³⁴³.

Yasal temsilci, tıbbî müdahale konusunda temsil olunan bakımından karar verirken; küçüğün veya kısıtlının yararını düşünmeli, nadiren karşılaşılan bir durum olsa da, kısıtlılar bakımından hastanın bir tasarrufu varsa bunu göz önünde bulundurmalıdır³⁴⁴.

3.2.1. Yasal temsilcinin rıza göstermekten kaçınması

Temsilci, tıbbî müdahaleye rıza konusunda yasal temsil ettiği kişinin menfaatini gözeterek bu doğrultuda hareket etmelidir. Bununla birlikte yasal temsilcinin rıza göstermekten kaçınması hali ile ilgili HHY m. 24/4³⁴⁵ uygulama alanı bulur. Tıbbî müdahalede bulunulacak velayet ya da vesayet altındaki kişinin yasal temsilcisi rıza göstermekten kaçınıyorsa, tıbbî gereklilik halinin de bulunması koşuluyla; velayet

³³⁹ Tıbbî kararlarla ilgili temsil, kişisel nitelikte olduğundan, yalnızca bir gerçek kişi temsilci olarak atanabilir.

³⁴⁰ Badur, 86.

³⁴¹ Meltem Yalçın, “Bilgilendirilmiş Rızanın Şekil Şartı, İspat Yükü ve Deliller Bakımından Önemi” içinde Bilgilendirilmiş Rıza, editörler Neval Yılmaz ve Dilek Özcengiz (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 146.

³⁴² Yalçın, 147.

³⁴³ Y. 18. HD, 06.03.2014, E. 2013/16178, K. 2014/3998, www.legalbank.net, E.T. 23.03.2024.

³⁴⁴ Badur, 85.

³⁴⁵ HHY m- 24/4: “Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya Tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”

alındaki küçük için TMK m.346'ya göre, vesayet altındaki kişi için ise TMK m. 487'ye göre mahkemeden karar alınması gerekmektedir.

TMK m. 339'da velayet hakkına ilişkin düzenlemeye yer verilmiş olup; ana ve babanın kişi varlığı haklarından olan velayet hakkı ile onlara sınırsız bir yetki tanınmamıştır³⁴⁶. Velayet hakkının kullanılmasının temel amacı çocuğun yararlarının korunmasıdır³⁴⁷. Tıbbî müdahaleye rıza gösterilmede velayet hakkının kullanılması bakımından, velayet sahibi ana ya da babanın veya ortak velayet halinde her ikisinin, küçük için hayati değere sahip olan tıbbî müdahaleye rıza vermemesi, rızasını esirgemesi ve rızasını geri alması hali, veli açısından velayet yetkinin kötüye kullanılması durumunu ortaya çıkarır. Böyle bir durumda tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim, küçüğün üstün yararını gözeterek işlemde bulunmalıdır³⁴⁸.

Bu nedenle küçüğe yönelik uygulanacak tıbbî müdahalelerde velinin rızası aranmakla birlikte, velayet hakkının ortak kullandığı ve ana ya da babadan birinin rıza göstermekten kaçındığı hallerde sorunun çözümü ile ilgili Türk Medeni Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almamakta, ancak TMK m. 346, "*Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.*" hükmü gereğince çocuğun üstün yararı gözetilerek hakimin müdahalesi istenebilmektedir.

3.2.2. Hastanın İradî Temsilci Ataması ve Hasta Tasarrufu

Temsil olunanın tek taraflı irade beyanıyla bir kimseye kendisini temsil etmesi için yetki vermesine iradi temsilci atması denmektedir³⁴⁹. Temsil olunanın iradi temsilci atayabilmesi için TMK m.10 hükmü gereği tam ehliyetli olması gerekmektedir. Kişinin, temsil yetkisi vermesine yönelik irade açıklanması herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. İradi temsil ile ilgili TBK m. 40-48'de de temsil yetkisini, geçerlilik şekline tabi tutan bir düzenleme yer almamıştır³⁵⁰. Ancak temsil yetkisi iradesinin yazılı olarak

³⁴⁶ Cemil Çelik, "*Velayetin Kaldırılması*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 54/1 (2004): 261.

³⁴⁷ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 344.

³⁴⁸ Çakal, 158.

³⁴⁹ Doğan, Şahan, Atamulu, 174.

³⁵⁰ Kılıçoğlu Yılmaz, 374; Doğan, Şahan, Atamulu, 174.

açıklanması ispat kolaylığı sağlar. Kişinin iradi temsilci ataması, temsilci olarak atadığı kişiye duyduğu güvenden kaynaklanması sebebiyle bu güvenin sarsılması sonucunda da tek taraflı irade beyanıyla verilen yetki, yine tek taraflı ve sebep göstermeksizin geri alınması da mümkündür³⁵¹.

Hastanın ayırt etme gücünü, dolayısıyla da rıza verme ehliyetini kaybettiği dönemle ilgili; bir tıbbî müdahalenin kabulü ya da reddine yönelik talep ve talimatlarını içeren yazılı veya sözlü iradesini açıklamasına hasta tasarrufu denmektedir³⁵². Hastanın ayırt etme gücüne sahip olduğu dönemde yaptığı bu işlem ilerleyen dönemde rıza ehliyetini kaybettiğinde uygulanacak müdahalelere ilişkin olduğundan geciktirici şarta bağlanmış olduğunu söyleyebiliriz. Bu sebeple hasta tasarrufu, hastanın bu iradesini açıklandığı anda uygulanabilir nitelikte değildir³⁵³.

Biyotıp Sözleşmesi m.9’ da yer alan, “*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.*” ifadesi hasta tasarrufuna ilişkin temel açıklamalar içermektedir. Ancak madde metninde hastanın, tıbbî müdahaleye ilişkin önceden açıkladığı isteklerinin dikkate alınacağı ifadesi; hastanın isteklerinin dikkate alınması gerekliliğini ifade etmekte olup isteklerinin birebir uygulanmasını şart koşmamaktadır. Zira hastanın yaşamını kurtarmak ya da sağlığını korumak amacıyla müdahalenin genişletilmesini gerektirir acil haller meydana geldiğinde hekim hastanın menfaatine uygun hareket ederek müdahalede bulunur. Sözleşmesinin 8.maddesinde yer alan “*Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.*” ifadesinde yer alan durumun gerçekleşmesi halinde de hastanın önceden açıklamış olduğu istekleri kapsamında hareket edilebileceği belirtilmiştir.

³⁵¹ Demir, *Doğrudan Temsil*, 267.

³⁵² Ayşenur Battal, “*Hasta Tasarrufları ve Organ Vasiyeti*” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi2012), 68.

³⁵³ İmamoğlu, S. Hülya, “*Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/1 (2016): 202.

3.3. Cinsiyete İlişkin Tıbbî Müdahalelerde Rıza

3.3.1. Cinsiyet Değişikliği

Bireyin üreme işinde rol almasını sağlayan, erkek ve dişiye ayıran yaradılış özelliğine cinsiyet denmektedir.³⁵⁴ Cinsiyeti belirleyen etkenler kişinin genetik, biyolojik ve fizyolojik özelliklerinin yanında psikolojik yapısıdır³⁵⁵. Cinsiyete ilişkin tıbbî müdahaleler, kişinin cinsiyet değişikliğini istediği; kadının erkek, erkeğin ise kadın cinsiyetinde olmak için başvurduğu tıbbî müdahale türüdür. Cinsiyet değiştirme kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan kişinin rıza beyanına yönelik iradesi yasal temsilci tarafından ortaya konulamaz. Cinsiyet değişikliği ile ilgili TMK m. 40 “*Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemeye cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (...)2 bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemeye nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.*”düzenlemesiyle, cinsiyet değiştirme işlemini oldukça detaylı ve zorlu şartların varlığına tabi kılmıştır.

Cinsiyet değişikliği için her şeyden önce kişinin tam ehliyetli olması gerekmektedir. Zira tıbbî müdahaleye rıza beyanında olduğu gibi cinsiyet değişikliğine rıza da ayırt etme gücünün varlığına bağlıdır. Bu sebeple de kişi 18 yaşını doldurmuş olsa bile tam ehliyetsiz ise cinsiyet değiştirme mümkün değildir. Kişi TMK m. 40’ta sayılan; kişinin evli olmaması, transseksüel yapıda olduğuna ilişkin resmi sağlık kurulundan rapor alması şartlarının da bulunması durumunda, kişi cinsiyet değişikliğine ilişkin rızaya yönelik beyanda bulunabilir.

Cinsiyet değişikliğinde sağlanması gereken birinci şart, kişinin 18 yaşını doldurmasıdır. Ancak kanun koyucu özellikle 18 yaşın doldurulmuş olmasını aradığından, burada

³⁵⁴ <https://sozluk.gov.tr/>

³⁵⁵ Badur, 153.

kişinin erginlik kazanması bu kapsamda olmamakla birlikte, mahkeme kararıyla ya da evlenme ile erginlik kazanılması da yine bu şartı sağlamaz³⁵⁶.

Sınırlı ehliyetsizler bakımından, kişinin 18 yaşından büyük ergin ve kısıtlı olması ile kişinin 18 yaşından küçük olması hallerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Türk hukukunda 18 yaşından küçüklerin cinsiyet değiştirmesi mümkün değildir. Cinsiyet değiştirme şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan 18 yaşından büyük ergin ve kısıtlıların müdahaleye rızası yasal temsilcisinin iznine bağlı değildir³⁵⁷.

Kişinin evli olmaması cinsiyet değişikliği için aranan ikinci şarttır. Kişinin başvuru tarihinden önce evlenip boşanmış olması önemli olmayıp, kanun koyucunun aradığı hal, kişinin başvuru tarihi itibarı ile evli olmamasıdır. TMK m. 40' ta yer alan başvuru sahibinin evli olmaması şartının gerekçesi; aile yapısının ve aile bireylerinin ahlaki ve ruhsal yönden etkilenmesini engellemektir. Burada sınırlı ehliyetliler açısından da ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Kanun koyucu evli olmama şartını aramakta olduğundan, kişi evli olması sebebiyle sınırlı ehliyetli ise cinsiyet değişikliği yapamaz.

Üçüncü şart ise kişinin transseksüel yapıya sahip olmasıdır. Kişinin transseksüel yapıda olması, doğuştan sahip olduğu fizyolojik yapısından kendisinin sürekli olarak rahatsız olması, bulunduğu fizyolojik yapıya psikolojik sebeplerle ait hissetmemesidir. Dolayısıyla transseksüel kişilerin ruhsal sağlıkları açısından cinsiyet değişikliği zorunlu olup, buna ilişkin müdahaleler tedavi niteliğindedir³⁵⁸.

Cinsiyet değişikliği için aranan bir diğer şart ise cinsiyet değişikliğinin kişinin ruh sağlığı bakımından zorunlu olmasıdır. Kişinin söz konusu durumunun tespit edilerek, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı bakımından zorunlu olduğunun, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olduğunun eğitim ve araştırma hastanesi alınan resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi gerekmektedir. Kişinin üreme yeteneğinden sürekli yoksunluğu, kişiye isteğe bağlı sterilizasyon³⁵⁹ işleminin uygulanarak üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması halinde mümkündür. Cinsiyet değiştirmek isteyen

³⁵⁶ Selin Sert, “*Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 118 (2015): 259.

³⁵⁷ Çakal, 111.

³⁵⁸ Sert, *Cinsiyet Değiştirme*, 261.

³⁵⁹ NPHK m-4/1: “*Sterilizasyon, bir erkek veya bir kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.*”

kişinin üreme yeteneğinden vazgeçmesi gerekmektedir. Ancak transseksüel kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı sonrasında zaten üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalacağından Anayasa Mahkemesi kararıyla³⁶⁰ bu şart kaldırılmıştır.

