



TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

AYDINLATILMIŞ ONAM

Yüksek Lisans Tezi

Muhammed Erman ERGÜL

20911955

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Yıldız ABİK

Ankara – 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

AYDINLATILMIŞ ONAM

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Yıldız ABİK

TEZ JURİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Doç. Dr. Yıldız ABİK

2- Doç. Dr. Leyla Müjde KURT

3- Dr. Öğr. Üyesi Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ

Tez Savunması Tarihi

27.07.2023

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Doç. Dr. Yıldız ABİK danışmanlığında hazırladığım "Aydınlatılmış Onam (Ankara 2023)" adlı yüksek lisans tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 27.07.2023

Muhammed Erman ERGÜL

İçindekiler

Kısaltmalar Cetveli.....	11
Giriş.....	12

Birinci Bölüm

Teşhis ve Tedavi Sürecinde Tarafların Arasındaki İlişki, Genel Olarak Tıbbi Müdahalenin Niteliği ve Hekimlik Sözleşmesi.....14

§ 1. Tıbbi Müdahalenin ve Aydınlatılmış Onamın Tarihi.....14

§ 2. Hekim ve Hasta Arasındaki İlişki.....19

I. Hekim ve Hasta İlişkisi.....19

A. Genel Olarak Hekim ve Hasta İlişkisi.....19

B. Hekim ve Hasta Arasındaki İş Birliği Modelleri.....21

a. Paternalist Yaklaşım.....21

b. İş birliği Yaklaşımı.....22

c. Danışman Hekim Yaklaşımı.....22

C. Tıbbi Müdahale.....23

D. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi.....25

a. Sözleşmenin Tarafları.....25

1. Hasta.....25

2. Hekim.....26

3. Hastane.....28

4. Hasta Yakını.....29

b. Sözleşmenin Hukuki Niteliği.....32

1. Hizmet (İş) Sözleşmesi Görüşü.....32

2. Kendine Özgü Sözleşme Görüşü.....35

3. Eser Sözleşmesi Görüşü.....37

4. Vekalet Sözleşmesi Görüşü.....	40
E. Tedavide Hasta ve Hekimin Yükümlükleri.....	44
a. Hekimin Yükümlülükleri.....	44
1. Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü.....	44
2. Verileri Saklama ve Kaydetme Yükümlülüğü.....	44
3. Sadakat Yükümlülüğü.....	48
4. Özen Yükümlülüğü.....	50
5. Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğü.....	53
6. Sır Saklama Yükümlülüğü.....	56
b. Hastanın Yükümlülükleri.....	59
1. Genel Olarak.....	59
2. Ücret Ödeme Yükümlülüğü.....	60
3. Hekime Bilgi Verme Yükümlülüğü.....	61
4. Hekimle İş Birliği Yükümlülüğü.....	62
5. Müdahaleye Katlanma Yükümlülüğü.....	64
F. Hekimlik Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	64
a. Genel Olarak.....	64
b. Kendiliğinden Sona Erme Halleri.....	65
1. İfa.....	65
2. Ölüm.....	66
3. İflas.....	67
4. Taraf Ehliyetlerinin Kaybı.....	68
c. Taraf İradeleriyle Sona Erme Halleri.....	68
1. İstifa.....	68

2. Azil.....	69
II. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları.....	70
A. Hastadan Aydınlatılmış Onam Alınması.....	70
B. Endikasyonun Bulunması.....	72
C. Müdahalenin Tıp Bilimi Tarafından Genel Kabul Gören İlke ve Kurallara Uygun Olması.....	74
D. Müdahalenin Yetkili Personel Tarafından Gerçekleştirilmesi.....	75

İkinci Bölüm

Aydınlatılmış Onamın Hukuki Niteliği, Türleri, Hastadan Alınması ve Aydınlatılmış Onama İlişkin Özel

Durumlar.....	78
§ 3. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Onam.....	78
I. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü.....	78
A. Genel Olarak Aydınlatma.....	78
B. Aydınlatmanın Kapsamı.....	82
a. Genel Olarak.....	82
b. Hastalığın Muhtemel Sebepleri ve Seyri.....	84
c. Tıbbi Müdahalenin Gerçekleştirilme Şekli.....	85
d. Muhtemel Komplikasyonlar ve Riskleri.....	87
e. Tedavide Kullanılacak İlaçlar.....	90
f. Hayati Yaşam Tarzı Önerileri.....	94
g. Alternatif Tedavi Yöntemleri ve Riskleri.....	95

h. Gerekmesi Halinde Tıbbi Yardıma Ulaşma Yolları.....	97
C. Aydınlatmanın Türleri.....	98
a. Genel Olarak.....	98
b. Güvenlik (Koruma) Aydınlatması....	98
c. Karar (Otonomi) Aydınlatması.....	101
1. Genel Olarak.....	101
2. Tedavi (Süreç) Aydınlatması...101	
3. Teşhis Aydınlatması.....	104
4. Riziko (Risk) Aydınlatması.....	106
d. Ekonomi Aydınlatması.....	109
e. Diğer Aydınlatma Türleri.....	111
D. Aydınlatmanın İcrası.....	113
a. Aydınlatılacak Taraf.....	113
1. Hasta.....	113
2. Hasta Yakını.....	115
b. Aydınlatma Yükümlülüğü Bulunan Taraf.....	117
c. Aydınlatmanın Şekli.....	119
1. Genel Olarak.....	119
2. Aydınlatmanın Zamanı.....	122
3. Defansif Tıp Uygulaması.....	124
E. Aydınlatmanın Özellik Arz Ettiği Durumlar.....	125
a. Organ ve Doku Bağışı.....	125
1. Genel Olarak.....	125
2. Canlıdan Canlıya Yapılacak Organ ve Doku Nakli.....	127
3. Kadavradan Yapılacak Organ ve Doku Nakli.....	133
b. Kısırlaştırma ve Kastrasyonda Aydınlatma.....	138

c. Gebeliğin Sona Erdirilmesi.....	143
d. Cinsiyet Değişikliği.....	148
e. Ötenazi.....	152
f. Tıbbi Araştırmalar.....	157
g. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıbbi Uygulamalar.....	162
h. Deneysel Tedaviler.....	163
F. Aydınlatmaya Gerek Duyulmayan Haller.....	165
a. Aydınlatmanın Anlamsız Olması.....	165
b. Aydınlatmanın Tedaviye Zarar Verecek Olması.....	166
c. Hastanın Aydınlatılacak Hastalık Hakkında Yeterli Bilgisinin Bulunması.....	167
d. Hastanın Aydınlatmayı Reddetmesi.....	170
e. Zorunluluk Hali.....	172
II. Aydınlatılmış Onam.....	173
A. Genel Olarak Aydınlatılmış Onam.....	173
B. Onamın Alınma Zamanı.....	175
C. Onamın Şekli.....	176
D. Onamın Çeşitleri.....	178
a. Genel Olarak Onam Çeşitleri.....	178
b. Hipotetik Onam.....	178
c. Varsayılan Onam.....	179
d. Örtülü Onam.....	183
E. Onamın Ehliyeti.....	184
a. Genel Olarak.....	184
b. Küçüklerde Ehliyet.....	186

c. Diğer Kısıtlılarda ve Onam Verme Kabiliyeti Bulunmayanlarda Ehliyet.....	191
F. Onamın Gerekmediği Haller.....	194
a. Genel Olarak.....	194
b. Kamu Sağlığının Korunması Amacıyla Önlem Alınması Gereken durumlar.....	194
c. Ceza Yargılamasından Doğan Haller.....	196
d. Acil Müdahale Gereken Haller.....	203
e. Müdahale Sırasında Yeni Bir Durumun Ortaya Çıkması.....	206
f. Akıl Hastalarına Yönelik Müdahaleler.....	208
g. Salgın Hastalıklar.....	212
G. Onamın Saklanması.....	215
H. Onamın Verilmemesi ve Geri Alınması.....	216

Üçüncü Bölüm

Teşhis ve Tedavi Sürecinde Ortaya Çıkan Sorumluluk Türleri ve Tazmini.....	220
§4. Hekimin Hukuki Sorumluluğu.....	220
I. Tazminat Sorumluluğu.....	220
A. Genel Olarak Hekimin Tazminat Sorumluluğu.....	220
B. Sözleşmeye Dayanan Sorumluluk Hali.....	220
a. Tazminat Davasının Şartları.....	220
1. Genel Olarak.....	220
2. Hukuka Aykırı Fiil.....	222

3. Zarar.....	223
4. Kusur.....	224
5. İlliyet Bağı.....	228
b. Tazminat Davasının Tarafları.....	229
1. Davacı.....	229
2. Davalı.....	230
i. Hekim.....	230
ii. Hastane.....	231
c. Tazminat Davasının Türleri.....	231
1. Maddi Tazminat.....	231
i. Genel Olarak.....	231
ii. Kapsamı.....	232
2. Manevi Tazminat.....	237
i. Genel Olarak.....	237
ii. Talep Edilmesi ve Belirlenmesi.....	241
d. Zamanaşımı.....	245
§5. Diğer Sorumluluk Sebepleri.....	250
I. Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Sorumluluğu.....	250
II. Hekimin Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu.....	254
III. Hekimin İfa Yardımcısının Fiilinden Sorumluluğu.....	256
Sonuç.....	257
Kaynakça.....	262
Özet.....	270
Abstarct.....	271

Kısaltmalar Cetveli

Akt.	:Aktarım
AYM	:Anayasa Mahkemesi
Bknz.	:Bakınız
B. No.	:Başvuru Numarası
C.	:Cilt
CMK	:Ceza Muhakemeleri Kanunu
D.	:Daire
E.	:Esas
G.K.	:Genel Kurul
H.D.	:Hukuk Dairesi
HHY	:Hasta Hakları Yönetmeliği
K.	:Karar
m.	:Madde
NPHK	:Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
T.	:Tarih
TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TDN	:Tıbbi Deontoloji Tüzüğü
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	:Tababet ve Şuabatı Tarzı San'atların İcrasına Dair Kanun
Y.	:Yıl

Giriş

Hasta ve hekim arasında başlayan tedavi sürecinin bel kemiğini, tedavinin iki tarafının arasında inşa edilen güven ilişkisi oluşturmaktadır. Güven ilişkisinin tesisiyle birlikte tedavi daha akıcı bir hal almakta, hasta hekimin talimatlarını eksik uygulamakta, sonuç olarak her aşaması eksiksiz biçimde işleyen bir tedavi sürecinin sonunda hasta iyileşerek tedavi süreci nihayete erdirilmektedir. İşte bu güvenin tesisi için gerekenler ise tarafların birbirlerine karşı dürüst olmaları ve tedavi sürecinin eksiksiz olarak bilinmesidir. Aksi halde tedavi başladıktan sonra ortaya çıkan ve hasta tarafından bilinmeyen durumlar, hastanın hekime karşı olan güvenini sarsacak belki de hasta tarafından istenmeyen durumların yaşanmasına neden olabilir. Bu gibi durumların yaşanmaması için henüz tedaviye başlanmadan, tedaviyi uygulayacak olan hekim tarafından hastanın tedavi sürecine ilişkin aydınlatılması ve hastadan aydınlatmaya uygun bir şekilde onam alınması, taraflar arasındaki güven ilişkisinin tesisinde elzemdir. Aydınlatma yükümlülüğünün temeli ise Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesidir. Buna göre sözleşme öncesinde tarafların aydınlatılması gerekmekte, benzer şekilde tedavi öncesinde de hekimin hastayı aydınlatması gerekmektedir. Aydınlatma sadece tedavinin genel kapsamı ve sonucuyla sınırlı kalmamalı; tedavi sırasında kullanılacak olan ilaçlar, yöntemler, tedavinin uzunluğu ve tedavi süresince ortaya çıkabilecek komplikasyonlar gibi tedavi sürecine ilişkin detaylı bilgileri içermelidir. Usulüne uygun bir şekilde yapılan aydınlatmanın ardından hastadan aydınlatılmış onam alınması gerekmektedir. Hastanın tedavi sürecine ilişkin rızasının alınmasına ilişkin bu işleme aydınlatılmış onam adı verilmektedir. Çalışmamızın temelini, tedavi sürecinde hekimin hastayı aydınlatma ve hastadan onam alma yükümlülüğü oluşturmaktadır

Aydınlatmanın doğru bir şekilde yapıldığı ve buna uygun olarak hastadan onamın alınması aynı zamanda hekimin özen yükümlülüğünün bir borcudur. Hekim tedavi sürecinde onam alınmasını atlamamalı, yeni bir durum ortaya çıktığında da bu hususa ilişkin olarak hastadan tekrar onam almalıdır. Bununla birlikte sadece tedavinin aydınlatma ve onam alma aşamasında değil her aşamasında, hekim borcunu özenle ifa etmek durumundadır. İlk olarak teşhis ve hastadan öykü alma aşamasında hekim özenli davranmalıdır. Zira doğru bir teşhis konulmadığı takdirde hastadan alınan onam, hastanın gerçek iradesini yansıtmayacak ve tedaviyi hukuka aykırı duruma getirecektir.

Çalışmamızda aydınlatılmış onama ilişkin genelden özele doğru bir bilgi aktarımı söz konusudur. Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde hekim ve hasta ilişkisi ile tedavi sürecine ilişkin genel bilgiler verilmekle birlikte hekimin ve hastanın yükümlülüklerine ayrı ayrı değinilmektedir. Özellikle hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve aydınlatılmış onam hakkında genel bilgiler verilmekte, bu kavramların ilişkili hususların üzerinde durulmaktadır. İkinci bölümde ilk olarak hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğüne değinilecektir. Aydınlatmanın diğer kavramlarla ilişkisi ve hekimin bu yükümlülüğü yerine getirirken dikkat etmesi gereken hususlar detaylı bir şekilde incelenmektedir. Daha sonra hastadan aydınlatılmış onam alınması ve aydınlatılmış onam inceleme altına alınmaktadır. Kavramın nasıl tanımlandığı, tarihçesi, hukuki niteliği ve kavrama ilişkin mevzuatın üzerinde detaylı bir şekilde durulduktan sonra tarafları, şekli ve çeşitlerine değinilmektedir. Hem öğretide hem de yargı kararlarında yapılan tanımlamalar ve değerlendirmelere çalışmamızda yer verilmektedir. Son olarak onamın geri alınması ve tedavinin reddedilmesi hususlarının üzerinde durulmakta, özellikle hekimlerin ve hastanelerin tazminat sorumluluğu etkileyen durumlara değinilmektedir. Bununla birlikte onamın hekim harici hastane personeli tarafından alınması ve onamların saklanmasıdaki yükümlülüğün kime ait olduğu hususlarına da çalışmamızda yer verilmektedir.

Son bölümde ise hekimin aydınlatılmış onama ilişkin olarak tazminat sorumluluğuna yer verilmektedir. Öncelikle genel olarak maddi ve manevi tazminat sorumluluğuna değinilip ardından aydınlatılmış onama ilişkin süreçte doğabilecek tazminat sorumluluğu üzerinde durulacak ve hekimin bu noktada dikkat etmesi gereken durumlara değinilerek çalışmamız sonlandırılmaktadır.

Birinci Bölüm

Teşhis ve Tedavi Sürecinde Tarafların Arasındaki İlişki, Genel Olarak Tıbbi Müdahalenin Niteliği ve Hekimlik Sözleşmesi

§ 1. Tıbbi Müdahalenin ve Aydınlatılmış Onamın Tarihi

Hekimlik, insanlık tarihinin en eski mesleklerinden biridir¹. İnsanlık tarihinde ilk tıbbi müdahalelerin amacı, insan vücuduna yerleşen kötülüğün kovulmasıdır². İnsanlık tarihinin ilk büyük medeniyetlerinden olan Sümerlerde, tıbbın büyüye dayandığı görülmektedir³. Antik Mısır'da ise tıbbi müdahaleler, rahipler tarafından gerçekleştirilmiştir⁴. Hekimlerin tıbbi sorumluluğuna ilişkin tarihte çeşitli düzenlemeler görülsede özellikle Hammurabi Kanunları bu konuda ön plana çıkmaktadır⁵. Antik çağda Hipokrat Yemini, tıp tarihi açısından oldukça önemli olsa da ortaya çıktığı dönemde tıp etiğine önemli bir etkisi bulunmamaktadır⁶. İlerleyen yıllarda ise hem Hipokrat Yemini hem de onu takip eden yeni tıp etiği ilkeleri, tıbbi uygulamalarda faydacılık anlayışını ön plana çıkarmaktadır⁷. Ancak çalışmamız açısından değerlendirmek gerekirse, Hipokrat Yemininin aydınlatılmamış onam açısından herhangi bir ifade içermediği görülmektedir⁸.

1 Demir, Mehmet, Tıbbi Sorumluluk Hukuku, 2. baskı, Ankara, 2020, s. 141.

2 Sert, Gürkan, Tıp Hukuku ve Etiği Derslerine Giriş, 1. baskı, Ankara, 2020, s. 48.

3 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 141.

4 Finlayson, James, Ancient Egyptian Medicine, The British Medical Journal, Y. 1893, C. 1, S. 1684, s. 748.

5 Sert, s. 49.

6 Mariner, Wendy, K., Informed Consent In The Post-Modern Era, Law & Social Inquiry, Y. 1998, C. 13, S. 2, s. 388, Sert, s. 49.

7 Nuremberg Code Establishes the Principle of Informed Consent Medicine, Health, and Bioethics: Essential Primary Sources, <https://www.encyclopedia.com>, T.20.03.2023.

8 Mariner, s. 388; Veatch, Robert M. Abandoning Informed Consent, The Hastings Center Report, Y. 1995, C. 25, S. 2, s. 5.

Çin tıbbında, insan vücudunun çevresel faktörlerden etkilenen, doğal bir yapı olduğu kabul edilmekteydi⁹. Büyük medeniyetlerdeki tıbbi gelişmeler, zaman içerisinde diğer ülkeleri de etkisi altına almıştır. Antik Çin’de yaşanan tıbbi gelişmeler hem Japonya hem de Kore’de etkisini göstermiştir¹⁰. Antik Mısır’daki tıbbi gelişmelerin ise antik Yunanlar tarafından araştırıldığı görülmektedir¹¹. Antik çağlarda medeniyetler arasındaki etkileşimin günümüzdekinin aksine ancak savaşlar ve ticari ilişkiler üzerinden ilerlediği düşünüldüğünde, büyük medeniyetlerdeki bilgi birikimin ancak belli bir bölgede yayıldığı görülmektedir.

Aydınlatılmış onamın tarihinin, tıp etiğinin gelişimiyle doğrudan bağlı olduğu söylenebilir. 20. yüzyıla kadar hasta ve hekim arasındaki ilişki, Hipokrat’ın “yardım et veya en azından zarar verme” ilkesine dayanmaktaydı¹². Bununla birlikte 18. yüzyılda Benjamin Rush, ilk kez hastaların bilgilendirilmesi gerektiğini ileri sürmekle birlikte sonuç ne olursa olsun hastanın hekimin talimatlarına uyması gerektiğini savunmaktadır¹³. 19. yüzyılda ise insanlar ve hayvanlar üzerinde yapılan deneyler, tıp biliminin gelişimi açısından özel önem arz etmeye başladı¹⁴. 20. yüzyılda ise yeni ilaçlar, aşular ve ameliyat yöntemleri insanlar üzerinde denenmeye başladı¹⁵. İnsanlar ve hayvanlar üzerindeki deneylerin öneminin tıp etiğinin henüz tam gelişme göstermediği 20. yüzyılda anlaşılmasının, insanlık açısından çok üzücü hadiselerin yaşanmasına neden olduğu

9 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 144.

10 Trambaiolo, Daniel, Native and Foreign in Tokugawa, *The Journal of Japanese Studies*, Y. 2013, C. 39, S. 2, s. 299.

11 Finlayson, s. 748.

12 Mariner, s. 389.

13 Mariner, s. 389.

14 Baader, Gerhard/Lederer, Susan E., /Low, Morris/Schmaltz, Florian/V. Schwerin, Alexander, “Pathways to Human Experimentation, 1933-1945: Germany, Japan, and the United States, *Osiris*, Y. 2005, C. 20, S. 2, s, 205.

15 Baader/Lederer/Low/Schmaltz/V. Schwerin, s. 205; Weindling, Paul, *Bulletin of the History of Medicine* Y.2001, C. 75, S. 1, s. 38.

söylenbilir. Almanya'daki süreç incelendiğinde, denek olarak hayvanlardan insanlara geçişin kademeli olduğu görülmektedir¹⁶. Örneğin 1930 yılında Almanya'da, kendisine verem mikroplu aşı vurulan 256 çocuktan 77'si hayatını kaybetmiştir¹⁷. Bu sürecin sonunda ise Nazi Almanya'sı döneminde özellikle yabancılara yönelik sayısız insanlık suçu işlenmiştir.

İkinci Dünya Savaşının, modern dünyadaki hukuk sistemi üzerinde birçok etkisi bulunmaktadır¹⁸. Aydınlatılmış onama ilişkin modern anlamda ilk çalışmalar İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme dayanmaktadır¹⁹. İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde düzenlenen Nürnberg Şartları, hukuki anlamda önemli bir kilometre taşıdır²⁰. Özellikle tıbbi müdahale öncesinde onam alınmasının gerekliliği, Nürnberg Şartları ile önem kazanmıştır²¹. İki büyük dünya savaşının yaşandığı dönemde birçok insanlık suçu işlenmekteydi. Örneğin Birinci Dünya Savaşı sırasında Almanlar, zehirli gaz saldırılarını hayvanlar ve insanlar üzerinde denemişlerdir²². Naziler, İkinci Dünya Savaşı sırasında, insanlık suçu işlemiştir²³. Uluslararası kamuoyu, Auschwitz kampında insanlık dışı deneylere tabi tutulan insanları, ancak 4 Mayıs 1945 tarihinde fark edebilmiştir²⁴. Savaşın toplam altı yıl sürdüğü düşünüldüğünde, dünya tarihini değiştirecek insanlık suçlarının uzun süre fark edilmediği görülecektir. Bu durumun temel nedeni ise Nazi Almanya'sı değil müttefik devletlerin de tıbbi araştırmaları, savaş suçu kabul etmek yerine stratejik

16 Baader/Lederer/Low/Schmaltz/V. Schwerin, s. 207-208.

17 Weindling, s. 41.

18 Şahin, Mehmet, Nürnberg Mahkemeleri Üzerine Bir İnceleme, Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Y. 2010, C. 2, S. 1, s. 49.

19 Weindling, s. 37.

20 Baader/Lederer/Low/Schmaltz/V. Schwerin, s. 215; Şahin, s. 49.

21 Veatch, s. 6.

22 Baader/Lederer/Low/Schmaltz/V. Schwerin, s. 212.

23 Şahin, s. 51.

24 Weindling, s. 43.

öneme sahip bir husus olarak görmesidir²⁵. Diğer bir deyişle, etik değerler, dünyanın geri kalanında da oldukça geri plandaydı. 1945 kasımına gelindiğinde ise Amerika'daki askeri ve hukuki yetkililer, tıbbi savaş suçlarını önemsemeye başlamıştır²⁶. Nürnberg Şartlarının kabul edilmesi ise uzun uğraşlar sonucunda, ancak 1947'de mümkün olmuştur²⁷. İkinci Dünya Savaşı'nın doğu cephesinde de batı cephesindeki benzer üzücü olaylar yaşanmıştır. 1933'te İmparatorluk Japonyası, Mançurya'yı işgal ettikten sonra, anılan bölgede hayvanları ve tarım bitkileri yok etmek amacıyla biyolojik silah araştırmalarına başlamıştır²⁸. İlerleyen dönemlerde, Mançurya, kimyasal silahların deney merkezi haline gelmiştir²⁹. Nazi Almanyası ve İmparatorluk Japonyası'nın, İkinci Dünya Savaşı sırasında yaptıkları deneyler nedeniyle meydana gelen toplu ölümler, insan hakları hususunda birçok tartışmanın temelini oluşturmaktadır. İkinci Dünya Savaşı ve sonrası dönemde insanlık suçu sayılabilecek deneyleri sadece Mihver Devletleri yapmamıştır. 1978 yılında yayımlanan Belmont Raporu, ABD'de 1970'li yıllara kadar, Nazi Almanyası'nda yapılanlara benzer deneylerin yapıldığını ortaya koymuştur³⁰.

Nazilerin işledikleri savaş suçları nedeniyle yargılanmaları, Nürnberg Mahkemeleri tarafından yerine getirilmiştir³¹. Mahkeme tarafından Auschwitz kamplarında görev yapan yirmi üç hekimin yargılamasında, birçok farklı gruptan insanın bilimsel olarak gerçek bir değerinin olup olmadığının bilinmemesine rağmen acımasızca

25 Weindling, s. 43.

26 Weindling, s. 44.

27 Weindling, s. 70.

28 Baader/Lederer/Low/Schmaltz/V. Schwerin, s. 220.

29 Baader/Lederer/Low/Schmaltz/V. Schwerin, s. 221.

30 Nühket, Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 36.

31 Şahin, s. 51.

deneylere tabi tutulduğuna karar verilmiştir³². Bu noktadan itibaren, artık her hekimin eskiden olduğu gibi faydalı olma amacı gütmeyeceği, kötü niyetli hekimlerinde olabileceği ortaya çıkmıştır³³. Ayrıca aydınlatılmış onam, insanların bilimsel araştırmalara aktif ve gönüllü şekilde katılmalarını sağlayan araç olmuştur.³⁴ Tarihsel olarak bakıldığında, çalışmamızda da değineceğimiz tıbbi araştırmalar ve deneysel tedavilerin, bugün bildiğimiz anlamdaki aydınlatılmış onamın oluşmasını sağladığı gözlemlenmektedir. Yaşanan katliamların boyutu düşünüldüğünde, acımasız deneylere karşı insanlığın korunması gerektiği açıktır. Aydınlatılmış onama bu açıdan bakıldığında, aydınlatılmış onamın insanlığın tarihsel bir ayıbı tekrar yaşamaması için getirilmiş bir bariyer olduğu düşüncesindeyiz. İnsanlar üzerindeki deneylerin, her ne kadar etik olmasalar da göz ardı edilemeyecek faydalarının olduğu da açıktır. Bu durum diledikleri takdirde etik değerleri menfaatleri için göz ardı edebilecek devletlerin, Nazilerin yaptığına benzer katliamlar yapmasına yol açabilir. Bu anlamda aydınlatılmış onamın ruhuna uygun davranmak, sadece ülkemizin değil aynı zamanda tüm dünyanın sorumluluğundadır. Nürnberg yargılamalarına ilişkin olarak 1947’de düzenlenen Nürnberg şartları ise deneylerin etik yönüne ilişkin bir rehber niteliğindedir³⁵. Nürnberg şartları, ilerleyen dönemlerde daha rafine bir hale getirilerek, hastalara ve deneklere yönelik kanuni bir koruma sunmaya başlamıştır³⁶.

32 Nuremberg Code Establishes the Principle of Informed Consent Medicine, Health, and Bioethics: Essential Primary Sources, <https://www.encyclopedia.com>, T.20.03.2023.

33 Sert, s. 52.

34 Nuremberg Code Establishes the Principle of Informed Consent Medicine, Health, and Bioethics: Essential Primary Sources, <https://www.encyclopedia.com>, T.20.03.2023.

35 Weindling, s. 38.

36 Weindling, s. 38.

Ülkemizde ise aydınlatılmış onamın öneminin vurgulandığı ilk karar, 1977 tarihli Yüksek Mahkeme kararıdır³⁷. Kararda hastanın onamının alınmasının yeterli olmadığı, alınan onamın müdahalenin risklerini de içerir bir aydınlatmaya dayanması gerektiği vurgulanmaktadır³⁸. Bu durumda ülkemizde aydınlatılmış onamının öneminin kavranmasında, tıbbi müdahalenin komplikasyonlarının etkili olduğu söylenebilir.

§ 2. Hekim ve Hasta Arasındaki İlişki

I. Hekim ve Hasta İlişkisi

A. Genel Olarak Hekim ve Hasta İlişkisi

Hasta ve hekim arasındaki ilişki hem özel hukuka hem de kamu hukukuna dayanabilmektedir. Ancak taraflar arasındaki ilişkinin niteliği ne olursa olsun, hekimin hastaya uygulayacağı tıbbi müdahalede ve müdahale sırasında önem vermesi gereken hususlarda herhangi bir farklılık olmayacaktır. Hem kamu hastanelerinde hem özel hastanelerde hem de özel muayenehanelerde hekim, tıbbi standartlara uygun bir şekilde tıbbi müdahale de bulunmakla yükümlüdür. Diğer bir deyişle tarafların üzerine düşen yükümlülükleri, aradaki ilişkinin niteliği fark etmeksizin yerine getirmekle yükümlü oldukları söylenebilir.

37 Subaşı, İlhan, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü/ Aydınlatılmış Onam/ Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2016, s. 24; Yargıtay, 4. H.D. E.1976/6297, K.1977/2541, T. 07.03.1997. (www.lexpera.com.tr)

38 “Hastanın rızasının bulunması koşuluna gelince;

Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbî adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanunu’nda da mayusiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar - age-127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira, tuşe rektumdan yapılmıştır.”

Hasta ve hekim arasındaki ilişki, hekimin hastaya kıyasla daha avantajlı konumda olması nedeniyle kimi endişeler barındırmaktadır. Zira hekimin bilgi düzeyi karşısında, hastanın çaresiz konumda bulunduğu söylenebilir³⁹. Hatta hasta hekim olsa dahi kendi uzmanlık alanının dışındaki bir hususta yine zayıf konumda kalabilir⁴⁰. İşte bu endişe, hasta haklarının gelişiminde temel rol oynamaktadır⁴¹. Çalışmamız açısından değerlendirmek gerekirse, öğretiyeye hâkim olan bu endişe, hastanın tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılması ve ardından aydınlatmaya uygun olarak onam alınmasının zorunlu kılınmasının temel nedenlerinden biridir. Zira bilgi düzeyi düşük olan hatta hiç olmayan hastanın, teşhis ve tedavi sürecinde neyle karşılaşacağını öğrenmesi, hastanın hekimin bilgi düzeyi karşısında tamamen çaresiz bir konumda kalmasının da önüne geçecektir. Bununla birlikte teşhis ve tedavi sürecinin temel yapı taşının hasta ve hekim arasındaki güven ilişkisi olduğu unutulmamalıdır. Hastanın bilgisizliği her ne kadar endişe verici olsa da hekimin hastanın menfaatini arzuladığı da açıktır. Zira ileride değinileceği üzere, hekimin özen işçylükümlülüğü gereğince daima hastanın sağlığını koruyacak şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, her ne kadar hastanın bilgisizliği söz konusu olsa da her durumda hekimin hastanın menfaatine aykırı olarak hareket edeceğinin kabulü, tarafların arasındaki ilişkiye zarar verecek bir önyargıdır. Bu durumda hayatın olağan akışında, hekimin hastanın menfaatine edeceği ancak istisnai durumlarda hekimin bu yükümlülüklerini ihlal edeceği kabul edilmelidir. Böylece hasta ve hekim arasındaki güven ilişkisinin de korunacağı düşüncesindeyiz.

39 Özlü, Tevfik, Hasta-Hekim İlişkisi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, Ankara, 2008, s.66.

40 Özlü, s. 66.

41 Özlü, s. 66.

B. Hekim ve Hasta Arasındaki İş Birliği Modelleri

a. Paternalist Yaklaşım

Paternalist model, hastanın tedavi sürecinde tamamiyle hekimin otoritesinin altında pasif bir şekilde bulunduğu ve hekimin talimatlarına uymakla yükümlü olduğu yaklaşım biçimidir⁴². Paternalist yaklaşım, hasta ve hekim ilişkisinde ortaya ilk çıkan yaklaşım biçimidir⁴³. Paternalist yaklaşımın dayanağı Hipokrat yeminidir⁴⁴. Paternalist yaklaşımda hastanın hekime sınırsız bir güveni vardır⁴⁵. Tedavinin seyrini belirleme yetkisi hekim belirler ve hastanın bu belirlemeye rıza gösterdiği varsayılır⁴⁶. Bu yaklaşımda aydınlatılmış onam herhangi bir varlık gösteremeyecektir⁴⁷. Zira hastanın herhangi bir seçim hakkının bulunmadığı, yetkinin tamamen hekime ait olduğu bir tedavide aydınlatmanın ve onamın hiçbir önemi olmayacaktır. Bu yaklaşımda hekim konuyu en detaylı şekilde bildiği ve tedaviyi en uygun şekilde seçtiği kabul edilmektedir⁴⁸. Günümüzde hasta ve hekim ilişkisinde paternalist anlayışı kabul görmemektedir⁴⁹.

Kanaatimizce paternalist model, hastanın hekime çok yoğun bir şekilde güven duyduğu durumlarda ortaya çıkacaktır. Burada hastanın iradesinin herhangi bir önemi olmayacaktır. Hekim daha önce defalarca benzer problemlerle karşılaştığından, hastaya göre çok daha sağlıklı kararlar alabilecektir. Hastanın iradesinin bir önemi kalmadığından da paternalist modelde aydınlatılmış onam alınıp alınmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Günümüzdeki tedavi anlayışı ise paternalist modelin aksine hastanın

42 Karataş, Ebru, Hekimin Mesleki Özerkliği, Ankara, 2022, s. 23.

43 Aba Harmancı, Fatma, Defansif Tıp, Defansif Tıp Uygulamalarında Bilirkişinin Rolü, Ankara, 2020, s. 91.

44 Subaşı, s. 20.

45 Aba Harmancı, s. 92.

46 Aba Harmancı, s. 92.

47 Karataş, s. 23; Subaşı, s. 20.

48 Tacir, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, 2011, s. 154.

49 Karataş, s. 23.

iradesine önem verecek şekilde geliştiğinden, istisnai durumlar haricinde paternalist modelin hayata geçirilmesi oldukça zordur.

b. İş Birliği Yaklaşımı

İş birliği yaklaşımında hekim hastayı detaylı bir şekilde bilgilendirmeli, hasta ise hekimin talimatları kapsamında tedavi sürecinde uyum göstermelidir⁵⁰. Hasta ve hekim arasında bir iş birliği kurularak tedavinin gerçekleştirilmesi anlayışı günümüzde gittikçe yaygınlaşmaktadır⁵¹. Bu anlamda hasta ve hekim arasında iş birliği kurulmasında aydınlatmanın ve karşılıklı güven ilişkisinin oldukça önemli olduğu söylenebilir. Burada hem hastanın iradesi hem de hekimin özerkliği önem arz etmektedir⁵². Hekim, özerklik ilkesi gereğince hiçbir baskı altında kalmadan, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket etmelidir⁵³. Ancak bu serbestinin sınırsız olmadığı da açıktır. İşte bu noktada hastanın iradesi ve hekimin özerkliği arasında bir denge kurulmalıdır. Hastanın iradesine önem verilmesi sebebiyle aydınlatılmış onamın bu yaklaşımda önem arz ettiği söylenebilir.

c. Danışman Hekim Yaklaşımı

Danışman hekim yaklaşımında paternalist anlayışından farklı olarak hekim tamamen pasif bir role bürünmektedir⁵⁴. Bu yaklaşımda hekimin tedaviye ilişkin özerkliği ortadan kalkmakta ve hekim hastanın talimatlarına uygun hareket etmektedir⁵⁵. Bu yaklaşımın defansif tıp uygulamalarına yakın bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Defansif tıp uygulamalarında hekim önce kendini korumaktadır⁵⁶. Hekim burada kendini cezai ve

50 Aba Harmancı, s. 93.

51 Karataş, s. 25.

52 Aba Harmancı, s. 93; Karataş, s. 24.

53 Sert, s. 69.

54 Karataş, s. 23.

55 Karataş, s. 23.

56 Barloğlu, Hüseyin Cem, Defansif Tıp, Hekimlerin Ortak Uzmanlık Alanı: Defansif Tıp, Ankara, 2020, s. 13.

idari sorumluluktan korumaktadır⁵⁷. Hekim hastaya uygulanacak tedaviye ilişkin seçenekleri sunmaktadır. Hasta dilediği tedavi yöntemini seçer ve ardından tedaviye başlanır. Danışman hekim yaklaşımının eleştirilen yönü, tıp bilimine yabancı olan hastanın hiç bilmediği tedavi yöntemlerinden birini seçmek zorunda kalmasıdır⁵⁸. Danışman hekim yaklaşımı aydınlatılmış onam açısından değerlendirildiğinde ise tedavinin tamamen hastanın iradesine dayanması sebebiyle aydınlatılmış onamın önemi oldukça yüksektir. Zira hastanın onamı tedavinin seyrini tayin edecektir. Ancak tedavinin seyrinin, tıp bilimine tamamen yabancı olan hasta tarafından doğrudan belirlenecek olması da hastanın menfaatinin korunması açısından riskler içermektedir. Bu anlamda danışman hekim yaklaşımının sert bir şekilde uygulanmasının, hastanın menfaatlerini zarar verebileceği kanaatindeyiz.

C. Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahalenin tanımı Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/g. maddesinde; *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi”* şeklinde tanımlanmaktadır. Mevzuatımızda tıbbi müdahale genelde tanımlanmamakla birlikte, terim olarak kullanılmaktadır⁵⁹. Tıbbi müdahale için öğretilerde birçok tanım yapılmaktadır. Tanımların genelinde ruh hastalıklarına ilişkin tedavilerde tıbbi müdahalenin kapsamında tutulmaktadır⁶⁰. Öğretilerdeki bir tanımda tıbbi müdahale, yetkili sağlık personeli tarafından sağlığı koruma, hastalığın teşhisi, tedavisi ve önlenmesi için tıp bilimine uygun olarak gerçekleştirilen

57 Barloğlu, s. 15.

58 Karataş, s. 23.

59 Badur, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, 1. baskı, Ankara, 2017, s. 21.

60 Badur, s. 27.

müdahaleler bütünüdür⁶¹. Öğretideki diğer bir tanımda ise kısaca hekimin hastasının iyileşmesi amacıyla sergilediği tüm çabanın hukuken tıbbi müdahale olarak nitelendirileceği ifade edilmektedir⁶². Öğretide tıbbi müdahalenin geniş tanımı ise; *“kişilerin fiziksel veya psikolojik her hastalığını, noksanlığını, teşhis ve tedavi etmek, tedavinin mümkün olmadığı durumlarda hastalığı hafifletmek ya da çekilen acıyı azaltmak, nüfus planlaması faaliyetleri gerçekleştirmek için hekimlik yapmaya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul gören kurallarına uyulmak suretiyle yapılan, en basitinden en kompleksine her çeşit teşhis ve tedavi uygulaması”* şeklindedir⁶³.

Klasik tıbbi müdahale uygulamalarının dışında son yıllarda farklı tıbbi müdahale tipleri de ortaya çıkmaktadır. Bunların arasından özellikle estetik amaçlı tıbbi müdahaleler göze çarpmaktadır. Öğretide estetik tıbbi müdahaleler; kişilerin bedeni üzerinde, kaza, hastalık, yaralanma ya da kendiliğinden meydana gelen ve dış görünüşü kötü yönde etkileyen bozulmaların, psikolojik ya da bedensel rahatsızlıkların giderilmesi amacıyla ortadan kaldırılması ya da herhangi bir endikasyon olmadan kişilerin güzelleşme isteğinin karşılanmasına yönelik müdahaleler olarak tanımlanmaktadır⁶⁴. Tanımdan da anlaşılacağı üzere estetik müdahaleler bedensel ya da psikolojik bir endikasyon sonucu icra edilebilecekleri gibi sadece güzelleşme arzusunun giderilmesi içinde yapılabilirler. İleri de değineceğimiz üzere estetik müdahaleler, diğer tıbbi müdahalelerden aydınlatılmış onam açısından ayrılmaktadır.

61 Aktaş İncel, Hatice Nur, Tıbbi Mal Praktiste Sorumluluk ve Komplikasyon, Ankara, 2022, s. 21.

62 Yılmaz, Battal, Yargıtay Uygulamasında Dış Hekiminin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2021, s. 17.

63 Yılmaz, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 4. baskı, Ankara, 2020, s. 17; Çakmut, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003, s. 24; Özcanoğlu Görkey, Ayşe Betül, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu, 2022, s. 17.

64 B. Yılmaz, Dış Hekimi, s. 17.

D. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi

a. Sözleşmenin Tarafları

1. Hasta

Hasta kavramı, sözlükte; “*Hastalık, kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimse*” şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁵. HHY m. 4/b’de “Hasta: Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse,” şeklinde tanımlanmaktadır. Öğretide hasta, sağlıklı bir halde bulunmayan kimse olarak da tanımlanmaktadır⁶⁶. Bu tanım hasta kavramını oldukça genişletmektedir. DEMİR’e göre hasta kavramı, hastalık kavramıyla birlikte değerlendirilmelidir⁶⁷. Hasta kişi, hekimlik sözleşmesinin ana süjesidir⁶⁸. Tedaviyi kural olarak hasta istemelidir ancak hastanın bilincinin kapalı olması ya da tam ehliyetsiz olması durumunda hastanın kanuni temsilcisi de tedaviyi talep edebilecektir⁶⁹. Tedavinin çok acil olması durumunda, hastanın kanuni temsilcisine de ulaşılamıyorsa talep olmasa dahi tedaviye başlanabilmesi mümkündür.

Teşhis ve tedavi sürecindeki sözleşmenin taraflarından birisi de kendisine tedavi uygulanacak olan hastadır. Ancak TMK m. 16/1 uyarınca ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ve kısıtlıların, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça borç altına girebilmeleri mümkün değildir. ÖZDEMİR’e göre tedaviyi kanuni temsilcinin talep etmesi durumunda hekimlik sözleşmesi üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğine kavuşacaktır⁷⁰.

⁶⁵ <https://sozluk.tdk.gov.tr/>, erişim tarihi, 23/08/2023.

⁶⁶ Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 78.

⁶⁷ Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 77.

⁶⁸ Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 78.

⁶⁹ Özdemir, Hayrunnisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, (Tıbbi Sorumluluk). Ankara, 2017, s. 69.

⁷⁰ Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 70.

2. Hekim

Hekim kavramı sözlükte "*İnsanlardaki hastalıkları teşhis ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimse*" şeklinde tanımlanmaktadır⁷¹. Hekim tıbbi müdahalenin aktif tarafında rol oynayan asli bir süjedir⁷². Başka bir ifadeyle hekim, tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlü ve yetkili olan taraftır⁷³. Bu yetki münhasıran hekimlere bırakılmaktadır⁷⁴. Hekimlik, tarihsel olarak ise en eski mesleklerden biridir⁷⁵. Bu anlamda hekimlik mesleğine ilişkin özellikle etik kuralların geçmişten gelen bir bilgi birikiminin sonucu olduğu söylenebilir.

Ülkemizde hekimlik mesleğini icra etmek belli şartlara bağlanmaktadır. Tıp fakültesi diplomasına sahip olmak, ülkemizde hekimlik yapabilmenin ilk şartı olarak, 1219 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirlenmektedir. Anılan kanun, tıbbi müdahalede bulunma yetkisini, münhasıran hekime bırakmaktadır. Belli bir özellik arz eden müdahaleler ise sadece alanında uzman hekimler tarafından icra edilebilmektedir⁷⁶. Aynı zamanda tıp fakültesi diplomasının Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanması ve tescil edilmesi de gerekmektedir⁷⁷. Hekimlik yapabilmenin diğer bir şartı da mesleğe engel bir halin bulunmamasıdır⁷⁸. Hekimliğe engel durumlar 1219 sayılı Kanun'un 28. maddesinde düzenlenmektedir⁷⁹.

⁷¹ <https://sozluk.tdk.gov.tr/>, erişim tarihi, 23.08.2023.

⁷² Özcanoglu Görkey, s. 29.

⁷³ Gökcan, Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 4. baskı, Ankara, 2022, s. 153; Özdemir, *Tıbbi Sorumluluk*, s. 153.

⁷⁴ Gökcan, s. 153; Er, Ahmet/Topaç, Ömür/Kaygusuz, Serap, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Cezai ve İdari Sorumluluk*, 1. baskı, Ankara, 2021s. 41.

⁷⁵ Demir, *Tıbbi Sorumluluk*, s. 141.

⁷⁶ Gökcan, s. 153.

⁷⁷ Özdemir, *Tıbbi Sorumluluk*, s. 43.

⁷⁸ Özdemir, *Tıbbi Sorumluluk*, s. 48.

⁷⁹ **Madde-28**

Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine

Serbest çalışan hekimlere yönelik olarak özel bir şart düzenlenmektedir. 1219 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, serbest olarak çalışmak isteyen hekimlerin, meslek odasına kayıt yaptırma zorunluluğu düzenlenmektedir⁸⁰.

Tıp fakültesinden mezun olan hekimlerin dışındaki diğer meslek mensupları ise, diş hekimleridir. Diş hekimleri, ağız ve diş sağlığı bakımından tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisiyle donatılan meslek mensuplarıdır⁸¹. Diş hekimleri 1219 sayılı Kanun'un 29. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan düzenlemenin 1. fıkrasında, diş hekimlerinin uygulayabilecekleri tıbbi müdahalenin kapsamı düzenlenmektedir⁸². Anılan düzenlemenin 2. fıkrasında ise diş hekimlerinin uzman olabilmesi için diş hekimliği fakültelerinden veya Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim kurumlarından uzmanlık belgesi alması gerektiği düzenlenmektedir. Diş hekimlerinin uzman olabilmesi için 1219 sayılı Kanun'un Ek-14. maddesine uyarınca dışta uzmanlık sınavına girip başarılı olmaları gerekmektedir. Anılan düzenlemede, diş hekimlerinin uzmanlık alanları ve uzman diş hekimlerinin görev alanları da belirlenmektedir. Diş hekimlerinin uzmanlaşması,

karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir.

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

..."

80 "Madde-7

Münhasıran veya kısmen Türk memur ve müstahdem kullanılan müessesatı umumiye ve hususiye ile Türk hastaları da tedavi eden herhangi bir müessesesi hayriye ve sıhhiyede istihdam edilecek tabiplerin birinci ve ikinci maddelerde gösterilen vasıfları haiz olması şarttır. Yetmiş yedinci maddede zikredilen ecnebi tabipler bu hükümden müstesnadır."

81 Gökcan, s. 154.

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

uzmanlığı gerektiren tıbbi müdahalelerin, uzman diş hekimleri tarafından uygulanması bakımından önem arz etmektedir⁸³. Uzman olmayan bir diş hekiminin, uzmanlık gerektiren bir müdahalede bulunması halinde de hekimin özen yükümlülüğünün ihlali gündeme gelecektir⁸⁴.

3. Hastane

Hastanenin TDK'deki sözlük anlamı; *"Hastalara yatarak veya ayakta tanı, tedavi ve bakım hizmetlerinin hekim, hemşire ve diğer sağlık çalışanları tarafından verildiği sağlık kuruluşu"* şeklindedir⁸⁵. Hastaneleri, özel ve kamu hastaneleri olmak üzere iki başlık altında incelemek gerekmektedir. Zira tıbbi müdahalenin hangi hastanede yapıldığı, hukuki sonuçları bakımından önemli farklılıklara yol açmaktadır.

Özel hastaneler, Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesinde; *"Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları "hususi hastaneler" den sayılır."* şeklinde tanımlanmaktadır. Özel hastanelerdeki tıbbi müdahalelere ilişkin olarak yapılan sözleşmeye öğretide hasta kabul sözleşmesi denilmektedir⁸⁶. Hasta kabul sözleşmesi, nitelik olarak karma sözleşme kabul edilmektedir⁸⁷. Bu sözleşme tipinde asli edim borcu,

83 B. Yılmaz, Diş Hekimi, s.27.

84 B. Yılmaz, Diş Hekimi, s. 27.

85 <https://sozluk.gov.tr/>

86 Değdaş, Ulaş Can, Hatalı Tıbbi Uygulamadan Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C.1, S.6, s. 47.

87 Aktaş İncel, s. 112.

hastanın yataklı tedavisidir⁸⁸. Yine öğretiye göre hasta kabul sözleşmesinin, vekalet sözleşmesinin hükümlerine tabi tutulması gerekmektedir⁸⁹.

Özel hastanede görev yapan hekimlerin hukuki sorumluluğu da yardımcı kişinin sorumluluğu olacaktır⁹⁰. Özel hastanede çalışan hekimlerin, hastaneyle aralarındaki ilişkinin ise hizmet sözleşmesi olduğu ileri sürülmektedir⁹¹.

Kamu hastaneleri, kişilere sağlık hizmeti sunulması amacıyla, bizzat idare tarafından kurulan ve işletilen sağlık kuruluşlarıdır⁹². Kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahaleler ise özel hukuk anlamında sözleşme ilişkisi içermemektedir⁹³. Diğer bir deyişle, taraflar arasında kamu hukuku ilişkisi mevcuttur⁹⁴. Kamu hastanelerinde yapılan müdahaleye ilişkin uyuşmazlıklar, idare hukuku kuralları kapsamında, idare mahkemelerinde çözülecektir⁹⁵. Hatalı tıbbi uygulamalar, nedeniyle doğan tazminat davaları ise hizmet kusuru kapsamında değerlendirilecektir⁹⁶.

4. Hasta Yakını

Hasta yakınlarının, teşhis ve tedavi sözleşmesine taraf olma durumu, genelde küçüklere ilişkin teşhis ve tedavi sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır⁹⁷. Üçüncü kişi yararına sözleşmede, borç ilişkisinin tarafı olmayan ancak sözleşme konusu edim

88 Özçetin, Selvi/Balaban, Murat, Sağlık Hukuku, 2. baskı, Ankara, 2015, s. 230.

89 Değdaş, s. 47.

90 Aktaş İncel, s. 113; Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku Özel Hükümler Cilt-II, 25. baskı, Ankara, 2022., s. 1060 .

91 Aktaş İncel, s. 112.

92 Özçetin/Balaban, s. 245.

93 Değdaş, s. 48.

94 Hakeri, Cilt-II, s. 1064.

95 Değdaş, s. 48; Gülel, İlhan Tıbbi Müdahaleye Rıza, 1. Baskı, Ankara, 2018, s. 39.

96 Hakeri, Cilt-II, s. 1064.

97 Şenocak, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2001 C.50, S. 4, s. 70.

borcunun üçüncü kişinin menfaatine olması söz konusudur⁹⁸. Sözleşmenin geçerliliği için üçüncü kişinin fiil ehliyetine sahip olması dahi gerekmemektedir⁹⁹. Bu anlamda örneğin özel bir hastaneye getirilen yeni doğanın tedavisi için hastane ve bebeğin ebeveynleri arasında bir sözleşme ilişkisi kurulabilir.

Hasta yakınlarının kim olduğu hem sözleşme ilişkisinde hem de aydınlatma yükümlülüğünün icrası sırasında önem arz etmektedir. Hastanın yakınlarının kim olduğuna ilişkin olarak mevzuat hükümleri irdelendiğinde, 2238 sayılı Kanun'un 14. maddesinde, vericinin önceden açıklanmış bir onamı bulunmuyorsa, sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle, vericiden organ ve doku alınabileceği düzenlenmektedir. Bu anlamda, hasta yakınının kim olduğu değerlendirmesi yapılırken hısımlık ilişkisinin önem arz ettiği söylenebilir. Öğretide hısımlık, gerçek kişiler arasında hukuki sonuçlar doğuran yakınlık şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰⁰. Hısımlık TMK'de ise kan ve kayın hısımlığı olmak üzere türe ayrılmaktadır¹⁰¹. Kan hısımlığı, doğumla birlikte kazanılan, bir soya aidiyeti belirten hısımlık türüdür¹⁰². Örneğin anne ve baba ile çocuklar arasındaki hısımlık türü kan hısımlığıdır. Kan hısımlığı altsoy, üstsoy ve yansoy olmak üzere iki türdür¹⁰³.

98 Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 18. baskı, Ankara, 2015, s. 1142.

99 Eren, Genel hükümler, s. 1142.

100 Kayıhan, Şaban, Kişiler Hukuku, 1. baskı, Ankara, 2022, s. 57; Keskin, Dilşah/Erdoğan, İhsan, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), 2. baskı, Ankara, 2019, s. 258.

101 "**Kan Hısımlığı- Madde 17**

Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur.

Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır.

Kayın Hısımlığı Madde 18

Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur.

Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz."

102 Kayıhan, s. 57; Keskin/Erdoğan, s. 259.

103 Keskin/Erdoğan, s. 259.

Kayın hısımlığı ise evlenmeyle birlikte ortaya çıkan hısımlık türüdür¹⁰⁴. Burada evlenen kişi, eşinin kan hısımlarıyla kayın hısımları olur¹⁰⁵. Ancak eşler arasındaki bağ kayın hısımlığı değildir¹⁰⁶. Ayrıca eşlerin kan hısımları arasında kayın hısımlığı oluşmamaktadır¹⁰⁷. Kayın hısımlığının kurulması için evlenme yeterlidir, ayrıca bir işlem yapılmasına gerek bulunmamaktadır¹⁰⁸.

TMK'de düzenlenen üçüncü hısımlık türü ise evlat edinme yoluyla hısımlıktır. Örneğin dünürlükler arasında herhangi bir akrabalık ilişkisi bulunmamaktadır. TMK m. 305 ile 320 arasında evlat edinme müessesesi düzenlenmektedir. Evlat edinme, öğretene yapay hısımlık olarak da adlandırılmaktadır¹⁰⁹. Evlat edinme, olası vahim sonuçların önüne geçilmesi amacıyla, oldukça sıkı şartlara bağlanmaktadır¹¹⁰. Öğretide evlat edinilenin, hastanın diğer hısımlarına kıyasla hastaya daha uzak bir konumda olduğu ileri sürülmektedir¹¹¹.

Hasta yakını sayılmak için, hastayla hısımlık ilişkisi bulunması şart değildir¹¹². Hastanın kanuni temsilcisi de duruma göre hasta yakını kabul edilebilir. Hısımlık aranmayan bir diğer durum ise ileride değineceğimiz üzere destekten yoksun kalma davalarında ortaya çıkmaktadır. Destek olunan kişi, hasta ile hısımlık olmasa dahi tazminat talep edebilir. Benzer bir durum manevi tazminat davalarında da söz konusu olabilir.

104 Keskin/Erdoğan, s. 259.

105 Keskin/Erdoğan, s. 259.

106 Kayıhan, s. 58.

107 Keskin/Erdoğan, s. 262.

108 Keskin/Erdoğan, s. 262.

109 Kayıhan, s. 59; Keskin/Erdoğan, s. 263.

110 Keskin/Erdoğan, s. 263.

111 Gülel, s. 151.

112 Gülel, s. 151.

Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle çok sevdiği komşusunu kaybeden birinin, manevi zarara uğradığı söylenebilir. Ancak uygulamada hasta yakının sözleşmenin tarafı olması durumu, genelde küçüklerin ve tam ehliyesizlerin tedavisi sırasında ortaya çıkmaktadır. Zira tam ehliyesizlerin tek başlarına borç altına girebilmeleri mümkün olmadığından, teşhis ve tedavi sözleşmesi tam ehliyesizlerin kanuni temsilcileriyle yapılacaktır. Benzer şekilde küçüklere yapılacak olan müdahalelerde, yasal temsilcinin onamı gerekecektir¹¹³.

b. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

1. Hizmet (İş) Sözleşmesi Görüşü

Hizmet sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde; "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlanmaktadır. Hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlemelere TBK dışında da rastlanılmaktadır¹¹⁴. Hizmet sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde "*İş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.*" şeklinde tanımlanmaktadır. Hizmet sözleşmesinde işçi işverene karşı hizmet edimi görür veya hizmet edimi göreceğini vadeder¹¹⁵. Öğretiye göre kavramsal olarak hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır¹¹⁶. Hem TBK'daki hükümler hem de İş Kanunu'ndaki hükümler iş hukuku kapsamında uygulanabilmektedirler¹¹⁷. İş görme edimi temelde insan gücüne dayansa da bedensel ya da fikri bir iş olabilir¹¹⁸. Hizmet sözleşmesi belirli

113 Boran, Bedia, Aydınlatılmış Onam, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, 2007, s. 90.

114 Akıntürk, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, s. 277.

115 Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, 5. baskı, İstanbul, 1997, s. 410.

116 Süzek, Sarper, İş Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, 2017, s. 245.

117 Süzek, s. 245.

118 Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 138.

veya belirsiz süreli olmakla birlikte süreklilik arz etmektedir¹¹⁹. Hizmet sözleşmesi, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmedir¹²⁰. Buna göre işçi belli bir işi yüklenirken, işverenin de işçiye belli bir ücret ödemesi gerekmektedir¹²¹. Öğretiye göre ücret, hizmet sözleşmesinin asli unsurudur¹²². Ücretin mevcut olmadığı durumlarda ise ortada bir vekalet ilişkisinin mevcut olduğu yorumu yapılabilir¹²³.

Hizmet sözleşmesinin en ayırıcı özelliği işçinin işverene olan bağımlılığıdır¹²⁴. Bağımlılık ilişkisi TBK m. 399'da düzenlenmektedir. Buna işçi, işveren tarafından verilen özel talimatlara, iş yerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara ve işveren tarafından işin görülmesine ilişkin yapılan genel düzenlemelere, dürüstlük kuralı çerçevesinde uymakla yükümlü kılınmaktadır¹²⁵. Bağımlılığın ölçüsü yapılan işin niteliğine göre değişmekle birlikte nitelik olarak kişisel veyahut hukuki olabilir¹²⁶. Bağımlılık ilişkisi hizmet sözleşmesinin hem eser hem de vekalet sözleşmesinden ayrılmasında oldukça önemli bir husustur¹²⁷. Zira hem eser sözleşmesinde hem de vekalet sözleşmesinde hizmet sözleşmesindeki kadar yoğun bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır. Hizmet sözleşmesinde verilen emir ve talimatlar, diğer sözleşme tiplerinden ayrılarak sonuca değil sürece yöneliktir¹²⁸. Bağımlılık unsuru özellikle yeni model hizmet sözleşmelerinde zayıflasa da taraflar arasındaki sözleşme nitelik olarak hizmet sözleşmesi vasfını devam ettirecektir¹²⁹.

119 Zevkliler, s. 138; Yavuz, s. 410.

120 Akıntürk, s. 277; Zevkliler, s. 139; Yavu,, s. 410.

121 Akıntürk, s. 277.

122 Yavuz, s. 433; Zevkliler, s. 139.

123 Süzek, s. 242; Yavuz, s. 410.

124 Zevkliler, s. 140.

125 Yavuz, s. 422; Zevkliler, s. 144.

126 Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara, 2020, s. 38; Süzek, s.237.

127 Süzek, s. 241; Zevkliler, s. 140-141.

128 Süzek, s. 238.

129 Süzek, s. 240.

Hizmet sözleşmesinde, işçinin özen gösterme borcu da bulunmaktadır¹³⁰. Özen borcu TBK m. 396'da düzenlenmektedir. Özen borcu gereği işçinin, hizmet görülmesi sırasında ilgili makineleri ve aletleri özenle kullanması gerekmektedir¹³¹. İşçinin özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi ise tazminat sorumluluğu ile sonuçlanacaktır¹³². İşçinin özen borcunun yanında sadakat borcu da bulunmaktadır¹³³. Sadakat ilişkisinde işçinin borcu olumlu ya da olumsuz edim niteliği taşıyabilir¹³⁴. İşçinin sadakat borcu kapsamında işverenin menfaatine aykırı hareketlerden kaçınması gerekmektedir¹³⁵. İşçinin sadakat borcu kapsamında özellikle sır saklamaya yükümlülüğüne dikkat etmesi gerekmektedir¹³⁶.

Hekimlik sözleşmesinin niteliği bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, her ne kadar hizmet sözleşmesi ve hekimlik sözleşmesi arasında benzerlikler bulunsa da öğretilerdeki genel kanaatin, hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi niteliği taşımadığı yönünde olduğu söylenebilir¹³⁷. Öğretilerdeki bu görüşün dayanağı ise hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği sıradaki özerkliği olduğu söylenebilir. Hizmet sözleşmesinin aksine, hekim tedaviyi gerçekleştirirken özerktir ve hastanın talimatlarına bağlı olmaksızın hareket etmektedir ancak çalışmamızda değineceğimiz üzere hastanın iradesinin aksine karar alamamaktadır. Sonuç olarak hizmet sözleşmesinin ayırt edici unsurunun hizmeti gören ve işveren arasındaki bağımlılık unsuru olduğu göz önünde

130 Yavuz, Kitap, s. 424.

131 Zevkliler, s. 143.

132 Yavuz, s. 425.

133 Zevkliler, s. 144.

134 Yavuz, s. 426.

135 Yavuz, s. 426.

136 Zevkliler, s. 144.

137 Özcanoglu Görkey, s. 35;

bulundurulduğunda, hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olmadığı söylenebilir. Buna karşın istisnai olarak aile hekimliği uygulamasının, belli bir hizmetin görülmesine ilişkin olduğundan hizmet sözleşmesi niteliğini taşıdığı savunan bir görüşte yer almaktadır¹³⁸. Ancak öğretilerdeki diğer bir görüşe göre de aile hekimi ile aile arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesinin vasıflarını taşımadığı, herhangi bir bağımlılık ilişkisi ile emir ve talimatların söz konusu olmadığı ileri sürülerek aile ve aile hekimi arasındaki sözleşme ilişkisinin hizmet sözleşmesi olmadığı savunulmaktadır¹³⁹.

2. Kendine Özgü Sözleşme Görüşü

Öğretilerde herhangi bir kanunda düzenlenmeyen sözleşmelere isimsiz sözleşmeler denilmektedir¹⁴⁰. İsimsiz sözleşmelerin dayanağı TBK'da öngörülen sözleşme yapma serbestisidir¹⁴¹. Buna göre taraflar kanundan bir sözleşme tipini seçebilecekleri gibi kendileri de irade serbestliği çerçevesinde diledikleri tipte sözleşme oluşturabileceklerdir¹⁴². İsimsiz sözleşmeler; karma sözleşmeler, birleşik sözleşmeler ve kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olmak üzere üç ana başlığa ayrılmaktadır¹⁴³. Bunlardan karma sözleşmelerde, sözleşmenin unsurları kanunda görülmekle birlikte bu unsurların bir araya getiriliş biçimleri kanunda yer almamaktadır¹⁴⁴. Birleşik sözleşmeler ise birbirinden bağımsız sözleşme tiplerinin, özlerini korumak suretiyle bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulurlar¹⁴⁵. Öğretilerde hekimlik sözleşmesinin nitelik olarak kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden olup olmadığı hususu tartışılmaktadır. Kendine

138 Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 12.

139 Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu (Hekim), Ankara, 1988, s. 21.

140 Yavuz, s. 19.

141 Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. baskı, Ankara, 2015, s. 53.

142 Zevkliler, s. 7.

143 Yavuz, s. 19.

144 Aral/Ayrancı, s. 57.

145 Aral/Ayrancı, s. 60.

özgü yapısı olan sözleşmelerin unsurları kısmen veya tamamen kanunlarda yer almamaktadır¹⁴⁶. Sözleşmelerin yorumlanması tamamlanması ise iyiniyet ilkesi ve teamül kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir¹⁴⁷. Sözleşmelerin yorumlanması sonucunda şayet uygulanacak herhangi bir kural tespit edilemezse bu durum sözleşme boşluğu oluşturmaktadır¹⁴⁸. Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde ise bu tür bir boşluk TMK m. 1/2 uyarınca hâkimin hukuk yaratması yoluyla doldurulur¹⁴⁹. Doldurma esnasında tarafların farazi iradesi de önem arz etmektedir¹⁵⁰. Kendine özgü yapısı bulunan sözleşmelerdeki ihtilafların giderilmesinin bir yolu da kıyas yoluyla kanunlarda yer alan sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanmasıdır¹⁵¹. Bir sözleşmenin adının kanunlarda yer alması, o sözleşmenin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak kabul edilmesine herhangi bir engel oluşturmamaktadır¹⁵².

Öğretideki bir görüşe göre, tedavi sözleşmelerinin niteliğinin kanunda tanımlanan sözleşme tiplerinden herhangi birine uymadığı ileri sürülerek, kendine özgü sözleşme olduğu da savunulmaktadır. DEMİR'e göre tedavi sözleşmesi nitelik olarak isimsiz bir sözleşmedir ancak vekalet yönü ağır basmaktadır¹⁵³. Ancak anılan bu görüş öğretilerde azınlıktadır¹⁵⁴.

146 Aral/Ayrancı, s. 56.

147 Karataş, s.38; Yavuz, s. 24; Zevkliler, s. 8.

148 Aral/Ayrancı, s. 61.

149 Aral/Ayrancı, s. 64; Zevkliler, s. 8.

150 Aral/Ayrancı, s. 64.

151 Yavuz, s. 24.

152 Zevkliler, s. 9.

153 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 123.

154 Karataş, s. 38.

3. Eser Sözleşmesi Görüşü

Eser sözleşmesi, TBK m. 470'te düzenlenmektedir. Kanunda eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Öğretide yalnızca bir eserin meydana getirilmesinin değil, bir eserin değiştirilmesi, bakımı, onarılması ve yok edilmesinin de eser sözleşmesi kapsamında olduğu savunulmaktadır¹⁵⁵. Eser sözleşmesi kapsamındaki bu fiiller, insan vücudu üzerinde gerçekleştirilebilmektedir¹⁵⁶. Eser kavramından anlaşılması gereken bir edim sonucudur yani eser sözleşmeleri sonuç odaklıdır¹⁵⁷. Eser sözleşmesinin konusunu maddi bir eser olabileceği gibi maddi olmayan bir şeyde oluşturabilir¹⁵⁸. Bu anlamda örneğin konser verilmesi ya da tiyatro oyununun sergilenmesi gibi edimlerde eser sözleşmesinin konusu oluşturabilir¹⁵⁹. Bununla birlikte geçici ve maddi olmasa da bağımsız bir hukuki varlık ortaya çıkmayan ve belli bir bütünlük teşkil etmeyen fiiller eser sözleşmesinin konusu olamayacaklardır¹⁶⁰.

Eser sözleşmesi nitelik olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹⁶¹. Taraflardan yüklenici bir eseri yapma borcu altındayken, diğer taraf ise eser karşılığında belli bir bedel ödeme borcu altına girmektedir¹⁶². Ücret borcunun sözleşmede öngörülmesi de ödeneceği savunulmaktadır¹⁶³. Öğretide belli bir eserin meydana getirilmesinin bedelsiz olarak üstlenilmesinin isimsiz sözleşme olarak kabul edilmesi

155 Aral/Ayrancı, s. 359; Zevkliler, s. 151.

156 Aral/Ayrancı, s. 366.

157 Aral/Ayrancı, s. 361; Zevkliler, s. 150.

158 Aral/Ayrancı, s. 361; Yavuz, s. 455.

159 Yavuz, s. 455.

160 Yavuz, s. 455; Zevkliler, s. 151.

161 Ruhi, Ahmet Celal/ Ruhi, Canan, Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, 1. Baskı, Ankara, 2018, s. 22; Yavuz, s. 458.

162 Aral/Ayrancı, s. 366; Ruhi/Ruhi, s. 23.

163 Zevkliler, s. 151.

gerektiği savunulmaktadır¹⁶⁴. Eser sözleşmesinin bir diğer özelliği ise rızai bir sözleşme olmasıdır¹⁶⁵. Bu durumda eser sözleşmesinin kurulmasında herhangi bir şekil şartı aranmadığından tarafların anlaşması eser sözleşmesinin kurulması için yeterli görülmektedir¹⁶⁶. Eser sözleşmesinin bir diğer özelliği de yüklenici bağımsız bir şekilde çalışmasıdır¹⁶⁷.

TBK m. 471'de yüklenicinin sadakat ve özenle ifa borcu düzenlenmektedir. Sadakat borcu yüklenicinin iş sahibinin menfaatine hareket etmesini ifade eder¹⁶⁸. Özen yükümlülüğünde gösterilmesi gereken önem seviyesi ise eski TBK döneminde işçinin göstermek zorunda olduğu özenin seviyesine göre deđerlendirilmekteydi¹⁶⁹. Ancak yeni TBK ile özen yükümlülüğünde gösterilmesi gereken özenin seviyesi basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken özen üzerinden belirlenmektedir¹⁷⁰. Bu değişikliğin en temel nedeni eser sözleşmesinde, hizmet sözleşmesi kadar yoğun bir şekilde bağımlılık ilişkisinin bulunmamasıdır¹⁷¹. Özen borcu kural olarak eserin teslimine kadar devam etmektedir¹⁷². Eser sözleşmesinde yüklenici her ne kadar bağımsız hareket edebilse de işveren tarafından özen borcu tarafından denetlenebilmektedir¹⁷³. Kural olarak yüklenici işi bizzat yapmakla yükümlüdür¹⁷⁴. Ancak işin niteliği gereği işi yapanın kimliği önemli değilse yüklenici işi üçüncü bir kişiye de yaptırabilir¹⁷⁵.

164 Aral/Ayrancı, s. 366.

165 Aral/Ayrancı, s. 366; Ruhi/Ruhi, s. 23.

166 Zevkliler, s. 154.

167 Zevkliler, s. 154.

168 Ruhi/Ruhi, s. 34; Zevkliler, s. 156.

169 Zevkliler, s. 156.

170 Aral/Ayrancı, s. 381.

171 Aral/Ayrancı, s. 381; Yavuz, s. 467.

172 Yavuz, s. 468.

173 Yavuz, s. 469.

174 Zevkliler, s. 156;

175 Ruhi/Ruhi, s. 34; Yavuz, s. 470.

Eser sözleşmesini teşhis ve tedavi sözleşmesi açısından değerlendirmek gerekirse, her ne kadar eser sözleşmesi ile teşhis ve tedavi sözleşmesi arasında benzerlikler bulunsa da teşhis ve tedavi sözleşmesinde sonuç taahhüdü bulunmamaktadır¹⁷⁶. Teşhis ve tedavi sözleşmesinde güven unsuru ön plandadır ancak eser sözleşmesinde önemli olan edim sonucuna ulaşmaktır¹⁷⁷. Eserin ayıpsız teslimi, eser sözleşmesinde ön plandadır¹⁷⁸. Sonuç olarak tedavi sözleşmesinin sonuç odaklı değil, süreç odaklı olması, tedavi sözleşmesinin niteliğinin eser sözleşmesi olmasını olanaksız kılmaktadır¹⁷⁹.

