

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALEDE BULUNMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI

DOKTORA TEZİ
İŞİL GÜNEY TUNALI
1410050307

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. İLHAN ULUSAN

Mayıs 2019

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALEDE BULUNMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI

DOKTORA TEZİ

İŞİL GÜNEY TUNALI

1410050307

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. İLHAN ULUSAN

Jüri Üyeleri: Prof. Dr. M. TURGUT ÖZ

Prof. Dr. M. TUFAN ÖĞÜZ

Prof. Dr. ATILLA ALTOP

Prof. M. SERKAN ERGÜNE

Mayıs 2019

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	x
ÖZET.....	xiii
ABSTRACT	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE, HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, TIBBİ MÜDAHALE SÜRECİNDE HAKLAR VE YÜKÜMLÜLÜKLER, HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ

I. TIBBİ MÜDAHALE	13
A. Kavram	13
B. Tarihsel Süreç	17
1. Tıptaki Gelişmelere İlişkin	17
2. Tıbbi Müdahalelere Yönelik Hukuki Yaklaşımlara İlişkin	19
3. Hekim- Hasta İlişkisinin Niteliğine İlişkin	22
C. Tıbbi Müdahalenin Unsurları	26
D. Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Kaynakları Olarak Kanun ve Sözleşme	27
E. Tıbbi Müdahale Türleri	32
1. Genel Ayrılımlar	32
2. Tanıya Yönelik Müdahaleler	34
3. Tedaviye Yönelik Müdahaleler	36
4. Koruma Amaçlı Müdahaleler	38
5. Kanundan Kaynaklanan Tespit Amaçlı Müdahaleler	38
6. Özellikli Bazı Müdahaleler	41
a. Estetik Amaçlı Müdahaleler	41
b. Organ ve Doku Nakilleri	43
c. Gebelik Sonlandırmaları	46

d. Sterilizasyon ve Kastrasyon.....	49
e. Üremeye Yardımcı Tedaviler.....	52
f. Prenatal Tarama ve Tanı Testleri	54
g. Cinsiyet Değişikliğine Yönelik Müdahaleler	54

II. HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ..... 56

A. Kamu Hizmetinin Sunulması	58
B. Tıbbi Müdahale Sözleşmesi	62
1. Genel Olarak.....	62
2. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	68
a. Sui Generis Sözleşme Olduğu Görüşü.....	68
b. Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü.....	70
c. Eser Sözleşmesi Olduğu Görüşü.....	74
d. Vekalet Sözleşmesi Olduğu Görüşü	80
3. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Kurulması	88
4. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Tarafları	96
5. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Kapsamı	100
6. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	104
a. İfa İle	105
(1) İfa Konusu	106
(2) İfa Yeri ve Zamanı.....	108
b. Taraflardan Birinin Ölümü, Ehliyetini Kaybetmesi veya İflası İle	111
c. Azil veya İstifa İle.....	113
C. Vekaletsiz İş Görme	116
1. Türleri ve Unsurları	116
2. Vekaletsiz İş Görme Kapsamında Ele Alınan Tıbbi Müdahaleler	118
D. Haksız Fiil	119

III. TIBBİ MÜDAHALE SÜRECİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ, HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ 122

A. Hekimin Hak ve Yükümlülükleri.....	124
1. Hekimin Hakları	124
a. Sağlıklı ve Güvenli Bir Ortamda Çalışma Hakkı	126
b. Dinlenme Hakkı.....	128
c. Bilimsel Tıbbi Gelişmeleri İzleme ve Çağdaş Yöntemleri Uygulama Hakkı	129
d. Çalışma Ekibini Seçme ve Danışma Hakkı	129
e. Hastadan İşbirliği Bekleme Hakkı	131
f. Hastadan Saygı ve Güven Bekleme Hakkı.....	132
g. İyileşme Garantisi Vermeme Hakkı	132

h. Makul Sayıda Hasta Bakma ve Hastasına Yeterli Zamanı Ayırma Hakkı ...	133
i. Yaptığı İşin Karşılığında Ücret Talep Etme Hakkı	134
j. Mesleğini Serbestçe İcra Etme Hakkı.....	135
k. Tıbbi Müdahaleyi Tamamen ya da Kısmen Üstlenmeme veya Yarım Bırakma Hakkı.....	136
2. Hekimin Yükümlülükleri.....	139
a. Öykü Alma ve Muayene Yükümlülüğü	143
b. Tanı Koyma Yükümlülüğü	145
c. Tedavi Yükümlülüğü	149
d. Hastanın Rızasını Alma ve Bilgilendirme Yükümlülüğü.....	152
e. Kişisel Edim Yükümlülüğü.....	153
f. Özen Yükümlülüğü	154
g. Konsültasyon Önerme ve Konsültasyon Talebini Kabul Etme Yükümlülüğü	158
h. Tedaviyi Üstlenmekten Kaçınma ve Tedaviyi Durdurma Yükümlülüğü.....	159
B. Hastanın Hakları ve Yükümlülükleri	160
1. Hastanın Hakları	161
a. Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı	166
b. Tıbbi Gereklere Uygun Tanı, Tedavi ve Bakım Hakkı	169
c. Rızası Olmaksızın Tıbbi Müdahaleye Tabi Tutulmama Hakkı	169
d. Bilgilenme Hakkı.....	170
e. Sağlık Kuruluşunu, Hekimi ve Personeli Seçme ve Değiştirme Hakkı.....	171
f. Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı.....	173
g. Müracaat, Şikayet ve Dava Hakkı	173
2-Hastanın Yükümlülükleri	174
a. Hastalıkla İlgili Belirti ve Bulguları Bildirme Yükümlülüğü	177
b. Muayeneye, Tanı ve Tedavi Yöntemine Katlanma Yükümlülüğü	178
c. Hekimin Tavsiyelerine Uyuma Yükümlülüğü.....	180
d. Ücret Ödeme Yükümlülüğü.....	181
e. Diğer Yükümlülükler.....	185
C. Hekimin Mesleki Özerkliği	187
1. Kavram ve İçerik	187
2. Hekimin Tedavi Özgürlüğü.....	190

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALENİN KOŞULLARI

I. TIBBİ MÜDAHALELERDE GENEL NİTELİKLİ HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK RIZA UNSURU VE İSTİSNALARI

A. Hukuka Uygunluk Nedenlerine İlişkin Genel Açıklamalar

B.Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası	202
1. Rızaya İlişkin Yasal Düzenlemeler	205
2. Geçerli Rızanın Koşulları	208
a. Genel Kurallar	208
b. Rıza Açıklama Yetkisi	214
(1) Rıza Açıklama Yetkisine İlişkin Bazı Özel Düzenlemeler	223
c. Hastanın Aydınlatılmış Olması	226
(1) Aydınlatmaya İlişkin Yasal ve Mesleki Etik Düzenlemeler	232
(2) Aydınlatmanın Genişliği ve Türleri	235
(a) Tedavi Aydınlatması	236
(b) Risk Aydınlatması	239
(c) Süreç Aydınlatması	244
(3) Aydınlatmanın Zamanı	246
(4) Aydınlatmanın Yapılmayabileceği Durumlar	247
(5) Aydınlatmaya Özet Bakış ve Yargıtay'ın Yaklaşımı	249
d. Rızanın Şekli	254
4. Varsayılan Rıza	258
5. Hasta Vekaleti ve Hasta Talimatı	260
a. Hasta Vekaleti	260
b. Hasta Talimatı	261
C. Rızanın Aranmadığı Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Nedenleri	264
1. Üstün Özel Yarar	266
2. Üstün Kamusal Yarar ve Kanunun Verdiği Yetki	269
D. Rızanın Aranmadığı Bazı Tıbbi Müdahaleler	272
1. Acil ve Zorunlu Hallerdeki Tıbbi Müdahaleler	272
2. Ameliyatın Genişletilmesi	276
3. Kamu Sağlığının Korunması Amacıyla Toplumun Tümüne veya Belirli Bir Kesimine Yönelik Önleyici ve İyileştirici Nitelikli Müdahaleler	278
4. Ceza Hukukundan Kaynaklanan Müdahaleler	280
5. Açlık Grevlerindeki Tıbbi Müdahaleler	287
6. Tutukevi ve İnfaz Kurumlarında Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler	289
7. Kısıtlılara ve Toplum İçin Tehlike Oluşturan Kişilere Yönelik Tıbbi Müdahaleler	291
8. Küçüklere Uygulanan Koruyucu Tedavi Tedbirleri	294
9. Soybağının Tespitine Yönelik Davalarda Doku Alınması	295

II. TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUĞU İÇİN ARANAN DİĞER UNSURLAR	297
A. Tıbbi Müdahalede Bulunma Yetkisi	299
1. Mesleki Koşullar	300
a. Tıp Fakültesi Mezunu Olmak	301
b. Tabip Odasına Kayıtlı Bulunmak	302

c. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici ya da Sürekli Engel Hali Bulunmamak	302
d. Uzmanlık.....	303
B. Tıbbi Müdahalenin Hukuken Öngörölmüş Amaçlara Yönelmiş Olması - Endikasyon Bulunması	308
1. Tıbbi Müdahalelere Dayanak Teşkil Eden Yasal Düzenlemeler	309
2. Endikasyon	311
3. Tıbbi Endikasyonu Olmayan Müdahaleler.....	314
C. Müdahalenin Tıp Biliminin İlke ve Kurallarına Uygun Olarak Gerçekleştirilmesi	320
1. Genel Olarak.....	320
2. Tıbbi Standart	323
a. Farklı Yöntemlerin Varlığı.....	323
b. Uzmanlık Alanının Etkisi	325
c. Ülkenin ve Bölgenin Gelişmişlik Düzeyi	325
d. Bilimsel ve Teknolojik İlerlemelerin Etkisi.....	327
e. Tıbbi Standardı Belirlemeye Yönelik Rehberler	328

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALESİNE SINIRLAMA GETİREN VE MÜDAHALEDEN KAÇINMASINA YOL AÇABİLEN DURUMLAR

I. GENEL AÇIKLAMALAR.....	330
II. HASTA KAYNAKLI SINIRLAMALAR.....	332
A. Tedaviyi Ret veya Durdurma Hakkının Kullanılması.....	332
1. Hastanın Tedaviyi Reddetmesi.....	333
a. İlgili Yasal ve Etik Düzenlemeler.....	334
b. İnançlar Gereği Tedavinin Reddi.....	335
c. Açlık Grevlerinde Tedavinin Reddi.....	337
d. Tutuklu ve Mahkumların Tedaviyi Reddi	340
e. Terminal Dönemdeki Hastaların Tedaviyi Reddi	342
f. Hastanın Tedaviyi Reddi Karşısında Hekimden Beklenen Tutum.....	347
g. Tedavinin Kısmen Reddi	350
h. Tedavinin Reddinin Kayıt Altına Alınması	353
i. Hastanın Tedaviyi Reddine Toplu Bakış ve Bazı Değerlendirmeler.....	354
2. Yasal Temsilcinin - Hastaya Bakmakla Yükümlü Kişinin Tedaviyi Reddetmesi	356
a. Ebeveynin Tedaviyi Reddetmesi	357

(1) Ebeveynce Aşı Uygulamasının Reddine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları	362
b.Vasinin Tedaviyi Reddetmesi.....	369
3. Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüklerin ve Gençlerin Tedaviyi Reddetmesi	372
4. Gebeliğin Sonlandırılmasına Rıza Gösterilmemesi	375
5.Gebe Kadının Tedaviyi Reddetmesi.....	378
B. Hastanın Vermiş Olduğu Rızanın Kapsamı	381
C. Rızanın Yokluğunda ya da Sınırlarının Zorunlu Olarak Aşılmasında Müdahalenin Boyutları.....	385
1. Beklenmedik Şekilde Ortaya Çıkan Acil Durumlarda	385
2.Ameliyatın Genişletilmesi Gerektiğinde	387
a.Genişletme Olasılığının Öngörülebilir Olması	388
b. Anestezi Yönteminin Etkisi	390
3. Yakınlarının Rızası Aranmaksızın Ölüden Organ Alınması.....	392
D. Hastanın Yeterli ve İspat Edilebilir Şekilde Aydınlatılmasının Mümkün Olmaması	395
1. Aydınlatmaya İlişkin İspat Külfeti	398
2.Yazılı Rıza Formlarının Geçerliliği Sorunu	403
3.Yetersiz Aydınlatma İddiası Karşısında İleri Sürülebilecek Hususlar	406
4. Hastanın Algı Seviyesi ile Uyumlu Aydınlatma Sorunu.....	408
5. Hatalı Aydınlatma	413
6.Aydınlatmaya İlişkin Beklentiler Hakkında Değerlendirmelerimiz.....	414
III. KANUNDAN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR.....	419
A. Organ Nakline İlişkin Sınırlamalar	420
B. Gebelik Sonlandırmasına İlişkin Sınırlamalar.....	427
C.Sterilizasyona İlişkin Sınırlamalar	430
D.Üremeye Yardımcı Yöntemlere İlişkin Sınırlamalar	432
E. Cinsiyet Değiştirici Müdahalelere İlişkin Sınırlamalar	433
F. Cerrahi Müdahalelere İlişkin Sınırlamalar.....	434
G. Yargılama Hukuku Uyarınca Gerçekleştirilen Müdahalelere İlişkin Sınırlamalar	435
H. Personel, Fiziksel Koşullar ve Donanıma İlişkin Çeşitli Sınırlamalar.....	438

IV. TIBBİ DURUMDAN KAYNAKLANAN OBJEKTİF NİTELİKLİ SINIRLAMALAR	440
A. Müdahalede Endikasyon Bulunmaması	440
1. Cerrahi Müdahalelerde Operabilite	442
2. Tıbbi Endikasyonu Olmayan Müdahaleler.....	442
3. Endikasyonun Kişinin Durumuna Bağlı Olarak Değişkenlik Göstermesi	447
4. İsteğe Bağlı (Elektif) Sezaryen Sorunsalı.....	447
B. Müdahalenin Kontrendike Olması veya Tıbben Zorlayıcı Bir Nedenin Ortaya Çıkması	451
C. Gerekli Tıbbi Standardın Sağlanamadığı Haller	454
1. Tıbbi Standarda Bağlı Kalma Zorunluluğu	454
2. Yaygın Kabul Görmeyen Yöntemlerin Uygulanabilirliği.....	455
3. Uzmanlık Alanının Etkisi	457
4. Ortalama Standardın Üstündeki Yeteneklerin Uygulanması Sorunsalı	457
5. Fiziksel ve Teknik İmkanlar	458
a. Objektif Tıbbi Standardın Sağlanabilirliği.....	461
b. Hekimin Fiziksel ve Teknik Yetersizlikler ile Personelin Yetersizliklerinden Sorumlu Olması	461
D. Tıbbi Müdahalelerin Gerçekleştirilmesi Bağlamında İmkansızlık Hali	462
1. İmkansızlık Kavramı	462
2. Tıbbi Müdahalelerde İmkansızlık	465
3. Acil Hastaların Müdahalesiz Bırakılmama Zorunluluğu	470
E. Hasta İçin Tıbbi Müdahaleden Fayda Beklentisinin Olmaması	473
1. Şifa Umudu Kalmamış Hastalar	474
2. Tedaviye Cevap Vermeyen Olgular	481
3. Ağır Özürlü Yenidoğanlar	482
V. HEKİM KAYNAKLI SUBJEKTİF UNSURLAR VE SINIRLAMALAR..	490
A. Hekimin Müdahaleyi Gerçekleştirme Bakımından Yetkili Olmaması	491
1. Uzmanlık Alanının Etkisi	491
2. Uzmanlık Dışı Acil Durumlara Müdahale	494
3. Konsültasyon İstemi	495
B. Hekimin Müdahaleyi Gerçekleştirme Hususunda Kendini Yeterli Görmemesi ve Üstlenme Kusuru.....	497
C. Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaçınma ve Hastayı Ret Hakkını Kullanması	501
1. Hastanın Reddinde Ayrımcılık Yasağı.....	507
2. Acil Durumlarda Müdahale Zorunluluğu.....	508
3. Hekimin Hastayı Reddetmesine Yol Açan Nedenler	512

a. Tıbbi Müdahalenin Hekimin Vicdanıyla Çelişmesi.....	513
b. Hastanın Tıbbi Müdahale Sürecinde Hekimle İşbirliği Yapmaması	518
c. Hastanın Ücret Ödememesi	522
d. Hekim ile Hasta Arasındaki Güven İlişkisinin Sarsılmış Olması.....	524
e. Diğer Hastaların Haklarını Koruma Kaygısı	529
f. Hastanın Enfeksiyon Taşıyıcılığı	533
E. Defansif Tıp Uygulamaları ve Yol Açtığı Sorunlar	539
SONUÇ.....	544
KAYNAKÇA	589



KISALTMALAR

AAP: American Academy of Pediatrics (Amerikan Pediatri Akademisi)

Acil Servis Tebliği: Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ

age: adı geçen eser

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AMK: Alman Medeni Kanunu

ASKOM: Acil Sağlık Hizmetleri Koordinasyon Komisyonu

AY: Anayasa

AYİM: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

AYM: Anayasa Mahkemesi

Beden Muayenesi Yönetmeliği: Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)

BGE: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)

BGH: Bundesgerichtshof (Alman Federal Yüksek Mahkemesi)

Biyotıp Sözleşmesi: Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi)

Bkz: bakınız

BMJ: British Medical Journal

ÇİK: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

Çev: Çeviri

ÇKK: Çocuk Koruma Kanunu

dn: dipnot

DNA: Deoksiribonukleik Asit

E: Esas

Ed: Editör

GSS: Genel Sağlık Sigortası

HD : Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

HHY : Hasta Hakları Yönetmeliği

HIV: Human Immunodeficiency Virus (İnsan immün yetmezlik virüsü)

HMEK: Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Hrsg: herausgegeben

ICSI: Intracytoplasmic sperm injection (mikroenjeksiyon)

IVF: İn vitro fertilizasyon

K: Karar

kn: kenar numarası

L/U: Laufs / Uhlenbruck

m: madde

MüKoBGB: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

Nüfus Planlama Kanunu: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

OLG: Oberlandsgericht (Eyalet Üst Mahkemesi)

Organ Nakli Kanunu: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun

§: paragraf

Rahim Tahliyesi Tüzüğü: Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük

RG: Resmi Gazete

s: sayfa

S: Sayı

SGK: Sosyal Güvenlik Kurumu

SUT: Sağlık Uygulama Tebliği

T: Tarih

Tababet Kanunu: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TCK: Türk Ceza Kanunu

TDN: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

TMK: Türk Medeni Kanunu

TTB: Türk Tabipleri Birliği

UHK: Umumi Hıfzıssıhha Kanunu

Üreme Yönetmeliği: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik

ÜYTE: Üremeye Yardımcı Tedavi

v: versus (karşı)

vb.: ve bunun gibi

vd: ve devamı

WHO: World Health Organization (Dünya Sağlık Örgütü)

YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

Üniversite : İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Danışmanı : Prof. Dr. M. İlhan ULUSAN
Tez Türü ve Tarihi : Doktora – Nisan 2019

ÖZET

Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları

Işıl Güney Tunalı

Tıbbın başlıca amacı ve dolayısıyla hekimlerin de öncelikli görevi, insan yaşamının ve sağlığının korunmasını ve iyileştirilmesini sağlamaktır. Hekimler mesleklerini hasta üzerinde tıbbi müdahaleler gerçekleştirme yoluyla icra ederler. Tıbbi müdahale, genel hatlarıyla, bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak ya da olumsuz etkilerini en aza indirmek için, en basit tanı ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her türlü faaliyet olarak tanımlanmaktadır.

Hekim hasta arası ilişkilere binlerce yıldır hakim olan modelde hastanın yaşamı ve sağlığı, hekimler tarafından korunması gereken en üstün değer olarak görülmüş ve tüm mesleki çabalar bunun sağlanmasına yönelmiştir. Yirminci yüzyılda yaşanan bilimsel ve teknolojik ilerlemelerin etkisiyle yeni yöntemlerin tıp uygulamasına girmesi, iletişimde yaşanan devrimsel nitelikteki değişimler, hasta hakları kavramının ortaya çıkışı ve gelişmesi, hastanın iradesinin, yaşam ve sağlığının da önüne geçecek şekilde kazandığı önem ve bunun gibi unsurlar, tıbbi müdahale süreçleri üzerinde de doğrudan ya da dolaylı etkiler oluşturmuş, hekimlerin, hastaya müdahalede bulunmadan önce, tıp bilimi ve mesleğinin kalıplaşmış kurallarının ötesinde pek çok ilave hususu göz önünde tutmalarını zorunlu kılmıştır.

Hekimlerin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğünün sınırlarını gözden geçirme ve öne çıkan bazı tartışmalı noktalara çözüm önerme amacıyla

gerçekleştirilen çalışmamızda ilk olarak tıbbi müdahale kavramı ve hekim ile hasta arasındaki ilişki çeşitli yönleriyle ele alınmıştır. Ardından hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşulları gözden geçirilmiş; öncelikle genel nitelikli hukuka uygunluk nedeni olarak rıza ve rızanın aranmadığı istisnai durumları takiben, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için aranan diğer unsurlar ele alınmıştır.