Her ne kadar kişi TMK m. 40 hükmünde belirtilen şartları taşıyıp cinsiyet değişikliğine rıza gösterse de bunlar yeterli olmayıp, kişinin cinsiyet değiştirmek için mahkemeden izin alması da gerekmektedir. TMK m. 40'ta belirtilen şartların mevcut olması halinde, mahkemenin başvuru sahibine vereceği izin ile cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbî müdahale hukuka uygun hale gelir. Ancak burada cinsiyet değişikliğine yönelik tıbbî müdahale diğer tıbbî müdahale türlerinden ayrılmakta, kişinin *öncelikli* olarak mahkemeden izin alması gerekmektedir³⁶¹. Mahkeme tarafından verilen izin doğrultusunda gerekli tıbbî müdahalede bulunularak kişinin cinsiyet değişikliği gerçekleştirilir. Devamında ise gerçekleştirilen müdahale resmi sağlık kurulu tarafından verilen rapor ile doğrulandığında mahkeme tarafından nüfus kaydının düzeltilmesi kararı verilir. Ancak Yargıtay bir kararında; Almanya'da cinsiyet değiştirme operasyonu geçirdikten sonra yerel mahkemeden nüfus kaydının düzeltilmesi talebinde bulunan kişinin talebinin reddedilmesini yerinde görmeyerek, mahkemece izin verilmesi gerekirken reddedilmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle kararı bozmuş, cinsiyet değişikliği gerçekleştikten sonra da mahkemenin durumu tespit ederek nüfus kaydını düzeltebileceğini ortaya koymuştur³⁶².

Cinsiyet değişikliğine yönelik müdahaleler öncesinde kişilerin mahkemeden izin alması koşuluna tabi kılınmasının nedeni ise gelişigüzel, isteğe bağlı operasyonların yapılması taleplerinin önüne geçilmek ve bu tür müdahaleleri denetimsiz bırakmamasının amaçlanmasıdır³⁶³. Belirtmek gerekir ki kişinin cinsiyet değişikliği talebiyle mahkemeye başvurusu halinde, hakim başvurusunun sunacağı resmi sağlık kurulu raporundan hareket ederek, izin vermesi halinde yapılacak cinsiyet değişikliği operasyonunun hastayı bütünüyle iyileştirecek nitelikte sonuç doğuracağı,

³⁶⁰ 20/03/2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi 29/11/2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı Kararı, www.legalbank.net, E.T. 21/06/2024.

³⁶¹ Çakal, 112.

³⁶² Y. 2.HD, 13.12.2010, E. 2009/19039, K. 2010/20942, www.legalbank.net, E.T. 21/06/2024.

³⁶³ Gamze Turan Başara, "Türk Medeni Kanunu'nun 40'inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuku Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi S.103 (2012): 249.

başvurucunun talebinin gelişigüzel yapılmadığı, başvuru açısından tek ve nihai tedavinin cinsiyet değişikliği ameliyatı olduğu hakkında kanaate varmalıdır³⁶⁴.

Ayrıca kişinin cinsiyet değişikliğine yönelik tıbbî müdahaleden önce hekimler tarafından oluşturulan sağlık kurulu tarafından, cinsiyet değişikliğinin sonuçları konusunda yeterince aydınlatıldığı noktasında ve aydınlatılmaya uygun şekilde rızasını verdiği ile ilgili kanaat oluşması gerekmektedir³⁶⁵. Zira uygulanacak müdahale sonucunda kişi eski cinsiyetine dönemeyeceğinden fizyolojik yapısının yanında ruh sağlığı da etkilenir³⁶⁶.

3.3.2. Kastrasyon

Kastrasyon, bir diğer adıyla hadımlaştırma; kişinin cinsel salgı bezlerinin alınarak üreme işlevinden yoksun bırakılmasının yanında cinsel işlevinden de yoksun bırakılmasına yönelik tıbbî müdahalelerdir³⁶⁷. Kastrasyon genellikle erkeklere uygulanan bir müdahale türü olsa da kadınlar için de medikal kastrasyon yumurtalıkları alma ya da tahrip etme yöntemleri uygulanmaktadır³⁶⁸. Hukukumuzda kastrasyon işlemi ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da kastrasyon işlemine yönelik bazı hükümler yer almaktadır. Kanunun öngördüğü ve müdahalenin yapılabileceği haller NPHK m. 4/3'te belirtilmiş; ameliyat sırasında meydana gelen zorunluluk hallerinde ve tedavi amacıyla kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon işlemi yapılabileceği ifade edilmiştir. Zira kastrasyon günümüz tıbbi uygulamalarında prostat kanserinin tedavisi için uygulanan bir müdahaledir³⁶⁹. Aynı madde de sterilizasyon işlemi de düzenlenmiş, ancak sterilizasyon ve kastrasyon birbirinden ayrı müdahaleler olup bu çalışmada sterilizasyon ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

³⁶⁴ Başara, 250-251.

³⁶⁵ Sert, *Cinsiyet değiştirme*, 262.

³⁶⁶ Cinsiyet değişikliği ameliyatı, kişinin birtakım organlarının geri dönüş olmaksızın işlevsiz kalmasıyla sonuçlanan ağır bir müdahale türüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jale Bafra, “*Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbî ve Hukukî Sorunlar*”, Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi, 1 (2004): 47.

³⁶⁷ Yenerer Çakmut, *Rıza*, 123.

³⁶⁸ Gülel, 58.

³⁶⁹ Baran Kızılırmak, “*Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağan, 25/3 (2019), 1028.

Kastrasyon işlemi sterilizasyon işlemine göre daha ağır sonuçlar barındırmakta olup, kişinin rızasına bakılmaksızın ameliyat esnasında ortaya çıkan zorunluluk halinin varlığı koşuluyla üreme yeteneği yanında cinsel istek ve işlemi de ortadan kaldırdığı müdahale türüdür. Kastrasyon işlemi ile ilgili rıza beyanı alınmadan önce kişi müdahalenin anlamı, nedeni, doğrudan ve dolaylı etkileri, müdahale esnasında uygulanacak yöntem, müdahalenin sonuçları hakkında açık bir şekilde anlayabileceği şekilde aydınlatılmalıdır³⁷⁰. Kastrasyon, uygulanma şekline göre kimyasal ve cerrahi kastrasyon şeklinde; kişinin iradesine yer verilip verilmemesi açısından; isteğe bağlı ve zorunlu kastrasyon, hedeflediği amaç açısından; tedavi amaçlı, cezai amaçlı kastrasyon olarak incelenebilmektedir.

Kimyasal kastrasyon, cinsel dürtüleri azaltmak ve cinsel haz hissetmemeyi sağlamak amacıyla kişiye anti hormonal ilaçlar verilerek hormon üretiminin durdurulmasıyla gerçekleştirilmektedir³⁷¹. Kimyasal kastrasyonun bazı ülkelerde cezalandırma amacıyla kullanıldığı görülürken bazı ülkelerde ise anti hormonal ilaçlar ve psikoterapi ile kişinin cinsel dürtüleri azaltılıp yeniden suç işlemesini önüne geçerek tedaviyi hedeflenmektedir³⁷².

Cerrahi kastrasyonda ise, kimyasal kastrasyonda kullanılan tablet veya enjeksiyon uygulamalarının aksine erkeğin her iki testisinin de çıkarıldığı, kadının ise her iki yumurtalığının alındığı operasyonel bir tıbbî müdahaledir³⁷³. Günümüzde cerrahi kastrasyona; ilerlemiş tüberküloz ve büyük fıtık ameliyatlarında sağlık sebebiyle başvurulmaktadır³⁷⁴.

İsteğe bağlı kastrasyon, kişinin kendi talebi üzerine uygulanan kastrasyon türüdür. Biyotıp Sözleşmesi m. 5'e göre, tıbbî müdahale niteliğinde olan kastrasyon işleminden önce hekimin, hastanın rızasını alması gerekir. Kişinin fiil ehliyetine sahip olması durumunda kastrasyon için bizzat kendisinden rıza alınırken, fiil ehliyeti bulunmayanlar

³⁷⁰ Yenerer Çakmut, *Rıza*, 125.

³⁷¹ Ramazan Çağlayan, “İnsanilik Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası”, içinde III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs (Ankara: Ankara Barosu Yayınları 2010), 96; Kudret Güven, “Multidisipliner Bir İnceleme Konusu; Hadımlaştırma (Kastrasyon)”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/1 (2019), 16.

³⁷² Güven, 16; Kızılırmak, 1040.

³⁷³ Güven, 18.

³⁷⁴ Çağlayan, 95.

bakımından rıza beyanının yasal temsilcileri tarafından verilmesi gerekmektedir. Ancak hukukumuzda isteğe bağlı kastrasyon yasak olmakla birlikte, tıbbî zorunluluk halinde dahi rızaya dayalı kastrasyonun yasaklandığı, yalnızca ameliyat esnasında ortaya çıkacak tıbbî zorunluluğa dayanan hadımlaştırmaya müsaade edildiği söylenebilmektedir³⁷⁵.

Zorunlu kastrasyon, cinsel suçlunun rızası alınmaksızın ve başkaca bir seçenek tanınmaksızın uygulanan kastrasyon türüdür. Hukukumuzda, tıbbî müdahalede ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğinden cinsel suçluların rızasının alınmadan zorla kastre edilmesi, hukuk vicdanının kabul etmediği bir yaklaşımdır³⁷⁶.

Tedavi amaçlı kastrasyon, tıbbî amaç gözetilen ve cinsel suçlarla ilgisi olmayan kastrasyon türüdür. NPHK gereği tedavi amaçlı kastrasyon Türk hukuku bakımından uygulama alanı bulan kastrasyon türüdür. Kişinin prostat kanseri gibi hastalıklardan kurtulması ya da muhtemel hayati problemlerle karşılaşmaması amacıyla uygulanmaktadır³⁷⁷.

Cezai kastrasyon ise kişinin işlediği suç nedeniyle cezalandırılması amacı gütmektedir. Hukukumuzda, gerek Anayasa madde 17’de yer alan düzenleme gerekse de tarafı olduğumuz uluslararası anlaşmalarla “*cezada insanilik ilkesi*” kabul edildiğinden “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan, zalimane, gayriinsani ceza*” uygulaması yapılmayacaktır³⁷⁸. Kanaatimizce de kastrasyonun cezalandırma amacıyla zorunlu tutulmaması ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebi olan rızanın bu müdahale için de aranması gerekmektedir. Bu sebeple de kastrasyona ilişkin müdahalelerde de esas olan istem ve gönüllülük olmalıdır.

³⁷⁵ Murat Doğan, “Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk”, içinde III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım (Ankara: Ankara Barosu Yayınları 2010), 139.

³⁷⁶ Güven, 20-21.

³⁷⁷ Zeynep Burcu Akbaba, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-I”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 81 (2009):359; Çağlayan, 95.

³⁷⁸ Çağlayan, 113.

3.4. Üreme Hakkına İlişkin Tıbbî Müdahalelerde Rıza

3.4.1. Üreme Hakkı

Üreme hakkı, kişilerin çocuk sahibi olup olmama, çocuklarının sayısı ve doğum aralığı konularında bizzat karar verme hakkıdır³⁷⁹. Üreme hakkının AY m.17 kapsamında değerlendirilmesi gerekmekte olup, üreme hakkının sınırlarının da yine Anayasa ile korunan ailenin korunması prensibi gereği belirlenmesi gerekmektedir³⁸⁰. Bu hak mutlak bir hak olduğundan kişinin rızası olmaksızın üremeye yarayan organ ve etkinliklerine müdahale hukuka aykırıdır³⁸¹.

Yaşam hakkı gibi bireysel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olan üreme hakkı, bir başka açıdan da sağlık hakkı gibi Devletin müdahalede bulunması talebini içeren sosyal haklarla bağlantılı olan birçok boyutu bulunan bir haktır³⁸². Üreme hakkı, temel dayanağını İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinden almakta olup; beyannamenin yaşam hakkının korunması ile ilgili 3. maddesi, özel hayatın ve aile yaşamının korunmasıyla ilgili 12. maddesi, evlenme hakkı ve özgürlüğüne ilişkin 16. maddesi, düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğüne ilişkin 18. maddesi, ifade özgürlüğünü düzenleyen 19. madde, tıbbî bakım ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının düzenlendiği 25. madde ve eğitim hakkına ilişkin 26. maddesi üreme hakkının hayata geçirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken temel hakları belirlemektedir³⁸³.

3.4.2. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, yaygın olarak çocuk sahibi olmak isteyen ancak çocuk sahibi olamayan kısır çiftlerin tedavisinde uygulama alanı bulmaktadır³⁸⁴. Türk hukukunda üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına ilişkin olarak, “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik”

³⁷⁹ S. Hülya İmamoğlu, *Sosyal Endikasyon*, 30.

³⁸⁰ Badur, 180.

³⁸¹ Remzi Demir, “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbî Müdahalelerde Rıza”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S.133 (2017): 271.

³⁸² Gürkan Sert, “Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme”, İstanbul 2013, 17.

³⁸³ Recep Doğan, “Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 127 (2016), 78.