Öğretide estetik amaçla yapılan tıbbi müdahalelerinde, sözleşmenin tarafları arasında güven unsurunun ön plana çıkması nedeniyle vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin savunulduğu görülmektedir¹⁸⁰. Bu görüşe göre estetik müdahalelerde her ne kadar sonuç taahhüdünde bulunulsa da tıbbi müdahalelerin her zaman risk barındırması ve sonucun hiçbir zaman garanti edilemeyeceği hususudur¹⁸¹. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise cerrahi müdahalelerde hiçbir durumda sonuç taahhüdünün mümkün olmadığı ileri sürülerek, cerrahi işlem barından tıbbi müdahalelerin eser sözleşmesi kapsamına dahil edilemeyeceği yönündedir¹⁸². Bununla birlikte diğer bir görüşe göre ise müdahalenin hangi sözleşme kapsamında yapıldığının değerlendirilmesi için, müdahalenin amacına bakılması gerektiği, hastanın iradesine

176 Hancı, Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, 2002, s. 126; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 91.

177 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 91.

178 Hancı, s. 124.

179 Şenocak, Hekim, s. 22.

180 Özcanoğlu Görkey, s. 37; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987, s. 21.

181 Özcanoğlu Görkey, s. 44; Yavuz, s. 456.

182 Şenocak, Hekim, s. 24. Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 92.

bağlı olarak vücudunun görüntüsünün değiştirilmesine yönelik müdahalelerin eser sözleşmesi kapsamında olduğu savunulmaktadır¹⁸³. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise estetik müdahaleler ile diş protezi yapımı gibi işlemlerde sonuç taahhüdü bulunduğundan, bu tipteki müdahalelerin eser sözleşmesi kapsamında olduğu yönündedir¹⁸⁴. Yargıtay içtihatlarında ise estetik müdahaleler ile diş hekimleri tarafından gerçekleştirilen protez tedavisinin eser sözleşmesi kapsamında kabul edildiği görülmektedir¹⁸⁵.

4. Vekalet Sözleşmesi Görüşü

Vekalet sözleşmesi TBK m. 502'de; "*Vekalet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*" şeklinde tanımlanmaktadır. Kanundaki tanımdan da açıkça görüleceği üzere vekalet sözleşmesi müvekkil ve vekil olmak üzere iki taraflı bir sözleşmedir. Anılan hükmün devamında vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde kanunda düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerinde de uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu anlamda vekalet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin, iş görme sözleşmelerine ilişkin genel düzenlemeler içerdiği de söylenebilir. Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin menfaatine uygun şekilde hareket etme borcunu yüklenmektedir¹⁸⁶. Vekalet sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden önemli bir farkı, vekilin borcunu ifa ederken çok daha bağımsız hareket edebilmesi ve sonuç odaklı hareket etmemesidir¹⁸⁷. Vekilin buradaki borcu, sözleşme konusu fiilin gerçekleştirilmesidir¹⁸⁸.

183 Aral/Ayrancı, s. 364

184 Aktaş İncel, s. 121; Hakeri, Cilt-II, s. 1053; Hancı, s. 125; Yılmaz, Battal, hekim, s. 55.

185 Yargıtay, 15. H.D., E.1999/4007, K.1999/3868, T.03.11.1999, akt. Yılmaz, hekim, s. 56-57.

186 Zevkliler, s. 171.

187 Zevkliler, s. 171.

188 Aral/Ayrancı, s. 438.

Vekalet sözleşmesi iki taraflı ve rızai bir sözleşme olsa da her zaman tam iki tarafa borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olmayabilir¹⁸⁹. Şayet vekalet veren, vekile görülen iş karşılığında ücret ödeme borcu altındaysa tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olur, aksi halde eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olacaktır¹⁹⁰. Sonuç olarak ücretin vekalet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmadığı söylenebilir¹⁹¹.

Vekalet sözleşmesinin diğer bir özelliği rızai olmasıdır¹⁹². Kural olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur¹⁹³. Ancak kuruluşundaki aşamada diğer sözleşmelere göre kimi farklılıkları mevcuttur. Vekalet sözleşmesinin kurulması TBK m. 503'te düzenlenmektedir. Buna göre vekil, resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereğı ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğını duyurmuşsa, vekalet verenin sözleşme önerisi vekil tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır¹⁹⁴. Öğretiye göre resmi sıfattan anlaşılması gereken vekilin sözleşme konusu işin tayini için resmi makamlar tarafından atanmış olmasıdır¹⁹⁵. Sözleşme konusu işi yapacağı önceden duyuran kişilerin ise o işi halihazırda yapan kişiler ya da o işi yapacağı hususunda önceden ilan veren kişilerin anlaşılması gerekmektedir¹⁹⁶. Diğer bir görüşe göre de hizmetlerini ruhsat alarak yapan ya da kamuya sunanlarında sözleşmeyi kabul ile yükümlü olduğu savunulmaktadır¹⁹⁷. Kanaatimizce mesleğini icra etmek adına meslek odalarına kaydolan, ruhsat almak zorunda olan ve mesleğini icra ettiğini önceden duyuran kişilerin,

189 Aral/Ayrancı, s. 435.

190 Aral/Ayrancı, s. 435.

191 Zevkliler, s. 172.

192 Aral/Ayrancı, s. 435.

193 Zevkliler, s. 172.

194 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 79.

195 Zevkliler, s. 173.

196 Zevkliler, s. 173.

197 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 79.

kendilerine gelen bir müşteriye sessiz kalmak suretiyle reddetmeleri hayatın olağan akışına uygun değildir. Zira kişilerin mesleklerini icra etmesindeki temel saikin para kazanmak olduğu göz önünde bulundurulursa kendilerine gelen müşteriye bir hizmet sunma eğiliminde olacakları söylenebilir. Son olarak hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul eden görüşe göre, hekim kendisine başvuran hastayı açıkça reddetmediği sürece taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğu kabul edilecektir¹⁹⁸.

Vekalet borcunun vekile yüklediği asli borç iş görmedir. Öğretiye göre iş görme kavramı geniş yorumlanmalı hem maddi fiilleri hem de hukuki işlemleri kapsamalıdır¹⁹⁹. İş görmenin konusu fiil daima olumludur ve yapmaya yöneliktir²⁰⁰. Bununla birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerin vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkün değildir²⁰¹. Vekilin özel olarak yetkilendirilmesi sonucunda yapabileceği işlemler ise TBK m. 504/3'te sayılmaktadır²⁰². Bununla birlikte vekilin hangi alanlarda yetkilendirildiği belirlenmemişse, vekilin yetkilerinin kapsamı yüklenilen edim fiiline göre belirlenmektedir²⁰³.

Vekilin kendisine yüklenen işin görülmesi sırasında özen ve sadakat yükümlülüğü mevcuttur²⁰⁴. Bu durum TBK m. 504/2'de düzenlenmektedir. Sadakat borcu, vekilin edim

198 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 79.

199 Aral/Ayrancı, s. 435; Zevkliler, s. 171.

200 Aral/Ayrancı, s. 436.

201 Zevkliler, s. 172.

202 "Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz."

203 Aral/Ayrancı, s. 444.

204 Aral/Ayrancı, s. 444.

borcunu vekalet verenin menfaatlerine göre ifa etmesidir²⁰⁵. Vekile bilgi vermek ve koruma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi sadakat borcu kapsamında görülmektedir²⁰⁶. Özen yükümlülüğü ise vekilin edim konusu borcu ifa ederken belirli bir özen nezdinde hareket etmesine ilişkindir. Ulaşılması gereken özenin sınırları ise yapılan işin ve vekilin niteliğine göre değişiklik göstermektedir²⁰⁷. Esas alınması gereken özen ilgili meslek grubundan bir kimsenin benzer bir edim borcunu ifa ederken göstermesi gereken ortalama özendir²⁰⁸. Bu anlamda aynı işi yaparken üstün yetenekler sergileyen bir vekil kıstas olamayacağı gibi, beceriksiz bir vekilin de ifanın sıhhati hakkında kıstas olarak değerlendirilemeyeceği söylenebilir.

Bir işin görülmesine ilişkin sözleşmeler, nitelikleri itibariyle birbirlerine oldukça benzediklerinden ayırt edilmeleri de oldukça zordur²⁰⁹. Hekimlik sözleşmesinin niteliğine ilişkin olarak öğretideki baskın görüş vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir²¹⁰. Gerçekten de vekalet sözleşmesinin anılan özelliklerinin hekimlik sözleşmesinin niteliğine uygun olduğu söylenebilir. Yargıtay kararlarında da öğretiye benzer bir görüşün yer verildiği görülmektedir²¹¹. Hekimlik sözleşmesinde ilk olarak hekimin özerk yapıda olması ancak hastanın aydınlatılmış rızasına uygun olarak hareket etmesi vekalet sözleşmesinde vekilin bağımsız konumuna karşın talimatlara uyma yükümlülüğüne benzerdir²¹². Hekimin tedavi sırasında özen ve sadakat yükümlülüğünün ön planda

205 Aral/Ayrançı, s. 447.

206 Aral/Ayrançı, s. 448.

207 Aral/Ayrançı, s. 449.

208 Aral/Ayrançı, s. 449.

209 Yavuz, s. 407.

210 Aktaş İncel, s. 123; Hancı, s. 121; Özcanoğlu Görkey, s. 40; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 93;

Şenocak, Hekim, s. 33; B. Yılmaz, Hekim, s. 57.

211 Yargıtay, 13. H.D., E. 2005/15820, K.2006/2367, T.23.02.2006; 13. H.D., E. 2005/14854, K.

2006/3416, T.10.03.2006, 13. H.D., E.2006/10057, K.2006/13842, T.19.10.2006, akt. B. Yılmaz, Hekim, s. 52-53.

212 Özcanoğlu Görkey, s. 38; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 94-95.

bulunması, hastanın karşılığında hekime yönelik olarak ücret borcunun doğması, hekimin sonuç değil süreç taahhüdünde bulunması da öğretiyeye göre hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu göstermektedir²¹³. İki sözleşme arasındaki uyumlu bir diğer husus ise hekimin tıpkı vekalet sözleşmesindeki gibi edim ifasını şahsen yerine getirme borcunun bulunmasıdır²¹⁴. Sonuç olarak anılan benzerliklerin ve uyumun dikkate alınması sonucunda, öğretinin genelinde hekimlik sözleşmesinin niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu görüşünün kabul edildiği söylenebilir²¹⁵.

E. Tedavide Hekim ve Hastanın Yükümlülükleri

a. Hekimin Yükümlülükleri

1. Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü

Aydınlatma yükümlülüğü, hekimin teşhis ve tedavi sürecine ilişkin olarak hastayı bilgilendirmesine ilişkin temel bir yükümlülüktür²¹⁶. Ayrıca tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartı olan hastadan onam alınması da hastanın sıhhati için hayati öneme sahiptir. Çalışmamızın ilerleyen kısmında detaylı bir şekilde inceleneceğinden burada kısaca bahsetmekle yetineceğiz.

2. Verileri Kaydetme ve Saklama Yükümlülüğü

Vekalet ilişkisinde, TBK m. 508/1 uyarınca vekilin hesap verme yükümlülüğü bulunmaktadır²¹⁷. Öğretiye göre bu husus hastanın menfaatlerini korumaya ilişkindir²¹⁸. Vekilin hesap verme yükümlülüğü, teşhis ve tedavi sürecine de yansımaktadır²¹⁹. Teşhis

213 Özcanoğlu Görkey, s. 37.

214 Özcanoğlu Görkey, s. 39.

215 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 94.

216 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 110.

217 "**Madde 508- Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.**"

218 Şenocak, Hekim, s. 63.

219 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, 25. baskı, Ankara, 2022. s. 676.

ve tedavi uygulamaları sırasında, hastaya ve tedavi sürecine ilişkin verilerin kaydedilmesi ve saklanması gerekmektedir²²⁰. Bu yükümlülük 1219 sayılı Kanun'un 72. maddesinde düzenlenmektedir²²¹. Diş hekimlerinin de hekimlere benzer şekilde kayıt tutma yükümlülüğü bulunmaktadır²²². Tıbbi verilerin önemi, müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetlenmesi açısından önem arz etmektedir²²³. Hastaya yapılan müdahaleler, verilen ilaçlar, tedavide kullanılan malzemeler gibi verilerin hastane ortamında kaydedilmesi gerekmektedir²²⁴. Bu sayede hastanın teşhis ve tedavi süreci de bir dosya haline getirilir ve korunur²²⁵. Özellikle tedavi süreci sonrasında, hekim ya da hastane aleyhine dava açılması halinde, usulüne uygun şekilde tutulan tıbbi kayıtlar davalı lehine delil niteliği teşkil edebilir²²⁶. Ancak öğretilerdeki bir görüşe göre usulüne uygun kayıt tutulmaması tek başına hukuki sorumluluğa yol açmamaktadır²²⁷. Bu görüşe göre hukuki sorumluluğun doğması için, tıbbi kayıt tutulmaması nedeniyle hastanın zarara uğraması gerektiği savunulmaktadır²²⁸. Öğretilerdeki bir diğer tartışma ise kayıt tutma yükümlülüğünün delil işlevidir. Öğretilerdeki birtakım yazarlar, kayıt tutmanın sadece vekilin hesap verme yükümlülüğü ve tedavi yükümlülüğüne ilişkin olduğunu savunsalar da öğretinin geneli, tutulan kayıtların delil olarak kullanılabilceğini savunmaktadır²²⁹.

220 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 145; Şenocak, Hekim, s. 63.

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

222 Toker, Evin, Diş Hekimliğinde Kayıt Tutma Zorunluluğu, II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2015, s. 132.

223 Aktaş İncel, s. 61; Özcanoğlu Görkey, s. 82; Toker, s. 132.

224 Aktaş İncel, s. 65; Hancı, s. 87.

225 Hakeri, Cilt-I, s. 676.

226 Hakeri, Cilt-I, s. 677.

227 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 178; Hakeri, Cilt-I, s. 684; Özcanoğlu Görkey, s. 84.

228 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 178.

229 Hakeri, Cilt-I, s. 677.

Öğretideki bir görüşe göre, kayıt tutma yükümlülüğü, hekimin özen borcundan kaynaklanmaktadır²³⁰. Tıbbi kayıtlar hem hastane çalışanlarının tedavi sürecinde bizzat topladıkları verileri hem de hastadan toplanan verileri kapsamaktadır²³¹. Tıbbi kayıtlarda yer almayan bir hususun uygulanıp uygulanmadığı belirsiz kalacaktır²³². Öğretilere göre kayıtların tutulmasının temelinde vekilin hesap verme borcu yer almaktadır²³³. Kayıt tutma yükümlülüğü, öncelikle tedaviyi yürüten hekimin sorumluluğundadır²³⁴. Ancak kamu ya da özel hastanelerinde tıbbi kayıt tutma yükümlülüğü bulunmaktadır²³⁵. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında ise teşhis ve tedavi sürecine ilişkin tutulan tıbbi kayıtların saklanması ve istemi halinde yetkili mercilere sunulması hususunda sağlık kuruluşlarının yükümlülüğünde olduğu vurgulanmaktadır²³⁶. Kanaatimizce özel muayenehaneler haricinde, tıbbi kayıtların saklanmasından sağlık kurumu sorumlu olmalıdır. Özellikle iş yoğunluğunun yüksek olduğu polikliniklerde hekimin tüm kayıtları nizami biçimde tutması ve saklaması fiilen mümkün olmayabilir. Bu kayıtların tutulması ve saklanması için ayrıca bir organizasyon gerekebilir. Sonuç olarak tıbbi müdahalenin bir hastane çatısı altında gerçekleştirilmesi halinde, tıbbi kayıtların tutulması ve saklanması hususunda hastanelerin organizasyon sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulmamaları kanaatindeyiz. Bununla birlikte tedaviyi yürüten hekim, bizzat kendisinin tutması gereken kayıtları da eksiksiz biçimde tutmalıdır. Ayrıca diğer sağlık çalışanları tarafından

230 Özcanoğlu Görkey, s. 82.

231 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 174.

232 Aktaş İncel, s. 64.

233 Şenocak, Hekim, s. 63.

234 Hakeri, Cilt-I, s. 677; Özcanoğlu Görkey, s. 81; Şenocak, Hekim, s. 64.

235 Aktaş İncel, s. 62.

236 AYM, B.No. 2018/11847, T. 16.06.2021; AYM, B. No. 2018/17729, T.06.10.2021; AYM, B. No. 2015/6926, T. 04.04.2019.

kaydedilen bilgilerin sıhhatini kontrol etmeli ve hatalı kayıt tutulmasının önüne geçmelidir.

Tıbbi kayıtların tutulması hususunda özel hastanelere ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 48. maddesi uyarınca, özel hastanelerde gerçekleştirilen uygulamalara ilişkin kayıtlar, özel hastane tarafından tutulmalıdır²³⁷. Anılan yönetmeliğin 49. ve 50. maddelerinde de tıbbi kayıtların nasıl saklanacağı hususu düzenlenmektedir. Anılan hükümler uyarınca, özel hastanelerde yapılan uygulamalara ilişkin olarak dava açılması halinde özel hastanelerin tıbbi kayıtları mahkemeye verme yükümlülüğü bulunduğu söylenebilir²³⁸. Bu durumda özel hastanelerin kayıtları eksik tutulmamasından hekim değil özel hastane sorumlu olacaktır.

237 "**Madde 48-** Özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbî hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin tutulması zorunludur.

Özel hastanelere başvuran her hasta için hasta dosyası düzenlenir. Hasta dosyasına hastanın tedavisiyle ilgili bütün müşahadeler ve yapılan muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ile tedavi ve günlük değişiklikler yazılır.

Hasta dosyası içerisinde, asgarî olarak aşağıdaki belgelerin bulunması şarttır:

- a) Hasta kabul kâğıdı,
- b) Tıbbî müşahade ve muayene kâğıdı,
- c) Hasta tabelası,
- ç) Hemşire gözlem kâğıdı,
- d) Röntgen ve laboratuvar istek kâğıdı ve tetkik raporları,
- e) Ameliyat kâğıdı,
- f) Hastanın muayene istek formu,
- g) Çıkış özeti,
- ğ) Uygulanacak tedavinin kabul edildiğine dair olan ve 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca alınmış rızayı gösteren muvafakat formu."

238 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 146.

Kaydedilen veriler nitelik olarak kişisel veridir²³⁹. Bu anlamda saklanan kayıtların gizli tutulması önem arz etmektedir²⁴⁰. Kayıtlar fiziki ya da elektronik ortamda tutulabilir²⁴¹. Ancak fiziki kayıtların okunabilir olması önem arz etmektedir²⁴². Öğretide kişisel veriler hassas veri olarak kabul edilmekte ve insan onurunun korunmasının özel bir görünümü olarak görülmektedir²⁴³. Bu anlamda hastanın rızası olmadan açığa çıkarılmalarının da tek başına tazminat sorumluluğu doğuracağı açıktır.

3. Sadakat Yükümlülüğü

Genel olarak sadakat yükümlülüğü, vekilin hem ifa sırasında hem de ifa sonrasında, taraflar arasındaki güven ilişkisine uygun olarak, müvekkilin faydasına hareket etmesi ve müvekkile zarar verecek davranışlardan kaçınması olarak tanımlanmaktadır²⁴⁴. Sadakat yükümlülüğü sadece vekalet ilişkisinde değil, eser borcunun söz konusu olduğu durumlarda da yüklenicinin katlanması gereken bir yükümlülüktür²⁴⁵. Bu anlamda hem vekalet ilişkisine dayanan hem de eser sözleşmesi niteliğinde olan tıbbi müdahalelerde, hekimin sadakat yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilir.

Hekimin sadakat yükümlülüğü kapsamında, hastanın menfaatine uygun şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Ancak buradaki diğer bir tartışma konusu da hastanın menfaatinin ne olduğu hususudur. Hastanın menfaatinin belirlenmesinde ilk yöntem,

239 Altundiş, Mehmet, Tıbbi Kişisel Verilerin Tutulması ve Korunması Yükümlülüğü ve İdarenin Bu Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinden Doğan Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2016 C. 7, S.28, 2016, s. 322.

240 Özcanoğlu Görkey, s. 82.

241 Altundiş, s. 325; Toker, s. 133.

242 Hakeri, Cilt-I, s. 680.

243 Altundiş, s. 349.

244 Yavuz, s. 608.

245 Yavuz, s. 466.

hekimin hasta subjektif değerleri üzerinden hareket ederek, hastanın menfaatine uygun olan durumu seęmesidir²⁴⁶. Diğer yöntem ise, subjektif değerlere bakılmaksızın, makul bir hastanın beklentilerine göre hareket edilmesidir²⁴⁷. Kanaatimizce, hekimin subjektif değerleri yorumlarken, hata yapması muhtemeldir. Zira hasta ve hekim arasında uzun süreli bir arkadaşlık bağı bulunmadığı mddetęe, hekimin hastanın geręekte ne istediğini bilebilmesi olanaksızdır²⁴⁸. Bundan dolayı, hekim makul bir hastanın muhtemel menfaatlerine göre hareket etmelidir. Makul bir hastanın da hastaneye başvurmadaki arzusunun tedavi olmak yani sağlığına kavuşmak olduğu açıktır. Bu durumda sadakat yükümlüğü kapsamında, hekimin hastayı sağlığına kavuşturmak amacıyla hareket etmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Sadakat yükümlülüğü, tıbbi müdahale uygulaması sırasında hekimin hastanın sağlığını önceleyerek müdahalede bulunmasıdır²⁴⁹. Hekim, hastanın zarar görmemesi için elinden geleni yapmalıdır. Sadakat yükümlülüğünün temelinde hasta ve hekim arasındaki güven ilişkisi bulunmaktadır²⁵⁰. Hekim tıbbi müdahale süreci boyunca, hastaya dürüstlük kuralının gereklerine uygun şekilde davranmakla yükümlüdür. Kanaatimizce sadakat yükümlülüğü, hekimin diğer yükümlülüklerine kıyasla daha kapsayıcı bir konumda bulunmaktadır. Örneğin sır saklama yükümlülüğünün temelinde sadakat yükümlülüğü olduğu söylenebilir. Öğretide hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğüne riayet etmesinin, sadakat yükümlülüğü kapsamında bulunduğu da savunulmaktadır²⁵¹.

246 Veatch, s. 6.

247 Veatch, s. 6.

248 Veatch, s. 7.

249 zdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 133.

250 zdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 133

251 Sert, s. 124.

4. Özen Yükümlülüğü

Özen yükümlülüğü vekalet sözleşmesinin en temel yükümlülüklerinden biridir. HAKERİ'ye göre hekimin en önemli yükümlülüğüdür²⁵². Öğretideki diğer bir görüşe göre hekimin diğer yükümlülüklerinin temelinde de özen yükümlülüğü yer almaktadır²⁵³. Özen yükümlülüğü, hekimin tıbbi müdahale sırası ve sonrası için; gerekli önemi vermesi, dikkatli davranması tıp bilimine uygun hareket etmesidir²⁵⁴. Hekimin hastaya özenle davranması, tıbbi müdahale ile hasta ve hekim arasındaki ilişkinin gereğidir²⁵⁵. Zira hasta ve hekim arasında genelde bir vekalet ilişkisi bulunmaktadır. İşte hasta ve hekim arasındaki özenin derecesinin belirlenmesinde, bu vekalet ilişkisi kilit rol oynamaktadır²⁵⁶. Vekilin özen yükümlülüğü, TBK m. 506'da düzenlenmektedir²⁵⁷. Buna göre vekil, başarılı sonuca ulaşabilmeyi amaçlayarak hareket etmeli ve olumsuz sonuçlar doğurabilecek davranışlardan kaçınmalıdır²⁵⁸. Bu durumda hekimin, hastayla arasındaki vekalet ilişkisi gereği her zaman özenli davranmakla yükümlü olduğu söylenebilir.²⁵⁹

Hekimin özen yükümlülüğü tıbbi müdahalenin tüm aşamalarını kapsamaktadır²⁶⁰.

Bu anlamda hastayla hekimin ilk temasından tedavi sürecinin sonuna kadar hekim daima

252 Hakeri, Cilt-I, s 811.

253 Aktaş İncel, s. 51.

254 Sert, s. 124; Özcanoğlu Görkey, s. 78.

255 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 169.

256 Aktaş İncel, s. 52; Özcanoğlu Görkey, s. 74.

257 **“Şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme-Madde 506**

Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.”

258 Yavuz, s. 598.

259 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 135.

260 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 168.

özenli davranmalıdır. Özellikle tıbbi müdahale sırasında teşhis ve tedavi sırasında, hekim kendisinden beklenen asgari özeni göstermelidir²⁶¹. Öğretinin geneline göre hekimin özen derecesinin belirlenmesinde; hekimin uzmanlık derecesi ve hasta üzerinde deneysel tedavi uygulamalarının yapılıp yapılmadığının belirlenmesi gerekmektedir²⁶². Bununla birlikte öğretide, hekimin yeterliliği fark etmeksizin aynı derecede özen yükümlülüğü bulunduğunu savunan görüşlerde mevcuttur²⁶³. DEMİR'e göre özen yükümlülüğü TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük ilkesinin de bir gereğidir²⁶⁴. Yüksek Mahkeme bir kararında, hekimin hastasının zarar görmemesi adına gerekli tüm uygulamaları gecikmeksizin yapması gerektiği, bu uygulamaları yaparken de bir vekil gibi özenli davranması gerektiği vurgulanmaktadır²⁶⁵.

Hekimin özen yükümlülüğü TDN²⁶⁶ ve HHY m.²⁶⁷ 14. maddelerinde düzenlenmektedir. Buna göre hekimin yükümlülüğü gereken özeni göstermektir. Gereken özen ise her somut olayda değişkenlik gösterecektir. Gereken özen değerlendirmesi ise nesnel olarak yapılacaktır²⁶⁸. Burada hekimin kişisel yetenekleri ve

261 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 168.

262 Aktaş İncel, s. 53.

263 Ürekli, Bilge Nur, Malpraktis-Komplikasyon ilişkisi ve Hekimin Taksirli Eylem Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2018, s. 429.

264 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 167.

265 Yargıtay, 13. H.D., E.2005/11653, K.2005/7791, T. 01.12.2005, (www.lexpera.com.tr).

266 "**Madde-14** Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.

Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.

Meş'um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihdas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir."

267 "**Tıbbi Özen Gösterilmesi-Madde 14**

Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur."

268 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 167; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 136.

mesleki bilgisinden ziyade ilgili hekimin düzeyindeki başka bir hekimin, sahip olması gereken yeterlilik önem arz etmektedir²⁶⁹. İlk olarak hekimin uzman ya da pratisyen hekim olması, mesleki tecrübesi ve aldığı diğer eğitimler gibi parametreler üzerinden öncelikle ilgili hekimin düzeyi belirlenmelidir. Ardından tıbbi müdahaleyi, belirlenen düzeydeki bir hekimin yapması gerektiği gibi yapıp yapmadığı irdelenerek özen yükümlülüğüne riayet edilip edilmediğinin tespiti gerekmektedir. Hekimin özen yükümlülüğüne uygunluğunun denetiminin ise bilirkişi marifetiyle yapılması uygundur²⁷⁰. Bilirkişi incelemesi yapıldıktan sonra da raporun hükme esas alınıp alınamayacağına denetlenmesi oldukça önem arz etmektedir²⁷¹.

Hekimin mesleki açıdan kendini yetiştirmeyerek yetersiz kalması da özen yükümlülüğünün ihlaline yol açabilir²⁷². Zira hekim, her zaman mesleki bilgilerini güncel tutmalı ve yeni tedavi yöntemlerini öğrenmeye açık olmalıdır. Kanaatimizce hekimin kendini mesleki anlamda geliştirmesi, hekimlik mesleğinin bir gereğidir. Bu anlamda özenli bir hekimin her daim en güncel uygulamaları bildiği kabul edilmelidir. Öğretiye göre özen yükümlülüğünün değerlendirilmesinde hekimin çalışma ortamı da önem arz etmektedir²⁷³. Diğer bir görüşe göre de özen yükümlülüğü, mesleki etik kurallarını da kapsamaktadır²⁷⁴.

269 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 167; Sert, s. 125.

270 B. Yılmaz, hekim, s. 91; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 143.

271 Yargıtay, 13. H.D., E.2015/27853, K.2018/6133, T. 23.05.2018, (www.lexpera.com.tr)

272 B. Yılmaz, Hekim, s. 91; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 139; Şenocak, Hekim, s. 66.

273 Sert, s. 125.

274 B. Yılmaz, Hekim, s. 92.

5. Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğü

Hekimin, kendisine gelen hastaya tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır²⁷⁵. Bu yükümlülüğünü temeli ise hekim ve hasta arasındaki güven ilişkisine dayanmaktadır²⁷⁶. Hekimin müdahale yükümlülüğü, bir hastalığın varlığını tespit etmekle başlamaktadır²⁷⁷. Hekim doğru teşhis yapmak adına hastadan öykü alma, hastayı muayene etme ya da hastadan tetkik alma gibi yolları tercih edebilir²⁷⁸. Teşhiste hata yapılması, hastaya yanlış tedavinin uygulanmasına yol açabilir. Konumuz açısından değerlendirmemiz gerekirse, hastaya yapılan aydınlatma ile hastanın verdiği onamda hatalı teşhisle birlikte anlamını yitirecektir. Bu anlamda hekimin hastalığı özenle araştırması gerekmektedir²⁷⁹. Yüksek Mahkeme'nin görüşü de bu yöndedir²⁸⁰.

Teşhis aşamasından sonra hekimin diğer yükümlülüğü ise uygun bir tedavi süreci başlatmaktır²⁸¹. Tedavi yönteminin seçiminde de hekimin özenli davranması gerekmektedir²⁸². Öğretiye göre hekim, en güvenli yol ilkesini baz alarak riski düşük ve başarı şansı en yüksek tedavi yöntemini seçmelidir²⁸³. Burada hekimin mesleki özerkliğinin devreye girdiği söylenebilir. Ancak mesleki özerklik hekime tam bir serbestlik vermemektedir. Hekim, her halükârda tıbbi standartlara uygun olarak davranmakla yükümlüdür²⁸⁴. Seçilen tedavi yöntemi ise olabildiğince hızlı bir şekilde uygulanmalıdır²⁸⁵. Zira tedaviyi geciktirmek de olumsuz sonuçlara yol açabilir.

275 Hakeri, Cilt-I, s. 633; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 102.

276 B. Yılmaz, Hekim, s. 102.

277 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 164; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 102.

278 Sert, s. 122; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 103.

279 Sert, s. 123.

280 Yargıtay, 13. H.D., E.2005/3645, K.2005/11796, T. 08.07.2005, (www.lexpera.com.tr).

281 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 165.

282 Sert, s. 123.

283 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 165; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 103.

284 Hancı, s 80; Karataş, s. 88.

285 Sert, s. 124.

Hekim kural olarak hastayı sağlığına kavuşuncaya kadar takip eder²⁸⁶. Ancak bu durum zorunlu değildir. Hekimin ya da hastanenin yetersiz kalması, hastalığın belli bir uzmanlığın alanına girmesi ya da bir başka sebeple hasta başka bir hekime de yönelebilir²⁸⁷. Özellikle taraflar arasındaki guven ilişkisinin zedelendiği hallerde, hastanın başka bir hekimle tedaviye devam etmesinin daha faydalı olacağı kanaatindeyiz. Tedavide karşı tarafı reddetme hakkı sadece hasta lehine değil, hekim lehine de sız konusu olabilir. Hekimin hastayı reddetmesi, TDN m. 18'de duzenlenmektedir²⁸⁸. Hekimin hastayı reddedebilmesinin temelinde çalışma ozgurluğu bulunmaktadır²⁸⁹. Bununla birlikte oğretide hekimin hastayı reddetme hakkının hakkaniyet uyarınca sınırlı olması gerektiği savunulmaktadır²⁹⁰. Hekim, hastanın yuikuumluluklerini yerine getirmemesi, tedavinin şartlarına uymaması ya da hekimin ucretini odememesi gibi durumlarda hastayı reddedebilir²⁹¹. Bu duruma ornek vermek gerekirse, yataklı tedavi goeren ve kan değerleri surekli izlenen bir hastanın, kendisine verilen diyet programına uymayarak yasaklı yiyecekleri yemesi ve kan değerlerinin takibini olanaksız hale getirmesi halinde hekim hastasını reddedebilecektir. Başka bir ornek vermek gerekirse, ameliyattan once su dahi icmemesi oğutlenen bir hastanın, onceden hazirlanan bir takvime gore ozel hazırlık yapılan, belki birden fazla uzman hekimin gucu bela bir araya gelmesi ile yapılacak bir ameliyata kahvaltı yapıp gelmesi halinde, hekimin hastayı reddetmesi beklenebilir bir davranış olacaktır.

286 Hancı, s. 79.

287 B. Yılmaz, Hekim, s. 102.

288 "**Madde-18** Tabip ve diş tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak uzeri, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir."

289 Karataş, s. 93.

290 Karataş, s. 94.

291 Hakeri, Cilt-I, s. 635.

Hekim kural olarak tedaviyi bizzat gerçekleştirmekle yükümlüdür²⁹². Bu durum aslında vekalet ilişkisinin doğal bir sonucudur²⁹³. Zira vekalet ilişkisine taraflar arasında yoğun bir güven ilişkisi bulunduğundan, tedavinin sözleşmenin tarafı olmayan başka bir hekim tarafından yerine getirilmesi ancak istisnai durumlarda mümkün olabilir²⁹⁴.

Hekim, tıbbi müdahale sonucunda başarı garantisi verememektedir²⁹⁵. Bu duruma öğretide şifa garantisi yasağı denilmektedir²⁹⁶. Şifa garantisi yasağı, hasta ve hekim arasındaki vekalet ilişkisinin doğal bir sonucudur²⁹⁷. Zira vekalet sözleşmesinde sonuç garantisi verilememektedir²⁹⁸. Değnilmesi gereken diğer bir durum ise eser sözleşmesi niteliğinde olan tıbbi müdahalelerde sonuç garantisinin verilir verilemeyeceği hususudur. Zira eser sözleşmesinde yüklenicinin sonuç garantisi verebilmesi mümkündür²⁹⁹. Öğretide savunulan bir görüşe göre eser sözleşmesinde sonuç taahhüdü verilebilmesi mümkün olduğundan, eser sözleşmesi kapsamında tıbbi müdahalelerde sonuca yönelik taahhütlerde bulunulabilir³⁰⁰. Kanaatimizce her ne kadar eser sözleşmesinde yüklenici bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt edebiliyor olsa da tıp biliminin yapısı gereği taahhüt edilen sonucun gerçekleşmesi daima risk içermektedir. Zira insan vücudu, her zaman için öngörülemeyen sonuçlara gebe dir. Bu anlamda eser sözleşmesi kapsamındaki tıbbi müdahalenin yapısı da sonuç garantisi açısından önem arz etmektedir. Zira burna yapılan bir estetik operasyon ile dövme sildirme operasyonu

292 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 103.

293 Yavuz, s. 600.

294 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 105.

295 B. Yılmaz, Hekim, s. 102; Hancı, s. 79.

296 Karataş, s. 118.

297 Karataş, s. 120.

298 Yavuz, s. 573.

299 Zevkliler, s. 155

300 Karataş, s. 122.

arasında, risk bakımından fark bulunduğu açıktır. Bu durumda, eser sözleşmesi kapsamındaki tıbbi müdahalelerde sonuç taahhüdünün, tüm müdahaleler bakımından geçerli olmadığı kanaatindeyiz.

6. Sır Saklama Yükümlülüğü

Hekimlerin, tıbbi müdahale sürecinde hastaya ilişkin olarak öğrendikleri bilgileri, sır olarak gizli tutma yükümlülüğüne sır saklama yükümlülüğü denilmektedir³⁰¹. Sır, saklanmasında sahibinin menfaatinin bulunduğu husus olarak tanımlanmaktadır³⁰². Öğretilmeye göre sır saklama yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğünün bir uzantısıdır³⁰³. Hekimlerin sır saklama yükümlülüğü TDN m. 4'te düzenlenmektedir³⁰⁴. Buna göre kanuni zorunluluklar haricinde hekimlerin ve dış hekimlerinin, sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Sır saklama yükümlülüğüne ilişkin diğer bir düzenleme ise HHY m. 23'te yer almaktadır³⁰⁵. Sır saklama yükümlülüğü kanuni düzenlemeler haricinde meslek etiğinin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰⁶. Zira hekim, tıbbi müdahale sırasında hastaya ilişkin mahrem bilgileri öğrenebilir³⁰⁷. Bu mahrem bilgilerden hasta

301 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 151.

302 Yıldız, Pervin, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2014, s. 192.

303 Doğan, Cahid, Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır Saklama Mükellefiyeti, Sağlık Hukuku Kurultayı (Sır), 1. Baskı, Ankara, 2007, s. 105; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 151.

304 "Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.

Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz."

305 "**Bilgilerin Gizli Tutulması-Madde 23**

Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz."

306 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 171.

307 Yıldız, s. 193.

veya hastanın yakınları dışındaki kişilerin öğrenmesinin hoş karşılanmayacağı bilgiler sır olarak kabul edilmektedir³⁰⁸. Hatta hekim, hastaya ilişkin mahrem bilgileri öğrenmeden, düzgün bir şekilde tıbbi müdahale de dahi bulunamayacakta olabilir. Bu durum hastanın kendisine ilişkin bilgileri hekimden gizlemesine yol açabilir³⁰⁹. İşte bu vahim sonucun önlenmesi için hekimin sır saklama yükümlülüğüne riayet etmesi oldukça elzemdir.

Sır saklama yükümlülüğü, hastadan öykü alınması ile başlamakta birlikte sözleşme sona erdikten sonra da etkisini göstermektedir³¹⁰. Zira sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra da hekimin hastanın sırlarını ifşa edebilmesi mümkündür. Sır saklama yükümlülüğü, sadece hastalığa ilişkin bilgileri değil, hastaya ait tüm mahrem bilgileri kapsamaktadır³¹¹. Örneğin hastanın özel hayatında gezdiği yerlerin, hobilerinin, iş hayatına ilişkin faaliyetlerinin ya da ailevi bir sorununa ilişkin öğrenilen bilginin ifşa edilmemesi gerekmektedir.

Sır saklama yükümlülüğünün birtakım istisnaları da bulunmaktadır³¹². İlk istisna hastanın sırrının açıklanmasına rıza göstermesi durumudur³¹³. Örneğin tıbbi yayında hastaya ilişkin bilgilerin açıklanmasına hastanın rıza göstermesi halinde hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği ileri sürülemez³¹⁴. Bununla birlikte, hastaya ilişkin sırlar verilen rızanın kapsamında açıklanmalıdır³¹⁵. Hastanın rızasının önem arz ettiği diğer bir durum ise ceza yargılaması sırasında ortaya çıkmaktadır³¹⁶. CMK m. 46'ya göre

308 Doğan, Sır, s. 105; Hancı, s. 93; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 151.

309 Pervin, s. 194.

310 Özcanoğlu Görkey, s. 74-75.

311 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 171; Özcanoğlu Görkey, s. 76.

312 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 173.

313 Özcanoğlu Görkey, s. 76; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 155; Yıldız, s. 203.

314 Hancı, s. 94.

315 Doğan, Sır, s. 130.

316 Doğan, Sır, s. 122.

hastanın rıza göstermesi halinde hekim tanıklıktan çekinemez³¹⁷. Aksi halde hekim, hastasının mahrem bilgilerini ifşa etmek istemediğinden tanıklıktan çekinebilir³¹⁸. Yargılama sırasında hekimin sır saklama yükümlülüğünün bulunmadığı diğer bir durum ise hekimin bilirkişi olarak görev yapmasıdır³¹⁹. Hekimin mahkeme tarafından bilirkişi olarak atanması halinde, hastaya ilişkin bilgileri mahkemeye paylaşma yükümlülüğü doğacaktır.

Sır saklama yükümlülüğünün diğer bir istisnası ise salgın hastalıklar durumunda ortaya çıkmaktadır³²⁰. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesinde sayılan hastalıklardan birinin ortaya çıkması halinde hekimin durumu haber verme yükümlülüğü bulunmaktadır³²¹. Kanun koyucu burada kamu sağlığının korunmasını,

317 "Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme-Madde 46

Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:

a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.

b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.

c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.

Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez."

318 Hancı, s. 94.

319 Doğan, Sır, s. 127.

320 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 173; Hancı, s. 95.

321 "**Madde-57** Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduz müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir."

hastanın kişisel menfaatinden daha üstün görmektedir³²². Hastalıklara ilişkin diğer bir düzenleme ise anılan Kanun'un 104. ve 108. maddelerinde yer almaktadır. Burada ise bulaşma riski olan zührevi hastalıkların bildirimini düzenlenmektedir.

Sır saklama yükümlülüğünün bir diğer istisnası da zorunluluk halidir³²³. Zorunluluk hali, hekimin kendi menfaatini koruması gereken durumlarda ortaya çıkmaktadır³²⁴. Örneğin hekime yaptığı tıbbi müdahale nedeniyle bir dava açılması halinde kendi haklılığını ortaya koyabilmek için hastaya ilişkin sırları açıklaması mümkündür³²⁵.

b. Hastanın Yükümlülükleri

1. Genel Olarak

Hekimlik sözleşmesi kapsamında, hekimin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin bulunduğu gibi hastanın da yerine getirmesi gereken yükümlülükler bulunmaktadır³²⁶. Bu yükümlülüklerin temel sebebi, tedavinin başarıya ulaşması için hastanın da belli yükümlülükleri yerine getirmesinin gerekmesidir³²⁷. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, hastanın teşhis ve tedavi sürecinde uğradığı zararların miktarında indirimle gidilmesi hatta zararın tamamen ortadan kalkmasıyla sonuçlanabilir³²⁸. Bu durum TBK m. 52/1'de düzenlenmektedir³²⁹.

322 Hancı, s. 95.

323 Hancı, s. 96; Yıldız, s. 210.

324 Yıldız, s. 210.

325 B. Yılmaz, Hekim, s. 87.

326 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 157.

327 Hakeri, Cilt-I, s. 721.

328 Hakeri, Cilt-I, s. 721.

329 *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.*

2. Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Öğretiye göre hekimlik sözleşmesinin ücret hususunda vekalet sözleşmesinin hükümleri uygulanacaktır³³⁰. Ücret kural olarak vekalet sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir³³¹. Ancak hekimlik sözleşmesinin yapısı ve teamül gereği hastanın hekime belli bir ücret ödeme yükümlülüğü doğmaktadır³³². Bununla birlikte özel hastanelerin hastalardan talep edebileceği ücretin kanuni dayanağı Temel Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun 8. maddesidir³³³. Ancak ücrete ilişkin herhangi bir düzenleme olmasa dahi ücret, sözleşmenin asli borçlarından olması nedeniyle talep edilebilir³³⁴.

Ücret sunulan teşhis ve tedavi hizmetlerinin bir karşılığıdır³³⁵. Taraflar sözleşme serbestisi uyarınca ücreti serbestçe kararlaştırabilecek olsalar da TTB tarafından belirlenene asgari ücret tarifesine uymakla yükümlüdürler³³⁶. TDN m. 31'de hekimin asgari ücret tarifesinin altında ücret kabul etmesi yasaklanmaktadır³³⁷. Bununla birlikte hekimlik sözleşmesi, kimi durumlarda ücretsiz de olabilmektedir³³⁸. TDN m. 32'ye göre, diğer hekimler ile bunların bakmakla mükellef oldukları çocukları, anneleri, babaları ve eşlerinin, tedavileri için zorunlu masrafla hariç olmak üzere ücret almaması uygun kabul edilmektedir. Bu durumun hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesinin özellikleri bünyesinde barındırması sonucunda oluştuğu söylenebilir. Son olarak ücret ödeme borcu

330 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 158.

331 Akıntürk, s. 287-288.

332 Özcanoğlu Görkey, s. 85; Özdemir, s. 158.

333 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 159.

334 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 160.

335 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 157.

336 Özcanoğlu Görkey, s. 85.

337 "Asgari ücret tarifesi tatbik olunan yerlerde, tabip veya dış tabibi, rekabet veya propaganda maksadı ile, tarifede yazılı asgari miktardan aşağı ücret kabul edemez."

338 Özcanoğlu Görkey, s. 85.

hekimin yaptığı tüm masrafları içermez. Hasta dürüstlük kuralına aykırı giderleri ödemek zorunda değildir³³⁹.

3. Hekime Bilgi Verme Yükümlülüğü

Hekimin teşhis aşamasının ardından, tedavi aşamasında ilk olarak hastadan gerekli bilgileri almalıdır³⁴⁰. Özellikle hastalığın doğru teşhis edilmesinde, bu aşama oldukça önem arz etmektedir. Ancak bu aşamada hekimin çabaları tek başına yeterli olmayabilir. Hastanın hekimin sorduğu sorulara doğru bilgi vermesi, geçirdiği hastalıklar ve kendisine uygulanan tedaviler hakkında bilgi vermesi gerekmektedir³⁴¹. Hastanın daha önceki tetkikleri ve tedavisine ilişkin bilgi ve belgeleri de hekimle paylaşması gerekmektedir³⁴². Hastanın alerji gibi önemli hususlar hakkında da hekimi ve hastaneyi bilgilendirmesi gerekmektedir³⁴³. Hasta, paylaşılmasının gerektiğini düşündüğü bilgileri, kendisine soru sorulmadan da hekimle paylaşmalıdır³⁴⁴. Hastanın bilgi verme yükümlülüğünü yerine getiremeyecek olduğu durumlarda kanuni temsilcisi de hasta yerine bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirebilir³⁴⁵. Hastanın hekime yalan söylemesi ya da eksik bilgi vermesi halinde ise hekimin sorumluluğu azalabileceği gibi tamamen ortadan da kalkabilir³⁴⁶. Zira bu durumda zarar görenin, zarara kendisinin yol açtığı bir durum söz konusu olacaktır. Son olarak bilgi verme yükümlülüğü, hastanın veya kanuni temsilcisinin bildiği ya da bilmesi gereken bilgileri kapsayacaktır³⁴⁷.

339 Hakeri, Cilt-I, s. 730; Özcanoğlu Görkey, s. 85.

340 Özcanoğlu Görkey, s. 85.

341 Hakeri, Cilt-I, s. 727; Özcanoğlu Görkey, s. 85; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 162.

342 Özcanoğlu Görkey, s. 86.

343 Hakeri, Cilt-I, s. 728.

344 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 162.

345 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 162.

346 Hakeri, Cilt-I, s. 728.

347 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 162.

4. Hekimle İş Birliği Yüklümlülüğü

Tedavinin başarıya ulaşmasının en önemli sac ayaklarından biri hastanın hekimle iş birliği yapmasıdır³⁴⁸. Hasta ve hekimin iş birliği yapması sadece bir yüklümlülük değil, aynı zamanda bir tedavi yaklaşımı çeşididir³⁴⁹.

İş birliği hasta için bir çeşit külfettir. Hastanın iş birliğine zorlanabilmesi mümkün olmamakla birlikte iş birliği yapmamanın sonuçlarına katlanması gerekmektedir³⁵⁰. TBK m. 52 uyarınca, hasta iş birliği yapmayarak neden olduğu zararlardan kendisi de kusurlu olacaktır³⁵¹. Hastanın hekimle iş birliği, teşhis ve tedavi sürecinin her aşamasında kendini gösterebilmektedir. İş birliğinin mevcut olduğu hususlara kısaca değinmek gerekirse; ilaçlarını düzenli şekilde kullanması, randevularını aksatmaması, hekime şikayetlerini ve öyküsünü eksiksiz ve doğru bir şekilde anlatması, düzenlenen diyet programlarına uyması, sigara ve alkol yasağına uyması, düzenli spor yapması gibi hem teşhis hem tedavi aşamasında hastanın iş birliği yapması gereken durumlar mevcuttur³⁵². İş birliğine ilişkin durumlar hem hastalığın hem de teşhis ve tedavinin gidişatına göre değişiklik gösterebilmektedir. Hastanın iş birliği yapma yüklümlülüğüyle birlikte hekimin de hastayı iş birliğine yönlendirme yüklümlülüğü mevcuttur³⁵³. Sonuç olarak hastanın iş birliği yüklümlülüğünü ihlali hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırabilir.

348 Hakeri, Cilt-I, s. 721; Özcanoğlu Görkey, s. 86.

349 Aba Harmancı, s. 92.

350 Hakeri, Cilt-I, s. 722.

351 Hakeri, Cilt-I, Özcanoğlu Görkey, s. 86.

352 Hakeri, Cilt-I, s. 722-723.

353 Hakeri, Cilt-I, s. 724.

Hastanın tedaviye onam verip vermemesi hususu iş birliği yükümlülüğü kapsamında değildir³⁵⁴. Öğretiye göre, hastanın tedaviye onam vermemesi, sözleşmenin ihlaline yol açmayacaktır³⁵⁵. Hasta self determinasyon hakkı uyarınca kendi geleceğine dilediği gibi karar verebilmektedir³⁵⁶. Sonuç olarak hasta tarafından rıza verilmemesi halinde, hekimin hastaya herhangi bir müdahale hakkı bulunmayacaktır³⁵⁷. Bu durumda hasta tarafından tedaviye onam verilmediği hallerde aslında ortada bir sözleşmenin varlığından söz edilemeyeceğinden, sözleşme kapsamında iş birliği yükümlülüğünün hiç doğmayacağı söylenebilir.

Hastanın iş birliği kapsamındaki diğer bir yükümlülüğü de hekimin talimatlarına uymaktır³⁵⁸. Özellikle günlük yaşamı sekteye uğratan ve devamlılık arz eden talimatlara hastaların uymama ihtimali yüksektir³⁵⁹. Talimatlara uyulmamasının doğal sonucu tedavinin de başarısız olmasıdır. Zira hekimin verdiği talimatlar, hastaya uygulanan tedavinin bir parçası olmakla birlikte, tedavinin başarıya ulaşması için hastadan zorunlu olarak talep edilen uygulamalardır. Talimatların kaynağı ise tıp bilimi oluşturmaktadır. Bu durumda talimatlara uyulmaması nedeniyle ortaya çıkan zarara bizzat hasta neden olduğundan, tazmini için hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir³⁶⁰.

354 Hakeri, Cilt-I, s. 723; Özcanoğlu Görkey, s. 86.

355 Hakeri, Cilt-I, s. 724; Özcanoğlu Görkey, s. 86.

356 Karataş, s. 109; Hakeri, Cilt-I, s. 723.

357 Karataş, s. 109.

358 Hakeri, Cilt-I, s. 724; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 162.

359 Hakeri, Cilt-I, s. 725.

360 Hakeri, Cilt-I, s. 725; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 162.

5. Müdahaleye Katlanma Yükümlülüğü

Öğretide konusuna göre edimler verme borcu doğuran edimler, yapma borcu doğuran edimler ve yapmama borcu doğuran edimler olmak üzere üçe ayrılmaktadır³⁶¹. Katlanma borcu ise nitelik olarak olumsuz bir edimdir³⁶². Katlanma borcu, kişinin kendi hakimiyet alanına yapılacak olan bir müdahaleyi kabullenmesi anlamına gelmektedir³⁶³. Hekimlik sözleşmesi açısından ise, hastanın onam verdiği bir müdahaleye katlanması bir yükümlülüktür³⁶⁴. Katlanma, hasta açısından bir yükümlülük olduğundan, katlanma borcuna uyulmaması bir kusur oluşturmaz³⁶⁵. Ancak tıpkı diğer yükümlülüklerde olduğu gibi hastanın bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde hekimin sorumluluğunun ortadan kalkması gündeme gelecektir.

F. Hekimlik Sözleşmesinin Sona Ermesi

a. Genel Olarak

Hekimlik sözleşmesi, genel olarak vekalet sözleşmesi niteliğinde yapılmaktadır. Ancak kimi durumlarda hekim ve hasta arasında eser sözleşmesi kurulduğu kabul edilmektedir. Hekim ve hasta arasındaki sözleşmelerin birçoğunun niteliği vekalet sözleşmesi olduğundan, hekim ve hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesinde vekalet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin düzenlemelerden yararlanılmaktadır³⁶⁶. Vekalet sözleşmesinin sona erme halleri ise TBK m. 512 ve 513'te düzenlenmektedir.

361 Eren, Genel Hükümler, s. 101.

362 Eren, Genel Hükümler, s. 104.

363 Eren, Genel Hükümler, s. 104.

364 Hakeri, Cilt-I, s. 726.

365 Hakeri, Cilt-I, s. 726.

366 Özcanoğlu Görkey, s. 87.

b. Kendiliğinden Sona Erme Halleri

1. İfa

Hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin sona ermesinin ilk yolu, usulüne uygun bir şekilde yapılan ifadır³⁶⁷. İfa öğretide, borçlunun borç konusu edimini yerine getirmesi şeklinde tanımlanmaktadır³⁶⁸. İfanın konusu borçlanılan edimdir³⁶⁹. Bu durumda teşhis ve tedavi sürecinde ifanın konusunun hekimin tıbbi müdahale de bulunması olduğu söylenebilir. Hekimin gerekli özeni göstererek teşhis ve tedavi sürecini tamamlaması, usulüne uygun ifa olarak kabul edilmelidir³⁷⁰. Zira vekalet sözleşmesinin niteliği gereği vekil sonuç garantisi veremediği gibi ifanın gerçekleşmesi de hastanın şifa bulmasına bağlı değildir. Hekimin borcunu uygun bir şekilde ifa etmesi halinde, tedavi süreci istenildiği gibi sonlandırılmasa da bu durumdan hekim sorumlu olmayacaktır³⁷¹. Ancak ifa yerine getirilirken, hekimin mesleki kusur içeren bir fiili nedeniyle tedavi olumsuz sonuçlanmış ise hekimin sorumluluğuna gidilebilecektir³⁷².

İfa da genel kural, alacaklının yararı bulunması halinde ifanın bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesidir³⁷³. Teşhis ve tedavi sürecinde ise ifa kural olarak hekimin bizzat yerine getirmesi gereken bir husustur³⁷⁴. Bu durum ise taraflar arasındaki vekalet ilişkisinin doğal bir sonucudur. İfanın üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilmesi için, alacaklının ifayı bizzat borçlunun yerine getirmesinde bir yararının bulunmaması

367 Şenocak, Hekim, s. 71.

368 Reisoğlu, s. 290.

369 Reisoğlu, s. 296.

370 B. Yılmaz, Hekim, s. 115; Özcanoğlu Görkey, s. 88; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 200.

371 B. Yılmaz, Hekim, s. 114; Şenocak, Hekim, s. 71.

372 Özcanoğlu Görkey, s. 88.

373 Reisoğlu, s. 293.

374 B. Yılmaz, Hekim, s. 115; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 200.

gerekmektedir³⁷⁵. Kimi durumlarda, ifayı bir başkası da yerine getirebilir³⁷⁶. Bu husus TBK m. 506/1'de düzenlenmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme'ye göre bu durumda hekim, yardımcı kişinin fiilleri nedeniyle sorumlu olacaktır³⁷⁷.

2. Ölüm

TBK m. 513'e göre vekilin ya da vekalet verenin vefat etmesi halinde vekalet sözleşmesi sona erecektir³⁷⁸. Bu durumun temelinde vekalet sözleşmesinin dayandığı güven unsuru yer almaktadır³⁷⁹. Vekilin tüzel kişi yani hastane olması halinde de tüzel kişiliğin sona ermesiyle birlikte vekalet sözleşmesi sona erecektir. Özel muayenehanelerde, muayene sahibi olan hekimin vefatıyla sözleşme sona erecektir³⁸⁰. Hastanın vefatına kadar geçen süre içerisinde, vekil sarf ettiği emeklerinin karşılığı olarak ücrete hak kazanacaktır³⁸¹. Zira hekimin sonuç garantisi verebilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce hekim burada sadece özenle borcunu ifa etmeye çalışmalıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere borcun ifası sözleşmenin sonucuyla bağlı değildir. Hastanın ölümü de tıbbi müdahale sürecinin sonunda ortaya çıkabilecek istenmeyen sonuçlardandır. Bu durumda hastanın vefatı nedeniyle sözleşme sona erse de vekilin ücrete hak kazanacağı kanaatindeyiz.

375 Reisoğlu, s. 293.

376 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 200.

377 Yargıtay, 13. H.D., 2003/2333, K. 2003/6348, T.22.05.2003, akt. B. Yılmaz, Hekim, s. 115.

378 Şenocak, Hekim, s. 73; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 203.

379 Özcanoğlu Görkey, s. 91.

380 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 203.

381 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 203.

3. İflas

İflas, borçlarını ödemeyen borçlunun iflas masasına giren tüm aktif malvarlığının, cebri icra yoluyla paraya çevrilerek alacaklıların tatmin edilmesini sağlayan bir takip yoludur³⁸². Asliye ticaret mahkemesinin iflas kararı sonrasında, borçlu müflis sıfatını alır ve iflas masasına giren tüm malları, alacakları ve hakları üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılır³⁸³.

TBK m. 513'te vekilin ya da vekalet verenin iflas etmesi halinde, vekalet sözleşmesinin sona ereceği düzenlenmektedir. Hastanın iflası ile sözleşmenin doğrudan sona ereceği söylenemez. Öğretiye göre hastanın iflası, ücretinin ödenip ödenmeyeceği endişesi yaşayan hekime istifa hakkı vermektedir³⁸⁴. Zira iflas sonrasında, hastanın kendi malvarlığı üzerinden tasarruf yetkisi sona ermektedir³⁸⁵. Ancak teşhis veya tedavinin aciliyeti mevcutsa hekimin sözleşmedeki yükümlülüklerine uygun olarak ifaya devam etmesi gerekmektedir³⁸⁶. Hekime benzer şekilde özel sağlık kurum ve kuruluşları da tedaviye devam etmeyebilir³⁸⁷. Diğer ihtimali değerlendirmek gerekirse, hekimin istifasında da hastanın sözleşmeyi sona erdirme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir³⁸⁸. Bu durumun dayanağı ise hekim ve hasta arasındaki güven ilişkisinin sarsılmasıdır³⁸⁹.

382 Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema, İcra ve İflas Hukuku, 3. baskı, Ankara, 2017, s. 429.

383 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 474.

384 Özcanoğlu Görkey, s. 91.

385 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 204.

386 Şenocak, Hekim, s. 73.

387 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 205.

388 Özcanoğlu Görkey, s. 91.

389 Şenocak, Hekim, s. 73.

4. Taraf Ehliyetinin Kaybı

TBK m. 513'te vekilin ya da vekalet verenin ehliyetini kaybetmesi halinde, vekalet sözleşmesinin sona ereceği düzenlenmektedir. Burada hem hasta hem de hekim yönünden ayrı ayrı inceleme yapılmalıdır. İlk olarak hekimin ehliyetini kaybetmesi halinde, teşhis ve tedavi sözleşmesinde bir taraf olarak borcu ifa edebilmesi mümkün olmayacaktır³⁹⁰.

Hastanın ehliyetini kaybetmesi ise teşhis ve tedavi sözleşmesinin doğrudan sona ereceği anlamına gelmemektedir. Öğretiye göre hastanın ehliyetini kaybetmesi tek başına sözleşmeyi sona erdirmeyecektir³⁹¹. Zira hastanın ehliyetini kaybetmesi, hastanın tedavi edilebilmesine engel değildir. Hastanın kanuni temsilcisi, hastanın menfaatine uygun olarak teşhis ve tedavinin devamını isteyebilir³⁹². Kanaatimizce bu durum sözleşmeyi sona erdirmese de sözleşmenin ifası sırasında kimi durumların değişmesini gerektirecektir. Konumuz açısından değerlendirmek gerekirse, ehliyetini kaybetmiş bir hastanın, hekim tarafından yapılan aydınlatmayı anlaması ve buna onam vermesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda hastanın velisi ya da vasisi aydınlatılmalı ve velisi ya da vasisinden onam alınmalıdır.

c. Taraf İradeleriyle Sona Erme Halleri

1. İstifa

TBK m. 512'de, vekilin vekalet sözleşmesini her zaman tek taraflı olarak sona erdirebileceği düzenlenmektedir. İstifaya ilişkin diğer bir düzenleme ise TDN m. 19'da yer almaktadır³⁹³. Bu durumda hekimin de hastayla aralarındaki sözleşmeyi tek taraflı olarak

390 Özcanoğlu Görkey, s. 91.

391 Özcanoğlu Görkey, s. 91.

392 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 204.

393 "**Madde-19** Tabip ve diğ tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir.

sona erdirmesi mümkündür³⁹⁴. Öğretiye göre hastanın etik olmayan istekleri ya da hekimin kendisini yetersiz hissetmesi gibi durumlar mevcutsa hekim derhal istifa etmelidir³⁹⁵. Maddenin devamında ise uygun olmayan bir zamanda istifa edilmesi halinde ortaya bir zarar çıkması durumunda hekimin bundan sorumlu olacağı düzenlenmektedir³⁹⁶. Ayrıca TDN m. 19/2 uyarınca hekimin istifası, hastanın sağlığının bozulmasına ya da hayatının tehlikeye girmesine yol açacaksa, hastayı başka bir hekime bırakmadan istifa etmesi mümkün değildir. Bu husus teşhis ve tedavi sözleşmesinin amacı uygundur, zira hekim, hastanın menfaatinin kendi menfaatinin üzerinde tutmakla yükümlüdür.

2. Azil

TBK m. 512 vekalet veren, her zaman vekalet sözleşmesini tek tarafı olarak sona erdirebilir. Öğretiye göre hastanın azil için herhangi bir sebep göstermesi gerekmemektedir³⁹⁷. İstifadan farklı olarak, azil yetkisi mutlaktır³⁹⁸. Hasta, hekime karşı duyduğu güven duygusundaki bir sarsılma halinde azil yetkisini derhal kullanabilir³⁹⁹. Azil yetkisinin kullanılması, hekimin sorumluluğunun belirlenmesi noktasında etkili olacaktır⁴⁰⁰. Zira azledilen bir hekimin, artık teşhis ve tedaviye ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesi beklenemez.

Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez.

Hastayı bu suretle terk eden tabip veya dış tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahede notlarını verir.”

394 Özcanoğlu Görkey, s. 90.

395 Şenocak, Hekim, s. 73.

396 Şenocak, Hekim, s. 73; Özcanoğlu Görkey, s. 90.

397 Şenocak, Hekim, s. 72; Özcanoğlu Görkey, s. 89; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 202.

398 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 202.

399 Şenocak, Hekim, s. 72.

400 Şenocak, Hekim, s. 72.

Konumuz açısından değerlendirmek gerekirse, hekimin azledildiği aşama da henüz aydınlatma yapılmamışsa azledilen hekimin yerine gelen yeni hekim aydınlatma yapmakla yükümlü olacaktır. Ayrıca yeni gelen hekim, hastaya daha önce aydınlatma yapılıp yapılmadığını da araştırmalıdır. Kanaatimizce, azilden sonra tedaviyi devralan hekimin, aydınlatma baştan yapması daha sağlıklı olacaktır. Zira önceki hekimin aydınlatma sırasında bir hata yapıp yapmadığını hastanın fark etmesi neredeyse olanaksızdır. Ayrıca uygulamada kullanılan matbu formların aydınlatma konusunda yeterliliği tartışmalıdır. Sonuç olarak azilden sonra tedaviyi devralan hekimin yeniden aydınlatma yapmasının, teşhis ve tedavi sürecinin amacına daha uygun olduğu düşüncesindeyiz.

II. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

A. Hastadan Aydınlatılmış Onam Alınması

Çalışmamızın ana konusu olan aydınlatılmış onamın temel işlevi, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun getirmesidir⁴⁰¹. Aydınlatılmış onam alınmadan tıbbi müdahalede bulunulmasının yalnızca hukuki veya idari değil, cezai sorumluluğu da bulunmaktadır. TCK m. 26/2' de: *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”* düzenlemesine yer verilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, verilecek onamın kişinin ancak üzerinde tasarruf edebileceği bir duruma ilişkin olabileceęidir⁴⁰². Hastadan usulüne uygun olarak alınan aydınlatılmış onam aynı zamanda hastanın sahip olduğu self determinasyon hakkına yani tedavinin hastanın iradesine uygun şekilde

401 B. Yılmaz, s. 25; Hancı, s. 52; Tacir, s. 148.

402 Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. baskı, Ankara, 2021, s. 366.

gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktadır⁴⁰³. Bu sayede hastanın tedavi sürecinde ya da tedavinin sonucunda herhangi bir sürprizle karşılaşması engellenmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bir kararında; *"Her ne kadar hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu ve bilirkişi heyeti raporlarında davalılara atfedilebilecek kusur olmadığı belirtilmiş ise de mahkemece hükme esas alınan 06.09.2019 tarihli rapor ve kararın gerekçesinde özel hastane ve özel hastane hekiminin özellikle aydınlatılmış onam yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen şeklen uygun olmadığı bu durumun ortaya çıkan istenmeyen sonuca etkisi olmadığı belirtilmiştir.*

Buna göre mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında hastayı aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükünün davalılarda olduğu da gözetilerek, taraf delilleri toplanıp üniversitede görev yapan ortopedi ve travmatoloji ile beyin ve sinir cerrahisi öğretim üyelerinden oluşan alanında uzman bilirkişi heyetinden davacıya uygulanan tedaviye dair hangi tarihte ne şekilde rıza alındığı, aydınlatmanın gerektiği gibi yerine getirilip getirilmediği ilişkin davacının itirazlarını ve somut iddialarını karşılar, taraf ve yargı denetimine açık, anlaşılır ve hüküm kurmaya elverişli rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." ifadelerine yer verilerek, aydınlatılmış onam alınmamasının, hatalı tıbbi müdahaleyle ortaya çıkan olumsuz sonuçla doğrudan bağlantılı olduğu belirtilmektedir⁴⁰⁴.

Hastadan geçerli bir şekilde onam alınabilmesi, diğer bir ifadeyle hastanın tedaviye kendi iradesi doğrultusunda rıza göstermesi, hastanın usulüne uygun şekilde

403 Tacir, s. 149.

404 Yargıtay, 3. H.D., E. 2021/995, K. 2021/11321, T. 11.11.2021, UYAP Erişim.

aydınlatılmasına bağlıdır⁴⁰⁵. Hastadan alınan aydınlatılmış onam, tedaviyi hukuka uygun hale getirecektir⁴⁰⁶. Zira tıbbi müdahale, aynı zamanda kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik bir fiildir. İşte bu fiilin hukuka uygun hale gelmesi de hastadan aydınlatılmış onam alınmasına bağlıdır. Aksi durumda tıbbi müdahale, kişinin vücut bütünlüğüne rızası dışında gerçekleştirilen fiil niteliğinde olacaktır. Bu hususunda hekimin hem hukuki hem de cezai sorumluluğuna yol açabilme ihtimali bulunmaktadır.

B. Endikasyonun Bulunması

Endikasyona ilişkin olarak herhangi bir kanuni düzenleme bulunmasa da tanımına öğretide ve yargı kararlarında rastlanılmaktadır. Öğretide endikasyon, tıp biliminin kuralları uyarınca müdahalenin gerekli veyahut mecburi olması hali olarak tanımlanmaktadır⁴⁰⁷. Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "tıbbi zorunluluk" ifadesi, endikasyonu müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri halinde getirmektedir⁴⁰⁸. Endikasyon müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için ön şarttır⁴⁰⁹. Zira hekimin tedaviyi gerçekleştirmesini gerektiren bir sebep bulunmadığında tedavi artık gereksiz olduğundan, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmek de anlamsız kalacaktır⁴¹⁰. Öğretiye göre endikasyon kavramı ile aydınlatma kavramı iç içedir⁴¹¹. Endikasyonun türüne, ağırlığına ve aciliyetine göre hekimin aydınlatma yükümlülüğü farklılık gösterecektir. Özellikle müdahalenin acil olduğu hallerde hastanın onamı dahi alınmadan tedaviye başlanması mümkündür⁴¹². Diğer taraftan aciliyetin bulunmadığı endikasyon durumlarında ise

405 Narter, Sami, Tazminat Hukuku, 1. baskı, Ankara, 2014.

406 Narter, s. 142.

407 Er/Topaç/Kaygusuz s. 72; Gökcan, s. 459; Özcanoğlu Görkey, s. 18.

408 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 82; Gökcan, s. 460.

409 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 80; Gökcan, s. 466; Özcanoğlu Görkey, s. 19.

410 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 81.

411 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 81.

412 Şenocak, Hekim, s. 57.

hastadan aydınlatılmış onam alınmaksızın müdahalede bulunulması, müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir⁴¹³. Bu anlamda endikasyonun ağırlığı ve aciliyeti ile hekimin aydınlatma yükümlülüğü arasında ters bir orantı olduğu söylenebilir. Zira müdahalenin hemen yapılması gereken hallerde değinildiği üzere onam alınmadan da tedavi uygulanabilir.

Endikasyonun birçok çeşidi bulunmaktadır. Tıbbi endikasyon dışında psikolojik, dini, etik, sosyal ve genetik endikasyon çeşitleri de bulunmaktadır⁴¹⁴. Özellikle estetik müdahalelerde psikolojik endikasyon olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır⁴¹⁵. Uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin olarak endikasyon değişebilmektedir. Örneğin belli bir ilacın tıbbi müdahalede uygulanabilmesi için, hastaya uygulanacak olan ilacın teşhis veya tedavi süreci için etkin ve faydalı olması aranmaktadır⁴¹⁶. Benzer şekilde acil durumlarda uygulanacak tedaviler için, acil durum endikasyonu aranmaktadır⁴¹⁷. İleride de değineceğimiz üzere, acil durum endikasyonu bulunan hallerde, hekimin hastadan aydınlatılmış onam alınmadan da tıbbi müdahale de bulunabilmesi mümkün olacaktır.