Çalışmanın son bölümünde ise hekimin tıbbi müdahalesine sınırlama getiren ve müdahaleden kaçınmasına yol açabilen durumlar, hasta kaynaklı sınırlamalar, kanundan kaynaklanan sınırlamalar, tıbbi durumdan kaynaklanan sınırlamalar ve hekim kaynaklı sınırlamalar şeklinde ayrılarak irdelenmiş, uygulamada önemli sorun teşkil eden noktalara dikkat çekilerek, hem bu sorunsallar özelinde hem de genel olarak bazı öneriler getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Hekim, hasta, tıbbi müdahale, sınırlama, tedavi özgürlüğü, rıza, aydınlatılmış rıza, endikasyon, tıbbi standart, tedaviyi ret

University : **Istanbul Kültür University**
Institute : **Institute of Social Sciences**
Department : **Private Law**
Programme : **Private Law**
Supervisor : **Prof. Dr. M. İlhan ULUSAN**
Degree Awarded and Date : **Doctorate – April 2019**

ABSTRACT

Limits of Physician's Obligation to Perform Medical Treatment

Işıl Güney Tunalı

The primary purpose of medicine and therefore the priority of physicians is to protect and improve human life and health. Physicians practise their profession by performing medical treatments on the patient. Medical treatment is generally defined as any activity ranging from the simplest diagnostic and therapeutic methods to the most severe surgical procedures to prevent, eliminate, or minimize the negative effects of a disease, abnormality or deficiency.

In the model that dominated physician-to-patient relationship for thousands of years, the life and health of the patient were considered to be the highest value which should be protected by physicians and all professional efforts were directed towards ensuring this. In the twentieth century, new methods as a result of scientific and technological advances, revolutionary changes in communication, emergence and development of patient rights and the importance of patient's will, causing direct and indirect impacts on medical processes, forced the physician to consider many other factors in addition to the stereotyped rules of medical science and profession before treating a patient.

In our study, which was conducted in order to review the limits of the obligation of physicians for medical treatment and to propose solutions to some prominent controversies; firstly, the concept of medical treatment and the relationship between the physician and the patient were examined in various aspects.

Then, the conditions of lawful medical treatment were reviewed; first of all, consent as a cause of legal conformity and the exceptions which are not sought for consent and then the other factors sought for the lawfulness of medical treatment.

In the last part of the study, the situations limiting the medical treatment of the physician and leading to the avoidance of the treatment are examined in categories such as limitations arising from the patient, from the law, from medical conditions and limitations due to the physician. We pointed at controversial issues and made suggestions both for specific and general problems.

Key Words: Physician, patient, medical treatment, limitation, therapy freedom, consent, informed consent, indication, medical standards, refusal of treatment

GİRİŞ

Tıbbın başlıca amacı, bir başka deyişle tıp mesleğinin başlangıcından beri hekimlerden beklenen ve dolayısıyla onların da yükümlendikleri, insanların yaşamını ve sağlığını korumak ve kurtarmak olmuştur. Kişi, yaşamını ve sağlığını tehlikeye veya sıkıntıya sokan bir durumla karşılaştığında, çare aramak, şifa bulmak için hekime başvurmakta, ona güven duymakta, kendini ona emanet etmekte, buna karşılık hekim de bu güven ilişkisi içinde, mesleki bilgi ve deneyimini kullanarak, hasta için en iyi olanı yapmaya, onu iyileştirerek sağlığına kavuşturmaya çalışmaktadır ¹. Hekimlerin insan yaşamı ve sağlığı üzerindeki bu önemli rolleri Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesinde “ *Tıbbi insanlığın hizmetine uygulamak, kişiler arasında herhangi bir ayırım yapmadan beden ve ruh sağlığını korumak ve iyileştirmek, hastaların acılarını dindirmek ve onları rahatlatmak, tıp doktorlarına tanınmış bir ayrıcalıktır* ” ² şeklinde dile getirilmektedir.

Hekimler hastalıkların nedenlerini bulmaya, insanları sağlığı bozucu, zarar verici etkenlerden uzak tutmaya çalışmışlar, yaralandıklarında, hastalandıklarında onları kurtarmaya ve tedavi etmeye gayret etmişler, ne olursa olsun insan yaşamını korumayı, uzatmayı ve iyileştirmeyi amaçlamışlardır. Yaşamın değeri, korunması ve kurtarılması gerekliliği, hatta zorunluluğu yönündeki sarsılmaz inanış, tıp bilimi ve hekimlik uygulamalarının hareket noktasını oluşturmuştur. Hastalar çare aradıklarında hekime koşmuşlar, hekimler yüzlerce yılın tıbbi bilgi, deneyim ve geleneğini harmanlayarak hasta için “*alınması gereken doğru kararı*” almışlar, “*yapılması gereken doğru müdahaleyi*” yapmışlar, onu şifaya kavuşturmuşlar, ancak

¹ ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul, 2007, s: 9; Hekimliğin, tarihin eski çağlarından beri, insanları karşılık beklemezsiniz, sevgi ve hoşgörü ile sağlığına kavuşturmayı ve sağlıklı tutmayı amaçlayan bir meslek olduğundan, Arapça akıllı insan anlamına gelen hekimin, insanların sağlığını koruma ve geliştirme, hastalık ve sakatlıkları araştırma ve iyileştirmeye yönelik çalışan kişi olduğundan söz edilmektedir. SERT, Selin, Türk Hukukunda Kadın Doğum Hastalıkları Hekimlerinin Gerçekleştirdiği Müdahaleler ve Hekimlerin Yükümlülükleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt: I, Yıl: 2105, s: 150.

² Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi, http://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/tokyo_bildirge.html, Erişim T: 29.01.2017.

haliyle kimi zaman doğanın seyrine etki edemedikleri ve istenilen sonuca ulaşamadıkları da olmuştur³.

Fakat günümüzde gelinen noktada, hekimi bu yükümlülüklerini yerine getirmekten tamamen ya da kısmen alıkoyan çeşitli durumlarla sıklıkla karşı karşıya kalınmaktadır. Hekimlerin yapması ya da yapmaması gerekenlerin çerçevesi çizilirken tıp biliminin ilkeleri ve bunların paralelinde şekillenmiş etik yaklaşımlar tek başına belirleyici olmamakta, kayıtsız şartsız yerine getirilmesi gerektiği düşünülen, hastanın yaşamını kurtarma, sağlığına kavuşturma, iyileştirme yükümlülüklerine de sınırlar gelebilmektedir.

Hekimlerin yüzlerce yıldır kendilerine biçilmiş olan neredeyse bu yarı tanrısal rolden uzaklaşmak durumunda oldukları, hekimin ister kamusal ister özel olsun, bir sağlık hizmeti sunucusu, hastanın da hizmetten yararlanan bir tüketici hatta bir müşteri konumunda, kendilerine özgü hakları ve yükümlülükleri olan iki taraf olarak karşılıklı ilişkiye girdikleri izlenmektedir⁴. Bir görüşe göre, hastanın karşısında artık tek bir hekim de değil, kompleks hastaneler yer almakta, sisteme dahil olan özel sektörün de etkisiyle sağlık giderek daha fazla uzmanlaşan, profesyonel ve aynı zamanda kar amacı da gözetilen bir sektör haline gelmektedir⁵.

Tıp ve diğer doğa bilimlerinin yanı sıra teknoloji alanındaki ilerlemeler, pek çok yeni tıbbi uygulamanın ortaya çıkmasını ve hastalara sağlık hizmeti olarak arzını

³ Fransız hukukunda yerleşmiş “ Hekimler öyle kutsal insanlardır ki, yaptıkları işler olumlu sonuçlandığında onlar tanrı mertebesine yükseltirler, ama yaptıkları işler olumsuz sonuçlandığında onların hatalarını toprak örter” şeklinde bir deyişten de söz edilmektedir. BAYRAKTAR, Köksal, Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s: 52.

⁴ BAUER, Hartwig, Die Autonomie des Arztes, https://www.researchgate.net/publication/242573624_Die_Autonomie_des_Arztes, Erişim T: 22.08.2017, s: 167; “Öte yandan, hekim ile hasta arasındaki ilişkiler de değişmiştir. Önceleri bu ilişki hastanın, kendisini hekimin bilgi ve otoritesine bıraktığı bir güven ilişkisi sayılırken, günümüzde hasta ile hekim, bir sözleşmenin (vekalet sözleşmesi) tarafları durumuna gelmişlerdir.” ÖZSUNAY, Ergun, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s, 37; Benzer bir şekilde, geleneksel anlayışta hekim ile hasta arasındaki özel güven ilişkisinde hekim, “sorumlulukları tanımlanmış otoriter hekim” kimliğinde iken, hasta özerkliği kavramının ağırlık kazanmasıyla bu modelde değişimler ortaya çıktığı ifade edilmektedir. HAVUTÇU, Ayşe, Hasta Hakları ve Hasta Tasarrufu, Prof.Dr. M. İlhan ULUSAN’a Armağan (Ed. ALTOP, Atilla / WELSER, Rudolf / BELLİCAN, Cüneyt / URAL ÇINAR, Nihal / GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s: 402.

⁵ ÖZLÜ, Tefik, Karşılıklı Hak ve Sorumluluklar Bağlamında Hekim- Hasta İlişkisi, A’dan Z’ ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, II.Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s: 21.

sonuçlamış, haliyle bunlara yönelik talebi de beraberinde getirmiştir ⁶. İletişimdeki inanılmaz hızlı gelişmelerin de katkısıyla, mallar ve hizmetler, dolayısıyla tıbbi cihazlar, araç-gereçler, ilaçlar, teknikler, yöntemler, uygulamalar, haberler, bilgiler küresel boyutta dolaşıma girmiştir. Küreselleşme ve entegrasyon süreçlerinin hukuk sistemleri üzerine etkileri, insan hakları ve paralelinde hasta hakları alanında ortaya çıkan gelişmeler ve algı değişiklikleri, mesleki malpraktis ve devamında tıbbi malpraktis kavramının gündeme gelişi ve başta hekimler olmak üzere sağlık çalışanlarının sorumluluğunu sonuçlaması, tıp hukukunda hastanın özerkliğine ve iradesine verilen önemin artışı, aydınlatılmış rıza kavramının yükselişi ⁷, yeni tıbbi yöntem ve tekniklerin getirdiği maliyet ve bunun kimin tarafından karşılanacağı sorunsalı, sağlık hizmetlerinde otomasyona geçiş, hemen her uygulamanın kayda geçmesi ve hesabı sorulabilir hale gelmesi, sağlık sigortalarının ve mesleki sorumluluk sigortalarının yaygınlaşması gibi pek çok faktör tıbbi müdahale süreçlerine etki eder hale gelmiştir. Dolayısıyla da tıbbi müdahaleler gerçekleştirilirken pek çok yeni kavram, yaklaşım ve düzenlemenin göz önünde tutulması da gerekirken, hekimlerin karar verirken sadece tıp biliminin doğruları, mesleki etik ve vicdanlarının sesine kulak verdiği kemikleşmiş davranış kalıplarının kısmen de olsa terk edilmesiyle eskisinden farklı bir tablo ortaya çıkmaktadır.

Hekimin insan vücudunu ve tıp mesleğini en iyi bilen olarak, karşısına gelen hasta hakkında en uygun kararı vereceğine inanılan paternalist anlayışta, hekimin yardıma ihtiyaç duyan hastaya her halükarda el atmak, onu kurtarmak ve iyileştirmek için elinden gelenin en iyisini yapmak şeklinde yüklenmiş olduğu misyon, hem çağdaş gelişmeler hem hekim hasta arası ilişkilerde hakim hale gelen

⁶ BAUER, s: 167.

⁷ Tıp biliminin geçirdiği gelişimin aydınlatma yükümlülüğüne verilen önem bakımından da etkileri olmuştur. Yeni tedavi yöntemlerinin açıkça bilinmeyen tehlikeleri, aydınlatmanın önem kazanmasına yol açmıştır. Hasta ile hekim arasındaki ilişki modeli zamanla değişerek, hastanın kendini hekime emanet ettiği bir güven ilişkisinden hasta ile hekimin sözleşmenin tarafları haline geldiği bir borçlar hukuku ilişkisine dönüşmüş ve bu husus da aydınlatma ödevini etkilemiştir. Sosyal devlet düşüncesi, bireyleri etkileyerek, aydınlatma ödevini yerine getirmeyen hekimin sorumluluğuna gitmeye teşvik etmiş, kişiliğin korunmasına ilişkin gelişmeler, tıbbi müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden hekimin sorumluluğuna gidilmesini sonuçlamıştır. ÖZSUNAY, s: 37. Hastanın (aydınlatılmış) rızasına atfedilen anlamın dönüşümüne ilişkin olarak İtalyan öğretisinden görüşler için bkz. SCARAMUZZINO, Fabio Massimo, İtalya'da Hekimlerin Sorumluluğu ve "Consensus Informato" (Bilgilendirilmiş Rıza), (Çev. AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt: VI, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 29, 30, dn: 2.

katılımcı anlayış nedeniyle fazlasıyla sorgulanır olmuştur. Hekim artık hastası için neyin iyi olduğuna tek başına karar verememektedir⁸.

Teknolojideki ilerlemeler ve pek çok karmaşık ve detaylı yeni yöntemin uygulamaya girişi, ister istemez hekimin göreceli yetersiz kalmasını ve becerilerini ancak sınırlı alanlarda yoğunlaştırabilmesini sonuçlamıştır. Kendi branşıyla ilgili olsa dahi, her yeni tekniği eksiksiz şekilde uygulaması çok zor olan hekim, ister istemez meslektaşları ve diğer sağlık meslek mensuplarıyla işbölümüne gitme durumundadır. Bir başka açıdan yaklaşıldığında bu durum hekimin bir tıbbi müdahalede bulunmadan önce, kendi mesleki yeterliliğini, becerisini ve hatta ekibini sorgulamasını da zorunlu kılmaktadır. Hekim ve ekibinin kusursuz çalışması da sıklıkla yeterli olmamakta, ilgili pek çok başka unsurun da iyi işlemesi gerekmektedir.

İşte böyle nedenlerden hareketle, karşılıklarına bir hasta geldiğinde, hekimlerin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülükleri nereye kadardır, müdahalede bulunmaktan kaçınmaları gereken, yani onları hastaya el atmaktan alıkoyacak nedenler ya da gerçekleştirdikleri müdahalelere sınırlamalar koyan durumlar nelerdir? Müdahalede bulunmayı ya da tümüyle hastayı reddedebilirler mi? Bunun nedenleri ve koşulları neler olabilir? İşte çalışmamızda bu sorulara yanıt aramayı istedik.

Bir konuyu hukuki açıdan ele alırken, esasen saf teorik tartışmalarla sınırlı kalmayıp, günlük pratiklere uzanması ve irdelenen konunun uygulayıcıları açısından aydınlatıcı bir işlevi olması gerektiğini de düşünmekteyiz. Tıp uygulamaları ve dolayısıyla tıbbi müdahaleler nedeniyle sorumluluk bağlamında yaşanan değişme ve gelişmeler, hekimlerde de ister istemez endişe yaratmakta ve kendilerini güvence altına alma ve tehlikeden uzak kalma düşüncesi mesleki uygulamalarında da en ağırlıklı noktalardan birini oluşturmakta, bu konudaki güvensizlik ve belirsizlikler çoğu hekimin mesleği bırakmasına dahi yol açmaktadır. Dolayısıyla o veya bu statüde çalışan bir hekim, karşısına gelen hastaya el atmalı mıdır, atmamalı mıdır? Hastayı üstlenirse mi sorumluluk altına girer, üstlenmezse mi sorumluluk altına girer? Ya da bir hastayı hangi aşamaya kadar izlemeli, hangi noktadan sonra refere

⁸ ZEYTİN, Zafer, Hasta Hekim İlişkisinde Aydınlatma Yükümlülüğü, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 1.

etme gereği duymalıdır? gibi sorulara yanıt bulmaya, sorunlara çözümler üretmeye çalışacağız.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümü *Tıbbi Müdahale, Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, Tıbbi Müdahale Sürecinde Haklar ve Yükümlülükler, Hekimin Mesleki Özerkliği* başlığını taşımakta olup, bu bölümde öncelikli olarak *tıbbi müdahale* kavramı üzerinde durmak istedik. Zira hekimler tıp mesleğini icra ederken hasta üzerinde çeşitli tıbbi müdahaleleri gerçekleştirme durumundadırlar, bir bakıma hekim ile hasta arasındaki ilişki, özünde, koruma, tanı, takip, tedavi, yaşam kalitesini yükseltme gibi her ne amaçla olursa olsun, en hafifinden en ağırına çeşitli tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesinden ibarettir. Böylece hekimin kendisine basit bir yakınmayla başvuran hastanın öyküsünü alıp muayenesini yapması ve tanı koyarak bir reçete düzenlemesi, rutin bir aşı programına uygun olarak bağışıklama sağlaması, en son teknolojileri kullanarak büyük cerrahi girişimlerde bulunması, tedavisi mümkün olmayan bir hastanın sadece yaşam kalitesini yükseltecek önlemler alması gibi sayısız örneklerle çoğaltılabilecek şekilde hekim ile hasta arasında kurulan her ilişkinin, bir tıbbi müdahaleyi barındırdığı, tıbbi müdahalenin gerçekleşmediği bir hekim- hasta ilişkisinin ortaya çıkmasının ve mesleğin icrasının söz konusu olamayacağını söylemek mümkündür. Böylece, toplumla arasında güvene dayalı bir sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edilen hekimden beklenen kural olarak hastanın bireysel durumuna uygun şekilde tıbbi müdahalede bulunmasıdır. Bir başka deyişle kişinin, tıp eğitimini tamamlayarak hekim unvanını kazanması ve kendisine diğer bireylerden farklı olarak insan vücuduna el atma yetkisinin verilmesindeki amaç ve beklenen doğal sonuç, onun tıbbi müdahaleler gerçekleştirme yoluyla mesleğini icra ederek sağlık hizmeti sunmasıdır. Bu, hekimin temel mesleki yükümlülüğüdür.

Tıbbi müdahale kavramının açıklanmasından sonra, tarihsel süreçten kısaca söz edip, devamındaysa, tıbbi müdahalelerin kanunen sayılmış amaçlarının tanı, tedavi ve koruma olduğunu da göz önünde tutarak yapmış olduğumuz sınıflamaya göre, tanıya yönelik müdahaleler, tedaviye yönelik müdahaleler, koruma amaçlı müdahaleler, bunların yanı sıra kanundan kaynaklanan tespit amaçlı müdahaleler ve estetik cerrahi, organ ve doku nakilleri, gebelik sonlandırması, sterilizasyon ve

kastrasyon, üremeye yardımcı tedaviler gibi özellikli müdahaleler hakkında kısaca bilgi vermeye çalıştık.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini irdelerken, uygulamada bu ilişkinin en sık karşılaşılan görünümü olması nedeniyle ağırlıklı olarak tıbbi müdahale sözleşmesi üzerinde durmakla beraber, ilişkinin kamu hizmetinin sunulması, vekaletsiz iş görme ve haksız fiil şeklinde ortaya çıktığı durumlara da değindik. Ardından tıbbi müdahale sürecinde tarafların hak ve yükümlülüklerini ele aldık. Tıbbi müdahale sürecinde hekimin koruma, tanı ve tedavinin gerçekleştirilmesi şeklindeki temel yükümlülüklerinin yanı sıra iç içe geçmiş birçok yan edim yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bunun ötesinde hekimin müdahaleyi yapmama, yani tedaviyi durdurma ve üstlenmekten kaçınma gibi negatif yükümlülükleri de çalışmamız açısından özellikle önem taşımaktadır. Çalışma konumuz ile ilişkili olmayan yükümlülükleri ise ele alma gereği duymadık.

Yükümlülüklerin yanında her zaman bir takım haklar da yer aldığından, hekimin haklarına da değinilmesi gerekti. Hekimin haklarının büyük bölümü çalıştığı kurum ve bazen de idareye ve siyasi otoriteye karşı ileri sürebilecek haklar olmakla beraber, hastaya karşı ileri sürebileceği hakları da vardır. Bu hakların ihlali, hekimin kendi yükümlülüklerini yerine getirmemesi bakımından haklı sebep oluşturmayacaksa da, ona belli bir tıbbi müdahaleden ya da hastayı izlemekten kaçınma hakkı verebilecektir. Bunun ötesinde, hekimin en öncelikli haklarından biri olan mesleğini serbestçe icra etme hakkı ya da özgürlüğü ise, sadece mesleğini icra ederken özgür kararlar alabilmesini değil, tıbbi müdahaleyi üstlenmeme ve hastayı ret hakkını, dolayısıyla somut olguda mesleği icradan imtina etme özgürlüğünü de içinde barındırmaktadır.

Hekimin hak ve yükümlülüklerinin yanı sıra hastanın hakları ve yükümlülüklerinden de söz etme gereği duyduk. Hastanın hakları çoğu zaman hekimin yükümlülüklerinin çerçevesinin çizilmesinde rol oynadığı gibi, hastanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi de, kimi zaman hekimin kendi yükümlülüklerini yerine getirmesinde güçlükler yol açabilecek hatta tıbbi müdahaleden kaçınmasının ve hastayı reddetmesinin haklı nedenini oluşturabilecektir.