³⁸⁴ Hülya Deniz Yıldırım, “Üremeye Yardımcı Tedavide Üçüncü Kişiden Üreme Hücresi Alınması, Yaklaşımlar ve Hukuksal Sorunlar”, *Adli Tıp Dergisi* 31/3 (2017), 144.

isimli düzenlemesi bulunmaktadır. ÜYTE m. 4/ğ ile üremeye yardımcı tedavi uygulamalarının tıbbî müdahale olarak kabul edilebileceği ortaya konmuştur.

Türk Medeni Kanunu'nda üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte TMK m.23/3'te yer alan “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkün.*” ifadesi geniş yorumlandığında konuya dayanak teşkil edebilecek niteliktedir. Zira üremeye yardımcı tedavi uygulaması yönelik olarak; insandan alınan, aşılana ve nakle konu olan insan üreme hücreleri, insan kökenli biyolojik maddelerdir.

Üremeye yardımcı tedavi uygulamalarından yalnızca evli çiftler faydalanabilmektedir. Bir başka deyişle Türk hukuku üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde homolog döllenme ve çocuk sahibi olamama şartlarını aramaktadır. Homolog döllenme³⁸⁵ şartı evli çiftlerin yalnızca kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılabileceği döllenme türüdür. Zira Yönetmeliğe göre evli çiftler dışında başka birine ait üreme hücresinin kullanıldığı heterolog yapay döllenme³⁸⁶ kabul edilmemektedir³⁸⁷. Bu tedavi yöntemlerine başvuracak evli çiftlerin müdahaleye ilişkin olarak rızalarının alınması gerekmekte, her ne kadar tıbbî müdahale yalnızca kadının vücut bütünlüğüne yönelse de erkek eşin de üreme hücresine ihtiyaç duyulduğundan ikisinin de rızalarının alınması gerekmektedir. ÜYTE yaptırmak isteyen çiftlerin müdahaleden önce, müdahalenin amacı, şekli ve sonuçları hakkında hekim tarafından aydınlatılması gerekmektedir³⁸⁸. Evli çiftlerin başvurusu kuralına istisna olarak tıbbî zorunluluk halinde tek bir kişinin üreme hücrelerinin saklanması halidir. ÜYTE Yönetmeliği m.20/2-3'te zorunluluk halleri sayılmış olup bu zorunluluklardan birinin ya da birkaçının varlığı halinde, üreme hücresi ya da dokusu alınacak kişinin yazılı rızası yeterlidir³⁸⁹.

³⁸⁵ Homolog döllenme, evli çiftlerden alınan yumurta ve spermin yapay yollarla döllendirildiği tıbbî müdahaledir. Ayrıntılı bilgi bkz.: Çilingiroğlu s.23

³⁸⁶ Heterolog döllenme, evli kadına eşi dışında bir erkekten ya da evli olmayan kadına herhangi bir erkekten alınan üreme hücresinin aktarılması yöntemiyle gerçekleşen müdahaledir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çilingiroğlu, 23.

³⁸⁷ Demir, *Üreme Hakkı*, 280; Ayan, 42.

³⁸⁸ Hayrünisa Özdemir, “*Üreme Merkezlerinin Hukuki Sorumluluğu*”, VIII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır, editörler Hakan Hakeri ve Henning Rosenau (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 460.

³⁸⁹ Demir, *Üreme Hakkı*, 283.

ÜYTE m. 19/2 hükmü de bu yönde olup başvuran adayların evli olmaları gerekliliğini ortaya koymuş, bununla birlikte yazılı rızanın bağlı olduğu formalite de düzenlenmiştir³⁹⁰. Madde hükmünde belirtilen ve Yönetmelik ekinde yer alan düzenlemeye göre oluşturulan onay formunda hasta hakları mevzuatına uygun olarak; evli çiftlerin adı soyadı, doğum tarihleri, T.C. kimlik numaraları, başvuru tarihi, dosya numarası, ikametgâh adresi, telefon numarası yer almalıdır. Bununla birlikte önerilen tedavinin neleri içerdiği, ne zaman önerildiği, kimlerin uygun olduğu, tedavi aşamaları, kullanılan yöntemin teknik detayları, başarı oranı, riskleri, komplikasyonları, ücreti ve başarısızlık durumundaki alternatifleri hakkında da bilgilendirme içermelidir. Son olarak ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 90. ve 231. maddeleri ile tüp bebek tedavileriyle ilgili yasal durum hakkında ayrıntılı bilgilendirme ve talep etmeleri halinde soy bağına tespit amacıyla DNA testi yaptırabilecekleri; hastanelerde, gebenin uzman hekimler tarafından takip edilmesi, doğum yapması ve gerekirse erişkin ve yenidoğan bakım hizmeti sağlanmasından merkezin yükümlü olduğuna ilişkin açıklamalara onay formunda yer verilmelidir.

ÜYTE uygulamaları için eşlerden ayrı ayrı yazılı rıza beyanı alınması gerekteyse de verilen rıza eşler ya da eşlerden biri tarafından geri alınmadıkça geçerliliğini koruyacağı ve her yeni denemede yeniden rıza alınması gerektiği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak tıbbî müdahaleye rıza yazılı şekil şartına bağlı olsa dahi rızanın geri alınması herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığından her yeni uygulamada çiftlerin tekrar yazılı rızalarının alınmasında fayda görülmektedir³⁹¹.

3.4.3. Gebeliğin Sona Erdirilmesi ve Sterilizasyon

Gebeliğin sonlandırılması ve sterilizasyon konuları 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Gebeliğin sonlandırılması, bir başka ifadeyle rahim tahliyesi, tıbbî müdahale yöntemleriyle ana rahmindeki ceninin, ana rahminden çıkarılarak doğmasının engellenmesidir. NPHK m. 2' de gebeliğin sona erdirilmesinin ancak ve ancak Devlet gözetim ve denetimi altında yapılabileceği, Kanunun izin verdiği durumlar haricinde gebeliğin sonlandırılamayacağı hükme bağlanmıştır.

³⁹⁰ ÜYTE m-19/2: “ÜYTE yaptırmak üzere başvuran adayların evli olmaları ve bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-8'deki Bilgilendirilmiş Muvafakat Formunu doldurarak birlikte işlem yaptırmaları gerekir.”

³⁹¹ Badur, 202.

NPHK m. 5/4'te acil müdahale halleri ve çıkarılması gereken tüzükte hangi hususların düzenlenmesi gerektiği belirtilmiş, *“Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir”* denilerek Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük uygulanabilirlik kazanmıştır.

3.4.3.1. Gebeliğin Sona Erdirilmesi

Gebeliğin sonlandırılmasında gebe kadının isteği tek başına yeterli olmayıp kişi evliyse eşinin de rızası gerekmektedir³⁹². Gebe kadın her ne kadar kendi vücut bütünlüğü üzerinde, kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmak istese de henüz tam ve sağ doğumla kişi sıfatına haiz olmamış bir cenin bulunmakta olduğundan NPHK m.5, m.6 ve RTSHYDİT m.3 ve m.5'te gebeliğin farklı yöntemlerle sona erdirilmesinde farklı gebelik süreleri belirlemiştir³⁹³.

NPHK m. 5/1, *“Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından Tıbbî sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.”* hükmünde yer alan şartların sağlanması ile gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması mümkündür. RTSHYDİT m. 3'te de isteğe bağlı rahim tahliyesi uygulamasının zamanı, yöntemi ve kimler tarafından yapılabileceği belirtilmiştir³⁹⁴.

Gebeliğin sona erdirilmesindeki ikinci sebep tıbbî gerekliliktir. NPHK m.5/2'de *“Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.”* ifadesi ile tıbbî

³⁹² Kahraman, 87.

³⁹³ Demir, Üreme Hakkı, 286.

³⁹⁴ RTSHYDİT m-3: *“Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbî sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir. Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler.”*

zorunluluk halinin bulunması durumunda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Gebeliğin on haftayı geçmesi durumunda madde hükmünde yer alan şartların bulunması koşuluyla gebelik sonlandırılabilir.

NPHK m. 6/1 “Gebeliğin sona erdirilmesine izin” başlığı altında, gebeliğin sona erdirilmesine rıza hususu düzenlenmiş olup madde hükmü ; “5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz” şeklindedir. Reşit olmayan gebenin velayet altında olması durumunda velisinin de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rızasının alınması gerekmektedir³⁹⁵. Reşit olmayan kişinin gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermemesi durumunda müdahale yalnızca yasal temsilcinin onayıyla gerçekleştirilemez³⁹⁶. Ancak reşit olmayan gebe kadının rıza gösterdiği rahim tahliyesine, veli ya da vasisinin onay vermemesi durumunda, haklı bir neden bulunmaksızın rıza esirgeniyorsa TMK m.346 vd. gereğince hâkimin müdahalesine başvurulması mümkündür.

NPHK m.6/’e göre akıl hastası kadının, gebeliğin sona erdirilmesine yönelik rızası aranmamakta, ancak vasisinin rızası ile birlikte sulh hâkimliğinin izninin bulunması gerekmektedir. NPHK m.6/2’ye göre gebe kadın evli ise gebeliğinin sonlandırılabilmesi için eşinin de rızasının alınması gereklidir. Gebe kadının eşinden rıza alınmaksızın gebeliğinin sonlandırılması halinde, tıbbî müdahale hukuka uygunluk sebebi taşımaz ve hekimden hukuka aykırı müdahale sebebiyle doğan maddi ve manevi zararları tazmini talep edilebilir³⁹⁷. Gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için kişinin rızasının alınırken; müdahale nedeni, müdahale süreci, olası riskler ve sonuçlar hakkında kapsamlı bir şekilde aydınlatılmış olması gerekir.

³⁹⁵ Sunay Akyıldız, “Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, içinde III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım (Ankara: Ankara Barosu Yayınları 2010), 22.

³⁹⁶ Serap Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19/2 (2013): 174.

³⁹⁷ Alper Uyumaz, Yasemin Avcı, “Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7/1 (2016): 624.

3.4.3.2.Sterilizasyon

Kişinin çocuk sahibi olabilme yeteneği sona erdirilirken kişinin cinsel işlev ve isteği ortadan kaldırılmadan yapılan müdahale türüne sterilizasyon denmektedir. Tarihsel süreçte, sterilizasyonun zorunlu tutulup, soykırım amacıyla yapılması gündeme gelmiştir³⁹⁸. NPHK m.4/2’de sterilizasyon işleminin reşit olma koşuluna bağlı olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla evlilik veya mahkeme kararıyla erginlik kazanan kişilerin de rızalarının alınarak sterilizasyon işlemi yapılabileceği söylenebilir. Tıbbî sakınca olmadığı müddetçe reşit olan kişinin rızası ile sterilizasyon yapılabilmektedir. Kişinin rızasının geçerliliği müdahaleden önce, müdahalenin anlamı, etkisi ve sonuçları hakkında ayrıntılı olarak aydınlatılmış olmasına bağlıdır³⁹⁹.

Uygulamada, sterilizasyon müdahalesi ile ilgili hekimin psiko-sosyal aydınlatma yapması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁰⁰. RTSHYDİT m.15’te; “*Eşin ya da vasinin gelmemesi halinde bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır.*”denilerek, vasinin gelmemesi durumda vasinin iznine ilişkin yazılı ve imzalı belgenin yeterli olacağı belirtilmiştir.

Sterilizasyon müdahalesinde bulunulacak kişinin evli olması halinde NPHK m.6/2 gereği eşin de rızasının alınması gerekmektedir. Ayrıca sterilizasyon gerçekleştirilmeden önce eşin müdahaleye ilişkin rızası alınarak buna ilişkin belgeler imza altına alınmalıdır. RTSHYDİT m.15’e göre; eşin gelmemesi durumunda sterilizasyon işlemine izninin olduğuna dair yazılı ve imzalı belgeyi yeterli görmüşse de imzanın ya da rızanın eksikliği halinde de bu belgeyi getirenin hukuki sorumluluğu için, ikinci bir belgeye imzayı öngörmüştür⁴⁰¹.

3.5. Kanun Gereği Gerçekleştirilen Tıbbî Müdahalelerde Rıza

Anayasa m.17’de, tıbbî zorunluluk ve kanunda yazılı hallerde kişi rızasının bulunması koşulu aranmadan tıbbî müdahalede bulunulabileceğini belirtmiştir. Tıbbî zorunluluğun

³⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.; Nilgün Sarp, “Kısırlaştırma (Sterilizasyon)”, içinde KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu 7-8 Mayıs 2012 (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 52-57.