Endikasyon, tedavi sürecinde aşama aşama da ortaya çıkabilmektedir⁴¹⁸. Örneğin hastanın şikâyeti nedeniyle, teşhis uygulamasının endikasyonu doğarken, teşhis sırasında tespit edilen bir durum nedeniyle de belli bir tedavi uygulamasının endikasyonu doğabilir.

413 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 82.

414 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 82.

415 Gürçan, Merve, Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi Estetik Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, 1. baskı, Ankara, 2020, s. 83.

416 Gökcan, s. 461; Özçetin/Balaban, s. 280.

417 Gökcan, s. 462.

418 Gökcan, s. 460.

C. Müdahalenin Tıp Bilimi Tarafından Genel Kabul Gören İlke ve Kurallara Uygun Olması

Hekim kural olarak tedavi yöntemini seçme hususunda özerktir. Ancak hekimin bu özerkliğinin kimi sınırları bulunmaktadır. Buradaki denetim, hekimin tıbbi müdahale sırasında uyguladığı yöntemlerin gerçekten de o hastalığın tedavisine uygun olup olmadığı noktasındadır⁴¹⁹. İlk olarak uygulanacak tedavinin, tıp otoriteleri tarafından kabul gören bir yöntem olması yani tıbbi standartlara uygun olması gerekmektedir⁴²⁰. Başka şekilde ifade etmek gerekirse, tıbbi standartlara uygun olmayan bir tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olacağı söylenebilir⁴²¹. Tıbbi standartların bir ölçüt olarak baz alınması, somut olayda müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı hususuna ışık tutmaktadır⁴²². Bununla birlikte tıbbi standartlar her olaya göre farklılık gösterebilir⁴²³. Bu farklılık, tıp biliminin geldiği son noktaya göre de farklılık gösterecektir⁴²⁴. Bir yöntemin tıbbi standart haline geldiğini söylemek için, o yöntemin tıp camiasında genel kabul gören ve uygulanan bir yöntem olması gerektiği söylenebilir⁴²⁵.

Hekimin tıbbi standartlara uygun bir şekilde tıbbi müdahalede bulunmasının diğer bir ön şartı ise aynı zamanda bir hukuka uygunluk şartı olan müdahaleye ilişkin endikasyon bulunmasıdır⁴²⁶. Zira endikasyon bulunmadan tıbbi müdahalede bulunulması, aynı zamanda hekimin tıbbi standartlardan uzaklaştığı şeklinde yorumlanacaktır

419 Ürekli, s. 425.

420 Aktaş İncel, s. 57; B. Yılmaz, Hekim, s. 24; Özcanoğlu Görkey, s. 61; Özçetin/Balaban, s. 218.

421 Aktaş İncel, s. 57; B. Yılmaz, Hekim, s. 24; Gökcan, s. 468.

422 Aktaş İncel, s. 60.

423 Aktaş İncel, s. 60.

424 Gökcan, s. 470.

425 Ürekli, s. 425.

426 Gökcan, s. 466.

D. Müdahalenin Yetkili Personel Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yetkisi, kural olarak yetkili sağlık personelinde⁴²⁷. Tıbbi müdahaleyi yapmakla yükümlü olan asıl sağlık personeli ise hekimdir⁴²⁸. Kanunen yetkili personel dışında kişiler tarafından gerçekleştirilen müdahaleler hukuka aykırı olacaktır⁴²⁹. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesinde; *"Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır."* düzenlemesine yer verilmektedir. Mevzuat düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere ülkemizde tedavi yapabilmek için tıp fakültesi mezunu olup buradan diploma almak gerekmektedir⁴³⁰. Öğretilmeye göre yabancıların Türkiye'de denklik almaları durumunda hekimlik yapabilmeleri mümkündür⁴³¹. Ancak denkliğin geçerli olabilmesi için denklik başvurusunda bulunan yabancı hekimin, tıp fakültesinde aldığı derslerin içeriğinin de yeterli olması gerekmektedir⁴³². Son olarak hekimlik mesleğini serbest olarak icra edenlerin tabip odalarına kayıt yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır⁴³³.

Tıbbi müdahalenin yetkili personel tarafından gerçekleştirilmesinin istisnasını acil durumlar ve ilk yardımı gerektiren haller oluşturmaktadır⁴³⁴. Anılan Kanun'un 3. maddesinde hekim dışındaki birtakım kişilere de tıbbi müdahale de bulunma yetkisi düzenlenmektedir⁴³⁵. İlk olarak acil tıp teknikerlerinin acil müdahale ve bakımla sınırlı

427 Aktaş İncel, s. 23; Hakeri, Cilt-I, s. 294.

428 Aktaş İncel, s. 23; Hakeri, Cilt-I, s. 295.

429 B. Yılmaz, Hekim, s. 19.

430 Aktaş İncel, s. 24; B.Yılmaz, Hekim, s. 20; Hakeri, Cilt-1, s. 296.

431 B. Yılmaz, Hekim, s. 20.

432 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 43.

433 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 47.

434 Hakeri, Cilt-I, s. 295.

435 Aktaş İncel, s. 24.

olmak üzere tıbbi müdahale de bulunma yetkileri bulunmaktadır⁴³⁶. Diğer bir istisna ise sünnet bakımından görülmektedir. İlgili düzenlemeye göre istisnai durumlarda Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen eğitimlerden geçen kişiler, hekim gözetiminde sünnet yapabilmektedir. Anılan maddede yer verilen önemli bir istisna ise güvenlik güçlerinin faaliyetlerine ilişkindir. Buna göre Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığının operasyonel personeli ile Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Hareket Daire Başkanlığı personellerinden görevlendirilen ve ilgili eğitimi tamamlayanların, görevlerle sınırlı olmak üzere tıbbi müdahale yapma yetkileri bulunmaktadır. Ancak bu yetkinin kullanılabilmesi için hem görev sırasında sağlık personeli bulunmamalı hem de sağlık hizmetine ulaşmak o an için mümkün olmamalıdır⁴³⁷.

Öğretilere göre tıbbi müdahale yapmakla yetkili olabilecek diğer bir grup ise öğrencilerdir⁴³⁸. Uygulamada özellikle intörn hekimler hastanelerde yoğun bir şekilde çalışmaktadır. İntörn hekimler, ancak kendilerinden sorumlu hekimin gözetiminde müdahalede bulunabilir⁴³⁹. Hekimlik mesleğinin pratik yönünün önem arz etmesi sebebiyle öğrencilerin gözetim dahilinde tedavi uygulamalarına katılmaları gerekmektedir⁴⁴⁰. Ancak münhasıran hekim tarafından gerçekleştirilmesi gereken müdahalelerin, eğitim amacıyla da olsa intörn hekim tarafından gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir⁴⁴¹. Öğretilere göre intörn hekimlerin sorumluluğu, yardımcı kişinin

436 Aktaş İncel, s. 24.

437 Hakeri, Cilt-I, s. 319.

438 Hakeri, Cilt-I, s. 311.

439 Er/Topaç/Kaygusuz s. 42.

440 Hakeri, Cilt-I, s. 311.

441 Er/Topaç/Kaygusuz s. 42.

sorumluluğu kapsamında deęerlendirilmelidir⁴⁴². Zira intörn hekimler tıp fakóltesinden mezun olmadıklarından, hekim sıfatına sahip değillerdir.

Eğitim sırasında tedaviyle yükümlü olabilecek diğer bir grupta asistan hekimler yani uzmanlık öđrencileridir⁴⁴³. Kural olarak asistan hekimin müdahalelerinden tıpkı diğer öğrenciler de olduğu gibi tıbbi müdahalede bulunma hususunda asıl yetkili uzman hekim sorumlu olacaktır⁴⁴⁴. Bununla birlikte asistan hekimler aynı zamanda pratisyen hekim vasfında olduklarından tek başlarına yapabilecekleri müdahaleler de bulunmaktadır⁴⁴⁵. Öğrencilerin yaptığı müdahale, aydınlatılmış onam açısında da önem arz etmektedir. Zira tıbbi müdahaleyi eğitimi tamamlamış bir uzmanın yapması ile bir öğrencinin yapması arasında hem müdahalenin kalitesi bakımından hem de hastanın hekime duyacağı güven bakımından ciddi farklar olabilir. Bu durumda tıbbi müdahalede bulunan kişinin öğrenci olması halinde hastanın bu hususa ilişkin olarak aydınlatılması ve onamının alınması gerekmektedir⁴⁴⁶.

442 Kaygusuz/Er/Topaç, s. 43.

443 Hakeri, Cilt-I, s. 314.

444 Hakeri, Cilt-I, s. 316.

445 Hakeri, Cilt-I, s. 313.

446 Hakeri, Cilt-I, s. 318.

İkinci Bölüm

Aydınlatılmış Onamın Hukuki Niteliği, Türleri, Hastadan Alınması ve Aydınlatılmış Onama İlişkin Özel Durumlar

§3. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Onam

I. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü A. Genel Olarak Aydınlatma

Bir sözleşmenin taraflarının edim yükümlülükleri, asli ve yan olmak üzere iki türe ayrılmaktadır⁴⁴⁷. Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin niteliğini de oluşturan edim borçlarıdır⁴⁴⁸. Asli edim yükünün türü değiştikçe, sözleşmenin niteliği de değişmektedir⁴⁴⁹. Asli edim yükümlülüklerinin varlığı, sözleşmenin kurulabilmesinin de asgari şartlarıdır⁴⁵⁰. Örneğin bir satış sözleşmesinde, ortada bir satış varlığından bahsedilmesi için belli bir malın mülkiyetinin belli bir miktar para karşılığında devrine karar verilmesi gerekir. Asli edim yükümlülükleri, tarafların diğer yükümlülüklerinden bağımsız şekilde, ifanın ana konusudur⁴⁵¹. Bir örnek vermek gerekirse, hekim ve hasta arasındaki tedavi sözleşmesinin hekim açısından asli edim yükümlülüğü, hekimin hastayı tedavi etmesidir. Asli edim yükümlülüğünün dışında kalan edim yükümlülükleri ise ikincil edim yükümlülüğü olarak gruplandırılmaktadır⁴⁵².

447 Eren, Genel Hükümler, s. 30.

448 Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. baskı, Ankara, 2020, s. 42; Antalya, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:V/1,1, 2. baskı, Ankara, 2019, s. 61; Eren, Genel Hükümler, s. 30.

449 A. Kılıçoğlu, s. 42.

450 A. Kılıçoğlu, s. 43.

451 Antalya, Cilt-1, s. 61.

452 Eren, Genel Hükümler, s. 31.

Sözleşme ilişkisinde, tarafların asli edim yükümlülükleri dışındaki, asıl ifa yükümlülüğünün gerçekleşmesine katkı sağlayacak olan borçları ise yan edim yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır⁴⁵³. Yan edim yükümlülükleri, doğrudan kanundan doğabileceği gibi TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralından da doğabilir⁴⁵⁴. Dürüstlük kuralı dürüst, makul ve orta zekalı bir kimseden beklenildiği gibi davranılmasını şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁵⁵. Örneğin bir malın nakliyesine ilişkin yapılan sözleşmede, nakliyeciden sözleşme konusu malın, nakliye sırasında zarar görmeyecek şekilde önlem alması beklenebilir. Bununla birlikte taraflar, sözleşme özgürlüğü uyarınca kendileri de belli yan edim yükümlülükleri öngörebilirler⁴⁵⁶. EREN’e göre taraflarca kararlaştırılan yan edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülüğü niteliğini kazanmamaktadır⁴⁵⁷. Yazara göre diğer sözleşmelerin asli edim yükümlülükleri dahi yan edim yükümlülüğü şeklinde, sözleşmenin içerisinde belirlenebilir⁴⁵⁸. Tarafların TBK m. 26’da düzenlenen sözleşme özgürlüğü kapsamında, taraflara belli yükümlülükleri öngörebilir. Bununla birlikte yan edim yükümlülükleri, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde rol oynamamaktadır⁴⁵⁹.

Son olarak edim yükümlülüklerinin dışında bir de ifaya yardımcı ve asıl edime bağlı olan yan yükümlülükler mevcuttur⁴⁶⁰. Yan yükümlülükler öğretide, özen gösterme yükümlülüğü de denilmektedir⁴⁶¹. Yan yükümlülükler, edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak ayrı bir davaya konu olamamaktadırlar⁴⁶². Ancak, yan yükümlülüklerin

453 A. Kılıçoğlu, s. 43; Antalya, Cilt-1, s. 62.

454 A. Kılıçoğlu, s. 44; Antalya, Cilt-1, s. 62; Eren, Genel Hükümler, s. 34

455 Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, 20. Baskı, Medeni Hukuk, İstanbul, 2014, s. 250.

456 A. Kılıçoğlu, s. 43; Eren, Genel Hükümler, s. 32.

457 Eren, Genel Hükümler, s. 33.

458 Eren, Genel Hükümler, s. 33-34.

459 Eren, Genel Hükümler, s. 33.

460 Antalya, Cilt-1, s. 63; Eren, Genel Hükümler, s. 37.

461 A. Kılıçoğlu, s. 44; Eren, Genel Hükümler, s. 37.

462 A. Kılıçoğlu, s. 44.

yerine getirilmemesi, borçlunun tazminat sorumluluğunu tetikleyebilir⁴⁶³. Tazminat davası açılabilmesi için, yan yükümlülüklerin ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi gerekmektedir⁴⁶⁴. Yan yükümlülükler ifayı yardımcı ya da koruyucu nitelikte olabilirler⁴⁶⁵. İfaya yardımcı yan yükümlülüklerin amacı, asıl ediminin ifasının hazırlanması ve sağlanmasıdır⁴⁶⁶. Aydınlatma yükümlülüğü, temel olarak sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan bir çeşit ifaya yardımcı yan yükümlülüktür⁴⁶⁷. Aydınlatma yükümlülüğü, doğrudan kanuni düzenlemelerden doğabileceği gibi dürüstlük kuralına bağlı olarak da doğabilmesi mümkündür⁴⁶⁸. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kaynağı, doğrudan kanuni düzenlemeler hatta uluslararası sözleşmelerdir. Bununla birlikte, hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir düzenleme olmasa dahi, dürüstlük kuralı uyarınca hekimin, hastayı aydınlatmakla yükümlü olacağı söylenebilir.

Öğretide aydınlatma ile ilgili kavramsal bir tartışma bulunmaktadır. Buradaki tartışma aydınlatma ve bilgilendirme kavramlarının ne anlama geldiği hususundan doğmaktadır. Öğretideki bir görüşte, aydınlatma ile bilgilendirmenin farklı olduğu, aydınlatmada hastanın tedavi hakkında karar verebilecek düzeye gelirken bilgilendirmede hastaya sadece bilgi yüklemesi yapıldığı ancak hastanın tedavi hakkında karar verebilecek düzeye gelmediği savunulmaktadır⁴⁶⁹. Bu görüşe göre aydınlatma, bilgilendirmeye göre daha sade bir dilde ve daha detaylıdır⁴⁷⁰. Diğer bir görüşe göre ise

463 A. Kılıçoğlu, s. 44-45; Eren, Genel Hükümler, s. 37.

464 Eren, Genel Hükümler, s. 37.

465 A. Kılıçoğlu, s. 45.

466 Eren, Genel Hükümler, s. 38.

467 A. Kılıçoğlu, s. 45; Antalya, Cilt-1, s. 63; Eren, Genel Hükümler, s. 38.

468 Eren, Genel Hükümler, s. 39.

469 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 112.

470 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 113.

aydınlatma ve bilgilendirme aynı anlama geldiğinden birbirleri yerine kullanılabilirlerdir⁴⁷¹. Benzer şekilde onam ve rıza kavramları da birbirleri yerine kullanılabilir⁴⁷². Sözlük tanımına bakıldığında aydınlatmanın: *“Bir sorunun ya da kavramın tüm içerimleriyle açıklanması.”* şeklinde tanımlandığını, bilgilendirmenin ise: *“Bir konuda bilgi sahibi olmasını sağlamak, haberdar etmek”* şeklinde tanımlandığı görülmektedir⁴⁷³. Sözlük anlamlarına bakıldığında aydınlatma bilgilendirmeye kıyasla daha detaylı bir uygulama gibi gözükmeyle birlikte her ikisi de benzer uygulamalardır. Ayrıca sözlük anlamlarından bilgilendirme sonucunda hastanın teşhis ve tedaviyi anlayıp anlamamasının önemsenmediğine ilişkin bir çıkarım yapılması kanaatimizce doğru değildir. Sonuç olarak aydınlatma ve bilgilendirmenin, aynı anlamda kullanılmasının doğru olduğu kanaatindeyiz.

Öğretide aydınlatmanın dayanağı hususu da tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre aydınlatmanın dayanağı, hekimin sadakat yükümlülüğüdür⁴⁷⁴. Diğer bir görüş ise aydınlatmanın hekimin özen yükümlülüğünden kaynaklandığını savunmaktadır⁴⁷⁵. Konu hakkında kendi görüşümüzü belirtmek gerekirse öncelikle hem sadakat yükümlülüğü hem de özen yükümlülüğü vekalet ilişkisinden doğmaktadır⁴⁷⁶. Bununla birlikte sadakat yükümlülüğü, özen yükümlülüğüne kıyasla daha kapsayıcıdır. Zira sadakat yükümlülüğü gereği, hekimin hastanın menfaatini kollaması gerekmektedir. Bu anlamda sadakat yükümlülüğünün özen yükümlülüğünü kapsadığı söylenebilir. Özen yükümlülüğünün

471 Hakeri, Cilt-I, s. 331.

472 Hakeri, Cilt-I, s. 331.

473 <https://sozluk.gov.tr/>

474 Sert, s. 126; Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 63.

475 Subaşı, s. 36.

476 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 135.

kapsamı ise sadakat yükümlülüğüne göre daha dardır. Özen yükümlülüğünü hekim açısından değerlendirdiğimizde ise hekimin her hastayı yeterli düzeyde aydınlatması ve uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin hastadan ya da hasta yakınından aydınlatılmış onam alması, özen borcuna riayet ederek teşhis ve tedavi sürecini yürüten ortalama bir hekimden beklenmesi gereken bir davranıştır. Sonuç olarak hekimin hastayı aydınlatma borcunun dayanağının, özen yükümlülüğü olduğu kanaatindeyiz. Başka bir anlatımla aydınlatma yükümlülüğünün kaynağının hasta ve hekim arasındaki vekalet ilişkisi olduğu söylenebilir. Bununla birlikte öğretilerdeki bir görüş tarafından, aydınlatılmanın ve buna uygun onam alınmasının etik bir sorumluluk olduğunu savunulmaktadır⁴⁷⁷. Bu görüşün temeli, aydınlatılmış onamın tarihçesine dayandırılmakta, İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan acı deneyimler sonucunda hasta ve hekim arasında yıkılan güven ilişkisinin tekrar kurulması için bir yol olarak görülmesine dayandırılmaktadır⁴⁷⁸. Buradaki önemli nokta, istenilen onamın sıradan bir onam değil aydınlatılmış yani nitelikli bir onam olmasıdır. Aydınlatma bu işleviyle, hasta ve hekim arasında güven ilişkisini tazeleyecek ve taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulmasına hizmet edecektir⁴⁷⁹.

B. Aydınlatmanın Kapsamı

a. Genel Olarak

Tıbbi müdahalelerde aydınlatmanın kapsamı; teşhis, riskli durumlar ve uygulanacak olan tedavinin şekli ve kapsamı olarak özetlenebilir⁴⁸⁰. Burada amaçlanan durum hastanın kendisine uygulanacak olan müdahaleyi anlaması ve bunu kabullenmesidir. Müdahalenin risklerinin yoğunluğuna bağlı olarak, aydınlatmanın da

477 Örnek Büken, Nükhet, Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, Ankara, 2008, s. 39.

478 Örnek Büken, s. 38.

479 Subaşı, s. 41; Ozanoğlu, s. 64.

480 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 121.

kapsamı deęiřecektir⁴⁸¹. Hasta kendisine verilen bilgiler çerçevesinde, altına girdiği riski ve ulaşmak istediği sonucu analiz etmeli, ardından tedaviyi kabul etmelidir⁴⁸². Bu noktada tedavinin reddi veya kabulü, hastanın ya da duruma göre kanuni temsilcisinin iradesindedir⁴⁸³. Aydınlatılmış onam alınmadan yapılan bir müdahale ise hastanın self determinasyon hakkının ihlali anlamına gelmektedir⁴⁸⁴. Bu anlamda aydınlatmanın hastanın anlayabileceği şekilde yapılması doğrudan hastanın kararına etki edeceğinden ayrıca önem arz ettiği söylenebilir.

Aydınlatmanın kapsamı bilinen veyahut bilinebilecek durumlara iliřkindir⁴⁸⁵. Zira hekimin henüz kendisinin de bilemeyeceği bir hususu hastaya aktarabilmesi mantıken mümkün değildir. Bilinemeyecek husustan söz edilebilmesi için de tıp ilminin sınırları dahilinde tespit edilemiyor olması ya da daha önce benzeri bir durumla karşılaşılmamış olması gerekmektedir. Aksi halde hekimin yeterli eğitimi aldığı ve kendini geliştirdiği durumda tıbbi müdahaleye ilişkin bilebileceği bir husus, aydınlatmanın kapsamındadır. Buna ilişkin bir durumun yeterince aydınlatılmaması durumu ise mesleki kusur olarak anılacaktır⁴⁸⁶.

Aydınlatmanın kapsamı öğretide ve yargı kararlarında uzun yıllardır tartıřmalıdır⁴⁸⁷. OZANOĞLU'na göre usulüne uygun bir aydınlatmanın sağlanabilmesi için hastanın tedaviye ilişkin temel kararlar hakkında da aydınlatılması gerekmektedir⁴⁸⁸.

481 Gülel, s. 130.

482 Özcanoğlu Görkey, s. 63.

483 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 110.

484 şenocak, Hekim, s. 44.

485 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 122.

486 Demir, Sözleşme Sorumluluğu, s. 247.

487 şenocak, Hekim, s. 47.

488 Ozanoğlu, s. 57.

Yazar aksi durumda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmayacağını vurgulamaktadır⁴⁸⁹.

Aydınlatma ve hastadan onam alınmasının temel dayanağı Anayasa'nın 17. maddesidir. Bu düzenleme doğrultusunda aydınlatılmış onam adeta vücut bütünlüğü koruyan bir zırh işlevindedir⁴⁹⁰. Aydınlatmada yer alacak hususlar HHY m. 15'te düzenlenmektedir⁴⁹¹. Bunun dışında HHY'nin devam eden hükümlerinde hastanın aydınlatılması ve hastadan onam alınması detaylı bir şekilde düzenlenmektedir. HHY'de yer alan düzenlemeler aydınlatmaya ilişkin genel bir çerçeve niteliğinde olup farklı mevzuatlarda da aydınlatma sırasında dikkat edilecek hususlara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır⁴⁹².

b. Hastalığın Muhtemel Sebepleri ve Seyri

Aydınlatma yükümlülüğü, hastalığın kaynağın ne olduğu ya da olabileceği ile hastalığa ilişkin sürecin nasıl devam edeceğini de kapsamaktadır. Hastalığın seyrine ilişkin aydınlatma, tür olarak süreç aydınlatmasıdır⁴⁹³. Hastalığın seyrinde hekim, tıbbi

489 Ozanoğlu, s. 57.

490 Hakeri, Cilt-I, s. 332.

491 " **Madde 15- Bilgilendirmenin Kapsamı**

Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

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

492 Subaşı, s. 48.

493 Özdemir, Hayrunnisa, Teşhis Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, (Aydınlatma), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2008, C. 12, S.3-4, s. 354.

müdahalenin tüm ayrıntılarıyla hastayı aydınlatmakla yükümlü değildir⁴⁹⁴. Ancak hastalığın seyrine ilişkin hastadan yalnızca matbu form alınması, aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği anlamına gelebilir. Danıştay'ın bir kararındaki karşı oy yazısında bu yönde görüş bildirilmektedir⁴⁹⁵. Kanaatimizce hastaya veya durumun gerektirmesi halinde hasta yakınına, tıbbi müdahale sürecinde başına gelecek hususlar kabaca anlatılmalıdır. Hastalığın muhtemel seyri kapsamında, hastalığın başlangıç evresindeki durumu, nasıl ilerleyeceği, hastanın günlük hayatına ne oranda etki edeceği, tedavinin ne kadar sürebileceği, hastalığın ne hızda ilerleyeceği, kullanılacak ilaçlar ve etkileri, tedavi sonunda hastalığın kalıcı etkileri gibi hususların hastaya aktarılması gerekmektedir. Örneğin bir kanser tedavisi sırasında kemoterapi uygulanması halinde hastanın saçlarının döküleceği ya da bir MS hastasının günlük hayatta yaşayacağı zorluklar bu kapsamda hastaya aktarılmalıdır. Bu hususların aktarılmasının, hastadan onam alınması hususunda da oldukça etkili olduğu düşüncesindeyiz. Zira hastalığın seyrine ilişkin olumsuz sonuçları öğrenmek, hastayı tedaviye yönelme noktasında ikna edici olabileceği gibi öğrendiği olumsuz sonuçlara rağmen hasta tedavi görmemeyi de tercih edebilir.

c. Tıbbi Müdahalenin Gerçekleştirilme Şekli

Tıbbi müdahalenin ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin aydınlatma yükümlülüğü, HHY m. 15/1'in (b) alt bendinde düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre

494 Özdemir, Aydınlatma, s. 354.

495 "Dosyada mevcut "tıbbi cerrahi müdahalelerde hasta bilgilendirilme ve rıza formu" incelendiğinde, onay formunun bu tür ameliyatlar için hazırlanmış matbu bir form olduğu, söz konusu formda davacıya uygulanacak tıbbi işlemlerin faydaları ile muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri hakkında açık, anlaşılır, yeterli açıklamaların bulunmadığı, söz konusu formda ameliyat sonrası gelişmesi beklenebilecek komplikasyonlar arasında davacıların murisinde ortaya çıkan gastrik fistüle ve ölüm riskine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmediği, bu haliyle hasta ve yakınlarının hastaya uygulanan cerrahi girişimler hakkında yeterli biçimde aydınlatıldığı kabul edilemeyeceği anlaşılmıştır." Danıştay, 10. D., E. 2019/6090, K.2090/7296, T.04.11.2019, (www.lexpera.com.tr).

tıbbi müdahalenin kim tarafından, nerede ve ne şekilde ve nasıl yapılacağı ve tedavinin tahminin süresi hakkında hastanın bilgilendirilmesi gerekmektedir⁴⁹⁶.

İlk olarak hastanın kim tarafından tedavi edileceği hususunda hastanın aydınlatılması gerekmektedir. Kural olarak aydınlatma yükümlüsü, aynı zamanda tedaviyi gerçekleştirecek olan hekimdir. Ancak aydınlatmayı tedaviyi uygulayacak hekimden başka bir hekimin gerçekleştirmesi ya da birden fazla hekim tarafından gerçekleştirilecek tedavilerde, tedavide rol alacak hekimler hakkında da aydınlatma yapılmalıdır. Özellikle hasta ve hekim arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olması halinde, tarafların tanışması ve önceden aralarında güven bağı oluşturmaları, hastanın tıbbi müdahaleye onam vermesinde oldukça etkili olacaktır. Diğer taraftan, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimin özgeçmişini de hastanın müdahaleye onam vermesi bakımından elzemdir. Zira onam konusu tıbbi müdahaleyi, geçmişte defalarca uygulamış, alanında oldukça tanınan ve akademik anlamda da oldukça başarılı bir hekimle, henüz yeni uzman olmuş bir hekimin hastada oluşturacağı güven duygusu, farklı seviyelerde olacaktır.

Müdahalenin gerçekleştirilme şekli de aydınlatmanın temel konularındadır. Hatta müdahalenin nasıl gerçekleştirileceği, çoğu zaman aydınlatmanın ve onamın asıl konusunu oluşturabilir. Örneğin bir kanser tedavisinde hasta ilaç tedavisini mi yoksa ameliyatı mı seçeceğinin belirlenmesinde, her iki müdahalenin nasıl gerçekleştirildiği, riskleri ve müdahale sırasında hastayı nelerin beklediğinin hastaya aktarılmasının, hastanın iradesini doğrudan etkileyeceği açıktır. Bu nedenle müdahalenin nasıl

496 Çoşkun, Yuzarsif Selçuk, Cerrahide Aydınlatılmış Onam, 1. baskı, Ankara, 2023, s. 56.

gerçekleştirileceği, onanı doğrudan etkileyecek hususlardan biri olduğundan, hastanın bu konuda mutlaka aydınlatılması gerekmektedir⁴⁹⁷.

Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilme şekli kapsamında müdahalenin ne kadar süreceği hususunda da hastanın aydınlatılması gerekmektedir⁴⁹⁸. Tıbbi müdahalenin muhtemel süresi hakkında da hastanın aydınlatılmasının oldukça önemli olduğu kanaatindeyiz. Zira oldukça uzun ve yorucu bir tedavi yöntemi yerine, hastanın kısa yoldan başarılı sonuca ulaşmak istemesi de olasıdır. Örneğin zayıflamak için beş farklı bilinen yol bulursa da son yıllarda mide tüpü ameliyatı oldukça popüler bir yöntemdir⁴⁹⁹.

d. Muhtemel Komplikasyonlar ve Riskleri

Teşhis ve tedavi sürecinde ortaya çıkabilecek komplikasyonlara ilişkin aydınlatma yükümlülüğüne değinmeden evvel, komplikasyon kavramına kısaca değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Sözlük tanımına bakıldığında, hastalığı veya tedaviyi zorlaştıran, ek bir tıbbi sorun olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁰. Öğretide ise “*izin verilen risk*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁰¹. Komplikasyonlar bilgi ve beceri eksikliğinin aksine, ortaya çıkması öngörülen ancak engellenemeyen olumsuz sonuçlardır⁵⁰². Komplikasyonların engellenemez oluşu, aynı zamanda komplikasyonlar ve hatalı tıbbi uygulamalar arasındaki temel farkı oluşturmaktadır⁵⁰³. Ancak uygulamada bu iki kavramın iç içe geçtiğinden ayrılımlarının oldukça zor olduğu söylenebilir⁵⁰⁴. Komplikasyon ve hatalı

497 Er/Topaç/Kaygusuz s. 272.

498 Gökcan, s. 360.

499 <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/obezite/obezitenin-tedavisi.html>.

500 <https://www.turkcebilgi.org/sozluk/saglik-terimleri/komplikasyon-247926.html>

501 Aktaş İncel, s. 98; Demir, hekim, s. 246.

502 Aktaş İncel, s. 98; Ozanoğlu, s. 67.

503 Aktaş İncel, s. 99.

504 Aktaş İncel, s. 99; Ürekli, s. 439.

tıbbi uygulama arasındaki farkın tespitinin alanında uzman kişilerin incelemesiyle anlaşılacağından bilirkişi incelemesi yoluyla ortaya çıkarılması gerekmektedir⁵⁰⁵. Ayrıca komplikasyonların öngörülebilir olup olmadığının tespitinin de bilirkişi incelemesi sonucunda ortaya konulması gerekmektedir⁵⁰⁶. Komplikeasyonlar, hekimin kusuru nedeniyle oluşmadıysa, burada hekimin sorumluluğundan söz edilemeyecektir⁵⁰⁷. Bundan dolayı, ortaya çıkan zararın hatalı tıbbi müdahale sonucu mu ortaya çıktığı ya da bir komplikasyon mu olduğunun tespiti büyük önem arz etmektedir. Sonuç olarak, hekimin komplikasyonlar hakkında hastayı bilgilendirmemesi veya komplikasyonlara karşı önlem almaması, tıbbi standartlara uygun olmayan bir müdahalede bulunduğu anlamına gelecektir⁵⁰⁸.

Aydınlatma yapılırken üzerinde durulması gereken temel hususların başında, tıbbi müdahale sürecinde ortaya çıkacak muhtemel komplikasyonlar gelmektedir⁵⁰⁹. Komplikeasyonlara ilişkin aydınlatma, öğretilde risk (riziko) aydınlatması olarak adlandırılmaktadır⁵¹⁰. Risk aydınlatmasına ilişkin çalışmamızın ilerleyen bölümünde detaylı açıklama yapılacağından konuyu burada daha dar bir şekilde açıklıyoruz. Komplikeasyonlar ilişkin aydınlatma yapılmadığı takdirde, hasta teşhis veya tedaviye ilişkin onam verirken, doğal olarak komplikasyonları hesaba katmayacaktır⁵¹¹. Komplikeasyonlar her ne kadar dikkat edilseler de ortaya çıkacak olan olumsuz sonuçlardır. Hastalıktan ziyade teşhis ve tedavi sürecinin bir sonucu olarak karşımıza

505 Özdemir, Selman, Bilirkişi İncelemesi, Adalet Yayınevi, 2022, s. 155; Ürekli, s. 440.

506 Değdaş, s. 61.

507 Demir, hekim, s. 246.

508 Ürekli, s. 439.

509 Aktaş İncel, s. 101; Hakeri, Cilt-I, s. 396.

510 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 190.

511 B.S. Venugopal, Informed Consent To Medical Treatment, Journal of the Indian Law Institute , Y. 2004/7-9, C. 46, S. 3, s. 400.

çıkılmaktadırlar. Öğretide, hekimin komplikasyonlardan sorumlu tutulamaması için, öngörülemeyen haller dışında, hastayı daha önceden aydınlatması gerektiği ileri sürülmektedir⁵¹². Yüksek Mahkeme bir kararında *“Hekim işin başarı ile neticelenmesini garanti etmez ise de seçilen tedavi yöntemi, bu yöntemin riskleri ameliyat sonrası doğabilecek komplikasyonlar ve tedavinin süreci ve kontrolü ile ilgili hastanın aydınlatılmış rızasını almak zorundadır.”* ifadelerine yer verilerek, komplikasyonlara ilişkin aydınlatılmış onam alınmasının önemi vurgulanmaktadır⁵¹³. Yüksek Mahkemenin diğer bir kararında ise sadece hastadan yalnızca onam alınmasının yeterli olmadığı, onamın hastaya yapılan aydınlatmaya dayanması gerektiği vurgulanmaktadır⁵¹⁴. Konuya ilişkin diğer bir kararda ise, hastanın yeterince aydınlatıp aydınlatılmadığı araştırılmadan karar verilmesinin bozma sebebi olarak belirtildiği görülmektedir⁵¹⁵. Kanaatimizce tedavi yönteminin seçiminin sağlıklı bir şekilde yapılması için hastanın komplikasyonlara ilişkin olarak aydınlatılması gerekmektedir. Zira hasta, kısa ama komplikasyon içeren yöntem ile uzun ama daha az risk içeren yöntemden hangisi seçeceğini, muhtemel riskleri öğrenmeden kararlaştıramayacaktır.

Muhtemel risklere ilişkin aydınlatma, riskin gerçekleşme yüzdesi hakkındaki bilgilendirmeyi de kapsamaktadır⁵¹⁶. Gerçekten de %2 gibi çok düşük olasılıklarla gerçekleşen bir komplikasyon hastayı ürkütmeyebilir. Ancak komplikasyonla karşılaşan %2'lik grup içerisinde hastanın bulunma ihtimali de mevcuttur. Buna ilişkin riski alacak olan hastanın kendisi olacaktır. Komplikasyonlara ilişkin yargı kararlarını

512 Değdaş, s. 60.

513 Yargıtay, 13. H.D., E. 2007/12837, K. 2007/13884, T.20.11.2007, (www.lexpera.com.tr).

514 Yargıtay, 3. H.D., E. 2017/9077, K. 2016/5505, T. 11.04.2016. Benzer yönde, Yargıtay 13. H.D., E. 2016/25663, K. 2018/7615, T.04.07.2018, (www.lexpera.com.tr).

515 Yargıtay, 3. H.D., E.2013/6034, K. 2013/10207, T.17.06.2013, (www.lexpera.com.tr).

516 Ozanoğlu, s. 67.

incelendiğimizde, Yargıtay'ın bir kararında, hastanın komplikasyonlar hakkında aydınlatılmasının, aydınlatma yükümlülüğünün bir gereği olarak belirtildiği görülmektedir⁵¹⁷. Bu durumda, hekimin teşhis ve tedavi sürecinde ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hususunda hastayı aydınlatmasının, yüksek mahkeme nezdinde de önem arz ettiği söylenebilir.

e. Tedavide Kullanılacak İlaçlar

HHY m. 15'in (e) bendinde hastanın teşhis ve tedavi sürecinde kullanılacak ilaçlar hakkında da bilgilendirilmesi gerektiği öngörülmektedir. İlaçlar hakkında bilgilendirme ilacın kendisini, kullanılmasını ve yan etkilerini kapsamaktadır⁵¹⁸. İlaç kavramı öğretide; *"kişileri hastalıklardan korumak, tanı, tedaviyi ya da bir işlevin düzeltilmesi, kişilerin menfaati yönünde değiştirilmesi amacıyla geliştirilen yapay, bitkisel ya da biyolojik kaynaklı madde ya da maddeleri içeren bitmiş dozaj"* şeklinde tanımlanmaktadır⁵¹⁹. İlaçların hem teşhis hem de tedavi de kullanımı mümkündür⁵²⁰. Diğer bir kullanım alanı ise bilimsel araştırmalardır⁵²¹. Bu anlamda ilaçların çok geniş kullanım alanının bulunduğu söylenebilir. İlaçlar yalnızca öğretide değil mevzuatta da tanımlanmaktadır. Beşerî Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmeliğin 4. maddesinde; *"Hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu"* şeklinde tanımlanmaktadır.

517 Yargıtay, 13. H.D., E. 2016/23372, K.2019/12469, T. 12.12.2019, UYAP erişim.

518 Hancı, s. 53.

519 Nart, Serdar, Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 40; Soyaslan, Doğan, Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008, s. 329.

520 Nart, s. 41.

521 Soyaslan, s. 329.

İlaçların hasta üzerinde kullanılması belli şartlara tabidir. Öncelikle hasta üzerinde kullanılacak olan ilacın belli deneylerden geçirilmesi ve tıp biliminde kabul görmesi gerekmektedir⁵²². Aksi durumun hekimin sorumluluğunu tetikleyebileceği söylenebilir. İlaç kullanımının da tıpkı diğer tedaviler gibi belli bir endikasyon doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁵²³. Zira hasta üzerinde ilaç kullanılması da aslında bir tıbbi müdahaledir. Danıştay'ın bir kararında, hekimin hastaya hatalı ilaç uyguladığından bahisle hekim hakkında soruşturma açılabilmesi için, hastaya uygulanan ilacın gerçekten hastaya uygulanıp uygulanamayacağı ve alternatif bir tedavinin mümkün olup olmadığının da araştırılması gerektiğini belirtilmektedir⁵²⁴. Danıştay'ın diğer bir kararında ise hastaya verilen ilacın hatalı tıbbi uygulama olduğundan söz edilebilmesi için bilirkişi incelemesi sırasında, kullanılan ilacın yan etkileri ile ortaya çıkan olumsuz sonuçlar arasında bir illiyet bağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği vurgulanmaktadır⁵²⁵.

İlaçların kullanılmasına ilişkin mevzuatımızda da kimi düzenlemeler mevcuttur. İlk olarak TDN m. 20'de ilaçlara ilişkin birtakım düzenlemeler bulunmaktadır⁵²⁶. Buna göre hekimin işe yaramayacağını bildiği bir ilacı hasta üzerinde kullanması mümkün değildir. Bununla birlikte gerçek bir tedavi bulunmuyorsa hastayı teselli etmek amacıyla hastaya ilaç uygulanması mümkündür. İlaçların kullanımına ilişkin bir diğer düzenleme ise TDN m.

522 Nart, s. 95; Soyaslan, s. 330.

523 Nart, s. 95.

524 Danıştay, 1. D., E. 2019/1870, K.2019/1927, T. 17.12.2019, UYAP erişim.

525 Danıştay, 1. D., E. 2013/3772, K.2014/5792, T. 16.05.2012, UYAP erişim.

526 Madde-20 *Tabip ve dış tabibi, faydasızlığını bildiği bir ilacı, hastaya veremez. Ancak, esaslı bir tedavi yapılması mümkün olmayan hallerde, teselli bakımından bazı ilaçlar tavsiye edebilir.*

Mali vaziyetleri müsait olmayan hastalara, mutlak zaruret olmadıkça, pahalı teselli ilaçları verilmesi caiz değildir.

12'nin (D) bendindedir. Buna göre hekimin kişisel menfaati doğrultusunda bir ilacı tavsiye etmesi yasaklanmaktadır. İlaçların kullanımına ilişkin başka bir düzenleme ise HHY m. 24/8'de yer almaktadır⁵²⁷. Buna göre tedavisi tamamlanan ve taburcu edilen hastaya kullanacağı ilaçlara ilişkin hem sözel bilgilendirme yapılmalı hem de kendisine içinde ilaçlara ilişkin bilgilerin de yer aldığı genel tedavi planının yazılı bir nüshasının verilmesi gerekmektedir. Tedavide kullanılacak ilaçların özellikleri de hastayla paylaşılmalı ve alerji riskine karşı önlem alınmalıdır⁵²⁸. Son olarak reçetenin eczacı tarafından hatalı okunması sonucunda hastaya yanlış ilaç verilmesinden eczacı sorumlu olacaktır⁵²⁹. Zira eczacı tereddütte düştüğü her durumda hekimi arayarak ilaç hakkında danışabilir⁵³⁰. Günümüzde ise özellikle e-nabız sisteminin geliştirilmesi ile reçetelerin elektronik ortamda düzenlenmesinin bu tipteki hataları ortadan kaldırdığı söylenebilir. Zira yeni sistemle birlikte hekimler reçeteleri elektronik olarak düzenlemekte ve eczacılar da bu sistem üzerinden düzenlenen ilaçları görebilmektedirler. Buna karşın eczacı tarafından reçeteye uygun ilacın verilmesi hususunda bir hata yapılıyor ise bu durumda eczacının sorumluluğun mevcut olduğu açıktır.

Hekimin dikkat etmesi gereken bir başka durumda birden fazla ilaç kullanımı halinde ortaya çıkabilecek durumdur. Birden fazla ilacın bir arada kullanılması durumunda ilaçlar birbiriyle etkileşime girerek farklı tepkilere yol açabilir⁵³¹. Bu etkiler hakkında da hastanın aydınlatılması ve onamının alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

527 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.

528 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 116-117.

529 Soyaslan, s. 334.

530 Soyaslan, s. 334.

531 Nart, s. 53; Soyaslan, s. 332.

Burada dikkat edilmesi gereken husus ilaçların bir araya gelmesiyle oluşan yan etkilerin belirlenebilmesinin daha zor olacağıdır. Yan etkinin tahmin edilememesi aynı zamanda hastanın bulunduğu riskinde sınırlarının tespit edilemeyeceği anlamına gelmektedir. Riskin tahmin edilemez durumda olması ise hekimin aydınlatma yükümlülüğünün arttığı bir durum olarak karşımıza çıkacaktır. Bu anlamda birden fazla ilacın bir arada kullanılması halinde aydınlatma yükümlülüğünün de genişleyebileceği söylenebilir.

Aydınlatılmış onam bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, hekim kullanılacak ilaca ilişkin aydınlatma yapılmalı ve hastadan onam alınmalıdır⁵³². İlaça ilişkin aydınlatmada üzerinde durulması gereken önemli bir hususta yan etkilere ilişkin aydınlatmadır⁵³³. Yan etki, ilacın kullanımıyla birlikte ortaya çıkan ve istenmeyen sonuçlar doğuran etkilere verilen isimdir⁵³⁴. Yan etki ilacın dozunun yanlış ayarlanmasından ya da hastanın yapısından doğan nedenlerden dolayı ortaya çıkabilir⁵³⁵. Danıştay'ın bir kararındaki karşı oy yazısında ise tedavide kullanılan ilaçların yan etkilerinin olup olmadığına, yan etkileri varsa etkilerinin ne olacağı hususunda bir araştırma yapılmadan uygulanmasının, tıbbi standartlara uygun olmadığı belirtilmektedir⁵³⁶. Danıştay'ın bir diğer kararında ise, ilacın dozunun yanlış ayarlanmasının, hekimin cezai sorumluluğuna yol açabileceği belirtilmektedir⁵³⁷. Danıştay'ın konuya ilişkin bir başka kararında ise halihazırda başka bir hastalığı bulunan hastaya uygulanacak ilacın, hastada çeşitli olumsuz sonuçları hakkında, hastanın aydınlatılması gerektiği belirtilmektedir⁵³⁸.

532 Demir, Hekim, s. 243; Soyaslan, s. 331.

533 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 180; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 116.

534 Nart, s. 51.

535 Nart, s. 52.

536 Danıştay, 15. D., E. 2014/9800, K.2015/2673, T. 07.05.2015, UYAP erişim.

537 Danıştay, 1. D., E. 2017/1288, K.2017/1824, T. 19.10.2017, UYAP erişim

538 Danıştay, 1. D., E. 2013/718, K.2013/738, T. 30.05.2013, UYAP erişim

Görüldüğü üzere yan etkiler hakkında hastanın detaylı bir şekilde aydınlatılması gerekmektedir. Özellikle ilaçlara ilişkin riziko aydınlatması yapılması elzemdir⁵³⁹. Aydınlatmanın kapsamı yan etkilerin taşıdığı riskle doğru orantılı olarak artmaktadır⁵⁴⁰. Bazı ilaçların kullanımı, hastanın rızası olsa dahi sınırlandırılmaktadır. Örneğin HHY m. 30, aile planlaması hizmetlerinde kullanılacak olan ilaçların Sağlık Bakanlığı tarafından tespit edilmesi zorunlu kılınmaktadır⁵⁴¹. Bu gibi durumlarda ise hasta onam verse dahi yasaklı ilacın hastaya uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira hukuka aykırı bir tıbbi müdahaleye onam verilebilmesi mümkün değildir⁵⁴². Bir başka deyişle, yasaklı ilaçlar, hastanın onamının kapsamının dışındadır.

f. Hayati Yaşam Tarzı Önerileri

Hastanın sağlığı için kritik öneme sahip yaşam tarzı önerilerinin, hastaya aktarılması gerekmektedir⁵⁴³. Bu husus, HHY m. 15'in (f) bendinde düzenlenmektedir. Hayati yaşam tarzı önerileri her hastalığa ve hatta her hastaya göre değişebilmektedir. Örneğin bir şeker hastasına tatlı yememesi gerektiği, alerjik bir bünyeye sahip hastaya belli gıdalardan ve hayvanlardan uzak durması gerektiği ya da bir kalp hastasına kalbini zorlayacak derecede yoğun spor yapmaması gerektiği hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce hayati yaşam tarzı önerileri tedavi sürecinin sonrasında ilişkindir. Zira ağır bir hastalık ya da kaza geçiren birinin, eski yaşamına dönebilmesi artık mümkün olmadığı gibi, yeni yaşamında da dikkat etmesi gereken birçok husus

539 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 116.

540 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 118.

541 "İlgilinin rızası mevcut olsun veya olmasın, Bakanlık tarafından tespit edilmiş olanlar dışındaki ilaç ve araçlar aile planlaması hizmetlerinde kullanılamaz."

542 Gülel, s. 48.

543 Yüzbaşıoğlu, Cihan, İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, 1. baskı, İstanbul, 2020, s. 198.

bulunabilir. Yaşam tarzı önerileri, kişinin gündelik hareketlerinden yediği yemeklere, uyku düzeninden değiştirmesi gereken alışkanlıklarına kadar geniş bir çerçevede olabilir. Örneğin hayatı boyunca sigara içen birinin, koah hastası olması muhtemeldir⁵⁴⁴. Koahın tedavisi için sigaranın bırakılması gerekmektedir⁵⁴⁵. Bu durumda kişi ömür boyu sigara içmiş biri olsa da sigarayı bırakması, kişi için artık hayati bir öneme sahiptir. Bu durumda bir koah hastasını tedavi eden hekimin, hastayı artık sigara içemeyeceği hususunda detaylı bir şekilde aydınlatması gerekmektedir.

g. Alternatif Tedavi Yöntemleri ve Riskleri

Modern tıpta artık bir sonuca ulaşmak için birden fazla tedavi yönteminin uygulanabilmesi mümkündür. Örneğin yakın zamanda yapılan bir çalışmaya göre kanser tedavisinde dahi geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamaların hastalar tarafından denendiği görülmektedir⁵⁴⁶. Hekim hastayı alternatif tedavi yöntemlerine ilişkin olarak aydınlatmakla yükümlüdür⁵⁴⁷. Aksi halde self determinasyon hakkı uyarınca hastaların kendi geleceğini tayin hakkına aykırı bir durum ortaya çıkacağından hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir. Danıştay, hekimin cezai sorumluluğuna gidilebilmesi için, hekimin yaptığı tıbbi müdahale dışında, somut olayda uygulanabilecek alternatif tıbbi müdahalelerin bulunup bulunmadığı hususunu da irdelemektedir⁵⁴⁸. Ayrıca Danıştay, hükme esas alınan bilirkişi raporlarında, alternatif tedavi yöntemlerinin olup olmadığını

544 Kırıcı Berber, Nurcan/Kılıç, Talat, Astım-KOAH Overlap Sendromu, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, Y. 2017, C. 26, S. 4, s. 472.

545 Kırıcı Berber/Kılıç, s. 476.

546 Kav, Sultan/Hanoğlu, Ziyafet/Algier, Lale, Türkiyede Kanserli Hastalarda Tamamlayıcı ve Alternatif Tedavi Yöntemlerinin Kullanımı: Literatür Taraması, Uluslararası Hematoloji Onkoloji Dergisi, Y. 2008, C. 18, S. 1, s. 33.

547 Boran, s. 99; Venugopal, s. 395.

548 Danıştay, 1. D., E.2021/1038, K.2021/995, T. 23.06.2021, benzer yönde, Danıştay, 1. D., E.2019/1259, K.2019/1111, T. 17.09.2019, UYAP erişim.

da değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁴⁹. Yüksek mahkemenin bir diğer kararında ise *“İdare Mahkemesince, söz konusu Adli Tıp raporu hükme esas alınmış olmakla birlikte; anılan raporda, alternatif tedavi yöntemleri değerlendirilip, hastaya uygulanan tedavi yönteminin en uygun yöntem olup olmadığı, kullanılan yöntemin oldukça riskli olduğu ifade edilmesine rağmen hastanın bu konuda aydınlatılıp, rızasının alınıp alınmadığı hususunda herhangi bir bilgiye yer verilmediğinden, söz konusu rapor bu yönüyle yeterince kanaat verici nitelikte bulunmamaktadır.”* gerekçesine yer verilerek, alternatif tedavi yöntemlerine ilişkin olarak hastadan onam alınmasının da gerektiği belirtilmektedir⁵⁵⁰.

Hekim hastaya birçok tedavi yöntemi sunmalı ve tedavi yöntemlerinin risklerini anlatmalıdır. Yüksek Mahkeme’ye göre hekim, hastaya tıbbi müdahale sırasında hangi tedavilerin uygulanacağına ilişkin ayrı ayrı aydınlatılmış onam alınması gerekmektedir⁵⁵¹. Yüksek Mahkeme’nin bir diğer kararında ise hekimin vekil gibi sorumlu olduğu bu durumda hafif kusurundan dahi sorumlu olması gerektiği ve seçilen tedavi yöntemi hususunda titiz davranması gerektiğini hüküm altına alınmaktadır⁵⁵². Ardından hasta self determinasyon hakkı uyarınca aralarından birini seçmelidir. Kanaatimizce, burada hekimin hastaya yardımcı olması gerekmektedir. Son yıllarda uygulamada sıkça görülen

549 *“Adli Tıp Kurumunun olaya ilişkin raporunda, URS operasyonu planlandığı ve operasyonda tasın lazer ile kırılarak forceps yardımıyla dışarı alınmasının tıp kurallarına uygun olduğu, meydana gelen üreter kopmasının bu tip ameliyatların komplikasyonu olduğu, komplikasyon yönetiminin de tıp kurallarına uygun olduğu belirtilmiş olmakla birlikte; davacılar tarafından ileri sürülen, tasın ESWL yöntemi ile kırılması veya URS operasyonu ile kırılmışsa bile doğal yollardan tahliyenin sağlanması için vücutta bırakılması ya da küçük boyutlu bir tas olması nedeniyle medikal tedavi uygulanması şeklindeki alternatif tedavi yöntemlerinin ilgili hekimce değerlendirilmediğine yönelik iddiaya ve uygulanan operasyonun endikasyonunun bulunup bulunmadığına yönelik hükme esas alınan raporda herhangi bir açıklanmaya yer verilmemiştir.”* Danıştay, 10. D. E. 2019/5463, K. 2022/3761, T. 12.09.2022, UYAP erişim.

550 Danıştay, 10. D., E. 2008/8257, K. 2012/5062, T. 18.10.2012, benzer yönde, Danıştay, 10. D., E. 2019/5463, K. 2022/3761, T. 12.09.2022, UYAP erişim.

551 Yargıtay, 3. H.D., E. 2020/9693, K. 2021/9450, T. 04.10.2021, UYAP erişim.

552 Yargıtay, 13. H.D., E. 2013/20375, K. 2013/28332, T. 09.12.2013, UYAP erişim

danışman hekim yaklaşımının, hastayı çaresizlik içinde bırakabileceği kanaatindeyiz. Zira hastanın hekim olması durumunda bile, tıp biliminin genişliği karşısında hangi tedavinin kendisi için daha doğru bir seçim olacağını bilmesi mümkün olmayabilir. Bununla birlikte hekimin katkısı, tedavinin niteliğini paternalist düzeye getirecek seviyede de olmamalıdır. Zira bu durumda da hastanın self determinasyon hakkını yani özgür iradesi, yok sayılabilir. Kanaatimizce, alternatif tedavi yöntemlerinin aktarımı sonrasında, hekim iş birliği modeline riayet ederek hastanın doğru seçimi yapmasına katkı sağlamalıdır. Kısaca hekim ne hastanın yerine geçerek tedavi yöntemine karar vermeli ne de hastayı anlamayacağı tedavi yöntemleri ve bu yöntemlerin riskleriyle baş başa bırakmalıdır.

h. Gerekmesi Halinde Tıbbi Yardıma Ulaşma Yolları

Hastanın, tıbbi müdahale sonrasında da tıbbi yardıma ihtiyaç duyabilmektedir. Gerekmesi halinde tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma yükümlülüğü, HHY m. 15'in (g) bendinde düzenlenmektedir. Bazı durumlarda, uygulanıp tamamlanan bir tıbbi müdahalenin komplikasyonları daha sonra ortaya çıkabilir. Bazen de uzun yıllara yayılan hatta kişinin ömrünün geri kalanı boyunca uygulanan tedaviler söz konusu olabilir. Kimi zaman hastanın kendisini tedavi eden asıl hekime ulaşamaması da söz konusu olabilir. İşte bu gibi durumlarda, hastaya tıbbi müdahale uygulayan hekimin, gerekmesi halinde hastaya tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği hakkında bilgi vermesi gerekmektedir. Özellikle hekimin emekli olması, taşınması, tayin olması gibi nedenlerle aynı yerde hizmet sunamaması artık mümkün değilse, hastayı bu konuda uyarmalı ve bir ihtiyacı olduğu takdirde tıbbi yardıma nasıl ulaşacağı hakkında bilgi vermesi önem arz etmektedir. Hastaya uygulanan tıbbi müdahaleye bağlı olarak bir üniversite hastanesinde mi başvurması gerektiği, yoksa aile hekimine muayene olmasının yeterli olup olmayacağı,

kendisine hangi alanlarda uzman hekimlerin yardımcı olabileceği, kendisi aynı yerde hizmet vermeyecek olsa da gerekmesi halinde kendisine nasıl ulaşılabileceği hakkında hastanın aydınlatılması gerekmektedir.

C. Aydınlatmanın Türleri

a. Genel Olarak

Hekim hastayı aydınlatırken tek yönlü davranmamalı hem teşhis aşamasına hem tedavi aşamasına hem de tedavi aşaması sonrasında dair kapsamlı bir şekilde hastayı aydınlatmalıdır. Aydınlatmanın, güvenlik aydınlatması ve karar aydınlatması olmak üzere iki ana aydınlatma türü bulunmakla birlikte, öğretilerde aydınlatmanın birçok farklı türü bulunmaktadır. Hekim hastayı aydınlatırken aydınlatma türlerinin sadece birine yönelik değil, her bir aydınlatma çeşidine ilişkin bilgi aktarımı yapmalıdır⁵⁵³. Aydınlatmanın türlere ayrılmasının temel sebebi ise aydınlatmanın güttüğü amaçlara daha kolay ulaşabilmektir⁵⁵⁴. HAKERİ'ye göre aydınlatmada önem arz eden durum hastanın karar iradesini etkileyecek olan aydınlatmanın düzgün yapılmasıdır⁵⁵⁵. Zira diğer aydınlatma çeşitleri iradeyi etkilemediğinden hastadan alınan onam sağlıklı olacaktır.

b. Güvenlik (Koruma) Aydınlatması

Güvenlik aydınlatması karar aydınlatmasından farklı olarak, hastanın onamını almaktan ziyade, hastanın sağlığının korunması amacıyla hastaya uyarı niteliğinde olan bir aydınlatma çeşididir⁵⁵⁶. Güvenlik aydınlatmasıyla amaçlanan hastanın kendi menfaatine uygun olarak teşhis ve tedavi sürecine uygun bir şekilde hareket etmesi sağlanmaktadır⁵⁵⁷. Hastaya tedavide uygulanacak olan yöntemler belirtilmeli, müdahale

553 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 119.

554 Ozanoğlu, s. 64.

555 Hakeri, Cilt-I, 342.

556 Aktaş İncel, s. 28; Hakeri, Cilt-I, s. 360; Subaşı, s. 42.

557 Hakeri, Cilt-I, s. 360; Ozanoğlu, s. 68; Şenocak, Hekim, s. 46.

süreci ve sonrasında yaşayacağı aşamalar hakkında ve belirli kurallara uyması hususunda bilgi verilmelidir⁵⁵⁸. OZANOĞLU'na göre koruma aydınlatmasının dayanağı hekimin özen yükümlülüğüdür⁵⁵⁹. Güvenlik aydınlatmasıyla hekim hastanın yaşayabileceği muhtemel bir zararın önüne geçmeye çalışmaktadır⁵⁶⁰. HAKERİ'ye göre güvenlik aydınlatmasının yapılmaması ağır tedavi hatası olarak kabul edilmelidir⁵⁶¹.

Güvenlik aydınlatması kapsamında hekim tedavi sonrasında ilişkin hasta nasıl yaşaması ve nelere dikkat etmesi gerektiğine ilişkin birçok bilgi verir. Örnek vermek gerekirse hastaya reçete edilen ilaçların dozunun ne olacağı, hangi sıklıkla alınması gerektiği, yan etkilerinin neler olabileceği hususlarında hastaya bilgi verilmesi güvenlik aydınlatmasının kapsamındadır⁵⁶². Benzer şekilde bir şeker hastasına yönelik düzenlenen diyet programı, fitik ameliyatı sonrası hastanın yapmaması gereken hareketler hakkında uyarılması, kalp ameliyatı geçiren hastaların stresten uzak kalmalarının tavsiye edilmesi gibi günlük hayatta sıkça karşılaşılan hususlar güvenlik aydınlatmasının kapsamındadır. Zira bu uyarılar hastaların menfaatine yönelik olarak hastaların korunmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte tedavi kapsamında hastanın düzenli olarak yaptırması gereken kontrollere gelmesi de güvenlik aydınlatması kapsamında görülmektedir⁵⁶³. Bir diğer örnekte ise müdahale sonrasında hastanın araba süremeyeceği hususunda uyarılması güvenlik aydınlatması hususunda görülmektedir⁵⁶⁴. Son olarak hastanın sorun

558 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 186; Hakeri, Cilt-I, s. 360.

559 Ozanoğlu, s. 68.

560 Hakeri, Cilt-I, s. 361.

561 Hakeri, Cilt-I, s. 362.

562 Hakeri, Cilt-I, s 361; Subaşı, s. 42.

563 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 186.

564 Subaşı, s. 43.

çıkabilecek taleplerine ilişkin olarak hastayı aydınlatmak ve sıkıntılı isteklerinden vazgeçirmeye çalışmak da güvenlik aydınlatması kapsamında görülmektedir⁵⁶⁵.

Öğretideki bir görüşe göre teşhise yönelik aydınlatma, güvenlik aydınlatması kapsamındadır⁵⁶⁶. Burada aydınlatmanın konusu teşhisin kendisi değil, röntgen çekimi, kan testi, gaita ve idrar testi gibi teşhisin ortaya konulabilmesi açısından gerekli olan birtakım müdahalelerdir⁵⁶⁷.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın, güvenlik aydınlatması yapılmadığına ilişkin davanın özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olduğu, hekimin tedavinin tüm aşamalarında titiz davranması gerektiği, gerekli özeni göstermeyen hekimin sorumlu olacağı, somut olayda davacının yapılan ameliyat sonrasında ameliyat yerinde apse geliştiği, davalı hekim tarafından apsenin içindeki iltihabın kuruması için gazlı bez konulduğu, her ne kadar müdahale tıp kurallarına uygun olsa da ilk derece mahkemesi tarafından hekimin apse bölgesine yerleştirilen gazlı bez hakkında herhangi bir uyarı yapıp yapılmadığı, yaralı bölgeye nasıl bakım yapılacağı, gazlı bezin ne kadar süre kalacağı ve nasıl çıkartılacağı hususları aydınlatılmadan eksik inceleme ve araştırmaya dayalı karar verildiği gerekçesiyle, ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar verdiği görülmektedir⁵⁶⁸. Anılan karardan yola çıkıldığında yüksek mahkemenin, güvenlik aydınlatmasını özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirdiği ve hekim tarafından hastanın, güvenlik aydınlatılması kapsamında bilgilendirilmesinin gerektiğini kabul ettiği söylenebilir.

565 Hakeri, Cilt-I, s. 361; Şenocak, Hekim, s. 47.

566 Hakeri, Cilt-I, s. 362.

567 Hakeri, Cilt-I, s. 362.

568 Yargıtay 13. H.D., E.2011/15571, K. 2012/1485, T. 30.01.2012, akt. B. Yılmaz, Hekim, s. 130.

c. Karar (Otonomi) Aydınlatması

1. Genel Olarak

Karar aydınlatmasının temel kaynağı hastanın kendi üzerinde sahip olduğu self determinasyon yani kendi geleceğine karar verebilme hakkıdır⁵⁶⁹. Karar aydınlatması sayesinde hasta kendi hastalığının ne olduğunu, nasıl bir tedavi uygulanacağını, tedavi sürecinde başından neler geçeceği hakkında bilgiler edinir⁵⁷⁰. Karar aydınlatması hastanın tedaviyi kabul edip etmeme hususunda sağlıklı karar verebilmesi açısından önem arz etmektedir⁵⁷¹. Karar aydınlatmasının bu işlevi aynı zamanda hastadan alınan onamında daha sağlam temellere dayanmasını sağlamaktadır⁵⁷².

2. Tedavi (Süreç) Aydınlatması

Süreç aydınlatması, müdahalenin konusu, türü, nasıl yapılacağı, muhtemel olumsuz sonuçlar gibi müdahale sürecinde karşılaşılabilecek durumlara yani tedavinin genel seyrine ilişkindir⁵⁷³. Süreç aydınlatmasında hasta müdahale öncesi ve sonrası duruma ilişkin olarak müdahalenin ana hatları üzerinden aydınlatılmaktadır⁵⁷⁴. Bu sayede hastanın müdahaleye ilişkin olarak bir fikir sahibi olması sağlanmaktadır⁵⁷⁵. Süreç aydınlatmasında öğretiyeye göre müdahalenin gerekliliği hususundan başlanmalı ve ardından müdahaleye ilişkin diğer hususlar hakkında bilgilendirme yapılmalıdır⁵⁷⁶. Sürece ilişkin olarak aydınlatma, kural olarak sürecin ana unsurlarıyla sınırlıdır ancak

569 Hakeri, Cilt-I, s. 342; Subaşı, s. 43,

570 Ozanoğlu, s. 65.

571 Ozanoğlu, s. 65.

572 Subaşı, s. 43.

573 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 185-186; Hakeri, Cilt-I, s. 348; Narter, s. 140; Ozanoğlu, s. 66; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 114.

574 Hakeri, Cilt-I, s. 348.

575 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 188; Subaşı, s. 45.

576 Ozanoğlu, s. 67.

müdahalenin kaçınılmaz sonuçları hakkında hastanın bilgilendirilmesi zorunludur⁵⁷⁷. Hekim müdahalenin hem başarılı hem de başarısız sonuçlanabileceği hakkında bilgi vermeli, olumlu ve olumsuz sonuçlar hakkında hastayı aydınlatmalıdır⁵⁷⁸. Aksi halde hastadan geçerli bir onamın alınabilmesi mümkün değildir⁵⁷⁹.

Süreç aydınlatmasında temel amaç hastayı müdahaleye ikna etmek ve tedavi için gereken onamı hastadan almaktır⁵⁸⁰. Bu açıdan hastanın iradesinin sakatlanmaması dolayısıyla sağlıklı bir onam alınabilmesi açısından hasta, şeffaf bir şekilde aydınlatılmalıdır⁵⁸¹. OZANOĞLU'na göre süreç aydınlatmasında herhangi bir yönlendirme yapılmamalıdır⁵⁸². Bu sayede müdahalenin kabul edilip edilmemesi hususu hastaya bırakılmış olmaktadır⁵⁸³. Süreç aydınlatmasında hastanın anlayabileceği sadelikte bilgilendirme yapılmalıdır⁵⁸⁴. Ancak bu sayede hastadan müdahaleye ilişkin sağlıklı bir onam alınabilir⁵⁸⁵.

Süreç aydınlatmasının kapsamına ilişkin olarak öğretilerde birçok görüş bulunmaktadır. Öğretilerdeki bir görüşe göre süreç aydınlatmasında tedavi süreciyle birlikte hasta tedavi sürecini yürütecek olan hekimle ilgili olarak da aydınlatılmalıdır⁵⁸⁶. Kanaatimizce hastanın müdahaleyi gerçekleştirecek hekim hakkında aydınlatılması ve kendisiyle tanışmasının hastanın müdahaleye karşı yaklaşımında olumlu bir tesiri

577 Subaşı, s. 45.

578 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 188; Hakeri, Cilt-I, s. 349; Subaşı, s. 45.

579 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 113.

580 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 187; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 114.

581 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 188; Subaşı, s. 45.

582 Ozanoğlu, s. 67.

583 Ozanoğlu, s. 67.

584 Hakeri, Cilt-I, s. 348.

585 Hakeri, Cilt-I, s. 349.

586 Subaşı, s. 45.

olacaktır. Zira hastanın bu yönde aydınlatılması müdahaleyi yapacak hekim ve hasta arasında güven ilişkisini güçlendirici etkisi olacak ve kendini tanıdığı birine emanet edeceği hissine kapılacaktır. Bu açıdan müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim hakkında hastanın aydınlatılması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Bir diğer durum ise müdahale sonrasında kesik izleri, yara izleri, organ hasarları gibi hastanın dış görünüşünü etkilemesi muhtemel durumlar hakkında da aydınlatma yapılması gerekmektedir⁵⁸⁷. Bunun dışında müdahale sonrasında vücuttaki fonksiyon kayıplarına ilişkin de hastanın aydınlatılması gerekmektedir⁵⁸⁸.

Süreç aydınlatması kapsamında hastaya diğer tedavi seçenekleri konusunda bilgi verilmelidir⁵⁸⁹. Kural olarak hekimin tedavi yönteminin seçilmesi hususunda özerkliği mevcuttur⁵⁹⁰. Ancak bu özerkliğin hastanın iradesi ve tedavinin özellikleri kapsamında belli sınırları bulunmaktadır. Hekim kural en uygun tedavi yöntemini seçmekle yükümlüdür⁵⁹¹. Bu durum hekimin özen yükümlülüğünden doğmaktadır⁵⁹². Ancak seçilen yöneme ilişkin olarak onam alınması yani hastanın iradesine de uygun bir tedavi yöntemi seçilmesi gerekmektedir. Bu anlamda hekimin hastayı, alternatif yöntemler hakkında da aydınlattıktan sonra hastanın iradesi yönünde bir tedavi yöntemini seçmesi gerekmektedir⁵⁹³.

587 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 188; Hakeri, Cilt-I, s. 348.

588 Hakeri, Cilt-I, s. 348.

589 Subaşı, s. 46.

590 Hakeri, Cilt-I, s. 349; Karataş, s. 71.

591 Karataş, s. 71.

592 Karataş, s. 72.

593 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 188; Subaşı, s. 46.

Son olarak hastanın her zaman tedavi olmayı kabul edeceği anlayışıyla hareket edilmemelidir. Gerçekten de kimi durumlar hasta müdahalenin sonuçlarını yaşamaktansa hayata gözlerini yummayı tercih edebilir⁵⁹⁴. Ancak böyle durumlarda hastanın onamının geçerli olarak kabul edilebilmesi için hastanın müdahaleyi reddetmesi sonucunda başına gelebilecek hususlar hakkında detaylı bir şekilde aydınlatılması ve buna rağmen müdahaleyi reddettiğine ilişkin hastadan onam alınması gerekmektedir⁵⁹⁵.