Sistematik içinde önce hekimin hakları ve yükümlülüklerini, devamında hastanın hakları ve yükümlülüklerini ele aldıktan sonra hekimin mesleki özerkliğini de bu bölümün sonunda ele aldık, zira, tıp biliminin yerleşmiş bilgi ve kurallarına uygun olarak, hiçbir kişi veya kurumun telkin veya baskısı altında olmaksızın mesleğini icra etmek hekimin yasal düzenlemelerle güvence altına alınmış bir hakkı olduğu gibi, hastanın da hiçbir etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik kararlar verebilen hekim tarafından bakılabilmek hakkının olduğu kabul edilmektedir. Hekimin tedavi serbestliğini de mesleki özerklik ile ilişkilendirerek irdeledik.

Hukuk düzeninin cevaz vermediği yani hukuka aykırı eylemler nedeniyle kişinin zarar görmesi halinde, eylemi gerçekleştirenin sorumluluğuna gidilerek, oluşturduğu zararı gidermesi beklenmekte, ayrıca cezai sorumluluğu da gündeme gelebilmektedir. Tıbbi müdahaleler, hastanın vücut bütünlüğüne yönelmiş eylemler olmaları nedeniyle, temelde hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadırlar ve sorumluluğa yol açmamak üzere hukuka uygun hale gelmeleri için bazı neden ve koşulların mevcut olması gerekmektedir. Bu neden ve koşullar yerine gelmediği takdirde, bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilemeyeceği, daha doğrusu gerçekleştirilmemesi gerektiği tartışmasızdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmadığı haller hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğünün öncelikli sınırlarını oluşturmaktadır. Çalışmamızın *Hukuka Uygun Tıbbi Müdahalenin Koşulları* başlıklı ikinci bölümünde, önce tıbbi müdahalelerde genel nitelikli hukuka uygunluk nedeni olarak rıza unsuru ve rızanın aranmadığı istisnai hallerde üstün özel yarar, üstün kamusal yarar, kanunun verdiği yetki şeklindeki diğer hukuka uygunluk nedenlerini ve bu nedenlere dayanarak gerçekleştirilen müdahaleleri gözden geçirdik. Ardından tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için aranan diğer unsurları ele aldık. Zira tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan bir nedenin mevcut olmaması ve diğer gerekli unsurların yerine gelmemiş olması hekimin müdahalesine sınırlama getiren ve onu müdahalede bulunmaktan alıkoyan durumları teşkil etmektedir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde hekimin müdahalesine sınırlama getiren ve müdahaleden kaçınmasına yol açan durumları irdelemeye çalıştık. Açıkça ortaya konabilen sınırlamaların yanı sıra, belirsizliklerin mevcut olduğu, gri kalmış alanlara da ışık tutmak, çözüm üretmek istedik. Hekimin müdahalesine sınırlama getiren durumları hasta kaynaklı sınırlamalar, kanundan kaynaklanan sınırlamalar, tıbbi

durumdan kaynaklanan objektif nitelikli sınırlamalar ve hekimden kaynaklanan subjektif nitelikli sınırlamalar şeklinde sınıflandırmayı tercih ettik.

İlk olarak hasta kaynaklı sınırlamaları ele aldık. Hasta kaynaklı sınırlamaları esasen hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ve vücudu üzerinde tasarruf yetkisinin yansımaları olan rızanın çizdiği sınırlar oluşturmaktadır. Tıbbi müdahalelerde en önemli hukuka uygunluk nedeni olarak da görülen hasta rızasının ve de bu rızanın yokluğunun hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahaleyi ne şekilde sınırlayabileceğini görmeye çalıştık. Hasta müdahaleye rıza göstermediğinde, yani tedaviyi ret ve durdurma hakkını kullandığında müdahalenin gerçekleştirilmesini tümünden önleyebilecek ya da başlanmış olan müdahaleyi sona erdirebilecektir. Hastanın rızası ayrıca gerçekleştirilen müdahalenin çerçevesini de çizmekte, bu çerçevenin aşılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra hastanın bilincinin kapalı olması veya anestezi altında olması yüzünden rıza verme yeteneğinin ortadan kalkmış olduğu durumlarda da hekimin gerçekleştireceği müdahalenin boyutlarının nereye kadar uzanacağı, nerede durması gerektiğini belirlemeye çalıştık.

Hasta kaynaklı sınırlamaların ardından kanundan kaynaklanan sınırlamaları gözden geçirdik. Her ne kadar kanunlar tıbbi müdahalelerin koruma, tanı, tedavi gibi bir amaca yönelmiş olması yönünde öngörüler içerse de, dolayısıyla müdahalelerin bu amaçlara yönelmiş olma gerekliliği, esasen kanunun getirdiği bir sınırlama olarak tezahür etse de, kanundan kaynaklanan sınırlamalar başlığı altında ele almaya çalıştığımız husus, kanunun bazı müdahaleler açısından madde metninde açıkça getirmiş olduğu sınırlamalar, bir başka deyişle öngörüler ve yasaklamalar oldu. Bu nedenle hekimin belli bir müdahalede bulunurken özellikle göz önünde tutması gereken spesifik yasal düzenlemeleri ele almaya çalıştık.

Üçüncü sırada ele aldığımız, tıbbi durumdan kaynaklanan sınırlamalar, öncelikli olarak planlanan müdahalenin koruma, tanı, tedavi gibi bir nedene yönelmiş olmaması, yani müdahalenin yapılmasını haklı kılan bir endikasyonun bulunmaması şeklinde ortaya çıkabilir. Veya hastanın somut tıbbi durumundan kaynaklanan bir kontrendikasyon söz konusu olabilir. Nasıl ki endikasyon bir müdahalenin yapılması yönündeki gereklilik ise, buna kontra yani karşı durum olan kontrendikasyon da müdahalenin yapılmaması, müdahaleden kaçınılması yönünde bir gerekliliktir.

Bazen de, genel bir kontrendikasyon bulunmamakla beraber, hastanın somut durumu nedeniyle müdahale kontrendike hale gelebilir. Benzer koşullar içindeki başka hastalara müdahalede bulunmak kural olarak iyi sonuçlar alınmasını sağlayacak iken, kimi zaman hastanın bireysel durumu ve özellikleri ona el atılmamasını gerektirebilir ya da bunun için haklı neden oluşturabilir. Bir başka deyişle tıbben genel kabul görmüş ve başarısı ortaya konmuş bir müdahale ya da tedavi, belli bir hasta için fayda sunmayabilir hatta tehlike oluşturabilir.

Yine gerekli tıbbi standardın sağlanamamış olması da tıbbi durumdan kaynaklanan bir sınırlama teşkil edebilecektir. Bunun ötesinde hasta için müdahaleden fayda beklentisi olmaması da mümkündür. Hekim tedavi özgürlüğü ilkesi uyarınca, hastaya tedavinin gerekli olup olmadığı ve uygulanacak yöntem konusunda karar verecektir.

Bunların ötesinde, hekimin kendisinden kaynaklanan durumlar da sınırlayıcı rol oynayabilir. Söz konusu müdahalenin hekimin uzmanlık alanının dışında kalması yani hekimin o müdahaleyi yapma bakımından yetkili olmaması ya da yetkisi dahilinde olsa dahi o konuda yeterince bilgi ve deneyim sahibi olmaması nedeniyle hastaya yararlı olamama hatta zarar verme endişesi taşıdığı hallerde hastayı üstlenmekten kaçınması sıklıkla gündeme gelebilir. Bununla beraber, hekimin bir hastayı izleme ve bir müdahaleyi gerçekleştirme konusundaki motivasyonu ve isteği de göz önünde tutulmalıdır. Acil durumlar ve kanundan kaynaklanan bazı zorunlu haller dışında hekim mesleğinin icrasında kural olarak özerktir, hastaya hizmet sunmaya zorlanamaz. Müdahalenin vicdanıyla çeliştiği durumlarda, kimi zaman hastanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle, hatta kişisel nedenlerle de hastayı reddedebileceği kabul edilmektedir. Bu bölümün sonunda ayrıca, kanımızca pek de haksız olmayan nedenlerle artış gösteren defansif tıp uygulamalarına da kısaca değinme gereği duyduk.

Hastanın tedaviyi ret ve durdurma hakkını kullanması bazen onun yaşamını kurtaracak ya da uzatacak önlemlerin alınmasına engel teşkil edebilir. Hastanın ya da yasal temsilcilerinin isteğine uyararak, terminal dönem maligniteler ve ağır sistemik hastalıklar, iyileşme şansı bulunmayan ve hastanın yaşam kalitesini ileri derecede düşüren örneğin bazı nörolojik hastalıklarda, kas hastalıklarında, travma vb. sonrası vegetatif state (bitkisel hayat) durumlarında hasta için artık fayda beklentisi yoksa,

yaşamı uzatıcı terapötik müdahalelerden kaçınılması palyatif önlemlerle yetinilmesi gündeme gelebilir. Gereken müdahalede bulunulmaması nihayetinde ölüme götürecektir ve bu nedenle pasif ötanazi olarak ele alınabilecek olsa da, ötanazi⁹ esasen çalışma konumuzun dışında bırakılmıştır.

⁹ Yunanca eu: iyi ve thanatos: ölüm (Latince : tanasium) sözcüklerinin birleşmesinden meydana gelen ve merhametli, acısız, rahat ölüm anlamlarına gelen ötanazi, tedavisi mümkün olmayan, iyileşme umudu olmayan hastaların, bedensel veya ruhsal, sürekli ve dayanılmaz olan acılarının göreceli olarak kolay, ağrısız ve acısız biçimde dindirilerek, yaşamlarının sonlandırılması veya ölmelerine izin verilmesi olarak tanımlanmaktadır. AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, III. Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2017, s: 5; GÖNENÇ, Fulya İlçin, Kişiliğin Korunması ve Ötanazi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, III. Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2017, s: 104; aynı yönde açıklamalar için bkz. ÖZKARA, Erdem, Türkiye’de Ötanazi Uygulaması ve Ötanaziye Yaklaşım, Ankara Barosu II.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s: 493; Aktif ötanazi ya da ölüme aktif yardım sona ermekte hayatın aktif bir müdahale ile kısıtlanması anlamına gelirken, pasif ötanazi ölmekte olan bir kişide yaşamı uzatıcı önlemlerden kaçınılması anlamına gelmektedir. Aktif ötanazi de kendi içinde direkt aktif ötanazi ve indirekt aktif ötanazi olarak ayrılmaktadır. Direkt aktif ötanazide daha fazla yaşama umudu olmayan hastanın acılarının sona erdirilmesi için kendi isteği üzerine öldürülmesi söz konusu iken, indirekt aktif ötanazide hastanın acılarının azaltılması amaçlanmakta, ancak bu müdahalenin amaçlanmamış yan etkisiyle yaşam kısalmaktadır. Direkt aktif ötanazi her koşulda hukuka aykırı, suç niteliğinde bir eylem iken, indirekt aktif ötanazi izin verilen risk şeklinde hukuka uygun hale gelmektedir. Yaşamı kısıltıcı yan etkisi olmayan acıyı azaltıcı önlemler ise hukuka uygun olmanın ötesinde hekim için yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük niteliğindedir. Hastanın şifaya kavuşma umudu kalmamış olsa dahi, acıların azaltılması bir yükümlülük olmaya devam etmektedir. Pasif ötanazi de şayet hastanın bu yönde bir talebi yoksa ve henüz beyin ölümü gerçekleşmemişse, ihmal suretiyle öldürme eylemini oluşturacaktır. Bununla beraber, hekimin, ölmek üzere olan bir hastada yerine getirilmesi gereken temel bakımın ötesinde yaşamı uzatmaya yönelik müdahalelerde bulunmaktan kaçınabileceği kabul edilmektedir. UHLENBRUCK, Wilhelm, (Ed. LAUFS, Adolf / UHLENBRUCK, Wilhelm), Handbuch des Arztrechts, 2. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagbuchhandlung, München,1999. s: 1055, kn:4, 6; JANDA, Constanze, Medizinrecht, 3. Auflage, UVK Verlagsgesellschaft, Konstanz und München, 2016, s: 360, 361, 362.Ötanazi bakımından aktif ve pasif, doğrudan ve dolaylı, hastanın kendisinin karar verdiği, başkalarının karar verdiği, gönüllü ve gönüllü olmayan şeklinde ayrımlar da yapılmaktadır. Gönüllü ve dolayısıyla hastanın kendi kararına dayanan ölüme yardım dendiğinde, ilgili kişinin iradesine uygun olarak yaşamı kısıltan önlemler ya da yaşamın uzatılmasını sağlayan önlemlerden kaçınılması anlaşılmaktadır. Kişinin kendisi artık, dikkate alınır bir irade açıklaması yapabilecek durumda değilse ya da onun iradesi hilafına bir davranış söz konusu ise gönüllü olmayan ve başkalarının kararına dayanan bir ölüme yardım gündeme gelmektedir. MEMMER, s: 2; GÖNENÇ, s: 104; Ötanazinin türleri, uluslararası ve hukukumuzdaki yasal düzenlemeler için ayrıca Bkz. ALTUNKAŞ, Aysun, Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, III. Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2017, s: 59-99. Konu ile ilgili ilave bilgi ve açıklamalar için ayrıca UHLENBRUCK, Wilhelm, § 132 Die ärztliche Sterbehilfe, Handbuch des Arztrechts, 2.Auflage, (Ed.LAUFS, Adolf / UHLENBRUCK, Wilhelm), C.H.Beck’sche Verlagbuchhandlung, München, 1999, s: 1050 – 1066 ve DEUTSCH, Erwin / SPICKHOFF, Andreas, Medizinrecht, 7. Auflage, Springer- Verlag, Berlin Heidelberg, 2014, s: 628-639; BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s: 149 vd; ÖZTÜRK, Bahri, Ötanazi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s: 104-108; ROSENAU, Henning, Aktif Ötanazi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s:109-123; ÖZKARA, s: 493- 496, yazarın önerileri ve değerlendirmeleri için bkz. age, s: 503.

Yine etkinliği bilinen diğer yöntemlere cevap vermeyen hastalarda deneme aşamasındaki tedavilerin uygulanabileceği hususuna çalışmamızda yeri geldiğinde oldukça sınırlı Şekilde değinilmiş olmakla beraber, gerek deneme aşamasındaki tedaviler gerekse de bilimsel amaçlı klinik araştırmalar (deneyley) alışmamızın kapsamına alınmamıştır ¹⁰. Keza klinik araştırmalar koşulları yasal düzenlemelerle açıkça belirlenmiş ve titiz planlamalar sonrası gündeme gelecek durumlar olduklarından, hekimlerin günlük uygulamalarında önlerine çıkacak ve gerçekleştirilsin mi, gerekleştirilmesin mi diyerekten hukuki belirsizlikler teşkil edecek nitelikte müdahaleler olmaktan da uzaktırlar.

¹⁰ Klinik araştırmalar *Hakeri* tarafından, bir hekim tarafından ilaçlarla, tıbbi cihazlarla veya bunlar olmaksızın bir insan üzerinde yapılan ve henüz standart hale gelmemiş olan tıbbi uygulamalar Şeklinde tanımlanmaktadır. HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s: 187. Deneme aşamadaki tedaviler ile klinik deneylerin (araştırmalar) iki farklı kavram olduğu görülmektedir. Alman Hukukunda Heilversuch ve klinisches Experiment olarak ayırım yapıldığı görülmektedir. Her ikisi de bilimsel araştırma mahiyetinde olsa da, deneysel tedaviler belli bir olguda bir hastalıktan korunma, tanı, tedavi, sıkıntıları hafifletme veya bir eksikliğin olumsuz etkilerini bertaraf etme amacına yönelmişlerdir, fakat o güne kadar olan deneyimlere göre etkileri ve sonuçları tam olarak test edilmemiştir, kesin olarak bilinmemektedir; klinik araştırmalar ise sadece deneysel amaçla yapılmaktadırlar, bunların da etki ve sonuçları hakkında yeterli bilgi bulunmadığı gibi, somut olguda herhangi bir Şifa ve tedavi amacına da yönelmiş değillerdir. Deneme aşamasındaki tedaviler somut durumda hastalığın tedavisine yönelik bir amaç taşırken, klinik araştırmalar yalnızca bilimsel amaçlı olmakta ya da genel tıbbi yarara hizmet etmektedir. Bununla birlikte keşiştikleri noktalar da olmaktadır. LAUFS, L/U, Ő 130, Heilversuch und klinisches Experiment, s: 1020, kn: 5. Konu ile ilgili detaylı açıklamalar için Bkz. LAUFS, L/U, Heilversuch und Klinishes Experiment, Ő 130, s: 1017- 1037; DEUTSCH / SPICKHOFF, Biomedizinische Forschung, s: 849-891; Ethik- Kommissionen: Probandenschutz in der medizinischen Forschung, s: 895- 926; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 182-213; Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek 10.maddesi (Ek: 6/4/2011-6225/8 md.) (Değişik bölüm: 2/1/2014-6514/45 md.) Bilimsel amaçlı klinik araştırmaların yapılması, kanunun lafzıyla, herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkiplerinin, tıbbi ve biyolojik ürünler, bitkisel ürünler, kozmetik ürünler ve hammaddeleri ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi ile ilgili detaylı hükümler içermektedir; 13.04.2013 tarih ve 28617 sayılı RG'de yayınlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte (RG T: 13.04.2013, S: 28617) Klinik araştırma, bir veya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak; advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak; emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek; güvenliliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde yürütülen alışmaları Şeklinde tanımlanmaktadır. Klinik araştırmalar, ilaç ve beşeri tıbbi ürünler ile ilaç dışı konularda olmaktadır. İlaç ve beşeri tıbbi ürünlerden, hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu, ilaç dışı klinik araştırmadan ise, ilaç, biyolojik ve tıbbi ürünler ile tıbbi cihazlar ve kozmetik ürünler dışında insanlar üzerinde gerçekleştirilecek olan yeni bir cerrahi yöntem araştırması, kök hücre nakli araştırması, doku nakli araştırması veya organ nakli araştırması anlaşılmaktadır; İnsanlar zerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalarla İlgili Etik İlkeler ise Dünya Tabipler Birliği'nin Haziran 1964'te Helsinki'de toplanan 18.Genel Kurulu'nda kabul edilen Helsinki Bildirgesi'nde yer almaktadır. Dünya Tabipleri Birliği Helsinki Bildirgesi İnsanlar zerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalarla İlgili Etik İlkeleri, <http://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2013/helsinki.pdf>, Erişim T: 15.12.2017.

Çalışma konumuz bağlamında, hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahaleye sınırlama getiren durumlar, hekimin kamu görevlisi olması, dolayısıyla da bir kamu hizmeti sunumunun söz konusu olması ya da serbest veya özel sağlık kurumunda çalışan bir hekim olmasına bağlı olarak esasen çok belirgin değişiklikler göstermemekte, kamuda çalışan hekim ile özel çalışan hekimin gerçekleştirdiği müdahaleler ve bunları sınırlandıran durumlar çoğunlukla örtüşmektedir. Bununla beraber ağırlıklı olarak ele aldığımız, serbest ya da özel bir sağlık kurum ya da kuruluşunda çalışan hekimin faaliyetleri olup, kamusal sağlık hizmetiyle ilintili farklılık ve özellik gösteren durumları da yeri geldiğinde açıklamaya çalıştık. Ayrıca özel sağlık kurumlarının hasta ile kurulan sözleşmeye taraf oldukları hallerde dahi, doğrudan hastaya el atarak tıbbi müdahalede bulunma yetkisi ve dolayısıyla da yükümlülüğü esasen sağlık kurumunda değil, hekimde olduğu için, çalışmamızı hekim odaklı sürdürmeyi tercih ettik. Yeri geldiğinde sadece değinmekle beraber, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluğu da çalışma konumuzun kapsamına almadık.

Yine çalışmamızda yeri geldiğinde değindiğimiz, hekim dahil tüm sağlık çalışanlarına yönelmiş olan şiddet, nedenleri, önleme yolları, şiddet karşısında hekimlerin ve ayrıca Devletin göstermesi gereken tutum, yapılacak yasal düzenleme önerileri ile beraber, esasen böyle bir çalışmanın içinde alt başlık olarak değil, tek başına, kapsamlı ve detaylı olarak, ayrı bir çalışma konusu şeklinde ele alınması gerektiğini düşündüğümüz bir husus olduğu için, tez çalışmamız içinde yalnızca yüzeysel olarak değindik.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE, HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, TIBBİ MÜDAHALE SÜRECİNDE HAKLAR ve YÜKÜMLÜLÜKLER, HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ

I. TIBBİ MÜDAHALE

A. Kavram

Tibbin başlıca amacı ve dolayısıyla hekimlerin de öncelikli görevi, insan yaşamının ve sağlığının korunmasını ve iyileştirilmesini sağlamaktır ¹¹. Sağlık, Dünya Sağlık Örgütü'nün Anayasasında “*sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik hali*” şeklinde tanımlanmaktadır ¹². Buna göre kişinin sadece beden sağlığı değil, ruh sağlığının korunması da hekimin faaliyet alanında olup ¹³, ayrıca toplumsal açıdan olumsuz etkilenmemesini de gözetme durumunda olduğu söylenebilir ¹⁴.