³⁹⁹ Yenerer Çakmut, *Rıza*, 129.

⁴⁰⁰ Hakeri, *Özel Hükümler*, 993.

⁴⁰¹ Akyıldız, 26.

bulunması ve kanunda yazılı bir halin ortaya çıkması durumunda, kişinin rızasını esirgemesi veya geri almasının önemi bulunmamaktadır. Bunun yanında kişinin rıza ehliyetinin bulunmadığı, yasal temsilci ya da iradi temsilci tarafından temsil edildiği ve durumun acil olması sebebiyle rızalarına başvurmanın mümkün olmadığı hallerde de bu kişilerin rıza vermeleri aranmamaktadır⁴⁰².

3.5.1. Acil Tıbbî Müdahaleler

Hastanın tanı, tedavi gibi amaçlarla hekime başvurmadığı, ani ve acil gelişen bir hastalık sonucunda hastanın bilinci kapalı şekilde sağlık kurumuna getirildiği, bu sebeple de rızasına başvurulamayan ve hastanın yaşamının kurtarılması amacıyla hekim tarafından müdahalede bulunulan haller acil tıbbî müdahaleler olarak nitelendirilmektedir⁴⁰³. Acil durumlar, zorunlu haller ve ameliyatın genişletilmesi halinde AY m. 17'den kaynaklanan hukuku uygunluk nedeni yanında, Biyotıp Sözleşmesi, TŞSTİDK, NPHK ve HHY gereği de kanunun verdiği yetkiye dayandığından hukuka uygun kabul edilmektedir⁴⁰⁴.

Biyotıp Sözleşmesi m.8'e göre hekimin, kişinin ya da yasal temsilcisinin rızasını almadan müdahalede bulunabilmesi için bulunması gereken ilk şart rıza alınmasını engelleyen acil bir durumun mevcut olmasıdır. İkinci şart, hekimin müdahalenin gecikmesinde sakınca gördüğü, tıbben gerekli bir müdahale olmasıdır. Son şart ise acil müdahalede bulunulması gereken kişinin menfaatinin gözetilmesidir. Tıbbî müdahalenin hukuka aykırı olmaması için hasta rızasının arandığını açıklamıştık. Fakat acil durum halinde uygulanan tıbbî müdahaleler için bu kurala bir istisna getirilerek, hekim acil durumlarda önce müdahalede bulunup ondan sonra hastaya yapılan müdahale konusunda bilgi vermek durumundadır⁴⁰⁵.

TŞSTİDK m.70'te kural olarak hastanın rızasının alınması gerektiği belirtilmiş ise de kişinin veli ya da vasisinin olmadığı veya ulaşamadığı hallerde ameliye yapılacak kişinin ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakatinin alınmasının zorunlu olmadığı ifade edilmiştir.

⁴⁰² Çilingiroğlu, 48.

⁴⁰³ Güney Tunalı, 296.

⁴⁰⁴ Güney Tunalı, 396.

⁴⁰⁵ Cemal Öztürkler, *Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 416.

NPHK m. 6'da gebeliğinin sonlandırılması için kural olarak gebe kadının rızasının, küçüklerde ise küçüğün rızası ile velisinin izninin, vesayet altında olan kişinin vasisinin rızasıyla birlikte sulh hakiminden izin alınması aranmaktadır. Fakat gebe kadına derhal müdahalede bulunulmadığı takdirde yaşamını tehlikeye sokacak veya hayati organlarından birini hasara uğratacak acil durumlarda müdahalede bulunularak gebeliğin sonlandırılması rıza ve izin şartına tabi kılınmamıştır.

HHY m.24/7 hükmü gereği, madde de yer alan acil durum niteliğindeki hallerde, durumun kayıt altına alınması gerekmeyle birlikte imkan varsa hastanın orada bulunan yakınının ya da kanuni temsilcisinin; imkan bulunmuyorsa müdahale sonrası hasta yakını ya da kanuni temsilcisi durum hakkında bilgilendirilmesi mümkündür. Ayrıca hastanın bilinci yerine geldikten sonra, ilerleyen süreçte uygulanacak müdahaleler bakımından, kendini ifade edebilme yeteneğine göre hastanın rızasına başvurulur⁴⁰⁶.

HHY m. 26'dan hareketle; acil durumlarda hastanın rıza ehliyeti bulunuyorsa tıpkı rızanın esirgenmesinde geçerli olan usullerin uygulanacağı söylenebilir. Ancak HHY m.31/4 hükmünde, varsayılan rızanın özel bir görünümüne yer verilmiş olup madde hükmü şu şekildedir; *“Hastaya tıbbî müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbî zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbî müdahale genişletilebilir.”*

Acil tıbbî müdahale olarak nitelendirilen durumlardan birisi de müdahalenin genişletilmesi gerekliliğinin meydana gelmesidir. Örneğin, genel anestezi altında kişinin iç organlarından birine müdahale edildiği sırada müdahalede bulunulan bölgede tümör fark edilerek tümörün almasını bu kapsamda değerlendirilebilmektedir⁴⁰⁷. Burada müdahalenin acil müdahale olarak değerlendirilmesinin nedeni, kişinin halihazırda genel anestezi altında olması olup, kişi adına rıza verecek kimsenin olmaması ve tümör

⁴⁰⁶ HHY m-24/7: *“Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbî müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbî müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbî müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbî müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”*

⁴⁰⁷ Badur, 237.

alınmadığı takdirde kişinin ameliyat ve anestezi alma sürecine yeniden girecek olmasıdır⁴⁰⁸. Zira hekimden hastayı ayıltarak rızasını alması ve yeniden anestezi vermesi beklenemez.

Acil tıbbî müdahalelerde hastanın varsayılan rızası uygulama alanı bulunduğu, tıbbî müdahalenin genişletilmesi hastanın varsayılan iradesine ve rızasına aykırılık oluşturması ihtimali, yürütülen tıbbî müdahalenin genişletilmeden bırakılması nedeniyle hastanın zarar görme ihtimalinden yüksek olursa, tıbbî müdahalenin genişletilmesinden kaçınılmalıdır⁴⁰⁹.

3.5.1.1. Varsayılan Rıza

Hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı acil müdahalelerde hekim, hastanın yararına ve varsayılan rızasının olduğu kabul ederek tıbbî müdahalede bulunmaktadır⁴¹⁰. Varsayılan rıza, kişinin rıza açıklama anında bilincinin kapalı olması, içinde bulunduğu şok ya da psikolojik yetersizlik vb. sebeplerle rıza ehliyetine sahip olmayan; rıza ehliyetine sahip olsaydı göstereceği öngörülen rızanın var olduğu kabul edilerek tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesine ilişkin hukuka uygunluk sebebidir⁴¹¹. Varsayılan rızanın hukuka uygun kabul edilebilmesi için müdahalede bulunacak kişiye gereği gibi aydınlatma yapılabilseydi mutlaka rıza vereceği varsayımında bulunabilmek gerekmektedir⁴¹².

Uygulamada varsayılan rızanın yalnızca kişinin hayati tehlikesi halinde uygulama alanı bulacağına dair bir sınırlama getirilmemiş, hastanın beden ya da ruhsal bütünlüğüne yönelik bir tehlike doğuracak olası risklerin bulunması durumunda da varsayılan rızasının hukuka uygunluk sebebi olacağı kabul edilmiştir⁴¹³.

Hastanın varsayılan rızasının olduğunun kabulü için müdahalenin hastanın açık yararına sonuç doğuracağı yönündeki beklenti yeterli olmayıp, acil olmayan tıbbî müdahalelerin

⁴⁰⁸ Ayan, *Tıbbî Müdahale*, 80; Çilingiroğlu, 47.

⁴⁰⁹ Badur, 237.

⁴¹⁰ Tacir, 45; Erman, 149.

⁴¹¹ Oral, 203.

⁴¹² Erman, 149; Hakeri, *Genel Hükümler*, 563.

⁴¹³ Hakeri, *Genel Hükümler*, 563.

varsayılan rıza doğrultusunda gerçekleştirilmemesi ve kişinin rıza ehliyetini kazanması ya da temsilcinin rıza açıklamasında bulunması beklenmelidir.

Örtülü rıza ile varsayılan rıza birbirine karıştırılmamalıdır. Zira varsayılan rıza da kişinin rıza ehliyeti bulunmamakta; rıza ehliyeti bulunsaydı rıza göstereceği kabul edilmektedir⁴¹⁴. Fakat örtülü rıza halinde kişinin rıza ehliyeti bulunmakta, rızaya yönelik iradesini açık beyanla değil örtülü olarak açıklamaktadır.

3.5.2. Kamu Sağlığını Korumaya Yönelik Tıbbî Müdahaleler

Kamu sağlığının korunmasına ilişkin hükümler genel olarak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kamu sağlığını tehdit edeceği varsayılarak UHK m. 57'de sayılan hastalıklar; kolera, veba, lekeli humma, karahumma, daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri, beyin humması, uyku hastalığı, dizanteri, lohusa humması, kızıl, şarbon, felci tıfli, kızamık, cüzam, hummai racia ve malta hummasıdır.

Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun madde 7'de yer alan, *“Herkes, teşkilat tarafından mahallinde yapılacak umumi veya kısmi muayenelere icabet etmeye ve hastalığın teşhisi veya kütlenin sıtma paraziti endeksinin tayini maksadiyle yapılacak bakteriyolojik muayeneler için her talep vukuunda kan alınmasına ve ilaçların tatbikına müsaade etmeye mecburdur.”* ifadesiyle de kamu sağlığını korumak amacıyla yasa gereği gerçekleştirilecek tıbbî müdahaleler düzenlenmiştir. Bu müdahalelerde de rızaya dair genel kurallar geçerli olur.

Kamu sağlığının korunması amacıyla evlilik öncesinde sağlık raporu alınmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. TMK m. 133 hükmünde akıl hastalarının, evlenmelerine tıbbî engel bulunmadığına dair resmi sağlık kurulundan rapor almadıkları müddetçe evlenemeyecekleri belirtilmiştir. TMK m.136'da kadın ve erkeğin, nüfus cüzdanı ve nüfus kayıt örneğini, önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi, küçük veya kısıtlı ise ayrıca yasal temsilcisinin imzası onaylanmış yazılı izin belgesini ve evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporunu evlendirme memurluğuna vermelerinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

⁴¹⁴ Polat, *Sorumluluk Hukuku*, 151.

Son olarak KTK48. madde gereğince uyuşturucu ve uyarıcı maddeler ve alkol kullanmış sürücüler karayollarında araç kullanamazlar. Söz konusu düzenleme de kamu sağlığını koruma amacı taşımaktadır. Kişinin uyuşturucu madde ya da alkol kullanıp kullanmadığının tespiti amacıyla teknik cihazlar kullanılmaktadır. Ancak bu amaç doğrultusunda kullanılan cihazlar ve yapılan tespitler hekimin yapmış olduğu bir girişim olmadığından bu uygulamaları tıbbî müdahale olarak nitelendirmek yerinde olmaz⁴¹⁵.

3.6. Mahkeme Kararıyla Gerçekleştirilen Tıbbî Müdahalelerde Rıza

3.6.1.Soybağının Belirlenmesi Amacıyla Gerçekleştirilen Tıbbî Müdahaleler

Soybağının tespiti davası ile ilgili hükümler Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴¹⁶ ve Türk Medeni Kanunu'nda⁴¹⁷ yer almaktadır. Bu iki düzenleme birbirinden farklı yaklaşımlar içermektedir.

Kişilerin soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermek zorunda olduklarına ilişkin HMK m.291'de *"Taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır."* hükmü yer almaktadır. Soybağının tespiti için vücuttan alınacak biyolojik maddeler ile ilgili HMK m. 292/1' de *"Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir."* düzenlemesine yer verilerek kişilerin bu hususta zorlanabileceği belirtilmiştir. Belirtilen hükmün uygulanabilmesi için gereken ilk koşul kan ya da doku alınmasının uyuşmazlığın çözümü açısından mecburi olması ve bu uygulamaların kişi sağlığını tehlikeye atmaması gerekliliği ile birlikte kan ve doku üzerinde yapılacak işlemlerde bilimsel verilere uygun olması zorunluluğudur. Hakimin kan ve doku alınmasına yönelik işlemlerin zor kullanarak uygulamasına karar vermesi hususunda herhangi bir kişi belirlemesi ya da kişi sayısı sınırlaması bulunmamaktadır. Bu sebeple zor kullanılacak kişi yargılama sonunda soybağı

⁴¹⁵ Badur, 250.