3. Teşhis Aydınlatması

Teşhis aydınlatması, yapılan tetkikler sonucunda tespit edilen hastalığın ne olduğu hakkında hastanın aydınlatılmasıdır⁵⁹⁶. Teşhis aydınlatmasında hekim hastaya hastalığının ne olduğu, vücudundaki etkileri, nedenleri gibi hastalık hakkındaki bilgileri aktarması gerekmektedir⁵⁹⁷. Teşhis aydınlatmasının diğer aydınlatma türlerinden en büyük farkı, teşhise ilişkin aydınlatmanın sınırlarının belirlenmesinin hekimin takdir yetkisinde olmasıdır⁵⁹⁸. Burada hekimin aydınlatmanın hasta üzerindeki psikolojik etkileri değerlendirmesi, ardından aydınlatmanın tedavinin seyrine olumsuz olduğu kanısına varırsa aydınlatma sınırlandırması ya da tamamen yapmaması gerekmektedir⁵⁹⁹. Anılan hususa ilişkin olarak TDN m. 14/2'de *"Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur."* düzenlemesine yer verilmektedir. Teşhis aydınlatmasındaki takdir yetkisine

594 Hakeri, Cilt-I, s. 351-352; Subaşı, s. 45.

595 Subaşı, s. 46.

596 Hakeri, Cilt-I, s. 346; Subaşı, s. 43; Ozanoğlu, s. 66; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 114.

597 Subaşı, s. 43.

598 Hakeri, Cilt-I, s. 346.

599 Hakeri, Cilt-I, s. 346; Hancı, s. 53; Subaşı, s. 44; Özcanoğlu Görkey, s. 58.

ilişkin diğer bir düzenleme ise HHY m. 19'dadır⁶⁰⁰. Hastanın psikolojik olarak kötü etkilenecek olması hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır⁶⁰¹. Kendisine konulan teşhise ilişkin olarak aydınlatılmak hastanın en doğal hakkıdır⁶⁰². Ancak hastanın teşhisi duymasının hastada oluşturabileceği geri dönülemez hasardan hastayı koruma durumu söz konusudur. Bununla birlikte teşhis aydınlatması tam olarak yapılmasa dahi hekim hastalığın ciddiyetinin ne boyutta olduğunu hastaya aktarmakla yükümlüdür⁶⁰³. Hekim teşhis aydınlatmasına ilişkin takdir yetkisini somut olayın şartlarına göre değerlendirmelidir. Teşhis aydınlatmasında her ne kadar hekimin takdir yetkisi bulunsa da zorunlu olmayan, hayati bir niteliği bulunmayan ya da hastanın psikolojik durumunu etkilemeyecek olan teşhislere ilişkin aydınlatma yükümlülüğü mevcuttur⁶⁰⁴. Anılan durumlarda hekimin teşhis aydınlatmasına ilişkin takdir yetkisinin azabileceği gibi tamamen ortadan kalkması da mümkündür. Son olarak teşhis aydınlatmasının hasta üzerindeki etkisinin olumlu sonuçlanması söz konusu ise bu durumda hastanın teşhis hakkında tam olarak aydınlatılması gerekmektedir⁶⁰⁵. Zira bu durumda hastanın aydınlatılması tedavinin yerine getirilmesi için gerekli bir husus olacaktır.

600 "Madde 19- Bilgi Verilmesi Caiz Olmayan ve Tedbir Alınması Gereken haller

Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.

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

601 Hakeri, Cilt-I, s. 347; Subaşı, s. 44.

602 Ozanoğlu, s. 66.

603 Hakeri, Cilt-I, s. 346.

604 Şenocak, Hekim, s. 51.

605 Hakeri, Cilt-I, s. 347.

Hekim teşhis aydınlatmasını yaparken hastanın seviyesine inmeli, anlayabileceği bir dil kullanmalı ve hastalığın ne olduğunu olabildiğince basitleştirerek hastaya aktarmalıdır⁶⁰⁶. Teşhisin hastaya aktarılması için teşhisin doğruluğu hakkında emin olunması gerekmektedir⁶⁰⁷. Bununla birlikte hekim, aydınlatma sırasındaki bilgilerde her zaman bir yanlış payı olabileceği hususunda da hastayı aydınlatmakla yükümlüdür⁶⁰⁸. Ayrıca hastaya teşhis hakkında yalan söylenmemeli, boş umutlar verilmemelidir⁶⁰⁹.

4. Riziko (Risk) Aydınlatması

Riziko aydınlatması kapsamının hekimin hastayı kendisine uygulanacak tedavinin başarıya ulaşamaması halinde, muhtemel sonuçları hakkında bilgi vermesi gerekmektedir⁶¹⁰. Bu durum Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmektedir⁶¹¹. Riziko aydınlatması hem hastayı bilgilendirme hem de yaşanabilecek olumsuz sonuçlar hakkında uyardırmayı amaçlamaktadır⁶¹². Riziko aydınlatmasında kapsamının belirlenmesinde hastanın kişiliği, ruh hali, davranışları ve bünyesi de hesaba katılmalıdır⁶¹³. Burada riske ilişkin bilgilerin yüzdesel olarak mı yoksa genel ifadelerle mi aydınlatılacağı hususu tartışmalıdır⁶¹⁴. Bu durum her ne kadar hekimin takdirinde olsa da yüzdesel ifadelerle riskin ortaya konulması riskin ihtimalinin hasta tarafından idrak edilmesini kolaylaştırdığı kanaatindeyiz. Sayısal veriler her ne kadar riskin ağırlığını göstermese de riskin yaşanma oranını genel ifadelerle kıyasla çok

606 Ozanoğlu, s. 66.

607 Hakeri, Cilt-I, s. 347; Subaşı, s. 44.

608 Subaşı, s. 44.

609 Hakeri, Cilt-I, s. 347.

610 Hakeri, Cilt-I, s. 357; Subaşı, s. 47.

611 "**Madde 5- Genel Kural**

Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir."

612 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 188.

613 Hakeri, Cilt-I, s. 357.

614 Hakeri, Cilt-I, s. 357.

daha anlaşılır kılmaktadır. Riskin yoğunluğunu idrak eden hastanın tedaviye ilişkin vereceği karar da çok daha sağlıklı olacaktır.

Öğretiye göre riziko aydınlatması bu yönüyle hastanın bilinçli bir şekilde tedaviyi kabul etmesine yardımcı olmaktadır⁶¹⁵. Bu sonuçlar hekimin tedaviyi hatasız yapması halinde dahi ortaya çıkabilmektedir⁶¹⁶. Bu anlamda hekim, ortaya çıkması muhtemel ya da düşük olsa da ortaya çıkabilecek olan komplikasyonlar hakkında hastaya bilgi vermelidir⁶¹⁷. Aksi halde hekimin sorumluluğu doğabilir. Ayrıca müdahalenin yapıldığı biçiminden çıkarılamayan ancak gerçekleşme ihtimali bulunan zararlar bakımından da hasta bilgilendirilmelidir⁶¹⁸. Örneğin tedavide kullanılacak ilaç hakkında hastaya bilgi verilmeli ve kullanılacak olan ilacın neden olabileceği yan etkiler hakkında hasta bilgilendirilmelidir⁶¹⁹. Danıştay'ın kararında, tedavide kullanılacak ilacın neden olabileceği alerjiler ve diğer riskler hakkında hastanın aydınlatılmaması hususunu hizmet kusuru olarak değerlendirilmektedir⁶²⁰.

Tartışmalı olan konu hakkında bilgi verilecek olan komplikasyonlar ve yaşanabilecek olumsuzlukların sınırının ne olduğu hususudur⁶²¹. Burada istatistiksel verilerin riziko aydınlatmasının sınırları hakkında bize bilgi verebileceği söylenebilir. Öğretiye göre hekimin muhtemel riskler konusunda hastayı aydınlatması gerekirken, istisnai olarak ortaya çıkabilecek bilinmeyen ya da henüz bilinemeyecek olan bir husus

615 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 116.

616 Ozanoğlu, s. 67; Subaşı, s. 47.

617 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 189; Ozanoğlu, s. 67; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 115.

618 Şenocak, Hekim, s. 51.

619 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 116.

620 Danıştay 15. D., E. 2016/2124, K. 2018/665, T. 14.02.2017, (www.lexpera.com.tr)

621 Hakeri, Cilt-I, s. 354; Ozanoğlu, s. 67.

hakkında hastayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶²². Zira mantıken tıp biliminde henüz bilinmeyen bir husus hakkında hastaya bilgi verebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte öğretilerdeki bir görüşe göre ihtimali düşük olsa da yaşanmış ya da yaşanması muhtemel komplikasyonlar hakkında hastanın aydınlatılması gerekmektedir⁶²³. Yargıtay bir kararında gerçekleşme ihtimali düşük bulunan komplikasyonlar hakkında da hastanın aydınlatılması gerektiğini belirtmektedir⁶²⁴. Anılan görüşe yönelik olarak öğretilerde hekimin yükünü çok ağırlaştıracağı yönünde eleştiriler yapılmaktadır⁶²⁵. HAKERİ'ye göre riskler hakkında detaylı bilgi verilmesinden ziyade yapılması gereken, hastanın zihninde risklere ilişkin genel bir çerçeve çizilmesidir⁶²⁶. Ancak bu durum bariz riskler hakkında bilgi verilmemesi anlamına gelmemektedir⁶²⁷.

Rizikonun ağırlığı, riziko aydınlatmasının kapsamının belirlenmesinde önemlidir⁶²⁸. Aciliyetin varlığı aydınlatma yükümlülüğünü azaltan hatta duruma göre ortadan kaldıran bir durumdur⁶²⁹. Benzer şekilde riziko ağırlaştıkça ve aciliyeti azaldıkça da aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişletilerek hekimin daha detaylı bir aydınlatma yapması beklenilecektir⁶³⁰. ŞENOCAK'a göre nadir görülen komplikasyonlar hakkında hastanın bilgilendirilmesi için günlük yaşamını etkileyecek ağır sonuçlar barındırması halinde hastanın bilgilendirilmesi gerekmektedir⁶³¹. HAKERİ'nin bizim de katıldığımız görüşüne göre hastanın tedaviye yönelik kararını etkileme ihtimali bulunan

622 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 189; Nart, s. 97; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 122.

623 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 189; Subaşı, s. 47.

624 Yargıtay 4. H.D., E. 1976/6297, K. 1977/2541 T. 07.03.1977 akt. Subaşı, s. 47.

625 Hakeri, Cilt-I, s. 356; Subaşı, s. 47.

626 Hakeri, Cilt-I, s. 355.

627 Hakeri, Cilt-I, s. 355.

628 Subaşı, s. 48.

629 Şenocak, Hekim, s. 49.

630 Şenocak, Hekim, s. 50.

631 Şenocak, Hekim, s. 50.

bütün riskler hakkında hastaya bilgi verilmesi gerekmektedir⁶³². Bununla birlikte ÖZDEMİR'e göre tıbbi müdahaleler ve özellikle ameliyatlarda genel olarak yaşanması olası hafif ve geçici zararlar hakkında aydınlatmadan vazgeçilebilir⁶³³. Ancak yazara göre ağır ve kalıcı tehlikeler içeren riskler hakkında aydınlatma kesinlikle yapılmalıdır⁶³⁴.

Teşhis sürecinde yapılması gereken müdahalelere ilişkin olarak hastanın aydınlatılması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bir kararında, down sendromunun tespitine yönelik yapılabilecek testin, aynı zamanda düşük risk içerdiği hususunda da hasta aydınlatıldıktan ve hastadan aydınlatmaya uygun şekilde onam alındıktan sonra bu testin yapılması gerektiği belirtilmektedir⁶³⁵.

d. Ekonomi Aydınlatması

Teşhis ve tedavinin ciddi bir masrafı bulunmaktadır. Öğretide teşhis ve tedavinin seyri ve muhtemel sonuçlarıyla birlikte, hastanın üstleneceği ekonomik yük hakkında da bilgilendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶³⁶. Zira hekimin hastanın menfaatine hareket etme zorunluluğuyla birlikte, hastanın teşhis ve tedavi sürecinde yükleneceği masraflar hakkında önceden bilgilendirilmesindeki menfaati birlikte düşünüldüğünde, ekonomi aydınlatmasının atlanmaması gereken bir husus olduğu söylenebilir⁶³⁷. Hem özel hastanelerde hem de kamu hastanelerinde ağır bir masraf gerektiren tedavilere ilişkin olarak hastaların aydınlatılması gerektiği savunulmaktadır⁶³⁸. Ekonomik aydınlatma,

632 Hakeri, Cilt-I, s. 254.

633 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 122.

634 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 121.

635 Yargıtay, 11. H.D., E. 2018/1849, K.2019/7606, T. 28.11.2019, UYAP erişim.

636 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 191; Ozanoğlu, s. 69.

637 Altay, Sabah, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rıza, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2018, s. 410.

638 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 191; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 118.

hastaların vücut bütünlüğüne değil malvarlığı hakkına ilişkindir⁶³⁹. Öğretiye göre ekonomik aydınlatma aynı zamanda hastanın seçtiği tedavi yönteminin maliyeti hakkında bilgilendirilmesi anlamına da gelmektedir⁶⁴⁰. Ancak bununla birlikte ekonomik aydınlatmanın da belli bir sınırının olması gerektiği savunulmaktadır⁶⁴¹.

Tıbbi müdahalenin ekonomik yönüne ilişkin değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ise ekonomik yetersizliklerin, tedaviyi sınırlandırıp sınırlandıramayacağı hususudur. Öğretideki bir görüşe göre ekonomik çekinceler tedaviyi sınırlandırmamalı, hekim tedavi için en yararlı olan yolu tercih etmelidir⁶⁴². Bu durumda her ne kadar ekonomik aydınlatma malvarlığı hakkına ilişkin olsa da hastanın seçeceği tedavi yöntemini de etkileyebileceğinden aslında yaşam hakkını da ilgilendirmektedir. Sonuç olarak kişilerin yaşam hakkının, mali yetersizlikler nedeniyle riske girdiği söylenebilir. Yaşam hakkı Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında yaşam hakkına belirtilen istisnalar dışında dokunulamayacağı, 17. maddesinin 2. fıkrasında herkesin yaşam hakkının bulunduğu, 56. maddesinin 4. fıkrasında ise sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla genel sağlık sigortası sisteminin oluşturulabileceği düzenlenmektedir. Bu anlamda Anayasa'da düzenlenen yaşam hakkının korunması gerektiği açık olup, maliyet problemi nedeniyle kişilerin tedaviye ulaşamaması durumunun engellenmesi gerektiği savunulabilir. Bu anlamda öğretilerde ekonomik aydınlatmanın sağlık sigortasıyla iç içe olduğu savunulmaktadır⁶⁴³. Öğretilerde hekimin

639 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 192.

640 Aktaş İncel, s. 29.

641 Hakeri, Cilt-I, s. 381.

642 Karataş, s. 118.

643 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 192.

tedavinin hastanın sigortası kapsamında olup olmadığı hususunda da hastayı aydınlatması gerektiği de savunulmaktadır⁶⁴⁴.

Kanaatimizce, hekim teşhis ve tedavi sürecinde ekonomik kaygılarla hareket etmemelidir. Ekonomik kaygılar tedavi yönteminin seçiminde belirleyici faktör olmamalıdır, zira yaşam hakkı Anayasa'da temel hak ve hürriyetlerin arasında düzenlenmekte ve ekonomik haklardan daha yukarıda yer almaktadır. Anayasa'nın 5. maddesinde, devletin temel hak ve özgürlükleri korumakla yükümlü olduğu ve sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmayacak ekonomik engelleri kaldırmakla yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Bu durumda tedavinin ekonomik kaygılarla engellenmesi Anayasa'da kabul edilen ilkelerle bağdaşmayacaktır. Bununla birlikte salt güzelleşme amacıyla yapılan estetik müdahaleler gibi hayati olmayan tıbbi müdahalelerin uygulanmasında ise ekonomik kaygılarında tedavi sürecini etkilemesinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Zira bu tipteki müdahaleler her ne kadar vücut bütünlüğünün ihlalini gerektirseler de yaşam hakkının korunması açısından elzem bir etkileri bulunmamaktadır. Bu anlamda özellikle acil ve ağır sonuçları olan müdahalelerde ekonomik kaygıların önemsizmeden tıbbi müdahalede bulunulması gerekmektedir.

e. Diğer Aydınlatma Türleri

Hekimlik sözleşmesinde aydınlatmanın türleri anılan hususlarla sınırlandırılmamaktadır. Öğretide birçok farklı aydınlatma türü de belirtilmektedir. Bu aydınlatma çeşitleri de teşhis ve tedavi sürecinin bir parçasıdır. İlk olarak tedaviyi uygulayacak olan hekimin bulaşıcı bir hastalığının bulunması halinde bunu hastayla

644 Hakeri, Cilt-I, s. 380.

paylaşması gerekmektedir⁶⁴⁵. Burada hastanın hekimle teması nedeniyle hastanın risk altında bulunması gerekmektedir. Aksi halde hekimin kendi hastalığı hakkında bilgi vermesi anlamsız kalacaktır. Diğer bir durum ise hekimin gerçekleştirdiği uygulama hatası hakkında yani yaptığı hata hakkında hastayı aydınlatmasıdır. Öğretiye göre hekim daha önceki başarısızlıkları hakkında hastaya bilgi vermek zorunda değildir⁶⁴⁶. Benzer şekilde hekimin başarıları ve tecrübesi hakkında da bilgi vermesi zorunluluğu bulunmamaktadır⁶⁴⁷. Ancak hekime sorulması halinde ya da kendine ilişkin bilgi verirken tecrübesine ilişkin doğruyu söyleme yükümlülüğü mevcuttur⁶⁴⁸. Hekimin kusurlarına ilişkin bilgi verme zorunluluğu, aynı hastanın önceki tedavisinde yaptığı uygulama hatası nedeniyle başka tedavilerinde uygulanması zorunluluğu doğduğu durumlarda söz konusu olmaktadır⁶⁴⁹.

Bir diğer aydınlatma türü ise organizasyon aydınlatmasıdır. Organizasyon aydınlatmasının konusu, tıbbi müdahalede bulunulacak hastane hakkında hastanın bilgilendirilmesidir⁶⁵⁰. Organizasyon aydınlatması kapsamında, hastanenin yapısı, personelleri, odaları, yemekleri, ulaşım yolları ve sosyal imkanları gibi hastane hakkındaki bilgilerin hastaya aktarılması gerekmektedir⁶⁵¹. Gerçekten de hastanelerin yapısı hakkındaki aydınlatma, hastanın hangi hastanede tedavi olmayı seçeceğini etkileyebilir. Örneğin özel bir hastanenin, kendisine ameliyat sonrası tek kişilik bir oda da yataklı bakım hizmeti sunacağını öğrenen hasta, bir kamu hastanesi yerine özel hastaneyi tercih

645 Hakeri, Cilt-I, s. 382.

646 Hakeri, Cilt-I, s. 378.

647 Hakeri, Cilt-I, s. 379.

648 Hakeri, Cilt-I, s. 380.

649 Hakeri, Cilt-I, s. 378.

650 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 411.

651 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 412; Gülel, s. 131.

edebilir. Bu anlamda hastanenin durumu hakkında da hastanın aydınlatılması gerektiği düşüncesindeyiz.

D. Aydınlatmanın İcrası

a. Aydınlatılacak Taraf

1. Hasta

Tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma, kural olarak bizzat hastaya yapılmalıdır⁶⁵². Bu hususa ilişkin en temel düzenleme Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer almaktadır⁶⁵³. Sözleşmede, aydınlatmanın müdahalede bulunulacak kişiye yapılacağı düzenlenmektedir. Bu kuralın altındaki temel neden ise tıbbi müdahalenin vücut bütünlüğünü ihlal eden dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasıdır⁶⁵⁴. Aydınlatılacak kişiye ilişkin bir diğer düzenleme de HHY m. 18/3'te yer almaktadır. Buna göre asıl kural aydınlatmanın bizzat hastaya yapılmasıdır. Aynı Kanun'un 31. maddesinde ise onam alınmadan evvel aydınlatmanın hastaya ya da kanuni temsilcisine yapılabileceği düzenlenmektedir. Öğretiye göre aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden yapılan tıbbi müdahale hastanın self determinasyon hakkının da ihlali anlamına gelecektir⁶⁵⁵. Diğer bir durum ise usulüne uygun ve yeterli düzeyde aydınlatma yapılmaması, hasta tarafından verilen onamın sıhhatini de etkileyeceğinden tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmektedir⁶⁵⁶. Öğretide de aydınlatmanın bizzat hastaya yapılması gerektiği

652 Aktaş İncel, s. 32; Çelik, Deniz/Pakiş, Işıl, Avukatların Aydınlatılmış Onama İlişkin Görüş ve Farkındalıkları, TBB Dergisi, Y. 33, S. 149, s. 193; Hakeri, Cilt-I, s. 386; Ozanoğlu, s. 72; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 110.

653 "Madde 5-Genel Kural

Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir.

İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir."

654 Subaşı, s. 55.

655 Şenocak, Hekim, s. 44.

656 Özcanoglu Görkey, s. 63; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 111.

savunulmaktadır⁶⁵⁷. Bu durumun istisnası ise HHY m. 18/3'te yer almaktadır. Buna göre hasta kendi yerine üçüncü bir kişinin aydınlatılmasını da kabul edebilir. Ancak hastanın kendi yerine bir başkasının aydınlatılmasını talep etmesi halinde bu talebin yazılı olarak alınması gerekmektedir. Burada aydınlatma, sadece hastanın aydınlatılmasını istediği kişiye yapılmalıdır⁶⁵⁸. Aksi bir hareket, hastaya ait mahrem bilgilerin, hastadan izinsiz bir şekilde yayılmasına yol açabilir. Son olarak hastaya aydınlatma yapılabilecekken, sadece hastanın yakınlarına aydınlatma yapılması halinde, aydınlatma yükümlülüğün usulüne uygun bir şekilde yerine getirildiği söylenemez⁶⁵⁹.

Kanaatimizce tıbbi müdahalenin tam merkezinde yer alan onamı doğrudan etkileyen aydınlatma, tıbbi müdahaleden bizzat etkilenecek olan hastaya yapılmalıdır. Zira aydınlatma sonrasında hastanın neler yaşayacağını, tedavi sürecinde hangi risklerin mevcut olduğunu ve tedavinin sonucunun mevcut riskleri almaya değer olup olmadığını, bizzat tayin etmesi ve karar vermesi gerekmektedir. Bu usulün, Anayasa'nın 17. maddesinde de yer alan hastanın self determinasyon hakkının sağlanmasında daha işlevli olduğu görülmektedir. Ancak hastanın kendisine aydınlatma yapılması ya da aydınlatma yapılsa dahi aydınlatmanın hasta için anlamsız kaldığı hallerde hasta yakınlarına aydınlatma yapılabileceği kanaatindeyiz.

657 Özcanoğlu Görkey, s. 65; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 111; Subaşı, s. 55.

658 Özcanoğlu Görkey, s. 65.

659 Hakeri, Cilt-I, s. 387.

2. Hasta Yakını

Hastanın aydınlatılan durumun seyrini ve sonucunu kavrayamayacak durumda olduğu hallerde, aydınlatmanın hastanın yakınına yapılması gerekmektedir⁶⁶⁰. Hastanın yakınlarının aydınlatılması birçok farklı durumda ortaya çıkabilir. İlk olarak hastanın küçük olması halinde velisi ya da vasisinin aydınlatılması gerekmektedir⁶⁶¹. Burada küçüğe aydınlatma yapılması, onamın da küçükten alınacağı anlamına gelmemektedir, zira küçüğün tek başına borç altına girmesi mümkün değildir⁶⁶². Ayrıca öğretiyeye göre küçüğün kendisine de aydınlatma yapılmalıdır⁶⁶³. Hastanın tam ehliyetsiz olması halindeyse, öğretiyeye göre hastanın kanuni temsilcisine aydınlatma yapılması gerekmektedir⁶⁶⁴.

Diğer bir husus ise ayırt etme gücünün geçici kaybedilmesi halinde ne olacağıdır. Ayırt etme gücünün kaybına sebep olan olay aynı zamanda hastaya acil bir müdahaleyi de gerektiriyorsa bu durumda aydınlatma yükümlülüğü zaten ortadan kalkacaktır⁶⁶⁵. Diğer bir durum ise acil bir müdahaleyi gerektirmeyen geçici ayırt etme gücünün kaybında ne yapılması gerektiğidir. Kanaatimizce burada hastaya herhangi bir müdahalede bulunulmayarak, hastanın ayırt etme gücünü tekrar kazanması beklenmelidir. Ancak ilerleyen süreçte hastanın ayırt etme gücünü tekrar kazanması mümkün değilse bu durumda ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun kalanların aydınlatılmasına ilişkin yol izlenilmelidir.

660 Subaşı, s. 55.

661 Hancı, s. 59; Subaşı, s. 55.

662 Hakeri, Cilt-I, s. 389; Şenocak, Küçük, s. 69.

663 Aktaş İncel, s. 33; Hakeri, Cilt-I, s. 389.

664 Aktaş İncel, s. 33; Subaşı, s. 55.

665 Hancı, s. 60.

Dördüncü durum ise ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun kalanların durumudur. Öğretideki bir görüşe göre bu durum da hastanın kanuni temsilcilerinin aydınlatılması gerekmektedir⁶⁶⁶. Diğer bir görüşe göre de Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 14. maddesi kıyasen uygulanmalıdır⁶⁶⁷. Buna göre sırasıyla hastanın eşine, reşit çocuklarına, ana veya babasına, son olarak da kardeşlerine aydınlatma yapılmalıdır. Kanaatimizce hasta olay öncesinde ayırt etme gücüne sahip bir kişiye, ilk olarak hastanın iradesi araştırılmalıdır. Hastanın özellikle işaret ettiği biri varsa, aydınlatma da o kişiye yapılmalıdır. Hastanın özellikle işaret ettiği biri bulunmuyorsa Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen yolun izlenmesi mümkündür.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun'da hasta ve hasta yakınlarının aydınlatılmasına ilişkin özel bir durum düzenlenmektedir. Buna göre anılan Kanun'un 7. maddesinin (d) fıkrasında uyarınca yapılan müdahale hakkında vericiyi, verici evli ise vericinin eşinin de aydınlatılması gerektiği düzenlenmektedir. Düzenleme, aydınlatma yükümlülüğü sadece bir kişiyle sınırlandırılmamakta hem vericiyi hem de vericinin en yakını olan eşini de aydınlatmanın kapsamı altına almaktadır.

Son ihtimal ise hastanın herhangi bir yakınının bulunmaması halidir. Bu durumda ise öğretideki bir görüşe göre zorunluluk haline göre hareket edilmesi gerekmektedir⁶⁶⁸.

666 Hancı, s. 60.

667 Subaşı, s. 56.

668 Hancı, s. 60.

Buna karşın öğretilerdeki diğer bir görüşe göre de hastanın varsayımsal rızası üzerinden hareket edilmesi gerekmektedir⁶⁶⁹.

b. Aydınlatma Yükümlülüğü Bulunan Taraf

Hastayı aydınlatma yükümlü olan taraf HHY m. 18/2'de düzenlenmektedir⁶⁷⁰. Buna göre aydınlatmanın tedaviyi uygulayan hekim tarafından yapılması ana kuraldır⁶⁷¹. Ancak bu kuralın istisnaları da mevcuttur. Tedaviyi uygulayan hekim dışında, tedaviye ilişkin süreçten haberdar olan diğer bir hekim de hastayı aydınlatabilir⁶⁷². Öğretilere göre aydınlatma yükümlülüğü kendisine bırakılan diğer hekim, TBK m. 116 uyarınca yardımcı kişi konumunda olacaktır⁶⁷³. Bununla birlikte tedaviyle yükümlü olan hekimin, diğer hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getireceğinden emin olması gerekmektedir⁶⁷⁴.

Yardımcı sağlık personeline aydınlatma yükümlülüğünün bırakılıp bırakılmayacağı hususu tartışmalıdır. Öğretilerdeki bir görüşe göre, hekimler dışında başka bir sağlık çalışanına hastayı aydınlatma yükümlülüğü bırakılamaz⁶⁷⁵. Buna karşın öğretilerde, yapılacak müdahalenin niteliğine ilişkin personelin yeterliliği mevcut ise yardımcı personele de aydınlatma yükümlülüğünün bırakılabileceğini savunan bir görüşte bulunmaktadır⁶⁷⁶. HAKERİ'ye göre, hemşirelerin bizzat uygulayacağı

669 Aktaş İncel, s. 36.

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

671 Çelik/Pakış, s. 192; Hancı, s. 59; Subaşı, s. 57; Ozanoğlu, s. 72.

672 Subaşı, s. 57; Ozanoğlu, s. 72; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 111.

673 Hancı, s. 59; Subaşı s. 57.

674 Hakeri, Cilt-I, s. 389; Subaşı, s. 57.

675 Aktaş İncel, s. 34; Hancı, s. 59.

676 Ozanoğlu, s. 72.

müdahalelere ilişkin olarak, hemşireler tarafından aydınlatma yapılabilir⁶⁷⁷. Örneğin kan almada görevli bir hemşire ya da önceden planlanan bir tedavide enjeksiyon uygulayacak olan hemşire, muhtemel risklere ilişkin olarak hastayı aydınlatabilir.

Tıbbi müdahalenin birden fazla uzmanlık dalını ilgilendirmesi yani birden fazla hekimin tedavi uygulayıcı rolünde bulunması halinde, aydınlatmanın nasıl yapılacağı hususuna farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Öğretiye göre, tedaviyi farklı alanlardan uzman hekimlerin üstlenmesi halinde, uzman hekimlerden her biri kendi alanına ilişkin olarak hastayı aydınlatmakla yükümlü olacaktır⁶⁷⁸. Bununla birlikte diğer bir görüşe göre uzman hekimlerin kendi alanlarına ilişkin olarak ayrı ayrı aydınlatma yapması mümkün olduğu gibi, ek olarak tedaviyi üstlenen hekim grubu mevcut ise hastayı, hekim grubunun yöneticisi konumunda bulunan yönetici hekimin tek başına aydınlatması da yeterlidir⁶⁷⁹. Kanaatimizce tedavinin farklı uzmanlık alanından hekimlerle yürütüldüğü durumlarda, tedavi süreci bir heyetle yürütülmesi fark etmeksizin, tedavi sürecinde yer alan her bir uzman hekim, kendi alanına ilişkin olarak hastayı aydınlatmalıdır. Zira yönetici konumundaki bir hekimin yapacağı aydınlatma, hekimlerin teker teker yapacağı aydınlatmaya kıyasla çok daha genel bilgiler içereceğinden, hastanın teşhis ve tedavi sürecine ilişkin olarak yeteri kadar aydınlatılmamasına yol açabilir. Ayrıca her bir uzman hekimin, hastayı aydınlatırken üzerinde duracakları hususlar farklı olabilir. Sonuç olarak farklı dallardan uzman hekimlerin tek bir tedaviyi üstlendiği durumlarda, uzman hekimlerin teker teker hastayı aydınlatmasının, aydınlatmanın amacına daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

677 Hakeri, Cilt-I, s. 391.

678 Aktaş İncel, s. 33; Ozanoğlu, s. 72.

679 Hancı, s. 59; Subaşı, s. 57.

Çalışmamız açısından değinilmesi gereken bir durum ise intörnlerin ve asistanların, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak hastayı aydınlatıp aydınlatamayacağı hususudur. Kanaatimizce asistan hekimlerin, hastayı aydınlatıp ardından hastadan onam almasında herhangi bir hukuka aykırılık yoktur. Zira asistan hekimler, halihazırda pratisyen hekim olduktan sonra belli bir alanda uzmanlaşma yoluna giden hekimlerdir. Diğer bir deyişle, kimi durumlarda diğer bir hekimin hastayı aydınlatabilmesi mümkün iken tedaviyi kendisinden sorumlu hekimin gözetiminde de olsa bizzat yürüten asistan hekimin evleviyetle hastayı aydınlatabilmesi mümkündür. İntörn hekimler ise statü olarak staj yapan son sınıf tıp fakültesi öğrencileridir. Diğer bir deyişle hekim statüsünde değildirler. Aydınlatma yükümlüsü ise HHY m. 18/2 uyarınca tıbbi müdahalede bulunacak hekim olmakla birlikte, istisnai durumlarda diğer bir hekimdir. Bu durumda tedaviyi intörn gerçekleştirse dahi aydınlatma yükümlüsü gerçekte intörnün gözetimi altında görev yaptığı hekimdir. Aydınlatmanın önemi düşünüldüğünde, intörnün tek başına hastayı aydınlatması ve hastadan onam alması kanaatimizce mümkün değildir. Ancak intörnün, kendisinden sorumlu hekimle birlikte hastayı aydınlatması da mümkündür. Zira intörnün aydınlatma sırasında atladığı bir husus tedaviyle yükümlü hekim tarafından tamamlanabilir ya da hastanın aklına takılan soruları, intörn hekimin yanıtlayamaması halinde tedaviyle yükümlü hekim tarafından yanıtlayabilir.

c. Aydınlatmanın Şekli

1. Genel Olarak

Aydınlatmanın ne şekilde yapılacağına ilişkin detaylı düzenleme HHY m. 18'de yer almaktadır⁶⁸⁰. Anılan maddeye uygun bir şekilde hasta veya hasta yakını aydınlatılmadan,

680 "*Bilgi Vermenin Usulü- Madde 18*

hastadan onam alınamamaktadır⁶⁸¹. Bu durum kanun koyucunun, aydınlatmanın esasıyla birlikte aydınlatmanın usulüne de oldukça önem verdiğini göstermektedir. Kanaatimizce bu tutum oldukça yerindedir. Zira usulüne aykırı bir şekilde yapılan aydınlatmanın, hasta veya hasta yakını tarafından kavranmasının pek mümkün olmaması nedeniyle içeriğinin nasıl olduğu da önem arz etmeyecektir.

Aydınlatmanın nasıl yapılacağı hususunda kanun koyucu bir serbesti öngörmektedir. Buna göre aydınlatma sözlü ya da yazılı bir şekilde yapılabilir yani şekil serbestisi mevcuttur⁶⁸². Aydınlatmanın sözlü şekilde yapılması her ne kadar kolay olsa da bir o kadar da risklidir. Sözlü aydınlatmanın riski, aydınlatmanın yapılıp yapılmadığının ispatı noktasındadır⁶⁸³. Bu durumda öncelikle ispat yükümlülüğünü incelemek gerekmektedir. Öğretide ispat, “*bir olgunun varlığını veya yokluğuna hâkimi usulüne uygun şekilde ikna etmek*” şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁸⁴. Gerçekten de ispat edilemeyen bir olgunun hukuk alanında herhangi bir varlığından söz edilemeyeceğinden, somut uyuşmazlığa da herhangi bir etkisi bulunmayacaktır. İspat yüküne ilişkin temel kural ise

Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.

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

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

Hasta, aynı şikâyeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir.

Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır.

Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır.

Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir.”

681 Özcanoğlu Görkey, s. 64.

682 Demir, Hekim, s. 242; Subaşı, s. 58; Ozanoğlu, s. 72.

683 Aktaş İncel, s. 34.

684 Oğuzman/Barlas, s. 318.

TMK m. 6'da düzenlenmektedir. Buna göre aksine bir düzenleme yoksa, bir olguyu iddia eden aynı zamanda iddia edilen olguyu ispatlayacak kişidir. Öğretiye göre aydınlatma da ispat yükü, bazı durumlarda genel kuraldan sapmaktadır. Yine öğretiyeye göre, hekimlik mesleğindeki bir hususun aksini ispatlamak oldukça büyük güçlükler arz edeceğinden kimi durumlarda ispat yükü tersine dönebilir⁶⁸⁵. OZANOĞLU, müdahale aydınlatması sonrasında hastanın vücut bütünlüğü ihlal edildiği, yapılan bu ihlalin ise TMK m. 24/2 uyarınca hastadan alınan aydınlatılmış onama dayanması gerektiğinden, aydınlatmanın yapıldığının ispat yükünün hekimde olduğunu belirtmektedir⁶⁸⁶. Yüksek mahkemenin bir kararında *"Bu konuda, yani rıza ve muvafakatın ve aydınlatmanın ispatı konusunda ise genel hükümlere göre ispat konusu çözümlenmelidir. Davalı tarafın bu rıza ve aydınlatmayı kanıtlaması gerekmektedir."* ifadelerine yer verilerek, aydınlatmanın yapıldığının ispatının hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁸⁷. Kanaatimizce hastanın aydınlatmanın yapılıp yapılmadığını ispatlaması zorluk içerdiğinden, hastanın aydınlatıldığıının ispatının hekim tarafından yapılması gerekmektedir⁶⁸⁸. Buna karşın yazılı olarak yapılan aydınlatmalar, hekimlere aydınlatmanın yapıldığı hususunda ispat kolaylığı sağlamaktadır⁶⁸⁹. Sözlü aydınlatmanın barındırdığı riskler nedeniyle, mümkün olan her durumda yazılı aydınlatmanın, hekimler açısından daha mantıklı olduğu kanaatindeyiz.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise aydınlatmanın maktu bir form imzalamadan ibaret olmadığıdır⁶⁹⁰. Gerçekten de hastanın anlayacağı dilden oldukça

685 Ozanoğlu, s. 74.

686 Ozanoğlu, s. 75.

687 Yargıtay, 13. H.D., E. 2013/3720, K. 2013/32218, T.26.12.2013, (www.lexpera.com.tr).

688 Benzer yönde bkz, Hancı, s. 62.

689 Subaşı, s. 58; Ozanoğlu, s. 73.

690 Aktaş İncel, s. 35; Ozanoğlu, s. 73.

uzak, yoğun miktarda bilimsel terim içeren ve oldukça uzun onam formlarının, hasta tarafından bir çırpıda anlaşılacağını beklemek doğru değildir. Ayrıca öğretilerdeki bir görüşe göre matbu formdaki gereksiz bilgiler, hastanın aklını karıştırmakla birlikte gereksiz bir korku ve heyecan duymasına da neden olabilir⁶⁹¹. Kanaatimizce, hastanın sözlü olarak aydınlatıldıktan sonra, matbu formları imzalaması sağlanmalıdır. Zira sözlü bir şekilde yapılan aydınlatma da hasta hem aklına takılanları sorabilir hem de hekim önemli hususlar üzerinde durarak hastayı gerçekten yeteri kadar aydınlatabilir. Sonuç olarak sözlü olarak usulüne uygun ve eksiksiz yapılan aydınlatma sonrasında, hekimlerinde kendilerini korumaları adına yazılı matbu form imzalatmalarının, aydınlatmanın amacına uygun düşeceği kanaatindeyiz.

Aydınlatma yapılırken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise aydınlatmanın dilidir. Aydınlatma, hastanın sosyokültürel seviyesine uygun ve mümkünse hastanın anadilinde yapılmalıdır⁶⁹². Bu durumda aydınlatmanın şeklinin, aydınlatılan kişiye göre de değişeceği söylenebilir⁶⁹³. Zira bir hekim, meslektaşının rahatsızlığına yönelik aydınlatma yaptığı sırada bilimsel dille aydınlatma yapmaya dikkat ederken, eğitim düzeyi çok daha düşük bir bireye karşı olabildiğince sade bir şekilde aydınlatma yapmalıdır.

2. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatmanın ne zaman yapıldığı da kimi durumlarda aydınlatmanın kendisini kadar önemli olabilmektedir. Özellikle uygulamada görülen müdahalenin hemen

691 Subaşı, s. 59.

692 Aktaş İncel, s. 34.

693 Gülel, s. 125.

öncesinde yapılan aydınlatmanın, aydınlatmanın amacına sağlamaya yönelik olmadığı açıktır. Zira aydınlatmanın temel amaçlarından biri de hastanın serbest iradesiyle tedaviye karar vermesidir⁶⁹⁴. Ancak öğretilerde savunulan bir görüşe göre, sadece acil durumlarda, müdahalenin hemen öncesinde aydınlatmanın yapılması mümkündür⁶⁹⁵. HHY m. 18/5'te acil durumlar dışında hastaya makul sürenin tanınması gerektiğidir. Öğretilere göre hastaya verilen bu makul süre sayesinde hasta acele bir karar verme baskısından kurtulur ve tıbbi müdahaleye yönelik iradesini daha yoğun bir şekilde yansıtabilir⁶⁹⁶. Öğretilere göre aydınlatma, hastadan onam alınmasından önce yapılması gerekmektedir⁶⁹⁷. Burada üzerinde durulması gereken husus, onam alınmadan ne kadar süre önce aydınlatma yapılması gerektiğidir. Öğretilere göre aydınlatmanın zamanı, somut olaya göre değişkenlik göstermektedir⁶⁹⁸. OZANOĞLU'nun bizim de katıldığımız görüşüne göre acil bir müdahaleyi gerektiren haller dışında, hastaya onam almadan evvel tedavi hakkında yeteri kadar düşünebileceği ve yakınlarıyla müzakere edebileceği kadarlık bir zaman bırakılmalıdır⁶⁹⁹. Öğretilerdeki diğer bir görüşe göre müdahalenin ivediliği, hastaya verilen zamanın belirlenmesinde kritik rol oynamaktadır⁷⁰⁰. Öğretilerdeki diğer bir görüş ise, müdahalenin ağırlığının düşünme süresinin belirlenmesinde ana belirleyici etken olduğudur⁷⁰¹.

694 Sert, s. 199.

695 Aktaş İncel, s. 34.

696 Subaşı, s. 60.

697 Aktaş İncel, s. 34; Çelik/Pakış, s. 192; Hancı, s. 60; Subaşı, s. 60.

698 Hancı, s. 60; Ozanoğlu, s. 73.

699 Ozanoğlu, s. 73.

700 Subaşı, s. 60.

701 Çelik/Pakış, s. 192.

3. Defansif Tıp Uygulaması

Defansif tıp, günümüzde tıbbi müdahale sürecinde hem hastalar hem de tedavi maliyeti açısından ciddi tehdit olarak ortaya çıkan davranış biçimidir. Öğretide, hekimlerin tıp bilimine göre gerekli olmamasına rağmen tetkik istemesi ya da bir hastayı tedavi etmekten olabildiğince kaçınması olarak tanımlanmaktadır⁷⁰². Defansif tıp uygulamaları, hekimin hastadan ziyade kendini korumayı amaç edinmesi sonucu ortaya çıkmaktadır⁷⁰³. Öğretide, hekimin hastadan gerek olmadığı halde fazladan tetkik istemesi pozitif defansif tıp olarak nitelendirilmektedir⁷⁰⁴. Bununla birlikte hastadan sayısız tetkik istemenin yanında, hastayı daima sevk etmeye çalışmakta defansif tıp uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁰⁵. Hekimin, hastayı tedavi etmek yerine sürekli sevk etmeye çalışmasına ise negatif defansif tıp uygulaması denilmektedir⁷⁰⁶. Defansif tıp uygulamalarının artmasındaki en temel faktör, hekimlerin karşılaşmaktan çekindikleri, hukuki veya cezai sorumluluktur⁷⁰⁷. Defansif tıp sadece teşhis ve hastayı kabul aşamasında değil, tedavinin ilerleyen süreçlerinde de ortaya çıkabilir⁷⁰⁸.

Defansif tıp uygulamaları, hastayı aydınlatma sürecinde de etkisini gösterebilmektedir. Defansif tıp uygulamaları daha çok negatif defansif tıp şeklinde ortaya çıkmaktadır. Aydınlatmada defansif tıp uygulamaları, hekimin hastayı yanıltarak belli bir tedavi yöntemini seçmeye yöneltmesi şeklinde ya da hastanın durumunu abartarak sorumluluktan kaçma şeklinde de kendini gösterebilmektedir⁷⁰⁹. Bu durumda

702 Barlıoğlu, s. 14.

703 Barlıoğlu, s. 15.

704 Barlıoğlu, s. 16.

705 Tanrıverdi, Ayşe Almıla, Defansif Tıp Uygulamalarının Tetkiki, Ankara, 2020, s. 41.

706 Karataş, s. 128.

707 Tanrıverdi, s. 40.

708 Tanrıverdi, s. 43.

709 Aba Harmancı, s. 77.

hastanın gerçek iradesini sakatlayarak, hekim sorumluluktan kurtulmayı hedeflemektedir. Ancak hastanın gerçek iradesi sakatlandığından, hastadan alınan onamın bir sıhhatinin kalmadığı da söylenebilir⁷¹⁰.

E. Aydınlatmanın Özellik Arz Ettiği Durumlar

a. Organ ve Doku Bağışı

i. Genel olarak

Öğretide organ; *“Canlı bir organizmanın dokularından oluşan, belirli bir görevi olan ve sınırları kesin olarak tespit edilebilen kısmı”* şeklinde tanımlanmaktadır⁷¹¹. Doku ise; *“Çok hücreli canlılarda, yapı ve fonksiyon bakımından birbirine benzeyen ve anatomik olarak bir bütünlük gösteren anatomi unsurlarından meydana gelen yapı”* şeklinde tanımlanmaktadır⁷¹². Tanımlardan da anlaşılacağı üzere organ, dokuların birleşmesi sonucu oluşan daha karmaşık bir yapıdır.

Organ ve doku bağışı son dönemlerle ülkemizde ve dünyada kabul görmeye birlikte, etik değerlere aykırı olup olmadığı hususu tartışmalı olan bir alandır. Organ ve doku nakline ilişkin mevzuat düzenlemeleri yapılmadan evvel, organ ve doku nakli ölünün bedenine saygısızlık olarak kabul edilmekteydi⁷¹³. Organ nakli öğretide, canlı ya da kadavradan alınan bir organ yahut dokunun, tedavi etmek amacıyla başka bir kişinin vücuduna nakledilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁷¹⁴. Öğretideki diğer bir tanım da ise vericiden alınan sağlam organın, alıcının vücudundaki hasarlı veya çalışmayan organın yerine nakledilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁷¹⁵. Organ nakli kişinin kendi bedenini

710 Aba Harmancı, s. 78.

711 Öztürkler, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2003, s. 195.

712 Öztürkler, s. 195.

713 Hakeri, Cilt-II, s. 774.

714 Badur, s. 317.

715 Abik, Yıldız, Canlıdan Organ ve Doku Nakli, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 94.

içerisinde olabileceği gibi, bedenler arasında da olabilmektedir⁷¹⁶. Kişinin kendi bedeninde yapılacak olan nakiller, normal bir tıbbi müdahalenin geçtiği prosedürlerden geçmektedir. Zira organı veren de alan da kişinin kendisidir. Burada özellik arz eden husus kişiler arası organ naklidir.

Organ ve doku naklinin düzenlendiği 2238 sayılı Kanun, canlıdan veya kadavradan alınan organların ve dokuların naklini kapsamaktadır⁷¹⁷. Bununla birlikte bir diğer nakil türü olan hayvandan insana doku ve organ nakli ise 2238 sayılı Kanun'a tabi olmadığı söylenebilir⁷¹⁸. Ayrıca 2238 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasında; oto grefler ile saç ve deri alınması, aşınlanması ve nakli ile kan tranfüzyonu işlemleri, 2238 sayılı Kanun'un kapsamının dışında bırakılmaktadır. Öğretiye göre organ ve doku nakline ilişkin olarak mevzuatımızda geçerli olan sistem genişletilmiş onay sistemidir⁷¹⁹.

Organ bağışını canlıdan yapılan nakiller ve kadavradan yapılan nakiller şeklinde incelemenin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Zira vericiden aydınlatılmış onam alınması bakımından, iki durum arasında ciddi farklar bulunmaktadır. Ayrıca, aydınlatılmış onamın varlığı, doku ve organ nakli için hayati önem arz etmektedir⁷²⁰. Canlıdan canlıya organ ve doku naklinde, organ naklindeki yararın en üst düzeyde olması

716 Abik, Organ Nakli, s. 94.

717“ **Kapsam-Madde 2**

Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır.

Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşınması ve nakli ile kan tranfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.”

718 Doğan, Cahid, Ksenotransplantasyon, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 257; Hakeri, Cilt-II, s. 773.

719 Abik, s. 95.

720 Ataç, Adnan/Uçar, Muharrem, Organ Aktarımları ve dağıtımı ile İlgili Temel Etik Sorunlar, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014 s. 75.

gerekirken, risklerin ise kabul edilebilir düzeyde olması gerekmektedir⁷²¹. Bu durumda, alıcının yaşamını devam ettirebilmesi için elzem olmayan organ ve doku nakillerinin, etik değerlerle bağdaşmadığı söylenebilir.

ii. Canlıdan Canlıya Yapılacak Organ ve Doku Nakli

Organ ve doku bağıışı mevzuatımızda oldukça sıkı şartlara tabi tutulmaktadır. İlk olarak HHY m. 29'da yapılan bir düzenleme ile on sekiz yaşından küçükler ile ayırt etme gücüne sahip olmayanların organ bağıışında bulunmalarını emredici bir hükümlle yasaklanmaktadır. Aynı hüküm devamında şekil şartlarına ilişkin olarak 2238 sayılı Kanun'a atıf yapmaktadır. Ulusal mevzuatın dışında, organ ve doku nakli doğrudan Biyotıp Sözleşmesi'nin 19 ve 20. maddelerinde düzenlenmektedir. Öğretiye göre sözleşme organ ve doku nakline ilişkin olarak; naklin alıcıya fayda sağlaması, alternatif bir tedavi yönteminin bulunmaması ve aynı nitelikteki organın kadavradan naklinin mümkün olmaması olmak üzere temel üç şart belirlemektedir⁷²². Sözleşmeye göre uygun bir şekilde kendisinden aydınlatılmış onam alınmayan kişilerden organ ve doku alınabilmesi mümkün değildir. Vericinin kim olduğu hem kamu düzeni hem de etik değerleri ilgilendiren önemli bir husustur⁷²³. Bu nedenle hem uluslararası hem de ulusal mevzuatta verici konumuna ilişkin sıkı şartlar öngörülmektedir.

Canlıdan canlıya yapılacak olan organ ve doku naklinde, kanun koyucu çok sıkı ve özellik arz eden şartlar öngörmektedir⁷²⁴. Canlıdan canlıya doku nakilleri, etik açıdan da birçok temel ilkenin çatışması nedeniyle tartışmalı bir konumdadır⁷²⁵. Organ ve doku

721 Ataç/Uçar, s. 81.

722 Badur, s. 321.

723 Badur, s. 325.

724 Badur, s. 319.

725 Ataç/Uçar, s. 80.

naklinde öngörülen bu şartlar, özellikle tıbbi müdahale öncesinde alınması zorunlu olan aydınlatılmış onama ilişkindir. Canlıdan canlıya organ ve doku naklinde ilk şart 2283 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmektedir⁷²⁶. Buna göre vericinin hem on sekiz yaşını doldurmuş olması hem de mümeyyiz olması gerekmektedir⁷²⁷. Kanun koyucu bu düzenlemeyle kazai rüşt durumlarıyla fiil ehliyeti kazanan kişilerin, organ ve doku naklinde verici konumunda olmalarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır⁷²⁸. Zira kişi on sekiz yaşını doldurmasa dahi ergin sayılabilse de on sekiz yaşını doldurmadığından verici olamayacaktır. Yaşa ilişkin olarak on sekiz yaşını doldurma şartı arandığından, vericinin on dokuz yaşından gün alması gerekmektedir⁷²⁹. Kanun koyucu tarafından öngörülen bu şartları sağlamayanların vermiş oldukları onamlar ise geçersiz olacaktır⁷³⁰. Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca da iradesini açıklama kabiliyeti bulunmayanların verici olamayacağı düzenlenmektedir. BADUR'a göre iç hukukumuz, Biyotıp Sözleşmesi'ne kıyasla daha koruyucudur⁷³¹.

Organ ve doku bağıışı için aranan şartlar bununla da sınırlı değildir. Anılan Kanun'un 6. maddesi uyarınca, vericinin en az iki tanıkla, herhangi bir baskı altında kalmadan, önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık huzurunda sözlü şekilde beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunlu kılınmaktadır. Bu düzenlemede dikkat edilmesi gereken ilk husus, vericinin hiçbir baskı altında kalmamasıdır⁷³². Bu baskı maddi ya da manevi olabilir. Kanun koyucu ayrıca maddi bir

726 "**Yaş ve nitelik-Madde 5**

Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır."

727 Badur, s. 327; Hakeri, Cilt-II, s. 801.

728 Abik, Organ Nakli, s. 102.

729 Abik, Organ Nakli, s. 103.

730 Abik, Organ Nakli, s. 103.

731 Badur, s. 327.

732 Ataç/Uçar, s. 81; Abik, Organ Nakli, s. 110.

çıkar sağlama amacıyla organ ve doku bağışı yapılmasını yasaklamaktadır⁷³³. Danıştay'ın bir kararında, vericiden usulüne uygun bir şekilde aydınlatılmış onam alınmadan organ nakli ameliyatı yapan hekimlerin kusurlu olduğu belirtilmektedir⁷³⁴. Kanaatimizce, organ ve dokuların bağışlanmak yerine satılabiliyor olması, vericinin onam iradesini doğrudan etkileyecek ve vericinin ilerleyen zamanlarda pişman olabileceği tıbbi müdahalelere onam vermesine yol açabilecektir.

Kanun koyucunun, verici üzerindeki baskıyı önlemek amacıyla öngördüğü diğer bir husus ise, vericinin dilediği zaman onamını geri alabilme hakkıdır⁷³⁵. Bu husus TMK m. 23/3'te yer almaktadır. Düzenlemede, vericinin edim borcunu yani organ veya dokusunu bağışlamaya zorlanamayacağına yer verilmektedir. Ayrıca edim borcunu yerine getirmediği gerekçesiyle vericiden herhangi bir tazminat talebinde de bulunulamaz⁷³⁶. Burada kişinin onamının sıhhatinin korunması amaçlanmaktadır⁷³⁷. Ancak ABİK'e göre, her ne kadar ifa etmeme nedeniyle herhangi bir tazminat talep edilemese de alıcının yaptığı masraflara ilişkin olarak, hakkaniyet kapsamında bir ödeme talep edilebilmelidir⁷³⁸. Burada amaçlanan husus, vericinin kötü niyetli şekilde davranmasını engellemek ve alıcıya da temel bir koruma sağlamaktır⁷³⁹.

Onama ilişkin diğer bir husus ise yazılı olarak yapılmasıdır⁷⁴⁰. Yazılılık şartı, ilk olarak Biyotıp Sözleşmesi'nin 19. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Ayrıca verici

733 Ataç/Uçar, s. 85; Badur, s. 325.

734 Danıştay, 1. D., E.2004/852, K.2005/359, T.15.03.2005, UYAP erişim.

735 Abik, Organ Nakli, s. 116; Badur, s. 338.

736 Abik, Organ Nakli, s. 117.

737 Badur, s. 338; Hakeri, Cilt-II, s. 799.

738 Abik, Organ Nakli, s. 117, benzer yönde Badur, s. 339.

739 Hakeri, Cilt-II, s. 800.

740 Abik, Organ Nakli, s. 109.

iradesini açık bir şekilde ortaya koymalıdır⁷⁴¹. Bu anlamda organ ve doku bağışının zımni bir şekilde yapılamayacağı söylenebilir. BADUR'a göre açıklık ilkesi, kişinin tıbbi müdahale onam verdiğini şüpheye yer bırakmayacak şekilde göstermesi gerektiği gibi, hangi organ veya dokunun da bağışının konusu olduğunu açık bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir⁷⁴². Yazılılık şartına ilişkin diğer bir düzenleme ise TMK m. 23/3'te yer almaktadır⁷⁴³. Kural olarak aydınlatılmış onam, sadece büyük cerrahi müdahalelerde yazılı olsa da istisnaları bulunmaktadır. İşte bu istisnalardan biri de organ ve doku naklidir. 2283 sayılı Kanun'da ise onamın yazılı ya da sözlü açıklanması mümkündür⁷⁴⁴. ABİK'e göre yazılı onamda, onamın el yazısıyla ya da önceden hazırlanan bir yazıyı ıslak imzayla imzalaması mümkündür⁷⁴⁵. Yazılı onama ilişkin diğer bir şart ise en az iki tanık huzurunda yapılmasıdır. Düzenlemede, onam metnini tanıkların imzalaması gerektiği belirtilmese de öğretiyeye göre tanıkların imzalaması ispat açısından kolaylık sağlayacaktır⁷⁴⁶.

Sözlü onam da ise tanıkların hazırlayacağı onam metnini, verici imzalayacak ardından da hekim tarafından yazılı şekilde onaylayacaktır⁷⁴⁷. Öğretiye göre burada müdahalede bulunacak olan hekim değil, herhangi bir hekimin onam metnini onaylayabilmesi mümkündür⁷⁴⁸. Sözlü onamda aslında bir çeşit yazılı şekilde onam vermenin bir türüdür⁷⁴⁹. Ancak burada okuma yazma bilmeyenlerin nasıl imza atacağı hususu tartışmalıdır. Zira TMK 23/3 uyarınca, organ ve doku nakline yazılı şekilde rıza

741 Badur, s. 333.

742 Badur, s. 333.

743" Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz."

744 Abik, Organ Nakli s. 114.

745 Abik, Organ Nakli, s. 114.

746 Abik, Organ Nakli, s. 115.

747 Abik, Organ Nakli, s. 115; Badur, s. 336.

748 Badur, s. 336.

749 Badur, s. 336.

verilebileceği düzenlemektedir. Buna karşılık 2238 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca onam metninin, verici tarafından sözlü şekilde onam verilebilmesi mümkün kılınmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, burada özel hüküm niteliğinde olan 2238 sayılı Kanun'un 6. Maddesinin saklı tutulmak istendiği kabul edilmektedir⁷⁵⁰. BADUR, özel kanuni düzenlemelerin insan kökenli biyolojik maddelerin bir kısmına ilişkin olduğunu, buna karşın TMK'de yer alan düzenlemenin ise insan kökenli biyolojik maddelerin tamamına ilişkin olduğunu, bu nedenle burada aslında tam bir çatışma olmadığını savunmaktadır⁷⁵¹.

Onama ilişkin diğer bir husus ise vericinin evli olması halinde eşinin de organ veya doku bağışını hakkında aydınlatılması ve bu husus bir tutanağa bağlanmasıdır⁷⁵². Vericinin eşinin, tıbbi müdahaleyi engelleme yönünde doğrudan bir irade beyanında bulunabilmesi mümkün değildir ama eşini müdahaleden vazgeçmesi için ikna etmeyi deneyebilir⁷⁵³. Ayrıca eşin rızası aranmamakta, sadece vericinin eşinin de durumdan haberdar olması sağlanmaktadır⁷⁵⁴.

Organ ve doku nakline ilişkin sadece onam alma aşamasına ilişkin değil, ayrıca aydınlatma aşamasına ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur⁷⁵⁵. Düzenlemeye göre

750 Abik, Organ Nakli, s. 116; Badur, s. 338.

751 Badur, s. 338.

752 Abik, Organ Nakli, s. 109.

753 Badur, s. 335.

754 Hakeri, Cilt-II, s. 804.

755 **Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü-Madde 7**

Organ ve doku alacak hekimler :

a) Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;

....

zorundadır.

hekim hem müdahalenin kendisinin oluşturduğu tehlikeleri hem de sosyal yaşama olan etkileri hakkında vericiyi aydınlatmalıdır⁷⁵⁶. Örneğin bir böbrek nakli sonrasında, vericinin ileride ancak nakille tedavi edilebilecek bir böbrek rahatsızlığı yaşaması halinde, kendisinin de nakil sırası bekleyebileceği hususunda aydınlatılması gerekmektedir. Bununla birlikte aydınlatma yalnızca olumsuz sonuçları kapsamamaktadır. Ayrıca alıcının menfaatine ilişkin olarak da verici aydınlatılmalıdır⁷⁵⁷.

Organ ve doku nakline ilişkin düzenlemeler sadece vericiye değil, alıcıya da ilişkindir. Alıcıya ilişkin ilk şart akrabalık şartıdır. Bu duruma ilişkin düzenleme Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 12. maddesinde yer almaktadır⁷⁵⁸. Düzenlemede alıcılar vericinin en az iki yıldan beri birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü derece dahil kan ve kayın hısımlarıdır. Akrabalık şartını sağlamayan kişiler ise ancak etik kurulu onayından sonra alıcı olabilmektedir⁷⁵⁹. Bu duruma ilişkin düzenleme anılan hükmün devam eden fıkralarında yer almaktadır⁷⁶⁰. Vericinin eşinin hastalığı, evlendikten sonra ortaya çıkmış ise iki yıllık şart aranmamaktadır⁷⁶¹. Kanun koyucunun burada, sırf etik kurul onayından kaçınabilmek amacıyla evlenmelerin önüne geçmeyi amaçladığı söylenebilir. Hısımlığın belirlenmesi ise TMK hükümleri kapsamında gerçekleştirilecektir⁷⁶². Son olarak üvey

756 Badur, s. 333.

757 Badur, s. 334.

758 **"Canlı vericiden organ bağıışı ve nakli-Madde 12**

...
Canlı vericiden organ nakli, alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir. Organ nakli gereken hastalığın evlilikten sonra teşhis edildiği durumlarda eşlerin en az iki yıllık evli olması şartı aranmaz.

..."

759 Abik, Organ Nakli, s. 124.

760 *"Canlı vericiden organ nakli, alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir. Organ nakli gereken hastalığın evlilikten sonra teşhis edildiği durumlarda eşlerin en az iki yıllık evli olması şartı aranmaz.*

Canlı vericiden organ nakli yapılabilmesi için alıcının ilgili merkezin organ bekleme listesinde kayıtlı olması gerekir. Nakil, acil haller dışında alıcı en az 3 gün bekleme listesinde bekledikten sonra yapılır."

761 Hakeri, Cilt-II, s. 807.

762 Abik, Organ Nakli, s. 125; Hakeri, Cilt-II, s. 808.

kardeşler, düzenlemenin kapsamının dışında kaldıklarından, üvey kardeşler arasındaki nakillerde etik kurulunun onayıyla gerçekleştirilebilir⁷⁶³.

Alıcıya ilişkin diğer bir husus, organ veya doku nakline ilişkin alıcıdan aydınlatılmış onam alınması gerekmektedir⁷⁶⁴. Zira verici gibi alıcıya da tıbbi müdahale yapılmaktadır. Ancak işin doğası gereği, vericide öngörülen ağır şartlar, alıcı açısından öngörülmemektedir. Zira organ veya doku nakli alıcının menfaatinde.

Son olarak canlıdan canlıya organ ve doku nakli, vericinin hayatını tehlikeye sokacak bir organ veya dokuya ilişkin olamaz yani hayati tehlike doğuracak organlar, organ ve doku nakline ilişkin onamın kapsamının dışındadır⁷⁶⁵. Bu husus, 2238 sayılı Kanun'un 8. maddesinde açık bir şekilde düzenlenmektedir. Hangi organların naklinin hayati tehlike oluşturup oluşturmadığının tespitini ise hekimler gerçekleştirecektir⁷⁶⁶.

iii. Kadavradan Yapılacak Organ ve Doku Nakli

Kadavradan insana organ ve doku naklinde özellikle vericiden onam alınması bakımından, canlıdan canlıya organ nakline kıyasla önemli farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak kadavradan her türlü organın alınabilmesi mümkündür⁷⁶⁷. Diğer bir anlatımla, kadavradan yapılacak organ ve doku nakilleri canlılar arası yapılacaklara göre daha geniş kapsamlıdır⁷⁶⁸. Burada karşılaştırma yapmak gerekirse, canlı bir insanın hayatını kaybetmesiyle sonuçlanacak nakillere onam verebilmesi mümkün değildir, zira kişilerin

763 Hakeri, Cilt-II, s. 808.

764 Abik, Organ Nakli, s. 127.

765 Abik, Organ Nakli, s. 122; Hakeri, Cilt-II, s. 804.

766 Abik, Organ Nakli, s. 122.

767 Hakeri, Hakan, Kadavradan Organ Nakli ve Hukuki Sorunlar, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 189.

768 Abik, Organ Nakli, s. 93.

yaşam hakkından vazgeçebilmeleri ve 2238 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca kendilerini hayati tehlikeye sokacak olan organların nakline rıza gösterebilmeleri mümkün değildir. Ancak kadavralarda yaşam hakkından vazgeçme hususu herhangi bir problem oluşturmayacağı için nakledilebilecek organların kapsamı doğal olarak genişlemektedir. Diğer bir husus ise kadavradan nakillerde vericinin yaşı önem arz etmeyecektir, zira kadavradan nakillerde yaş sınırına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁷⁶⁹. Ancak ölüm anının belirlenmesi ile vefat edenin önceden organ nakline ilişkin iradesi bulunuyorsa, önceki iradeye saygı gösterilmesi önem arz etmektedir⁷⁷⁰.

Ölüm halinin saptanması, 2238 sayılı Kanun'un 11. maddesinde düzenlenmektedir⁷⁷¹. Buna göre anılan düzenlemede belirtilen uzmanlık alanlarından iki hekim tarafından ölüm tespit edilebilir. Bu anlamda ölümü tespit etmenin, hekimlerin görev alanında olduğu söylenebilir. 2238 sayılı Kanun'un 12. maddesi ise kadavradan doku ve organ nakliyle görevlendirilen hekimlerin, ölümü tespit etmelerini yasaklamaktadır. Kanun koyucu bu yolla şaibeli durumların önüne geçmeyi amaçlamaktadır⁷⁷². Ayrıca anılan Kanun'un 13. maddesi uyarınca ölüm saatine ve ölümün tespitine ilişkin bir tutanak düzenlenmesi ve organ ve dokunun alındığı sağlık kuruluşuna verilmesi gerekmektedir. Öğretideki bir görüşe göre, etik anlamda organ nakli için yeterli görülen ölüm düzeyi, beyin ölümüdür⁷⁷³.

769 Hakeri, Kadavra, s. 189.

770 Ataç/Uçar, s. 76; Hakeri, Kadavra, s. 189.

771 "**Ölüm halinin saptanması-Madde 11**

Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir."

772 Ataç/Uçar, s. 79.

773 Ataç/Uçar, s. 77.

Kadavradan organ naklinin, çalışmamızı doğrudan ilgilendiren kısmı ise, vericinin önceden açıkladığı iradesine uygunluktur. Bu husus, 2238 sayılı Kanun'un 14. maddesinde düzenlenmektedir⁷⁷⁴. Anılan madde de kadavradan doku ve organ nakline ilişkin detaylı düzenlemeler yer almaktadır. Öncelikle, kişi vefat etse dahi, önceden açıkladığı iradesine göre hareket edilmesi gerekmektedir⁷⁷⁵. Ancak canlıdan canlıya organ ve doku nakline kıyasla onam şartı çok daha hafiftir. İlk olarak vücutta değişiklik yapmayan organlara ilişkin husus, anılan düzenlemenin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buradaki sistemin de kişinin aksine iradesini açıklamadığı müddetçe, vericinin organın vermeye rızası olduğu kabul edilmektedir⁷⁷⁶. Uygulamada böyle bir beyan olup olmadığına ilişkin araştırmayı hekimler yapmaktadır. Öğretide, vefat edenin vücut üzerinde değişiklik yapmasa dahi organlarını vermediğine ilişkin beyanı olup olmadığına ilişkin sorgulamanın, fiilen vefat edenin yakınlarından izin almaya yol açtığı yönünde

774“Ölüden organ ve doku alma koşulu ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası-Madde 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.

Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.

Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.

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

Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

775 Hakeri, kadavra, s. 194.

776 Hakeri, kadavra, s. 194; Yüzbaşıoğlu, Erdal, Kornea Naklinde Hukuki Sorunlar, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 239.

eleştiriler bulunmaktadır⁷⁷⁷. Bununla birlikte vücutta değişiklik yapan doku ve organlar ancak anılan düzenlenmenin 1. fıkrasında yer verilen hasta yakınlarından, usulüne uygun şekilde onam alınması halinde kadavradan doku veya organ alınabilir⁷⁷⁸.

Değnilmesi gereken bir diğer organ ve doku nakli türü ise kompozit doku naklidir. Kompozit doku naklinde, tıbbi müdahalenin amacı alıcının hayatını kurtarmak değil, yaşam kalitesini artırmaktır⁷⁷⁹. Bu anlamda, diğer organ ve doku nakillerinden endikasyon bazında ayrışma mevcuttur⁷⁸⁰. Ancak kompozit doku nakliyle sağlanan fayda, alıcının psikolojisi ve günlük yaşama dönmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Örneğin başarılı bir yüz nakli operasyonu sonrasında, alıcı sağlıklı bir insan bedenine tekrar kavuşacaktır⁷⁸¹. Kompozit doku, ameliyat sonrasında kan ve sinir damarlarının birleştirilmesiyle işlev kazanan, el, yüz, ayak gibi birden fazla dokudan oluşan yapılardır⁷⁸². Kompozit dokular kadavralardan nakledilebilir⁷⁸³. Çalışmamız açısından değinmek gerekirse, kompozit ve organ ve doku naklinde aydınlatma ve onam alma oldukça önem arz etmektedir. Konuya ilişkin düzenleme Kompozit Organ ve Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin 28. maddesinde yer almaktadır. Öncelikle kompozit organ ve doku naklinde endikasyon hayati olmadığından, alıcıya yapılacak aydınlatmanın oldukça detaylı şekilde yapılması gerekmektedir⁷⁸⁴. Zira kompozit organ ve doku nakli oldukça yeni ve tehlikelidir. Ayrıca anılan yönerge düzenlemesinin 2. fıkrasında, alıcı nakil

777 Yüzbaşıoğlu, s. 239.

778 Hakeri, kadavra, s. 195.

779 Batur Özçetin, Arzu, Kompozit Doku Naklinin Ülkemizdeki Uygulanması ve Yasal Durumlar, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014, s. 147; Hakeri, Cilt-II, s. 815.

780 Hakeri, Cilt-II, s. 814.

781 Vercler, Christian J., Ethical Issues in Face Transplantation, American Medical Association Journal of Ethics, 2010, C. 12, S. 5, s. 379.