¹¹ LAUFS, Adolf, (Ed.LAUFS, Adolf / UHLENBRUCK, Wilhelm), Handbuch des Arztrechts, 2.Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, § 1 Idee und Aufgabe des Arztes, s: 1, kn: 1. Bu durum HMEK m. 5'te de “*Hekimin öncelikli görevi hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli görevidir. Hekim bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹² Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. Preamble to the Constitution of WHO as adopted by the International Health Conference, New York, 19 June - 22 July 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Official Records of WHO, no. 2, p. 100) and entered into force on 7 April 1948; <http://www.who.int/suggestions/faq/en/>, Erişim T: 27.10.2017; JANDA, s: 71; RISAK, E.Martin, Der Krankheitsbegriff und der Anspruch auf Krankenbehandlung nach österreichischem Recht, Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung, (Hrsg von JABORNEGG, Peter/ RESCH, Reinhard / SEEWALD, Otfried), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, s: 21. Bu tanım benzer şekilde 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun m.2 hükmünde de “*Sağlık, yalnız hastalık ve malüliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.*” şeklinde yer almaktadır. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun No:224, Kabul T: 05.01.1961, R.G. T:12.01.1961, S:10705.

¹³ BAUER, s: 166.

¹⁴ Sosyal bakımdan iyi olma halinden ne anlaşılması gerektiği hususunda açıklık olmadığı, kavramın yoksulluğun olmayışı ya da kişinin yaşamında mutluluk olması veya üzüntü, umutsuzluk ve tükenmişliğin olmaması anlamına gelebileceği, keza yoksulluk ile hastalık riski arasındaki ilişkinin çok sayıda çalışmada ortaya konmuş olduğu, ancak yoksulluğun giderilmesinin en azından sağlık güvencesi kapsamında olmadığı, fakat yoksulluğun sağlık alanındaki olumsuz etkilerini hafiflettiği

Hekimler mesleklerini hastanın bedensel ve ruhsal yapısına yönelik tıbbi müdahaleler yapma yoluyla icra ederler. Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi, esasen hekim tarafından, tedavi amacına yönelik doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet, hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleri olarak tanımlanmaktadır ¹⁵. Bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak ya da olumsuz etkilerini en aza indirmek için, en basit tanı ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her türlü faaliyet tıbbi müdahale kapsamında ele alınmaktadır. Sadece bedensel bütünlüğe değil, ruh sağlığına yönelik girişimler, dolayısıyla hekimin sözleri, önerileri, davranışları, kısaca hekimin hastaya yönelik gerçekleştirdiği tüm el atmaları ve verdiği hizmetler sırasındaki her türlü uygulamaları, tıbbi müdahale kavramı içinde yer almaktadır ¹⁶.

Çilingiroğlu, tıbbi müdahaleyi, resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin yaşamını, sağlığını, vücut bütünlüğünü tehdit eden, fiziksel veya ruhsal bazı bozuklukların tanısı, tedavisi ve önlenmesine ya da nüfus planlaması amaçlarına yönelik ve tıp biliminin genel kabul edilmiş kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen girişim olarak ¹⁷, bir diğer yazar ise, kişileri hastalık, sakatlık ve olumsuz tıbbi durumlardan korumak, bu durumlar oluşmuşsa tanı ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki iyilik halinin devamını sağlama gibi hukuka uygun sebeplerle, bu konuda eğitim almış kişiler tarafından, tıp biliminin esasları çerçevesinde ve rızaya dayanarak gerçekleştirilen, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü etkileyen olumlu ya da olumsuz eylemler ¹⁸ olarak tanımlamaktadır. Yine tıbbi müdahaleler için, tıp

belirtilmektedir. İlave açıklamalar için bkz. JANDA, s: 71. Kişinin sosyal yönden iyilik hali içinde olmasının hekimden beklenemeyecek bir yükümlülük olduğu ortadadır.

¹⁵ AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991, s: 5; ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 270; GÜLEL, İlhan, Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1,Yıl 2, Sayı 5, s: 586; KAYA, Mine, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 100, Yıl: 2012, s: 47; ÇEKER, Mustafa, Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tibbimudahaleler.rtf, Erişim T: 17.11.2016; ÖZER, Çağlar, Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği, II.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s: 242.

¹⁶ AYAN, s:5; ÖZEL, s: 242; SÜTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, Çiviyazıları, İstanbul 2000s: 42, 43; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 270; ÇAKMUT, Özlem, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, Cilt 1, İstanbul 2007, s: 4; KARA KILIÇARSLAN, Seda, Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s: 54.

¹⁷ ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s: 17.

¹⁸ SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

mesleğini icra etmeye yetkili kılınmış kişiler tarafından, hasta olarak tanımlanan kişiler üzerinde, bir hastalığı ya da özürlü tedavi etmek, kişiyi hastalıklardan korumak ya da acılarını gidermek, hafifletmek amacıyla gerçekleştirilen her türlü yardım ve faaliyet, tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak hekim veya diğer sağlık personeli tarafından insan üzerinde yapılan her türlü müdahale ya da daha kapsamlı olarak kişilerin ruh ve beden sağlığına yönelik herhangi bir noksanlığı veya hastalığı teşhis, tedavi etmek, tedavinin mümkün olmadığı hallerde hastalığı hafifletmek, ilerlemesini ve kötüye gitmesini önlemek, acıları dindirmek, ortaya çıkmamış ama çıkması muhtemel hastalıkları önlemek ya da yasadan kaynaklı olarak nüfus planlaması amacıyla yapılan, kanunun yetkilendirdiği kişiler tarafından tıp biliminin öngördüğü genel kural ve esaslar uyarınca gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet, hastalıkları, acıları, sakatlıkları ve hastalık niteliğinde olmayan fiziksel ve ruhsal şikayet ve bozuklukları önlemek, tanımak, iyileştirmek ya da azaltmak amacıyla yönelmiş her tür tanınmış ve terapötik önlem şeklinde tanımlanmalar da yapılmaktadır¹⁹.

Hasta Hakları Yönetmeliği²⁰ m. 4'te tıbbi müdahale, *“tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların tanı ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim”* olarak tanımlanmaktadır. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik²¹ m.3'e göre, müdahale, *“tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemleri”*, cerrahi müdahale ise, *“tıbbi aletler yardımıyla vücutta*

¹⁹ WAGNER, Gerhard, BGB § 630a, Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 7. Auflage (Hrsg SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina), Verlag C.H.Beck, München 2016, kn: 40; ÇİLİNGİROĞLU, s: 15; ÇAKMUT, Özlem, Hastanın Tedaviyi Durdurma veya Reddetme Hakkı, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009, Girne, KKTC Bildiri Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s 42; ÇAKMUT, Özlem; Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 4; ÇAKMUT, Özlem, Hekimler Tarafından Tutuklu veya Hükümlülere Tıbbi Olmayan Nedenlerle Zorla İlaç Verme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VI, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 231 ; SÜTLAŞ, s: 42; HAKERİ, Hakan, Tıp Hukukunun Genel Kavramları, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul 2007, s: 67 (HAKERİ, Genel Kavramlar); KARA KILIÇARSLAN, s: 54; GÜLEL, s: 586; PETEK, Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 2006, s: 179.

²⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği, RG T: 01.08.1998 S: 23420.

²¹ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, RG T: 01.06.2005 S: 25832.

yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları” ifade etmektedir. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’da ²² sağlık hizmetleri tanımı altında, “insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler” den söz edilmektedir. Benzer şekilde, Alman Sosyal Kanununda (Sozialgesetzbuch- SGB) da ilaçlar, tıbbi araçlar ve yardımcı yöntemleri içeren uygulamaların, evde hasta bakımının, rehabilitasyona yönelik uygulamaların da tıbbi müdahale kapsamında olduğu yer almaktadır ²³. Görüldüğü gibi, tıbbi müdahale ile korunması veya yeniden sağlanması amaçlanan değer, her zaman vücut bütünlüğü olmayıp, ruhsal bütünlük de tıbbi müdahalenin konusunu oluşturmaktadır ²⁴.

Tıbbi müdahalelere, aşı uygulamaları, diş dolgusu, ilaç tedavileri, doğum kontrolüne yönelik önlemler gibi basit tedbirlerden, en zor ve komplike ameliyatlara, organ transplantasyonlarına, kök hücre tedavilerine, yardımcı üreme tekniklerine, ayrıca tıbben gerekli olmasa da sırf güzelleşme veya görünüm değiştirme amaçlı estetik operasyonlara vb. kadar geniş bir yelpazeden örnekler verilmesi mümkündür ²⁵. Hatta kimi hallerde, ötanazi değil, fakat yaşamın insan onuruna uygun şekilde sona ermesini sağlayan uygulamalar da tıbbi müdahale olarak ele alınabilmektedir ²⁶. Yargıtay’ın 1977 tarihli bir kararında da, hekimin hasta ile ilgili faaliyetleri içinde hastalığın tanısı, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın sürekli olarak gözlenmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni yöntemlere başvurulması gibi çeşitli konuların yer aldığından söz edilmektedir ²⁷.

²² Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun No: 224, Kabul T: 05.01.1961, RG T : 12.01.1961, S : 10705.

²³ JANDA, s: 70.

²⁴ AYAN, s: 34; OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY, Saibe, Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s: 119; GÜLEL, s: 586; GEHRLEIN, Markus, Grundwissen Arzthaftungsrecht, Verlag C.H.Beck, München, 2013, s: 2, kn:5; BROX, Hans / WALKER, Wolf- Dietrich, Grundrisse des Rechts, Besonderes Schuldrecht, 34.Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2010, s: 333.

²⁵ AYAN, s: 34; GÜLEL, s: 586; PETEK, s: 179.

²⁶ SÜTLAŞ, s: 42.

²⁷ Bkz. REİSOĞLU, Seza, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s: 2. Yazarın dikkat çektiği karara, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde aydınlatılmış rıza konusu başta olmak üzere yerine geldiğince değinilmiştir. Yargıtay 4.HD, E:1977 / 6297, K:1977 / 2541, T:7.3.1977, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

B. Tarihsel Süreç

1. Tıptaki Gelişmelere İlişkin

Tedavi etme sanatının yeryüzünün tarihi kadar eski olduğu söylenmektedir²⁸. İlk kez kimin mesleki anlamda insanların sağlığı için kaygılanmış ve hastalandıklarında, bilgi ve yetenekleri yoluyla onlara yardım etmeye çalışmış olduğu bilinmemekle beraber, münferit hastalık olgularının deneme yanılma prensibiyle iyileştirilmesinin tıbbi uygulamalara başlangıç teşkil ettiği tahmin edilmektedir. Tek tek olguların üst üste gelmesiyle mesleki bilgi yoğunlaşmıştır²⁹.

Tıp bilimi ve hekimlik uygulamaları tarih boyunca sürekli gelişme halinde pek çok evrelerden geçmiştir. İlk insanlar, hastalıkların doğal nedenleri olduğunu algılayamamışlar, onları Tanrı'nın kızgınlığına, cezalandırmasına, şeytanın kötülüğüne, tabiatüstü kötü varlıkların ve kötü ruhların etkisine, buna karşılık şifayı da mucizelere, yine tabiatüstü iyi varlıklar ve kuvvetlerin etkisine bağlamışlardır³⁰. Tıpla genellikle din adamları ve sihirbazlar uğraşmış, hastaları iyileştirmek için esrarlı ilaçlar, iksirler, sihirler kullanmışlardır. Vücut bütünlüğüne yönelik ilk tıbbi müdahalelerin taş devrine kadar uzandığından, Mısır ve Mezopotmaya uygarlıklarında deneysel özelliklerin de söz konusu olduğu sihirle karışık tıbbi uygulamaların varlığından³¹, yine Orta Avrupa'da, milattan önce 4500 yıllarında gerçekleştirildiği düşünülen tıbbi müdahalelerden söz edilmektedir³².

Yunan medeniyetinde, hekimliğin ustası olarak kabul edilen Hipokrat'ın, tıp alanında akılcı yöntemleri uyguladığından, bunun yanı sıra ahlaki özellikleri, hastalarına karşı merhametli tavrı, sabrı, bilgilerini paylaşmaya ve öğretmeye istekli oluşu, gözlemci, bilgin, ağırbaşlı, hırslarına hakim ve temiz vicdanlı kişiliği ile

²⁸ BAYRAKTAR, s: 41.

²⁹ KÖBLER, Gerhard, Vom Arzt im Recht zum Arztrecht, Humaniora, Medizin- Recht- Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, KERN, Bernd- Rüdiger / WADLE, Elmar / SCHROEDER, Klaus-Peter / KATZENMEIER, Christian (Hrsg), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, s: 158.

³⁰ BAYRAKTAR, s: 41; ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s: 31; ÖZDİLEK, Ali Osman, Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, <http://www.hayad.org.tr/tipta-yanlis-uygulama-malpraktis-sebebiyle-hekimin-hukuki-sorumlulugu>, Erişim T: 18.12.2017.

³¹ BAYRAKTAR, s: 41, 42; ÖZDİLEK, s: 3.

³² KÖBLER, s: 158.

tanındığından, ayrıca kaleme almış olduğu yeminin ³³ de bu kişiliğinin ve deneyimlerinin izlerini taşıdığından söz edilmektedir ³⁴.

MÖ 5. yüzyılda Hipokrat ve ondan sonra Romalı bilgin Galenos'un kurduğu okulların ³⁵ etkisiyle akıl ve gözleme dayanan tıbbi bilgi zamanla gelişerek 15. yüzyıla kadar Musevi, Hıristiyan ve Müslüman dünyasına hakim olmaya başlamıştır. 9 ve 10. yüzyıllarda İranlı bilgin Razi ve Türk İslam filozof ve hekimi İbni Sina ³⁶ kimyayı tıba uygulayarak, Hipokrat ve Galenos'un başlattığı akla ve gözleme dayanan uygulamayı pekiştirmişlerdir. Avrupa'da tıbbın gelişmesi Ortaçağ'ın bağınaz etkisi altında sekteye uğramış ise de, İslam bilginlerinin Arapça yazmış oldukları kitapların Haçlı seferleri sırasında Batı dillerine çevrilmesinin etkisiyle yeni gelişmeler kaydedilmiştir. İbni Sina, Razi, İbni Rüşd gibi hekimlerin, Eski Yunan,

³³ Orijinal yemin metni çevirisi için bkz. <https://atudhaber.blogspot.com/2013/06/hipokrat-yemini.html>, Erişim T: 09. 12.2018; Hipokrat yemini ayrıca o dönemde bir hekimin neler yapması ya da yapmaması konusunda pek çok şeyi kısıtlamış, "*Benden ağı (zehir) isteyene onu vermeyeceğim*" diyerek ötanaziye karşı olduğunu belirtmiş, "*Bunun için yerimi ehline terk edeceğim*" diyerek bilgi sahibi olmadığı hastalıkları bu alanda deneyimli diğer hekimlere yönlendirmiştir. Hipokrat yemininin ortaya çıkmasına yol açan koşullar o zamana özgü olup artık tarihi bir belge niteliği taşısa da, tarih boyunca çeşitli dönemlerde, çeşitli uygarlıklara, çeşitli dini etik yaklaşımlara örnek oluşturmuştur. LAUFS, L/U, § 4 Berufsethik: Schutz der Persönlichkeit, s: 29, kn:15. Bu yemin, bazı kuşuklara rağmen, hekimlik vicdanının gelişmesi ve keskinleşmesini sağlayan ilkelerin zaman içinde ortaya çıkmasını sağlayan kaynak olmuştur. LAUFS, Arzrecht, 5. Auflage, Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift, Heft 29, CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993, s: 5, kn:6.

³⁴ ÖZDEMİR, s: 33; İlave bilgi ve açıklamalar için bkz. UĞURLU, Cemil, Hipokrat, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, Cilt: 50, Sayı: 2, Yıl: 1997, s: 67-78.

³⁵ Hipokrat'tan sonra Eskiçağ'ın en büyük hekimi olan Galenos, fizyoloji, farmakoloji, hastalıkların etyoloji ve patogenezi üzerine birçok çalışma yapmış, eserleri Latince ve Arapça'ya çevrilerek diğer pek çok tıp bilgininin önünü açmış, onlara kaynak oluşturmuştur. En ünlü eseri Deusu Partium'dur (Beden Kısımlarının İşlevleri Üzerine). Galenos ve Roma çağında tıp için ayrıca bkz. TEZ, s. 41 vd; KÖBLER, s: 160.

³⁶ Dünya bilim tarihinin en verimli hekim ve yazarının İbni Sina olduğu belirtilmektedir. İbni Sina'nın hem Doğu hem Batı tıbbında çok büyük ün ve önem kazanmış olan yapıtı Kitab el Kanun fit Tibb (Tıp Kanunu) 13. yüzyıldan 17. yüzyıla dek Batı üniversitelerinde temel ders kitabı olarak okutulmuştur. Günümüzde kimi İslam ülkelerinde hala okutulmaktadır. 1470- 1500 yılları arasında 15 kez Latince' ye çevrilmiştir. Bu eser batı tıbbında Canon Medicinæ adıyla bilinmektedir. İbni Sina bu yapıtında Galenos tıbbı üzerine incelemeler yapmış, kendi özgün düşünce ve gözlemlerini eklemiştir. Kitap özellikle sistematik deney ve ölçümün fizyoloji çalışmalarında kullanımını başlatması, bulaşıcı hastalıkların doğasının keşfi ve yayılımının kontrol altına alınabilmesi için kararına uygulamaları, kanıta dayalı ve deneysel tıp, klinik deneyler ve klinik farmakoloji, nöropsikiyetri, belirli hastalıkların tanısında semptom ve sendromlar, iklim ve çevrenin insan sağlığına etkileri, perhizin önemi, cerrahi müdahalelerde anestezi uygulamaları hakkında bilgiler içermektedir. Kitap, tıbbın genel ilkeleri, basit ilaçlar, iç ve dış organların hastalıkları, sistemik hastalıklar ve karışım ilaçlar ve tedavi yöntemleri bölümlerinden oluşmuştur. İbni Sina ayrıca menenjit, salgın hastalıkların yayılma biçimleri, tüberkülozun bulaşıcı niteliği, anne sütünün faydaları gibi konularda gözlem ve keşiflerde bulunmuştur. TEZ, Zeki, Tıbbın Gizemli Tarihi, 3. Baskı, Hayykitap, İstanbul 2017, s: 64, 65.

Mısır, İnan ve Hint ³⁷ yapıtlarından da yararlanarak yazdıkları eserler Latince'ye çevrilmiş, Ortaçağ'ın sonuna doğru tıp okulları açılmış, kadavra üzerinde incelemeler yapılmış, Rönesans ile birlikte anatomi ve deneysel bilgi ön plana çıkmış, cüzzam, çiçek, tifüs gibi hastalıklar tanımlanmış, 1618 yılında kan dolaşımı keşfedilmiş, ardından mikroskop geliştirilerek bakteriler ve protozoonlar izlenmiş, mikrobiyoloji biliminin önü açılmıştır. 18 ve 19. yüzyıllarda önemli ilerlemeler olmuş ³⁸, Louis Pasteur, bulaşıcı ve paraziter hastalıkların mikroskopla görülebilen ya da görülmeyen mikroorganizmalar tarafından oluşturulduğunu ortaya koymuş, enfeksiyonlardan korunmada aşının önemini kanıtlamıştır. Karl Landsteiner'in kan gruplarını bulması genetik alanındaki ilk adımlardan olmuş, kromozomlar incelenmiş ve kalıtsal hastalıklar keşfedilmiş, Wilhelm Roentgen'in X ışınlarını bulması radyolojinin temelini oluşturmuş, 1922'de insülinin, ardından antibiyotiklerin bulunması, ardından doku ve organ nakillerinin gerçekleştirilmesi, 20. yüzyılın tıp alanındaki önemli adımları olmuştur ³⁹. Tıptaki gelişmeler günümüzde de hız kesmeden devam etmekte ve geniş kitlelere sağlık hizmeti olarak arz edilmektedir.

2. Tıbbi Müdahalelere Yönelik Hukuki Yaklaşımlara İlişkin

Hukuk, tarih boyunca hekimlerin gerçekleştirdikleri tıbbi müdahalelerle ilgilenmiştir. Hekimler insan sağlığına fayda sundukları zaman takdir edilmelerine karşın, yaptıkları müdahaleler sırasında hastaya zarar verdiklerinde de haliyle sorumluluklarına gidilmiştir. Bununla birlikte ilk çağlarda, tıp ile uğraşan din adamlarının hastalarını iyileştirememeleri ya da hata yapmaları halinde genel olarak sorumlu tutulmadıkları, ancak mutlak bir sorumsuzluk durumunun da söz konusu olmadığı belirtilmektedir ⁴⁰.

Mezopotamya uygarlığından günümüze yazılı belgeler olarak gelen Hammurabi Kanunları'nda şayet hekim bronz neşteri ile birisine tehlikeli bir yara

³⁷ Eski Yunan, Mezopotamya ve Mısır, Hint ve Çin tıbbı için bkz. TEZ, s:32 vd., 15 vd, 25, 26 vd., 27 vd; KÖBLER, s: 158 vd.