⁴¹⁶ R.G. 4.2.2011- 27836.

⁴¹⁷ R.G. 8.12.2001- 24607.

kesilmeyecek ya da soybağı kurulmayacak kişi de olabilmektedir. Yargıtay tarafından verilen kararlar⁴¹⁸ nüfus kaydının düzeltilmesi davalarının kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle DNA testini, sicilini doğruluğunu tespit etmek için zorunlu tutmuştur⁴¹⁹.

TMK m.284/1⁴²⁰’de ise kişinin vücut dokusu alınmasına rıza göstermemesini, aleyhine sonuç doğurma yaptırımına bağlı kılmıştır. TMK m. 284/1 düzenlemesine göre rıza gösterme yükümlülüğünün doğması için ilk şart soybağının tespitine yönelik dava mevcut olmalı ve soybağının belirlenmesi amacıyla araştırma ve incelemeler yapılmasının mecburi olması gerekmektedir. Bir diğer şart ise araştırma ve incelemenin kişinin sağlığı yönünden tehlike yaratmamasıdır. Soybağının belirlenmesine ilişkin incelemenin kişinin sağlığını tehdit edip etmeyeceği hakim tarafından tespit edilemeyeceğinden, kişinin sağlığına etkileri hakkındaki karar hekimin tespitine bırakılmalıdır⁴²¹.

HMK m. 291 ve TMK m.284’te yer alan düzenlemeler ile rıza verme yükümlülüğünü yer verilirken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda kan ve doku alınması ile ilgili katlanma zorunluluğu olduğu belirtilmiş; Türk Medeni Kanunu’nda ise karşı çıkmamaya imkan sağlanarak, aleyhe sonuç meydana gelmesini kabul şartı ile kurtulma olanağı tanınmıştır⁴²².

3.6.2. Akıl Sağlığı Hakkında Resmi Sağlık Kurulu Raporu Alınması Amacıyla Gerçekleştirilen Tıbbî Müdahaleler

Türk Medeni Kanunu’nda kişinin akıl sağlığıyla ilgili resmi sağlık kurulu raporu alması gereken haller düzenlenmiştir. İlk olarak TMK m.165’te akıl hastalığı nedeniyle

⁴¹⁸ Y. 8. HD, 12.02.2019, E. 2018/14569, K.2019/1344, www.legalbank.net, E.T. 19.04.2024.

⁴¹⁹ Memiş Tekin ve Mustafa Fadıl Yıldırım “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1-2 (2004): 299.

⁴²⁰ TMK. m-284/1: “Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır:

1. Hâkim maddî olguları re’sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder.

2. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.”

⁴²¹ Badur, 259.

⁴²² Arif Barış Özbilen, “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 12/24 (2013): 113.

boşanma ile ilgili; eşlerden birinin akıl hastalığının geçme imkanının olmadığı, durumun resmi olarak tespit edildiği ve bu durumun sağlıklı eş için evliliği çekilmez hale getirdiği durumlarda bu eşin boşanma davası açabileceği düzenlenmiştir. Madde hükmünde yer alan hastalığın iyileşmesinin mümkün olmadığına ilişkin resmi sağlık kurulu raporu davanın açılabilmesi için bulunması gereken şart değil, bu sebebe dayanarak hüküm kurulabilmesi için aranan şart olarak anlaşılmalıdır⁴²³.

Akıl hastalığının geçmesine imkan bulunmadığına ilişkin resmi sağlık kurulu raporunun tek hekim tarafından düzenlenmiş olması hali Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmektedir. Zira Yargıtay bir kararında; davalı kadının ruhsal rahatsızlığı öne sürülmüşse de kısıtlanmayı gerektiren durumun varlığının tespiti konusunda vesayet makamı olan Sulh Hukuk Mahkemesine ihbarda bulunulması veya kendiliğinden davalı kadının yeniden sevk edilerek resmi sağlık kurulu heyetinden oluşacak şekilde yeterli bir rapor alınıp delillerin birlikte değerlendirilip karar verilmesi gerekirken, tek hekim tarafından verilen rapora itibar edilerek hüküm kurulmasını kabul etmemiştir⁴²⁴.

Ayrıca Yargıtay bir kararında davalı kadın hakkında farklı tarihlerde alınan sağlık kurulu raporları arasındaki çelişki giderilmeden eksik inceleme ile karar verildiğinden; dosya kapsamında elde edilen tüm sağlık kurul raporları ile birlikte davalı kadının Adli Tıp Kuruluna sevkini sağlanarak, davalıda akıl hastalığı ya da zayıflığının olup olmadığı; varsa bunun evliliğin devamı için sakıncalı bir durum teşkil edecek derecede olup olmadığına dair Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen raporun sonucu uyarınca karar alınması gerektiğini, raporlar arasında çelişkinin mevcut olması durumunda aile mahkemesinin Adli Tıp Kurumuna başvurması gerekliliğinin bulunduğunu ortaya koymuştur⁴²⁵. Buradaki sorun akıl hastası olduğu iddia edilen eşin zorunlu olan tıbbî müdahaleye rıza göstermemesi ya da esirgemesi halidir. Zira TMK m.165'te tıbbî müdahaleye rıza göstermeme ya da katlanma yükümlülüğü ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hakim davalının akıl hastası olduğuna kanat getirirse TMK m.405/2gereğince durumu vesayet makamına

⁴²³ Badur, 271.

⁴²⁴ Y 2. HD, 14.01.2016, E. 2015/8934, K. 2016/584, www.legalbank.net, E.T. 28.03.2024.

⁴²⁵ Y 2. HD, 27.05.2014, E. 2013/21590, K. 2014/11603 www.legalbank.net, E.T. 28.03.2024.

bildirecektir⁴²⁶. Böylelikle boşanma davası görülmekte olan ve akıl hastalığı olduğu iddia edilen davalının kısıtlanması; vasi veya kayyım aracılığıyla temsil edilip edilmemesi gerekliliği tespit edilebilir.

Kişinin akıl sağlığı nedeniyle resmi sağlık kurulu almasını gerektiren ikinci hal TMK m.405/1’de düzenlenmiş olup, madde hükmüne göre kişide akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı bulunduğu dair resmi sağlık kurulu raporunun bulunması kişinin kısıtlanması için yeterli değildir. Kişinin bu sorun sebebiyle işlerini göremeyecek halde olması, korunma ve bakımı sebebiyle daima yardıma ihtiyacının bulunması veya başkalarının güvenliği bakımında tehlikeli olacak derecede akıl hastalığı veya zayıflığının bulunması gerekmektedir. TMK m. 409/2’ye göre, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmî sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir.

3.6.3.Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması gerçek kişilerin korunması olup, özgürlüğü kısıtlanacak kişi, kısıtlı veya kısıtlı olmayan ergin kişidir⁴²⁷. TMK m. 432/1 hükmü “*Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.*” düzenlenmesine yer vermiştir. Kişinin koruma amacıyla kısıtlanması oldukça sıkı şartlara bağlı tutulmuş olup bu şartların birlikte gerçekleşmesi aranmıştır⁴²⁸. Kişinin korunmasını gerektiren haller; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik şeklinde sınırlı sayıda belirtilmiştir⁴²⁹.

⁴²⁶ TMK m-405/2: “Görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idarî makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.”

⁴²⁷ Dural, Ögüz, Gümüş, 436.

⁴²⁸ Murat Doğan ve Burak Yakan, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kapsamında Kuruma Yerleştirme ve Kurumdan Çıkarma Kararı Ve Bu Kararlara Karşı Başvurulabilecek Yollar”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/1 (2023): 7.

⁴²⁹ Doğan ve Yakan, 6.

Kişinin koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için ilk olarak sınırlı sayıda belirtilen kişisel zayıflık hallerinden kaynaklanan özel bir kişisel koruma ihtiyacı bulunmalıdır⁴³⁰. İkinci şart TMK m.432/1’de yer alan; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden birinin varlığıdır⁴³¹. Üçüncü şart TMK m. 432/1’de sınırlı olarak belirtilen kişisel zayıflık hallerinden birine sahip kişinin toplum için tehlike arz etmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının amacı toplumu değil kişiyi korumak olup, üçüncü kişinin korunması ikincil öneme sahiptir⁴³². Dördüncü şart ise orantılılıktır. Zira koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kişisel özgürlüğe yönelik ağır bir müdahaledir. TMK m. 432/3 maddesinde, kişinin özgürlüğünün kısıtlanması bakımından sınırlara yer verilerek, ilgili kişinin durumunun elverişli olduğu anda kurumdan çıkarılır.

Zorla tıbbî müdahalede kişinin rızası önem taşımamaktadır. Kişi rıza ehliyetine sahip değilse akıl hastalarının zorla tedavisinde olduğu gibi değerlendirme yapılarak bu kişilerin yasal temsilcilerinin rızası da aranmaz⁴³³. Konuyla ilgili Biyotıp Sözleşmesi m. 7’de “Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakatı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir.” hükmüne yer verilmiştir. Ancak akıl hastalılığı veya akıl zayıflığı bulunan kişilerin başkaca sağlık problemlerinin bulunması halinde imkan bulunduğu müddetçe tıbbî müdahaleye ilişkin rızalarına ya da rızalarını esirgemelerine uyulmalıdır⁴³⁴.

3.7. Organ ve Doku Nakline Rıza

Hastalığın tedavisi veya yaşamın kurtarılması amacıyla, ölü ya da canlı insandan doku veya organın alınarak, tedavi edilmek ya da yaşamı kurtarılmak istenen kişiye yapılan

⁴³⁰ Dural, Ögüz, Gümüş, 437.

⁴³¹ Köksal Kocağa, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2006): 36.

⁴³² Dural, Ögüz, Gümüş, 438.

⁴³³ Badur, 294.

⁴³⁴ Badur, 296.

aktarımları konu alan girişimler organ ve doku nakline ilişkin tıbbî müdahalelerdir⁴³⁵. Bu girişimlerin temel amacı, yaşamı ve sağlığı korumak; hastalığı tedavi etmek, kişinin kaybettiği bedensel fonksiyonu yeniden kazandırmaktır⁴³⁶. Hukukumuzda organ ve doku nakline ilişkin düzenlemeler 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'da yer almaktadır. Bu Kanunun amacı insanlardan tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasını, saklanmasını, aşılmasını ve naklini sağlamaktır. Belirtilen Kanun, organ ve doku naklini iki ayrı bölüme ayırarak; yaşayan kişilerden organ ve doku alınması ve ölüden organ ve doku alınması şeklinde ele almıştır.

3.7.1. Yaşayan Kişiden Organ ve Doku Alınması

Yaşayan insan vücudu ile organik bağı bulunan doku ya da organlar üzerindeki hak kişilik hakkı olup, bunlar üzerinde hukuki etkiler doğabilecek tasarruflarda bulunulamaz⁴³⁷. Organ ve doku naklinde amaç alıcının sağlığına kavuşturulması olup, esasen vericinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulmakta ve sağlığı tehlikeye atılmaktadır⁴³⁸. Bu sebeple organ ve doku naklini vericinin taşıması gereken koşullar bakımından değerlendirmek yerindedir.

ODNK m. 6'da *"Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur."* denilerek organ ve doku vericisinin tabi olduğu şartlar belirlenmiştir. Bununla birlikte aynı Kanunun 5. maddesinde on sekiz yaşını doldurmamış ve ayırt etme gücünden yoksun olanlardan organ ve doku almanın yasak olduğu hüküm altına alınmıştır⁴³⁹. Kanun hükmünde belirtilen mümeyyiz olma şartından anlaşılması gereken TMK m.13'te yer alan *"Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da*

⁴³⁵ Adnan Ataç, Muharrem Uçar, *"Organ Aktarımları ve Dağıtımı ile İlgili Temel Etik Sorunları"*, içinde V. Sağlık Kurultayı 1-2 Kasım 2013, editörler Cahid Doğan ve Pınar Aksoy Gülaslan (Ankara: 2014), 73-74.

⁴³⁶ Ataç, Uçar, 74.

⁴³⁷ Sarıal, 115.

⁴³⁸ Ahmet Kılıçoğlu, *"Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 2 (1991): 249.

⁴³⁹ Süleyman Özar ve Türkan Halıcı, *"Organ ve Doku Naklinde Geçerli Rıza"*, Adalet Dergisi, 66 (2021): 581-582.

bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.”ifadesidir⁴⁴⁰.