782 Batur Özçetin, s. 147.

783 Batur Özçetin, s. 153.

784 Batur Özçetin, s. 154; Hakeri, Cilt-II, s. 815.

sonrasında yaşam boyu bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlar kullanacağından ve bu ilaçların yan etkileri ve muhtemel komplikasyonlarının mevcut olması nedeniyle, alıcıdan alınacak onama bir takım özel usuller getirilmektedir. İlk olarak alıcının, alternatif tedavi yöntemlerini denemesine rağmen, bu durumdan tatmin olmadığına ilişkin yazılı beyanı, alıcıdan veya alıcının yasal temsilcisinden alınmalıdır. Diğer bir durum ise alıcıdan alınacak onam anılan Yönerge'nin Ek-1 maddesinde özel olarak düzenlenmektedir. Kanun koyucu burada, deneysel düzeyde olan tıbbi müdahalenin oluşturduğu tehlikeyi önlemeyi amaçlamaktadır⁷⁸⁵. Diğer bir husus ise kompozit doku naklinde vericinin nasıl onam vereceği özel olarak düzenlenmektedir. Buna göre, kompozit doku naklinde verici, vefatından evvel kompozit organ veya dokularını bağışladığını içerir şekilde yazılı onam vermeli ya da vericinin vefatından sonra, vericinin organlarını bağışlamaya yetkili yakınları tarafından, kompozit organ veya dokuların bağışına ilişkin özel olarak yazılı onam vermelidir. Kanun koyucu burada onamın yazılı olmasını hem de özel olarak kompozit organları içermesini aramaktadır⁷⁸⁶.

Kadavradan doku ve organ nakline ilişkin değinilmesi gereken son husus ise kaza veya doğal afetler sonrasında, vefat eden kişilerden organ alınmasıdır. 2238 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, kaza ya da doğal afet sonrasında bulunan ölü bedenlerin herhangi bir yakını bulunmaması, ölümün alınacak organlara bağlı olarak gerçekleşmediğinin tutanak altına alınması ve ivedi bir durumun bulunması şartıyla herhangi bir onam alınmadan, kadavradan organ ve doku nakli mümkün kılınmaktadır⁷⁸⁷. Bu duruma bir örnek vermek gerekirse, anılan düzenleme uyarınca, Kahramanmaraş

785 Hakeri, Cilt-II, s. 815.

786 Batur Özçetin, s. 153.

787 Hakeri, Cilt-II, s. 787.

depremi sonrasında enkazdan çıkarılan ölümlerden alınan organlar, çıkarılanların herhangi bir yakınına ulaşılamaması halinde bölgedeki ağır yaralıların tedavisinde kullanılabilir. Öğretide anılan düzenleme, uygulama sırasında ortaya çıkabilecek tepkiler nedeniyle eleştirilmektedir⁷⁸⁸.

b. Kısırlaştırma ve Kastrasyonda Aydınlatma

Üreme hakkı, kişilerin sahip olabilecekleri çocuk sayısına, gerekli sağlık hizmeti ve bilgiye ulaşmasına ilişkin, temel bir haktır⁷⁸⁹. Anayasa'nın 41. maddesinde anne ve çocuk vurgulanmak suretiyle ailenin korunması ve aile planlamasının sağlanmasını devlete bir ödev olarak yüklemektedir. Öğretide üreme hakkının Anayasa'nın 17. maddesindeki kişinin maddi ve manevi vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin olduğu da savunulmaktadır⁷⁹⁰. Kısırlaştırmaya ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin başında Nüfus Planlaması Hakkında Kanun gelmektedir. Kanun'un 4. maddesinde kısırlaştırma: *"Sterilizasyon bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir."* şeklinde tanımlanmaktadır. Anılan Kanun'un 2. maddesine göre devlet nüfus planlamasına ilişkin eğitim vermelidir ve gebeliği önleyici tedbirler alabilmektedir. Kısırlaştırma da yapılan müdahale sonucunda kişinin üreme yeteneği ortadan kaldırılsa da cinsel olarak faal kalmaktadır⁷⁹¹. Kısırlaştırma müdahalesi için anılan Kanun'un 4/2. maddesinde belli şartlar öngörülmektedir. Kısırlaştırma tedavisinin herhangi bir tıbbi zaruret hali yoksa, reşit kişinin rızası dahilinde uygulanabileceği belirtilmektedir⁷⁹². BADUR'a göre kısırlaştırma

788 Hakeri, Cilt-II, s 788.

789 Badur, s. 179.

790 Badur, s. 180.

791 Badur, s. 226; Hakeri, Cilt-II, s. 991.

792 Hakeri, Cilt-II, s. 991.

kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir husus olmakla birlikte kişilerin tedavisi sırasında tıbbi bir zaruriyet halinde hukuka uygun olarak uygulanabilir⁷⁹³. Ancak öğretide buna karşı çıkan birtakım yazarlar da bulunmaktadır⁷⁹⁴.

Kısırlaştırma aydınlatma ve onam almanın oldukça önem arz ettiği uygulamalardandır. Bunun en temel sebebi ise kısırlaştırmanın sonuçlarının oldukça ağır ve geri dönülemez olmasıdır⁷⁹⁵. Kişinin hayatının geri kalanında bir daha çocuk sahibi olamaması ve aile kuramamasının psikolojik etkilerinin çok ağır olması nedeniyle öğretide kısırlaştırma öncesinde psikolojik bir aydınlatmanın yapılması gerektiği savunulmaktadır⁷⁹⁶. Zira burada kişinin sağlığına yönelik ağır bir müdahale bulunmamakta, asıl tehlike saçan husus kişinin manevi dünyasında doğması muhtemel zarardır⁷⁹⁷. Evli çiftlerde ise kısırlaştırma öncesinde mutlaka diğer eşin rızası alınması gerekmektedir⁷⁹⁸. Kısırlaştırmaya ilişkin bir diğer problemde başarısız kısırlaştırma halinde yani kişilerin istemedikleri halde çocuk sahibi olmaları durumunda ne olacağı hususudur. HAKERİ'ye göre şayet bir komplikasyon durumu yoksa uygulama hatası nedeniyle hekimin tazminat sorumluluğu doğacaktır⁷⁹⁹. Burada dikkat edilmesi gereken husus komplikasyon nedeniyle çocuk sahibi olunmasından ziyade bir komplikasyon nedeniyle kısırlaştırma sonrasında dahi çocuk sahibi olunabileceği hakkında taraflara bilgi verilmemesi durumu yani aydınlatma yükümlülüğünün ihlalidir⁸⁰⁰.

793 Badur, s. 226-227.

794 Detaylı bilgi için bkz. Badur, s. 227

795 Hakeri, Cilt-I, s. 366.

796 Hakeri, Cilt-II, s. 993.

797 Badur, s. 228.

798 Hakeri, Cilt-II, s. 993.

799 Hakeri, Cilt-II, s. 993.

800 Hakeri, Cilt-I, s. 367.

Kısırlaştırmanın bir diğ er şartı da müdahale yapılacak kişinin reşit olmasıdır. Kanun koyucunun böyle bir şart getirmesindeki temel saik, kısırlaştırma uygulanacak kişilerin kısırlaştırmanın sonuçlarını algılayabilecek olgunluğa ulaşmalarıdır⁸⁰¹.  ğretiye göre buradaki reşitlik şartını hem on sekiz yaşını dolduranlar hem de mahkeme kararı ve evlenme yoluyla erginlik kazananlarda sađlamaktadır⁸⁰². Buradaki tartışmalı husus ayırt etme gücü bulunmayan akıl hastaları gibi kişilerin kısırlaştırılmalarının mümkün olup olmadığıdır. Öğretideki bir görüşe göre her ne kadar Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da bu duruma ilişkin bir düzenleme bulunmuyor olsa da veli ya da vasi izniyle kısırlaştırma uygulanamayacağı savunulmaktadır⁸⁰³. Buna karşın HAKERİ, mevzuatta kısırlaştırma uygulamasının hukuka uygunluğu için onamın yeterli görüldüğü bu durumda uygulamada veli ya da vasi izni bulunduğu müddetçe ayırt etme gücü bulunmayan kişilere de kısırlaştırma tedavisinin uygulanabileceğini belirtmektedir⁸⁰⁴. Kanaatimizce ayırt etme gücü bulunmayan kişilere kısırlaştırma uygulanması aydınlatma ve onam açısından birçok ciddi tartışmaya neden olacaktır. Öncelikle kısırlaştırma da daha önce de ifade ettiğimiz gibi aydınlatmanın ve onamın önemini oluşturan durum müdahalenin süreci değil arzu edilen sonucudur. Buradaki kısırlaştırmanın endikasyonu ise psikolojik bir yapı arz etmektedir⁸⁰⁵. Psikolojik endikasyon halinde ise kişinin müdahalenin niteliğini ve sonuçlarının ağırlığını anlaması oldukça önemlidir. Burada hayati bir durumdan ziyade manevi yönü ağır basan bir uygulama mevcuttur. Bu durumda aciz durumda bulunan bu kişilerin haklarının korunması açısından mahkeme

801 Badur, s. 228.

802 Badur, s. 228.

803 Badur, s. 229.

804 Hakeri, Cilt-II, s. 994.

805 Hakeri, Cilt-II, s. 992.

kararıyla kısırlaştırma uygulamalarına tabi tutulabilmelerinin daha hakkaniyetli olduğu söylenebilir.

Kısırlaştırmaya ilişkin diğer bir düzenleme ise Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'tür. Kısırlaştırma için NPHK'ye benzer bir düzenlemeler içermekle birlikte ek birtakım hususlar da düzenlenmektedir. İlk olarak anılan Tüzüğün 10. maddesinde, kısırlaştırma uygulanacak hastalara müdahalenin hangi uzmanlık alanına sahip hekimler tarafından yapılabileceği düzenlenmektedir⁸⁰⁶. Tüzüğün devam eden maddelerinde Kadın hastalara kısırlaştırmanın yalnızca resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılacağı, erkek hastalara ise uzman hekimlerin mesleklerini uyguladıkları yerlerde, pratisyen hekimlerin de resmi tedavi kurumlarında yapabileceği düzenlenmektedir. Tüzüğün 13. maddesinde ise evlilere kısırlaştırma müdahalesinin uygulanabilmesini, diğer eşin rızasına bağlamaktadır⁸⁰⁷. Tüzüğün 15. maddesinde ise onamın yazılı olarak alınması gerektiği düzenlenmektedir. Diğer eşin ve kanuni temsilcinin bizzat gelmemesi halinde ise yazılı onamlarının yeterli olduğu düzenlenmektedir. Kanun koyucunun yaptığı düzenlemelerden kısırlaştırmanın ağırlığının farkında olduğu, sonuçlarının ağır olduğu ve bu yüzden kişilerin müdahaleyi kavramasına önem verdiği söylenebilir.

Kastrasyon kısırlaştırmadan farklı olarak isteğe bağlı şekilde yapılmamaktadır. Kastrasyon kişinin cinsel faaliyetlerinin kimyasal ilaçlar veya çeşitli yöntemler kullanılmak

806 Kadınlara sterilizasyon ameliyatı, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarınca yapılır.

Erkeklerle sterilizasyon ameliyatı, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarıyla bu konuda Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerce yapılır.

807 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 130.

suretiyle durdurulmasıdır⁸⁰⁸. Kastrasyon geçici ve kalıcı olmak üzere iki türdür⁸⁰⁹. Kastrasyon sonucunda cinsel faaliyete ek olarak kişinin üreme yetisi durdurulmaktadır⁸¹⁰. Buna ek olarak kastrasyon onam dahilinde ya da onam dışında olabilmektedir⁸¹¹. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde kastrasyonun yapılamayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte aynı Kanun'un 4. maddesinde bir hastalığın tedavisi için tıbbi bir zorunluluk mevcutsa kişinin onamı da alınmadan kastrasyon yapılabileceği belirtilmektedir. Öğretide bu duruma zorunlu kastrasyon denilmektedir⁸¹². BADUR'a göre anılan hükümden anlaşılması gereken husus; müdahale öncesinde aydınlatılmak şartıyla kişiye kastrasyonun varsayılan onamın varlığı halinde yapılabileceği yani sadece tedavi amacıyla yapılabileceğidir. Ayrıca aksi durumdaki tüm kastrasyon müdahalelerinde hukuka aykırı olduğunu belirtilmektedir.⁸¹³.

Kastrasyona ilişkin bir diğer tartışma konusu da kastrasyonun ceza hukukunda yaptırım olarak uygulanıp uygulanamayacağı hususudur. HAKERİ'ye göre kastrasyonun kullanımı, kendine cinsel yönden hâkim olamayan ve hastalık düzeyinde dürtüleri olan kişilerin tedavisi amacıyla sınırlıdır⁸¹⁴. Amaçlanan husus bu kişilerin tedavi edilerek topluma geri kazandırılmasıdır. Ayrıca son çare olarak uygulanması gereken bir yöntemdir⁸¹⁵. Bununla birlikte sadece cinsel saldırı suçunu işleyenlere yönelik olarak yapılabilecek bir yaptırım değildir⁸¹⁶. Birçok ülkede kastrasyon uygulanmakta olsa da ülkemizde bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmadığından kastrasyon uygulaması

808 Badur, s. 171; Hakeri, cilt-II, s. 995.

809 Badur, s. 117; Hakeri, cilt-II, s. 995.

810 Badur, s. 171.

811 Badur, s. 172.

812 Badur, s. 172.

813 Badur, s. 173.

814 Hakeri, Cilt-II, s. 995.

815 Hakeri, Cilt-II, s. 1000.

816 Hakeri, Cilt-II, s. 995.

yapılmamaktadır⁸¹⁷. Konuya ilişkin olarak ülkemiz tarafından kabul edilen Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 17. maddesinde, müdahale programlarının ve tedbirlerinin aydınlatılmış onam dahilinde yapılabileceği belirtilmektedir⁸¹⁸. Bu açıdan öğreti, kastrasyon uygulamalarının bir tıbbi müdahaleden ziyade bir ceza yaptırımını kapsamında, kişilerin rızasının yok sayılarak uygulanması halinde, insan onuru ile bağdaşmayan sonuçlar doğurabilmesi ihtimali nedeniyle kastrasyon uygulamalarına temkinli yaklaşmaktadır⁸¹⁹.

c. Gebeliğin Sona Erdirilmesi

Gebeliğe son verme, rahimdeki ceninin tıbbi müdahale sonucunda alınması ile gebeliğin sona erdirilmesidir⁸²⁰. Teknik olarak gebeliğin ilk sekiz haftasında cenin, embriyo şeklinde isimlendirilmektedir⁸²¹. Sekizinci haftayla birlikte plasantanın cenini beslediği kabul edilir ve cenine bu andan itibaren fetüs denilmektedir⁸²². Gebeliğin sona erdirilmesi zorunlu hallerde ya da istek üzerine gerçekleştirilebilir⁸²³. Gebeliğin sona erdirilmesi yani fetüsün öldürülmesi hem toplumda hem de öğretilerde oldukça tartışmalı bir husustur⁸²⁴. Tıbbi müdahalenin kendisi tartışmalı olmakla birlikte, fetüsün oluşma anı

817 Hakeri, Cilt-II, s. 1005.

818 "**Madde 17-Bilgilendirme ve onay**

Tarafların her biri, kendi iç hukukuna uygun bir biçimde, Madde 16'da atıfta bulunulan, kendilerine müdahale programları veya tedbirleri önerilen şahısların teklifin nedenleri konusunda tam olarak bilgilendirilmelerini ve programa veya tedbire tüm bilgileri almış olarak onay vermelerini temin edecektir.

Tarafların her biri, kendi iç hukukuna uygun bir biçimde, kendilerine müdahale programları veya tedbirleri önerilen şahısların bu teklifleri reddedebilmelerini ve bu şahıslardan hüküm giymiş olanların ise, teklifi reddetmelerinin doğuracağı sonuçlar hakkında bilgilendirilmelerini temin edecektir."

819 Hakeri, Cilt-II, s. 1003.

820 B. Yılmaz, Hekim, s. 108; Gökcan, s. 635.

821 Dölen, İsmail, Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük Nedir, V. Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2014, s. 35.

822 Dölen, s. 35.

823 Er/Topaç/Kaygusuz s. 541.

824 Aciduman, Ahmet, Tıp Etiği Açısından Kürtaj, V. Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2014, s. 21; Badur, s. 209.

da tartışmalı olsa da gelişmiş ülkelerde yirmi dördüncü haftada fetüsün oluştuğu kabul edilmektedir⁸²⁵. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, yaşam hakkı bazında yaptığı değerlendirmeler sonucunda, ceninin yaşam hakkından tam olarak yararlanamayacağı, yaşam hakkından doğan çocuğun yararlanabileceğini kabul etmektedir⁸²⁶. Komisyonun cenin açısından yaşam hakkını sınırlayıcı şekilde yaklaşmasının temel nedeni ise ceninin yaşam hakkından tam olarak yararlanması halinde, gebeliğinin sona erdirilmesinin hukuka aykırı hale gelecek olmasıdır⁸²⁷.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin önemli bir husus fetüsün hukuken konumudur. Fetüsün statüsüne göre hekimin sorumluluğu da değişiklik gösterecektir. Burada fetüsün ahlaki bir statüsünün olmadığı kabul edilirse hekim yalnızca gebe kadına karşı sorumlu olacaktır⁸²⁸. Bununla birlikte gebelik ilerledikçe fetüsün ahlaki statüsünün arttığı kabul edilirse bu durumda ileri düzey gebeliklerde, hekimin hem gebeye hem de fetüse karşı sorumlu olacağı kabul edilecektir⁸²⁹. Diğer bir ihtimal olan fetüsün tam anlamıyla ahlaki statüsü var kabul edilirse, bu durumda hekim sadece hayati tehlike oluşturması halinde gebeliği sonlandırabilecektir⁸³⁰. Son ihtimal ise fetüsün de bir hasta olarak kabul edilmesidir. Bu durumda hekim gebe anne ve fetüs arasında bir menfaat dengelemesi yapılacak ve gebeliğin sona erdirilmesine bu menfaat dengelemesine göre karar verilecektir⁸³¹. Gebe ve cenin arasındaki menfaat çatışmalarında ise annenin lehine

825 Aciduman, s. 22.

826 Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 11. baskı, Ankara, 2016, s. 168.

827 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 168.

828 Aciduman, s. 27.

829 Aciduman, s. 27.

830 Aciduman, s. 28.

831 Aciduman, s. 29.

yorum yapılmaktadır⁸³². Bununla birlikte etik olarak, cenin özerk kabul edilir ve ceninin menfaatini gebe korumaktadır⁸³³.

Gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemeler 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da yer almaktadır. HHY m. 30/2'de, gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin olarak NPHK'ye atıf yapılmaktadır. NPHK 2/3 uyarınca gebeliğin sona erdirilmesi, sadece devletin gözetimi ve denetimi altında yapılabilir, 4. fıkrasında ise gebeliğin sona erdirilmesinin sadece NPHK'de öngörülen hallerde mümkün olabileceği düzenlenmektedir. Öğretiye göre, anılan Kanun'da belirtilen durumlar aynı zamanda gebeliğin sona erdirilmesinin hukuka uygunluk şartlarını oluşturacaktır⁸³⁴.

Kanun koyucu gebeliğin sona erdirilmesinin sonuçlarının ağırlığına da göz önünde bulundurarak, gebenin iradesini oldukça önemsemektedir. O kadar ki onam gerektirdiği halde, gebeden onam alınmaksızın gebelik sona erdirilirse TCK m. 99 uyarınca çocuk düşürtme suçu oluşacaktır⁸³⁵.

Gebeliğin sona erdirilmesi; isteğe bağlı, zorunlu ve acil haller olmak üzere üç durumda mümkündür⁸³⁶. Öğretiye göre üç tür müdahale için de gebenin onamı gerekmektedir⁸³⁷. Gebeliğin sona erdirilmesi, rıza dahilinde gebelik başladıktan sonra belli bir süreye kadar yapılabilir. Gebeliğin erken dönemde istek üzerine sonlandırılması,

832 Dölen, s. 36.

833 Dölen, s. 36.

834 Badur, s. 208.

835 Gökcan, s. 638.

836 Gökcan, s. 635.

837 Badur, s. 215.

halk arasında kürtaj olarak bilinmektedir⁸³⁸. NPHK m. 5 uyarınca, istek üzerine gebeliğin sona erdirilmesi, onuncu hafta dolana kadar mümkündür. Gebeliğin on haftayı aştığı durumlarda ise gebelik ahim Tahliye Tüzüğü'nün ek-2 maddesinde sayılan hususların varlığı halinde gebelik sona erdirilebilir⁸³⁹. Kanaatimizce anılan hususun gerçekleşmesi halinde on haftayı aşan gebeliklerin sonlandırılması için verilen onamın geçersiz olacağı söylenebilir. İstek üzerine gebeliğin sonlandırılabilmesi için hem gebeliğin on haftayı aşmamış olması hem gebeliğin sonlandırılmasının anneyi tehlikeye sokmaması hem de gebeliğin sonlandırılması yönünde onam verilmesi gerekmektedir⁸⁴⁰. Öğretiye göre burada onam verecek olan gebe kadındır⁸⁴¹. Ancak gebe kadın evliyse gebeliğin sonlandırılması için diğer eşin de onam vermesi gerekmektedir⁸⁴². Bu husus NPHK m. 6/2 ile HHY m. 30/3'te düzenlenmektedir. Öğretide diğer eşin rızasının alınmaması, manevi tazminat ve boşanma nedeni olarak değerlendirilmektedir⁸⁴³. Bununla birlikte yine öğretiyeye göre, gebelik evlilik dışıysa diğer eşin rızasına gerek duyulmamaktadır⁸⁴⁴.

Gebenin küçük veya fiil ehliyetinin bulunmadığı durumlar onamın nasıl verileceği hususu ise NPHK m. 6'da düzenlenmektedir⁸⁴⁵. Gebenin küçük olması halinde, gebeliğin sonlandırılabilmesi için hem küçüğün onamı hem de velinin izni gerekmektedir⁸⁴⁶. Bu

838 Dölen, s. 37.

839 Dölen, s. 39.

840 Badur, s. 212.

841 Badur, s. 212; Gökcan, s. 636.

842 Aciduman, s. 24.

843 Badur, s. 220.

844 Badur, s. 221.

845“ Gebeliğin sona erdirilmesinde izin-Madde 6

5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

...

Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir.”

846 Gökcan, s. 636; Er/Topaç/Kaygusuz s. 547.

düzenleme, küçüğün ayırt etme gücünün bulunduğu durumlarda uygulanabilecektir⁸⁴⁷. Bununla birlikte gebe küçük vesayet altındaysa ve mümeyyiz değilse gebeliğin sona erdirilebilmesi için ek olarak hem vasinin hem de sulh hukuk mahkemesinin kararı gerekmektedir⁸⁴⁸. Kanun koyucu burada vesayet makamının iradesini, gebeliğin sona erdirilebilmesi için yeterli görmemektedir⁸⁴⁹. Kanun koyucunun, gebeliğin sona erdirilmesinin sonuçları ağır olduğundan, gebeyi koruma amacıyla böyle bir düzenleme getirdiği söylenebilir. Son olarak gebenin akli melekeleri yerinde değilse gebeliğin sona erdirilmesinde gebenin onamı aranmamaktadır⁸⁵⁰. Gebenin hayati tehlikesi nedeniyle yapılan acil müdahalelerde ise herhangi bir onam alınması gerekmemektedir⁸⁵¹.

Onamın geçerli olabilmesinin ön şartı ise gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin onam verecek olanların, detaylı bir şekilde aydınlatılmalarıdır⁸⁵². Zira gebeliğin sona erdirilmesi, aslında bir annenin çocuğunu daha doğmadan kaybetmesidir. İşte böyle ağır sonuçları olan bir müdahale hakkında doğal olarak aydınlatmanın oldukça detaylı olması gerekmektedir.

Değinilmesi gereken bir husus da veli ya da vasinin iradesinin küçüğün iradesiyle çelişmesi durumunda ne olacağıdır. Öğretide, bu durumda TMK m. 346'nın işletilebileceği belirtilmektedir⁸⁵³. Diğer bir deyişle, müdahale hâkim kararıyla gerçekleştirilmelidir. Ek olarak suç mağduru küçüğün gebe kalması durumunda, ebeveynler

847 Badur, s. 218.

848 Er/Topaç/Kaygusuz s. 547.

849 Badur, s. 218.

850 Badur, s. 219; Er/Topaç/Kaygusuz s. 547.

851 Gökcan, s. 637; Er/Topaç/Kaygusuz s. 547.

852 Badur, s. 219.

853 Badur, s. 218.

ile çocuğun iradesi çatışması halinde ne olacağı hususuna da değinmek gerekir. Tıbbi müdahale onam verilmesi aslında kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve bizzat kullanılması gerekmektedir. Küçüklerin bu haklarını kullanama nedeni ise küçüğün menfaatinin korunmasının amaçlanmasıdır⁸⁵⁴. Ancak suç mağduru küçüğün hayatının geri kalanını tümünden etkileyebilecek ağır bir kararda söz sahibi olmaması, kanaatimizce vahim sonuçlara yol açacaktır. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre çocuğun iradesine öncelik verilmelidir⁸⁵⁵.

d. Cinsiyet Değişikliği

Cinsiyet öğretide, kadınlık ve erkeklik arasındaki fiziksel, zihinsel ve davranışsal farklılıklar şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁵⁶. Cinsiyet değişikliği, nitelik olarak bir çeşit tıbbi müdahaledir⁸⁵⁷. Cinsiyet değişikliği bir tıbbi müdahale olduğundan, burada da tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları aranmakta yani cinsiyet değişikliği için de aydınlatılmış onam gerekmektedir. Cinsiyet değişikliği, doğrudan TMK m. 40'da düzenlenmektedir⁸⁵⁸. Cinsiyet değişikliği, kişinin nüfus kaydında değişime yol açtığından hem maddi hem de hukuki alemde değişiklikler meydana getirmektedir⁸⁵⁹. Cinsiyet değişikliğinin bu özel durumu nedeniyle kanun koyucu bir takım özel düzenlemeler öngörmektedir. Kanun koyucunun bu şekilde düzenlemeler yapmasının nedeniyse kamu

854 Şenocak, Küçük, s. 80.

855 Badur, s. 218.

856 Badur, s. 153; Gökcan, s. 710.

857 Hakeri, Cilt-II, s. 916.

858 **"Cinsiyet Değişikliği-Madde 40**

Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece 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 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, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir."

859 Badur, s. 155.

düzenini korumaktadır⁸⁶⁰. AYM'nin bir kararında da kanun koyucunun benzer gerekçelerle, anılan düzenlemeleri yaptığı belirtilmektedir⁸⁶¹. Kanun koyucu, TMK'nin anılan düzenlemesinde, cinsiyet değişikliği için belli şartlar öngörmektedir. Diğer bir anlatımla, düzenlenen şartlar sağlanmadan verilen aydınlatılmış onam, hukuka aykırı olacaktır.

Cinsiyet değişikliği için ilk olarak mahkemeden izin alınması gerekmektedir⁸⁶². Bu durumda kişinin onamının mahkeme kararıyla birlikte hukuka uygun hale gelecektir⁸⁶³. Ancak mahkemenin bu izni verebilmesi için, cinsiyet değişikliği isteminde bulunanın da birtakım şartları sağlaması gerekmektedir. Anılan düzenlemede, cinsiyet değişikliği isteyen kişinin; on sekiz yaşından büyük olması, evli olmaması, transseksüel olması ve cinsiyet değişikliğinin kişinin ruh sağlığı açısından gerekli olduğunun resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi gerekmektedir. Cinsiyet değişikliği için anılan tüm bu şartların bir arada bulunması gerekmektedir⁸⁶⁴. Kişi cinsiyet değiştirme ameliyatı olduğunu resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulaması halinde de tekrar mahkemeye başvurarak nüfus sicilinde değişiklik yapılmaktadır. Burada cinsiyet değişikliği için iki defa mahkemeye başvurulması gereken bir sistem öngörülmektedir⁸⁶⁵. Bununla birlikte, öğretiyeye göre mahkemeye ikinci defa başvuru yabancılara değil, vatandaşlara yönelik bir düzenlemedir⁸⁶⁶.

860 Er/Topaç/Kaygusuz s. 558.

861 M.K., B. No: 2015/13077, 12.06.2018.

862 Er/Topaç/Kaygusuz s. 558.

863 Gökcan, s. 650. Er/Topaç/Kaygusuz s. 600.

864 Badur, s. 161.

865 Badur, s. 160.

866 Badur, s. 160.

Cinsiyet değişikliği, endikasyon açısından diğer tıbbi müdahalelerle ayrışmaktadır. Çünkü cinsiyet değişikliği için müdahalenin kişinin ruh sağlığı açısından gerekli olması şart koşulmaktadır yani psikolojik endikasyon ngrlmektedir⁸⁶⁷. Psikolojik endikasyonun belirlenmesi ise resmi sağlık kuruluşundan alınacak bir raporla belirlenir⁸⁶⁸. Mahkeme, gerçekten cinsiyet değiştirme yönünde bir psikolojik endikasyonun bulunup bulunmadığını detaylıca arařtırmalıdır⁸⁶⁹.

Cinsiyet değişikline başvurulabilmesi için öngörülen diğer şartlar ise kişinin transseksüel olmasıdır⁸⁷⁰. Bu durumdaki kişilerin bir kısmının üreme yeteneği bulunmamaktadır⁸⁷¹. Üreme yeteneğinden yoksun olma hususu, AYM'nin 2018'deki kararı sonrası, cinsiyet değişikliğinin bir şartı olarak sayılmamaktadır⁸⁷². HAKERİ'ye göre bu kararlar birlikte, cinsiyet değiştirmenin önündeki büyük bir engel kalmış ve cinsiyet değiştirme daha kolay yapılabilir hale gelmiřtir⁸⁷³. Cinsiyet değişikliğine başvurabilmek için diğer bir şart ise başvuranın evli olmamasıdır. Bu şart nüfus kayıtlarında ortaya çıkabilecek karışıklığı engellemek amacıyla öngörülmektedir. Ancak evli olmama şartının sağlanması, kişinin başvuru öncesinde evlenip boşanmasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır⁸⁷⁴. Diğer bir deyişle, cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin, müdahale istemiyle mahkemeye başvurmadan evvel, evli ise bořanmasıdır⁸⁷⁵.

867 Gökcan, s. 650; Er/Topaç/Kaygusuz s. 600.

868 Badur, s. 164; Hakeri, Cilt-II, s. 921.

869 Hakeri, Cilt-II, s. 929.

870 Er/Topaç/Kaygusuz s. 558.

871 Gökcan, s. 650.

872 AYM, E. 2017/130, K.2017/165, T. 29.11.2017.

873 Hakeri, Cilt-II, s. 926.

874 Badur, s. 164.

875 Badur, s. 164.

Cinsiyet değişikliğinde kişinin on sekiz yaşını doldurması yani on dokuz yaşından gün alması gerekmektedir⁸⁷⁶. Bu durumda kanun koyucunun kazai rüşt hallerini, cinsiyet değişikliği açısından yeterli görmediği söylenebilir⁸⁷⁷. Öngörülen bu yaş sınırı, öğretime on sekiz yaşını dolduran birinin, on sekiz yaşından sonra cinsiyet değiştirmesi halinde yeni bir çevre kurmada zorluk yaşayacağı, bu yüzden yaş takdirinin hâkim kararına bırakılması gerektiği ileri sürülerek eleştirilmektedir⁸⁷⁸. Kanaatimizce, kanun koyucunun bu şekilde bir şart öngörmesinde, sonuçları oldukça ağır olan bu tıbbi müdahalenin kişinin hem sosyal yaşamında hem de kendi iç dünyasında meydana getireceği değişimleri algılayabilmesinin amaçladığı söylenebilir.

Konuyu çalışmamız açısından değerlendirmek gerekirse, cinsiyet değiştirme oldukça ağır sonuçları olan bir müdahaledir. Bu nedenle kanun koyucu burada müdahale edilecek kişiyi ve kamu düzenini koruma kastıyla hareket ederek, kişinin vermiş olduğu onamın geçerli olabilmesini birden çok şarta bağlamaktadır. Sonuç olarak cinsiyet değiştirme de kişinin vereceği onama özel bir önem verildiği söylenebilir.

Öğretime göre cinsiyet değişikliği öncesinde aydınlatmanın durumu tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşte, mahkemenin cinsiyet değişikliğinin tıbben zorunlu olduğu yönünde rapor alınmasının ardından müdahaleye izin verdiğinden, hekimin ek olarak cinsiyet değiştirmek isteyen aydınlatmasının gerekli olmayabileceği belirtilmektedir⁸⁷⁹. Diğer bir görüşe göre cinsiyet değiştirmenin ağır sonuçları nedeniyle, aydınlatma özel

876 Hakeri, Cilt-II, s. 920.

877 Badur, s. 162.

878 Badur, s. 163.

879 Gökcan, s. 651.

önem arz etmekte olduğundan detaylı şekilde yapılmalıdır⁸⁸⁰. Cinsiyet değiştirme öncesi aydınlatma yapılması gerektiğini savunan başka görüşlerde bulunmaktadır⁸⁸¹. Kanaatimizce, cinsiyet değiştirmede aydınlatma sadece tedavinin seyri ve sonuçlarına ilişkin bir bilgilendirme olmakla kalmamakta, kişinin tedaviyi isteyip istememesinde özel bir onam arz etmektedir. Zira kişinin cinsiyet değiştirmeyi istemesindeki endikasyon psikolojiktir ve kişi bu müdahale ile iç bunalımlarından kurtulmayı hedeflemektedir. Bu durumda kişinin tedaviye ilişkin olarak oldukça detaylı bir şekilde aydınlatılması, aynı zamanda kişinin iç dünyasında bir düzelmeye yaşayıp yaşamayacağı hususunda da aydınlatılmayı kapsamaktadır. Bununla birlikte kişinin cinsiyet değiştirme sonrasında yaşayacağı yeni olaylar, kişi açısından önceki bunalımlarından daha ağır olabilir. Örneğin kişinin üreme yeteneğini kaybetmesi ya da çevresinin vereceği tepki, kişiyi farklı endişelere sürükleyebilir. Sonuç olarak cinsiyet değiştirme müdahaleleri öncesinde, cinsiyetini değiştirecek olan kişinin oldukça detaylı ve müdahale sonrasında kişinin hayatında ortaya çıkabilecek muhtemel tüm sonuçlarını kapsayacak şekilde aydınlatmalıdır.

e. Ötenazi

Ötenazi uygulamalarından bahsetmeden evvel yaşam hakkına değinmek gerekmektedir. Yaşam hakkı hem hukuk sistemi içerisinde hem de ahlak sistemi içerisinde en tepede bulunan temel bir haktır⁸⁸². Yaşam hakkı, temelini bizzat Anayasa ve uluslararası mevzuattan alan temel bir haktır. Yaşam hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3. maddesinde, herkese tanınmaktadır. Burada herkes vurgusu özellikle

880 Badur, s. 165.

881 Er/Topaç/Kaygusuz s. 561.

882 Gökcan, s. 118.

yapılmaktadır⁸⁸³. Bu anlamda taraf ülkeler sadece kendi vatandaşlarına değil, yabancıların da yaşam hakkını korumakla yükümlüdür. Yaşam hakkına ilişkin diğer bir uluslararası düzenleme ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yer almaktadır⁸⁸⁴. Buna göre belli istisnalar haricinde kimsenin yaşam hakkına müdahale edilemez. Biyotıp Sözleşmesi'nde ötenaziye ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. BADUR, ötenazi uygulamasının, birbirinden farklı kültürel yaşama sahip devletlerin üzerinde ortak bir fikir oluşturmaları imkânsız olan bir konu olması nedeniyle, sözleşmede bilinçli olarak bu konuyu düzenlemediğini belirtmektedir⁸⁸⁵. Yaşam hakkına ilişkin olarak ulusal mevzuatımızda da düzenlemeler bulunmaktadır. İlk olarak Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin yaşam hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir. Bu husus uluslararası mevzuatla da uyumludur. Diğer bir düzenleme ise Anayasa'nın 15. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Burada ise savaş hali dışında kimsenin yaşam hakkına müdahale edilemeyeceği düzenlenmektedir.

Yaşam hakkı yargı içtihatlarına da yansımaktadır. Yaşam hakkına ilişkin AYM'nin bir kararında; *"...Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse*

883 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 167.

884 *"Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez."*

885 Badur, s. 81.

kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Anayasa'nın 17. maddesi, Devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının gerçekleştiği durumlarda Devlete, öncelikle elindeki tüm imkânları kullanarak, yaşam hakkını koruma esas yükümlülüğünü vermektedir..." ifadelerine yer verilerek, yaşam hakkının hem vazgeçilemeyen bir hak olduğu hem de devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün bulunduğu vurgulanmaktadır⁸⁸⁶.

Öğretide ötenazi, çaresiz bir hastalığa yakalanan kişilerin, kendi istekleriyle hayatlarına son verilmesi uygulaması şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁸⁷. Burada amaçlanan artık acınası durumdaki hastanın acısına son vermektir⁸⁸⁸. Ötenazinin diğer bir adı ise ölüm hakkıdır⁸⁸⁹. Ötenazi, kişinin vefat etmesine izin verilmesi ya da ölümüne yardım edilmesi şeklinde olabilir⁸⁹⁰. Ötenazi, öğretide aktif ve pasif olarak iki şekilde ele alınmaktadır. Hastanın kendi isteği üzerine, dışarıdan bir müdahale ile öldürülmesi aktif ötenazi olarak tanımlanmaktadır⁸⁹¹. Örneğin kişiye uygulanacak zehirli enjeksiyon ile kişinin hayatına son verilmesi, aktif ötenazi olarak karşımıza çıkar. Pasif ötenazi ise kısa bir süre içerisinde vefat etmesi kesin görülen hastalara artık tıbbi yardım sunulmamasıdır⁸⁹². Kişiye sunulan yaşam desteğinin kesilmesi veya medikal cihazların

886 Mehmet Ali Emir ve diğerleri, B. No: 2012/850, 07.11.2013.

887 B. Yılmaz, Hekim, s. 103; Efe, Gözde/ Atik, Gizem/ Berber, Tunahan, Ötenazinin Türkiye'deki Tıbbi Hukuki ve Sosyal Yönleri, Adli Bilimciler Derneği 2. Sağlık Kongresi, 1. baskı, Ankara, 2015, s. 230.

888 B. Yılmaz, Hekim, s. 104; Varol, Şemsettin, Ötenazi ve Kürtaj, 1. baskı, Ankara, 2022, s. 106.

889 İşleten, Mehtap İpek, Kişilik Hakları Bakımından Ötenazi, IV. Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2018, s. 709.

890 Badur, s. 80.

891 Efe/Atik/Berber, s. 232; Gökcan, s. 123.

892 Efe/Atik/Berber, s. 232; Gökcan, s. 127.

kapatılması gibi yöntemlerle pasif ötenazi uygulanabilir⁸⁹³. Diğer bir anlatımla, kişinin hayatta kalabilmesi için yapılması gereken fiillerin gerçekleştirilmemesi, pasif ötenazi olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁹⁴.

İç hukukumuzda, kişilerin yaşam hakkından vazgeçebilmeleri mümkün olmadığından, ötenazi uygulaması ülkemizde uygulanmamaktadır⁸⁹⁵. Öğretideki bir görüşe göre tedaviyi reddetmek, yaşam hakkından da vazgeçebilmek şeklinde yorumlanmamalıdır⁸⁹⁶. Ayrıca ötenazinin yasak olduğuna ilişkin olarak, HHY’de düzenlemelerde bulunmaktadır⁸⁹⁷. Kanun koyucu yoruma kapalı bir şekilde ötenazinin yasak olduğunu düzenlemektedir. Diğer bir deyişle, kişilerin ötenazi isteğine yönelik olarak verdikleri onamları geçersizdir⁸⁹⁸. Öğretiye göre, ötenazi kasten insan öldürme ya da intihara yardım suçunu oluşturmaktadır⁸⁹⁹.

Öğretide, ötenazinin yasak olması gerektiği savunan görüş dışında, ötenazinin mümkün olması gerektiğini savunan bir görüşte bulunmaktadır⁹⁰⁰. Onamın esirgenmesi yoluyla ötenazinin mümkün olup olmadığı da tartışmalı bir husustur⁹⁰¹. Bu görüşün sahiplerinin en temel dayanağı ise HHY’nin hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesini

893 Badur, s. 80.

894 Gökcan, s. 128.

895 Badur, s. 81.

896 Gökcan, s. 120.

897 **“Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı-Madde 12**

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

“Ötenazi Yasağı-Madde 13

Ötenazi yasaktır.

Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.”

898 Efe/Atik/Berber, s. 236.

899 Efe/Atik/Berber, s. 236.

900 İşleten, s. 716.

901 Badur, s. 81.

düzenleyen 25. maddesidir⁹⁰². Bu görüşün sahiplerine göre pasif ötenazi, hastanın tedaviyi reddetmesi halinde mümkündür⁹⁰³. Buna karşın diğer bir görüş ise hastanın tedaviyi reddetmesinde, aktif herhangi bir müdahale mevcut bulunmadığı gibi hekim tarafından yapılan herhangi bir tedaviden mahrum bırakma fiili işlenmediğinden, ötenazi söz konusu değildir⁹⁰⁴. Onamın esirgenmesinde onam hiç verilmiyorken, ötenazide ise uygulamanın gerçekleşmesi yönünde bir onam verilmesi gerekmektedir⁹⁰⁵.

Kanaatimizce, ötenazinin ülkemizde mümkün olup olmaması tamamen ülkemizin kültürel yapısıyla ilgilidir. Günümüzde mevzuatımızda kişilerin yaşam hakkından vazgeçebilmeleri mümkün olmasa da gelecekte ötenazi uygulanabilir bir tıbbi müdahalede olabilir. Bununla birlikte, onamın esirgenmesi ötenazi uygulaması anlamına gelmemektedir. Ötenazi, doğal süreç içerisinde oldukça hasta olsa da yaşamaya devam eden birinin aktif ya da pasif bir fiille öldürülmesidir yani insan vücudunu doğal seyrinden saptırma söz konusudur. Ancak onamın esirgenmesinde, doğal süreç kişiyi ölüme götürmektedir, tıbbi müdahale ise buradaki doğal süreci önlemektedir. Ötenazi için aydınlatılmış onam alınması gerekirken, onamın esirgenmesindeki temel problem zaten onamın hiç verilmemesidir. Burada hekim ötenazinin aksine öldürmeyi değil aslen yaşatmayı amaçlamaktadır. Sonuç olarak ötenazi ile onamın esirgenmesinin, sonuç açısından aynı olsalar da etik açısından farklı oldukları düşüncesindeyiz.

902 Efe/Atik/Berber, s. 236.

903 Efe/Atik/Berber, s. 236

904 Badur, s. 82.

905 Badur, s. 82.

f. Tıbbi Araştırmalar

Tıbbi araştırmalar, özellikle 2. Dünya Savaşı sırasında yaşanan olaylarında etkisiyle oldukça sıkı dzenlemelere tabi tutulan bir alandır. 2. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanya'sı tarafından yapılan deneyler Nünberg Mahkemeleri tarafından insanlığa karşı suç olarak görölmektedir⁹⁰⁶. Özellikle 1945 yılında ortaya çıkan ve kendilerine denek hayvanı olarak davranıldığını ileri süren Auschwitz mahkumları, müttefikleri tıbbi araştırmalar konusunda koruyucu dzenlemeler yapma hususunda etkilemektedir. 2. Dünya Savaşı sırasında yaşanan bu olayların aydınlatılmış onam uygulamalarının oluşmasına katkı sağlamakla birlikte, tıbbi araştırmalara ilişkin olarak birçok dzenlemenin hayata geçirilmesini sağladığı da söylenebilir⁹⁰⁷. İlk olarak Anayasa'nın 17/2. maddesinde kişilerin rızası bulunmadan tıbbi deneylere tabi tutulamayacakları dzenlenmektedir. İnsan üzerindeki tıbbi araştırmalara ilişkin bir başka dzenleme de Türk Ceza Kanunu'nda yer almaktadır. TCK 90/2'de insan üzerinde yapılacak olan deney sonucunda cezai anlamda sorumluluğun doğmaması için gereken şartlar sayılmakla birlikte, anılan fıkranın (g) alt bendinde ise üzerinde araştırma yapılacak olan kişiden, herhangi bir menfaate bağlı bulunmadan aydınlatılmış onam alınması gerektiği dzenlenmektedir. Burada esasen diğer mevzuat hükümlerine benzer şartlar öngörölmekle birlikte kanun koyucunun, insan üzerinde deneyin hukuka aykırı şekilde uygulanmasını bir suç olarak dzenlemesi, konunun oldukça hassas olduğunun da bir göstergesidir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 11. maddesinde tıbbi araştırmalara ilişkin *"Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik*

906 Weindling, s. 38.

907 Sert, s. 187.

edilemez.” düzenlemesine yer verilmektedir. Bu düzenleme eski TCK zamanında öğretilerde insan üzerinde tıbbi araştırmaların yapılmasının yasak olduğunun savunulmasına neden olmaktadır⁹⁰⁸. Buna karşın 2011 yılında getirilen Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun ek 10. maddesi ile tartişmalar sonlandı⁹⁰⁹. Buna göre gerekli izinlerin alınması ve şartların sağlanmasıyla birlikte insanlar üzerinde tıbbi araştırmalara izin verilmektedir. Anılan Kanun hükmünün (e) alt bendinde, tıbbi araştırmalarda üzerinde deney yapılacak olan kişinin araştırmanın niteliği ve sonuçları hakkında aydınlatıldıktan sonra herhangi bir menfaate tabi tutulmadan yazılı olarak rızasının alınması gerektiği düzenlenmektedir. HAKERİ’ye göre buradaki menfaat kavramından anlaşılması gereken, üzerinde araştırma yapılan kimselere ek bir gelir sağlanmaması gerektiğidir. Buna karşılık araştırma nedeniyle ortaya çıkan masrafların karşılanması gerekmektedir⁹¹⁰. Ayrıca tıbbi deneye tabi tutulananın, araştırmalar nedeniyle uğrayabileceği zarara karşı sigorta teminatı sađlanmalıdır⁹¹¹.

İlaç ve Biyolojik rnlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğinde konuya ilişkin daha kapsamlı düzenlemeler mevcuttur. Buna göre Yönetmeliğin 5/1. maddesinin (I) alt bendinde, üzerinde araştırma yapılacak kişi veya bu kişinin kanuni temsilcisinin araştırma öncesinde araştırma hakkında bilgilendirileceği hususlar detaylı bir şekilde sayılmaktadır⁹¹². Maddenin (i) alt bendinde ise üzerinde araştırma yapılacak kişilerden,

908 Hakeri, Cilt-2, s. 822.

909 Hakeri, Cilt-2. s. 822.

910 Hakeri, Cilt-2. S. 838.

911 Sert, s. 192.

912 *Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya kanunî temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya sorumlu araştırmacı tarafından görevlendirilmiş araştırma ekibinden hekim ya da diş hekim olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir.*

bu kişilerin serbest iradelerine dayanmak suretiyle, (i) alt bendinde yazılı hususları kapsayacak şekilde “bilgilendirilmiş gönüllü olur formu” alınacağı düzenlenmektedir. Maddenin (j) alt bendinde ise üzerinde araştırma yapılan kişilere bilgi akışının düzenli olarak sağlanabilmesi için araştırma ekibinden bir kişinin görevlendirileceği düzenlenmektedir. Kanaatimizce mevcut düzenlemeyle üzerinde araştırma yapılan kişilerin, kabul ettikleri risk hakkında detaylı bir şekilde bilgilendirilmelerinin amaçlanmaktadır. Özellikle uygulamada yeknesaklık sağlanması ve kişilerin istemeleri halinde tıbbi müdahale hakkında bilgi edinmelerini sağlamak amacıyla, onam formlarını bizzat kanun koyucu hazırlamaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nde de tıbbi araştırmalar detaylı bir şekilde düzenlenmektedir⁹¹³. Buna göre tıbbi araştırmaların hukuka uygun olarak yapılabilmesi

913“Tıbbi Araştırmalarda Rıza- Madde 32

Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamaz.

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

Tıbbi araştırmalar, sadece, mevzuata göre araştırmada bulunmayan yetkili ve yeterli tıbbi bilgi ve tecrübeyi haiz olan personel tarafından, mevzuat ile belirlenmiş bulunan yerlerde yürütülür.

Gönüllünün tıbbi araştırmaya rıza göstermiş olması, bu araştırmada görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Gönüllünün Korunması ve Bilgilendirilmesi- Madde 33

Araştırmalarda, gönüllünün sağlığına ve diğer kişilik haklarına zarar verilmemesi için gereken bütün tedbirler alınır. Araştırmanın gönüllüye vereceği muhtemel zararlar önceden tespit edilemediği takdirde; gönüllü, rızası bulunsa dahi, araştırma konusu yapılamaz.

Gönüllü; araştırmanın maksadı, usulü, muhtemel faydaları ve zararları ve araştırmaya iştirak etmekten vazgeçebileceği ve araştırmanın her safhasında başlangıçta verdiği rızayı geri alabileceği hususlarında, önceden yeterince bilgilendirilir.

Rıza Alınmasının Usulü ve Şekli- Madde 34

Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir.

Tıbbi araştırmalarda rıza yazılı Şekil Şartına tabidir.

Küçüklerin ve Mümeyyiz Olmayanların Durumu-Madde 35

Reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması Şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlıdır.

Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, 24’üncü maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanır.

İlaç ve Terkiplerin Araştırma Amacıyla Kullanımı-Madde 36

için denek olacak kişilerin rızasının alınması gerektiği vurgulanmaktadır⁹¹⁴. Alınan bu rızanın diğer aydınlatılmış onam türlerinden farkı ise yazılılık şartı gerektirmesidir. Bununla birlikte kişilerin rıza göstermesi tıbbi araştırmaları tek başına hukuka uygun hale getirmemektedir. Her şeyden önce tıbbi araştırmalarda bir çeşit tıbbi müdahale olduğundan, uygulanmaları için tıbbi yarar bulunması gerekmektedir⁹¹⁵. Aksi halde söz konusu müdahalenin hukuka aykırı hale geleceği söylenebilir.

İç hukukumuz haricinde uluslararası mevzuat hükümlerinde de tıbbi araştırmalara yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 16. maddesinde tıbbi araştırmalar için belli şartlar öngörülmektedir. Bu şartlar arasında kişilerin korunmaları için kanunda öngörülen hakları ve güvenceleri hakkında bilgilendirilmeleri, araştırmaya yönelik olarak verilen onamın açıkça, özel olarak ve belgelendirilerek verileceği düzenlenmektedir. Bu şartın hukukumuzdaki yansımalarının tıbbi araştırmalara yönelik aydınlatılmış onamda yazılılık şartının aranması olduğu söylenebilir. Ayrıca verilen onamın her zaman geri alınabileceği de düzenlenmektedir. Ayrıca konuya ilişkin olarak detaylı düzenlemeler Biyotıp Sözleşmesi'ne getirilen ek protokolda yer almaktadır. Ek protokolün 14. maddesi ve devam hükümlerinde tıbbi araştırmalardaki özel durumlara ilişkin şartlar hakkında da detaylı düzenlemelere yer verilmektedir⁹¹⁶.

Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmış olsa dahi, sırf tıbbi araştırma amacı ile hasta üzerinde kendi rızası ve Bakanlığın izni bulunmaksızın hiçbir ilaç ve terkip kullanılamaz.

İlaç ve terkiplerin tıbbi araştırmada kullanımı, 29/11/1993 tarihli ve 21480 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik hükümlerine tabidir."

914 Sert, s. 192.

915 Hakeri, Cilt-2, s. 821.

916 Hakeri, Cilt-2, s. 836.

Tıbbi araştırmaların Şartlarının da kimi özel durumlarda farklılık gösterdiği görülmektedir. Öncelikle ocuklara ilişkin olarak mevzuat hükümleri, daha nitelikli Şartlar ngrmektedir. İlaç ve Biyolojik rnlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde, çocuklara yönelik olarak tıbbi araştırmalara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır⁹¹⁷. Buna göre, ana kural çocukların tıbbi deneylere tabi tutulamamasıdır⁹¹⁸. Ancak tıbbi deneyin, öngörülen ciddi bir risk barındırmaması ve doğrudan çocuğun menfaatini ilgilendirmesi halinde, çocukların tıbbi araştırmalara dahil edilebilmesi mmkndr⁹¹⁹. Aydınlatılmış onam açısından bakıldığında ise, tıbbi araştırmalara dahil edilen çocukların, tıpkı yetiŐkinler gibi aydınlatılması ve kendilerinden aydınlatılmış onam alınması gerekmektedir⁹²⁰. Çocuğun vereceği onam, çocuğun kanuni temsilcisinin vereceği onamla birlikte değerlendirilmelidir. Gebe, lohusa ve emziren kadınların tıbbi araştırmalara dahil edilmesi ise anılan Yönetmeliğin 7. maddesinde

917 Çocukların araştırmaya iştirak etmeleri-Madde 6

Araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendirdiği veya sadece çocuklarda incelenebilir klinik bir durum olduğu ya da yetişkin kişiler üzerinde yapılmış araştırmalar sonucu elde edilmiş verilerin çocuklarda da geçerliliğinin kanıtlanmasının zorunlu olduğu durumlarda, araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taŐımıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbi bir kanaat bulunuyor ise 5 inci maddedeki hususlar ile birlikte aşağıda belirtilenler çerçevesinde çocuklar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir:

a) AraŐtırılacak ürünün veya uygulamanın çocuklar üzerinde bilinen herhangi bir riskinin olmadığı hususunda genel tıbbi bir kanaatin bulunması gerekir.

b) ocuk rızasını açıklama yetisine sahip ise kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vesayet altında ise vasisinin, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (ı) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olarak oluru alınır.

c) ocuğun araştırmaya iştirak etmeyi reddetmesi veya araştırmanın herhangi bir safhasında araŐtırmadan çekilmek istemesi durumunda ocuk araŐtırmadan çıkarılır.

) ocuk kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede ise, araştırma ile ilgili gerekli tüm bilgiler çocuğa uygun bir Şekilde anlatılır.

d) Etik kurul, araştırma ile ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda ocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekim tarafından bilgilendirilir ve protokol bu yönde değerlendirilir.

e) ocuklarda yapılacak her türlü klinik araştırmada ocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekimin araştırmanın çocuklar üzerinde yapılması hususunda müspet görüşü olmadan etik kurul bu araştırmaya onay veremez. Bu alıŐmalar için gerekli görülmesi halinde araştırma konusu ile ilgili bilim dalından doktora veya uzmanlığını almış hekim ya da diş hekiminin görüşü alınır ve araştırmaya izin verilip verilemeyeceği bu görüş sonucunda değerlendirilir.

f) ocuklarda yapılacak klinik araştırmalar için çocukların araştırmaya iŐtiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teŐvik veya malı teklifte bulunulamaz.

918 Sert, s. 193.

919 Sert, s. 193.

920 Sert, s. 194.

düzenlenmektedir. Buna göre çocuklara benzer şekilde gebe, lohusa ve emziren kadınların, tıbbi araştırmalar sonucunda bir menfaatlerinin bulunması gerekmektedir⁹²¹. Her iki durumda da aslında küçüğün menfaati korunmaktadır. Diğer bir grup olan kısıtlılar ise anılan Yönetmeliğın 8. maddesinde düzenlenmektedir. Kısıtlılar için öngörölen şartlar da diğer gruplara benzer şekilde, tıbbi araştırmanın kısıtlının yararına olması, kısıtlının hastalığına karşı uygulanacak başka bir tedavi yönteminin kalmamış olması ve hem kısıtlıdan hem de kısıtlının yasal temsilcisinden aydınlatılmış onam alınmasıdır⁹²².

g. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıbbi Uygulamalar

Alternatif tedavi yöntemlerine ilişkin olarak değinilmesi gereken önemli bir husus geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamalardır. Kişilerin geleneksel yöntemlere başvurmalarındaki genel sebep, modern tıbbın çare bulamadığı hastalıklara karşı koyabilmektir⁹²³. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, 27.10.2014 tarih ve sayılı 29158 Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği ile düzenlenmektedir. Bu yönetmelik, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını uygulamada yetkilinin kim olduğu ve hangi hastalıklarda uygulanabileceğini düzenlemektedir⁹²⁴.

Geleneksel tıp uygulaması, modern tıbbın bulunmadığı dönemlerde, hekimlerin kendi zamanlarına göre oluşturdukları ve fayda umdukları tıbbi uygulamalardır⁹²⁵. Alternatif tıp öğretilerinde, bilimsel bir kurala tabi olmasa da kanıtlara dayanılarak yapılan

921 Sert, s. 193.

922 Sert, s. 195.

923 Somer, Pervin/Lutz Vatanöğlu/E. Elif, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği’nin Hukuki ve Etik Açıdan Değerlendirilmesi, Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, Y. 2017, C. 22, S. 1, s. 60.

924 Talhaoğlu, Dilek, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tedavi Uygulamaları, Bütünleyici ve Anadolu Tıbbı Dergisi, Y. 2021, C. 3, S. 1, s. 18.

925 Hakeri, Cilt-II, s. 971.

tıbbi uygulamalar şeklinde tanımlanmaktadır⁹²⁶. Öğretideki diğer bir görüşte ise geleneksel tıbbi uygulamaların, başka kültürlerde uygulanması halinde alternatif tıp uygulaması adını alacağı belirtilmektedir⁹²⁷. Örneğin Hindistan'a özgü yerel bir tedavinin ülkemizde uygulanmasını halinde alternatif tıp uygulaması olacağı söylenebilir. Tamamlayıcı tıbbi uygulamalar ise asıl tıbbi müdahaleye destek olması için yapılan tıbbi uygulamalardır⁹²⁸. Genel olarak geleneksel tıbbi uygulamaların, nesiller arası kültürel aktarım sonucunda günümüze ulaşan ve herhangi bilimsel bir dayanağı olmayan tıbbi uygulamalar olduğu söylenebilir.

Geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamaların, modern tıp uygulayıcıları tarafından genel bir kabul görmemesi ve sonuçlarının net bir şekilde bilinmemesi nedeniyle, uygulayıcının hastayı oldukça detaylı şekilde aydınlatması gerekmektedir⁹²⁹. Örneğin şifalı olduğu iddia edilen yabani bir otun, hastanın vücudunda yıllar sonra ortaya çıkacak zararlar vermesi mümkündür. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin 10. maddesinin 5. fıkrasında, HHY'ye atıf yapılarak, hastadan HHY'ye uygun bir şekilde aydınlatılmış onam alınması gerektiği düzenlemektedir.

h. Deneysel Tedaviler

Hem tarihte hem de günümüzde, hastaları aydınlatmanın ve hastalardan aydınlatılmış onam alınmasının temel nedenlerinden biri de deneysel tedavilerin uygulanmasıdır. Deneysel tedaviler, insan üzerindeki deneylere kıyasla daha hafif şartlara

926 Hakeri, Cilt-II, s. 970; Söğüt, İpek Sevda, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam Sorunu, II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2015, s. 177.

927 Somer/Vatanoğlu Lutz, s. 60.

928 Somer/Vatanoğlu Lutz, s. 60; Söğüt, s. 177; Talhaoğlu, s. 17.

929 Hakeri, Cilt-II, s. 977; Somer/Vatanoğlu Lutz, s. 63; Talhaoğlu, s. 20.

tabi tutulmaktadır⁹³⁰. Şartlar nispeten hafif olsa da deneysel tedavilerin aydınlatılmış onam alınmadan uygulanmaması halinde hekimin sorumluluğu doğacaktır. İlk olarak TCK m. 90/4'de *"Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir."* düzenlemesine yer verilerek, deneysel tedavilerin düzenlemede öngörülen şartlara uygun yapılmaması halinde, hekimin cezai sorumluluğu doğacağı hükme bağlanmaktadır. Düzenlemeye göre deneysel tedavinin uygulanabilmesi için; bilinen tedavi yöntemleri işe yaramaması, uygulamanın hastane ortamında uzman hekimler tarafından yapılması ve hastadan aydınlatılmış onam alınması gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, deneysel tedavide tedavi etme amaçlı endikasyon bulunmalıdır⁹³¹. Diğer bir deyişle, deneysel tedavilerde bilimsel fayda bulunsa da başlangıçta nihai hedef hastanın sağlığına kavuşturulmasıdır. Değnilmesi gereken diğer bir husus ise öncelikle tıbbi standartlar kapsamındaki tedavilerin uygulanmasıdır⁹³². Deneysel tedaviye son çare olarak başvurulmalıdır. Ayrıca cerrahi müdahaleler, deneysel tedavilerinin kapsamının dışındadır⁹³³. Son olarak deneysel tedavi uygulamalarında, hastadan yazılı şekilde onam alınması gerekmektedir⁹³⁴. Deneysel tedavilerin sonucunun ne olduğunun tam kestirilememesi, hastanın daha yoğun bir şekilde aydınlatılmasını gerektirmektedir⁹³⁵.

930 Hakeri, Cilt-II, s. 850; Sert, s. 196.

931 Hakeri, Cilt-II, s. 851.

932 Hakeri, Cilt-II, s. 852; Sert, s. 197.

933 Sert, s. 197.

934 Hakeri, Cilt-II, s. 853.

935 Sert, s. 197.

Çocuklara yönelik deneysel tedaviler ise yetişkinlere yönelik deneysel tedavilerle aynı usuller uyarınca uygulanmaktadır⁹³⁶. Zira burada çocuklara yönelik ayrı bir uygulama düzenlenmemektedir.

F. Aydınlatmaya Gerek Duyulmayan Haller

a. Aydınlatmanın Anlamsız Olması

Aydınlatmanın artık hasta için anlamını yitirmesi, tedavinin başarı şansının kalmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır⁹³⁷. Bu durum HHY m. 19/3'te düzenlenmektedir. Buna göre hastanın kurtulma şansının olmadığı durumlara söz konusu teşhis hakkında hastayı yalnızca bir hekim tarafından aydınlatılabilir. Bu aydınlatma bilgilendirme şeklinde olabileceği gibi hissettirme biçiminde de olabilir. Hastanın kurtulma şansının bulunmadığına ilişkin teşhis, hastanın aksine bir talebi bulunmadığı müddetçe ya da teşhisin kime açıklanacağı önceden belirlenemediği durumlarda aile bireylerine de bildirilir.

Öğretiye göre kurtulma şansı bulunmayan hastanın aydınlatılmasında artık hastanın herhangi bir menfaati kalmamaktadır⁹³⁸. Bununla birlikte öğretilerdeki diğer bir görüşe göre hastanın kurtulma şansının bulunmadığı hallerde de hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmamaktadır⁹³⁹. Anılan görüşe, hastanın kurtulma şansı bulunmadığı durumlarda aydınlatmayı yapıp yapmama hususunda takdir yetkisi hekime aittir⁹⁴⁰. Öğretilerde bu duruma tedavi ayrıcalığı denilmektedir⁹⁴¹. Hekim kararını verirken, hastanın psikolojisini ve genel sağlık durumunu göz önünde bulundurarak bir

936 Hakeri, Cilt-II, s. 855.

937 Demir, hekim, s. 241; Hakeri, Cilt-I, s. 423; Şenocak, Hekim, s. 58.

938 Şenocak, Hekim, s. 58.

939 Subaşı, s. 67.

940 Subaşı, s. 68.

941 Hancı, s. 58.

değerlendirme yaptıktan sonra aydınlatma hususunda karar vermelidir⁹⁴². Örneğin aydınlatma yapılması halinde hastanın intihar etme ihtimali söz konusuysa hekim hastayı aydınlatmayabilir⁹⁴³. Öğretideki diğer bir görüşe göre de hastanın kurtulma şansı kalmasa dahi aydınlatılma yükümlülüğü tamamen sona ermemektedir⁹⁴⁴. Kanaatimizce hastanın kurtulma şansının bulunmadığı hallerde, aydınlatma yapılırsa dahi hasta için ancak bir tür terapi niteliğinde olacaktır. Öğretiye göre aydınlatma yükümlülüğü yapılan müdahaleye ilişkin olarak kalktığı gibi yalnızca hastanın acısını dindirmeye yönelik müdahaleleri de kapsamaktadır⁹⁴⁵. Bu anlamda kurtulma şansı bulunmayan hastaların aydınlatılmasına ilişkin takdir yetkisinin hekime bırakılması gerektiğini kanaatindeyiz.

b. Aydınlatmanın Tedaviye Zarar Verecek Olması

Öğretiye göre aydınlatmanın hastayı olumsuz etkilemesi muhtemel durumlarda hekimin hastayı aydınlatmamaya da hakkı bulunmaktadır⁹⁴⁶. Hekimin hastanın aydınlatılması hususunda karar verebilme yetkisine hekimin tedavi ayrıcalığı denilmektedir⁹⁴⁷. Hekimin tedavi ayrıcalığının, paternalist modelin bir görünümü olduğu söylenebilir. Hastanın aydınlatılmasının tedaviye zarar verebilme ihtimali özellikle otonomi aydınlatmasında karşımıza çıkmaktadır⁹⁴⁸. Duruma ilişkin HAKERİ, “*aydınlatmak suretiyle öldürmekten kaçınmak gerektiğini*” belirtmektedir⁹⁴⁹. Yazara göre kurtulma şansı bulunmayan hastalara yönelik aydınlatma yapılırken; kelimeler dikkatli seçilmeli ve hastanın psikolojisini olumsuz yönde etkilemeyecek şekilde aydınlatma yapılmalıdır⁹⁵⁰.

942 Subaşı, s. 68.

943 Hancı, s. 58.

944 Hakeri, Cilt-I, s. 419.

945 Hakeri, Cilt-I, s. 423.

946 Demir, hekim, s. 241; Tacir, s. 177.

947 Tacir, s. 177.

948 Hakeri, Cilt-I, s. 419.

949 Hakeri, Cilt-I, s. 420.

950 Hakeri, Cilt-I, s. 419.

Hekimin tedavi ayrıcalığı, hastanın menfaatine yönelik olarak kullanılmalıdır⁹⁵¹. Hekim, gerçekte hasta tarafından arzulanmayan tedavi yöntemlerini kendi tedavi ayrıcalığı hakkını kullanarak uygularsa bu noktadan itibaren tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Zira tedavi artık hastanın değil hekimin menfaatlerine yöneliktir. Her ne kadar aydınlatma zarar verecek olsa da hastanın self determinasyon hakkı gereğince tedavinin daima hastanın iradesine uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Öğretide aydınlatmanın hastanın sağlığı açısından tehlike oluşturduğu hallerde hastanın ailesinin aydınlatılması gerektiği de savunulmaktadır⁹⁵².

Kanaatimizce hekimin, aydınlatmanın tedaviye zarar verebilme ihtimali karşısında aydınlatmadan vazgeçebilme hakkı ortada ciddi bir hastalığın bulunduğu durumlarda oldukça geniş yorumlanmalıdır. Zira tedavi sırasında hastanın ruhsal durumun en iyi bilebilecek kişi hastayı tedavi eden hekimdir. Paternalist anlayış her ne kadar eleştirilse de hekimin tıbbi müdahaledeki uzman kişi olduğu da bir gerçektir. Gerçekten de sırf aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için hastanın yaşamını tehlikeye atmak tıbbi müdahalenin asıl hedefi olan hastanın iyileştirilmesi amacına bariz bir aykırılık içermektedir. Sonuç olarak ciddi bir hastalığın varlığında hekimin aydınlatmaya ilişkin takdir hakkı geniş bir şekilde yorumlanmalıdır.

c. Hastanın Aydınlatılacak Hastalık Hakkında Yeterli Bilgisinin Bulunması

Öğretide hastanın aydınlatılacak konuya ilişkin bir şekilde bilgi sahibi olması durumunun, aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalkması için yeterli olduğu

951 Tacir, s. 179.

952 Tacir, s. 180.

belirtilmektedir⁹⁵³. Kanaatimizce hastanın aydınlatılacak husus hakkında yeterli bilgi sahibi olduğu yeterli somut verilere sahip olunması gerekmektedir. Bu durumun iki ayrı nedenden dolayı gerekli olduğu savunulabilir. Öncelikle aydınlatılacak husus hakkında yeterince bilgi sahibi olduğunu düşünen hasta eksik ya da yanlış bilgilere sahip olabilir. Zira kendisinin bilgilerin doğruluğunu teyit edecek düzeyde bilgisi bulunmamaktadır. İkinci durum ise hastanın yeterince bilgi sahibi olduğu gerekçesiyle aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığının ispatı hususunda ortaya çıkmaktadır. Zira hastanede yapılan ve herhangi bir şekil şartı barındırmayan aydınlatmaların dahi yazılı olarak belgelendiği göz önünde bulundurulduğunda, hastanın kendi kendini yeterince bilgilendirdiğini ispatlamak hekim açısından oldukça güç olacaktır. Bu durumda hastanın aydınlatma yapılacak husus hakkında yeterince bilgi sahibi olması ancak daha önce aydınlatılmış olması ya da hastanın sağlık çalışanı olması halinde mümkündür⁹⁵⁴. Her ne kadar hastanın aydınlatılacak husus hakkında yeterince bilgi sahibi olduğu durumlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunmasa da hekimin hastanın yeterince bilgi sahibi olup olmadığını olay bazında irdelemesi gerekmektedir⁹⁵⁵.

Hastanın bilgi sahibi olması, daha önce aynı hususa ilişkin olarak aydınlatılmış olmasıyla mümkündür. Bu durum hastanın aynı tedaviyi ikinci defa alması sonucunda gerçekleşebilir⁹⁵⁶. Ancak ikinci tedavi, ilk tedaviden farklı ya da daha ağır sonuçlara yol açacak ise hastanın aydınlatılması gerekmektedir. Daha önce aydınlatılma durumu hastanın alt basamak hastanede tedavi gördüğü sırada ya da başka bir hastanede tedavi

953 Aktaş İncel, s. 37; Boran, s. 102; Hakeri, Cilt-I, s. 416; Hancı, s. 57.

954 Hancı, s. 57; Şenocak, Hekim, s. 57.

955 Hakeri, Cilt-I, s. 416; Subaşı, s. 63.

956 Aktaş İncel, s. 37.

edildiği sırada gerçekleşmiş olabilir⁹⁵⁷. Ancak bu durumda hekim tarafından irdelenmesi, mümkünse aydınlatma ve varsa onama ilişkin belgelerin kontrol edilmesi gerekmektedir. Aksi halde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığını söyleyemeyecektir⁹⁵⁸.