³⁸ Marie Bichat (1771-1802) fizyolojinin temellerini atmış, Léopold Auenbrugger (1722-1809) klinik belirtilerin muayene tekniklerini ortaya koymuş, Edward Jenner (1749-1823) çiçek aşısını bulmuştur. Jean Corvisart (1755-1821), René Laennec (1781-1826) klinik tıbbı katkılar sunmuşlar, Horace Wells (1815-1848), William Morton (1819-1868) ve James Simpson (1811-1870) tarafından anestezinin keşfedilmesiyle cerrahi açısından önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. Ağrının ve anestezinin tarihi ile ilgili ilave bilgiler için bkz. TEZ, s: 196-208.

³⁹ ÖZDİLEK, s: 3,4. Organ ve doku nakillerinin tarihçesi için ayrıca bkz. DEUTSCH /SPICKHOFF, s: 817, kn: 1233.

⁴⁰ BAYRAKTAR, s: 41.

açarak onun ölümüne veya gözünü kaybetmesine neden olursa iki elinin kesileceği, şayet hekim bir esire bronz neşter ile tehlikeli bir yara açarak onun ölümüne neden olursa onun yerine bir esir vereceği, şayet onun göz perdesini bronz bir neşter ile açıp harap etmiş ise esirin bedelinin yarısını vereceği öngörülmüştür ⁴¹. Hitit kanunlarında ise, hekimin sorumluluğuna yönelik değil, ancak alacağı tedavi ücretine yönelik kuralların bulunduğu söz edilmektedir ⁴².

Hindistan'da Manu ve Zoroastra Kanunları'nda hekimin kusura dayalı sorumluluğunun, hekimlerden kurulmuş bir jüri tarafından saptandığı, özellikle Zoroastra Kanunları'nda sorumluluğa ilişkin ağır hükümler bulunduğu, kusura dayandırılan sorumluluğun bu devirlerde gündeme gelmeye başladığı, Mısır'da tıp bilgilerinin bir kitapta toplanmış olduğu ve bu kitaba uygun davranan hekim yol açtığı zararlar nedeniyle sorumlu tutulmazken, kurallardan ayrılma durumunda kusurlu kabul edildiği ve sorumluluğuna gidildiği, Eski Yunan'da tıp etiğinin ve hekimin sorumluluğunun ilk temellerinin Hipokrat ve takipçileri tarafından atıldığı ve Mısır'dakine benzer şekilde, kusura dayanan sorumluluğun söz konusu olduğu, ancak zararın giderilmesinden ziyade toplumun korunması amacıyla cezai niteliğinin ağır bastığı, Roma hukukunda önceleri cezai ve hukuki sorumluluk ayrımı yapılmazken, Lex Aquilia ve Lex Cornelia ile sorumlulukların ayrıldığı ve kusurun zaman içersinde hekimlerin sorumluluğunda temel bir unsur haline geldiği ⁴³, Cermen kabilelerinin kanunlarında hekimin bazı özel faaliyetleri ile ilgili kuralların bulunduğu, ancak zorunluluk durumlarında bu kurallara aykırı hareket edilebileceğinin de kabul edildiği, Ostrogoth ve Wisigoth kabilelerinde de hekim

⁴¹ ZEYİN, Zafer, Die Ärztliche Aufklärungspflicht nach dem Türkischen Recht, Humaniora, Medizin-Recht- Geschichte, Festschrift für Adolf LAUFS zum 70. Geburtstag, (KERN, Bernd- Rüdiger / WADLE, Elmar / SCHROEDER, Klaus-Peter / KATZENMEIER, Christian (Hrsg), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, s: 1143; ERSOY, Nermin, Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku- Tarihi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Yıl: 1995, s: 1; BAYRAKTAR, s: 42, 43; Yazar, Hammurabi kanunlarının, hekim – hasta ilişkisi, hekimin hak ettiği ücret, hastalara ve köle hastalara verdiği zararlar nedeniyle sorumluluğa ilişkin hükümleri hakkında daha detaylı açıklamalarda bulunmaktadır. Bkz. age, s: 42, 43; ÖZDİLEK, s: 3; Hekim hasta ilişkisine yönelik “Eğer bir hekim bir adamın kırık kemiğini iyileştirir ve hasta bir damarı, adaleyi iyi ederse, yara sahibi hekime beş şekel gümüş ödeyecektir.” şeklinde bir hüküm de yer almaktadır. www.tarihbilimi.gen.tr/makale/hammurabi-kanunlari/, Erişim T: 10.12.2018.

⁴² BAYRAKTAR, s: 43.

⁴³ BAYRAKTAR, s: 43- 47 ve oradaki dipnotlar; YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s: 2; Lex Aquilia ve Lex Cornelia hakkında detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. SOMER, Pervin, Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s:133- 151.

sorumluluğuna ilişkin kuralların bulunduğu ⁴⁴, Hristiyanlığın kutsal kitaplarında hekimin sorumluluğuna ilişkin bir açıklama yer almazken, kilise hukukunda bu yönde bazı kabullerin yer aldığı ⁴⁵, müşterek ceza hukuku döneminde çeşitli yazarlar tarafından sorumluluğa ilişkin farklı görüşlerin ileri sürülmüş olduğu, 16. yüzyılın ilk yarısından itibaren yürürlüğe konulan Carolina’da hekimin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı, Kudüs, Fransız, Belçika, Alman, İngiliz yargılarında hekimin sorumluluğuna ilişkin farklı yaklaşımların izlenmiş olduğu belirtilmektedir ⁴⁶.

İslam hukukunda Kur’an ve Sünnet’te insan sağlığı, hastalık ve tedavi ile ilgili genel kuralların bulunduğu, hastalıklar karşısında kaderci bir tutumla hareketsiz kalınmaması gerektiğinden söz edildiği, hekimin sorumluluğuna ilişkin kurallar bulunmama ile birlikte, “*Her kim tabip olmadığı ve tıp ilmini bilmediği halde tababeti icra eder de verdiği ilacın tesiriyle bir zarar meydana gelirse o cahil tabibe tazmin ettirilir*” şeklinde bir hadisin yer aldığı dile getirilmektedir ⁴⁷. Kur’an ve Sünnet hekimin sorumluluğuna ilişkin hükümler yer almama ile beraber, hukuk uygulamasından kaynaklanan ilkelerin göze çarptığı ve rıza önemli bir yer tuttuğu ifade edilmektedir ⁴⁸.

⁴⁴ BAYRAKTAR, s: 48 ve oradaki dipnotlar.

⁴⁵ Buna göre tababette kamu yararı ve insanların menfaatleri söz konusudur ve hekimler tarafından yeterli bilgi ile yerine getirilmesi gerekmektedir. Hekimlerin görevi hastalarını dikkat ve fedakarlıkla tedavi etmektir ve bilgisizlik ve ihmallerinden dolayı sorumludurlar. Hekimlerin yükümlülüklerine ilişkin olarak da, hekimin fakir kimselerin de hastalıklarını tedavi etmesi gerektiği, bulaşıcı salgın hastalıklarda dahi hastasını terk edemeyeceği, tedavide ancak etkileri bilinen ilaçları kullanabileceği, sonuçları ve etkileri bilinmeyen bir ilacı, hastanın rızası olsa dahi, deney amacıyla kullanamayacağı, hastalarla ilgili olarak bildiklerini sır olarak saklaması gerektiği, bunları açıklayamayacağından söz edilmektedir. BAYRAKTAR, s: 49, 50.

⁴⁶ BAYRAKTAR, s: 52-55.

⁴⁷ BAYRAKTAR, s: 50, 51; ÖZDİLEK, s: 4. Tıp hukukunun başlangıcı ve antik dönemlerde, ortaçağda, yeniçağda ve yirminci yüzyılda gelişimi hakkında daha fazla açıklama için bkz. KÖBLER, s: 158-172.

⁴⁸ Şöyle ki: “*Bir kimse kendi izin ve müsaadesiyle vuku bulan bir ameliyyeyi cerrahiye neticesinde vefat etse bakılır: Eğer bu ameliyyeyi icra eden tabibin tıbben hatası ve mu’tadı tecavüzü vuku bulmamış ise üzerine bir şey lazım gelmez. Fakat hatası ve haddi mu’tadı tecavüzü vaki olmuş ise üzerine o kimsenin nisif diyeti lazım gelir. Çünkü hadisede kısmen mezuniyet vardır, kısmen yoktur.*” Böylece uygulamada hekimin sorumlu tutulmaması için iki şart kabul edilmişti: bunlar mağdurun rızası ve hekimin kusursuz veya tıbbi faaliyetlerde bulunabilecek derecede kusurlu olması idi. Bu iki şartın bulunması halinde hekim mutlak olarak sorumsuzdu. Hatta hekimin kusurlu hareketi tababetteki genel uygulamaya göre olağan sayılan, başka bir deyişle tıbbın müsaade ettiği kusur sınırının içinde ise, sorumsuzluğun varlığı kabul edilmişti. Sorumluluk için mağdurun rızasının yokluğu veya tıbbın kabul etmediği ölçüde kusurluluk gerekiyordu.” BAYRAKTAR, s: 51; aynı yönde diğer bir görüşe göre, İslam hukukunda hekimin sorumlu tutulabilmesi için ya hastanın rızasının alınmamış olması ya da kusurlu davranmış olması gerekiyordu. Osmanlı arşivlerindeki bir çok mahkeme kararında, cerrahın sorumluluğunu kaldırmak için ameliyat öncesi rıza alındığını gösteren belgeler yer aldığından, şayet

Türk toplumlarının da tarihleri boyunca hekimlerin faaliyetlerine önemli yer verdiği, sorumluluklarını kanun ve emirnamelerle düzenlediğinden söz edilmektedir. Falcılık, sihirli ilaçlar gibi yöntemlerle tedavi faaliyeti gösteren şamanların hastalara verdikleri zararlar nedeniyle cezalandırıldıkları, büyük Selçuklular devrinde tıpta ileri bir düzeye ulaşıldığı, Anadolu Selçukluları zamanında yetersiz kişilerin hekimlik yapamadıkları ve yaptıklarında cezalandırıldıkları, Osmanlı İmparatorluğunun özellikle yükselme döneminde de tıbbın ileri bir düzeyde olduğu, yazılmış çeşitli bilimsel eserlerde hastalıkların sebepleri ve tedavi yöntemlerinin, cerrahi müdahalelerin belirtilmiş olduğu, bazı eserlerde hekimin kıyafetlerinin düzgün olması gerektiği, hastaya davranışları, sanatın icrası sırasında uyulması gereken bazı ahlaki konular ve hekimlerde aranan bazı kişilik özelliklerinden söz edildiği ⁴⁹, Tanzimat dönemine kadar sağlık işleri ve hekimlerin faaliyetlerinin padişah fermanları ve hekimbaşların emirnameleri ile düzenlendiği, yargı kararlarında rızaya büyük önem verildiği ve günümüzdekine benzer şekilde bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alındığı, ruhsatsız hekimlik yapmanın padişah fermanıyla yasaklanmış olduğu, hekim sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin yapılmış olduğu belirtilmektedir ⁵⁰.

3. Hekim- Hasta İlişkisinin Niteliğine İlişkin

Hekimlik kavramının, hekimlik düşüncesinin çok eski çağlardan beri bilime ve insanlığa dayandığı, pozitif bilimsel bilgi ve insan sevgisinin hekimi yönlendiren unsurlar olduğu ⁵¹, tıbbın davranış ilkelerini titizlikle denemiş ve akılcı şekilde ilerlemiş mesleki gelenekten kazandığı belirtilmektedir ⁵².

Tıp, içinde olmayan, uzun yıllar üzerinde çalışmayan kişiler için, bir başka deyişle tıp dışı kişiler açısından anlaşılması güç bir bilim dalı olarak görülmüş, tarih

hasta anlatılanları anlayabilecek durumda değilse yakın akrabalarına açıklama yapılmasının önerildiğinden söz edilmektedir. ERSOY, s: 2.

⁴⁹ Osmanlı İmparatorluğu döneminde hekimlerden beklenen davranışlara ve ayrıca hasta hekim ilişkisi bağlamında önem taşıyan hususlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. SARI, Nil, Highly Valued Virtues of Classical Ottoman Turkish Medical Ethics, a View from Past to Future -Türkçe Tıp Yazmalarına Göre Osmanlı Hekiminden Beklenen En Değerli Erdemler Dünden Geleceğe Bir Bakış, Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı (Ed. DOĞAN, Hanzade/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / NAMAL, Arın), Cilt: I, Sayı: I, Ekim 2008, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2009, s:1-16.

⁵⁰ BAYRAKTAR, s: 60-62, ayrıca hekim sorumluluğunun tarihsel gelişimi hakkında daha detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. age s: 41-62.

⁵¹ LAUFS, L/U, § 1 Idee und Aufgabe des Arztes, s: 1, kn: 1.

⁵² LAUFS, Arztrecht, s: 5, kn:6.

boyunca tedavi etme, ilaçlar hazırlama, insanı hastalık halinden ve ölümden kurtararak şifaya kavuşturma gibi eylemler nedeniyle hekimlere adeta tanrısal bir güç izafe edilmiştir. Böyle unsurların etkisiyle hekim - hasta ilişkisinde, hastanın hekime tabi bir konumda yer alması doğal karşılanmış, hekimin hasta için en doğru olanı bildiği ve uyguladığı karine olarak algılanmıştır. Bu bağlamda, hekimliğin yalnızca bir eğitim, meslek ve iş olmaktan öte bir toplumsal konum ve bir yaşam biçimi olduğundan, *“hekimin hastalığı tedavi etme erkine sahip kişi”* olarak tanımlanabileceğinden, hekimin yalnızca hastalığı tedavi etmekle kalmayıp, neyin hastalık olduğunun kararını da verdiğinden, bu erkin, sahip olduğu özel bilgi ve beceriler ve ayrıca toplum tarafından ona verilen yetkiyi de içinde barındırdığından⁵³, bu etkileşim modelinde hastanın, hekimin öngördüğü tedavi seçeneğini kabul ederek pasif bir şekilde onun otoritesine boyun eğdiğinden söz edilmektedir⁵⁴. Ancak 20. yüzyıl ile birlikte bu ilişki modeli de değişime uğramış, gelişen insan hakları kavramının da etkisiyle hekimin davranışları sorgulanmaya ve sorumluluğuna gidilmeye başlanmıştır⁵⁵.

Bu bilgiler ışığında, hekim - hasta ilişkisinin gelişimine bakıldığında, üç farklı evre göze çarpmaktadır. Bunlardan ilkinde hekimin tamamen etkin, hastanın ise edilgen konumda olduğu paternalist ilişki hakimdir⁵⁶. Hekimin doğruyu bildiği ve hasta lehine en doğru kararları verdiği şeklindeki anlayışa dayanan paternalist yaklaşım, binlerce yıl hekimin klasik rolü olarak algılanmış ve ilişkiler hekimden hastaya tek yönlü talimatlar şeklinde kurulmuştur. Böylece paternalizmin hasta

⁵³ OĞUZ, Yasemin N., Klinik Uygulamada Hekim - Hasta İlişkisi, Türkiye Klinikleri Dergisi, Tıp Etiği-Hukuku Tarihi, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl: 1995, s: 60.

⁵⁴ YILMAZ, Kerem, Defansif Tıp, Hekimin Tıbbi Uygulamalarda Sorumluluktan Kaçması Durumunda Ortaya Çıkan Problemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s: 61.

⁵⁵ YILMAZ, Kerem, s: 61.

⁵⁶ YILMAZ, Kerem, s: 95. Latince baba anlamına gelen pater kelimesinden türeyen paternalizm babaya ait, babaya özgü biçiminde ifade edilmekte, çocuğunun iyiliğini isteyen ancak ona söz hakkı tanımayan babanın tutumu ile ilişkilendirilmekte, hekim hasta arası ilişki baba çocuk arası ilişkiye benzetilmektedir. TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, III. Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s: 51; Geleneksel paternalistik tıp anlayışında, hekim, babacan bir yaklaşımla, kendisinden yardım isteyen hastanın durumunu değerlendirmekte, hasta için en iyi ve en yararlı olduğuna inandığı kararı vermekte ve hastada bu kararı uygulamaktadır. Bu yaklaşımın hasta için neyin en iyi ve en doğru olduğunu hekimin bildiği inancına dayandığından, kimi zaman hastaya bilgi verilmeden, onun hakkında karar verilmekte ve böylece hastanın çıkarlarının hastaya rağmen korunmuş olduğundan söz edilmektedir. KIZILKAYA DOĞRU, Ezgi, Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Hakları, Açlık Grevi ve AIDS / HIV, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s: 23, 24.

özerkliği ilkesinin ⁵⁷ karşısında, zıddında bir yaklaşım olarak ele alındığı ve büyük ölçüde tıp etiğinin yararlılık ve zarar vermeme ilkelerine dayandırıldığı görülmektedir. Hekimin sahip olduğu bilgi ve deneyime dayanarak hasta için en doğru olana karar vereceği ve onun çıkarlarını çok daha iyi gözeticeği düşünülmekte ve hastanın yararına olduğu inancıyla kararlar hekim tarafından alınmaktadır ⁵⁸.

Yine bir diğer görüşe göre de paternalist ilişki, hekimin buyurgan ve otoriter bir rol üstlenmesine dayanmaktadır. “*Pater*” Latince baba anlamına gelmekte olup, hekim de bu ilişki içinde bir babanın çocuğuna gösterdiği dikkat ve özeni göstererek, aynı zamanda da bir baba gibi otoriter yaklaşımla hastayı tedaviye çalışmaktadır. Bu anlayış tüm tıp tarihi boyunca, yirminci yüzyılın sonlarına değin süregelmiştir. Paternalistik ilişkide hasta, hekimin tıbbi ve teknik bilgisine, etik anlayışına, motivasyonuna güvenmektedir. Tanı ve tedavi aşamalarında hekim tüm kontrolü elinde bulundurmakta, hasta için en iyisini düşünüp uygulamakta, dolayısıyla hasta için en yüksek faydanın hekimin vereceği karara bağlı olduğu düşünülmektedir ⁵⁹. Ardından ortaya çıkan danışman hekim anlayışında ise, hastanın bilgilendirilmesi sonrası tüm kararların ona bırakılması söz konusu olmuştur. Modern tıpta ise katılımcı hekim anlayışının ağır bastığı görülmektedir ⁶⁰.

Katılımcı hekim anlayışında, karşılıklı katılım temelinde şekillenen ilişkide, hekimin mesleki özerkliği ile beraber, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının

⁵⁷ Özerk = otonom. Otonom Yunanca kaynaklı bir terim olup, kendi anlamına gelen “*eautos*” ve kural, idare, kanun anlamına gelen “*nomos*” sözcüklerinden kaynaklanmaktadır. Otonom sözcüğü bir kişinin belli bir topluluk içinde iradesini serbestçe ortaya koyma ve harekete geçme yetisi olarak tanımlanmaktadır. SAKELLARI, Evanthia, Patient's Autonomy And Informed Consent, *Icus Nurs Web J*, Issue 1, January - March 2003 (Nursing.Gr), kn: 2. Bir diğer yazar özerkliği, kişinin genel yaşam planlarından yola çıkarak, özgürce seçimlerini yapabilmesi, eylemde bulunabilmesi, kendi yazgısını belirleme hakkına sahip olması şeklinde açıklamaktadır. Özerklik ilkesi için ayrıca bkz. KIZILKAYA DOĞRU, s: 23, 24.

⁵⁸ Bkz. TACİR, s: 51, 52; ZENGİN, Mehmet Ali, *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s: 245; WEAR, Stephen, *Informed Consent, Patient Autonomy and Clinician Beneficence within Health Care*, 2 nd Edition, Georgetown University Press, 1998, <https://books.google.com.tr/books>, s: 32 vd.

⁵⁹ YILMAZ, Kerem, s: 96; ZENGİN, s: 245.

⁶⁰ GÖKCAN, Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s: 86; YILMAZ, Kerem, s: 95. Ayrıca hekimin paternalist yaklaşımların bir kısmını muhafaza ettiği, ancak aynı zamanda yol gösterme ve işbirliğine dayanan bir ara evreden de söz edilmektedir. Paternalizmin yumuşatılmış hali olarak da ele alınan bu ikinci evrede hekim bir tür yol gösterici ve öğretmen konumunda olup hasta ise sağlığını kazanmak için onun bilgi ve becerisine güvenmekte, ancak karar verme süreçlerinde yine de hekimle aynı konumda bulunmamaktadır YILMAZ, Kerem, s: 95, 96; paternalist, katılımcı ve danışman hekim tiplerini hakkında ilave açıklamalar için bkz. GÜNDAY, Rezzan, *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 101, 102.

gereği olarak tıbbi süreçlere katılması esas alınmaktadır. Bu ilişkide hastanın özerkliği baskındır. Hekim hastaya hastalığının seyri ve nasıl sonuca ulaşılacağını anlatmakta, hasta da hekimin yaptığı açıklamaları dikkate alarak kendi sağlık durumuna ilişkin kararları vermekte, kendi sorumluluğunu almakta ve hekimle paylaşmaktadır ⁶¹. Bu yaklaşım 1960'lı yıllardan itibaren ABD başta olmak üzere pek çok Batılı ülkenin hukuk sistemleri içinde gittikçe ağırlık kazanmaya başlamış ve aydınlatılmış onam gibi birçok uygulamaya zemin hazırlamıştır ⁶².