Yaşayan kişiden organ ve doku alınmasında kişinin rızasının hukuka uygun kabul edilebilmesi, belirli koşulların varlığına bağlıdır. Organ ve doku nakline ilişkin müdahaleler kişinin vücut bütünlüğüne yöneldiğinden ancak müdahalede bulunulacak kişinin rızasıyla hukuka uygun hale gelebilecektir. Organ ve doku nakline rıza, temsil yoluyla da kullanılamaz. Kişinin bu müdahaleye rıza gösterebilmesi için tasarruf ehliyetine sahip olması gerekmektedir⁴⁴¹. ODNK madde 7/c’ ye göre hekimin, kendiliğinden karar veremeyecek halde olan kişinin organ ve doku verme talebini reddetmesi gerekir.

Canlıdan yapılan organ naklinde alıcının ve donörün aydınlatılması gerekmektedir⁴⁴². Zira buradaki tıbbî müdahale hem alıcının hem de vericinin vücut bütünlüğüne yönelen nitelikte eylemlerdir. Bununla birlikte organ ve doku nakline ilişkin rızanın hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için müdahalede bulunulacak kişinin hekim tarafından aydınlatılması gerekmele birlikte, genel bir müdahalenin risklerinin açıklanması ise yetinilmemeli; nakil ile ilgili bütün özel durumlar ayrıntılı ve olabildiğince tıbbî kavramlardan kaçınılarak anlaşılır biçimde hastaya anlatılmalıdır⁴⁴³. ODNK 7. madde de hekimin, vericiye karşı aydınlatma yükümlülüğü bulunduğuna dair hüküm yer almaktadır.

Organ ve doku naklinde hastanın aydınlatılması ile ilgili TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 26’da yer alan *“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın*

⁴⁴⁰ Kılıçoğlu, 250.

⁴⁴¹ Kılıçoğlu, 251.

⁴⁴² Gökhan Şahan, *“Türk Hukukunda Organ ve Doku Naklinde Rıza”*, içinde II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı 21-23 Eylül 2017 Antalya, editörler Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (Antalya: Adalet Yayınevi, 2018), 172.

⁴⁴³ Yıldız Abik, *“Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli”*, içinde V. Sağlık Kurultayı 1-2 Kasım 2013, editörler Cahid Doğan ve Pınar Aksoy Gülaslan (Ankara: 2014), 104-105.

kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.

Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcisinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır. Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.” hükmünden faydalanılabilir. Organ ve doku nakline rızanın şekil bakımından taşınması gereken koşullar ODNK m.6’da belirtilerek; bu müdahaleye ilişkin rıza özel bir şekle bağlanmış, vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı ya da en az iki tanık huzurunda sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.

Küçüğün doku veya organ nakline rızası kabul edilememekle birlikte küçüğe organ ya da doku nakli yapılması gereken durumlarda anne ve babanın birlikte rızaları alınır; veli ya da vasi rıza vermekten kaçınırsa TMK m.346 gereğince hakim m.346 gereğince hakimin müdahalesine başvurulur⁴⁴⁴. Ayrıca HHY m.24/7 gereğince derhal müdahaleyi gerektiren acil durumun varlığı halinde organ ve doku nakli yapılacak çocuk için rıza ya da izin aranmaksızın tıbbî müdahalede bulunulabilir.

Verici, organ ve doku nakline yönelik verdiği rızasını nakil gerçekleşene kadar her aşamada geri alabilir⁴⁴⁵. Şahsa bağlı mutlak hak olması nedeniyle rıza, yalnızca verici tarafından geri alınabilir. Verici ölümden önce organ ve nakline rıza vermişse,

⁴⁴⁴ Özar ve Halıcı, 583.

⁴⁴⁵ Gülel, 79.

ölümünden sonra kimse tarafından rıza geri alınamaz⁴⁴⁶. Vericinin rızasını geri alması halinde kendisinden zorla biyolojik madde alınamaz, kendisine maddi veya manevi sorumluluk yükletilemez⁴⁴⁷. Vericinin edimi yerine getirmeye zorlanamayacağı hususu AY m.17 ve TMK m.23 ve 24 hükümlerinde yer alan amaca uygun olup bu hükümler ile kişiyi sadece kendi zaaflarına, kendi düşüncesizliklerine karşı değil, kendisini boyunduruk altına alabilecek güçteki kişilere karşı da korumak amaçlanmaktadır⁴⁴⁸.

Vericinin rızasının geçerli olabilmesi için gerçekleştirilecek organ ya da doku naklinin zorunlu olmalı, alıcının başka şekilde tedavi edilmesinin mümkün olmamalıdır⁴⁴⁹. Zira organ ve doku nakli müdahalenin her iki tarafının da yaşamını tehlikeye atan bir girişimdir.

Son olarak ODNK m. 8'e göre vericinin hayatını mutlak surette sona erdirecek ya da tehlikeye sokacak olan organ ve dokunun alınması yasaktır. Vericinin hekime böyle bir teklif yapması halinde hekimin reddetmesi gerekmektedir. Zira hekimin konuyla ilgili sorumsuzluk anlaşması yapması TBK m.19-20 uyarınca kesin hükümsüz olacağından onu sorumluluktan kurtarmaz⁴⁵⁰.

3.7.2. Ölüden Organ ve Doku Alınması

ODNK m. 11'e göre ölümün gerçekleştiğinin; biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak hekimler tarafından saptanması halinde ölüden organ ve doku alınabilmektedir.

Kişi sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış ise yakınlarından rıza alınmasına gerek duyulmamaktadır⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ Çakal, 99.

⁴⁴⁷ Şahan, 179.

⁴⁴⁸ Sarıal, 18.

⁴⁴⁹ Kılıçoğlu, 255; Faruk Erem, “Organ Nakli Hakkında Kanun”, Yargıtay Dergisi, 4/5 (1979): 715.

⁴⁵⁰ Abik, 106.

⁴⁵¹ Şahan, 181.

Bu şartların gerçekleşmemiş olması durumunda ölüden organ ve doku nakli yapılması için kimlerden ne şekilde rıza alınacağı ODNK m. 14'te düzenlenmiş olup, anılan madde hükmü gereğince, *“Ölmüş kimsenin ölüm anında yanında bulunan sırasıyla eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.”*ODNK m.14/2'ye göre, ölü verici tarafından düzenlenen aksine bir vasiyet yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. ODNK m.14/3 gereğince *“Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.”*. Kişinin sağlığında organ ve doku nakline karşı olduğunu belirtmesi ve bunun sonucunda ölümünden sonra kendisinden yakınlarının rızasıyla veya herhangi bir surette organ ve doku alınması açıkça yasaklanması mümkün olup böylece kişiye ölümünden sonra bedeninin geleceğini belirleme hakkı tanınmaktadır⁴⁵².

Kural olarak ölenin sağlığında açıkladığı bir rıza bulunmuyorsa, bununla birlikte ölenin yakınları da bulunamıyor ya da bulunmalarına rağmen rızalarına yönelik bir açıklamada bulunmuyorlarsa organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesi mümkün değildir⁴⁵³. Ancak bu kuralın istisnası olarak, ölenin yakınlarının rızasının alınarak organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesine yönelik ilgili Kanunda şartlara yer verilmiştir. ODNK m. 14/4'te yer alan, *“Kaza veya doğal âfetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbî ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbî zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir”* hüküm ile birtakım özel koşulların bulunması durumunda rıza aranmadan ölüden organ ve doku naklinin gerçekleştirebileceği hüküm altına alınmıştır.

⁴⁵² Abdülgaflar Vural, *“Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli”* (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2017).

⁴⁵³ Kılıçoğlu, 261.

Alıcı bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse; canlıdan veya ölüden yapılması fark etmeksizin alıcının aydınlatılmış rızasının varlığı aranır, alıcının ayırt etme gücünün olmaması durumunda ise ancak yasal temsilcinin aydınlatılmış rızası ile nakil yapılabilir⁴⁵⁴.

Son olarak ölülerden organ naklinde organ naklinin kime yapılacağı Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi'nde belirlenmiş dağıtım kurallarına tabi olup; canlıdan organ nakillerinde ise bağışçı doğrudan belirli bir kişiye organını bağışladığından Yönerge'ye tabi değildir.

⁴⁵⁴ Kirkit, 192.

SONUÇ

Tıbbî müdahaleler kişinin, yaşamını, sağlığını ve vücut bütünlüğüne yönelen, kişiyi fiziksel ve psikolojik olarak iyileştirmeyi ya da korumayı, bir başka deyişle kişinin tam bir iyilik halinde yaşamını sürdürmesini hedefleyen girişimlerdir. Bu girişimlerin her ne kadar kişinin, kişilik haklarına yöneldiğinden hukuka aykırı eylemler olarak kabul edilmesi gerekmektedir de bunlar belirli şartların varlığı ile hukuka uygun hale gelmektedir. Bu şartlar ise; yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilme, tıbbî gereklilik (endikasyon) ve hastanın bilgilendirilmiş rızasının alınmasıdır.

Yetkili kişiler olarak bahsedilenler başta hekimler olmak üzere diğer sağlık çalışanlarıdır. Hekimlik mesleğini icra edebilmenin şartları ise; tıp fakültesi mezun olmak, tabip odasına kayıtlı bulunmak ve mesleği icraya geçici ya da sürekli engel halin bulunmamadır. Hekimler dışında tıbbî müdahalede bulunmaya yetkili kişiler TŞSTİDK' da diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hastabakıcı hemşireler ve diş protez teknisyenleri şeklinde belirtilmiştir.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için müdahalenin hukuken öngörülen amaçlara yönelmiş olması ve tıbbî gerekliliğin bulunduğu bir durumun içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak geçmişten bu yana tıp biliminde geline nokta tıbbî gereklilik koşulundan sapmalar görülmektedir. Başka bir ifadeyle, hastanın sadece sağlık sorunu sebebiyle değil estetik gibi kaygılarla da nedeniyle hekimlere başvurduğu görülmektedir. Örneğin, herhangi bir solunum problemi bulunmayan ancak büyük bir burna sahip olan ve bu durumun yol açtığı özgüven eksikliği nedeniyle kişinin estetik ameliyat ile küçük bir buruna sahip olması tıbbî gerekliliği bulunmayan bir müdahale türüdür. Fakat bu noktada her ne kadar fiziksel sebeplerle bir tıbbî gereklilik bulunmasa dahi sosyal ya da psikolojik endikasyonun var olduğu kabul edilir. Dolayısıyla hastalığın tedavisi ya da önlenmesi şeklinde ortaya

ıkan tıbbi endikasyonun yokluğunda; sosyal ya da psikolojik endikasyonun varlığı da incelenmelidir.

TMK m. 24/2 gereği kişi rızası bulunmaksızın kişilik hakkına yapılacak her saldırı hukuka aykırıdır. Tıbbi mşdahalenin hukuka uygunluğu için belirtilen şartların varlığı yeterli olmayıp, rızanın varlığı aranmaktadır. Ancak bu noktada rızanın hukuka uygunluğunu sağlayan en önemli etken de kişinin aydınlatılmış olmasıdır. Aksi halde hukuka aykırı bir aydınlatma rızanın geçerli olmamasına neden olacaktır. Bunun yanında tıbbi mşdahalelerin barındırdığı risklerin çokluğu sağlık çalışanlarını da tehdit altında bıraktığından ve sağlık çalışanları bakımından sorumluluk doğurduğundan aydınlatma ve devamında rıza alınması ayrıca öneme sahiptir. Aydınlatma; teşhis, tedavi ve mşdahale sonrası sşre mşdahalenin riskleri, alternatif tedavi yöntemlerine kadar kapsamlı şekilde yapılmalıdır. Ancak aydınlatmanın olay özelinde ve objektif geerleştirilmesi; önemsiz sayılacak bilgilerin verilmesine lşzum olmadığını da belirtmek gerekmektedir. Kural olarak aydınlatma yapacak kişi mşdahaleyi geerleştirecek hekim; aydınlatılacak kişi ise mşdahalede bulunulacak hastadır. Aydınlatmanın şekli ile ilgili bir sınırlama bulunmamakta olup hekim olay özelinde aydınlatmanın şeklini belirlemelidir. Ancak ispat kolaylığı bakımından yazılı şekil şartı tercih edilmelidir. Acil bir durum söz konusu olmadığı sşrece, hekim makul bir sşre önce hastayı aydınlatmalı; aydınlatma hastanın anlayabileceği dilde yapılmalıdır.