Hastanın aydınlatılacak konu hakkında yeterince bilgi sahibi olmasının bir diğer yolu da hastanın hekim olması durumunda gerçekleşmektedir⁹⁵⁹. Öğretide savunulan bir görüşe göre hastanın hemşire olması durumunda da aydınlatılacak husus hakkında yeterince bilgi sahibi olabilmesi mümkündür⁹⁶⁰. Kanaatimizce bir dalda ihtisas yapmış ve yıllarca o alanda hizmet vermiş bir hemşirenin, uzmanlaştığı dalın kapsamındaki bir hastalık ve hastalığın komplikasyonları hakkında yeterli bilgi sahibi olabileceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte hastanın hekim olduğu hallerde de tedavide bulunan hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmayabilir⁹⁶¹. Zira tıp biliminin genişliği, birçok alt dal barındırması ve ihtisaslaşmanın yoğun olması sebebiyle bir alandaki en üst düzey hekim dahi başka bir alan hakkında bilgi sahibi olmayabilir⁹⁶². Bu durumda tedavi gören hekimin ihtisas alanından farklı bir daldaki hastalık hakkında yeterince bilgi sahibi olup olmadığı hususu irdelenmelidir⁹⁶³. Tedavi gören hekimin, aydınlatılacak husus hakkında yeterli bilgi sahibi olmaması halinde, müdahale de bulunacak olan hekimin aydınlatmama yükümlülüğü devam etmektedir⁹⁶⁴. Benzer durum hemşireler içinde geçerli olacaktır.

957 Şenocak, Hekim, s. 57.

958 Subaşı, s. 64.

959 Aktaş İncel, s. 37; Hakeri, Cilt-I, s. 417; Subaşı, s. 63.

960 Hancı, s. 57; Şenocak, Hekim, s. 57.

961 Subaşı, s. 63.

962 Hakeri, Cilt-I, s. 417.

963 Subaşı, s. 64.

964 Hakeri, Cilt-I, s. 417; Subaşı, s. 64.

d. Hastanın Aydınlatmayı Reddetmesi

Öğretiye göre, hastanın teşhis ve tedavi hakkında aydınlatılmamayı istememesi halinde aydınlatılmaması gerekmektedir⁹⁶⁵. Aydınlatmadan vazgeçme hakkı, hastanın tedaviye ilişkin karar verebilmesinin temel dayanağı olan self determinasyon hakkına dayanmaktadır⁹⁶⁶. Gerçekten de sonunda hayatını kaybetme ihtimali dahi bulunsa da hasta tedaviyi reddedebiliyorsa evleviyetle aydınlatılma hakkında da vazgeçebilmesi mümkündür⁹⁶⁷. Ancak öğretiye göre hastanın aydınlatmadan vazgeçme kararının sıhhatli olabilmesi için hastanın aydınlatmadan vazgeçme hakkı olduğunu bilmesi gerekmektedir⁹⁶⁸. Bu nedenle hasta aydınlatılmadan evvel aydınlatılma hakkından vazgeçebileceği hususunda yeterli düzeyde bilgilendirilmelidir⁹⁶⁹. Öğretide savunulan bir görüşe göre hastanın aydınlatmadan vazgeçmesi, gerçekte hastanın paternalist tedavi modelini seçerek, hekimin tedaviyi yönlendirmesini de tercih etmesi anlamına gelebilmektedir⁹⁷⁰. Burada hastanın iradesi mantıklı bir seçenek olamayabilir ancak bu iradeye uyulması gerekmektedir⁹⁷¹. Kanaatimizce hasta doğrudan tedaviyi reddedebiliyorken evleviyetle tedaviye ilişkin olarak aydınlatılmayı da reddedebilir.

Öğretiye göre aydınlatmadan vazgeçilebilmesi için diğer bir şartta aydınlatmadan vazgeçme iradesinin açık olması yani zımnî olmamasıdır⁹⁷². Bununla birlikte HHY m. 20 uyarınca aydınlatmadan vazgeçme açık ve yazılı olarak yapılmalıdır⁹⁷³. Anılan düzenleme

965 Aktaş İncel, s. 36; Hancı, s. 54; Subaşı, s. 61; Şenocak, Hekim, s. 58; Tacir, s. 175.

966 Subaşı, s. 61.

967 Subaşı, s. 61.

968 Aktaş İncel, s. 36; Şenocak, s. 58.

969 Subaşı, s. 62; Şenocak, Hekim, s. 58.

970 Tacir, s. 176.

971 Tacir, s. 177.

972 Aktaş İncel, s. 36; Şenocak, Hekim, s. 58.

973 “**Bilgi Verilmesini Yasaklama-Madde 20**

İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir.

2014 yılında getirilen nispeten yeni tarihli bir düzenlemedir⁹⁷⁴. Bu noktada aydınlatılma hakkından vazgeçildiğini, aydınlatma yükümlüsü hekim ispat etmek zorundadır⁹⁷⁵. Zira hastaların aydınlatılma hakkından vazgeçmeleri olağandışı bir durum olduğundan, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekimin bu yükümlülüğü neden yerine getirmediğini izah etmesi makul olmalıdır.

Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesinin diğer bir şartı ise hastanın ayırt etme gücü bulunması ve iradesi üzerinde herhangi bir baskı unsurunun bulunmamasıdır⁹⁷⁶. Zira aydınlatılma gibi oldukça önemli bir hakkın kullanılmaması çok ağır sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle öğretilerde ağır sonuçları bulunan müdahaleler bakımından aydınlatma hakkından vazgeçilmeyeceği savunulmaktadır⁹⁷⁷. Ancak böyle bir sınırlama, self determinasyon hakkına da aykırılık oluşturacaktır. Kanaatimizce oldukça ağır sonuçları bulunan müdahaleler bakımından hekim en azından muhtemel ağır sonuçların olduğu hususu hakkında hastayı bilgilendirmelidir. Hasta ağır sonuçların varlığını bilmesine rağmen aydınlatılma hakkından vazgeçiyor ise bu durumda hastaya artık aydınlatma yapılamaz. Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi aynı zamanda hekime yoğun bir şekilde güven duyduğunun da göstergesidir⁹⁷⁸. Bu durumda hasta teşhis ve tedavi sürecinde yaşayacağı olumsuzlukları öğrenmeyi reddederek tedavide yetkiyi tamamıyla hekime bırakabilir. Diğer bir durum ise hastanın teşhis ve tedavi sürecinde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçları öğrenmesi, cesaretinin kırılmasına da yol

Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir”

974 Subaşı, s. 62.

975 Şenocak, Hekim, s. 58.

976 Subaşı, s. 61.

977 Aktaş İncel, s. 36; Subaşı, s. 62; Tacir, s. 177.

978 Şenocak, Hekim, s. 56.

açabilir. Cesaretinin kırılmasıyla tedavi sürecinden çekinmek istemeyen hasta olumsuz sonuçlara kulak kapatmak isteyebilir.

e. Zorunluluk Hali

Zorunluluk hali, tedavinin aciliyet arz ettiği durumlarda ortaya çıkmaktadır⁹⁷⁹. Acil durumlarda müdahaleye ilişkin olarak Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesinde *“Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir.”* düzenlemesi yer almaktadır. Bu duruma ilişkin olarak diğer bir düzenleme ise HHY m. 24/3'te *“Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir...”* şeklinde yer almaktadır. Öğretilere göre anılan hükümden, acil durumlarda aydınlatma zorunluluğu bulunmadığı sonucunun çıkartılabilmesi mümkündür⁹⁸⁰. Hükümde bahsedilen durum onam alınmadığı hallere ilişkindir. Ancak müdahale için onam şartı olmasa dahi aydınlatmanın amacının farklılık gösterdiği hallerde aydınlatma yapılması gerekebilir⁹⁸¹. Hekim, acil durumlarda hastanın tıbbi müdahalede bulunulmasına onamı varsayarak müdahalede bulunmaktadır⁹⁸². Varsayılan onamın varlığına, hastanın makul bir kişi olarak kabul edilmesinden yola çıkılarak ulaşılmaktadır⁹⁸³. Buradaki makul kişi TMK m. 2'de yer alan dürüst, makul ve orta zekalı kimsedir. Gerçekten de hayatın olağan akışı içerisinde kişilerin ölmeyi değil yaşamayı istemesi normaldir. Ancak kimi durumlarda

979 Aktaş İncel, s. 35; Subaşı, s. 64-65; Şenocak, Hekim, s. 57; Tacir, s. 173.

980 Hakeri, Cilt-I, s. 422.

981 Hakeri, Cilt-I, s. 424.

982 Aktaş İncel, s. 35; Şenocak, Hekim, s. 57; Tacir, s. 174.

983 Aktaş İncel, s. 35; Şenocak, Hekim, s. 57.

hastanın önceden tedaviye yönelik farklı istekleri olabilmektedir⁹⁸⁴. Bu gibi durumlarda hastanın gerçek iradesi tespit edilebiliyorsa hekimin bu iradeye uygun davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak hastanın gerçek iradesi hakkında şüpheye düşülüyor ise hekim, hastanın hayatta kalmak istediğini kabul ederek müdahalede bulunmalıdır.

II. Aydınlatılmış Onam

A. Genel Olarak Aydınlatılmış Onam

Daha önce de değindiğimiz üzere aydınlatılmış onam, antik çağlardan beri asıl kimliğini İkinci Dünya Savaşı sonrasında kazanan bir husustur. Özellikle Nazi Almanya'sında yapılan deneysel tedaviler ve bu tedaviler sonucunda ortaya çıkan acı manzara, aydınlatılmış onamın doğmasının zemini rolündedir. Ancak aydınlatılmış onam o günkü halinde kalmak yerine ilerlemektedir. Modern anlamda aydınlatılmış onam uygulamaları 1960'ta başlamış ve günümüzde de devam etmektedir⁹⁸⁵. Aydınlatılmış onamın modern hukuktaki işlevi, hastaların aydınlanmış seçimler yapabilmesi için, hastalara bilgi sağlanmasıdır⁹⁸⁶. Özellikle tıbbi müdahalede paternalist anlayışın terk edilmesinden sonra müdahalede hastanın iradesi daha çok ön plana çıkarılmaktadır⁹⁸⁷. Günümüzde halen klinik araştırmaların hukuki bir zemine oturtulması ve meşrulaştırması nedeniyle, insanlara verilen bu koruma kalkanının zayıflayıp zayıflamadığı hususu tartışılmaktadır⁹⁸⁸. Hatta günümüzde, ölümcül hastalıklara yakalan kişilerin dahi tedaviye onam vermemesi söz konusu olabilmektedir⁹⁸⁹. Sonuç olarak aydınlatılmış onamın temellerinin, etik değerler üzerine inşa edildiği söylenebilir⁹⁹⁰.

984 Tacir, s. 173.

985 Mariner, ,s. 386.

986 Mariner, s. 386.

987 Altay, s. 409.

988 Weindling, s. 71.

989 Veatch, s. 6.

990 Biggs, Hazel, Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, Ankara, 2008, s. 53.

Aydınlatılmış onamın felsefi dayanağı ise bireyci ve liberal düşünce sistemleridir⁹⁹¹. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaygınlaşan liberalizm, bireyin özgürlüklerini ön plana çıkarmaktadır. TDK'daki sözlük anlamına bakıldığında dahi liberalizm, "serbestlik" olarak tanımlanmaktadır⁹⁹². Bireyin ön plana çıkartıldığı liberalizm akımının, ekonomiden sosyal yaşama birçok alanda topluma etkisi bulunmaktadır⁹⁹³.

Aydınlatılmış onam, hasta ve hekim arasındaki sözleşmenin asli kurucu unsurudur çünkü hastadan aydınlatılmış onam alınmasıyla hastadan müdahaleye onay alınmış olacaktır⁹⁹⁴. Aydınlatılmış onamın asıl işlevinin vücut bütünlüğünün ihlali anlamına gelen tıbbi müdahaleyi hukuka uygun bir hale getirmek olduğu söylenebilir⁹⁹⁵. Bu duruma ilişkin olarak Anayasa'nın 17. maddesinde: *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."* düzenlemesi yer almaktadır. Kanaatimizce kanun koyucunun tıbbi müdahalelerde onama ilişkin durumu doğrudan Anayasada düzenlemesinin, tıbbi müdahalelerde onama oldukça önem verildiğinin bir göstergesi olarak yorumlanabilir. Bununla birlikte tıbbi müdahalede onam alınmasına ilişkin mevzuat Anayasa ile sınırlı değildir. HHY m. 24, tıbbi müdahalede onamın gerekliliğine ilişkin asli düzenlemedir⁹⁹⁶.

991 Veatch, s. 6.

992 <https://sozluk.gov.tr/>

993 <https://www.britannica.com/topic/liberalism>.

994 Demir, s. 236.

995 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 123.

996 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 123.

Öğretide aydınlatılmış onam, hastanın self determinasyon hakkının koruyucusu olarak görülmektedir⁹⁹⁷.

B. Onamın Alınma Zamanı

Onam nitelik olarak müdahaleye verilen rızadır. Tıbbi müdahaleye ilişkin onam, tıbbi müdahaleden önce alınması gerekmele birlikte en geç müdahale anında alınmalıdır⁹⁹⁸. Bu husus HHY m. 5'te temel ilkeler arasında yer almaktadır⁹⁹⁹. Buna göre hastadan onam alınmadan, hastaya müdahale edilemez. Aynı zamanda onamın aydınlatmaya dayanması gerektiğinden, onam aydınlatma yapıldıktan sonra alınmalıdır¹⁰⁰⁰. Aydınlatmanın yapılabilmesi için önce hastalığın teşhis edilmesi gerekmektedir. Bu gibi durumlarda ise teşhis sonrasında önce aydınlatma yapılmalı ardından aydınlatılmış onam alınmalıdır¹⁰⁰¹. Kimi durumlarda hasta, müdahale sırasında iradesini açıklamayacak durumda olabilir. Anılan durumlarda ne yapılması gerektiği ise HHY m. 24/5'te düzenlenmektedir. Buna göre hastanın müdahale öncesinde açıkladığı iradesi dikkate alınacaktır.

Kanaatimizce üzerinde durulması gereken husus, aydınlatma sonrasında hastaya düşünmesi için yeterli zaman verilmesidir. Bu zaman, hastalığa göre değişiklik gösterebileceği gibi hastaya göre de değişiklik gösterebilir. Hastanın sosyal yaşamdaki

997 Tacir, s. 148.

998 Subaşı, s. 77.

999 **“İlkeler-Madde 5**

Sağlık hizmetlerinin sunulmasında aşağıdaki ilkelere uyulması şarttır:

...

d) Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.”

1000 Özcanoğlu Görkey, s. 63.

1001 Özcanoğlu Görkey, s. 64.

konumu, yaşı ve ailevi durumu, hastalık tedavi edilmez ise ortaya çıkabilecek sakıncalı durumlar, tedavi sürecinde ortaya çıkabilecek komplikasyonlar, tedavinin yan etkileri gibi hususlar düşünme süresini ister istemez etkileyecektir. Kanaatimizce hasta aydınlatıldıktan sonra, hekim istisnai haller ile belli bir süre içerisinde tedaviye başlanması gereken haller dışında hastaya dilediği kadar süre vermelidir. Aksi halde hastanın iradesinde ister istemez bir baskı söz konusu olacaktır. Bu durum ise Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen ve tıbbi müdahalenin temel etik değeri olan hastanın self determinasyonu ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

C. Onamın Şekli

Onamın ne şekilde verileceğine ilişkin düzenleme 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır¹⁰⁰². Buna göre büyük cerrahi müdahaleler haricinde, onamın açıklanmasında herhangi bir şekil şartı öngörülmemektedir. Onamın şekline ilişkin diğer bir düzenleme ise HHY m. 28'de yer almaktadır¹⁰⁰³. Bu düzenlemeye göre, onam alınırken hukuka ya da ahlaka aykırı şekilde alınırsa, yaptırım onamın geçersiz kabul edilmesidir. Bu durumda onamın yazılı olarak verilmesi öngörüldüğü halde, onam geçersiz olacağından tıbbi müdahale de hukuka aykırı hale gelecektir¹⁰⁰⁴. Ayrıca mevzuatta onamın şekline ilişkin, şekil şartının öngörülebileceği de düzenlenmektedir. Öğretideki bir görüşe göre, şekil şartı öngörülmesine karşın şekil

1002 "...Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere iki yüzelli Türk lirası idarî para cezası verilir."

1003 "**Rızanın Şekli ve Geçerliliği-Madde 28**

Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.

Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz."

1004 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 132.

şartına uyulmaksızın verilen onamlar, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmelidir¹⁰⁰⁵.

Öğretiye göre hasta, tıbbi müdahaleye ilişkin onamını açık ya da zımni şekilde açıklayabilir¹⁰⁰⁶. Bu anlamda onamın açıklanmasında kural olarak şekil serbestisinin kabul edildiği söylenebilir¹⁰⁰⁷. Öğretideki bir görüşe göre, onamın açık bir şekilde verilmesi, sadece belirli bir ağırlığı bulunan tedavilerde aranmalıdır¹⁰⁰⁸. Hastanın onam iradesini zımnen açıklayıp açıklamadığı, somut olay bazında değerlendirilmelidir¹⁰⁰⁹. Risk içermeyen teşhis ve tedavilerde, hastanın hekime durumu bilerek başvurması, onamın zımnen verildiğinin göstergesidir¹⁰¹⁰. Örneğin uygulamada burun akıntısı şikayetiyle aile hekimine başvuru olan bir hastadan, hekimin özel olarak onam aldığı çok sık görülen bir durum değildir. Zira kişi zaten hekime muayene olma iradesiyle gittiği gibi, kişinin bu duruma ilişkin iradesi ve muayene onam verdiği de dışarıdan açıkça anlaşılabilir. Ayrıca öğretiye göre, onam yazılı veya sözlü verileceği gibi işaretlerle dahi verilebilir¹⁰¹¹. Uygulamada ise onam genelde yazılı şekilde alınmaktadır¹⁰¹². Yüksek Mahkeme kararlarında, yazılı belgelere karşı tanık deliline başvurulamayacağı vurgulanmaktadır¹⁰¹³. Kanaatimizce mümkünse onam yazılı şekilde alınmalıdır. Her ne kadar kanun koyucu onam vermede şekil serbestisi öngörse de onamın alındığının ispatının yükü hekimin üzerindedir. Bu durumda acil durumlar dışında, hastadan daima yazılı şekilde onam

1005 Badur, s. 74.

1006 Şenocak, Hekim, s. 42.

1007 Badur, s. 72; Özcanoğlu Görkey, s. 67.

1008 Veatch, s. 6.

1009 Hancı, s. 127.

1010 Hancı, s. 66.

1011 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 130; Şenocak, Hekim, s. 43.

1012 Özcanoğlu Görkey, s. 67.

1013 Yargıtay, 13. H.D., E.2006/16810, K.2007/1248, T.05.02.2007, akt. Badur, s. 74.

alınmasının, ileride doğacak bir uyuşmazlıkta hekimin kendi haklılığını ispatlaması bakımından daha elverişli olduğu düşüncesindeyiz.

Onamın bir diğer şekli ise varsayılan onamdır. Varsayılan onama ilişkin düzenleme, 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin, kendini ifade etmeye dahi gücü yoksa onamın şart olmadığı düzenlenmektedir. Burada hastanın bilinci yerinde olmadığından, tıbbi müdahaleye farazi olarak onam verdiği kabul edilerek müdahalede bulunulacaktır¹⁰¹⁴. Dolayısıyla varsayılan onama dayanılarak da tıbbi müdahalede bulunulabilir¹⁰¹⁵.

D. Onamın Çeşitleri

a. Genel Olarak Onam Çeşitleri

Hastanın vereceği onamın aydınlatılmış onam dışında farklı görünüşleri de mevcuttur. Aydınlatılmış onam ana kural olmakla birlikte, günlük hayatta karşımıza çıkabilen istisnai durumlarda, farklı onam çeşitlerine ihtiyaç duyulabilir. Özellikle hastadan bir nedenden dolayı aydınlatılmış onamın alınması mümkün değilse, alternatif onam çeşitlerine başvurulması gerekebilir. Aydınlatılmış onamı daha önce açıkladığımızdan, çalışmamızın bu kısmında tekrar edilmeyecektir.

b. Hipotetik Onam

Hipotetik onam, hastanın yeterince aydınlatılmadığından dolayı geçersiz kabul edilen bir onamın, hasta yeterince aydınlatılsaydı onam vereceğinin kabulüdür¹⁰¹⁶. Bu

1014 Şenocak, Hekim, s. 43.

1015 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 129.

1016 Badur, s. 245; Kangal, Zeynel T., Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, GÜHFD, Y. 15, S. 4., s. 225; Gökcan, s. 370.

anlamda hipotetik onamın ilk şartı usulüne uygun olarak aydınlatma yapılmamasıdır¹⁰¹⁷. Burada hekimin tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmek için en temel işlemlerden olan aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi söz konusudur. Anılan yükümlülüğün yerine getirilmemesi, tek başına birçok riske sebebiyet vermektedir¹⁰¹⁸. Hipotetik onamla sağlanmak istenilen durum, hasta tarafından verilen onamın ayakta kalmasıdır. Bu sayede tıbbi müdahale, aydınlatılmış onam bakımından hukuka uygun hale gelecek ve hekimin sorumluluğu doğmayacaktır.

Hipotetik onamda aslında alınmış bir onam bulunmaktadır ve varsayılan onamdan temel farkı da budur¹⁰¹⁹. Varsayılan onamda farazi bir noktadan hareket edilmekte, hastanın mevcut durumuna ilişkin olarak şayet bilinci açık olsa onam verebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte hipotetik onamda somut olarak bir onam bulunsa da bu onamın aydınlatılmış bir iradeye dayanması hususunda sıkıntı bulunmaktadır. GÖKCAN'a göre burada aydınlatmadaki eksikliğin niteliği önemlidir. Yazara göre, aydınlatmadaki eksik unsurlar, hastanın onam verip vermemesini değiştirebilecekse, onamın hukuka uygunluğunu etkilemektedir¹⁰²⁰.

c. Varsayılan Onam

Varsayılan onam müdahale sırasında, örneğin bir trafik kazası sonrası hastanın bilinci kapalı bir şekilde hastaneye getirildiğinde ve onam veremeyecek durumda bulunması halinde; müdahale edilen hastanın dürüst, makul ve orta zekalı bir kimse gibi

1017 Badur, s. 245.

1018 Kangal, s. 226.

1019 Gökcan, s. 371.

1020 Gökcan, s. 374.

müdahaleye onam verdiği kabul edilmesidir¹⁰²¹. Ancak öğretilerdeki diğer bir görüşe göre hastanın onamı yorumlanırken sadece objektif öğelerden değil subjektif öğelerin de değerlendirilmesi yapılmalıdır¹⁰²². Varsayılan onama başvurulabilmesi için hastanın onamının araştırılmasına rağmen hiçbir koşulda tespit edilemiyor olması yani fiili bir imkansızlığın mevcut olması gerekmektedir¹⁰²³. Ayrıca onamın alınması için beklenilmesi hastanın menfaatine aykırı ağır tehlikeler barındırıyor olmalıdır¹⁰²⁴. Varsayılan onam, hastanın gerçek iradesinden farklı olabileceğinde ikincil niteliklidir ve gerçek iradenin tespitiyle önemi kalmaz¹⁰²⁵. Şayet müdahale bekletilerek hastanın onamı alınabileceksen varsayılan onama dayanılarak müdahalede bulunulamaz¹⁰²⁶. Öğretilere göre varsayılan onamın hukuki dayanağı TŞSTİDK m. 70/1'dir¹⁰²⁷. Hükümde aranılan husus hastanın kendi iradesini ifade edemeyecek konumda bulunmasıdır. Öğretilere göre burada aciliyete ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmıyorsa da kastedilen husus acil durumlardır¹⁰²⁸. Ancak varsayılan onama ilişkin mevzuatta başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Varsayılan onama ilişkin diğer düzenlemeler ise HHY m. 24 ile Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 14. maddesidir. İki düzenlemede de birbirine paralel şekilde düzenlemeler mevcuttur¹⁰²⁹. Anılan düzenlemeler varsayılan onama acil durumlarda

1021 Çamcı, Melih, Acil Durumlarda Bilgilendirilmiş Rıza, Bilgilendirilmiş Rıza, Ankara, 2020, s. 367; Gülel, s. 169; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 130; Subaşı, s. 92; Şenocak, Hekim, s. 43.

1022 Badur, s. 242.

1023 Badur, s. 239; Çamcı, s. 367-369; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 130; Subaşı, s. 95.

1024 Gülel, s. 170; Subaşı, s. 95.

1025 Gülel, s. 171; Kangal, s. 233.

1026 Kangal, s. 234.

1027 *Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliye için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere iki yüz elli Türk lirası idarî para cezası verilir.* Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 130.

1028 Badur, s. 241.

1029 *Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını*

başvurulabileceği yorumu yapılabilir. Öğretiye göre anılan düzenlemelerde yer alan durum Anayasa'nın 17. maddesinde anılan tıbbi zorunluluk durumunun bir örneğidir¹⁰³⁰. Diğer bir görüşe göre ise varsayılan onam hasta tarafından kabul edilen riske dayanan bir tür hukuka uygunluk nedenidir¹⁰³¹. Bu görüşe göre varsayılan onamın bağımsız bir yapısı vardır ve uygulayıcı tarafından hastanın potansiyel iradesine en yakın olabilecek görüş tercih edilmektedir¹⁰³².

Adı üzerinde varsayılan onamda, hastanın gerçek iradesi tespit edilememektedir¹⁰³³. Ancak yapılan araştırma sonucunda tespit edilebilen veriler ışığında hastanın iradesi bir anlamda tahmin edilmektedir¹⁰³⁴. Öğretideki bir görüşe göre varsayılan onam, tedaviye hâkim olan self determinasyon hakkına bir istisnadır¹⁰³⁵. Gerçekten de varsayılan onam da hastanın gerçek iradesi belirlenemediğinden, yapılan müdahale hastanın gerçek iradesine aykırı olabilir. Bununla birlikte hastanın iradesi varsayılan irade ile uyumlu da olabileceğinden, varsayılan onam self determinasyon hakkının tesisine de hizmet edebilecektir. Burada cevaplanması gereken soru, hastanın bilinci açıkken nasıl bir irade beyanı ortaya koyacağı hususudur¹⁰³⁶. Varsayılan onamda tespit edilen hususlar, hastanın hayatta kalmak istediği şeklinde yorumlanmalıdır¹⁰³⁷. Ancak bunun tam tersine tespitlerde söz konusu olabilmektedir. Kişinin tedavi içerisinde belli bir uygulamayı reddedebileceği gibi tedavi olmayı tamamen reddetmesi

veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.

1030 Çamcı, s. 368.

1031 Kangal, s. 232; Subaşı, s. 94-95.

1032 Kangal, s. 232-233.

1033 Badur, s. 243.

1034 Abik, Yoğun Bakım, s. 208; Subaşı, s. 93.

1035 Tacir, s. 174.

1036 Badur, s. 243.

1037 Badur, s. 240; Çamcı, s. 362-363.

de mümkündür. Örneğin Yahova şahitleri, kendilerine kan nakli yapılmasına müsaade etmemektedirler¹⁰³⁸. Bilinci kapalı olarak gelen hastanın Yahova şahidi olduğunun tespit edilebilmesi halinde kendisine kan nakli yapılmasını kabul etmeyeceği varsayılmalıdır¹⁰³⁹. Ancak öğretilerde kişinin dini inancı gereği yaşam hakkından vazgeçemeyeceği, bu durumda hekimin bu yöndeki bir iradeyi ciddiye almayarak tedaviye devam etmesinin gerektiği de savunulmaktadır¹⁰⁴⁰. Yine hasta cebine koyduğu bir not ile tedaviyi her durumda reddettiğini yazmış ise bu durumda da kendisine herhangi bir müdahalede bulunulamayacaktır¹⁰⁴¹. Aslında yapılan bu tespitlerde hastanın gerçek iradesini tam olarak yansıtmıyor olabilir, zira hayatını kaybetmek üzere olan birinin fikirlerinde de değişim olabilir. Ancak bu gibi durumlar hastanın gerçek iradelerini yansıtsa da hekim tarafından tespit edilememişse, hastanın tedaviyi kabul ettiği varsayılarak müdahale yapılmalıdır¹⁰⁴². Tedavi Sonrasında hastanın gerçek iradesinin varsayılan onamdan farklı olması hekimin sorumluluğunu doğurmamaktadır¹⁰⁴³. Ancak tedavi sırasında varsayılan onamın dışına çıkılması, müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir¹⁰⁴⁴.

Kanaatimizce acil durumda tedavi altına alınan hastanın tedaviye yönelik iradesinin tam olarak tespit edilememesi halinde varsayılan onama başvurulabilir. Bu açıdan hastanın iradesinin aydınlatılmasına yönelik belli birtakım veriler bulunsa da bu verilen hastanın iradesini tam ortaya koyamadığı hallerde varsayılan onama başvurulmalıdır. Ancak tespit edilen hususlar, tam bir aydınlatma sağlamasa da en

1038 Çamcı, s. 365.

1039 Badur, s. 242.

1040 Çamcı, s. 365.

1041 Badur, s. 242; B. Yılmaz, Hekim, s. 184; Subaşı, s. 95.

1042 Subaşı, s. 92.

1043 Subaşı, s. 92.

1044 Kangal, s. 245.

azından hastanın iradesinin yorumunda katkı sağlayacaktır. Hekim varsayılan iradeyi yorumlarken hastanın hayata tutunmak istediğini kabul etmeli ve buna göre hareket etmelidir. Zira kişi intihar etmiş bile olsa devamında bir pişmanlığa kapılarak kararından dönmeyi de istiyor olabilir. Tedaviyi reddetme, bir anlamda kişinin ölümü kabullenmesi yani yaşam hakkından vazgeçmesi anlamına da gelmektedir. Hukukumuzda ise kişiler, yaşam hakkı üzerinde serbestçe tasarruf edememektedirler. Bu durumda tespit edilen doneler kişinin tedaviyi reddettiği hiçbir şüpheye yer vermeyecek derecede ortaya koyamıyor ise hekim tedaviyi gerçekleştirmelidir.

d. Örtülü Onam

Örtülü onam, hastanın onama ilişkin iradesini zimni bir şekilde açıklaması durumudur¹⁰⁴⁵. Örtülü onam farazi bir duruma değil, hastanın gerçek iradesine dayanmaktadır¹⁰⁴⁶. Örtülü onam genellikle varsayılan onam ile karıştırılmaktadır. Örtülü onamda kişinin olumlu ya da olumsuz bir iradesi mevcutken varsayılan onamda kişinin iradesine ilişkin herhangi bir tespit yapılamamaktadır¹⁰⁴⁷. Onam kural olarak herhangi bir şekil şartına sahip değildir¹⁰⁴⁸. Örtülü onam, olumlu ya da olumsuz şekilde ortaya çıkabilir. Her iki durumda da hekim gerektiği takdirde hastanın iradesini araştırmalıdır. Örneğin özel bir kliniğe gelen hasta, hekim tarafından aydınlatıldıktan sonra açıkça şartları kabul ettiğini beyan etmese dahi, tedaviyi devam ettiriyorsa burada örtülü olarak tedaviyi kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir¹⁰⁴⁹. Benzer şekilde hastanın tedaviyi yarıda bırakarak devam etmemesinin de artık o tedaviyi onaylamadığı şeklinde yorumlanabilir.

1045 Badur, s. 244.

1046 Kangal, s. 236.

1047 Badur, s. 244; Subaşı, s. 92.

1048 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 129.

1049 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 129.

Bir diğerk durum ise birden çok tedavi seçeneğinin bulunduğu hallerde, hastanın aralarından birini seçmesi diğerk tedavi yöntemlerini onaylamadığı anlamına gelecektir. Bu durumda hekimin özerkliği kısıtlanacağı ve hastanın iradesine uygun olan tedaviyi uygulama yükümlülüğünün doğacağı söylenebilir. Sonuç olarak onamın şekil şartının bulunmaması, onamın zımnen yani örtülü olarak da verilebilmesini sağlamaktadır.

E. Onam Ehliyeti

a. Genel Olarak

Aydınlatılmış onam, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartıdır. Bu husus Anayasa'nın 17.maddesinin 2. fıkrasında açıkça düzenlenmektedir. Kişilerin, kendilerine yapılacak müdahaleye onam verebilmek için onam verecekleri hususu ruhen, zihnen ve ahlaken anlayabilmeleri gerekmektedir¹⁰⁵⁰. Diğerk bir deyişle, kişilerin kendilerine uygulanacak tıbbi müdahaleye usulüne uygun bir şekilde onam verebilmeleri için ayırt etme gücüne sahip olmaları gerekmektedir¹⁰⁵¹. GÖKCAN'a göre ayırt etme gücü olmayan kişilerin yaptığı irade açıklamalarının, hukuken herhangi bir sonucu bulunmamaktadır¹⁰⁵². Tıbbi müdahaleyi anlamak ve müdahaleyi kabul edebilme yetisi ise onam ehliyeti olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁵³. Tıbbi müdahaleye onam verebilmek kişiye sıkı sıkıya bağlıdır ve kural olarak bizzat müdahaleye maruz kalacak kişi tarafından onam verilmelidir¹⁰⁵⁴. Tam ehliyetli kişilerde onam ehliyetine ilişkin detaylı düzenlemeler, HHY m. 24. maddesinde yer almaktadır¹⁰⁵⁵. Kanun koyucunun Anayasa'da dahil birçok

1050 Subaşı, s. 72.

1051 Gökcan, s. 315.

1052 Gökcan, s. 315.

1053 Boran, s. 86; Subaşı, s. 72.

1054 Gökcan, s. 315; Subaşı, s. 72; Özcanoğlu Görkey, s. 66.

1055 "**Madde-24** Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

mevzuatta tıbbi müdahale de onama ilişkin düzenleme yapması, tıbbi müdahale açısından onamın ne denli önem arz ettiğini de gösterir niteliktedir. Tam ehliyetliler dışında kalan çocuklar, akıl hastaları ve akıl zayıfları gibi gruplar ise onam vermeye ehliyetsiz olarak kabul edilecektir¹⁰⁵⁶. Tam ehliyetsizlerde onam, yasal temsilciden alınmalıdır¹⁰⁵⁷.

Aydınlatılmış onamın ruhu gereği öncelik daima hasta da olmalıdır. Bu yüzden hasta iradesini ortaya koyabiliyorken, yakınlarından alınan onamın herhangi bir geçerliliği olmayacaktır¹⁰⁵⁸. HAKERİ'ye göre, kişilerin onam verme yetkisini devretmesi mümkün olmasa da kişi daha önceden vermiş olduğu onamı üçüncü bir kişi aracılığıyla yetkililere duyurabilir¹⁰⁵⁹.

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

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 tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 346'ncı ve 487'inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

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

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

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

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."

1056 Boran, s. 86.

1057 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 125.

1058 Hakeri, Cilt-I, s. 445.

1059 Hakeri, Cilt-I, s. 446.

Müdahalenin ağırlığı ve önemsizliği, onam ehliyetine karşı olan şartların daha yoğun denetlenmesini gerektirmektedir¹⁰⁶⁰. Örneğin kişinin burnuna yönelik gerçekleştirilecek bir estetik operasyona ilişkin olarak onam ehliyetinin şartları daha sıkı denetlenmelidir. Çünkü anılan müdahalenin hayati herhangi bir yönü bulunmamaktadır. Bununla birlikte trafik kazası sonrası yaralı olarak getirilen bir hastaya ilişkin olarak onam dahi alınmadan müdahalede bulunulabilir. Kanaatimizce müdahalenin ilk olarak aciliyetine bakılmalı, acil olmayan müdahalelerde ise müdahalenin gerekliliğine bakılarak onam ehliyeti değerlendirilmelidir. Onam ehliyeti bulunmayanlara acil olarak müdahale yapılması gerekiyorsa, mümkünse kanuni temsilcilerinden, yoksa hastanın bizzat kendisinden onam alınabilir. Bununla birlikte aciliyeti olmayan müdahalelerde ise müdahalenin gerekliliğine göre onam ehliyeti incelenmelidir. Örneğin bir estetik operasyonda, hastanın onam ehliyetinin bulunup bulunmadığı, detaylı bir şekilde araştırılmalıdır.

b. Küçüklerde Ehliyet

Tıbbi müdahaleye ilişkin olarak küçüklerin durumu hem ulusal hem de uluslararası mevzuatta düzenlenmektedir. İlk olarak Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinde küçüklerin durumuna ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır¹⁰⁶¹. Sözleşmeye göre küçüğe müdahale, ancak velisi ya da vasisinin küçüğün menfaatine uygun şekilde verdiği rızayla mümkündür. Küçüğün velisi TMK m. 342/1 anne ve babasıdır. Ancak eşler ayrılmış

1060 Subaşı, s. 72.

1061 “**Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması-Madde 6**

Muvafakat verme yeteneğine sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, aşağıdaki 17 ve 20'nci maddelere uygun olarak, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.

Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir.

Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır.”

ise, çocuğun velayetini alan eş aynı zamanda çocuğun kanuni temsilcisi olacaktır¹⁰⁶². Bununla birlikte tedavinin ciddi riskler barındırması halinde, ayrılmış bile olsalar her iki eşinde tıbbi müdahaleye onam vermesi gerekmektedir¹⁰⁶³. Diğer bir ihtimal olan çocuğun vesayet altına alınması halinde, onam çocuğun vasisinden alınacaktır¹⁰⁶⁴. Sözleşme, küçüğün belli bir olgunluğa erişmesi halinde, tıbbi müdahaleye onam verilmesinde belirleyici bir faktör olabileceğini düzenlemektedir¹⁰⁶⁵. Bu anlamda Biyotıp Sözleşmesi'nin hasta küçük olsa da self determinasyon hakkına önem verdiği söylenebilir. Ulusal mevzuatımızda da konuya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. İlk olarak 1219 sayılı Kanun'un 70. maddesinde, hekim ve dış hekimlerinin müdahale öncesinde, müdahalede bulunulacak küçüğün veli ya da vasisinden onam alınacağı düzenlenmektedir. Öğretide anılan düzenleme uyarınca, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı değerlendirilmeksizin, küçüğe uygulanacak her türlü müdahale için yasal temsilcisinden onam alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶⁶. HHY m. 24/1-2'de düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre de küçüklere uygulanacak tedavilerde izin, veli ya da vasisinden alınacaktır. Bununla birlikte öğretiyeye göre mevzuat uyarınca, onam alınmasında çocuğun iradesinin de değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰⁶⁷. Çocuğun velisi ya da vasisi yoksa, ebeveynlerin onam vermesi hususunu tartışmaya gerek yoktur, zira kanuni temsilciler yokken böyle bir onam şekli de söz konusu olmayacaktır¹⁰⁶⁸. Öğretide, çocuğun yaşamını sona erdirmeye yönelik bir karar alınacaksa da kayyım atanmasının uygun olacağı savunulmaktadır¹⁰⁶⁹.

1062 Şenocak, Küçük, s. 71; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 125.

1063 Hakeri, Cilt-I, s. 461.

1064 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 126.

1065 Aktaş İncel, s. 39.

1066 Boran, s. 91.

1067 Hakeri, Cilt-I, s.456.

1068 Hakeri, Cilt-I, s. 462.

1069 Hakeri, Cilt-I, s. 485.

Küçüklerin onam verme ehliyetini çocuklar ve yetişkin çocuklar bakımından ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Öğretide, çocukların kaç yaşından itibaren onam ehliyetine sahip olabileceği hususu tartışmalıdır¹⁰⁷⁰. TMK m. 16 uyarınca, küçüklerin tek başlarına borç altına girebilmeleri mümkün olmadığından, küçüğün teşhis ve tedavi sözleşmesi yapabilmesi, yasal temsilcisinin iznine ya da icazetine bağlıdır¹⁰⁷¹. Maddenin devamında ise *“Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”* düzenlemesine yer verilmektedir. Küçük vesayet altındaysa, hekim çocuğa tıbbi müdahale de bulunabilmek için vasiden izin almalıdır¹⁰⁷². Küçüğün ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı belirsiz ise acil durumlar hariç olmak üzere, müdahale küçüğün ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tespitine kadar ertelenebilir¹⁰⁷³. Uygulamada küçüğün menfaatine olan teşhis ve tedavi sözleşmeleri, genelde küçüğün ebeveynleri adına yapılmaktadır¹⁰⁷⁴. ŞENOCAK, çocuğun korunmasının ailenin sürekli ihtiyaçlarından olduğu gerekçesiyle ana ya da babanın, müşterek çocuk için tek başlarına tedavi teşhis ve tedavi sözleşmesi imzalayabileceğini belirtmektedir¹⁰⁷⁵.

Tıbbi müdahale hususunda çocuk ile veli ya da vasiler arasında uyumsuzluk yaşanması halinde ne olacağı da irdelenmek gerekmektedir. 1219 sayılı Kanun’a göre çocuk ile ebeveynler arasındaki uyumsuzlukta, ebeveynlere öncelik tanınmalıdır¹⁰⁷⁶. Öğretide, müdahalenin özelliğine bakılarak, çocuğa da seçim hakkı tanınabileceğini

1070 Boran, s. 87.

1071 Hancı, s. 69; Şenocak, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2001, C. 50, S. 4, s. 70.

1072 Hancı, s. 69.

1073 Şenocak, Küçük, s. 77.

1074 Boran, s. 87; Şenocak, Küçük, s. 70.

1075 Şenocak, Küçük, s. 70.

1076 Hakeri, Cilt-I, s. 459.

savunan bir görüş bulunmaktadır¹⁰⁷⁷. Diğer bir görüşe göre de çocuk ve ebeveynler arasında çatışma olması halinde, tıbbi müdahalenin yapılabilmesi hâkim kararına bağlıdır¹⁰⁷⁸. Benzer şekilde ebeveynlerin birbirleriyle zıtlaşmaları durumunda da hâkim kararı gerekmektedir¹⁰⁷⁹.

Çocuklar açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, çocukların henüz mümeyyiz olmamaları, dolayısıyla tıbbi müdahale sürecine ilişkin aydınlatmayı anlayacak kapasitede olmamaları, çocukların self determinasyon haklarına belli bir oranda müdahale edileceği anlamına gelmektedir¹⁰⁸⁰. Zira çocukların ayırtım gücünün olmaması, aynı zamanda çocukların korunması gerektiği anlamına gelmektedir¹⁰⁸¹. Öğretiye göre, ayırt etme gücü hiç gelişmemiş ya da az gelişmiş çocukların, her ne kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa da tıbbi müdahaleye onam veremeyeceği kabul edilmektedir¹⁰⁸².

Değinilmesi gereken diğer bir grup ise yetişkin çocuklardır. Yetişkin çocuklar on beş yaşından büyük, on sekiz yaşından küçük çocukları kapsamaktadır¹⁰⁸³. Diğer bir görüşe göre de önemli olan yaş değil olgunluk seviyesidir¹⁰⁸⁴. SERT'e göre küçüğün ayırt etme gücünün olması halinde sadece ayırt etme gücü olan küçükten onam alınması yeterlidir¹⁰⁸⁵. Bununla birlikte yazar, rizikonun ağırlaştığı tedavilerde onamın küçüğün

1077 Boran, s. 90.

1078 Boran, s. 91; Hakeri, Cilt-I, s. 460.

1079 Hakeri, Cilt-I, s. 461.

1080 Boran, s. 87.

1081 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 125.

1082 Şenocak, Küçük, s. 73.

1083 Hancı, s. 70-71.

1084 Hakeri, Cilt-I, s. 452.

1085 Sert, s. 207.

kanuni temsilcilerinden alınabileceğinin tartışılabilirliğini belirtmektedir¹⁰⁸⁶. Buna karşın diğer bir görüşte ise küçük ayırt etme gücüne sahip olsa da hem küçükten hem de veli ya da vasisinden onam alınması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁸⁷. Bu görüşün temelinde, TMK m. 16/1'de yer alan, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında küçüklerin yasal temsilcilerinden izin ya da icazet almadan haklarını kullanabileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır¹⁰⁸⁸. ŞENOCAK, çocuğun bir kez yeterli olgunluğa eriştikten sonrasında, çocuğun iradesini tekrardan ana ve babaya vermenin velayetin ruhuna aykırı olduğu, çocuğun artık bu denli korunmaya ihtiyacının olmadığını belirtmektedir¹⁰⁸⁹. Diğer bir görüşte ise tıbbi müdahalenin önemine göre çocuğun tedavi üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği savunulmaktadır¹⁰⁹⁰. Kanaatimizce, tıbbi müdahale öncesinde, yaşı fark etmeksizin çocukların velileri veya vasilerinden onam alınması gerekmektedir. Çünkü her ne kadar olgunlaşmış olsa da halen çocuk olan bir kişinin yeterince olgunlaşıp olgunlaşmadığının kestirilmesi oldukça güçtür. Zira çocuklar her kadar güzel yetiştirilseler de belli bir hayat tecrübesinden yoksun oldukları açıktır. Bunun sonucunda, günlük yaşamda çocukların hata yapmaları ve hatalarından ders çıkararak bir şeyler öğrenmeleri her ne kadar doğal bir süreç olsa da tıbbi müdahale hususunda yapılacak bir hatanın da telafisi mümkün olmayabilir. Bu yüzden küçüklerin menfaati açısından, tıbbi müdahaleye onam verme hususunda son karar merciinin çocuğun ebevenyeleri olması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte belli bir olgunluğa erişen çocukların aydınlatma ve onam sürecine, veli ya da vasilerinin yanında olabildiğince aktif şekilde katılması gerektiği düşüncesindeyiz. Ayrıca çocuk, onam sürecine aktif olarak katılmasa dahi, tıbbi

1086 Sert, s. 208.

1087 Şenocak, Küçük, s. 73; Özcanoğlu Görkey, s. 66.

1088 Şenocak, Küçük, s. 73.

1089 Şenocak, Küçük, s. 76.

1090 Boran, s. 92.

müdahale sürecine ilişkin aydınlatma sürecine katılmalı ve yaşayabileceği ihtimaller hakkında bilgi sahibi olmalıdır.

İstisnai de olsa çocuğun velisinin ya da vasisinin tıbbi müdahaleye izin vermemesi, kötü niyetten de kaynaklanıyor olabilir. Bu durumda küçüğün korunmasının hekimin görevinde olduğu düşüncesindeyiz. Öğretiye göre veli ya da vasinin, zorunlu bir müdahaleye izin vermemeleri halinde hekimin mahkemeye başvurması ve alınan karar doğrultusunda tıbbi müdahale başlaması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁹¹. Burada hakkın kötüye kullanımının mevcut olduğu söylenebilir¹⁰⁹². Ayrıca hekim, kötü niyetli veli ya da vasileri vesayet makamına bildirebilir¹⁰⁹³. Çocuğun vefatı halinde de müdahaleye izin vermeyen ebeveynler hakkında suç duyurusunda bulunulmalıdır¹⁰⁹⁴.

c. Diğer Kısıtlılarda ve Onam Verme Kabiliyeti Bulunmayanlarda Ehliyet

Tıbbi müdahalede bulunulması gereken küçükler dışında, uygun şekilde onam veremeyecek başka gruplarda bulunmaktadır. Küçükler dışında diğer kısıtlılara yapılacak müdahalelerde de kanuni temsilcisinden onam alınması gerektiği düzenlenmektedir¹⁰⁹⁵. Bununla birlikte hasta, belirli bir kişiyi onam için yetkilendirmişse, onam bu kişiden alınmalıdır¹⁰⁹⁶. GÖKCAN'a göre onam verme kabiliyeti bulunmayan kısıtlılar, iradesini ortaya koyma kabiliyetinden yoksun olan kısıtlılardır¹⁰⁹⁷. Bununla birlikte kısıtlıların, aydınlatılma sürecine mümkün olduğu kadar katılmaları gerektiği de

1091 Boran, s.91; Hancı, s. 71; Şenocak, Hekim, s. 40.

1092 Abik, Yıldız, Yoğun Bakımda Bilinci Kapalı Hasta Açısından Hekimin Onam Alma Yükümlülüğü, 3. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Cilt-II, Ankara, 2020, s. 189.

1093 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 127.

1094 Hancı, s. 71.

1095 Gökcan, s. 322; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 126.

1096 Hakeri, Cilt-I, s. 448.

1097 Gökcan, s. 321.

unutulmamalıdır¹⁰⁹⁸. Ayrıca ayırt etme gücü bulunmayanlardan onam alınmasına ilişkin sürecin işletilebilmesi için, hastanın ayırt etme gücünün bulunmadığının da ispatlanması gerekmektedir¹⁰⁹⁹. Mahkeme, hastanın ayırt etme gücü bulunup bulunmadığının tespiti için bilirkişi yoluna başvurursa da bilirkişi raporu mahkeme için bağlayıcı değildir¹¹⁰⁰. Ancak mahkeme, niçin bilirkişi raporunun zıddına bir karar verildiğini de açıklamalıdır.

İlk olarak bilinci kapalı hastalara değinilmesi gerekmektedir. ABİK'e göre bilinci tamamen kapalı olan hastalara ilişkin aydınlatılmış onam alınırken, küçüklere yönelik süreç işletilmelidir¹¹⁰¹. Bu durumda hastanın bilincinin kapalı olması halinde onam, hastanın yakınlarından alınır¹¹⁰². Örneğin geçirdiği bir kaza sonrası, bilinci kapalı şekilde hastaneye getirilen hastanın, tedaviye ilişkin iradesini gösterebilmesi fiilen mümkün değildir. Bu kişilere acilen müdahale yapılması gerekiyorsa, kanuni temsilcileri veya yakınlarının zaten onam vermemesi söz konusu olamamaktadır¹¹⁰³. Ancak bilinç kaybına ilişkin anılan sürecin işletilebilmesi için, bilinç kaybının sürekli olması gerekmektedir¹¹⁰⁴. Aksi durumda hastanın bilinci geri gelmeyecek olsa dahi, acil bir durum söz konusu olmadığından tıbbi müdahalenin seyri hususunda mahkemeye başvurulabilmesi mümkün olacaktır¹¹⁰⁵. Öğretiye göre aksi durumda, hasta yakınlarının hasta adına onam vermesi mümkün olmayacaktır¹¹⁰⁶. Bilinci kapalı hastaların bilinçleri ani bir olay sonucu kapanabileceği gibi önceden öngörülen bir durum nedeniyle de kapanması mümkündür. Örneğin büyük bir ameliyata girmeden evvel kişinin bilincinin kapanacağı bellidir. Bu gibi

1098 Gökcan, s. 323.

1099 Abik, Yoğun Bakım, s. 183.

1100 Abik, Yoğun Bakım, s. 184.

1101 Abik, Yoğun Bakım, s. 186.

1102 Boran, s. 92; Özcanoğlu Görkey, s. 67.

1103 Hakeri, Cilt-1, s. 481.

1104 Gökcan, s. 318.

1105 Hakeri, Cilt-1, s. 482.

1106 Abik, Yoğun Bakım, s. 190.

durumlarda hasta, bilinci kapanmadan evvel güvendiği birini kendisine vekil olarak atamış olabilir. İşte bu gibi durumlarda onam, bilinci kapalı hasta tarafından yetkilendirilen kişiden alınmalıdır¹¹⁰⁷. Diğer bir grup ise ayırt etme gücü hiç bulunmayan yetişkinlerdir. Bu durumda onam hastanın kanuni temsilcisinden alınacaktır¹¹⁰⁸. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, kişilerin fiil ehliyetindeki herhangi bir sınırlamanın değil, teşhis ve tedavi sürecini anlama ve bu konuda karar verme kabiliyetinin bulunmaması halinde hasta dışında üçüncü bir kişiden onam alınabileceğidir. Örneğin hapisanede hükümlü olan biri tek başına dava açamasa da kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleyi anlayıp onam vermesi mümkündür¹¹⁰⁹.

Hukukumuzda öngörülen bu düzenlemelerin, tıbbi müdahaleye ilişkin temel anlayışlarla doğrudan ilişkisi bulunmaktadır. Paternalist bir anlayışın kabul edilmesi halinde, bilinci kapalı hastalarda tedavi süreci tamamıyla hekimin eline bırakılacaktır¹¹¹⁰. Ancak hukukumuzda, hastanın üstün menfaati gözetilmek koşuluyla ve kişilik haklarının korunması amacıyla, hasta hakkında karar hakkı hasta yakınlarına bırakılmaktadır¹¹¹¹. Bunun dışında kişilerin ergin olsalar dahi sonradan temyiz kudretlerini de kaybetmeleri mümkündür. Bu gibi durumlarda ise onam bakımından, tam ehliyetsizler hakkında küçükler için uygulanan usul geçerli olacaktır¹¹¹².

1107 Hakeri, Cilt-1, s. 388.

1108 Hakeri, Cilt-1, s. 446.

1109 Hakeri, Cilt-1, s. 446.

1110 Boran, s. 92.

1111 Abik, Yoğun Bakım, s. 188.

1112 Boran, s. 92.

F. Onamın Gerekmediği Haller

a. Genel Olarak

Anayasa'nın 17. maddesinde, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı düzenlenmektedir. Düzenlemede, onam alınmadan kişiye müdahale de bulunulmasının, ancak kanunda yer verilen sınırlamalarla mümkün olacağı düzenlenmektedir. Öğretiye göre, kişiden onam alınması zorunlu olmasa dahi, kişiye yapılacak müdahale hakkında kişinin aydınlatılması gerekmektedir¹¹¹³.

b. Kamu Sağlığının Korunması Amacıyla Önlem Alınması Gereken durumlar

Kamu sağlığının korunması amacıyla, mevzuatımızda tıbbi müdahalelerin zorunlu kılındığı durumlar bulunmaktadır. Evlilik, çocukların sağlığının korunmasına ilişkin düzenlemelerden sürücü ehliyetinin alımı gibi birçok alanda tıbbi müdahaleler zorunludur. Salgın hastalıklara ilişkin tedbirler, konunun önemi nedeniyle ayrıca incelenecektir.

Evlilik öncesinde, çiftlerin alması gereken sağlık raporları mevcuttur. İlk olarak TMK m. 133 uyarınca, evlenmek isteyen akıl hastalarının, evlenmelerinde sakınca bulunmadığına dair sağlık kurulu raporu almaları gerekmektedir. TMK m. 136'da ise, evlenmek isteyen çiftlerin, evlenmeye engel hastalıklarının bulunmadığı gösterir sağlık raporu almaları gerektiği düzenlenmektedir. Burada, tıbbi müdahalenin uygulanmasının zorunluluğu yoktur ancak kişiyi tıbbi müdahaleye zorlayıcı bir durum söz konusudur¹¹¹⁴.

1113 Subaşı, s. 82.

1114 Badur, s. 250.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 123. maddesinde sayılan hastalıklara sahip olanların ise evlenmelerinin yasak olduğu düzenlenmektedir. Kanun koyucu burada, cinsel yoldan yayılan hastalıkların daha da fazla yayılmasını engellemeyi ve kişilerin sağlığını korumayı amaçladığı açıktır. Ancak anılan düzenlemede sayılan hastalıkların tedavi edildiğine ilişkin sağlık raporu alınması halinde bu kişilerin evlenmelerine müsaade edilebilir. Diğer bir deyişle kanun koyucu cinsel hastalığa sahip birinin evlenebilmesini, şayet tedavi edilmez ise sürekli olarak engellemektedir¹¹¹⁵.

Kamu sağlığının korunması açısından önleyici bir diğer müdahale ise çocuklardan topuk kanı alınmasıdır¹¹¹⁶. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. fıkrasının 1. fıkrasının (I) bendi uyarınca, yeni doğanların metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirileceği düzenlenmektedir. Çocuklardan topuk kanı alınması, son yıllarda önemi ve kamuoyundaki farkındalığı artan müdahalelerden biridir¹¹¹⁷.

Diğer bir tıbbi müdahale zorunluluğu ise ülkeye girişlerde öngörülmektedir¹¹¹⁸. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 49. maddesinde limanlardan yayılabilecek hastalıklara karşı alınacak tedbirler, 54. maddesinde kara sınırları için alınacak tedbirler, 56. maddesinde ise hava nakillerinde öngörülebilecek olan tedbirlere yer verilmektedir.

Son olarak hükümlülerin zorunlu tedaviye tabi tutulması mümkündür. Bu husus 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre açlık veya ölüm orucuna başlayan hükümlülerin, hayati

1115 Badur, s. 249.

1116 Hakeri, Cilt-I, s. 512.

1117 <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/topuk-kani-her-yil-5-bin-bebegi-koruyor/1966260>.

1118 Hakeri, Cilt-I, s. 513.

tehlike yaşamaları halinde rızaları aranmaksızın mümkünde ceza infaz kurumunda, mümkün değilse hastanede tedavi altına alınmaları mümkündür. Burada hükümlülerin geçirdiği her bir hastalıktan ziyade açık grevi ve ölüm orucuna yönelik olarak zorla müdahale imkânı sunulmaktadır¹¹¹⁹. Açıklanan hususa ilişkin öğretilerde bir eleştiri bulunmaktadır. Öğretilere göre Biyotıp Sözleşmesi uyarınca kişilere onamları dışında herhangi bir müdahalede bulunulamazken, 5275 sayılı Kanun'un anılan düzenlemesi uyarınca mahkumlara istisnai bir durumda da olsa iradeleri dışında tıbbi müdahale uygulanması söz konusudur¹¹²⁰. Biyotıp Sözleşmesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir düzenleme olduğundan, kanun niteliğinde olsa da 5275 sayılı Kanun'a kıyasla normlar hiyerarşisinde önceliklidir¹¹²¹. Bu görüşe göre açlık grevi ve ölüm orucu hali olsa dahi kişilerin rızasına aykırı olarak tıbbi müdahale de bulunulamayacağı ileri sürülmektedir.

c. Ceza Yargılamasından Doğan Haller

Ceza yargılaması sırasında ortaya çıkan kimi durumlarda, suç şüphelisine tıbbi müdahalede bulunulması gerekebilir. İlk olarak Biyotıp Sözleşmesi'nin 26. maddesinde, Sözleşmede yer alan hakların kullanımının ne şekilde kısıtlanabileceği öngörülmektedir¹¹²². Buna göre suçun önlenmesi ve kamu güvenliği için kişilerin self determinasyon hakkına sınırlama konulabilse de bu sınırlamaların, kanunda belirtilmesi ve demokratik toplumun gereklerine uygun olması gerekmektedir. Buradaki meşru amaç

1119 Feyzioğlu, Metin, Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, Ankara, 2008, s. 314.

1120 Aydın, Aslı, Açlık Grevlerine Yapılan Tıbbi Müdahaleler ve Türk Ceza Hukuk Açısından Bir Değerlendirme, IV. Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2018, s. 202.

1121 Aydın, s. 202.

1122 "Bu Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için kanunda belirtilen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında kısıtlama konulamaz."

ise, ceza yargılamasının sonunda maddi gerçeğe ulaşmaktır¹¹²³. Bununla birlikte öğretide, maddi gerçeğe ulaşmanın yanında, kişinin onuru ve temel haklarının da korunması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹²⁴. HHY m. 22/2 uyarınca, bir suçla ilişkin delillerin, sanığın ya da mağdurun vücudunda saklandığına ilişkin şüphe varsa, hâkim kararıyla tıbbi müdahalede bulunulabilir¹¹²⁵. Örneğin sınır kapısından midesinde uyuşturucu paketleriyle geçtiği düşünülen bir şüphelinin yakalanması halinde, suçla ilişkin delillerin elde edilebilmesi için, şüphelinin ameliyat edilmesi mümkün olacaktır¹¹²⁶. Anılan hükmün 3. fıkrasında ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı kararıyla da tıbbi müdahalede bulunulabileceği düzenlenmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, her ne kadar suç şüphelinin onamı alınmadan kendisine tıbbi müdahale de bulunulabiliyor olsa da bu müdahale ancak hâkim ya da cumhuriyet savcısı kararıyla yapılabilir¹¹²⁷. HAKERİ'ye göre delil elde edilmesine yönelik her durumda, onam alınmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması mümkün değildir¹¹²⁸. Yazarın bizim de katıldığımız görüşüne göre, onam alınmaksızın delil elde etme amacıyla tıbbi müdahale yapılabilecek hallerin açıkça düzenlenmesi gerekmektedir¹¹²⁹. Zira burada genel kuralın dışında, özel bir durum yani bir istisna öngörülmektedir. Delil elde etme amacıyla her durumda onam alınmaksızın müdahale mümkün olması, istisnanın kural olarak kabul edilmesi anlamına gelecektir. Bu durum ise kişilerin self determinasyon hakkının ihlali

1123 Gökcan, s. 407; Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. baskı, Ankara, 2017, s. 254.

1124 Doğramacı, Yakup Gökhan/Erkol, Zehra Zerrin, Ceza Yargılamasında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasında Kişinin Rızanın Olmaması Durumu, II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2015, s. 176.

1125 *"Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hâkimin kararına bağlıdır."*

1126 Benzer yönde olay <https://www.ntv.com.tr/galeri/turkiye/midesinden-1-8-kilogram-kokain-cikti,d7cAh18ork2dZVix6hDxIA/HQqc1loM7EmOy1NXe-09BA>.

1127 Badur, s. 308; Öztürk, s. 357.

1128 Hakeri, Cilt-I, s. 530.

1129 Hakeri, Cilt-I, s. 531.

anlamına gelecektir. GÖKCAN, vücut muayenesi ve vücuttan örnek alınabilmesi için, bu yönde bir müdahalenin soruşturmanın seyri açısından zorunlu ve gerekli olması gerektiğini belirtmektedir¹¹³⁰. Aksine bir durumun Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ilkesine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacağı belirtilmektedir¹¹³¹.

Ceza yargılaması kapsamında vücuttan örnek alınmasına ilişkin düzenlemeler, CMK'da yer almaktadır. CMK m. 75 ve 76, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin temel düzenleme görevindedir¹¹³². İlk olarak CMK m. 75'te şüpheliye yapılacak beden muayenesi ve şüphelinin vücudundan örnek alınmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır¹¹³³. Şüphelinden örnek alınması kural olarak hâkim veya mahkeme kararıyla mümkündür¹¹³⁴. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, cumhuriyet savcısı da örnek alınmasına karar verebilir. Anılan maddenin 5. fıkrasında, üst sınırı iki yıldan az hapis cezası gerektiren suçlarda iç beden muayenesi

1130 Gökcan, s. 407.

1131 Gökcan, s. 407.

1132 Doğramacı/Erkol, s. 175.

1133 “Şüpheli veya Sanığın ve Vücudundan Örnek Alınması-Madde 75

Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz.

Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.”

1134 Öztürk, s. 255.

yapılamayacağı, kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerin alınamayacağı düzenlenmektedir. Burada kanun koyucunun, belli bir ağırlığın altındaki suçlarda, kişinin self determinasyon hakkını daha ön planda tuttuğu söylenebilir. Ancak şüpheli ve sanıklara yönelik beden muayeneleri, muayene yapılacak diğer kişilere kıyasla daha kolaydır¹¹³⁵.

Şüphelilerin beden muayenesine ilişkin değinilmesi gereken diğer bir husus ise anüs bölgesi ile genital bölgede yapılacak aramalardır. Bu bölgelerde yapılacak aramalar vücut bütünlüğünün ihlali niteliği taşıdığından, iç beden muayenesi olarak kabul edilmektedir¹¹³⁶. Bu bölgelerde yapılacak aramaların CMK m. 75'e tabi olacağı söylenebilir¹¹³⁷. Bununla birlikte beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın, kişilere zarar vermemesi gerektiği düzenlenmektedir. GÖKCAN'a göre bu tehlikenin ciddi ve kuvvetle muhtemel olması gerekmektedir¹¹³⁸. Aksine bir düzenlemenin, Biyotıp Sözleşmesi'nde öngörülen sınırlandırmanın sınırlarına aykırı olacağı söylenebilir.

Ceza yargılaması sırasında, delil toplamak amacıyla vücudundan örnek alınacak kişi mağdur da olabilir. Mağdura ilişkin düzenleme ise CMK m. 76'da yer almaktadır¹¹³⁹.

1135 Öztürk, s. 357.

1136 Gökcan, s. 402.

1137 Gökcan, s. 402.

1138 Gökcan, s. 405.

1139 **“Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması-Madde 76**

Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Şüpheliden örnek almaya benzer bir düzenleme söz konusu olsa da burada onam bakımından farklı bir husus bulunmaktadır. Mağdur şayet kendisinin muayene edilmesine veya kendisinden örnek alınmasına onam verirse, anılan kanuni düzenlemenin 1. fıkrasındaki usulü işletmeye gerek bulunmamaktadır¹¹⁴⁰. Burada her ne kadar mağdurun onamı alınmaksızın vücut muayenesi ve vücuttan örnek alınması usulü düzenlenmişse de kanun koyucu onamın varlığını da bir istisna olarak düzenlemektedir. Mağdur yönünden muayene ve örnek almanın, şüpheliden farklı olarak cerrahi müdahaleyi kapsamaması gerektiği düzenlenmektedir¹¹⁴¹. Anılan düzenlemenin 3. fıkrasında, soy bağının tespitinde 1. fıkrada öngörülen usulün işletilebileceği düzenlenmektedir. CMK m. 78 ve 79'da ise soy bağının tespitinde, moleküler incelemesinin zorunlu olması halinde hâkim kararıyla moleküler inceleme yapılabileceği düzenlenmektedir. Ayrıca CMK m. 75/4'te tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı halinde, muayeneden ya da vücuttan örnek alınmasından kaçınılabileceği düzenlenmektedir. Çocuklar ve akıl hastalarının kaçınabilmesi ise yasal temsilcinin kararına bırakılmaktadır. Ancak yasal temsilci şüpheli veya sanık ise bu durumda kaçınmaya hâkimin kararı vereceği düzenlenmektedir.

Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.”

1140 Gökcan, s. 403.

1141 Gökcan, s. 403.

Akıl hastalarına yönelik olarak ceza kanunlarında da düzenlemeler bulunmaktadır. İlk olarak TCK m. 32’de; “Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.” düzenlemesine yer verilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 74. maddesinde, suç niteliğindeki fiili işlediği yönünde kuvvetli şüpheler bulunan kişinin, akıl hastası olma ihtimaline karşı, resmi bir sağlık kuruluşunda gözlem altına alınmasına karar verilebilir¹¹⁴². Bu işlemin niteliği ise koruma tedbiridir¹¹⁴³. Fiili işleyenin akıl hastası olduğunun tespiti halinde TCK m. 57 yani akıl hastaları için öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanacaktır¹¹⁴⁴. Anılan güvenlik tedbirleri nitelik olarak

1142 “**Gözlem Altına Alma-Madde 74**

Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir.

Şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafii görevlendirilir.

Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmî sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir; ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez.

Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur.”

1143 Gökcan, s. 401.

1144 “**Akıl hastalarına Yönelik Güvenlik Tedbirleri-Madde 57**

Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.

Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine infaz hâkimi kararıyla serbest bırakılabilir.

Sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise, bunun süre ve aralıkları belirtilir.

Tıbbi kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet savcılığınca bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır.

tıbbi müdahaledirler ve bu tedbirlerin uygulanmasında, akıl hastasından ya da akıl hastasının kanuni temsilcilerinden herhangi bir onam alınmayacaktır¹¹⁴⁵. Düşüncemizi belirtmek gerekirse düzenlemeler incelendiğinde yine akıl hastasının tehlike arz etmesi halinde, kendisine zorla müdahale de bulunulabileceği söylenebilir. TMK'daki düzenlemelerden farklı olarak, burada akıl hastasının tehlikeli hususu artık fiiliyata dökmesi aranmaktadır. Ancak kanun koyucunun, onam alınmadan akıl hastalarına tıbbi müdahalede bulunulabilmesinde, kamu güvenliği ve kamu sağlığını gözetlediği söylenebilir.

Ceza yargılaması sırasında, kendilerine onam alınmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilecek diğer bir grup ise bağımlılardır. Bağımlılara ilişkin düzenleme, TCK m. 57/7'de yer almaktadır¹¹⁴⁶. Düzenlemeye göre, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı nedeniyle bağımlılıklarından kurtuluncaya kadar tedaviye devam edilmektedir. Burada, bağımlıların kamu güvenliği ve kamu sağlığı açısından oluşturduğu tehlikeye karşı bir önlem alındığı söylenebilir. Diğer bir deyişle kamu güvenliği ve kamu sağlığı, kişinin self determinasyon hakkının üzerinde görülmektedir.

Tıbbi kontrol ve takipte, kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, infaz hâkimliğince yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Bu durumda, bir ve devamı fıkralarda belirlenen işlemler tekrarlanır.⁽¹⁴⁾

İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, infaz hâkimi kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.”

1145 Badur, s. 309.

1146 *“Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir.”*

Son olarak fuhşa sürüklenenler bakımından bir düzenleme yer almaktadır. TCK m. 227/8'de; *“Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir”* düzenlemesine yer verilmektedir. Öğretide üzerinde durulan husus, bu düzenlemenin aslında suçun mağduruna yönelik olduğudur¹¹⁴⁷. Öğretide, fuhşa sürüklenen mağdurun tedavi ve psikolojik terapiye tabi tutulmasının, mağdurun onamına tabi tutulması gerektiği savunulmaktadır¹¹⁴⁸.

d. Acil Müdahale Gereken Haller

Acil müdahaleler, hastaların çok ciddi hayati tehlike altında bulunduğu hallerde yapılan müdahalelerdir¹¹⁴⁹. Acil durumlarda yapılan müdahaleyi ilk yardım uygulamaların arasındaki fark; acil müdahalelerin acil polikliniği ya da acil servisi tarafından yürütülürken, ilk yardım uygulamasını ilk eğitimi alan ve o an orda bulunan herhangi birinin yapabilmesidir¹¹⁵⁰. Acil durumlarda müdahale uygulamaları Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 14. maddesinde düzenlenmektedir. Burada bir uzmanlaşma durumu söz konusu olsa da acil servisin bulunmadığı durumlarda nöbetçi hekim acil müdahalelerde bulunmakla yükümlüdür. Ancak herhangi bir hekim bulunmuyor ise tıbbi eğitimi bulunmayan kişilerde acil müdahalede bulunabilir¹¹⁵¹. Acil durumlarda müdahaleye ilişkin diğer bir düzenleme ise Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer almaktadır. Buna göre hastanın onamı alınamadığı durumlarda hekim gereken müdahaleyi derhal yerine getirmelidir.