Teknolojideki gelişmeler de hekim- hasta ilişkisini etkilemektedir. Geleneksel Batı tıbbının uygulama alanındaki yaklaşımın, hümanizma ve bilimsel belirlenimcilik şeklinde iki tarihsel temele dayandığı ve bu iki temel arasındaki dengenin sistemi yüzyıllarca ayakta tutmuş olduğu, teknolojide yaşanan hızlı gelişmelerin, bir yandan yepyeni araştırma ve uygulama alanları yaratırken, diğer yandan hekimliğin hümanizma ayağında zayıflamaya yol açtığı, fakat hastayla

⁶¹ GÖKCAN, s: 86; Hekim- hasta ilişkisinde yaşanan gelişmeler, bu ilişkiyi etkileyen unsurlar ve ilişkinin tür ve modelleri hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. ATICI, Elif, Hasta- Hekim İlişkisi Kavramı, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 1, Yıl: 2007, s: 45-50.

⁶² YILMAZ, Kerem, s: 97. Aydınlatılmış onamın da aslında tıptaki ve teknolojideki hızlı ilerlemelerin bir sonucu olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Buna göre, tıp teknolojisinin henüz fazla gelişmediği dönemlerde, hasta hastalığının nasıl bir şey olduğunu, tedavisi için neler yapılacağını, hekim düzeyinde olmasa bile yine de bir şekilde anlayabilecek durumda iken, kısa zamanda ortaya çıkan gelişmeler, hastanın kavrama seviyesini aşan sayısız araç- gereç, bilgi ve beceriyi uygulamaya sokmuş ve dolayısıyla hastanın da bu hususlarda bilgi sahibi yapılmasını gerekli kılmıştır. Diğer yandan bu gelişmelerin aradaki ilişkinin zayıflamasına yol açtığı da ifade edilmektedir. TEZ, s: 259. Yine önceki açıklamada ve dipnotlarımızda da belirtmiş olduğumuz gibi, tıp bilimindeki gelişmeler sonucu yeni ortaya çıkan tedavi metodları ve bunların taşıdığı kendine özgü riskler, hekim ile hasta arasındaki ilişki modeli bağlamındaki değişimler, zarar gören bireylerin hak arama ve sorumluluğa gitme eğilimlerindeki artış, kişiliğin korunması ve kendi geleceğini belirleme hakkının kazandığı önem hekimden beklenen aydınlatma yükümlülüğü üzerinde etkili olmuştur. Aydınlatma yükümlülüğünün tarihsel gelişimine bakıldığında ise, 20. yüzyılın başında, tıbbi müdahalelerde hastanın rızası üzerine durulmaya başlandığı, Alman İmparatorluk Mahkemesinin ebeveynin rızası olmaksızın çocuklara yapılan ameliyatlara ilişkin iki kararının mevcut olduğu, aydınlatma yükümlülüğünün ise söz konusu edilmediği, aydınlatmanın ihlali durumunda zararın gideriminin gündeme geldiği ilk kararın 1932 yılında verildiği, aydınlatmaya ilişkin kararlarda tıbbi müdahale sürecinin aksamaması ve hekime serbest takdir alanı bırakılmasının ilke olarak gözetildiği, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra ise aydınlatma yükümlülüğünü dikkate alan kararların yaygınlaştığı, bu kararların hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hastanın kendisi hakkında karar verme hakkından doğduğu, aydınlatmanın ölçüsü ve kapsamının, tıbbi müdahalelerin doğuracağı tehlikenin derecesine ve çıkacak komplikasyonların ağırlık ve yoğunluğuna göre belirleneceği, aydınlatmanın kapsamının belirlenmesinin hekimin takdir yetkisine bırakılmayacak bir hukuki konu olduğu, hastanın aydınlatılmasının onun sağlığı yönünden sakıncalı olabileceği görüşünün ayrık durumlarda geçerli olabileceği dile getirilmektedir. ÖZSUNAY, s: 33, 35, 36, 37; Bir diğer görüş, aydınlatılmış onam öğretisinin, Anglo - Amerikan hukukunun, güvene dayanan ilişki ve bireyin kendi hakkında karar verme, bir başka deyişle kendi geleceğini belirleme hakkı şeklindeki iki temel ilkesinin sonucu olarak ortaya çıktığını ve tarihsel süreç içinde davalar yoluyla şekillenerek ve yasal düzenlemelerle güvence altına alınarak hasta haklarının vazgeçilmez bir ögesi haline geldiğini belirtmektedir. ERSOY, s: 1. Aydınlatılmış onam kavramının gelişim süreci hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. age.

insanca ilişki kurmasına olanak sağlayacak zamanı da kazandırdığı, dolayısıyla teknolojinin akılcı ve olumlu kullanımının önem taşıdığı ifade edilmektedir ⁶³.

C. Tıbbi Müdahalenin Unsurları

Bir eylemin, bir davranışın tıbbi müdahale olarak değerlendirilmesi için, müdahalenin bir hekim (kural olarak hekime tanınmış olan bu yetkinin kanunun izin verdiği durumlarda diğer sağlık meslek mensuplarınca da kullanılabilmesi kabul edilmektedir) tarafından gerçekleştirilmiş olması ve doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik bulunması şeklinde iki ayrı unsurun varlığı aranmaktadır. Böylece tıbbi müdahalenin unsurlarını, toplum düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış kişi olarak hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması ve bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak, iyileşmesini hızlandırmak, tehlikesini ve yarattığı acıları azaltmak, sekelleri ortadan kaldırmak ya da hafifletmek gibi bir amaca yönelmiş olması şeklinde açıklamak mümkündür ⁶⁴.

Müdahaleler, örneğin klasik bir ilaç uygulaması veya ameliyat şeklinde doğrudan tedaviye yönelmiş olabileceği gibi, estetik ameliyatlara, verici yönünden organ ve doku nakilleri, cinsiyet değişiklikleri, yardımcı üreme teknikleri gibi, doğrudan olmasa da dolaylı olarak tedavi amacına yönelmiş olabilirler ⁶⁵. Bununla birlikte tedavi amacı gütmeyen salt bilimsel araştırma amaçlı deneysel faaliyetler ile ötanazinin ise tıbbi müdahale kapsamı dışında bırakılması gerektiği düşünülmektedir ⁶⁶.

⁶³ TEZ, s: 260; GÜRSOY, Gençay, Doktorun Yeri, Tıpta Bugünden Geleceğe, <http://doctormuratbas.blogspot.com/2014/09/doktorun-yeri-tipta-bugunden-gelecege.html>, Erişim T: 21.12.2017; OĞUZ, s: 61; Ayrıca hekim hasta ilişkisi, dolayısıyla tıbbi müdahale süreçleri üzerine de etkili olacak teknolojik gelişmeler de dahil bazı unsurlar hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. ATICI, Elif, Hasta- Hekim İlişkisini Etkileyen Unsurlar, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 2, Yıl: 2007, s: 91-96.

⁶⁴ AYAN, s: 5, 9; BAYRAKTAR, s: 149; GÖKCAN, s: 39. *Bayraktar*, tıbbi müdahalelerin tıp meslek ve sanatının kurallarına uygun olmasını tıbbi müdahalede bulunmanın objektif sınırı, tedavi amacına yönelmiş olmasını ise subjektif sınırı şeklinde tarif etmektedir. BAYRAKTAR, age. s: 149; ÇEKER, s: 3, 4; Hipokrat'tan kaynaklandığı düşünülen "önce zarar vermeme" zorunluluğunun da tıbbi müdahalenin üçüncü bir unsuru olarak ele alındığından söz edilmektedir. SÜTLAŞ, s: 42. *Çilingiroğlu*, tıbbi müdahalenin unsurlarını, müdahalenin resmi ehliyetli kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olması, müdahalenin kişinin yaşamını, sağlığını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal anomalilerin tanısı, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelmiş olması, müdahalenin tıp biliminin genel olarak kabul edilmiş kural ve teknik gereklerine uygun olması ve şeklinde açıklamaktadır. ÇİLİNGİROĞLU, s: 16, 18, 33.

⁶⁵ AYAN, s: 9; ÇEKER, s: 4.

⁶⁶ AYAN; s: 9.

D. Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Kaynakları Olarak Kanun ve Sözleşme

Hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğünün kaynaklarını kanun ve sözleşme olarak ele almak mümkündür. Detaylara girmeksizin genel olarak belirtmek gerekirse, öncelikle tıbbi müdahalelerin, Anayasa⁶⁷ m.17/2'nin tıbbi zorunluluk durumunda ve kanunda yazılı hallerde vücut bütünlüğüne el atılmasına izin veren hükmünün kapsamında yer aldığı görülmektedir. AY'nın kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin 19. maddesinde öngörülen, toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavisinin, hekimler tarafından yerine getirilmesi gereken bir tıbbi müdahale olduğu açıktır. Çevre ve sağlığın korunmasına ilişkin AY 56. maddesinde⁶⁸ öngörülmüş olan sağlık hizmeti, Devlet tarafından, öncelikle hekimlerin gerçekleştireceği tıbbi müdahaleler aracılığıyla yerine getirilebilecektir. Bu düzenlemenin de kamuda görevli olanlar başta olmak üzere, tüm hekimler açısından bir yükümlülük getirdiği söylenebilir.

AY'nın ardından, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi)'ne⁶⁹ baktığımızda, taraf devletlere, sağlık gereksinimleri ve mevcut kaynakları dikkate alarak, kendi yasal yetkileri dahilinde, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun tedbirleri alma

⁶⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No: 2709, Kabul T: 18.10.1982, RG T: 09.11.1982, S: 17863.

⁶⁸ Anayasa m. 56: *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."*

⁶⁹ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda hazırlanıp Avrupa Konseyi bünyesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış, TBMM tarafından 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme böylece iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir. Ayrıca 2004 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle 90. maddeye eklenen cümleye göre, temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası antlaşmalarla kanunlar arasında bir çatışma olursa uluslararası antlaşma hükümleri uygulanacaktır. Sözleşme ile ilgili bilgi ve değerlendirmeler için Bkz. KATOĞLU, Tuğrul, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı:1, Yıl: 2006, s: 157, 160; GOJAYEVA, Alvina, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s; 28-69.

yükümlülüğü getirmektedir. Sözleşmenin 3. maddesi dikkate alındığında, Devlet, bireyleri sağlık hizmetlerinden hekimlerin gösterecekleri tıbbi faaliyetler aracılığıyla yararlandırmaktadır⁷⁰.

Biyotıp Sözleşmesi'nin ardından, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler içinde, Türk Ceza Kanunu'nun⁷¹, hekimlere özgü olmayıp herkes için geçerli olan 97 (terk) ve özellikle 98. maddesinin (yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi), haliyle hekime de ilkyardımda bulunma ve hatta koşulların elverdiği ölçüde acil tıbbi yardımda bulunma yükümlülüğü getirdiğini, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesini düzenleyen TCK 83. maddesinin 2.fıkra a bendinin de böyle yükümlülük getiren bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. Ceza Muhakemesi Kanunu⁷² 75 ve 76. maddelerinde yer alan, hakim ve gerektiğinde savcı kararı ile şüpheli veya sanığın ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ve 78 ve 79. maddelerinde yer alan hakim kararı ile moleküler genetik incelemeler yapılmasına ilişkin düzenlemeler de, bu müdahaleler için görevlendirilen hekimler açısından yükümlülük teşkil edecektir.

Hekim ve diğer sağlık çalışanlarının mesleki faaliyetlerinin icrasına ve dolayısıyla tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesine yönelik temel düzenleme olan Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun⁷³ ilk yirmi sekiz maddesi, diğer sağlık meslek mensuplarına ilişkin birkaç ek fıkra dışında, hekimlere yönelik düzenlemeler içermektedir⁷⁴. *“Türkiye’de icrayı tababet için bu kanunda gösterilen vasıfları haiz olanlar umumi surette hastalıkları tedavi hakkını haizdirler.”* şeklinde başlayan 8. madde düzenlemesi, hastalıkları tedavi hakkının genel olarak hekimlere verilmiş olduğunu ortaya koymaktadır ki bu da hastalıkların tedavisinin de ancak onlardan beklenebileceği sonucuna götürmektedir.

⁷⁰ Sözleşme ayrıca, müdahalenin tıbbi standartlara uygun şekilde gerçekleştirilmesi, rıza ve aydınlatma, kişiler müdahaleye rıza gösteremeyecek durumda oldukları takdirde yetkili diğer kişi veya makamlardan muvafakat alınması, sağlıklarına yönelik ciddi tehditlerin varlığı durumunda akıl hastalarına rıza aranmaksızın müdahalede bulunulması, acil durumlarda rıza olmasa dahi gerekli tıbbi müdahalenin yapılması şeklinde aynı zamanda yükümlülük de getiren düzenlemeler içermektedir.

⁷¹ Türk Ceza Kanunu, Kanun No: 5237, Kabul T: 26.09.2004, RG T: 12.10.2004, S: 25611.

⁷² Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun No: 5271, Kabul T: 04.12.2004, RG T: 17.12.2004, S: 25673.

⁷³ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Kanun No: 1219, Kabul T: 11.04.1928, RG T: 14.04.1928, S: 863.

⁷⁴ Kanunun 29-46. maddeleri, dış hekimlerinin faaliyetlerine yönelmiş olup, *“Dış tabibi, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, dış 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.”* şeklindeki 29.maddenin de yükümlülük ifadesi içermemekle beraber, yetkiye ait açık bir düzenleme olduğu görülmektedir.

Tababet Kanunu'nun genel hükümler (ahkamı umumiye) başlıklı altıncı faslında, “*Tabipler, dış tabipleri, dişçiler ve ebeler bu kanunda tasrih edilmeyen ve sair kavanin ve nizamata ile kendilerine tevdi edilmiş olan bilcümle vezaihin ifasıyla mükelleftirler.*” şeklindeki 69. madde düzenlemesi ile, meslek mensuplarının bu kanunda belirtilmeyen ve diğer kanun ve düzenlemelerle kendilerine verilmiş tüm görevlerin ifasıyla yükümlü oldukları öngörülmüştür ki bu da gerek Tababet Kanunu gerek mevzuattaki diğer düzenlemelerin öngördüğü mesleki görevlerin ifasının hekimler açısından bir yükümlülük teşkil ettiğini ortaya koymaktadır.

Kamu sağlığının korunması ve geliştirilmesine yönelik Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun ⁷⁵ içerdiği birçok düzenlemenin, özellikle öngörülen sağlık önlemlerinin alınmasında görevli idarenin çalışanı konumundaki kamu görevlisi hekimler bakımından tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü oluşturduğu söylenebilir ⁷⁶.

Kanun düzeyinde olmamakla beraber, sağlık mevzuatında önemli bir yer tutan ve çalışmamızda da sık sık değinecek olduğumuz Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin ⁷⁷ “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur. Dış tabibi de, kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir*” şeklindeki m.3 düzenlemesine göre, hekime gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda ilk yardımda bulunma yükümlülüğü getirilmiştir ⁷⁸. “*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis*

⁷⁵ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Kanun No: 1593, Kabul T: 24.04.1930, RG T: 06.05.1930, S: 1489.

⁷⁶ Sağlık mevzuatında yer alan diğer kanunlarda da, tıbbi müdahale yükümlülüğüne dolaylı da olsa işaret eden düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Örneğin, sağlık hizmetleri ile ilgili esasları düzenleyen ve diğer pek çok husus ile beraber hekimlerin sunacağı tıbbi bakıma yönelik olarak da hükümler içeren Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun (Kanun No: 3359, Kabul T: 07.05.1987, RG T: 15.05.1987 S: 19461), Ek 4. maddesi açıkça devlet hizmeti yükümlülüğünden, Ek 6. maddesi hekimlerin olağanüstü durumlarda görevlendirilebileceğinden söz etmektedir. Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun (Kanun No: 7269, Kabul T: 15.05. 1959, RG T: 25/5/1959, S: 10213) 10. maddesi afet durumlarında sağlık kurumları ve dolayısıyla hekimlere hasta ve yaralıları kabul ve müdahale yükümlülüğü getirmektedir. Başta acil durumlar ve afetlere ilişkin düzenlemeler olmak üzere sağlık mevzuatında, hekime, diğer sağlık çalışanlarına, sağlık kurumlarına müdahale yükümlülüğü yönünde değerlendirmeye elverişli örnekleri çoğaltmak mümkündür.

⁷⁷ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Bakanlar Kurulu Kararı No: 4/12578, T: 13.01.1960, Dayandığı Kanun No: 6023, T: 23.01.1953, RG T : 19.02.1960, S: 10436.

⁷⁸ Bunun TCK'daki genel yardım yükümlülüğüne göre daha spesifik bir düzenleme olarak ilk yardım yükümlülüğüne işaret ettiği görülse de, ilkyardımanın, İlkyardım Yönetmeliği 4/d maddesinde yer alan “*Herhangi bir kaza ya da yaşamı tehlikeye düşüren durumda, sağlık görevlilerinin yardımı sağlanıncaya kadar, hayatın kurtarılması ya da durumun daha kötüye gitmesini önleyebilmek amacıyla olay yerinde, tıbbi araç gereç aranmaksızın mevcut araç ve gereçlerle yapılan ilaçsız uygulamalar*” şeklindeki tanımı dikkate alındığında, bunun hekimin yanı sıra ilkyardımcı (ilkyardım tanımında belirtilen amaç doğrultusunda, hasta veya yaralıya tıbbi araç gereç aranmaksızın mevcut

koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder.....” şeklindeki TDN m. 13, “*...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.....”* şeklindeki m. 14 düzenlemeleri de tanı, tedavi, yaşamı kurtarma, sağlığı koruma ve en azından acıları hafifletmeye yönelik müdahalelerde bulunma yükümlülüğüne dayanak teşkil etmektedir. Yine, “*Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir”* şeklindeki TDN m.18 lafzından da, acil yardım, resmi ve insani vazifenin ifası durumlarında hastaya müdahalede bulunma yönünde bir yükümlülüğün varlığı görülmektedir. Benzer şekilde 19. maddenin 3. cümlesinde yer alan “*Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terkedemez.”* ifadesi de, başlanılmış olan müdahaleye devam edilmesi yönünde bir yükümlülük olarak ele alınabilir.

TDN'nin bu düzenlemelerini göz önünde tuttuğumuzda hekimlerin acil durumlarda, öncelikle ilkyardım, eğer ellerinde yeterli imkanlar varsa sağlık kurum veya kuruluşu bünyesinde veya sahada gereken acil müdahaleleri yapma bakımından kanundan kaynaklanan bir yükümlülüklerinin bulunduğunu, yine kamuda çalışan yani kamusal sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde görevli olan hekimlerin resmi görevlerinin gereği olarak sağlık hizmeti sunmak, dolayısıyla tıbbi müdahalelerde bulunmakla yükümlü olduklarını, insani vazifenin açık bir tanımı bulunmamakla beraber, doğal, teknolojik ve insan kaynaklı afetlerde yapılan yardımların insani yardım teşkil edebileceğini, ayrıca gereken yardım esirgendiği takdirde yaşamları veya sağlıkları zarar görecektir ağır durumdaki hastalara yapılabilecek asgari müdahalelerin de bu kapsamda ele alınabileceğini söylemek mümkündür.

Acil durumlarda tüm hekimlerin müdahale yükümlülüğü olmakla beraber, kamu görevlisi olarak çalışan, kamu hizmetini yerine getiren bir hekimin yükümlülüğü ayrıca resmi görevin ifasından kaynaklanmaktadır. Yalnızca hastanın

araç ve gereçlerle ilaçsız uygulamaları yapan ilkyardım eğitimi alarak ilkyardımcı belgesi almış kişi) sıfatını haiz herkese yüklenmiş bir yükümlülük olduğu da görülmektedir. Ancak maddenin lafzında yer alan “*gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalar”* ifadesi de hastaya öncelikle uygun ilaç ve malzeme kullanılarak acil tıbbi yardım ve tedavinin sağlanması gerektiğine, bu sağlanamadığı takdirde ise en azından ilkyardım müdahalelerinin yapılmasına işaret etmektedir.

bireysel olarak sağlığını koruma, hastalıkların tanı ve tedavisi değil, aynı zamanda kamu sağlığının korunması ya da ceza hukukuna ilişkin ve medeni yargılama hukukundan kaynaklanan müdahaleler ⁷⁹ gibi belli bir durumun tespitine yönelik müdahaleler de resmi görevin ifası kapsamında ele alınmalıdır. Böyle durumlar genel olarak çeşitli düzeylerde yasal düzenlemelerle de öngörölmüş olduğundan, aynı zamanda hem kanundan hem resmi görevin ifasından kaynaklanan bir yükümlölük olduğu söylenebilecektir.

Hasta Hakları Yönetmeliği 6. maddesi yanı sıra yasal düzenleme olmamakla beraber Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ⁸⁰ 5. maddesi, koruyucu önlemlerin alınması dahil hekimlere tıbbi müdahalede bulunma yükümlölüğü getiren, yine HMEK'nın 10. maddesi, acil durumlarda ilkyardım yükümlölüğü getiren düzenlemeler olarak görölebilir.

Yine yasal düzenleme olmayıp, hekimlere yönelik bir etik bildirme niteliğinde olsa da, Türk Tabipleri Birliği Hekimlerin Toplumsal Sorumlulukları Bildirgesinde *“Hekim olağandışı durumlarda sağlık hizmetlerinin örgütlenmesi ve sunumu konularında eğitim almalı, olağandışı durum öncesi, sırası ve sonrasında yürütölen çalışmalara katılmalıdır.”* ifadesiyle de hekimlere olağandışı durumlarda sağlık hizmeti sunma yönünde etik bir ödev de yüklendiği görölmektedir ⁸¹.