Ayırt etme gşcşne haiz tam ehliyetli kişiler, bizzat tıbbi mşdahaleye rıza verebilmektedirler. Fakat bu durumun istisnası; evli olan gebe kadının gebeliğini sonlandırabilmesi için eşinin rızasının aranmasıdır. Ayırt etme gşcşne sahip kşkler bakımından tıbbi mşdahaleye rıza noktasında farklı grşşler bulunmaktadır. TMK m.16'da ayırt etme gşcşne haiz kşğşn kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken temsilcisinin rızasının aranmadığı belirtilmiştir. Bu sebeple ayırt etme gşcşne sahip kşğşn aydınlatılmış rızası tek başına alınabilir. Ancak uygulamada kşğşn değil yasal temsilcisinin rızasına başvurulmaktadır. Ayırt etme gşcşne sahip kşğşn olaylar hakkında çıkarım yapabilme, algılama kabiliyeti önem taşımaktadır. Uygulanan tıbbi mşdahalenin anlam ve sonuçlarını algılayabilecek kşklere aydınlatma yapılarak onların da sşrece katılmaları sağlanmalıdır. Ayırt etme gşcş bulunmayan kşğşn aydınlatma ve rıza açıklaması yasal temsilcisi tarafından yapılır. TMK m.16 gereği ayırt

etme gücüne sahip kısıtlılar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcilerinin rızası aranmamaktadır. Ancak TŞSTİDK ve HHY’de kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızasının arandığına ilişkin hükümler mevcuttur. Kişinin tam ehliyetsiz olması halinde ise yasal temsilcisinin rızası aranır.

Hastanın vereceği rıza hukuka uygun olmalıdır. Bunun yanında hastanın, hekimden hukuka aykırı bir talepte bulunması halinde talebi hekim tarafından reddedilmelidir. Zorunluluk hali haricinde hastanın rıza verdiği konu ve kapsamın dışına çıkılarak yapılan her türlü tıbbî müdahale hukuka aykırıdır. Hastaya uygulanacak her yeni müdahale için rızasının alınması gerekmektedir. Ancak müdahale esnasında ortaya çıkan ve müdahale edilmemesi durumunda hastanın hayati fonksiyonları bakımından tehlike arz eden, müdahalenin genişletilmesi gereken bir durumun varlığı halinde; hekim, rıza verilen girişimden başkaca bir tıbbî müdahalede bulunabilmelidir.

Hastanın rızasının genel ve matbu bir form imzalatılarak alınması halinde hukuka uygun rızanın varlığından bahsedilemez. Kişinin rızasının hata, hile, korkutma sebepleriyle sakatlanması halinde müdahale hukuka aykırı hale gelir.

Rızanın tıbbî müdahale öncesinde ya da en geç müdahale sırasında açıklanması gerekmektedir. Hastanın verdiği rızayı geri alması durumunda, geri alma anına değin gerçekleştirilen müdahale hukuka uygun olmakla birlikte rızanın geri alınmasından sonra müdahaleye devam edildiği takdirde müdahale hukuka aykırı hale gelir. Hastanın müdahaleye rızasını geri almasından sonra yeniden sağlık kurumuna başvurusu halinde bu durum aleyhine kullanılamaz. Rızanın geri alınması hastanın sağlığı bakımından ağır risk oluşturacak ise hekim tarafından bir kez daha aydınlatma yapılmalıdır.

Rızanın yasal temsilci tarafından açıklanması durumunda rızanın geçerliliği, hasta tarafından verilen rızanın geçerlilik koşullarıyla bağlıdır. Başka bir ifadeyle, yasal temsilcisinin rızasının sakatlanması halinde hukuken geçerli bir rızadan bahsedilemez, yasal temsilci rızasını esirgeyebilir ya da geri alabilir, hukuka aykırı müdahalelere ilişkin verdiği rıza müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez.

Bazı tıbbî müdahaleler bakımından rıza unsuru özel olarak incelenmelidir. Cinsiyet değişikliği rızanın özellik gösterdiği hallerdendir.

Cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin; 18 yaşını doldurmuş ve evli olmaması; transseksüel yapıda olma ve bu operasyonun ruh sağlığı için mecburi olması; eğitim ve araştırma hastanesinden üreme yeteneği bulunmadığına dair resmi sağlık kurulu raporunun bulunması ve tüm bu şartları sağlıyorsa şahsen mahkemeye başvuruda bulunarak cinsiyet değişikliği için izin alması gerekmektedir.

Özellik arz eden bir diğer tıbbî müdahale de kastrasyon işlemidir. Kastrasyon müdahalesi tüm tıbbî müdahaleler gibi kişinin rızasına bağlıdır. Ancak ameliyat esnasında geręekleřen tıbbî zorunluluk halinde ve bir hastalığın tedavisi için kişinin rızası alınmaksızın kastrasyon müdahalesinde bulunulabilir. Kastrasyon müdahalesi açısından özellik gösteren durum, NPHK m. 4/3'te, düzenlenen Tıbbî zorunluluk halidir. Buna göre, ameliyat sırasında tıbbî zorunluluk nedeniyle ve bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon yapılabilir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden sadece evli çiftler faydalanabilir. Bu yöntemden faydalanmak isteyen eşlerin ayrı ayrı yazılı rızalarının alınması gerekmektedir. Sterilizasyon, tıbbî sakınca bulunmaması halinde reşit kişinin isteğiyle yapılabilir. Evlenme veya mahkeme kararıyla erginlik kazanan kişilere de rızaları doğrultusunda sterilizasyon müdahalesinde bulunulabilir. Bu müdahale türünde, kişi evli ise eşinin de rızası alınmalı ve buna ilişkin belgelerin imzalatılmalıdır. Eşin bizzat gelememesi durumunda rızasını; işleme onay verdiğine dair yazılı ve imzalı bir belge ile açıklaması kabul edilmiş ancak, belgeyi getirenin hukuki sorumluluğu nedeniyle ikinci bir belge imzalanması öngörülmüştür. Acil tıbbî müdahalelerde, hastanın bilincinin yerinde olmayıp bu sebeple rızasına başvurmanın mümkün olmadığı ya da yasal temsilcisine ulaşılamayan durumlarda hastanın varsayılan rızasından hareketle tıbbî müdahalede bulunulur.

Yaşayan kişiden organ ve doku nakline rıza da vericinin taşıması gereken şartlar bulunmaktadır. Buna göre ODNK m.6 gereği verici ilk olarak on sekiz yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne haiz olmalı. Vericinin en az iki tanık eşliğinde rızasını açık, net ve etki altında kalmadan, önceden verilmiş yazılı ve imzalı ya da iki tanık huzurunda sözlü beyanda bulunup imza altına alınan tutanağın hekim tarafından onaylanması gerekmektedir. Ölüden organ ve doku alınmasında ise yakınların rızasına dikkat edilmelidir. ODNK m. 14; *“Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya*

organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.” ifadesine yer vermiştir. Madde hükmünde sırayla belirtilen kişilerin, vericinin organ ya da doku nakline dair verdiği rızayı aynı sıra ile geri alması mümkündür.



KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız. “*Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli*”. İçinde V. Sağlık Kurultayı 1-2 Kasım 2013, editörler Cahid Doğan ve Pınar Aksoy Gülaslan, 93-146. Ankara: 2014.
- Ağın, Serenay. “*Estetik Tıbbî Müdahalelerin Hukuki Nitelendirmesi ve Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğu*”. İzmir Barosu Dergisi. 86/3, (2021):153-185.
- Akbaba, Zeynep Burcu. “*Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-I*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 81 (2009): 353-380.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk, Derya Ateş. *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hüğümleri Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Akyıldız, Sunay “*Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”. İçinde III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2010, 12-26. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2010.
- Alkanat, Murat B.. “*Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*”, Sürekli Tıp Eğitim Dergisi (STED). 11/5 (2002): 177-180.
- Altun, Abdurrahim. “*Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası*”. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 1/1 (2018): 37-52.
- Alu, Ali. “*Sağlığın Temel Kavramları*”. Sağlık Yönetimi Dergisi. 1/2 (2017): 32-41.
- Aravacı, Esra Dünder. “*Çocuklarda Aydınlatılmış Onam*”. İzmir Barosu Dergisi. 82/1 (2017): 9-54.
- Artuk , Mehmet Emin ve A. Caner Yenidünya, “*Ötenazi*” Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001: 298-319.
- Aşçıoğlu, Çetin. *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*. Ankara: Tekışık Ofset, 1993.
- Ataç, Adnan ve Muharrem Uçar. “*Organ Aktarımları ve Dağıtımı ile İlgili Temel Etik Sorunları*”. İçinde V. Sağlık Kurultayı 1-2 Kasım 2013, editörler Cahid Doğan ve Pınar Aksoy Gülaslan, 73-91. Ankara: 2014.
- Avcı, Mehmet Özgür. “*İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı*”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 27/1 (2021): 642-657.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Kişiler Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları, 2017.
- Ayan, Mehmet. *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara:1991.
- Aydın, Erdem “*Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu*”. Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi. 46/2 (2003):148-152.
- Badur, Emel. *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Bafra, Jale. “*Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbî ve Hukuki Sorunlar*”. Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi, 1 (2004): 47-54.

- Battal, Ayşenur. “*Hasta Tasarrufları ve Organ Vasiyeti*”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara: 2012.
- Birtek, Fatih. “*Tıbbî Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı*”. İstanbul Barosu Dergisi. 81/5 (2007): 1997-2006.
- Bozkurt, Enver. “*İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı*”. İçinde Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 13-18. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Cassani, Carlotta. “*Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hukukta Rıza*”, trc. Muharrem Özen, Mustafa Özen. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 77 (2008):236-248.
- Cengiz, Serkan. “*Mahtusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 88 (2010): 421-438.
- Çağlayan, Ramazan “*İnsanilik Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası*”. İçinde III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2010, 92-114. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2010.
- Çakal, Ayça. *Türk Özel Hukukunda Tıbbî Müdahaleye Rıza*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Çavdar, Pelin. “*Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 22/3 (2016):735-764.
- Çelik, Cemil. “*Velayetin Kaldırılması*”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 54/1 (2004): 255-309.
- Çelik, Deniz ve Işıl Pakiş. “*Avukatların Aydınlatılmış Onama İlişkin Görüş ve Farkındalıkları*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 149 (2020): 187-208.
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel. “*Yaşama Hakkı*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 103 (2012): 137-168.
- Çilingiroğlu, Cüneyt. *Tıbbî Müdahaleye Rıza*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Dede, Emine. *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2017.
- Demir, Bahadır. “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/1 (2015):249-278.
- Demir, Mehmet. “*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 57/3 (2008): 225-252. (Sözleşmeden Doğan Sorumluluk)
- Demir, Remzi. “*Üreme Hakkına İlişkin Tıbbî Müdahalelerde Rıza*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 133 (2017): 269-298. (Üreme Hakkı)
- Demirörs, Özge, Sevinç Arslan Hızal, “*Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/4 (2016):1481-1516.
- Demirsoy Aşıkoğlu, Eda. “*Kişî Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbî Müdahaleler*”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 35 (2018): 319-343.

- Deryal, Yahya “Çocuk Hastaların Hakları”, içinde Sağlık Hakkı, Hasta Hakları 4. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 8-9 Haziran 2007, editör Tevfik Özlü, 8-19. Trabzon: Deniz Ofset, 2007.
- Doğan, Cahid. “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, KKTC Girne-Amerikan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009, 111-219. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Doğan, Çağatay “Tıbbî Müdahalelerde Hastanın Aydınlatılması ve Rıza Kavramı”. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. İzmir: 2023. (Hastanın Aydınlatılması)
- Doğan, Murat, Gökhan Şahan, İsmail Atamulu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Doğan, Murat. “Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk”. İçinde III. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım, 138-151. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2010.
- Doğan, Murat. “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”. İçinde Uluslar arası Sağlık Hukuku Sempozyumu Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefkoşa 16-17 Ekim 2014, editörler Hakan Hakeri ve Cahid Doğan, 21-62. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015. (Özel Hastane)
- Doğan, Murat ve Burak Yakan. “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kapsamında Kuruma Yerleştirme ve Kurumdan Çıkarma Kararı Ve Bu Kararlara Karşı Başvurulabilecek Yollar”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 18/1 (2023): 3-46.
- Doğan, Recep. “Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 127 (2016): 73-120. (Çocuk Düşürme)
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Ercişkun Şenol, H. Kübra. “Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 17/4 (2013): 81-116.
- Erdem Çetin, Dilara. “Küçükler Üzerinde Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Koşulları”. Yüksek Lisans Tezi, Altınbaş Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul: 2021.
- Erdoğan, Nuri. *Klinik Hizmet Uygulamalarında Bilgilendirilmiş Rıza ve Hasta- Hekim İlişkileri*. Antalya: Kongre Kitabevi 2017.
- Erem, Faruk. “Organ Nakli Hakkında Kanun”. Yargıtay Dergisi. 4/5 (1979): 707-718.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Erman, Barış. *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ersoy, Nermin, Müesser Özcan Şenses, Rahime Aydın Er. “Acil Tıp’ta Aydınlatılmış Onam”. Turkish Journal of Trauma & Emergency Surgery-Ulus Travma Acil 138 Cerrahi Dergisi. 16/1 (2010): 1-8. <https://jag.journalagent.com/travma-/pdfs/UTD-90592-Review-Ersoy.pdf>.