1147 Hakeri, Cilt-II, s. 530; Subaşı, s. 89.

1148 Badur, s. 311.

1149 Hakeri, Cilt-II, s. 983; Tacir, s. 173.

1150 Hakeri, Cilt-II, s. 984.

1151 Hakeri, Cilt-II, s. 984.

Acil müdahalelerin, tıbbi müdahale olma niteliği değişmemekte yani müdahale için endikasyon şartı devam etmektedir¹¹⁵². Ancak acil müdahalelerde hukuka uygun şartları daha yumuşak değerlendirilmektedir. Burada asıl özen gösterilen husus kişinin hayatını kurtarmaktır. Kural olarak hastaların aydınlatılmış onamı alınmadan tedavi uygulanması mümkün olmasa da mevzuatta birtakım istisnalar öngörülmektedir. İlk olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5/d. maddesinde tıbbi zorunluluk bulunması halinde rıza alınmadan müdahale yapılabileceği belirtilmektedir. Anılan Yönetmeliği'n 24. maddesi ise duruma ilişkin detaylı düzenlemeler içermektedir¹¹⁵³. Öğretiye göre durumun aciliyeti ile aydınlatma sorumluluğu ters orantılıdır¹¹⁵⁴. Durumun aciliyetine göre aydınlatma yükümlülüğü azalacağı gibi hiç olmayabilir¹¹⁵⁵. Zira bir trafik kazası sonrası apar topar ameliyathaneye kaldırılan bir hastanın tedavisine ilişkin aydınlatılmış onamın alınıp alınmadığı ne akla gelecektir ne de o an için önem arz edecektir. Acil durumdaki istisnanın kaynağı, hastadan onam alınmasının fiilen imkânsız olmasıdır¹¹⁵⁶. Acil durumlarda temel odak hayatta kalmaktadır. Acil müdahalelerde aydınlatmaya benzer şekilde rızanın alınmasında da belli istisnalar mevcuttur, zira tedavi görecektir olan hastanın bilincinin kapalı olma ihtimalide mevcuttur. Öğretiye göre acil müdahalelerde rızanın alınmaması da mümkündür¹¹⁵⁷. Rıza alınmadan tedavinin ön şartı acil duruma

1152 Gökcan, s. 392; Hakeri, Cilt-II, s. 985.

1153 "**Hastanın Rızası ve İzin-Madde 5**

...

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

1154 Demir, hekim, s.241; Hakeri, Cilt-II, s. 985; Çamcı, s. 362.

1155 Çelik/Pakiş s. 193; Hakeri, Cilt-II, s. 985; Kangal, s. 237; Subaşı, s. 65.

1156 Tacir, s. 173.

1157 Badur, s. 237; Boran, s. 91; Hakeri, Cilt-II, s. 985;

hekimin bizzat neden olmamasıdır¹¹⁵⁸. Ancak bu durum hastanın rızasının hiçbir önemi olmadığı anlamına gelmemektedir. Hekimin buradaki ilk yükümlülüğü hastanın rızasının ne olduğuna ilişkin bir araştırma yapmaktır¹¹⁵⁹. İlk olarak hastayla birlikte gelen yakınının ifadesine başvurulabilir¹¹⁶⁰. Öğretide savunulan bir görüşe göre hastanın bilincinin kapalı olması durumunda yakınlarının verdikleri onama göre tedavi uygulanmalıdır¹¹⁶¹. Hastanın herhangi bir yakını olmasa da acil durum nedeniyle hastayı sağlık kuruluşuna getiren kişilere de hastanın iradesi hakkında danışılabilir¹¹⁶². Zira hastanın bilinci açıkken konuştuğu son kişinin, kendisini sağlık kuruluşuna yetiştiren kişinin olması muhtemeldir. Hastanın yakınlarının durumdan haberdar olmamaları halinde derhal kendilerine haber verilmeli ve mümkünse rıza araştırması yapılmalıdır¹¹⁶³. HAKERİ'ye göre acil durumlarda hastanın yakınlarının tedaviye rıza göstermemesi geçerli kabul edilmemeli ve hekim tedaviye başlamalıdır¹¹⁶⁴. Öğretideki diğer bir görüşe göre de çocuklara yönelik acil müdahalelerde, ebeveynlerin tedaviyi reddetmesi durumunda, ebeveynlerin rızasına bakılmadan tedavi uygulanmalıdır¹¹⁶⁵. Ancak sayılan her bir durumda halen rızanın tespiti mümkün olmayabilir. Bu durumda hekim hastanın varsayılan onamına uygun olarak müdahaleyi gerçekleştirmelidir¹¹⁶⁶. Müdahalenin aciliyeti bitmesi halinde ise hastanın rızası tespit edildikten ve onamı alındıktan sonra müdahaleye devam edilmelidir¹¹⁶⁷. Son olarak hastanın ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması varsayılan onam için herhangi bir önem arz etmemektedir¹¹⁶⁸. Zira ayırt etme gücü bulunmayan

1158 Subaşı, s. 65.

1159 Çamcı, s. 369; Hakeri, Cilt-II, s. 986; Subaşı, s. 95.

1160 Subaşı, s. 65; Tacir, s. 174.

1161 Özcanoğlu Görkey, s. 67.

1162 Subaşı, s. 65.

1163 Subaşı, s. 65.

1164 Hakeri, Cilt-II, s. 986.

1165 Çamcı, s. 366.

1166 Badur, s. 239.

1167 Badur, s. 240; Subaşı, s. 65.

1168 Badur, s. 241.

kişilerin tedaviye ilişkin onamları kanuni temsilcilerinden alındığından ve varsayılan onamın uygulanmasının sebebi zaten hastanın kanuni temsilcilerine ulaşamaması olduğundan, hastanın ayırt etme gücünün varlığı herhangi bir önem arz etmemektedir.

Acil müdahale sağlık kuruluşu dışında da uygulanıyor olabilir. Örneğin kaza mahallinden geçen bir hekim, yaralıya acil müdahalede bulunabilir. Bu gibi durumlar öğretilde caiz vekaletsiz iş görme olarak kabul edilmektedir¹¹⁶⁹. Ayrıca durumun bu denli acil olduğu durumlarda rıza araştırması yapılmasının çok da mümkün olduğu söylenemez, zira hastanın rızasının ne olduğunun sorgulanması bile tedavi gecikmesine dolayısıyla da hastanın hayatını kaybetmesiyle sonuçlanabilir.

e. Müdahale Sırasında Yeni Bir Durumun Ortaya Çıkması

Devam eden bir operasyon sırasında hastanın mevcut durumunun ağırlaşması ya da yeni bir durumun ortaya çıkması da acil müdahalenin gerektiği durumlardandır¹¹⁷⁰. Bu gibi durumlarda yeni bir müdahale yapılmasının gerekli olması, diğer bir deyişle müdahalede hiç bulunulmaması halinde çok ağır sonuçların ortaya çıkacak olması durumunda müdahale genişletilebilir¹¹⁷¹. Operasyon sırasında onam alınmadan tedavi yapılabilmesi için, hekimin ameliyat öncesinde hastadan müdahalenin genişleyebileceği yönünde aydınlatılmış onam alması gerekmektedir¹¹⁷². Hastanın müdahalenin genişletilmesine ilişkin onam vermesi halinde, onam metninde yer almayan bir müdahalede bulunulması mümkündür¹¹⁷³. Hasta gelişen yeni durumlara ilişkin onam

1169 Badur, s. 244; Subaşı, s. 65; Öztürkler, s. 75.

1170 Badur, s. 237.

1171 Teyin, Aslıhan/Çınarlı, Serkan, İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumunda, Tıbbi Müdahale Öncesinde Hastanın Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü Karşısında Müdahalenin Genişletilmesi Uygulamasının Tartışılması, II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2015, s. 151.

1172 Badur, s. 237; Kangal, s. 235; Subaşı, s. 66.

1173 Teyin/Çınarlı, s. 160.

vermemiş ise bu durumda hekim tarafından yeni duruma ilişkin herhangi bir müdahale gerçekleştirilemeyecektir¹¹⁷⁴. Bir diğer durumda müdahalenin aciliyet gerektiriyor olmasıdır. Aciliyet gerekmeyen durumlarda hastanın bilinci yerine geldikten ve kendisinden onam alındıktan sonra ancak tedaviye devam edilebilir¹¹⁷⁵. Hastanın bilincinin kapalı olduğu zaman dilimi için bir temsilci ataması da mümkündür¹¹⁷⁶. Bu durumda hekim, operasyon sırasında ortaya çıkan ve aciliyet gerektiren yeni durumlara yönelik genişletme yapmadan evvel hastanın temsilcisine danışmalı ve ondan onam almalıdır¹¹⁷⁷. Ancak devam eden bir ameliyatın yarıda kesilerek hastanın yakınlarına danışılmasının dahi hastanın hayatını tehlikeye sokma ihtimali bulunuyorsa, hekim tedaviye devam etmekle yükümlüdür¹¹⁷⁸. Konuya ilişkin olarak Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesinde, hastanın önceden açıkladığı isteklerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Tüm araştırmalara rağmen hastanın gerçek iradesi tespit edilemediği takdirde varsayılan onama göre hareket edilmesi gerekmektedir¹¹⁷⁹. Bu durum HHY m. 31/4'te düzenlenmektedir¹¹⁸⁰.

Müdahale sırasında yeni bir durum, mevcut durumun ağırlaşması ya da beklenmeyen yeni bir durumun ortaya çıkması şeklinde yaşanabilir. Burada hekim müdahalenin niteliğine ve ağırlığına göre mümkünse müdahale de bulunmamalı ve

1174 Kangal, s. 235.

1175 Badur, s. 240; Subaşı, s. 65.

1176 Subaşı, s. 66.

1177 Badur, s. 238.

1178 Çamcı, s. 365.

1179 Subaşı, s. 96.

1180 **"Rızanın Kapsamı ve Aranmayacağı Haller-Madde 31**

...

Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir."

onam alınana kadar sabretmelidir¹¹⁸¹. Genişletilmiş müdahalenin tespit edilen duruma ve önceden yapılan operasyona da uyumlu olması gerekmektedir¹¹⁸². Müdahale sırasında örneğin doğum sırasında yaşanan acil bir durum nedeniyle hastanın rahminin alınması durumu gerçekleştirilen müdahale kapsamındadır ve beklenebilir. Bunun dışında hasta ameliyat edilirken bir tümör keşfedilmesi ise tamamen beklenmedik bir durumdur ve bu gibi durumlarda onam için beklemek, müdahalenin gerçekleştirilmesinden daha yüksek risk barındırıyor ise hekim müdahaleyi gerçekleştirmelidir¹¹⁸³. Hekim bu gibi durumlarda belli bir önem arz eden organları almaktan imtina etmeli, mümkünse hastadan onam almayı beklemelidir¹¹⁸⁴.

f. Akıl Hastalarına Yönelik Müdahaleler

Öğretiye göre, akıl hastalığının denetimi amacıyla yapılan gözlemler ve kişi üzerindeki denetimler, nitelik olarak tıbbi müdahaledir¹¹⁸⁵. Bu durumda, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gereken şartlar, akıl hastalarına yönelik müdahalelerde de aranacaktır. Akıl hastalarına yönelik temel düzenlemelere Biyotıp Sözleşmesi'nde rastlanılmaktadır. İlk olarak sözleşmenin 6. maddesinde akıl hastasına yapılacak tıbbi müdahalelerde, yasal temsilcisinden izin alınması gerektiği düzenlenmektedir. Akıl hastalarının korunması ise sözleşmenin 7. maddesinde düzenlenmektedir¹¹⁸⁶. Bu düzenlemeye göre, doğrudan akıl hastalığının tedavisine

1181 Badur, s. 237.

1182 Badur, s. 241.

1183 Kangal, s. 235.

1184 B. Yılmaz, Hekim, s. 183.

1185 Hakeri, Cilt-I, s. 515.

1186“ **Akıl Hastalığı Olan Kişilerin Korunması- Madde 7**

Ciddî nitelikte akıl hastalığı olan bir kişi, -gözetim, denetim ve bir makama başvurma işlemleri dahil kanunda belirtilen koruyucu şartlara bağlı olarak- sadece, böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir.”

yönelik müdahalelerde, akıl hastasının sağlığının ciddi tehlike altındaysa, onam alınmadan da tıbbi müdahalede bulunulabilir. Zira akıl hastasına, akıl hastalığı nedeniyle uygulanan tedavilerde onam önem arz etmeyebilir. Ancak diğer tedavilerde, yasal temsilcilerinden aydınlatılmış onam alınması gerekecektir¹¹⁸⁷.

Akıl hastalarına ilişkin olarak her türlü durumda zorla tedavi mümkün değildir. İlk olarak akıl hastalığı TMK m. 165 uyarınca boşanma nedeni olarak düzenlenmektedir. Öğretiye göre boşanma davasında, akıl hastası olduğu iddia edilen eşin, zorla akıl hastası olup olmadığının tespiti mümkün değildir¹¹⁸⁸. BADUR'a göre akıl hastalarına yönelik zorla tıbbi müdahaleler ancak kamu düzeni ve kamu yararı gerekçeleriyle yapılabilir¹¹⁸⁹. Yazara göre zorla tedavinin mevcut olduğu durumlarda ise akıl hastasının yasal temsilcisinin onamı aranmayacaktır¹¹⁹⁰.

Biyotıp sözleşmesi dışında ulusal mevzuatımızda da akıl hastalarına yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Akıl hastalığı TMK m. 405'de, kısıtlanma nedeni olarak düzenlenmektedir. TMK m. 409'da ise kişilerin akıl hastası olup olmadıklarının tespitinin ancak resmi sağlık kuruluşu raporuyla mümkün olacağı düzenlenmektedir. TMK m. 432 uyarınca, akıl hastasının toplum için tehlike oluşturması ve bu tehlikenin başka bir yolla giderilmesi mümkün değilse, akıl hastasının tedavisi için elverişli bir kuruma kapatılması mümkündür. Diğer bir anlatımla TMK, onam alınmadan zorla tedavinin yapılabilmesine imkân sağlamaktadır¹¹⁹¹. Ancak söz konusu uygulamaların hayata geçirilebilmesi için

1187 Badur, s. 296.

1188 Badur, s. 274.

1189 Badur, s. 279.

1190 Badur, s. 294.

1191 Hakeri, Cilt-I, s. 517.

mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaktadır¹¹⁹². Kanun koyucu, akıl hastasının bir kuruma yerleştirilmesinin yanında, akıl hastasını kuruma yerleştirmeye yetkili kişiyi ve bu karara karşı itiraz yollarını da TMK m. 433 ile 437 arasında düzenlemektedir. TMK m. 436/5’de ise akıl hastalarının ancak resmi sağlık kurulundan alınacak rapor sonrasında bir kuruma kapatılabiliyorlar. Ayrıca TMK m. 433’te, akıl hastasının mümkünse kurumdan derhal çıkartılacağı düzenlenmektedir. Burada kanun koyucu, kamu güvenliğini ve sağlığını, kişinin tıbbi müdahaleye vereceği onamın üzerinde tutmaktadır¹¹⁹³. Ancak bu durum, kişi artık tehlike oluşturmayana kadar devam edebilecektir. Akıl hastalarının yakalanmasına ilişkin düzenleme ise Polis Vazife ve Salahiyeti Hakkında Kanun’un 13. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre tehlikeli olduğu tespit edilen akıl hastalarının, polis tarafından yakalanması mümkündür. Anılan hükmün son fıkrasında ise haklarında tedavi tedbirleri alınacak olanların, ilgili kurumlara teslim edileceği belirtilmektedir. Buna göre yakalanan akıl hastaları, akıl hastalarının tedavi göreceği sağlık kuruluşlarına teslim edilmelidir.

Akıl hastalığının tespiti tıp biliminin kapsamındadır¹¹⁹⁴. Bu anlamda akıl hastalığının tespiti resmi sağlık kuruluşları tarafından alınacak raporlarla yapılmaktadır¹¹⁹⁵. Yüce mahkemenin bir kararında; *“Bunun yanında, her ne kadar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun(HMK) 282. (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun(HUMK) 286. maddesinde belirtildiği gibi bilirkişinin “rey ve mutaalası” hakimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl*

1192 Er/Topaç/Kaygusuz s. 319.

1193 Gökcan, s. 433.

1194 Ulutürk, Hande, Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi, s.1. baskı, Ankara, 2014, s. 51.

1195 Badur, s. 271.

hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi çoğu zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir.

Hele ayırt etme gücünün nisbi bir kavram olması, kişiye, eylem ve işleme göre değişmesi, bu yönde en yetkili sağlık kurulundan, özellikle Adli Tıp Kurumundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen TMK'nın 409/2. maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür.” ifadelerine yer verilerek, akıl hastalarına ilişkin özellikle Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması gerektiği vurgulanmaktadır¹¹⁹⁶. Yüksek Mahkeme'nin diğer bir kararında, resmi sağlık kurumlarından alınan raporların çelişmesi halinde, dosyanın Adli Tıp Kurumu'na gönderilerek çelişkinin giderilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁹⁷.

Kanaatimizce akıl hastaları konusunda kanun koyucu kamu güvenliği ve sağlığını, bireyin tıbbi müdahaleye onam verip vermeme özgürlüğünden daha üstte tutmaktadır. Zira akıl hastası birinin tedavi edilmediği takdirde, kişilerin malına veya canına zarar vermesi ihtimali de bulunmaktadır. Bu şekilde tehlike saçan akıl hastalarının ise sağlık kuruluşlarında tedavi edilmeleri ve toplum için artık tehlike oluşturmadığına kanaat edilene kadar tutulmaları gerekmektedir. Sonuç olarak akıl hastalarının tehlike saçtıkları durumlarda, tedavileri için kendileri ya da yasal temsilcilerinden onam alınması gerekmemektedir. Ancak akıl hastalarının tehlike oluşturmadığı durumlarda zorla tedavi edilmeleri, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişilerin self

1196 Yargıtay, 1. H.D., E.2021/1877, K.2021/3016, T.02.06.2021, (www.lexpera.com.tr).

1197 Yargıtay, 8. H.D., E.2017/1095, K.2017/4741, T.30.03.2017, (www.lexpera.com.tr).

determinasyon haklarının ihlali anlamına geleceğinden, akıl hastalarının tehlikeli olup olmadıklarının tespiti de oldukça önemlidir.

g. Salgın Hastalıklar

Salgın sözlükte; *“Kısa zamanda çevredeki insan, hayvan ve bitkilerin büyük bir bölümüne bulaşan”* şeklinde, diğer bir tanımda ise *“Bir hastalığın veya başka bir durumun yaygınlaşması ve birden çok kişiye birden bulaşması, epidemi”* şekilde tanımlanmaktadır¹¹⁹⁸. Kovid-19 salgınının etkisiyle hem ülkemizde hem de dünya da salgın hastalıklara bakış oldukça değişmektedir. Zira kovid-19 salgını, büyük krizlerin de nedenidir¹¹⁹⁹.

Salgın hastalıkların toplumun geneline henüz yayılmadan durdurulması, kamu sağlığının bir gereğidir. Bu nedenle, salgın hastalıkların henüz yayılmadan önlenmesi adına kimi tedbirlerin alınması mümkündür¹²⁰⁰. Daha önce de değindiğimiz üzere, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 57. maddesi uyarınca, madde de sayılan salgın hastalıkların ortaya çıktığına dair bir şüphe bulunması halinde, bu hususun derhal yetkili makamlara bildirilmesi gerekmektedir. Anılan Kanun’un 65. ve 67. maddelerinde ise salgın bir hastalığa yakalanan kişilerin, yetkili hekimler tarafından muayene edilebileceği düzenlenmektedir¹²⁰¹. Anılan Kanun’un 72. maddesinde ise salgın hastalıkların ortaya çıkması halinde uygulanacak tedbirler düzenlenmektedir¹²⁰². Bu düzenleme de hastanın

1198 <https://sozluk.gov.tr/>

1199 Dönmez, Gökhan/Can, Yunus, Dünyada ve Türkiye’de Covid-19 Pandemisi Döneminde Geliştirilen Kamu Politikaları: Karşılaştırmalı Bir İnceleme, 1. baskı, Ankara, 2022, s. 59.

1200 Subaşı, s. 83.

1201 Gökcan, s. 421; Subaşı, s. 83.

1202 *“57’nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:*

1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz’i.

onamına bağı olunmaksızın yapılabilecek birçok müdahale yer almaktadır. İlk olarak salgın hastalıklar nedeniyle hastaların tecrit edilerek, karantina altında tutulabilmeleri mümkündür¹²⁰³. Diğer bir müdahale ise kişilere serum ya da aşı uygulanabilmesidir¹²⁰⁴. Özellikle aşı uygulamaları kamuoyunda oldukça tartışmalıdır.

Salgın hastalıklara karşı alınan tedbirlere ilişkin AİHM kararları da bulunmaktadır. AİHM bir kararında, salgın hastalığa sahip çocukların okula gönderilmesine engel koyulmasını, hastalığın bulaşmasını engellediğinden meşru bir amaca dayandığını belirtmektedir¹²⁰⁵.

Aşı uygulamalarında toplumun kollektif bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir¹²⁰⁶. Zira aşı uygulamasının başarılı olabilmesi için toplumun belli bir oranının aşılması gerekmektedir¹²⁰⁷. Aksi durumda ise önlem alınmaya çalışılan hastalık, toplumun geri kalan kısmında yayılmaya devam edeceğinden hastalığın engellenmesi söz konusu olmayacak, diğer bir deyişle aşı uygulaması başarısız olacaktır. Bununla birlikte aşı nitelik olarak bir tıbbi müdahale olduğundan, hukuka uygun olabilmesi için aşı uygulanacak kişiden ya da aşı uygulanacak olan kişinin yasal

2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.

3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri.

4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafi.

5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.

6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i.

7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi."

1203 Badur, s. 248; Subaşı, s. 83.

1204 Badur, s. 248; Gökcan, s. 422.

1205 Memlika v. Yunanistan, B.N. 37991/12, T. 06.10.2015.

1206 Dönmez, Ünsal/ Güllü, Gözdenur, Covid-19 Gelişmeleri Karşısında Zorunlu Aşı Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları, Ankara, 2021, s. 955.

1207 Hakeri, Cilt-I, s. 492.

temsilcisinden aydınlatılmış onam alınması gerekmektedir¹²⁰⁸. Tıbbi müdahalede paternalist yaklaşımın kabul edilmesi ve yaygınlaşması halindeyse, koruyucu aşı uygulamalarının kişilerin onamından bağımsız olarak zorunlu hale geleceği belirtilmektedir¹²⁰⁹. Buna karşın mevzuatımızda önleyici aşı uygulamasının zorunlu olduğuna dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır¹²¹⁰. AYM çocuklara yönelik aşı uygulamalarına ilişkin bir kararında; aşının nitelik olarak tıbbi müdahale olduğu, kişilerin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale olduğu, 5395 sayılı Kanun uyarınca öngörülen sağlık tedbiri uygulamaların, yeni doğan her çocuğa belirli periyotlara bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının uygulanmasına ilişkin yetki verildiği şeklinde anlaşılmasının mümkün olmadığı, aksi halde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olmak üzere, rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesi muhtemel olduğu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 72. maddesinde öngörülen aşı uygulamalarının sadece anılan Kanun'un 57. maddesinde sayılan hususlara ilişkin olduğu, bunun dışında zorunlu aşı uygulamasına ilişkin herhangi bir kanun hükmünün mevcut olmadığı belirtilmektedir¹²¹¹.

Kanaatimizce zorunlu aşı uygulamalarında ikili ayrıma gidilmelidir. Nitelik olarak tıbbi müdahale olan aşı uygulamalarının bir kısmı, uzun yıllardır uygulanmakta ve faydalarını kanıtlamışken diğer kısmı henüz deneysel aşamadadır. Daha önce de belirtildiği üzere aşı uygulamalarının başarıya ulaşabilmesi için toplumun belli bir

1208 Dönmez/Güllü, s. 955; Hakeri, Cilt-I, s. 500; Er/Topaç/Kaygusuz s. 316.

1209 Akbaba, Zeynep Burcu, Tedaviyi Reddetme Hakkı Kapsamında Covid-19 Aşısının Reddi ve Aşının Reddi Halinde Kişilere Uygulanacak Kısıtlamalar Meselesi, V. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, 1. baskı, Ankara, 2021, s. 172; Dönmez/Güllü, s. 957.

1210 Subaşı, s. 86. *Hukukumuzda Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 88. maddesi uyarınca çiçek aşısı zorunlu olarak uygulanan tek aşı olmakla birlikte, uygulamada artık çiçek aşısı uygulanmadığından, güncel olarak uygulanan herhangi bir zorunlu aşı bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez/Güllü, s. 961-962.*

1211 Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11.11.2015.

kısının aşılması gerekmektedir. Bu noktada artık deneysel olmaktan çıkmış ve kendini kanıtlamış olan aşı uygulamalarının zorunlu olarak uygulanmasına yönelik düzenleme yapılması gerekmektedir. Aksi halde, aşının zararlı olduğunu düşünen bir kısım insanın toplumun aşılmasının engellemesi nedeniyle, engellenebilecek salgın hastalıklar engellenemediği gibi aşı uygulamaları sayesinde hali hazırda ortadan kalkan çiçek hastalığı gibi hastalıkların tekrar yayılmaya başlaması söz konusu olabilir. Bu durumda kanun koyucunun kamu sağlığını ve kamu düzenini, kişilerin self determinasyon hakkının üzerinde görmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bununla birlikte henüz deneysel aşamada olan aşı uygulamalarında, kişilerin aşı olmaya zorlanması, deneysel tedavilerde alınacak olan onamın ağırlığı da düşünüldüğünde mümkün olmayacaktır. Zira hiç kimse, bilinmeyen bir riskin altına girmeye zorlanmamalıdır.

G. Onamın Saklanması

Aydınlatılmış onama ilişkin belgelerin saklanması, tıbbi kayıtların saklanmasına ilişkin yükümlülüğün kapsamındadır¹²¹². Hastadan alınan onam formunun da hekim ya da hastane tarafından saklanması gerekmektedir. Zira hastanın uygun bir şekilde aydınlatıldığı ve hastadan tedavi sürecine ilişkin onam alındığının ispatı, tedaviyi uygulayan hekim ya da hastanenin üzerindedir¹²¹³. HHY m. 26'da onam formunun arşiv mevzuatına uygun şekilde saklanacağı düzenlenmektedir. Özel hastanelerde gerçekleştirilen tedavilerde ise Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 48. maddesi uyarınca onam formunu özel hastane saklamalıdır. Kanaatimizce, onam formlarının da tıpkı diğer tıbbi kayıtlarda olduğu gibi, hastane tarafından saklanması gerekmektedir. Özel ya da kamu hastaneleri, tıbbi kayıtların saklanması ve korunmasına adına bir organizasyon

1212 Hakeri, Cilt-I, s. 678.

1213 Altundış, s. 323; Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 175; Özcanoğlu Görkey, s. 83.

kurmalı ve bu belgeleri istenilmeleri halinde yetkili makamlara teslim edebilmelidirler. Ülkemizdeki iş yükünün yoğunluğu da düşünüldüğünde, hekime hastadan aldığı tüm onam formlarını saklanma yükümlülüğünün verilmesi, hekime kaldıramayacağı büyüklükte bir külfet yükleyecektir. Sonuç olarak hastadan alınan onam formlarının saklanması için hastaneler tarafından bir organizasyon düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Öğretiye göre aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin organizasyon kurmak ve bu organizasyonu işletmek hastanelerin yükümlülüğündedir¹²¹⁴. Ayrıca onam formlarının saklanması amacıyla kurulan bu organizasyonun düzgün işletilmelerinin, hastanelerin özen yükümlülüğü kapsamında olacağı söylenebilir¹²¹⁵.

H. Onamın Verilmemesi ve Geri Alınması

Hasta, tıbbi müdahaleye her zaman onam vermek zorunda olmadığından, onamını vermeyebilir. Bu durum HHY m. 25'te açık bir şekilde düzenlenmektedir¹²¹⁶. Onamın verilmemesi, tıbbi müdahale öncesinde olabileceği gibi müdahaleye başlandıktan sonra geri alma şeklinde de olabilir¹²¹⁷. Onam sınırlı bir şekilde verilmiş ise müdahalenin kapsamı, onamın sınırlarını geçmemelidir¹²¹⁸. Onamın verilmemesi, onamın verilmesinden farklı olarak şekle tabi tutulmaktadır¹²¹⁹. Hastanın onam vermediği durumlarda, tıbbi müdahale de bulunulmamasının sonuçları hastaya ya da

1214 Hakeri, Cilt-I, s. 391.

1215 Aktaş İncel, s. 82.

1216 "**Tedaviyi Reddetme ve Durdurma 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.

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz."

1217 Subaşı, s. 81.

1218 Hakeri, Cilt-I, s. 649.

1219 Hakeri, Cilt-I, s. 648.

hasta yakınlarına anlatılmalı ve bu durum bir tutanağa bağlanmalıdır¹²²⁰. Onamın verilmemesine ilişkin aydınlatma, olabildiğince detaylı bir şekilde yapılmalı, tıbbi müdahalenin yapılmaması halinde doğacak olumsuz sonuçlar hastaya eksiksiz biçimde aktarılmalıdır¹²²¹.

Kanaatimizce kanun koyucu onam vermede öngörmediği ağır şartları, onamın verilmemesi halinde öngörmektedir. Bu durumun hekimin mesleki özerkliği ve tedavinin hastanın menfaatine bir durum oluşturmasından ileri geldiğinin kanaatindeyiz. Zira onamın verilmesinde aydınlatmanın, onamın verilmemesi göre daha sınırlı tutulması, alanında profesyonel olarak hizmet veren hekimlere olan güveninde bir göstergesidir. Diğer husus ise tıbbi müdahalenin çoğunlukla hastanın menfaatine olmasıdır. Zira tedavi olunduğu takdirde olumsuz sonuçların gerçekleşme ihtimali mevcutken, tedavinin reddedilmesi halinde olumsuz sonuçlar çok daha yüksek olasılıkla gerçekleşebilmektedir.

Onamın verilmediği hallerde, herhangi bir acil durumda bulunmuyorsa, yapılması halinde müdahale hukuka aykırı olacaktır¹²²². Zira hastadan veya hasta yakınından aydınlatılmış onam alınması, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartıdır. Öğretideki hâkim görüş ise onam verilmediği takdirde tıbbi müdahaleye başvurulamayacağıdır¹²²³. Sonuç olarak öğretinin büyük çoğunluğunda, tıbbi müdahaleye başvurulabilmesi için şart olduğunu kabul edilmektedir. Kanaatimizce bu hususun hastanın self determinasyon hakkının da bir gereği olduğu söylenebilir.

1220 Badur, s. 75.

1221 Hakeri, Cilt-I, s. 650.

1222 Badur, s. 78.

1223 Hakeri, Cilt-I, s. 645.

Hastanın verdiği onamın verilmemesinin bir yolu da hastanın onamını geri almasıdır. Geri alma, Anayasa'nın 17. maddesine dayanan hastanın self determinasyon hakkının bir uzantısıdır¹²²⁴. Zira hasta tedavi olmamayı seçebileceğini kabul ettiğimizde, evleiyetle tedaviye başladıktan sonra tedavi olmaktan vazgeçebilmeyi de seçebilmelidir. Bu husus hastanın özgür iradesinin bir sonucudur. Geri alma HHH m. 25'te düzenlenmektedir. Onamın geri alınması, her zaman için mümkündür¹²²⁵. Geri alma herhangi bir Şekil Şartına bağlı kalınmaksızın yapılabilmektedir¹²²⁶. Ancak hastanın onamını geri almak istemesi halinde, geri almanın doğurabileceği sonuçlar hakkında hasta ya da yakının aydınlatılması ve bu aydınlatmanın yapıldığına dair yazılı bir belgenin alınması gerekmektedir. Öğretide, hasta ya da hasta yakını, bu aydınlatmanın yapıldığına ilişkin tutanağı imzalamaz ise bu durumun bir veya birkaç meslek mensubu ya da sağlık alıŐının imzasıyla tutanak altına alınması gerekmektedir¹²²⁷. Bu sayede tedaviyi üstlenen hekim, kendini olumsuz sonuçlardan koruyacaktır. Onamın geri alınması halinde teşhis ve tedaviye ilişkin süreç durur¹²²⁸. Hasta tıbbi müdahaleyi istemediğini ya da vazgeçtiğini önceden vermiş olduğu iradesiyle de ortaya koyabilmektedir¹²²⁹. Buna göre hasta, müdahale sırasında bilinci kapalı olsa dahi önceden vermiş olduğu geri alma iradesini ilgililere iletebilir. Öğretide yer alan bir görüşe göre de onamın geri alınması halinde hastanın sağlığı kötü etkilenecekse ya da hastanın hayati tehlikesi söz konusu olacaksa, hekimin onamın geri alınmasını görmemezlikten gelebilmesi mümkündür¹²³⁰. Örneğin bir ameliyatın ortasında onamın geri alınması halinde, hekimin tıbbi müdahaleyi

1224 Şenocak, Hekim, s. 43.

1225 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 132; Şenocak, Hekim, s. 43.

1226 Subaşı, s. 80.

1227 Subaşı, s. 82.

1228 Subaşı, s. 81.

1229 Badur, s. 78.

1230 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 132; Şenocak, Hekim, s. 44.

durdurmaması gerektiği savunulmaktadır¹²³¹. Danıştay'ın bir kararında, hastaların verdikleri onamı her zaman geri alabileceği belirtilmektedir¹²³². Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında da hastanın vermiş olduğu onam her zaman geri alabilecekleri belirtilmektedir¹²³³. Kanaatimizce hekim, onamın geri alınması gerçekleşikten sonra müdahaleyi derhal durdurmalıdır. Zira tedavi başladıktan sonra da hastanın müdahaleye karşı olan fikirleri şekillenebilir. Bu durumda onamın geri alınmasını görmezden gelmekle hastanın onam vermediği bir müdahaleyi zorla gerçekleştirmek arasında bir fark bulunmamaktadır. Çünkü her iki durumda da hastanın self determinasyon hakkına aykırı davranılmaktadır.

1231 Badur, s. 75.

1232 Danıştay, 15. D., E.2013/8167, K.2018/2782, T.20.03.2018, (www.lexpera.com.tr).

1233 Yargıtay, 13. H.D., E.2013/17524, K.2013/29431, T. 28.11.2013.; Yargıtay, 13. H.D., E.2013/30822, K.2014/10772, T.09.04.2014; Yargıtay, 13. H.D., E.2013/33451, K.2014/13461, T. 28.04.2014, (www.lexpera.com.tr).

Üçüncü Bölüm

Teşhis ve Tedavi Sürecinde Ortaya Çıkan Sorumluluk Türleri ve Tazmini

§4. Hekimin Hukuki Sorumluluğu

I. Tazminat Sorumluluğu

I. Genel Olarak Hekimin Tazminat Sorumluluğu

Tazminat davaları, kişilik haklarının ihlali halinde zarar görenin, hukuka aykırı fiil nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi amacıyla, sorumlulara karşı izlenen yoldur¹²³⁴. Tazminat isteminin temel dayanağı ise TBK m. 49'dur. Tazminat davalarında, uğranılan zararın varlığını davacı yani hasta ya da hasta yakınları kanıtlamakla yükümlüdür¹²³⁵. Bununla birlikte hayatın olağan akışı içerisinde, hekimin özen yükümlülüğü kapsamında yapması gereken uygulamaları yapıp yapmadığını ise kanaatimizce davalı hekim ya da hastanenin kanıtlamalıdır.

II. Sözleşmeye Dayanan Sorumluluk Hali

a. Tazminat Davasının Şartları

1. Genel Olarak

Tazminat davasından söz edilebilmesi için beş şartın bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar; zarar, fiil, illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır¹²³⁶. Zarar maddi veya manevi olmak üzere iki şekil ortaya çıkabilir¹²³⁷. Hekim, sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirmeyerek hem maddi hem de manevi zarara yol açabilir¹²³⁸. Maddi ve manevi tazminata ilişkin genel şartlar, tıbbi müdahaleden doğan sorumlulukta

1234 Özcanoğlu Görkey, s. 103.

1235 Demir, Sözleşme Sorumluluğu, s. 250.

1236 Antalya, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:V/1,2, 2. baskı, Ankara, 2019, s. 61.

1237 Şenocak, Hekim, s. 75.

1238 Demir, Sözleşme Sorumluluğu, s. 249.

da aranmaktadır. Öğretide, aydınlatılmış onam alınmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerde, tıbbi müdahalenin tamamının hukuka aykırı hale geleceğinden, tıbbi müdahale ile müdahale sonucu ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı oluşacağı ileri sürülmektedir¹²³⁹. Gerçekten de hastadan aydınlatılmış onam alınmasının tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olması nedeniyle, aydınlatılmış onam alınmaması müdahaleyi doğrudan hukuka aykırı hale getireceğinden, hekimin tazminat sorumluluğunun doğmasına da neden olabilir.

Kamu hastanelerinde yürütülen teşhis ve tedavi sürecinde meydana gelen zararlara ilişkin davalar, idare aleyhine açılmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. İdare yargıda kusurun, hizmet kusuru adı verilen özel bir görünümü bulunmaktadır¹²⁴⁰. Hizmet kusuru, idarenin mali sorumluluğuna gidilebilmesi için ana kuraldır¹²⁴¹. Hizmet kusuru, sadece idari işlemleri değil idarenin genel faaliyetlerini de kapsamaktadır¹²⁴². İdarenin kusurlu kabul edilebilmesi için bir idari işlemin ya da bir idari eylemin, kötü işlemesi, geç işlemesi ya da hiç işlememesi gerekmektedir¹²⁴³. Hizmet kusuru her zaman bir hukuka aykırılığa işaret etmek zorunda değildir. Çalışmamız açısından değerlendirmek gerekirse, teşhis ve tedavi açısından hekimin bir hata yapması, ortada hukuka aykırılık olduğu anlamına gelmemektedir¹²⁴⁴. Ortaya çıkan zararın

1239 Altay, s. 418.

1240 Kalabalık, Halil, İdare Hukuku Dersleri Cilt-II, 5.baskı, Ankara, 2021, s. 342; Ulusoy, Ali Dursun, 4. baskı, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2021, s. 570.

1241 Ulusoy, s. 570.

1242 Kalabalık, s. 342.

1243 Gözler, Kemal, İdare Hukuku Cilt-II, 3. baskı, Bursa, 2019, s. 1084.

1244 Gözler, s. 1088.

karşlanması için zararı doğuran eylemden sorumlu idareye karşı tam yargı davası açılması gerekmektedir¹²⁴⁵.

2. Hukuka Aykırı Fiil

Hekimin kusurundan söz edebilmenin de bazı şartları bulunmaktadır. İlk olarak kusurdan söz edebilmek için, ortada hukuka aykırı bir fiil bulunmalıdır¹²⁴⁶. Zarara yol açan her bir fiil hukuka aykırı olmayabilir. Öğretide hukuka aykırı fiil, *“herhangi bir hukuka uygunluk sebebi olmaksızın, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zarar doğurabilecek sonuçları engellemek için düzenlenen kurallara aykırı her türlü davranış, hukuka aykırı davranış”* olarak tanımlanmaktadır¹²⁴⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere hukuka aykırı bir fiilden söz edebilmek için, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamalıdır. Hukuka uygunluk sebepleri ise TBK m. 63’te düzenlenmektedir¹²⁴⁸. Hukuka uygunluk sebeplerini üç ana başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; kanun tarafından verilen bir yetkinin kullanılması, özel hukuk düzenlemelerinden doğan bir hakkın kullanılması ve zarar görenin rızasıdır¹²⁴⁹. Çalışmamız açısından değerlendirmek gerekirse aydınlatılmış onam alınmasının, tıbbi müdahale sırasında ortaya çıkan ihlaller için bir hukuka uygunluk sebebi olduğu açıktır¹²⁵⁰. Diğer bir anlatımla aydınlatılmış onamın, hekimlerin maddi tazminat sorumluluğuna karşı giydiği bir tür zırh olduğu söylenebilir.

1245 Kalabalık, s. 375.

1246 Eren, Genel Hükümler, s. 569; G. Özdemir, s. 279.

1247 Eren, Genel Hükümler, s. 586.

1248 **“Madde 63**

Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

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 hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”

1249 Eren, Genel Hükümler, s. 602-603.

1250 Eren, Genel Hükümler, s. 604.

3. Zarar

Zararın varlığı, hekimin tazminat sorumluluğuna gidilebilmesinin ön şartıdır¹²⁵¹. Zira ortada bir zarar bulunmadığı takdirde, ortada tazmin edilmesi gereken bir hususta bulunmayacaktır. Mevzuatımızda zararın net bir tanımı bulunmaması nedeniyle zararın tanımına öğretici ve yargı kararlarında rastlanılmaktadır¹²⁵². Zarar öğretide; *“hukuken korunan maddi ve manevi değerlerin bir el atma ve saldırıdan önceki ve sonraki durumları arasındaki eksilme”* şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁵³. Başka bir tanım da ise, bir kişinin mal varlığında ya da şahıs varlığında, kişinin iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmaktadır¹²⁵⁴. Zararın varlığından söz edebilmek için hekimin fiili sonucunda hasta ya da hasta yakınını malvarlığında ya da şahıs varlığında bir eksilme meydana gelmelidir¹²⁵⁵. Aksi halde herhangi bir zarardan söz edilemez. Zarar maddi ve manevi olmak üzere iki türdür¹²⁵⁶. Öğretide bu ayrımaya göre ayrı ayrı tanımlarda yapılmaktadır. Öğretide dar anlamda zarar olarak da kabul edilen maddi zarar, kişilerin malvarlığı değerindeki, iradeleri dışındaki eksilmedir¹²⁵⁷. Manevi zarar ise kişilik değerlerindeki eksilme olarak tanımlanmaktadır¹²⁵⁸. Yüksek yargı kararında manevi zarar; *“Manevi zarar, davacının hatalı tıbbi müdahale nedeniyle beden ve ruhen duyduğu acı, ızdırıp ve keder”* şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁵⁹.

1251 Demir, Hekim, s. 247; Eren, Genel Hükümler, s. 520; Hancı, s. 117.

1252 Keskin, Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, 2016, s. 47-48; Şenocak, Hekim, s. 184.

1253 Hancı, s. 117.

1254 Eren, Genel Hükümler, s. 521.

1255 Demir, Hekim, s. 248.

1256 Demir, Hekim, s. 247; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 184.

1257 Eren, Genel Hükümler, s. 521; Şenocak, Hekim, s. 75.

1258 Hancı, s. 119.

1259 Yargıtay, 3. H.D., E.2015/14596, K.2016/6558, T.26.04.2016, (www.lexpera.com.tr)

Hekimin sorumluluğa gidilebilmesinin ön şartı da hastanın teşhis ve tedavi sürecinde bir zarara uğramış olmasıdır¹²⁶⁰. Teşhis ve tedavi sürecinde hem maddi hem de manevi zararın doğabilmesi mümkündür¹²⁶¹. Konumuz açısından değerlendirmek gerekirse, öğretiyeye göre aydınlatmanın yapılmaması ve aydınlatılmış onam alınmaması nedeniyle maddi tazminat doğabilmektedir¹²⁶². Benzer durumda manevi tazminatın da doğabileceği savunulmaktadır¹²⁶³. Gerçekten de tıbbi müdahale sırasında veyahut sonrasında, kişinin aydınlatılmadığı bir komplikasyonun gerçekleşmesi, kişinin iç dünyasında daha büyük yıkma yol açacaktır.

4. Kusur

Kusur, zarar vermemeye yönelik ahlaki ve hukuki kurallara aykırı şekilde davranma iradesi şeklinde tanımlanabilir¹²⁶⁴. Öğretide kusur, dar anlamda haksız fiilin karşılığı olarak tanımlanmaktadır¹²⁶⁵. Maddi ve manevi zararın tazminatına hükmedilebilmesi, kural olarak kusur sorumluluğuna dayanmaktadır¹²⁶⁶. Teşhis ve tedavi sürecinde ortaya çıkan sorumluluk türü de kusur sorumluluğudur¹²⁶⁷. Kusur öğretide, *“Hukuk düzeninin kınadığı davranış biçimi”* şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁶⁸.

Hekimin kusurlu fiili kasten ya da ihmalen ortaya çıkabilmektedir¹²⁶⁹. Kast, hekimin kusurlu fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir¹²⁷⁰. Kast, kusurun en net

1260 Subaşı, s. 115.

1261 Subaşı, s. 115.

1262 Subaşı, s. 154; Özcanoglu Görkey, s. 65.

1263 Subaşı, s. 159; Özcanoglu Görkey, s. 65.

1264 Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, K., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. baskı, İstanbul, 2011, s. 138.

1265 Narter, s. 407.

1266 Eren, Genel Hükümler, s. 569; G. Özdemir, s.275.

1267 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 175; Öztürkler, s. 21.

1268 Eren, Genel Hükümler, s. 569; Hancı, s. 139; Subaşı, s. 117.

1269 Hancı, s. 139.

1270 G. Özdemir, s. 286; Şenocak, Hekim, s. 80.

yansımadır¹²⁷¹. İhmal ise hekimin dikkat ve özen eksikliği nedeniyle kusurlu fiili gerçekleştirmesidir¹²⁷². İhmal halinde zarar veren, zararı istememekle, fiiliyle zararın doğmasına neden olmaktadır¹²⁷³. Hekimin sorumluluğunu doğuran kusurlu fiil hem kasten hem de ihmalen bir fiille gerçekleşebilir. Örneğin hekimin hastayı daha az aydınlatarak hastayı kendi istediği tedaviye yönlendirmesi kasti bir fiilken, hekimin hastadan onam almayı unutması ihmali bir fiildir.

Kural olarak kusur sorumluluğu kabul edilmekle birlikte, teşhis ve tedavi sürecindeki uygulamalar nedeniyle, kusursuz sorumluluk durumlarının da ortaya çıktığı söylenebilir¹²⁷⁴. Teşhis ve tedavi sürecinde kusursuz sorumluluk durumu, genel olarak yardımcı kişinin eylemlerinden sorumluluk şeklinde kendini göstermektedir¹²⁷⁵. Kusursuz sorumluluğa ilişkin düşüncemizi belirtmek gerekirse, hekimin aydınlatmayı başka bir hekime bıraktığı durumlarda, tedaviden sorumlu hekimin kusursuz sorumluluğu ortaya çıkabilir. Zira daha önce belirttiğimiz üzere, aydınlatma yükümlülüğü başka bir hekime bırakılırsa, tedaviyle sorumlu olan hekim, diğer hekimin aydınlatma yükümlülüğü yerine getireceğinden emin olmalıdır.

Öğretide, tıbbi müdahalede uygulamaların sırasında, hekimin kusurlu fiillerine tıbbi mesleki kusur ya da meslek hatası denilmektedir¹²⁷⁶. Zararın ortaya çıkmasında etkili olan kusurlu davranış sonucunda da ortaya hatalı tıbbi müdahale ya da malpraktis

1271 Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. baskı, Ankara, 2015, s. 252.

1272 G. Özdemir, s. 287; Şenocak, Hekim, s. 81.

1273 Hatemi/Gökyayla, s. 139.

1274 Özdemir, Gençler, Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu, 1. baskı, Ankara, 2021, s. 304.

1275 G. Özdemir, s. 305.

1276 Demir, hekim, s. 247; Subaşı, s. 120; Şenocak, Hekim, s. 83; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 177.

denilen durum ortaya çıkmaktadır¹²⁷⁷. Hekimin kusurunun tespiti, tıbbi müdahale ve insan vücudunun özel yapısı nedeniyle, normalden farklı parametrelere göre yapılmaktadır¹²⁷⁸. Öncelikle hasta ve hekim arasındaki vekalet ilişkisinin de bir sonucu olarak, hekimin kendi düzeyindeki bir hekimden beklenen davranışı sergileyip sergilemediği yani kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediği denetlenmektedir¹²⁷⁹. Hekimin tıbbi müdahale sırasında uyması gereken kurallar ise tıbbi standartlar olarak adlandırılmaktadır¹²⁸⁰. Hekimin göstermesi gereken özenin seviyesi belirleme de ise tıbbi standartlar önem arz etmektedir. Zira hatalı tıbbi müdahale, tıbbi standartlara uygunluğa aykırı şekilde müdahale sonucunda ortaya çıkmaktadır¹²⁸¹. Hekimin tıbbi müdahaleyi, mesleki standartlara uygun bir şekilde yerine getirmesi mevzuatta da düzenlenmektedir. İlk olarak Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. Maddesinde *"Araştırma dahil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."* düzenlemesi yer almaktadır. Konuya ilişkin TDN m. 13/1'de; *"Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder."* düzenlemesi yer almaktadır. Tıbbi standartlara uygun tedaviye ilişkin bir başka düzenleme ise HHY m. 11'de yer almaktadır¹²⁸². Burada değinilmesi gereken diğer bir durumda tıbbi standartların nasıl belirleneceği hususudur. Tıbbi standart kavramı öğretilde, tıp bilimine uygun, hekimlerin geneli tarafından kabul edilen ve uygulanan tıbbi müdahale türleri şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁸³. Kanaatimizce

1277 Aktaş İncel, s. 46; Değdaş, s. 49.

1278 Aktaş İncel, s. 50.

1279 G. Özdemir, s. 282.

1280 Aktaş İncel, s. 57.

1281 Değdaş, s. 51.

1282 **"Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım-Madde 11"**

Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.

Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz."

1283 Aktaş İncel, s. 58; Değdaş, s. 51.

aktardığımız bilgiler ışığında hekimin kusurunun tıbbi standartlara aykırı şekilde hareket etmesi sonucunda ortaya çıkacağı, hekimin kusurlu fiiline tıbbi mesleki kusur denileceği, somut olayda hekimin mesleki kusurunun varlığı denetlenirken de tıbbi standartlardan yararlanılacağı söylenebilir.

Hekimin kusurlu davranışı sadece müdahaleyi tıbbi standartlara aykırı şekilde yapması sonucunda ortaya çıkmamaktadır. Öğretide hekimin bilmesi gereken mesleki bilgileri bilmemesi de hekimin kusurlu davranışı olarak değerlendirilmektedir¹²⁸⁴.

Konumuz açısından değerlendirmek gerekirse, öğretideki bir görüşe hastanın aydınlatılmaması ve hastadan aydınlatmaya uygun bir şekilde onam alınmaması, hekimin mesleki kusurudur¹²⁸⁵. Biz bu görüşe katılmaktayız, zira hastanın aydınlatılması ve hastadan aydınlatılmış onam alınması hem tıp bilimince kabul görülmüş hem de hekimlerin geneline yayılmış bir uygulamadır. Daha önce belirttiğimiz üzere, aydınlatma ve aydınlatılmış onam alma uygulaması, tıbbi müdahale sürecine ilişkin mevzuatların büyük bir kısmında yer alan ve üzerinde durulan bir husustur. Buna göre artık tıbbi standart haline geldiği söylenebilir. Sonuç olarak bizde hekimin aydınlatma ve aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin, tek başına hekimin mesleki kusuru olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz.

1284 Hancı, s. 140; Şenocak, Hekim, s. 85.

1285 Hancı, s. 142; Subaşı, s. 120.

5. İlliyet Bağı

Maddi tazminat talep edilebilmesinin bir diğer şartı da işlenen fiille ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı olmasıdır. Öğretide illiyet bağı; *“Zararla, zarardan sorumluluğun bağlandığı olay veya zarara sebebiyet veren sebep sonuç ilişkisi”* şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁸⁶. İlliyet bağının varlığından söz edebilmek için zararın, zarar verenin haksız fiilinden doğmuş olması gerekmektedir¹²⁸⁷. İlliyet bağı hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumluluk hallerinde, hekimin sorumlu tutulabilmesi için ön şarttır¹²⁸⁸. Zira ortaya çıkan zarar ve fiil arasında herhangi bir illiyet bağı yoksa yani zarar hekimin fiilinden kaynaklanmıyorsa burada hekimin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı açıktır¹²⁸⁹.

Ortaya çıkan zarar ve hekimin fiili arasındaki illiyet bağı, baştan hiç olmadığı gibi sonradan da kesilebilir¹²⁹⁰. İlliyet bağını kesen sebepler öğretide; mücbir sebep, ifa yükümlüsünün egemenliği dışında yaşanan olay ve üçüncü kişinin kusuru olarak belirlenmektedir¹²⁹¹. Bununla birlikte öğretide illiyet bağını kesen nedenler; üçüncü kişinin kusuru, zarar görenin kusuru ve mücbir sebep olarak tanımlanmaktadır¹²⁹².

İlliyet bağının kaynağı, taraflar arasındaki sözleşme yükümlülüğüne aykırı şekilde davranılmasıdır¹²⁹³. Burada aranan illiyet türü uygun illiyet bağıdır¹²⁹⁴. Buna göre,

1286 Antalya, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:V/1,2, 2. baskı, Ankara, 2019, s. 277; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 191; Şenocak, Hekim, s. 88.

1287 Reisoğlu, s. 175.

1288 Demir, Sözleşme Sorumluluğu, s. 248; Subaşı, s. 121; Şenocak, Hekim, s. 88.

1289 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 191.

1290 Şenocak, Hekim, s. 94.

1291 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 192.

1292 Subaşı, s. 123; Şenocak, s. 94.

1293 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 192.

1294 Reisoğlu, s. 175; Subaşı, s. 122; Şenocak, Hekim, s. 90.

hekimin tıbbi müdahale sırasındaki fiilleri, hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre, iddia edilen zararı doğurmaya elverişli ise uygun illiyet bağının varlığından söz edilebilir¹²⁹⁵. Uygun illiyet bağının temel dayanağı, mantık kurallarına uygunluktur¹²⁹⁶.

İlliyet bağının ispatında ispat yükü, zararının tazminini isteyen zarar görenin üzerindedir¹²⁹⁷. Bu durumda illiyet bağının ispatının yükümlülüğü hasta ya da hasta yakınındadır¹²⁹⁸. Ancak burada da illiyet bağının ispatının zorluğu durumu ortaya çıkmaktadır. Öğretiye göre illiyet bağının ispatının da kesin delil aranmamakta, ortaya çıkan zararın hekimin fiilinden kaynaklandığı yönünde kuvvetli ihtimaller ispat açısından yeterli görülmektedir¹²⁹⁹.

b. Tazminat Davasının Tarafları

1. Davacı

Maddi tazminat davalarında, davacı tarafında kural olarak maddi veya ihlal edilen kimse yani hasta yer almaktadır¹³⁰⁰. Hastayla birlikte hasta yakınında maddi değerleri ihlal edilebilir¹³⁰¹. Böyle durumlarda hasta yakınları da maddi tazminat isteminde bulunabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, küçük veya kısıtlı adına dava açıldığında, davacı halen küçük veya kısıtlı olacaktır.

1295 Antalya, Cilt-2, s. 281; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 192; Reisoğlu, s. 175; Şenocak, Hekim, s. 90.

1296 Antalya, Cilt-2, s. 282.

1297 Reisoğlu, s. 177.

1298 Demir, Sözleşme Sorumluluğu, s. 248; Subaşı, s. 123; Şenocak, Hekim, s. 91.

1299 Demir, Sözleşme Sorumluluğu, s. 249; Subaşı, s. 123; Şenocak, Hekim, s. 91; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 193.

1300 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 481; Hancı, s. 119; Özcanoğlu Görkey, s. 101.

1301 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 480.

2. Davalı

i. Hekim

Teşhis ve tedavi sürecinin iki ana süjesi hasta ve hekimdir. Hekim, tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkan zararlardan asli olarak sorumludur. Hekimin hukuki sorumluluğu; haksız fiil, vekaletsiz iş görme, culpa in contrahende ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanabilir¹³⁰². Yüksek Mahkeme'nin bir kararında, *“Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın Özellikleri göz önünde tutularak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yolu seçmek gerekir. Gerçekten de hasta mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, TBK 510. madde hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.”* ifadelerine yer verilerek, hekimin her aşamada titiz davranması gerektiği ve vekil gibi sorumlu olduğu vurgulanmaktadır¹³⁰³. Bununla birlikte hekimin, taraflar arasındaki güven ilişkisine uygun şekilde, kendisinden beklenen özen seviyesinde tıbbi müdahaleyi gerçekleştirilmesine rağmen, olumsuz sonuçların

1302 Özdemir, Hayrunnisa, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 11, S.1, s. 35.

1303 Yargıtay, 13. HD., E. 2016/23372, K. 2019/12469, T. 12.12.2019, UYAP erişim.

doğmasından ise sorumlu tutulamayacağı belirtilmektedir. Bu yaklaşımın taraflar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olarak kabul edilmesinden ileri geldiği söylenebilir, zira vekalet sözleşmesinde sonuç garantisi verilememektedir.

ii. Hastane

Hatalı tıbbi uygulamalar nedeniyle hastanelerin tazminat sorumluluğu, organizasyon eksikliği nedeniyle ortaya çıkmaktadır¹³⁰⁴. Örneğin hastanede yapılan bir müdahale sırasında malzeme eksikliğinin çıkması halinde burada hastane işleticisinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Hastanelerin sorumluluğuna ilişkin diğer bir husus ise seçilen personelin tıbbi müdahale uygulamada yetersiz olması halinde, hastanelerin adam çalıştıran ya da ifa yardımcısı kullanan olarak sorumlu tutulacak olmasıdır¹³⁰⁵. Özel hastanelerdeki tıbbi müdahalelerde, ifa yardımcısının fiili nedeniyle zarar doğmuş ise bu durumda hem özel hastanenin hem de ifa yardımcısının müteselsil olarak sorumlu tutularak her ikisine birden dava açılabilmesi mümkündür¹³⁰⁶.

c. Tazminat davasının Türleri

1. Maddi Tazminat

i. Genel Olarak

Maddi tazminat, zarar verenin hukuka aykırı fiili sonucu ortaya çıkan zararın madden tazmin edilmesini amaçlayan tazminattır¹³⁰⁷. Teşhis ve tedavi sürecinde ortaya çıkan maddi zarar, öğretide kişinin hatalı tıbbi müdahale nedeniyle yaptığı harcamaların karşılığı olarak tanımlanmaktadır¹³⁰⁸. Maddi zarar sonucu ortaya çıkan zarar, hastanın

1304 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 483.

1305 Demir, Tıbbi Sorumluluk, s. 483.

1306 Demi, Tıbbi Sorumluluk, s. 485.

1307 Aktaş İncel, s. 140.

1308 G. Özdemir, s. 217; Subaşı, s. 154.

malvarlığında irade dışı bir eksilmeye neden olacaktır¹³⁰⁹. İşte maddi tazminat yoluyla anılan bu eksilmeyi gidermek amaçlanmaktadır¹³¹⁰.

ii. Kapsamı

Yüksek yargı kararlarında, davacı tarafından istenilen maddi tazminat kalemlerinin somut bir şekilde belirtilmesi aranmaktadır¹³¹¹. Zira zararın ne olduğu ortaya konulmaması, aynı zamanda tazmini gereken hususun yani hekimin hukuki sorumluluğuna gidilmesinin nedeninin de ortaya konulmaması anlamına gelecektir.

Maddi tazminatın kapsamına giren hususların neler olduğunun belirlenmesi tıbbi müdahale sürecinde ortaya çıkan maddi zarar kalemlerinin birçok çeşidi bulunmaktadır. Bedensel zararlar, TBK m. 54'te sayılmaktadır¹³¹². İlk olarak değinilmesi gereken zarar kalemi bedensel zarardır. Bedensel zarar, hatalı tıbbi müdahaleyle kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkan zarar kalemidir¹³¹³. Bedensel zararlar; tedavi giderleri, çalışma gücünün kaybı ve ekonomik geleceğin sarsılması olmak üzere, üç başlığa ayrılmaktadır¹³¹⁴.

1309 Demir, Sözleşme Sorumluluğu, s. 249.

1310 Demir, Sözleşme Sorumluluğu, s. 249.

1311 Yargıtay, 13. H.D., E. 2016/27901, K. 2019/5767, T. 06.05.2019, (www.lexpera.com.tr).

1312 "**Madde 54-** Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.

2. Kazanç kaybı.

3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar."

1313 Kılıçoğlu, Mustafa, Tazminat Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2014, s. 145, Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 186; Reisoğlu, s. 224.

1314 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 187.

Değinilmesi gereken diğer bir zarar kalemi tedavi giderleridir¹³¹⁵. Teşhis ve tedavi sırasında kullanılan malzemelere yönelik masraflar, ilaç masrafı, hastanede yatırılma halinde bu kapsamda yapılan masraflar ya da muayene ücretleri gibi teşhis ve tedavi sürecinde ortaya çıkabilecek masraflar tedavi giderleri olarak kabul edilmektedir¹³¹⁶. Yurt içinde veya yurt dışında hastanın sağlığına tekrar kavuşmak adına yaptığı masraflar da tedavi giderleri kapsamındadır¹³¹⁷. Ayrıca zarar görenin subjektif özelliklerine göre bakım giderlerinin de zarar kalemine eklenmesi mümkündür¹³¹⁸.

Bir diğer zarar tipi ise çalışma gücü kaybıdır. Çalışma gücü öğretime, kişinin fiziki gücü ya da fikir gücünü kullanmak suretiyle gelir getirici faaliyette bulunabilmesi olarak tanımlanmaktadır¹³¹⁹. Hastanın hatalı tıbbi müdahale nedeniyle çalışmadığı için mahrum kaldığı gelir kaybı olarak tanımlanabilir¹³²⁰. Çalışma gücünün kaybı, kısmı olabileceği gibi tamamen de olabilir¹³²¹. Çalışma gücünün kısmen kaybedilmesi halinde ise zararın tazmini, çalışma gücünün kaybı oranına göre değişecektir. Çalışma gücündeki kayıp, geçici bir süreliğine yaşanabileceği gibi zarar görenin kalan ömrü boyunca da devam ediyor olabilir¹³²². Çalışma gücünün kapsadığı bir diğer zarar kalemi ise efor tazminatıdır. Efor tazminatı, zarar gören kişinin işini yapabilmek için kendisiyle aynı işi yapan ve sağlıklı olan iş arkadaşlarına kıyasla göstermek zorunda kaldığı fazla çabanın karşılığıdır¹³²³. Burada zarar görenin çalışma gücü ortadan kalkmaz ancak zarar gören, çalışırken daha fazla emek sarf etmek zorunda kalmaktadır. Çalışma gücünün kaybında,

1315 A. Kılıçoğlu, s. 522; Hancı, s. 118.

1316 Özcanoğlu Görkey, s. 104; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 187; Reisoğlu, s. 225.

1317 Antalya, Cilt-2, s. 163; M. Kılıçoğlu, s. 147.

1318 A. Kılıçoğlu, s. 522.

1319 Özcanoğlu Görkey, s. 105.

1320 Hancı, s. 118; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 187; Reisoğlu, s. 225.

1321 A. Kılıçoğlu, s. 522-523; Hancı, s. 118.

1322 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 187.

1323 Hancı, s. 119.

tazminat hesabı önceden kabul edilen ilkeler ışığında, farazi olarak yapılmaktadır¹³²⁴. Bu hesaplama, resmi sağlık kuruluşlarından alınan raporlar üzerinden yapılmaktadır¹³²⁵.

Ekonomik geleceğin sarsılması ise oldukça özel bir zarar kalemini oluşturmaktadır. Ekonomik geleceğin sarsılması, hasta çalışma gücünü korusa dahi ortaya çıkan ve hastanın öznel durumundan kaynaklanan bir zarar kalemidir¹³²⁶. Burada çalışma gücünün azalması sebebiyle, mesleki geleceği zarar görmektedir¹³²⁷. Örneğin bir mankenin yüzünde oluşan yara izi ya da bir ses sanatçısının ses tellerinin zarar görmesi halinde zarar gören hala çalışabilse de ekonomik geleceği büyük oranda zarar görecektir¹³²⁸.

Hukukumuzda bedensel zarar kalemleri üç başlık altında incelense de daha farklı zarar kalemleri de bulunmaktadır. Örneğin İngiliz hukukunda yer alan; cezalandırıcı tazminat, ağırlaştırılmış tazminat veya hükmi tazminat gibi bedensel zararlardan doğan tazminat kalemleri yer almaktadır¹³²⁹.

Maddi tazminat sadece hastayı değil hasta yakınlarını da kapsamaktadır. İlk olarak hastanın vefat etmesi halinde talep edilebilecek zarar kalemleri, TBK m. 53'te sayılmaktadır¹³³⁰.

1324 Özcanoglu Görkey, s. 105.

1325 Antalya, Cilt-2, s. 168.re

1326 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 187.

1327 Antalya, Cilt-2, s. 170.

1328 Çelik, Ahmet Çelik, Bedensel Zararlar (Bedensel), 2. baskı, Ankara, 2021, s. 278; Reisoğlu, s. 226.

1329 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özcan Büyüktanır, Burcu, Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi ve Manevi Zararların İngiliz Hukukuna Göre Tazmini, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 66, S. 1, s. 54-55.

1330 "**MADDE 53-** Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar."

Hastanın vefatı halinde, değinilmesi gereken ilk zarar defin ve cenaze masraflarıdır¹³³¹. Otopsi, yemek, mezarlık, ulaşım gibi cenazenin defni sırasında ortaya çıkabilecek masraflar kalemleri bu kapsamdadır¹³³².

Vefat sonrasında istenecek tazminat kalemlerinde, ölümün hangi an gerçekleştiği de önem arz etmektedir. Vefatın hastanın tedavi gördükten bir süre sonra gerçekleşmesi halinde, tedavi masrafları ve çalışma gücünün kaybından doğan zararda hasta yakınları tarafından talep edilebilir¹³³³. Ayrıca bu kapsamda, yaralanma nedeniyle doğan diğer zararların da talep edilebilmesi mümkündür¹³³⁴.

Vefata ilişkin olarak talep edilebilecek önemli bir tazminat kalemi destekten yoksun kalma tazminatıdır¹³³⁵. Burada talep edilen tazminat, vefat eden desteğin yakınlarına sağladığı maddi katkıdır¹³³⁶. Destekten yoksun tazminatını, hatalı tıbbi müdahale sonucunda vefat edenin, destek olduğu yakınları talep edebilmektedir¹³³⁷. Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, destekten yoksun kalan kişinin, desteğin vefatından önceki ekonomik koşullarda hayatını devam ettirebilmesinin sağlanmasıdır¹³³⁸. Destekten yoksun kalma tazminatında, vefat edenin yakınının, vefat

1331 Antalya, Cilt-2, s. 171; Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 189.

1332 Aktaş İncel, s. 140.

1333 A. Kılıçoğlu, s. 524; Antalya, Cilt-2, s. 172.

1334 A. Kılıçoğlu, s. 524.

1335 G. Özdemir, s. 240.

1336 A. Kılıçoğlu, s. 526; Antalya, Cilt-2, s. 173; G. Özdemir, s. 240.

1337 Aktaş İncel, s. 141.

1338 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 188.

edenin hısıımı ya da mirasçısı olması gerekmemektedir¹³³⁹. Vefat edenin destek olduğu ve artık destek olamayacağı kimseler bu tazminatı isteyebilir¹³⁴⁰.

Çalışmamız açısından değerlendirilmesi gerekirse, öğretide aydınlatma yükümlülüğünün usulüne uygun bir şekilde yerine getirilmemesi halinde hastanın malvarlığında doğacak zararın, maddi zarar olduğu belirtilmektedir¹³⁴¹. Yazar, hastanın yeterince aydınlatılmadığı bir komplikasyon sonucu ortaya çıkan doğrudan ve dolay maddi kaybı, maddi tazminat olarak talep edebileceğini savunmaktadır¹³⁴². Kanaatimizce, burada teşhis ve tedavi sonucu ortaya çıkan olumsuz sonucun, hastanın yaşamını nasıl etkilediği irdelenmelidir. Hastadan aydınlatılmış onam alınmaması, hastanın maddi anlamda hiç planlamadığı zorluklar yaşamasına neden olabilir. Örneğin tedavide kullanılan bir ilaç nedeniyle sesini kullanamayacağını bilmeyen bir sanatçının konseri iptal olabilir ya da benzer şekilde kullanılan ilacın gözleri etkilemesi halinde bir taksi şoförü, belli bir süre çalışamayabilir. İşte bu gibi durumlarda, hastanın planlamadığı şekilde, ekonomik kayıplar yaşaması halinde, hastadan usulüne uygun bir şekilde, aydınlatılmış onam alınmaması nedeniyle de maddi tazminata hükmedilebileceği kanaatindeyiz.

1339 Aktaş İncel, s. 141.

1340 Özdemir, Tıbbi Sorumluluk, s. 188.