Serbest çalışan hekimler bakımından müdahalede bulunma yükümlölüğüünün diğer kaynağını, çeşitli yönleriyle çalışmamamızın ilerleyen bölümlerinde de ele alacağımız gibi, hasta ile kurmuş oldukları tıbbi müdahale sözleşmesi oluşturmaktadır. Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince hekim hasta ile sözleşme kurma zorunluluğunda değildir, ancak bir kez taraf olduğu takdirde, artık gereken tıbbi bakımı sunma, gereken müdahalelerde bulunma yükümlölüğü altına girmektedir. Her ne kadar hekimin özgürlüğü, sözleşmeyi devam ettirip ettirmeme, yani hastaya sunmuş olduğu tıbbi bakımı sürdürüp sürdürmeme açısından da geçerli olsa da, hem sözleşmenin getirdiği özen yükümlölüğü hem de yine yasal düzenlemelerin

⁷⁹ Örneğin kişinin ruh ve akıl sağlığının değerlendirilmesi, soybağıyla ilişkin davalar, bilirkişi görüşü oluşturmak üzere yapılacak müdahaleler vb.

⁸⁰ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, 10-11 Ekim 1998 tarihlerinde yapılan Türk Tabipleri Birliği 47. Büyük Kongresinde kabul edilmiş ve 01.02.1999 tarihinde yayınlanmıştır. Amacı, hekimlerin mesleklerinin gereklerini yerine getirirken uymaları zorunlu olan meslek etiği kurallarını belirlemektir. Bu kurallar bütünü 6023 sayılı yasanın 59/ g maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

⁸¹ TTB Hekimlerin Toplumsal Sorumlulukları Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010.

öngörülerini uyarınca, hastanın zarara uğramaması için gereken önlemler alınmadıkça, elverişli koşullar sağlanmadıkça sözleşmenin sürdürülmesi ve gereken tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu hususlar TDN düzenlemeleriyle de örtüşmektedir. Hekim serbest çalışmayıp, sağlık kurumunun çalışanı olduğu takdirde ise, hasta karşısında tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı hekim değil sağlık kurumu olmaktadır, ancak hekim ile sağlık kurumu arasında kurulmuş olan hizmet sözleşmesi gereği, hekimin sağlık kurumuna başvuran hastalara tıbbi bakım sunma yükümlülüğü doğmaktadır⁸². Dolayısıyla hasta ile hekim arasındaki hizmet sözleşmesinin de hekim açısından bir müdahale yükümlülüğü getirdiği, hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüne kaynak oluşturduğu söylenebilecektir⁸³.

E. Tıbbi Müdahale Türleri

1. Genel Ayrımlar

Öğretide tıbbi müdahalelerin çeşitli ayrımlara tabi tutulduğu görülmektedir. *Ayan*'ın tedavide kullanılan yöntemin tıp bilimi ve uygulamasında yerleşmiş olup olmamasından hareketle geleneksel tıbbi müdahaleler ve yeni tıbbi müdahaleler, icra ediliş tarzı bakımından beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleler ve beden bütünlüğüne dokunmamakla birlikte bedeni ve ruhi sağlığa yönelik tıbbi müdahaleler ve tıbbi müdahalenin icra edildiği yerden hareketle, bağımsız çalışan hekim tarafından yapılan tıbbi müdahaleler ve hastanelerde yapılan tıbbi müdahaleler şeklinde ayırmakta olduğu, ayrıca, doğrudan doğruya tedavi amacına yönelik tıbbi müdahaleler ve dolaylı şekilde tedavi amacına yönelik tıbbi müdahaleler diye bir ayrımın da yapılabileceğini dile getirdiği görülmektedir⁸⁴.

⁸² Ancak mesleki özerkliği ve tedavi serbestliği uyarınca hekimin, tümüyle sağlık kurumunun talimatlarıyla bağlı kalmasının söz konusu olamayacağı ve hastanın menfaatlerini de gözeterek, müdahalenin gerekli olup olmadığı hususunda kararı hekimin kendisinin vereceği kuşkusuzdur.

⁸³ Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, hizmet sözleşmesinin özelliklerine ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

⁸⁴ *AYAN*, s: 10 ve ayrıca dn.18. Yeni tıbbi müdahaleler, kendi içinde tedaviye yönelik araştırma faaliyetleri ve deneysel araştırma faaliyetleri olarak ele alınırken, icra ediliş tarzına göre beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleler olarak organ nakli, sterilizasyon, kastrasyon, gebeliğin sona erdirilmesi, cinsiyet değişikliği gibi cinsel faaliyete ilişkin müdahalelerin ve estetik amaçlı müdahalelerin ele alınmış olduğu, beden bütünlüğüne dokunmamakla birlikte bedeni ve ruhi sağlığa yönelik müdahaleler kapsamında ise, tanı ve ameliyat sonrası kontrol faaliyetlerinin, psikolojik tedavi faaliyetlerinin, ilaçla tedavi faaliyetlerinin, yapay döllenenin, embriyo transferlerinin, protez ve benzeri yapay maddelerle yapılan tedavilerin ele alınmış olduğu görülmektedir Bkz. *AYAN*, s: 10-44. *Kıcalıoğlu*, tıbbi müdahaleleri yapılmasına göre, kullanılan yöntemlere göre ve tıbbi ve hukuksal

Bir diğ er yazar, tıbbi müdahaleleri, benzer şekilde, geleneksel (klasik) yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler ve yeni yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler, yeni yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleleri de kendi içinde tedavi amaçlı deneysel uygulamalar ve araştırma amaçlı deneysel uygulamalar olarak ayırmaktadır. Tıp bilimi ve uygulamasında uzun zamandan beri yerleşmiş ve genel kabul görmüş ve bu nedenle riskleri ve tedavi edici potansiyelleri önceden bilinmekte olan müdahaleler geleneksel tıbbi müdahale olarak kabul edilmekteyken, tıp bilimi tarafından uygulanabilir nitelikte görülmekle birlikte henüz yeterince denenmemiş ve dolayısıyla sonuçları, yan etkileri gibi hususlar henüz tam olarak açıklığa kavuşmamış müdahaleler de yeni yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler olarak ele alınmaktadır ⁸⁵. Yazar, bu müdahaleler için öngörmüş olduğu alt gruplardan olan tedavi amaçlı deneysel uygulamaları, hastayı tedavi etme amacıyla geliştirilen, ancak yeni ve yeterince denenmemiş olması nedeniyle tıp uygulamasında henüz yerleşmemiş müdahaleler olarak açıklarken, araştırma amaçlı tıbbi deneyleri ise, kişiyi tedavi etme amacı taşımayan salt bilimsel amaçlı çalışmalar olarak değerlendirmektedir ⁸⁶.

Tıbbi müdahalelerin medikal ve cerrahi müdahaleler, invazif ve non-invazif müdahaleler olarak ayrımlara tabi tutulması da mümkündür. Esasen *Ayan*'ın yapmış olduğu beden bütünlüğüne yönelik müdahaleler ve beden bütünlüğüne dokunmamakla birlikte bedeni ve ruhi sağlığa yönelik müdahaleler şeklindeki ayrımın bir bakıma bu sınıflandırma ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Yazar, beden bütünlüğüne yönelik müdahaleler adı altında cerrahi müdahaleler yani ameliyatları ve (kanımızca muhtemelen diğ er invazif müdahaleleri) ele almakta ve kişinin fizik yapısını bozucu nitelik taşıdıklarını belirtmekte iken ⁸⁷, beden bütünlüğüne dokunmamakla birlikte bedeni ve ruhi sağlığa yönelik müdahalelerin kişinin fizik yapısına doğrudan bir etki yapmadıklarını belirterek teşhis ve ameliyat sonrası kontrol faaliyetleri, psikolojik tedavi faaliyetleri, ilaçla tedavi faaliyetlerini bu gruba örnek olarak vermektedir ⁸⁸.

bakımdan özellik göstermesine göre ayırmaktadır. KICALIOĞLU, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara 2011 s: 14 vd.

⁸⁵ GÖKCAN, s: 41.

⁸⁶ GÖKCAN, s: 42.

⁸⁷ AYAN, s: 16.

⁸⁸ AYAN, s: 16, 35.

Bununla beraber biz, yasal düzenlemelerde öngörülen amaçları da dikkate alarak tıbbi müdahaleleri, tanıya yönelik tıbbi müdahaleler, tedaviye yönelik tıbbi müdahaleler, koruma amaçlı tıbbi müdahaleler, ayrıca kanundan kaynaklanan tespit amaçlı müdahaleler, ki bu tespitlerin de esasen bir tür tanı işlevi olduğunu düşünmekteyiz, bunun yanı sıra, vericinin değil ama üçüncü bir kişinin, alıcının tedavisine yönelik organ ve doku nakilleri, ya da estetik kaygılar ve beklentiler, gebeliğin sonlandırılması, üremeye destek ya da engelleme gibi, kural olarak doğrudan hastanın hastalığının tanısına ve tedavisine yönelik amaçları olmayan ve bir bölümü kanunda da düzenlenmiş olan özellikli müdahaleler şeklinde bir sınıflandırmaya tabi tutmayı uygun gördük.

2. Tanıya Yönelik Müdahaleler

Tıp mesleğinin, hekimlik sanatının amacı, hastalığa doğru tanıyı koymak ve uygun tedaviyi planlayıp gerçekleştirmektir. Tanıdan söz edildiğinde, kavramsal olarak bir hastalığın tanınması anlaşılmalıdır⁸⁹. Tanı, hekimin hasta üzerinde birtakım araştırma ve incelemeler sonunda elde ettiği bulguları değerlendirerek ne tür bir hastalığın olduğuna karar vermesi⁹⁰, bir kişide var olduğu düşünülen fiziksel ve psikolojik bir sorunu aramak, bulmak, ne olduğunu ortaya koymak için yapılan faaliyetler olarak da tanımlanmaktadır⁹¹. Hekim tanıya varmak için çeşitli yöntemlere başvurarak, genel tıp bilgisinin yanı sıra bu yöntemlerden elde edilen sonuçları da kullanmaktadır⁹².

Tanı, belli bir zaman dilimine yayılan muayeneler ve elde edilen bulgularla varılan bir sonuç olup zaman içerisinde değişkenlik gösterebilir⁹³. Tanı, hastalığın ve nedenlerinin kesin olarak saptanması şeklinde anlaşılmalıdır. Yapılan faaliyetler neticesi mutlaka kesin bir tanıya varılması, hastalığın ve nedenlerinin kesin olarak saptanması zorunlu olmayıp, tanı konulamamış ya da herhangi bir sorunun,

⁸⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 50, Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 408, kn: 1.

⁹⁰ ÖZDEMİR, Hayrünisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s: 29.

⁹¹ BAYRAKTAR, s: 231; ÇİLİNGİROĞLU, s: 18; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 5.

⁹² ÖZDEMİR, s: 29. Bunun için de hastalıkların etyolojisi, patogenezi, klinik belirti ve bulguları, tedavi özellikleri ve prognozunun bilinmesi gereklidir. KAYSI, Abdülkadir, Genel Bilgiler, Giriş, Anamnez Alma, Fizik Muayene, İç Hastalıkları (Semiyojoloji), (Ed: KAYSI, Abdülkadir), Alfa Yayıncılık, 10 Baskı, İstanbul 2016, s: 2.

⁹³ UHLENBRUCK, L/U, § 50, Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 408, kn: 1; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 424; HAKERİ, Hakan, Hekimin Yükümlülükleri, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, II.Sağlık Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2010, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s: 29.

hastalığın bulunmadığı ortaya konmuş olsa dahi, bu durum, yapılan işlemlerin tanıya yönelik olma niteliğini değiştirmemektedir ⁹⁴.

Hastadan ve ailesinden öykü alınması, fizik muayenenin yapılması, özel aletlerin kullanılması, laboratuvar incelemelerinin yapılması, konsültasyon yapılması, tanıya yönelik müdahalelere örnek gösterilmektedir ⁹⁵. Tanıya varmak için öncelikle anamnez, fizik muayene ve devamında laboratuvar muayenelerine başvurulmakta, hastanın yakınmasından, anamnezinden ve fizik muayenesinden saptanan belirti ve bulgular daha ileri yöntemlerin seçilmesinde belirleyici olmaktadır. Bu müdahaleler sonucunda varılan tanı ya da şüphe edilen ön tanılara uygun olarak tedavi planlanmakta ya da hasta yalnızca izlem altında tutulmaktadır ⁹⁶.

⁹⁴ BAYRAKTAR, s: 231; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6; ALKANAT, B. Murat, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 5, Yıl: 2002, s: 177; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 121; UHLENBRUCK, L/U, § 50, Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 408, kn: 1; BAYRAKTAR, s: 231; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6. *Uhlenbruck* tarafından, nedensel tanı, ayırıcı tanı, ön tanı, nihai tanı, yatış tanısı, çıkış tanısı, preoperatif tanı gibi ayrımların yapıldığı görülmektedir. UHLENBRUCK, L/U, § 50, Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 409, kn:4, 5; Tanıya yönelik muayenelerin türü ve kapsamı hastanın önceden mevcut olan ve eşlik eden hastalıklarına göre değişmektedir. Ayırıcı tanı farklı hastalık tablolarının ayırımının yapılmasıdır. Aynı bulguyu veren farklı hastalıklar ve sendromlar arasında ayırım yapılarak sonunda tek bir tanıya kadar daraltılmaktadır. Bir hastalığın tanısı konmadan önce diğer hastalık ve sendromlarla karşılaştırma yapılarak bunlar bertaraf edilmektedir. Nedensel tanı, etyolojiyi, yani rahatsızlığın altta yatan esas nedenini ve patogenezi, ortaya çıkış mekanizmasını kapsar. Nedensel tanı hastalığın nedensel tedavisine de imkan vermektedir. İlk muayene sonrası şüphe edilen bazı klinik durumlar içinde yakın olasılık olan bir grubun seçilmesi ön tanı olarak ele alınmaktadır. Olguların yaklaşık %60'ında ön tanı ile nihai tanı uyudur. Hekimin hastaya yatış verirken dayandığı tanıya yatış tanısı, taburcu sırasındaki tanıya çıkış tanısı denilmektedir. Preoperatif tanı, cerrahi girişim öncesi, operasyonun daha iyi planlanmasını ve risklerin azaltılmasını sağlamaya yönelik olarak konulmaktadır. Kimi zaman yaşam kurtarıcı acil müdahaleler öncesinde tanısız araştırmalara ayrılacak zaman da çok az olmakta, hatta bazı acil cerrahi müdahaleler öncesi preoperatif tanı konulması mümkün olmayıp ancak intraoperatif konulabilmektedir. UHLENBRUCK, L/U, § 50, Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 410, kn: 6.

⁹⁵ BAYRAKTAR, s: 230, 231; ÖZDEMİR, s: 41, ayrıca ÇAVDAR, Pelin, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, Yıl: 2016, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s: 745.

⁹⁶ Hastanın hastalığı ile ilgili bilgilerin ayrıntılı olarak alınması, öğrenilmesine anamnez denmektedir. Hastanın kimliği, şikayeti, hastalığın hikayesi, özgeçmişi, soygeçmişi, sosyal durumu, alışkanlıkları, kullandığı ilaçlar, beden fonksiyonları ve genel durum, solunum, kardiyovasküler, gastrointestinal, üriner, lokomotor, sinir sistemi ile ilgili sorgular anamnezi oluşturmaktadır. Fizik muayenede, öncelikle genel durum muayenesi yapılmakta ve hastanın beslenme durumu, boy, postür yani duruş, anormal hareketler, yürüyüş, denge, konuşma bozuklukları, hastadan gelen kokuların vb. değerlendirmesine yönelik muayeneler yapılmaktadır. İnceleme, palpasyon, perküsyon, oskültasyon gibi temel muayene yöntemleri, kan, idrar, beyin omurilik sıvısı, burun, boğaz, vagina sekresyonları, balgam, servikal mukus, amniyotik sıvı, biopsi materyalleri vb. gibi vücut sıvıları, salgıları ve vücuttan alınan dokular üzerinde yapılan biyokimyasal, hematolojik, sitolojik, mikrobiyolojik, serolojik, histopatolojik incelemeler, direkt kemik, akciğer, batin vb. grafileri, myelografi, anjiyografi, perkütan transhepatik kolanjiyografi, sistografi, histerosalpingografi, pyelografi, endoskopik retrograd kolanjiyopankreatikografi gibi kontrastlı röntgen incelemeleri,

3. Tedaviye Yönelik Müdahaleler

Tedavi, hastalığın varlığı yönünde bir tanıya ulaşıldıktan sonra, o hastalığı ortadan kaldırmak, yani hastayı iyileştirmek, hastalıktan kurtarmak veya bu mümkün değilse, hastalığı hafifletmek, ilerlemesine engel olmak, erken ve daha az zararlı bir aşamada tutmak ya da hastanın acılarını dindirmek için yapılan faaliyetler ⁹⁷ olarak ele alınmaktadır. Hastalıkların, yani fiziksel ve ruhsal patolojik bozuklukların düzeltilmesi ve iyileştirilmesinin yanı sıra, fiziksel ve ruhsal iyilik halinin uzun süreli bozuklukları şeklindeki acıları, hastalık olarak ele alınmayan şekilsizlikleri, iyilik halini etkileyen ancak hastalık niteliğinde olmayan örneğin menstruel rahatsızlıklar, gebelikten kaynaklanan rahatsızlıklar gibi geçici durumları, nöroz, aşırı heyecan gibi ruhsal bozuklukları önlemek, tanımak, iyileştirmek ve hafifletmek için, insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen her türlü müdahale ve önlemin de tedavi kapsamında

ultrasonografi, doppler ultrasonografi, ekokardiyografi, kompüterize tomografi, magnetik rezonans görüntüleme, pozitron emisyon tomografi, sintigrafi gibi farklı prensiplere dayanan görüntüleme yöntemleri, elektrokardiyografi, elektroensefalografi, elektromyografi, elektronörografi gibi vücudun farklı bölgelerindeki elektriksel aktiviteyi saptamaya yönelik incelemeler, gastroskopi, özofagoskopi, kolonoskopi, sistoskopi, laringoskopi, bronkoskopi, histeroskopi, torakoskopi, laparoskop gibi endoskopik incelemeler, özel tanısal testler, vücudun bazı ilaçlara vereceği klinik cevapların gözlenmesi, tanı amaçlı yapılan cerrahi müdahaleler vb. bu grup müdahalelere örnek gösterilebilir. KAYSI, Abdülkadir, (Genel Bilgiler, s: 2-11, Genel Durum Muayenesi, 13-29) (Ed.KAYSI, Abdülkadir), İç Hastalıkları (Semiyojoloji), 10.Baskı, Alfa Yayıncılık, İstanbul 2016; Tanı yöntemleri hakkında temel bilgi için bkz. ABAOĞLU, Cihat / ALEKSANYAN, Vahe, Teşhiste Temel Bilgi, Propedötik, İkinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1982; Çeşitli hastalıklara yönelik tanısal yöntemler hakkında kapsamlı bilgiler için bkz. BEERS, Mark H. / PORTER, Robert S. / JONES, Thomas V./ KAPLAN, Justin L. / BERKWITS, Michael, The Merck Manual, Tanı / Tedavi El Kitabı, 18. Edisyon, (Çev. Ed. SOLAKOĞLU, Zeynep), Merck Araştırma Laboratuvarları, Yüce Yayım, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2008; ARIBAL, Dikmen, Propedötik, Hasta Yakınmaları, Belirtiler, Muayene Bulguları ve Tanı, Pelikan Kitabevi, Ankara 2015; YAKINCI, Cengiz / KARABİBER, Hamza, Çocuklarda Anamnezden Tanıya, Akademisyen Kitabevi, Ankara, 2016; ERGÜN, Yılmaz, İncelemeden Tanıya, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2005; TÜREL, Ömer / DEĞERLİ, Ünal / ERBİL, Yeşim, Dahili ve Cerrahi Kritik Sorunlar ve Çözümler, Nobel Kitabevi, İstanbul, 1994; DEĞERLİ, Ünal, Semptom, Tanı, Ayırıcı Tanı, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2015; PORTER, Robert S. / KAPLAN, Justin L. / HOMEIER, Barbara P., The Merck Manual, Hasta Belirtileri, Pratik Tanı ve Tedavi Rehberi, (Çev. Ed. TURFANER SİPAHİOĞLU, Nurver), Merck Araştırma Laboratuvarları, Yüce Yayım, İstanbul, 2014; WASSON, John H. / WALSH, B. Timothy / LABRECQUE, Mary C. / SOX, Harold C. / PANTELL, Robert, Genel Semptomlar Rehberi, (Çev. Ed. DEĞERLİ, Ünal), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2008; MANGIONE, Salvatore, Fizik Teşhisin Sırları, (Çev. Ed. BAŞLAR, Zafer), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2002; PAPADAKIS, Maxine A. / Mc PHEE, Stephen J. / RABOW, Michael W., Güncel Tıbbi Tanı ve Tedavi 2016, Lange, 54. Baskı, (Çev. Ed. MÜFTÜOĞLU, Ekrem / KADİROĞLU, Ali Kemal / KARA, İsmail Hamdi), Mc Graw Hill Education, Akademisyen Tıp Kitabevi, Ankara, 2016; BICKLEY, Lynn S./ SZILAGY, Peter G., Bates Fizik Muayene ve Anamnez Alma Kılavuzu, 11. Baskı, (Çev. Ed. KARAN, Mehmet Akif), Lippincott Williams & Wilkins, Wolters Kluwer, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2015.