- Ersoy, Yüksel. “*Tıbbî Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 53 (2004): 161-190.
- Gülel, İlhan. *Tıbbî Müdahaleye Rıza*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Gülsevin, Oğuzhan. “*Tıbbî Müdahalede Aydınlatmanın Zamanı*”. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. İzmir: 2023.
- Güney Tunalı, Işıl. *Hekimin Tıbbî Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Güngör, Hasan Atilla. “*Anayasa Mahkemesi’nin Topuk Kanı Testi ve Zorunlu Aşılama Uygulamaları Hakkındaki Kararlarına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme*”, Fasikül Hukuk Dergisi. 10/100 (2018): 395-400.
- Güven, Kudret. “*Multidisipliner Bir İnceleme Konusu; Hadımlaştırma (Kastrasyon)*”. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 5/1 (2019): 11-56.
- Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku C.I. Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022. (Genel Hükümler)
- Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku C.II. Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022. (Özel Hükümler).
- Hancı, İ. Hamit. *Malpraktis Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Hatun, Şükrü. *Hasta Hakları*. İstanbul: İletişim Yayınları, 1999.
- Hoşer Öğüt, Hande. “*Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanlar Bakımından Tıbbî Müdahaleye Rıza*”. Yüksek Lisans Tezi İzmir Ekonomi Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü. İzmir: 2022.
- <https://hasta.saglik.gov.tr/TR,55452/201911-sayili-enjeksiyon-uygulamalari-hakkinda-genelge.html>
- <https://www.hukukihaber.net/aydinlatma-yukumlulugu-ve-riza>
- https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/64546/9789755903613_tur.pdf?sequence=3
- <https://www.jurix.com.tr/article/12132?u=0&c=0>
- <https://legalbank.net/arama>
- <https://www.memorial.com.tr/tani-ve-testler/bronkoscopi-nedir>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1489.pdf>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/02/20080215-4.htm>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140426.htm>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/06/20160616-2.htm>
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170401.htm>
- <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1133>
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Kontrendikasyon>

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Polidaktili>

- İşık Yılmaz, Ş. Berfin. “*Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 98 (2012): 489-410.
- İmamoğlu, S. Hülya. “*Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler*”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 65/1 (2016): 199-230. (Hasta Vasiyeti)
- İmamoğlu, S. Hülya. “*Medeni Hukuk Açısından Sosyal Sebeplerle (Sosyal Endikasyonla) Üreme Hüccresinin Dondurulup Saklanması*”. Ankara Barosu Dergisi .77/1 (2019): 25-46. (Sosyal Endikasyon)
- Kahraman, Zafer. “*Medeni Hukuk Bakımından Müdahaleye Hastanın Rızası*”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 7/1 (2016):479-510.
- Kangal, Zeynel T. “*Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.15/4 (2011): 223-251.
- Karaman, Kübranur. “*Tıbbî Müdahalede Hasta Rızası*”. Yüksek Lisans Tezi İnönü Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü. Malatya: 2021.
- Karasaç, Eda Gülsüm. “*Cenin Yaşama Hakkı*”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71/3 (2022): 1051-1097.
- Kaya, Mine. “*Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı ile İlişkisi*”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi(TAAD). 1/8 (2012): 45-82.
- Kayalı, Zeka. “*Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbî Müdahaleler*”. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü. İstanbul: 1996.
- Keskin Kızıroğlu, Serap. “*Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 19/2 (2013): 165-190.
- Kılıçgil Çiçek, Tuğçe. “*Güzelleştirme Amaçlı Estetik Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu*”. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 24/1 (2020): 119-146.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru. “*Temsil Yetkisinin Açıklanması*”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 70/2 2021: 361-388.
- Kılıçoğlu, Ahmet. “*Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri*”.Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 2 (1991): 246-265.
- Kızılırmak, Baran. “*Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağan, 25/3 (2019): 1025-1071.
- Kirkit, Ecem. *Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Kocaağa, Köksal. “*Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10/1 (2006): 33-54.
- Koru, Onur. “*Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı*”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 12/2 (2021): 491-500.

- Köroğlu, Emre. “İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmada Korkutulanın Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Kapsamında Sahip Olduğu Tazminat Hakkı”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 13/1 (2022): 79-93.
- Köroğlu, Emre. *Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. “Rıza, Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri”. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 9/2 (2019): 306-333.
- Kurt, Munise Gülen. “Tıbbî Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 146 (2020): 187-218.
- Nasrat, Qaisar. “Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Şartları”. İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2 (2023): 77-97.
- Nehir, Türkü Yağmur “Bilgilendirilmiş Rızada Bilgilendirmenin Derinliği ve Sınırlar”. İçinde Bilgilendirilmiş Rıza, editörler Neval Yılmaz ve Dilek Özcengiz, 49-70. Ankara: Yekin Yayınları, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.
- Oral, Tuğçe. “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi. 2 (2011):185-210.
- Otlu, Umut. “Bilgilendirilmiş Rızanın Şekil Şartı, İspat Yükü ve Deliller Bakımından Önemi”. İçinde Bilgilendirilmiş Rıza, editörler Neval Yılmaz ve Dilek Özcengiz, 119-132. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 52/3 (2003): 55-77.
- Öz, Ahmet Kerem. “Tıbbî Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam (Rıza) Kavramının Geçerliliğinin Tartışılması ve Danıştay ve Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”. Yüksek Lisans Tezi, İzmir Bakırçay Üniversitesi, Lisansüstü Sağlık Enstitüsü. İzmir: 2022.
- Özar Süleyman, Türkan Halıcı. “Organ veya Doku Naklinde “Hukuken Geçerli Rıza”. Adalet Dergisi. 6 (2021): 569-593.
- Özbilen, Arif Barış. “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 12/24 (2013): 99-124
- Özcan, Burcu G. ve Çağlar Özel. “Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”. Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi. 10/1 (2007): 49-73.
- Özdemir, Gençler. *Tıbbî Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021. (Tazminat Sorumluluğu)

- Özdemir, Hayrunnisa. “*Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*”. Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 12/3-4(2008): 347-373.
- Özdemir, Hayrūnnisa. “*Üreme Merkezlerinin Hukuki Sorumluluğu*”. İçinde VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011, Diyarbakır, editörler Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, 453-472. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Özdilek, Hafize. “*Tıbbî Müdahalede Aydınlatılmış Rıza*”. Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul: 2022.
- Özen, Muharrem ve Meral Ekici Şahin. “*Ötanazi*”. Ankara Barosu Dergisi. 4 (2010): 15-36.
- Özer, Süleyman ve Türkan Halıcı. “*Organ ve Doku Naklinde Hukuken Geçerli Rıza*”. Adalet Dergisi. 148/66 (2021): 569-593.
- Özpınar, Berna. *Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Sonuçları*. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007.
- Öztürkler, Cemal. *Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Polat, Alperen. *Sorumluluk Hukukunda Rıza*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.(Sorumluluk Hukuku)
- Polat, Oğuz. *Tıbbî Uygulama Hataları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005. (Uygulama Hataları)
- Sarıal, Enis. *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1986.
- Sarıtaş, Hatice. *Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2005.
- Sarp, Nilgün “*Kısırlaştırma (Sterilizasyon)*”. İçinde KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi IV. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu 7-8 Mayıs 2012, 51-61. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Savaş, Halide. *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbî Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Savaş, Halide. *Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- Serozan, Rona. “*Kişilik Hakkının Korunması ile ilgili Bazı Düşünceler*”. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi. 11/14 (2011): 93-112.
- Sert, Gürkan. “*Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme*”. İstanbul: 2013.
https://www.ikgv.org/pdf/Ureme_Haklarinin_Yasal_Temelleri_ve_Etik_Değerlendirme.pdf
- Sert, Selin. “*Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 118 (2015): 255-270. (Cinsiyet Değiştirme)

- Stoudemire, Alan. *Tıbbî Sorunları Etkileyen Psikolojik Faktörler*. Ankara: CompoMentis Yayınları, 1997.
- Subaşı, Zeynep Nur. “*Tıbbî Standartların Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi*”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara: 2018 .
- Şahan, Gökhan. “*Türk Hukukunda Organ ve Doku Naklinde Rıza*”. İçinde II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı 21-23 Eylül 2017 Antalya, editörler Hakan Hakeri ve Cahid Doğan, 169-186. Antalya: Adalet Yayınevi, 2018.
- Şahbaz, İbrahim. “*Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 86 (2009): 405-424.
- Şahin, Ayşenur. “*Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini*”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 15/2 (2011): 123-166.
- Şengül, Ragıp. *Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020.
- Şenocak, Zarife. “*Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50/4 (2001):65-80.
- Tacir, Hamide. “*Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*”. İçinde III. Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, editörler Hamide Tacir ve Aysun Altunkaş, 45-58. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2017.
- Tacir, Hamide. “*Tıbbî Müdahaleler Karşısında Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*”. İçinde II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbî Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu, editörler Aysun Altunkaş ve İpek Sevda Söğüt ve Hamide Tacir, 13-49. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan. “*Anayasa Hukuku Açısından Zorunlu Aşı Vavrička Kararlarının Öğrettikleri*”.Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 19/3 (2022):467- 520.
- Tanrıkulu, M. Sezgin. “*İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı*”.Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 66, (2006): 51-94.
- Tatlıcan, Melis Selin. “*Küçüklerin ve Kısıtlıların Tıbbî Müdahaleye Rızası*”.Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü. Ankara: 2002.
- Tavlı, Nur. *Tıbbî Müdahalelerde Karar vericiler ve Rıza*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2022.
- Tekin, Memiş ve Mustafa Fadıl Yıldırım. “*Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar*”. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 8/1-2 (2004): 283-306.
- Turan Başara, Gamze. “*Türk Medeni Kanunu’nun 40’ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuku Sonuçları*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 103 (2012): 245-266.
- Uygur, Atiye B..“*Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 144 (2019): 355-281.

- Uyumaz, Alper ve Yasemin Avcı, “*Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması*” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7/1 (2016): 579-638.
- Vural, Abdülgaffar “*Türk Hukukunda Organ ve Doku Nakli*” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2017)
- Yalçın, Meltem. “*Bilgilendirilmiş Rızanın Şekil Şartı, İspat Yükü ve Deliller Bakımından Önemi*”. İçinde Bilgilendirilmiş Rıza, editörler Neval Yılmaz ve Dilek Özcengiz, 135-161. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Yaşar, Nur. “*Tıbbî Müdahalelerde Karar Vericiler ve Rıza*”. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir: 2019.
- Yener Çakmut, Özlem. *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003. (Rıza)
- Yenerer, Çakmut, Özlem. “*Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam*”. İçinde Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Bildiriler Mersin 16-17 Ocak, 1-40. Ankara: Şen Matbaa, 2009.
- Yıldırım, Hülya Deniz. “*Üremeye Yardımcı Tedavide Üçüncü Kişiden Üreme Hücreleri Alınması, Yaklaşımlar ve Hukuksal Sorunlar*”. Adli Tıp Dergisi 31/3 (2017):143-154.
- Yıldırım, Selda. “*Tıbbî Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*”.Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: 2015.
- Yılmaz, Battal. *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.
- Yücel, Özge. “*Tıbbî Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar*”. İstanbul Hukuk Mecmuası. 73/2 (2021): 441-483.
- Yüzer Eltimur, Dilara. “*Anayasa Hukuku Kapsamında Sağlık Hakkı ve Dava Edilebilirlik Sorunu*”. İzmir Barosu Dergisi. 87/2 (2022): 347-406
- Zengin, Nazmi. “*Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu*”. Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi. 1/1 (2010): 47-48.