1341 Subaşı, s. 115.

1342 Subaşı, s. 115.

2. Manevi Tazminat

i. Genel Olarak

Manevi tazminatın kanuni dayanağı ve genel düzenlemesi TBK m. 58'dir¹³⁴³. Bu hüküm kişilik haklarına saldırı halinde, saldırı altındaki kişinin uğradığı manevi zarara karşı, zararının maddi olarak tazmin edilebilmesine imkân veren kanuni dayanaktır¹³⁴⁴. Bedensel zararlara yönelik manevi tazminat TBK m. 56'da düzenlenmektedir¹³⁴⁵. Bu madde yaşam hakkı ve kişinin vücut bütünlüğünün ihlali halinde doğacak manevi tazminatlara ilişkindir¹³⁴⁶. Hekim, kusurlu fiiliyle maddi zarara yol açabildiği gibi manevi zarara da yol açabilir¹³⁴⁷. Tıbbi müdahale sonucunda doğan zarar çok yüksek ihtimalle beden bütünlüğünü ihlaline ilişkin olacağından, aydınlatılmış onam yükümlülüğü hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle doğan manevi zararların tazmini, TBK m. 56'ya dayanılarak talep edilecektir. Zira kişilerin ölümü veya yaralanması nedeniyle acı ve üzüntü duyulması muhtemeldir¹³⁴⁸. Vücut bütünlüğünün ihlali sonucunda manevi tazminat doğması için kişinin acı duyması da aranmamakta, beden bütünlüğünün ihlal edilmesi yeterli görülmemektedir¹³⁴⁹. Ayrıca vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle maddi tazminat talep edilmesi, manevi tazminatında talep edilebilmesine herhangi bir engel

1343 "**Kişilik hakkının zedelenmesi-Madde 58**

Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

1344 Eren, Genel Hükümler, s. 781; Reisoğlu, s. 228.

1345 "**Manevi tazminat-Madde 56**

Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."

1346 Eren, Genel Hükümler, s. 781.

1347 Demir, Sözleşme Sorumluluğu, s. 250.

1348 Doğramacı, s. 118.

1349 Doğramacı, s. 172.

oluşturmamaktadır¹³⁵⁰. TBK m. 56 hem kusur sorumluluğunda hem de özen sorumluluğunda uygulanabilmektedir¹³⁵¹. Ayrıca anılan Kanun hükmü uyarınca, manevi zarar ancak parayla tazmin edilebilmektedir¹³⁵².

Manevi tazminatın fonksiyonuna ilişkin öğretilerde birçok farklı görüş olsa da öğretilerde kabul edilen teoriye göre iki farklı görüşün savunulduğu görülmektedir. Objektif teoriyi kabul edenlerin desteklediği görüş, manevi tazminatın telafi amacı güttüğüdür¹³⁵³. Bu görüşe göre manevi tazminat, kişinin içinde duyduğu elem, acı ve ızdırabın nakdi yolla telafi edilmesini sağlamaktadır¹³⁵⁴. Subjektif teoriyi kabul edenler ise denkleştirme görüşünü kabul etmektedirler¹³⁵⁵. Denkleştirme görüşünde manevi zarar sonucu zarar görende doğan acıyı ve hüznü, tazminat amacıyla ödenecek olan bir miktar para ile mutluluk ve huzur duygularıyla denkleştirmek amaçlanmaktadır¹³⁵⁶. Öğretilerdeki baskın görüş ise denkleştirme görüşüdür¹³⁵⁷.

Manevi tazminat talep edilebilmesi için, müdahale sonucunda manevi zarar doğmalıdır. Manevi zarar, bir kimsenin sahip olduğu kişilik haklarına ve değerlerinin hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesi sonucu doğan zarar tipidir¹³⁵⁸. Oluşan bu zararın, zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesi gerekmektedir¹³⁵⁹. Manevi zarar öğretilerde objektif, subjektif ve karma teori olmak üzere üç farklı teori üzerinden tanımlanmaktadır.

1350 Eren, Genel Hükümler, s. 781.

1351 Eren, Genel Hükümler, s. 789.

1352 Reisoğlu, s. 260.

1353 Doğramacı, s. 163; Eren, Genel Hükümler, s. 786; Keskin, s. 139.

1354 Keskin, s. 125.

1355 Doğramacı, s. 162.

1356 Doğramacı, s. 159.

1357 Doğramacı, s. 159.

1358 Keskin, s. 99.

1359 Eren, Genel Hükümler, s. 531.

Subjektif teoriye göre manevi tazminatın amacı kişinin duyduğu elem ve acı nedeniyle zarar görenin iç dünyasında meydana gelen yıkım ve yaşama sevincindeki azalmadır¹³⁶⁰. Adında anlaşılacağı üzere subjektif teoride manevi zararın doğması için kişinin verilen zarardan etkilenmesi gerekmektedir. Aynı zamanda verilen zarar kişiden kişiye de farklılık arz edecektir¹³⁶¹. Subjektif teoriye yönelik diğer bir eleştiri ise ayırt etme gücü bulunmayanların manevi acıyı hissetmesinin mümkün olmaması durumudur¹³⁶². Hatalı tıbbi müdahale çerçevesinde bu durumu düşündüğümüzde vücudunda kalıcı hasar oluşan bir akıl hastasının hissettiği manevi acı, benzer şekilde vücut bütünlüğü ihlal edilen ayırt etme gücüne sahip başka bir kişiye göre çok daha az olacaktır. Bu durumda benzer ihlaller, çok farklı tazminatların doğmasına yani eşitsizliğe neden olacaktır¹³⁶³.

Objektif teoriye göre manevi tazminat ise manevi zararı doğuran fiil nedeniyle zarar görenin kişiliğindeki, iradesi dışındaki eksilmenin karşılığıdır¹³⁶⁴. Objektif teoride manevi zarar, zarar görenin kimliğinden bağımsız olarak hukuka aykırı fiille birlikte doğmaktadır¹³⁶⁵. Objektif teoriye yöneltile eleştiri ise zararın varlığına yönelik herhangi bir irdeleme yapılmadan fiilin tazminat için yeterli görülmesidir¹³⁶⁶. Gerçekten de objektif teori esas alındığında manevi zarar, kişinin iç dünyasından kopuk bir hal almakta, maddi tazminat gibi daha somut veriler üzerinden hayat bulmaktadır.

1360 Eren, Genel Hükümler, s. 532; Doğramacı, s. 152; Keskin, s. 99.

1361 Keskin, s. 101.

1362 Keskin, s. 102.

1363 Keskin, s. 102.

1364 Eren, Genel Hükümler, s. 531; Keskin, s. 103.

1365 Doğramacı, s. 143; Keskin, s. 103.

1366 Keskin, s. 106.

Manevi tazminata ilişkin son teori ise karma teoridir. Bu teori hem subjektif zararı hem de objektif zararı birleştirmektedir. Buna göre manevi zararın doğabilmesi için hukuka aykırı fiil sonucunda hem zarar görenin kişiliğinde bir eksilme olmalı hem de zarar gören acı, elem ve ızdırap yaşamalıdır¹³⁶⁷. Bu teori kabul edildiği takdirde manevi tazminatın hem objektif teorideki gibi kişiden bağımsız bir yapısı olmayacak hem de subjektif teorideki gibi benzer sonucu olan fiillerin birbirinden çok farklı sonuçlar doğurması önlenecektir¹³⁶⁸.

Manevi zararın tanımı mevzuatta yer almamaktadır, bu durum manevi zararı tanımlama görevini öğretici ve yargıya bırakmaktadır. Manevi tazminatın öğretide kabul edilen teoriler doğrultusunda farklı tanımları mevcuttur. Öğretide subjektif teori kapsamında manevi zarar; kişilik hakkına yönelik ihlal fiili nedeniyle yaşanan acı, elem ve ızdırap, hüznün, psikolojik yıkım ve yaşama sevincindeki azalma olarak tanımlanmaktadır¹³⁶⁹. Objektif teori kapsamında manevi zarar; *“Bir kimsenin kişi varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali dolayısıyla, kişi varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme.”* şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁷⁰. Karma teori çerçevesinde manevi zarar ise kişilik hakları hukuka aykırı bir fiil ile ihlal edilen kişinin duyduğu elem, acı ve ızdırap olarak tanımlanmaktadır¹³⁷¹.

Manevi tazminat maddi tazminata benzer şartlar içermekle birlikte kimi farklılıklar içermektedir. İlk olarak manevi zararı doğurmaya elverişli hukuka aykırı bir fiil

1367 Doğramacı, s. 146; Eren, Genel Hükümler, s. 532; Keskin, s. 107.

1368 Keskin, s. 108.

1369 Keskin, s. 99.

1370 Eren, Genel Hükümler, s. 780; Keskin, s. 112.

1371 Doğramacı, Yakup Gökhan, Tıbbi Uygulamadan Kaynaklanan Manevi Tazminat, Ankara, 2022, s. 118.

mevcut olmalıdır¹³⁷². Tıbbi müdahale açısından kanaatimizi belirtmek gerekirse, hekim tarafından müdahale öncesinde gerektiği gibi aydınlatma yapılmaması ve onam alınmaması müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir. Zira aydınlatılmış onam, vücut bütünlüğünün ihlali niteliğinde olan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirerek hem hastayı bilgilendirmekte hem de hekimi müdahale sonrası doğabilecek sorumluluktan korumaktadır. Bu anlamda aydınlatılmış onam alınmamasının manevi tazminat sorumluluğuna yol açabileceği söylenebilir. Kural olarak manevi tazminat talebi, kusur sorumluluğuna dayanmaktadır¹³⁷³. EREN'e göre manevi tazminat kusursuz sorumluluğa dayanılarak da talep edilebilir¹³⁷⁴. Manevi tazminatın doğması için diğer bir şart manevi bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir¹³⁷⁵. Öğretide meydana gelen manevi zararın belli bir seviyede olması gerektiği belirtilmektedir¹³⁷⁶. Son olarak manevi zarar ve fiil arasında illiyet bağı bulunmalıdır¹³⁷⁷. İlliyet bağının var olup olmadığının anlaşılması için öğretiyeye göre, manevi zarar doğurduğu ileri sürülen fiilin bu zararı doğurmaya elverişli olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir¹³⁷⁸.

ii. Talep Edilmesi ve Belirlenmesi

Manevi tazminat kural olarak zarar gören tarafından talep edilebilir¹³⁷⁹. Zarar gören manevi zarar doğuran fiile maruz kalması sonucu acı, elem ve ızdırap yaşayan, kişilik değerlerinde eksilme olan kimsedir¹³⁸⁰. Ancak bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Özellikle ağır bedensel hasar ve ölüm halinde davacının manevi tazminat talep etmesi

1372 Eren, Genel Hükümler, s. 793.

1373 Keskin, s. 234;

1374 Eren, Genel Hükümler, s. 791.

1375 Eren, Genel Hükümler, s. 790.

1376 Keskin, s. 244.

1377 Eren, Genel Hükümler, s. 794; Keskin, s. 246.

1378 Keskin, s. 248.

1379 Keskin, s. 251; Reisoğlu, s. 261.

1380 Keskin, s. 251.

mümkün bulunmamaktadır. TBK m. 56'daki ağır bedensel zarar ve ölüm hallerinde davacının yakınlarının manevi tazminat talep edebileceği düzenlenmektedir¹³⁸¹. Davayı akrabalık bağı bulunmasa dahi, zarar görenin yakını açabilir¹³⁸². Hâkimin davacılar ve zarar gören arasındaki yakınlık ilişkisi de araştırması gerekmektedir¹³⁸³. Vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan davaların tüzel kişiler tarafından açılması mümkün değildir¹³⁸⁴. Manevi tazminatın talebinde kişi kavramı oldukça tartışmalıdır. İlk olarak zarar görenin cenin olması durumunda manevi tazminat talep edip edemeyeceği hususu tartışmalıdır. KESKİN'e göre ceninin hak ehliyeti bulunmadığı dolayısıyla ihlal nedeniyle manevi tazminat talep edemeyecektir¹³⁸⁵. Yargıtay'da benzer görüşü savunmaktadır¹³⁸⁶. Ancak Yargıtay, ceninin beden bütünlüğü dışında bir kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde manevi tazminata hükmedilebileceğini kabul etmektedir¹³⁸⁷. Küçüklerin durumu da küçüğün ayırt etme gücünün olup olmamasına göre farklılık göstermektedir. İlk olarak ayırt etme gücü bulunan küçüklerin manevi tazminat talep edebileceği ancak tazminat davasını küçük adına kanuni temsilcisinin yürütebileceği savunulmaktadır¹³⁸⁸. Bununla birlikte ayırt etme gücü bulunmayan küçüklerin adına kanuni temsilcilerinin tazminat talebinde bulunabileceği savunulmaktadır¹³⁸⁹.

Manevi tazminatın takdirini hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre yapmaktadır¹³⁹⁰.

Bunun dışında TBK m. 58'deki düzenleme ile tazminatın giderim biçimi kararlaştırma

1381 Keskin, s. 259; Reisoğlu, s. 261.

1382 Eren, Genel Hükümler, s. 798.

1383 Eren, Genel Hükümler, s. 798.

1384 Eren, Genel Hükümler, s. 799.

1385 Keskin, s. 252.

1386 Yargıtay 4. H.D., 1983/6447 E., 1984/2849 K., T. 23.10.1984, (www.lexpera.com.tr).

1387 Yargıtay 4. H.D., 2012/15996 E., 2013/14674 K., T. 23.09.2013, (www.lexpera.com.tr).

1388 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 251; Keskin, s. 253-254.

1389 Keskin, s. 254.

1390 Antalya, Cilt-2, s. 239.

yetkisi de hâkime verilmektedir¹³⁹¹. Kural olarak manevi zararın tazmini bir miktar para ödenmesi ile sağlanmaktadır¹³⁹². Ancak bu miktarın belirlenmesi manevi tazminatın yapısı nedeniyle oldukça zordur¹³⁹³. Bu yüzden manevi tazminatın hesaplanmasında farklı yöntemler kullanılmaktadır. İlk olarak kanunda yer alan uygun bir miktar ifadesinden yola çıkılarak, manevi tazminatın hakkaniyete göre belirleneceği savunulmaktadır¹³⁹⁴. Hâkimin bu belirlemeyi yaparken takdir ettiği miktarı gerekçelendirmesi gerekmektedir¹³⁹⁵. Hâkim gerekçeyi belirlerken somut olaydaki verilerden yararlanmalı; manevi zararın miktarı, oluş biçimi, bıraktığı etki gibi subjektif unsurları da değerlendirmelidir¹³⁹⁶. Manevi tazminatın takdirinde dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, benzer bir olaya veya duruma ilişkin olarak benzer tazminatların takdir edilmesi gerekmektedir¹³⁹⁷. Bunun sağlanabilmesi içinde hâkimin emsal kararlardan ve yüksek mahkeme içtihatlarından yararlanması gerekmektedir¹³⁹⁸. Öğretiye göre manevi tazminatın takdirinde yeknesaklığın sağlanmasında kullanılabilir bir diğer yöntem ise manevi tazminat tablolarıdır¹³⁹⁹. Diğer taraftan anılan yöntemlerin manevi tazminatın subjektif yönünü de tamamen ortadan kaldırmaması gerekmektedir¹⁴⁰⁰. Son olarak hâkimin, mevcut olması halinde indirim sebeplerini de uygulayarak manevi tazminatı takdir etmesi gerekmektedir¹⁴⁰¹.

1391 Antalya, Cilt-2, s. 237.

1392 Antalya, Cilt-2, s. 237.

1393 Antalya, Cilt-2, s. 238.

1394 Antalya, Cilt-2, s. 239; Keskin, s. 282;

1395 Keskin, s. 284.

1396 Antalya, s. 244; Eren, Genel Hükümler, s. 798.

1397 Keskin, s. 315.

1398 Antalya, s. 240; Keskin, s. 309.

1399 Antalya, s. 240-241; Keskin, s. 308

1400 Antalya, s. 240-241;

1401 Eren, Genel Hükümler, s. 796.

Hastayı aydınlatma ve aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünün ihlali bakımından bir değerlendirdiğimizde ise aydınlatma ve onam yükümlülüğü nedeniyle hastanın veya hasta yakınlarının lehine belirli bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Danıştay'ın bir kararında; *“Bu durumda; gerçekleştirilen transhiatal özefajektomi işleminin komplikasyonları hakkında müteveffanın bilgilendirilerek rızasının alındığına ilişkin aydınlatılmış onam belgesinin olmadığı, dolayısıyla tıbbi müdahale öncesi komplikasyonlar hakkında bilgilendirme yapılarak onam alınmamış olmasının, sağlık hizmetinin gerektiği gibi yürütülmediği konusunda davacılar da endişe ve üzüntüye yol açtığı görüldüğünden, dava konusu olayda davalı idarenin yukarıda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesinden kaynaklı uğranılan manevi zararın, manevi tazminatın yukarıda belirtilen niteliği gözetilerek takdirden belirlenecek makul bir miktarın ödenmesine hükmedilmesi suretiyle karşılanması gerekecektir.”* ifadelerine yer verilerek, aydınlatma ve aydınlatılmış onam alınmasına ilişkin yükümlülüğün ihlali halinde, manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁴⁰². Danıştay, hastadan aydınlatılmış onam alınmadan ret kararı verilen bir ilk derece mahkemesini bozarak, manevi tazminat isteminin reddi için aydınlatılmış onamın araştırılması gerektiğini kararlarını yansıtmaktadır¹⁴⁰³. Danıştay'ın diğer bir kararında ise uygulanan tıbbi müdahale tıbbi standartlara uygun olsa ve ortaya çıkan sonuç komplikasyon olsa dahi hastadan aydınlatılmış onam alınmadığı takdirde, uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁴⁰⁴.

1402 Danıştay, 10. D. E.2019/5452, K.2022/3842, T. 14.09.2022, benzer yönde, Danıştay, 10. D. E.2019/5617, K.2022/1590, T. 14.09.2022, Danıştay, 10. D. E.2019/1187, K.2019/3745, T. 13.05.2019, UYAP erişim.

1403 Danıştay, 10. D. E.2019/5459, K.2022/1153, T. 07.03.2022, UYAP erişim.

1404 Danıştay, 10. D. E.2019/1187, K.2019/3745, T.13.05.2019, benzer yönde, Danıştay, 10. D. E.2019/5452, K.2022/3848, T.14.09.2022, Danıştay, 15. D. E.2013/4351, K.2015/2019, T.08.04.2015, UYAP erişim.

Kanaatimizce kişilerin önceden bildikleri ve sonucuna kendilerini hazırladıkları olumsuz bir durumun yaşanması ile aynı olumsuz durumun beklenmedik bir şekilde ortaya çıkmasının etkileri oldukça farklı olacaktır. Hastaların önceden aydınlatılması halinde, hasta tedaviye başlanılmadan evvel, kendini olumsuz sonuçların yaşanabileceğine ikna edecek, üzücü hadiselerin yaşanmasının da bir ihtimal dahilinde olduğunu kabul edecek ve kendi isteğiyle bu riskin altına girecektir. Diğer taraftan hastanın kendini hazırlamadığı ve hayatını altüst edecek bir durumla sürpriz bir şekilde karşılaşması ise hastanın özellikle psikolojisi oldukça olumsuz bir şekilde etkileyecektir. Zira hasta hiç ihtimal vermediği, kendini hiç hazırlamadığı ve kabul etmediği bir riskin altına girmiş ve hayatı mahvolmuş olacaktır. Bu durumda hastayı derin bir hüzne sokacağı oldukça açıktır. Sonuç olarak aydınlatılmış onamın alınmaması halinde, tedavi tıbbi standartlara uygun olsa dahi, olumsuz sonuçların doğması halinde, uygun bir miktar manevi tazminata takdir edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

d. Zamanaşımı

Aydınlatma ve aydınlatılmış onam alınmaması nedeniyle doğacak olan maddi ve manevi tazminat taleplerinin zamanaşımı süresi TBK hükümlerine göre belirlenmektedir¹⁴⁰⁵. Zamanaşımı süreleri haksız fiil ve sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından farklılık arz etmektedir. Sözleşmeden doğan sorumluluk hallerinde zamanaşımı ise sözleşmenin şekline göre farklılık gösterecektir. Çalışmamız açısından değerlendirdiğimizde vekalet sözleşmesi ve eser sözleşmesindeki zamanaşımının ayrı

1405 Subaşı, s. 170.

ayrı irdelenmesi gerekmektedir. Ayrıca kamu hastanelerindeki hatalı tıbbi müdahale nedeniyle açılacak tam yargı davalarındaki zamanaşımı da farklılık gösterecektir.

Zamanaşımı kavram olarak öğretide, zamanın aşındırılması olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁰⁶. Öğretideki diğer bir tanımında ise; “*Bir alacak hakkının belirli bir süre içerisinde kullanılmaması nedeniyle artık dava edilebilir olmaktan çıkması*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴⁰⁷. Başka bir tanımında ise alacak hakkını zayıflatan bir etki şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴⁰⁸. Kanun koyucunun, burada bir alacak hakkının, sürekli bir dava tehdidi olmasının önüne geçtiği söylenebilir. Bu durumun temelinde üzerinden çok uzun zaman geçmesine rağmen hakkını aramayan bir kimsenin bir anda hakkını aramasının adalet ve hakkaniyet ile bağdaşmaması olduğu söylenebilir¹⁴⁰⁹. Ayrıca uzun süre devam eden dava tehdidi, toplumsal barışı da zarar verecektir¹⁴¹⁰. Buradaki etkisi de daha önce de belirttiğimiz üzere, alacak hakkının zayıflatılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁴¹¹. Bu zayıflama sayesinde borçlu, borcunu ödemekten kaçınabilecektir¹⁴¹². Sonuç olarak, zamanaşımının borcun talep edilebilmesini zaman bakımından sınırladığı söylenebilir¹⁴¹³.

Zamanaşımı, borcu doğrudan sona erdirmemekle birlikte, borçluya bir def’i hakkı vermektedir¹⁴¹⁴. Diğer bir deyişle, alacaklı alacağı artık dava ve takip edemeyecek konuma gelmektedir¹⁴¹⁵. Def’i hakkı TBK m. 72/2’de düzenlenmektedir. Zamanaşımı def’i

1406 A. Kılıçoğlu, s. 1098.

1407 Çelik, Ahmet Çelik, Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı (Zamanaşımı), 3. baskı, Ankara, 2018, s. 3.

1408 Çelik, Zamanaşımı, s. 3; Eren, Genel Hükümler, s. 1281.

1409 Eren, Genel Hükümler, s. 1282.

1410 A. Kılıçoğlu, s. 1099; Çelik, Zamanaşımı, s. 4; Hatemi, Hatemi/Gökyayla, s. 321.

1411 Antalya, Cilt-1, s. 84; Eren, Genel Hükümler, s. 1282.

1412 Hatemi/Gökyayla, s. 320.

1413 M. Kılıçoğlu, s. 1098.

1414 Çelik, Zamanaşımı, s. 11; Eren, Genel Hükümler, s. 1281; Hatemi/Gökyayla, s. 320.

1415 A. Kılıçoğlu, s. 1098.

nitelik olarak tam ve kesin def'ilerdendir¹⁴¹⁶. Zamanaşımı def'inin taraflarca ileri sürülmesi gerekmektedir, re'sen dikkate alınamaz¹⁴¹⁷. Bu anlamda zamanaşımının etki alanın, tarafların arasındaki ilişkiden ziyade, tarafların ifaya zorlanması olduğu söylenebilir¹⁴¹⁸. Zamanaşımına uğramış borç, eksik borç niteliğindedir¹⁴¹⁹. Bu anlamda eksik borçların özelliklerinin, zamanaşımına uğramış borçlarda da geçerli olacağı söylenebilir. Ayrıca, borç zamanaşımına uğramış olsa dahi borçlunun yapacağı ifa, hukuken geçerli bir ifa olacaktır¹⁴²⁰.

Haksız fiil uyarınca tazminat istemine ilişkin zamanaşımı süreleri, TBK m. 72'de düzenlenmektedir¹⁴²¹. Haksız fiile ilişkin zamanaşımı süreleri, TBK'daki genel düzenlemeden farklıdır¹⁴²². Düzenlemeye göre kural olarak iki ve on yıllık iki tür zamanaşımı süresi bulunmaktadır¹⁴²³. İki yıllık kısa süreli zamanaşımı ana kuraldır ve zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren başlamaktadır¹⁴²⁴. Bununla birlikte on yıllık uzun zamanaşımı süresi ise olay tarihinden başlamaktadır ve kişi öğrenmese dahi işlemeye devam etmektedir¹⁴²⁵. On yıllık süre geçtikten sonra hasta veya hasta yakınları zararı ve faili öğrense dahi, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamayacaktır¹⁴²⁶.

1416 Eren, Genel Hükümler, s. 1296.

1417 Hatemi/Gökyayla, s. 329; Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. baskı, İstanbul, 2020, s. 455.

1418 Eren, Genel Hükümler, s. 1282.

1419 Antalya, Cilt-1, s. 84; Eren, Genel Hükümler, s. 1298.

1420 Nomer, s. 458.

1421 Çelik, Zamanaşımı, s. 25.

1422 Nomer, s. 461.

1423 Eren, Genel Hükümler, s. 1283.

1424 A. Kılıçoğlu, s. 605; Çelik, Zamanaşımı, s. 26; Eren, Genel Hükümler, s. 1286.

1425 A. Kılıçoğlu, s. 610.

1426 A. Kılıçoğlu, s. 610.

Zamanaşımına ilişkin bir diğer hususta ceza zamaaşımının zaman aşımına etkisidir. Cezayı gerektiren fiiller nedeniyle doğan zamaaşımı, olağan dışı zaman aşımı süresi olarak tanımlanmaktadır¹⁴²⁷. TBK m. 72’de; *“Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamaaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamaaşımı uygulanır.”* hükmüne yer verilmektedir. Düzenlemeye göre, haksız fiil aynı zamanda cezayı gerektiriyorsa, burada ceza kanunlarındaki zamaaşımı süreleri geçerli olacaktır¹⁴²⁸. Bu süreler, işlenen suçun niteliğine göre de farklılık gösterecektir¹⁴²⁹. Öğretiye göre kanun koyucu burada, cezai olarak sorumlu olacak kişinin, özel hukuktaki tazminat yükümlülüğünden sırf zamaaşımı nedeniyle kurtulmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır¹⁴³⁰. Gerçekten de ceza yargılamasında yapılan detaylı araştırmalar sonucunda, suçlu ve dolayısıyla özel hukuk kapsamında da tazminattan sorumlu olacak kişinin, zamaaşımından faydalanarak sorumluluklarından kaçınması, hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Ceza kanunlarında yer alan zamaaşımı sürelerinin ise özel hukuktaki zamaaşımı sürelerine göre daha uzun olduğundan, bu durumun alacaklının menfaatine olduğu söylenebilir. Çalışmamız açısından önem arz eden husus ise hekimin haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, hekimin fiilinin aynı zamanda cezayı gerektiriyorsa, zamaaşımı süreleri ceza kanunlarındaki zamaaşımı sürelerine uzayacaktır.

TBK m. 146 uyarınca, zamaaşımı süresi kural olarak on yıldır ancak kanun koyucu bu konuda istisnalar öngörebilmektedir¹⁴³¹. Ayrıca bir düzenleme yapılmadığı takdirde,

1427 Çelik, Zamaaşımı, s. 26.

1428 Eren, Genel Hükümler, s. 1290.

1429 A. Kılıçoğlu, s. 614.

1430 A. Kılıçoğlu, s. 612.

1431 Çelik, Zamaaşımı, s. 21.

borç ilişkilerinde on yıllık zamanaşımı süresi geçerli olacaktır¹⁴³². Özel süreler, TBK'da ya da özel kanunlarda yer alabilmektedir¹⁴³³. Sözleşmeden doğan sorumluluktaki zamanaşımında ise ilk olarak vekalet ilişkisinden doğan borçların zamanaşımı süresine değinmek gerekir. TBK m. 147 uyarınca vekalet sözleşmesinden doğan alacaklarda beş yıllık zamanaşımı uygulanacaktır.

Eser sözleşmelerine ilişkin ilk husus, yüklenicinin ağır kusuruyla borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde ortaya çıkmaktadır. TBK m. 147'ye göre anılan durumun dışında kalan hususlarda zamanaşımı süresi beş yıl olarak belirlenmektedir. Bu durumda, eser sözleşmesi niteliğindeki tıbbi müdahalelerde, zamanaşımı süresinin beş yıl olacağı söylenebilir. Bununla birlikte yüklenicinin ağır kusuru olması halinde, TBK m. 478 uyarınca, zamanaşımı süresi yirmi yıl olacaktır. Eser sözleşmelerinde zamanaşımı süresi, kural olarak eserin teslimiyle birlikte başlayacaktır¹⁴³⁴. Eser sözleşme niteliğindeki tıbbi müdahalelerde ise bu sürenin, tedavinin tamamlanmasıyla başlayacağı söylenebilir.

Çalışmamız açısından değerlendirirsek, zamanaşımı süresinin başlaması için tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan zararın öğrenilmesi gerekmektedir¹⁴³⁵. Ayrıca zararın öğrenilmesi yeterli kabul edilmeli, ayrıca zararın kapsamının öğrenilmesi gerekmemektedir¹⁴³⁶. Zira tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkan zararın net bir şekilde belirlenmesi için bilirkişi incelemesi gerekmektedir.

1432 Hatemi/Gökyayla, s. 323; Nomer, s. 459.

1433 Nomer, s. 459.

1434 Nomer, s. 468.

1435 Özcanoğlu Görkey, s. 114.

1436 Subaşı, s. 171.

Kamu hastanesinde meydana gelen hizmet kusuru hallerinde ise idari yargıda geçerli olan zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. İdari yargıda, salt bir idari eylem nedeniyle tam yargı davası açılabilmesi için, öncelikle idareye ön başvuru yapılmalıdır¹⁴³⁷. Bu husus 2577 sayılı İYUK m. 13'te düzenlenmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, fiilin öğrenilmesinden itibaren bir yıl, olay tarihinden itibaren beş yıl içerisinde idareye başvuru yapılmalıdır¹⁴³⁸. İdari yargıdaki sürelerin, özel hukuktaki zamanaşımına ilişkin sürelerin yarısı kadar olduğu görülmektedir. Ön başvuru yapılmadan doğrudan dava açılması halinde de İYUK m. 15/1 (e) bendi uyarınca idari merci tecavüzü kararı verilir¹⁴³⁹. Yapılan başvuru sonucunda, istemin reddedilmesi halinde İYUK'ta düzenlenen genel dava açma süreleri kapsamında, maddi veya manevi tazminat istemiyle dava açılabilir¹⁴⁴⁰.

§5. Diğer Sorumluluk Nedenleri

I. Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Sorumluluğu

Vekaletsiz iş görme TBK m. 526 ile 531 arasında düzenlenmektedir. Vekaletsiz iş görme, iş görenin vekaleti olmadan başkası adına iş görmesi halinde ortaya çıkmaktadır¹⁴⁴¹. Görülen iş, bir başkasının menfaatine olabileceği gibi iş verenin kendi menfaatine ancak başkasının adına da olabilir¹⁴⁴². Vekaletsiz iş görme de taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmamaktadır¹⁴⁴³. Vekaletsiz iş görme ilk olarak gerçek

1437 Aslan, Zehreddin, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2. baskı, Ankara, 2020, 178; Gözler, s. 1382.

1438 Gözler, s. 1383; Ulusoy, s. 749.

1439 Aslan, s. 178.

1440 Aslan, s. 178; Ulusoy, s. 750.

1441 Zevkliler, s. 181.

1442 Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. baskı, Ankara, 2017, s. 829.

1443 Eren, Özel Hükümler, s. 829.

vekaletsiz iş görme ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁴⁴⁴. Gerçek vekaletsiz iş görme ise caiz ve caiz olmayan vekaletsiz iş görme olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır¹⁴⁴⁵. İş sahibinin çıkarına uygun şekilde iş görme söz konusuysa burada caiz vekaletsiz iş görme söz konusudur¹⁴⁴⁶. TBK m. 526'da belirtildiği üzere, iş gören vekaletsiz iş görme sırasında iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun şekilde hareket etmelidir¹⁴⁴⁷. Diğer bir deyişle, iş gören başkasının işini yapmalıdır¹⁴⁴⁸.

Vekaletsiz iş görmenin diğer bir türü ise caiz olmayan vekaletsiz iş görmedir. Caiz olmayan vekaletsiz iş görme için iş görenin; iş verenin değil kendi çıkarına yönelik hareket etmesi, iş verenin açık rızasına aykırı hareket etmesi, iş görenin bilerek ya da bilmeyerek kendi çıkarına iş görmesi ya da iş verenin vekalet vermemesine rağmen iş görenin kendisine vekalet verilmiş gibi hareket etmesi durumlarında ortaya çıkabilir¹⁴⁴⁹.

Vekaletsiz iş görmede, iş gören vekalet almış gibi hareket etmektedir. Ancak burada farazi bir iradeye dayanıldığı için, iş görenin özen yükümlülüğü artmaktadır¹⁴⁵⁰. Zira, usulüne uygun bir şekilde kurulan vekalet sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları arasında derin bir güven ilişkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte vekaletsiz iş görmede, karşı tarafa duyulması gereken güven söz konusu değildir. Bu durumun vekilin daha özenli davranarak hatalardan olabildiğince kaçınması anlamına gelecektir.

1444 Eren, Özel Hükümler, s. 830.

1445 Eren, Özel Hükümler, s. 830.

1446 Yavuz, s. 752; Zevkliler, s. 181.

1447 Yavuz, s. 747.

1448 Aktaş İncel, s. 134.

1449 Eren, Özel Hükümler, s. 834; Yavuz, s. 749; Zevkliler, s. 181.

1450 Zevkliler, s. 182.

Vekaletsiz iş görme kapsamında görülen işin sonunda, iş sahibi işi beğenmiş ve icazet vermiş olabilir. Bu durumda TBK m. 531 uyarınca, artık vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Öğretiye göre burada iş sahibi tarafından verilen icazet, yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁴⁵¹.

Vekaletsiz iş görme, hekimin sorumluluğu açısından da ortaya çıkabilmektedir. Özellikle acil durumlarda, hastanın varsayılan onamına göre hareket edildiği hallerde hekimin vekaletsiz iş görmeden sorumlu olabilmesi mümkündür. Burada hekimin sorumluluğu ortadan kalkmamakta hatta hekimin tıbbi müdahale sırasında göstermesi gereken özenin yoğunluğu da artmaktadır¹⁴⁵². Örneğin, trafik kazası sonrası bilinci kapalı şekilde hastaneye gelen ve herhangi bir yakınına ulaşamayan bir hastaya derhal müdahale eden hekimin, vekaletsiz iş görme hükümleri kapsamında sorumlu olabilmesi mümkündür. Öğretide de acil durumlarda hekimin vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca sorumlu olabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁵³. Ancak acil durumlarda tıbbi müdahalede bulunulsa dahi, mümkün olan ilk an hastadan veya yakınından aydınlatılmış onam alınması gerekmektedir¹⁴⁵⁴.

Vekaletsiz iş görmenin ortaya çıkabileceği diğer bir durum ise müdahale sırasında müdahalenin genişlemesi halleridir¹⁴⁵⁵. Aslında burada da acil bir durum söz konusudur ancak burada hekim ve hasta arasında müdahale öncesinde usulüne uygun şekilde

1451 Yavuz, s. 757.

1452 Özcanoğlu Görkey, s. 49.

1453 Aktaş İncel, s. 135; Özcanoğlu Görkey, s. 49; Öztürkler, s. 169; Subaşı, s. 128; Şenocak, Hekim, s. 103.

1454 Subaşı, s. 129.

1455 Özcanoğlu Görkey, s. 48; Subaşı, s. 130; Şenocak, Hekim, s. 104.

yapılmış bir sözleşme bulunmaktadır. Ancak müdahalenin konusunun onamın kapsamını aşması gerekmektedir¹⁴⁵⁶. Burada hasta ve hekim arasında kabul edilen müdahalenin sınırları, hastanın menfaatine uygun şekilde aşılmaktadır¹⁴⁵⁷. Müdahalenin genişlemesi nedeniyle vekaletsiz iş görmenin caiz olabilmesi için, hastadan onam alınabilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir¹⁴⁵⁸. Aksi halde gerçek vekaletsiz iş görmenin şartları sağlanmayacaktır. Şayet onamın alınması için tedavi bekletilebiliyorsa da bekletilmeli ve ondan sonra tedaviye devam edilmelidir¹⁴⁵⁹. Son olarak hastanın hayatının tehlikede olduğu durumlar hariç belli bir öneme sahip organların, vekaletsiz iş görme sırasında kabul edilen onamın kapsamına alınması mümkün değildir¹⁴⁶⁰.

Kanaatimizce vekaletsiz iş görme, hastadan veya hastanın yakınlarından, usulüne uygun bir şekilde aydınlatılmış onamın alınmadığı acil durumlarda ortaya çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, acil durumlar söz konusu olsa da hastadan veya hasta yakınından onam alınabiliyorsa, vekaletsiz iş görme söz konusu olmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, vekaletsiz iş görme de görülen işin hastanın yasaklamadığı bir hususa ilişkin olması gerekmektedir¹⁴⁶¹. Aksi halde, caiz olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. Zira daha önce belirttiğimiz üzere, iş verenin açık rızasına aykırı fiiller, vekaletsiz iş görmeyi caiz olmaktan çıkarmaktadır. Ayrıca hastanın açık rızası olduğu bilinmesine rağmen yapılan işlemler, TBK m. 527/2 uyarınca hekimin sorumluluğunu artıracaktır.

1456 Subaşı, s. 130.

1457 Aktaş İncel, s. 137.

1458 Aktaş İncel, s. 137.

1459 Öztürkler, s. 170; Subaşı, s. 130; Şenocak, Hekim, s. 105.

1460 Öztürkler, s. 170; Şenocak, Hekim, s. 105.

1461 Subaşı, s. 132.

II. Hekimin Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu

Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin, ilk olarak culpa in contrahendo sorumluluğunun ne olduğunun açıklanması gerekmektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğu öğretilerde; “ *taraflar arasında sözleşme görüşmelerine başlanmakla oluşan özel güven ilişkisinde, dürüstlük ilkesinden doğan davranış yükümlülüklerine, taraflardan birinin kusurlu davranışıyla aykırı davranmasından doğan zararın, sözleşmeye ilişkin talep olarak tazmini sorumluluğu*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴⁶². Tanımdan da anlaşılacağı üzere culpa in contrahendo, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde sergileyebileceği fiilerden, diğer tarafı koruma amacı gütmektedir¹⁴⁶³. Culpa in contrahendo sorumluluğun dayanağı ise tarafların arasındaki güven ilişkisidir. Öğretilerde culpa in contrahendo sorumluluğu sebebiyle, tarafların birbirlerini aydınlatma yükümlülüğu altına girdiğini savunan görüşlerde bulunmaktadır¹⁴⁶⁴.

Culpa in contrahendo sorumluluğunu teşhis ve tedavi sözleşmeleri açısından değerlendirmek gerekirse, culpa in contrahendo sorumluluğu iki husus bakımından önem arz etmektedir. İlk olarak teşhis ve tedavi sözleşmelerinde genel olarak vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Diğer bir deyişle, taraflar arasında oldukça yoğun güven ilişkisi bulunmaktadır. Ayrıca vekalet sözleşmesinin yapısı gereği, taraflar arasında güven ilişkisinin bulunması bir gerekliliktir. İşte bu güven ilişkisinin korunmasının tarafların aralarındaki güven ilişkisine daha sadık davranmasına katkı sağlayabileceği düşüncesindeyiz. Diğer husus ise teşhis ve tedavi sözleşmelerinde

1462 Antalya, Cilt-1, s. 249.

1463 Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 10. baskı, İstanbul, 2012, s. 38.

1464 Oğuzman/Öz, s. 38.

hekimin hastaya kıyasla oldukça avantajlı bir konumunun bulunmasıdır. Zira oldukça uzun ve meşakkatli bir eğitim sürecini tamamlayan hekimlerin, teşhis ve tedavi sürecine dair hastadan çok daha bilgili olduğu açıktır. İşte hekimin bu avantajlı konumu, hekimin hastanın istediği yoldan ziyade kendi istediği yola yönlendirebilmesine imkân sağlamaktadır. Bu durumda zayıf konumda bulunduğu açık olan hastanın da korunması gerektiği kanaatindeyiz.

Öğretide hekimin culpa in contrahendo sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir¹⁴⁶⁵. Öncelikle culpa in contrahendo sorumluluğu için taraflar arasında bir güven ilişkisinin bulunması gerekmektedir¹⁴⁶⁶. Ayrıca bu güvenin, korunmaya değer bir statüsünün olması gerekmektedir¹⁴⁶⁷. Bu durumda aydınlatma yükümlülüğünün taraflar arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanması ve hekimin hastayı korumakla yükümlü olduğu düşünüldüğünde, hekimin culpa in contrahendo sorumluluğu bulunduğu kabul edilmelidir¹⁴⁶⁸. Hekimin culpa in contrahendo sorumluluğu için hekimin dürüstlük kuralına aykırı davranması gerekmektedir. Konuyu aydınlatma yükümlülüğü açısından değerlendirdiğimizde ise hekimin hastayı tedaviye ikna edebilmek amacıyla hastaya gerçek olmayan bilgileri aktarmasının, hekimin culpa in contrahendo sorumluluğunu tetikleyeceği söylenebilir¹⁴⁶⁹. Zira öğretide, bir tarafın sözleşme görüşmeleri sırasında diğer tarafın iradesini sakatlayacak hareketlerde bulunmasının culpa in contrahendo sorumluluğunu doğuracağı savunulmaktadır¹⁴⁷⁰. Bunun dışında özenli bir şekilde bilgi

1465 Gülal, s. 46.

1466 Demircioğlu, Huriye Reyhan, Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara, 2009, s. 178.

1467 Demircioğlu, s. 181.

1468 Subaşı, s. 126.

1469 Özdemir, Aydınlatma, s. 37.

1470 Demircioğlu, s. 214.

verme yükümlülüğü mevcutken, bu yükümlülüğe uyulmaması da culpa in contrahendo sorumluluğu tetikler nitelikte görülmektedir¹⁴⁷¹.

III. Hekimin İfa Yardımcısının Fiilinden Sorumluluğu

Hekim tıbbi müdahale de bulunurken üçüncü kişilerden yardım alabilir. Yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı doğan zararlardan hekim, TBK m. 66 uyarınca adam çalıştıran sıfatıyla ya da TBK m. 116 uyarınca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu tutulabilir¹⁴⁷². Hekimin buradaki sorumluluğu nitelik olarak sebep sorumluluğudur yani hekim kusursuz olarak sorumlu tutulmaktadır¹⁴⁷³. Yüksek mahkeme kararlarında da hekimin ifa yardımcısının fiillerinden dolayı sorumlu tutulacağı belirtilmektedir¹⁴⁷⁴. Öğretideki bir görüşe göre yardımcı kişinin hastadan aydınlatılmış onam alınmadan önce hastaya tıbbi müdahale uygulaması ya da hastadan usulüne uygun bir şekilde aydınlatılmış onam almaması halinde hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁴⁷⁵. Kanaatimizce hastayı aydınlatma ve hastadan aydınlatılmış onam alınması hekimin şahsi yükümlülüğündedir. Bu görev ancak diğer bir hekime devredilebilir. Ancak bu durumda da hekimin diğer meslektaşının, hastadan usulüne uygun bir şekilde aydınlatılmış onam aldığı hususunda emin olması gerekmektedir¹⁴⁷⁶. Diğer bir deyişle hastayı aydınlatma ve hastadan aydınlatılmış onam alınması bir başkasına emanet edilse de asıl yükümlü olan hekimin, işlemleri düzgün gerçekleştiğini takip etme ve gerekirse eksikleri tamamlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira asıl sorumlu, tedaviyi gerçekleştirmekle yükümlü olan hekimdir.

1471 Demircioğlu, s. 232.

1472 Subaşı, s. 136.

1473 Şenocak, Hekim, s. 113.

1474 Yargıtay 13. H.D., E. 2003/2333, K. 2003/6346, T. 22.05.2003; Yargıtay 13. H.D., E. 2006/7634, K. 2006/10115, T. 19.06.2003, akt. B. Yılmaz, Diş Hekimi, s. 227-228.

1475 Subaşı, s. 137.

1476 Hakeri, Cilt-1, s. 389.

Sonuç

Aydınlatılmış onam, hukukumuzda tıp hukukun gelişmesiyle birlikte oturmuş bir kavram olmakla birlikte nitelik olarak tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir çeşit rızadır. Hukukumuzda aydınlatılmış onam temelini doğrudan Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasından almaktadır. Buna göre hiç kimse rızası dışında ne tıbbi müdahaleye ne de deneylere tabi tutulamaz. Kanun koyucunun amacının hastadan aydınlatılmış onam alınmaksızın hastaya müdahalede bulunulamayacağı olduğu açıktır. Hastadan alınan onamın matbu formlardan ibaret olmaması da kanun koyucunun arzuladığı amacın gerçekleştirilmesinde büyük bir rol oynayacaktır. Uygulamada ise ispat vasıtası olması açısından her türlü müdahaleden önce yazılı olarak onam alınmaktadır. Zira hastanın doğru bir şekilde aydınlatıldığı ve hastadan uygun bir şekilde rıza alındığının ispatı hekimin yükümlülüğündedir. Aksi durumda hekimin hem hukuki hem de cezai sorumluluğu doğabileceği düşünüldüğünde, hekimlerin her türlü tıbbi müdahale öncesinde, hastadan aydınlatılmış onamı yazılı bir şekilde almaya yönelecekleri açıktır. Şayet hasta usulüne uygun olarak aydınlatılmamışsa veya hastadan onam alınmadan tedavi uygulanırsa, tedavi sürecindeki her bir işlem hukuka aykırı duruma gelecektir. Zira hastadan aydınlatılmış onam alınması tedavinin hukuka uygunluk şartıdır. Kanaatimizce teşhis ve tedavi sürecine ilişkin belgelerin saklanması, sürecin yürütüldüğü hastaneye aittir. Anılan hususa ilişkin olarak hastanelerin yeterli bir organizasyon kurarak belgeleri saklaması ve istenildiği zaman bu belgelere ulaşılabilmesini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira tek başına hekime belge saklama yükümlülüğü verilmesi, hekime olağanüstü bir külfet yükleyecektir.

Aydınlatmanın doğru bir şekilde yapıldığı ve buna uygun olarak hastadan onamın alınması kanaatimizce hekimin özen yükümlülüğünden doğmaktadır. Özen yükümlülüğü, hekimin tıbbi müdahalede bulunurken, tıp biliminin genel kabul gören kurallarına uygun bir şekilde davranmasıdır. Hekimin yeterli özeni gösterip göstermediği, kendi uzmanlık seviyesindeki ortalama bir hekimin göstermesi gereken özen seviyesi üzerinden belirlenir. Yeterli özeni göstermesi gereken bir hekim ise tedavi sürecinde hastadan onam alınmasını atlamamalı, yeni bir durum ortaya çıktığında da bu hususa ilişkin olarak hastadan tekrar onam almalıdır. Aydınlatmanın kapsamının önceden belirlenebilmesi mümkün değildir. Zira binlerce hastalık, bu hastalıkların teşhisine ve tedavisine ilişkin tıbbi müdahaleler ile hastaların özel durumları sonucu ortaya çıkabilecek durumlar düşünüldüğünde aydınlatmanın kapsamının net bir şekilde belirlenebilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte sadece tedavinin aydınlatma ve onam alma aşamasında değil her aşamada hekim borcunu özenle ifa etmek durumundadır. İlk olarak teşhis ve öykü aşamasında hekim özenli davranmalıdır zira doğru bir teşhis konulmadığı takdirde, hastadan alınan onam, hastanın gerçek iradesine aykırı hale gelecek ve tedaviyi hukuka aykırı duruma getirecektir.

Kural olarak hastanın aydınlatılması ve hastadan aydınlatılmış onamın alınması zorunlu olsa da istisnai durumlarda hasta aydınlatılmadan ya da hastadan aydınlatılmış onam alınmadan tıbbi müdahalede bulunulabilir. Kimi durumlarda hastanın fiilen aydınlatılması imkânsız olabilir. Örneğin bir trafik kaza sonrası ağır yaralı halde hastaneye getirilen hastanın aydınlatılması fiilen imkansızdır. Bu gibi acil durumlarda hastadan onam alınmaksızın tıbbi müdahaleye uygulanabilir. Ancak bu gibi durumlarda tıbbi müdahale hastanın gerçek iradesine aykırıyla hastaya tıbbi müdahalede bulunulamaz. Kanaatimizce hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu hallerde, ancak hastanın gerçek

iradesinin şüpheye yer bırakmayacak derecede tespit edilebildiği hallerde tıbbi müdahalede bulunulmamalıdır. Bu noktada hasta yakınlarının beyanlarına dahi güvenilemeyeceği düşüncesindeyiz. Zira hasta yakınlarının gerçek niyetlerinin de tam anlamıyla tespiti mümkün değildir. Bununla birlikte hastanın hayati tehlikesi bulunmayan hallerde, tıbbi müdahalede bulunulmadan önce hastanın gerçek iradesinin araştırılması gerekmektedir. Bu gibi durumlarda şayet mümkünse hastanın bilincinin yerine gelmesi beklenilmeli, hastanın bilincinin yerine gelmeyeceği durumlarda ise hasta yakınları ya da alternatif yollarla hastanın iradesi araştırılmalıdır. Son olarak kimi özel durumlarda da hastadan onam alınmaksızın hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilir. Kamu sağlığının öncelendiği durumlar ya da ceza yargılaması sırasında delil tespiti amacıyla yapılan işlemler gibi istisnai hallerde, hastadan onam alınmadan tıbbi müdahalede bulunulabilmesi mümkündür. Bu gibi istisnai durumların mümkün olduğunca dar yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Aydınlatma kuralı olarak hastaya yapılır ancak istisnai hallerde hastanın bir yakınına yapılabileceği gibi yapılamayabilir. Bu durumda onamı imzalayacak olan kimse de aydınlatılan kişi olacaktır. Kural olarak aydınlatılacak kişinin ruhen, ahlaken ve zihnen tedavi sürecini anlayabilmesi ve buna rıza göstererek onamı imzalayabilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte ayırt etme gücüne sahip olmayanların tedavisinde onamın kanuni temsilcileri tarafından imzalanması gündeme gelecektir. Onamın hastanın kanuni temsilcisinden alınacağı durumlarda, mümkün olduğunca hastanın da sürece katılması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle hastanın yaşı nedeniyle tek başına tedaviye onam veremediği hallerde, teşhis ve tedavi sürecine ilişkin olarak hastanın da aydınlatılması gerektiği kanaatindeyiz.

Aydınlatılmış onam hasta veya hastanın kanuni temsilcisi tarafından geri alınabilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. maddesine göre sorumluluğu ve sonuçları hastada olmak üzere hasta tedaviyi her zaman reddedebilir. Hastanın vermiş olduğu onamı geri aldığı takdirde hekimin ne yapacağı hususu öğretilmelidir. Kanaatimizce onam geri alındıktan sonra hekimin hastaya herhangi bir şekilde müdahale de bulunabilmesi mümkün değildir. Hatta bu durum hastanın hayatını kaybetmesiyle sonuçlansa dahi hekimin müdahaleyi derhal bırakması gerekir. Zira sonucu ölümcül de olsa hasta, tedaviyi en başta da reddedebilir. Bu durumda tedavi başladıktan sonra da hastanın tedaviyi reddedebileceği düşüncesindeyiz. Bununla birlikte hastanın verdiği onamı geri alması, şüpheye yer bırakmayacak şekilde hastanın gerçek iradesine dayanmalıdır.

Usulüne uygun şekilde aydınlatılmış onam alınmadan yapılan tıbbi müdahale nedeniyle doğan hukuki sorumluluğa değinmek gerekirse, hastadan aydınlatılmamış onam alınmadan hastaya müdahalede bulunulmasının ayrıca bir tespite gerek kalmaksızın, hekimin kusurlu fiili olduğu söylenebilir. Aydınlatılmış onamın alındığının ispat yükü hekim ve hastanededir. Zira teşhis ve tedavi sürecine ilişkin belgeleri saklama yükümlülüğü hekim ve hastane üzerindedir. Bu durumda görülmekte olan davada, hekim veya hastane, hastadan aydınlatılmış onam alındığını ispatlayamadıkları takdirde bilirkişi incelemesine dahi gerek kalmaksızın kusurlu kabul edilecektir. Bu nedenle uygulamada matbu onam formları alınarak, ileride açılacak olan davalara karşı önlem alınmaktadır. Hastadan aydınlatılmış onamın alınması tek başına kusuru ortadan kaldırmaz, onam aynı zamanda usulüne uygun bir şekilde alınmalıdır. Aksi halde yine hekimin kusurlu fiilinden söz edilebilecektir. Usulüne uygun bir şekilde aydınlatılmış onam alınmaması nedeniyle hasta, manevi zararın yanında maddi zarara da uğrayabilir. Teşhis ve tedavi sonunda

ortaya çıkan ve hastanın hayat planlarının tamamen değişmesine yol açan durumlar ya da hastanın meslek hayatını doğrudan etkileyen bir durumun ortaya çıkması halinde hastanın maddi yönden zarara uğrayacağı da söylenbilir. Ayrıca böyle bir zarara uğrayacağını bilmesi halinde, hastanın tedaviyi tümden reddedebileceği gibi alternatif bir tedavi yöntemini de tercih etmesi söz konusu olabilir. Sonuç olarak hastadan aydınlatılmış onam alınmaması halinde, hastanın hem maddi hem de manevi zarara uğrayabileceği kanaatindeyiz.

II. Kaynakça

ABİK, Yıldız, Canlıdan Organ ve Doku Nakli (Organ Nakli), V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014.

ABİK, Yıldız, Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı (Şans), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.3, s.241-287, 2005.

ABİK, Yıldız, Yoğun Bakımda Bilinci Kapalı Hasta Açısından Hekimin Onam Alma Yükümlülüğü, 3. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Cilt-II, Ankara, 2020.

ACIDUMAN, Ahmet, Tıp Etiği Açısından Kürtaj, V. Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2014.

AKBABA, Zeynep Burcu, Tedaviyi Reddetme Hakkı Kapsamında Covid-19 Aşısının Reddi ve Aşının Reddi Halinde Kişilere Uygulanacak Kısıtlamalar Meselesi, V. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, 1. baskı, Ankara, 2021.

ALTAY, Sabah, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rıza, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2018, s .407-419.

ALTUNDİŞ, Mehmet, Tıbbi Kişisel Verilerin Tutulması ve Korunması Yükümlülüğü ve İdarenin Bu Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinden Doğan Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:28, s.313-351, 2016.

ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:V/1,1, 2. baskı, Ankara, 2019.

ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:V/1,2, 2. baskı, Ankara, 2019.

ARAL, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, 2015.

ARSLAN, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder/ **TAŞPINAR AYVAZ**, Sema, İcra ve İflas Hukuku, 3. baskı, Ankara, 2017.

ASLAN, Zehreddin, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2. baskı, Ankara, 2020.

ATAÇ, Adnan/**UÇAR**, Muharrem, Organ Aktarımları ve dağıtımı ile İlgili Temel Etik Sorunlar, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014.

AYDIN, Aslı, Açlık Grevlerine Yapılan Tıbbi Müdahaleler ve Türk Ceza Hukuk Açısından Bir Değerlendirme, IV. Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2018, s. 162-217.

BAADER, Gerhard/**LEDERER**, Susan E./**LOW**, Morris/**SCHMALTZ**, Florian/**V. SCHWERİN**, Alexander, "Pathways to Human Experimentation, 1933-1945: Germany, Japan, and the United States, Osiris, Y. 2005, C. 20, S. 2, s. 205–231.

BADUR, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, 1. baskı, Ankara, 2017.

BARLIOĞLU, Hüseyin Cem, Tıbbi Malpraktis, 3. baskı, Ankara, 2022.

BATUR Özçetin, Arzu, Kompozit Doku Naklinin Ülkemizdeki Uygulaması ve Yasal Durumlar, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014.

BİGGS, Hazel, Hekimin Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, s. 53-65, 2008.

BORAN, Bedia, Aydınlatılmış Onam, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, s. 85-104, 2007.

ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003.

ÇAMCI, Melih, Acil Durumlarda Bilgilendirilmiş Rıza, Bilgilendirilmiş Rıza, Ankara, 2020, s.359-372.

ÇELİK, Ahmet Çelik, Bedensel Zararlar (Bedensel), 2. baskı, Ankara, 2021.

ÇELİK AHMET ÇELİK, Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı (Zamanaşımı), 3. baskı, Ankara, 2018.

ÇELİK, Deniz/ **PAKİŞ**, Işıl, Avukatların Aydınlatılmış Onama İlişkin Görüş ve Farkındalıkları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 33, S. 149, s.187-208, 2020.

ÇOŞKUN, Yuzarsif Selçuk, Cerrahide Aydınlatılmış Onam, 1. baskı, Ankara, 2023.

DEMİR, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları (Sözleşme Sorumluluğu), Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, s. 153-161, 2007.

DEMİR, Mehmet, Tıbbi Sorumluluk Hukuku (Tıbbi Sorumluluk), 2. baskı, Ankara, 2020.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara, 2009.

DEĞDAŞ, Ulaş Can, Hatalı Tıbbi Uygulamadan Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.6, 2018, s. 41-65.

DOĞAN, Cahid, Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır Saklama Mükellefiyeti (Sır), Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. Baskı, Ankara, 2007.

DOĞAN, Cahid, Ksenotransplantasyon (Organ), V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014.

DOĞRAMACI, Yakup Gökhan/**ERKOL**, Zehra Zerrin, Ceza Yargılamasında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasında Kişinin Rızanın Olmaması Durumu, II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2015, s. 175.

DOĞRAMACI, Yakup Gökhan, Tıbbi Uygulamadan Kaynaklanan Manevi Tazminat, 1. Baskı, Ankara, 2022.

DÖLEN, İsmail, Tıbbi Açından Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük Nedir, V. Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2014.

DÖNMEZ, Gökhan/**CAN**, Yunus, Dünyada ve Türkiye'de Covid-19 Pandemisi Döneminde Geliştirilen Kamu Politikaları: Karşılaştırmalı Bir İnceleme, 1. Baskı, Ankara, 2022.

DÖNMEZ, Ünsal/ **GÜLLÜ**, Gözdenur, Covid-19 Gelişmeleri Karşısında Zorunlu aşı uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları, Ankara, 2021.

EFE, Gözde/ **ATİK**, Gizem/ **BERBER**, Tunahan, Ötenazinin Türkiye'deki Tıbbi Hukuki ve Sosyal Yönleri, Adli Bilimciler Derneği 2. Sağlık Kongresi, 1. baskı, Ankara, 2015.

ER, Ahmet/**TOPAÇ**, Ömür/**KAYGUSUZ**, Serap, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Cezai ve İdari Sorumluluk, 1. baskı, Ankara, 2021.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 18. baskı, Ankara, 2015.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), 4. baskı, Ankara, 2017.

FEYZİOĞLU, Metin, Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, Ankara, 2008, s. 311-319.

FINLAYSON, James, Ancient Egyptian Medicine, The British Medical Journal, Y. 1893, C. 1, S. 1684, s. 748-752.

KALABALIK, Halil, İdare Hukuku Dersleri Cilt-II, 5.baskı, Ankara, 2021.

KANGAL, Zeynel T., Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, GÜHFD, Y. 15, S. 4., s. 223-251.

KAV, Sultan/**HANOĞLU**, Ziyafet/**ALGIER**, Lale, Türkiye'de Kanserli Hastalarda Tamamlayıcı ve Alternatif Tedavi Yöntemlerinin Kullanımı: Literatür Taraması, Uluslararası Hematoloji Onkoloji Dergisi, Y. 2008, C. 18, S. 1, s. 32-38.

KAYIHAN, Şaban, Kişiler Hukuku, 1. baskı, Ankara, 2022.

KESKİN, Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, 2016.

KESKİN, Dilşah/**ERDOĞAN**, İhsan, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), 2. baskı, Ankara, 2019.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. baskı, Ankara, 2020.

KILIÇOĞLU, Mustafa, Tazminat Hukuku, 5. baskı, Ankara, 2014.

KIRICI BERBER, Nurcan/**KILIÇ**, Talat, Astım-KOAH Overlap Sendromu, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, Y. 2017, C. 26, S. 4, s.468-482.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan hukuki ve Cezai Sorumluluk, 4. baskı, Ankara, 2022.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt-II, 3. Baskı, Bursa, 2019.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/**GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 11. baskı, Ankara, 2016.

GÜLEL, İlhan Tıbbi Müdahaleye Rıza, 1. baskı, Ankara, 2018.

GÜRÇAN, Merve, Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi Estetik Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, 1. baskı, Ankara, 2020.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. baskı, Ankara, 2015.

HAKERİ, Hakan, Kadavradan Organ Nakli ve Hukuki Sorunlar, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014.

HAKERİ, Hakan, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, s. 161-171, 2008.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, 25. baskı, Ankara, 2022.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Özel Hükümler Cilt-II, 25. baskı, Ankara, 2022.

HANCI, İ. Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 1. baskı, Ankara, 2002.

HATEMİ, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre, K., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. baskı, İstanbul, 2011.

İŞLETEN, Mehtap İpek, Kişilik Hakları Bakımından Ötenazi, IV. Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2018, s.709-718.

MARİNER, Wendy, K., Informed Consent İn The Post-Modern Era, Law & Social Inquiry, Y. 1998, , s. 385-406.

NART, Serdar, Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu, 2. baskı, Ankara, 2020.

NARTER, Sami, Tazminat Hukuku, 1. baskı, Ankara, 2014.

NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku genel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul, 2020.

OĞUZMAN, M. Kemal/**BARLAS**, Nami, 20. Baskı, Medeni Hukuk, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 10. baskı, İstanbul, 2012.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2003, C. 52, S. 3.

ÖRNEK BÜKEN, Nükhet, Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, Ankara, 2008.

ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu, Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi ve Manevi Zararların İngiliz Hukukuna Göre Tazmini, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, C. 66, S. 1, s. 49-72.

ÖZCANOĞLU GÖRKEY, Ayşe Betül, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2002.

ÖZÇETİN, Selvi/**BALABAN**, Murat, Sağlık Hukuk, 2. baskı, Ankara, 2015.

ÖZDEMİR, Gençer, Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu, 1. baskı, Ankara, 2021.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğu (Aydınlatma), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, C. 12, S. 3-4, s. 347-379.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Sorumluluk), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S.1, s.33-81, 2016.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi (Tıbbi Sorumluluk), Ankara, 2017.

ÖZDEMİR, Selman, Bilirkişi İncelemesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. baskı, Ankara, 2022.

ÖZLÜ, Tevfik, Hasta-Hekim İlişkisi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, s. 65-70, 2008.

ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. baskı, Ankara, 2017.

ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 1. baskı, Ankara, 2003.

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul, 2014.

RUHİ, Ahmet Cemal/**RUHİ**, Canan, Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, 1. baskı, Ankara, 2018.

ŞAHİN, Mehmet, Nürnberg Mahkemeleri Üzerine Bir İnceleme, Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Y. 2010, C. 2, S. 1, s. 49-61.

SERT, Gürkan, Tıp Hukuku ve Etiği Derslerine Giriş, 1. baskı, Ankara, 2020.

ŞENOCAK, Kemal, Covid-19 Küresel Salgının Hukuktaki Yansımaları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-I, Ankara, 2021.

ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, (Hekim), Ankara, 1988.

ŞENOCAK, Zarife, Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası, (Küçük) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S. 4, 2001.

SOMER, Pervin/**VATANOĞLU LUTZ**, E. Elif, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin Hukuki ve Etik Açından Değerlendirilmesi, Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, 2017, C. 22, S. 1, s. 58-65.

SOYASLAN, Doğan, Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1. baskı, Ankara, 2008.

SÖĞÜT, İpek Sevda, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam Sorunu, II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2015, s. 177.

SUBAŞI, İlhan, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü/ Aydınlatılmış Onam/ Tazminat Sorumluluğu, Ankara, 2016.

SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. baskı, Ankara, 2020.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 14. baskı, İstanbul, 2017.

ÜMİT, Ceyda, Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8, Sayı:32, s. 197-246, 2017.

ÜNVER, Yener, Tıp/Sağlık Hukuku, 1. baskı, Ankara, 2014.

TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 1. baskı, İstanbul, 2011.

TALHAOĞLU, Dilek, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tedavi Uygulamaları, Bütünleyici ve Anadolu Tıbbi Dergisi, Y. 2021, C. 3, S. 1, s. 16-29.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987.

TANRIVERDİ, Ayşe Almıla/ **BARLIOĞLU**, Hüseyin Cem/ **ABA HARMANCI**, Fatma, Defansif Tıp, Ankara, 2020.

TEYİN, Aslıhan/**ERDAR BİLGİN**, Umut/**AKTAŞ**, Ekin Özgür/**KOÇAK**, Aytaç, Aydınlatılmış Onam Konusunda Hekimlerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, 1. Baskı, Ankara, s. 333-348, 2011.

TEYİN, Aslıhan/**ÇINARLI**, Serkan, İdarenin Sağlık Hizmeti Sunumunda, Tıbbi Müdahale Öncesinde Hastanın Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü Karşısında Müdahalenin Genişletilmesi Uygulamasının Tartışılması, II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2015, s. 150-162.

TOKER, Evin, Diş Hekimliğinde Kayıt Tutma Zorunluluğu, II. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2015, s. 131-136.

TRAMBAILOLO, Daniel, Native and Foreign in Tokugawa, The Journal of Japanese Studies , Y. 2013, C. 39, S. 2, s. 299-324.

ULUSOY, Ali, Dursun, 4. baskı, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2021.

ULUTÜRK, Hande, Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi, s.1. baskı, Ankara, 2014.

ÜREKLİ, Bilge Nur, Malpraktis-Komplikasyon İlişkisi ve Hekimin Taksirli Eylem Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2018, s. 420-440.

VAROL, Şemsettin, Ötenazi ve Kürtaj, 1. baskı, Ankara, 2022.

VEATCH, Robert M. Abandoning Informed Consent, The Hastings Center Report, Y. 1995, C. 25, S. 2, s. 5-12.

VERCLER, Christian J., Ethical Issues in Face Transplantation, American Medical Association Journal of Ethics, 2010, C. 12, S. 5, s. 378-382.

WEİNDİNG, Paul, Bulletin of the History of Medicine Vol. 75, S. 1, s. 37-71, The Johns Hopkins University Press, 2001.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, 5. baskı, İstanbul, 1997.

YILDIZ, Pervin, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ankara, 2014, s. 191- 213.

YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 4. baskı, Ankara, 2020.

YILMAZ, Battal, Yargıtay Uygulamasında Dış Hekiminin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2021.

YÜZBAŞIOĞLU, Cihan, İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, 1. baskı, İstanbul, 2020.

YÜZBAŞIOĞLU, Erdal, Kornea Naklinde Hukuki Sorunlar, V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2014.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://www.aa.com.tr>

<https://www.encyclopedia.com> > .

<https://www.ntv.com.tr>

www.lexpera.com.tr

<https://hsgm.saglik.gov.tr>

<https://sozluk.gov.tr/>

UYAP Erişim

<https://www.turkcebilgi.org>

ÖZET

Dünya tarihinde yaşanan üzücü olaylar sonrasında, yaşanan acıların tekrar yaşanmaması için çeşitli önlemler alınmaktadır. Aydınlatılmış onam, özellikle 2. Dünya Savaşı'nda yaşanan üzücü olaylara karşı hukuki bir önlemdir. Bu önemi nedeniyle aydınlatılmış onam alınması zorunluluğu, bizzat Anayasa'da düzenlenmektedir. Tıbbi müdahale öncesinde Aydınlatılmış onam alınarak, kişilerin kendi iradeleri dışında tıbbi müdahaleye tabi tutulmalarının önüne geçilmektedir. Kişilerin doğru karar verebilmeleri ise, teşhis ve tedavi sürecine ilişkin olarak yeterli düzeyde aydınlatılmalarına ve buna uygun olarak kendilerinden onam alınmasına bağlıdır. Bu anlamda kendisinden onam alınacak kişinin, kendisine yapılan aydınlatmayı kavrayacak ve tıbbi müdahaleye ilişkin doğru kararı alacak düzeyde olması gerekir.

Aydınlatılmış onama ilişkin olarak sadece Anayasa'da değil birçok farklı mevzuatta düzenlemeler bulunmaktadır. Hem hastanın nasıl aydınlatılacağı hem de hastadan ne şekilde onam alınacağı hususu detaylı şekilde düzenlenmektedir. Ancak aydınlatma ve onam almanın kapsamı ve şekli, somut olaylara göre değişiklik göstermektedir. Bu anlamda aydınlatılmış onama ilişkin düzenlemelerin, çerçeve düzenlemeler rolünde olduğu söylenebilir. Son olarak hastadan aydınlatılmış onam alınmadan tıbbi müdahalede bulunulması halinde hekimin hem hukuki hem de cezai sorumluluğu söz konusudur. Hatalı tıbbi müdahalelere ilişkin yargılamalarda temel hareket noktası ise tıbbi standartlara uygun bir şekilde müdahalede bulunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Aydınlatma, aydınlatılmış onam, hasta, hekim.

ABSTRACT

After sad events in the history of the world, various measures are taken to prevent the sufferings experienced from happening again. Informed consent is a legal measure especially against the sad event that happened in World War II. Due to this importance, informed consent is regulated in the constitution itself. By obtaining informed consent before medical intervention, it is prevented that people are subjected to medical intervention against their will. The ability of people to make the right decision depends on their being adequately enlightened about the treatment process and obtaining consent from them accordingly. Because of this, the person who is deciding the fate of treatment, must be at a level to comprehend the clarification made to him and to make the right decision about medical intervention.

There are regulations not only in the Constitution but also in many different legislations. There are detailed regulations on how to inform the patient and how to obtain consent from the patient. However, the scope and form of clarification and consent will vary according to concrete cases. In this sense, it can be said that the arrangements for informed consent have the role of framework arrangements. Finally, if medical intervention is performed without informed consent from the patient, both civil and criminal responsibility of the medical doctor will arise. The main point of departure in the proceedings regarding erroneous medical interventions will be to intervene in accordance with medical standards.

Key Words: Informing, Informed consent, patient, medical doctor