⁹⁷AYAN, s: 9; BAYRAKTAR, s: 232; ÇİLİNGİROĞLU, s: 18; AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s: 49; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6; ÖZDEMİR, s: 29, 42.

olduğu belirtilmektedir ⁹⁸. Tedavide de, tanıda olduğu gibi, pek çok yöntem yer almaktadır. İlaç tedavileri, özel bazı ajanlarla uygulanan kansere yönelik kemoterapiler, ışın tedavileri, endoskopik veya açık ameliyatlar, küçük cerrahi müdahaleler, acil tıp uygulamaları, girişimsel radyoloji uygulamaları, fizik tedavi, rehabilitasyon uygulamaları, psikoterapiler vb. tedavi amaçlı müdahalelere örnek gösterilebilir ⁹⁹.

Hastalığın iyileştirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda acıları hafifletmeye ve yaşam kalitesini yükseltmeye yönelik müdahaleler de tedavi kapsamında ele alınmaktadır. Nitekim TDN m. 14, hekimin, hastanın vaziyetinin gerektirdiği özeni göstermekle ve hastanın yaşamını kurtarmanın ve sağlığını korumanın mümkün olmadığı hallerde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla yükümlü olduğunu, HMEK m. 28 ise terminal dönemdeki hastalara her türlü insani yardımın yapılması ve çekilen acıların olabildiğince azaltılmaya çalışılmasını öngörmektedir.

⁹⁸ UHLENBRUCK, L/U, § 51, Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 418, kn: 1.

⁹⁹ Örneğin bkz. CHATTON, Milton J, Tıbbi Tedavi El Kitabı, 3.Baskı, (Çev. URGANCIOĞLU, İrfan), Tıp Teknik Kitabevi, İstanbul 1977; DEMİROĞLU, Cem'i, İç Hastalıkları Ders Notları, Ankara 1985; SAYEK, İskender, Temel Cerrahi Cilt I, Güneş Kitabevi, Ankara, 1991; SAYEK, İskender, Temel Cerrahi Cilt II, Güneş Kitabevi, Ankara, 1991; BÜYÜKÖZTÜRK, Kemalettin / ATAMER, Tanju / DİLMENER, Murat / ERZENGİN, Faruk / KAYSI, Abdülkadir / ÖKTEN, Atilla, İç Hastalıkları, Cilt I, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007; BÜYÜKÖZTÜRK, Kemalettin / ATAMER, Tanju / DİLMENER, Murat / ERZENGİN, Faruk / KAYSI, Abdülkadir / ÖKTEN, Atilla, İç Hastalıkları, Cilt II, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007; CECILE, Russell, İç Hastalıkları Cilt I, (Çev. ÇETİNGİL, Ali İsmet / YENSON, Mutahhar / POLVAN, Necmettin / ABAOĞLU, Cihat / UNAT, Ekrem Kadri / BİLGER, Metine / SAKA, Osman), İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950; CECILE, Russell, İç Hastalıkları Cilt II, (Çev. ÇETİNGİL, Ali İsmet / YENSON, Mutahhar / POLVAN, Necmettin / ABAOĞLU, Cihat / UNAT, Ekrem Kadri / BİLGER, Metine / SAKA, Osman), İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1950; PORTER, Robert S. / KAPLAN, Justin L. / HOMEIER, Barbara P., The Merck Manual, Hasta Belirtileri, Pratik Tanı ve Tedavi Rehberi, (Çev. Ed. TURFANER SİPAHIOĞLU, Nurver), Merck Araştırma Laboratuvarları, Yüce Yayım, İstanbul, 2014; BEERS / Mark H. / PORTER, Robert S. / JONES, Thomas V./ KAPLAN, Justin L. / BERKWITS, Michael, The Merck Manual, Tanı / Tedavi El Kitabı, 18. Edisyon, (Çev. Ed. SOLAKOĞLU, Zeynep), Merck Araştırma Laboratuvarları, Yüce Yayım, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2008; PAPADAKIS, Maxine A. / Mc PHEE, Stephen J. / RABOW, Michael W., Güncel Tıbbi Tanı ve Tedavi 2016, Lange, 54. Baskı,(Çev. Ed. MÜFTÜOĞLU, Ekrem / KADİROĞLU, Ali Kemal / KARA, İsmail Hamdi), Mc Graw Hill Education, Akademisyen Tıp Kitabevi, Ankara, 2016; DİLMENER, Murat / BOZFAKIOĞLU, Yavuz / DEĞERLİ, Ünal / Tanı ve Tedavi, 7.Baskı, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007; BHAT, Pavat / DRETTLE, Alexandra / GDOWSKI, Mark / RAMGOPAL, Rajeev / WILLIAMS, Dominique, Washington Manual Tıbbi Tedavi El Kitabı, 35.Baskı (Çev. Ed. TUNÇKALE, Aydın), Lippincott Williams & Wilkins, Wolter Kluwer Health, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2018; ROCK, John A. / JONES, Howard W., Te Linde, Operatif Jinekoloji, 10. Baskı, (Çev. Ed. YILDIRIM, Yusuf / GÜLTEKİN, Emre), İzmir Güven Kitabevi, İzmir 2013; TOWSEND, Courtney M. / BEAUCHAMP, R. Daniel / EVERS, B.Mark / MATTOX, Kenneth L., Sabiston Textbook of Surgery, Cilt I, (Çev. Ed. ULUSOY, Ali Naki / TOPGÜL, Koray), Saunders, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2010; TOWSEND, Courtney M. / BEAUCHAMP, R. Daniel / EVERS, B.Mark / MATTOX, Kenneth L., Sabiston Textbook of Surgery, Cilt II, (Çev. Ed. ULUSOY, Ali Naki / TOPGÜL, Koray), Saunders, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2010.

4. Koruma Amaçlı Müdahaleler

Tıbbi müdahaleler tanı veya tedavinin yanı sıra hastalıklardan koruma amacına da yönelmiş olabilirler. Kişileri henüz ortaya çıkmamış ancak gelecekte ortaya çıkma olasılığı bulunan bedensel ve ruhsal zararlar ve hastalıklardan uzak tutmak üzere gerçekleştirilen faaliyetler koruma amacına yöneliktir ¹⁰⁰.

Koruyucu sağlık hizmetleri, koruyucu tıp ya da koruyucu hekimlik uygulamaları, gelecekteki muhtemel hastalık ve sakatlıkların riskini, ciddiyetini ve süresini en aza indirecek veya engelleyecek, hastanın farkında olmadığı hastalık belirtileri ortaya çıkmadan önce tanı koyup, tedavinin hastalığın erken döneminde yapılmasını sağlayacak hastalık öncesi sağlık hizmetlerini kapsamaktadır. Bu hizmetler, bir hastalığın kişi veya toplumda hangi aşamada olursa olsun ilerlemesinin durdurulmasını amaçlamakta, kişiye ya da çevreye yönelik olabilmektedir. Duyarlı kişilerin aşılınması, sağlam kişilerin erken tanı amacıyla periyodik muayenesi ve genel taramalar, kronik hastalıkların takibi ve ilaçların düzenlenmesi, aile planlaması, kanser erken tanısı ve tedaviye yönlendirme, genetik danışmanlık, gebe, bebek, lohusa takipleri, bağışıklama programları, yenidoğan tarama programları, iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri, bulaşıcı hastalıkların ve salgınların takibi gibi pek çok uygulama, koruyucu sağlık hizmeti ya da koruyucu hekimlik uygulamalarına örnek teşkil etmektedir ¹⁰¹.

5. Kanundan Kaynaklanan Tespit Amaçlı Müdahaleler

Hekimlik faaliyetleri ya da tıbbi müdahaleler, bazen hastanın tedavisine değil de, kişide mevcut belli bir durumun tespitine ya da ceza veya hukuk yargılamaları için delillerin araştırılmasına yönelik de olabilir. Bu tıbbi müdahaleler kimi zaman resmi makamların talebi üzerine gerçekleştirilirken bazen de başvuran hastanın değerlendirmesi yapılırken sonradan hukuki süreçler açısından anlam taşıyabilecek

¹⁰⁰ ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6; örneğin kudurmuş köpek tarafından ısırılmış bir kişiye kuduz aşısının yapılması veya sünnet koruma amaçlı müdahalelere örnek gösterilmektedir. ÇİLİNGİROĞLU, s: 18.

¹⁰¹ <http://www.istanbulhalksagligi.gov.tr/koruyucu-hekimlik/14>, Erişim T: 19.02.2017; <https://acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/view.php?id=52892>, Erişim T: 05.06.2018. Koruyucu sağlık hizmetleri hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için PIGNONE, Michael / SALAZAR, René, (Çev. ERTEM, Melikşah), Hastalıkların Engellenmesi ve Sağlığın Geliştirilmesi, Güncel Tıbbi Tanı ve Tedavi 2016, Lange, 54. Baskı (Ed. PAPADAKIS, Maxine A. / Mc PHEE, Stephen J. / RABOW, Michael W- Çev. Ed. MÜFTÜOĞLU, Ekrem / KADİROĞLU, Ali Kemal / KARA, İsmail Hamdi), Mc Graw Hill Education, Akademisyen Tıp Kitabevi, Ankara 2016, s: 1-19.

bulguların saptanması ve kaydedilmesi de söz konusu olabilir. Hastalar hiç de nadir olmayarak hekimin önüne bir kaza ya da şiddete maruz kalma nedeniyle travmaya uğramış şekilde gelebilirler. Hekimin hastada, tanıya ve tedaviye yönelik gerekli müdahaleleri planlarken, aynı zamanda mevcut durumu tespit ve kayıt altına alması da gerekmektedir. Ayrıca polis, savcılık, mahkemeler gibi resmi makamlardan araştırma talebiyle de hastaların gönderilmesi mümkündür ¹⁰².

Hukukumuzda CMK ve Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde şüphelinin, mağdurun ve diğer kişilerin muayenesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bu düzenlemelere ayrıca değinilecektir. Alman Ceza Muhakeme Kanununda (Strafprozeßordnung - StPO) ¹⁰³ da benzer düzenlemelerin yer aldığı belirtilmektedir ¹⁰⁴.

Çeşitli yeterlilikler, ehliyetler, psikiyatrik değerlendirmelere yönelik olarak da hekimlere başvurulmakta ve kişileri muayene etmeleri, görüş oluşturmaları talep edilmektedir ¹⁰⁵. Yine tıbbi uygulama hatalarına ilişkin yargılama süreçlerinde de

¹⁰² Ev kazası, trafik kazası, iş kazası sonucu oluşan yaralanmalar, kesici, yarı kesici ya da künt aletlerle meydana gelen yaralama eylemleri, tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış cinsel saldırılar sonucu ortaya çıkan yaralanmalar, çocuklara cinsel taciz düşündürülen yaralanmalar, hastanın zehirlendiğini düşündürülen bulguların varlığı, yaşlı hastaların bakımında bir ihmal ya da savsaklama olduğunu akla getiren akut ve kronik yaralanmalar tür yaralanmalara örnek olarak verilmiştir. Hekimden böyle durumlarda özenle gerçekleştirilmiş bir tıbbi müdahalenin ötesinde titiz şekilde kayıt yapması da beklenmektedir. DETTMEYER, Reinhard, Medizin & Recht, Rechtliche Sicherheit für den Arzt, Zweite Auflage, Springer Medizin Verlag, Heidelberg 2006, s: 311, 312.

¹⁰³ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu- Strafprozeßordnung, Bundesgesetzblatt Jahrgang 1987 Teil I Nr. 24, ausgegeben am 15.04.1987, Seite 1074, <https://dejure.org/gesetze/StPO>, 27.11.2017.

¹⁰⁴ Kan alkol seviyesinin tespiti ve/veya kanda antihistaminik, nöroleptik, analjezik, barbitürat, benzodiazepin, trisiklik antidepresan, eroin, morfin, kokain, amfetamin gibi ilaç ve madde konsantrasyonlarının ölçümü için kan alınması, hastanın aldığı alkol ve madde derecesini belirlemek için kan alınmasına ilaveten motor ve entelektüel seviyesini belirlemeye yönelik muayeneler, cinsel suç şüphesinde genital bölgenin muayenesi ile birlikte vaginal sürüntü örneği alınması, uyuşturucu maddelerin saklanması şüphesinde vücuttaki doğal deliklerin muayenesi, saklanan uyuşturucu maddelerin çıkması için zorla kusturucu verilmesi, yaralama suçlarında şüphelinin yanı sıra mağdurun da muayenesi, Alman Ceza Muhakeme Kanununa dayanarak yapılabilecek müdahalelere örnek teşkil etmektedir. Resmi makamların talebi üzerine gerçekleştirilen müdahalelerde hekimin bu makamlar karşısında sır saklama yükümlülüğü de kalkmakta ve saptadığı bulguları, vardığı sonuçları bu makamlara iletmesi gerekmektedir. DETTMEYER, s: 311, 312, 313.

¹⁰⁵Bkz DETTMEYER, s: 328. Ayrıca bu hususta Alman Mahkemelerinden çeşitli dava konuları için bkz. age, s: 330; Şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının belirlenmesi, şüpheli veya sanığın adli muayenesi, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, moleküler genetik incelemelerin yapılması, ölünün kimliğinin belirlenmesi ve adli muayene, otopsi, yenidoğanın muayenesi, zehirlenme şüphesi üzerine yapılacak işlemler, yaralanmaların nedeni ve derecesinin belirlenmesi, tıbbi müdahalelerin standarda uygunluğunun belirlenmesi, kan grubunun tespitine yönelik işlemler ceza ve hukuk yargılamalarında hekimlerin bilirkişi olarak atandığı konulara örnek verilmektedir. BAYRAK, Samet, Olgularla Tıbbi Bilirkişilik, Akademisyen Kitabevi, Ankara 2018, s: 22. Bu bağlamda açıklamak gerekirse, bilirkişi hukuki veya cezai bir uyuşmazlıkta, çözümünü uzmanlığı ya da özel veya

bilirkişi olarak başvuru alan hekimlerin durumu tespitiye yönelik değerlendirmeler yapmaları gerekebilir. Somut olayın özelliklerine göre farklılıklar göstermekle beraber, bilirkişilerden, tıbbi hata bulunup bulunmadığı, varsa bu hataya yol açan kişinin tesbiti, nedensellik bağının olup olmadığı, müdahaleyi gerçekleştiren kişinin yetkili olup olmadığı, zarar görenin ortaya çıkan sonuca katkısının olup olmadığı, zarara uğrayanın kazanma gücünün kaybına ilişkin görüş ve rapor oluşturmaları istenmektedir ¹⁰⁶.

Rutin işe giriş muayeneleri ve bunların ötesinde, kişilerin belli bazı faaliyetlerde bulunabilmek, örneğin kara, deniz, hava taşıtlarını kullanabilmek ya da

teknik bilgiyi gerektiren hallerde, oy ve görüşünü sözlü ya da yazılı olarak vermesi için başvuru alan gerçek veya tüzel kişidir. Bilirkişi görüşü, hakimın genel veya hukuk bilgisiyile çözmesi mümkün olmayan, çözümü uzmanlığı ve teknik bilgiyi gerektiren konularda alınmakta, genel veya hukuksal bir bilgi ile çözümü olanaklı bulunan hallerde bilirkişiyeye başvurulmamaktadır. Uzmanlık alanlarının her geçen gün daha da geliştiğı ve derinleştiğı günümüz dünyasında, hakimlerin sadece hukuki bilgileri ve günlük yaşam tecrübeleriyle, önlerine gelen her türlü hukuki uyumsuzluğun dayandığı maddi olguları bütünüyle çözümlenerek gerçeğe ulaşması ve sağlıklı bir hüküm vermesi mümkün değildir. Çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hakim, uzman bilirkişilerin yardımına gereksinim duymaktadır. DERYAL, Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişilik, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2004, s:17; KARAHACIOĞLU, Ali Haydar / PARLAR, Aynur, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s: 452. Her gün hızla ilerleyen tıp bilimi de hakimın günlük ve hukuki bilgisinin ötesinde bilirkişi görüşüne gereksinin duyacağı bir alandır. Ölümle ilgili işler, yaralamalar, maluliyet hesapları, hastalık, sakatlık, yaşlılık nedeniyle cezaların hafifletilmesi ya da kaldırılması, zehirlenmeler, madde bağımlılıkları, cezai ve hukuki ehliyetin tespiti, nesep davaları, cinsel suçlar, malpraktis olguları vb. tıbbi bilirkişilik kurumunu ilgilendiren hususlara örnek gösterilebilir. Bilirkişi, kanunda da belirtildiğı gibi takdiri bir delil olup, hakim dava konusunda görüş belirtebilecek durumda olan bilirkişiyi serbestçe belirleyebilir, ancak bu bilirkişinin görüşü ile bağılı olmayıp gerek gördüğünde yeni bir bilirkişiden de görüş isteyebilir. Bununla birlikte hakim, bilirkişinin değerlendirmesine neden bağılı kalmadığını gerekçeleri ile belirtmek zorundadır. KESKİNCİ KAPTAN, Derya, Hekimin Sorumluluğı Davalarında Objektif İspat Yükü, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, Roche Müstahzarları Sanayi AŞ, İstanbul 2009, s: 167; HMK 266-287. maddeleri bilirkişi incelemesini düzenlemektedir. 266. maddede, mahkemenin, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceğı, hakimlik mesleğinin gerektirdiğı genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiyeye başvurulamayacağı düzenlenmiştir. CMK m.63'e göre, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hakimlik mesleğinin gerektirdiğı genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemeyeceğı hüküm altına alınmıştır. Konuya ilişkin olarak hukuk ve ceza davalarında bilirkişilik hakkında ilave açıklamalar için bkz. ROSENAU, Henning, Die Stellung des Sachverständigen im Medizinrechtlichen Verfahren, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 377-391; YOKUŞ SEVÜK, Handan, Ceza Davalarında Bilirkişi Olarak Hekim, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 409- 452.

¹⁰⁶ BAYRAK, s: 21,22; Yargıtay 13 HD. E. 2016 / 30913, K. 2018 / 11683, T. 05.12.2018; Yargıtay 13 HD. 13. HD,E. 2015/28490,K. 2018/5701,T. 10.5.2018; Yargıtay 13 HD, E.2015 / 41242, K. 2018 / 5058, T.25.04.2018; Yargıtay 13 HD, E. 2015 / 41488, K. 2018 / 4944, T. 24.04.2018; Yargıtay 13 HD, E. 2015 / 12242, K. 2016 / 15688, T. 28.06.2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

belli alanlarda çalışabilmek, istihdam edilebilmek için özel güç, dikkat, performans gerektiren işleri yapmaya elverişli sağlık koşullarını haiz olup olmadıklarını değerlendirmek üzere yapılan muayeneler de tespit amaçlı muayeneler kapsamında ele alınabilir ¹⁰⁷.

6. Özellikli Bazı Müdahaleler

Bu müdahaleler de dolaylı şekilde, koruma, tanı, tedavi amacına hizmet etmekle beraber, öne çıkan özelliklerinin, ayırık durumlar dışında açık bir tıbbi endikasyona, yani yapılmalarını tıbben gerekli kılan bir duruma dayanmamaları, genellikle hastanın kendi talebi üzerine gerçekleştiriliyor olmaları ve sıklıkla müdahalenin çerçevesini çizen bir yasal düzenlemenin varlığı olduğunu söylemek mümkündür ¹⁰⁸.

a. Estetik Amaçlı Müdahaleler

Doku ve organlarda önemli işlevsel ve görünümsel kusurlara yol açan, doğuştan gelen veya hastalık, travma, yanık gibi nedenlerle sonradan ortaya çıkan şekil bozukluklarını düzeltmeye, en azından olumsuz etkilerini ortadan kaldırmaya veya azaltmaya yönelik operasyonlar, esasen plastik ve rekonstruktif cerrahi kapsamında ele alınmakta olup ¹⁰⁹, bu müdahaleler kural olarak tıbbi endikasyona

¹⁰⁷ Örneğin 06.12.2013 tarihli *Gemi Adamları Sağlık Yönergesi* 5. maddesine göre, gemiadamının, gemide rutin ve acil durumlarda yapması gereken görevlerini yerine getirmesine engel olabilecek, denizde hizmet gerçekleştirirken kötüleşmesine veya hizmet için uygun olmamasına sebep olabilecek veya gemideki diğer kişilerin sağlığını da tehlikeye atacak herhangi bir sağlık problemi olmamalıdır. Bu yönerge gemi adamlarının tıbbi muayenelerini detaylı şekilde düzenlemektedir. Benzer durum hava taşıtları bakımından da söz konusu olup, ticari veya özel amaçlarla pilot lisanslarını almadan önce kişiler, kendi sınıflarına uygun Sağlık Sertifikalarını almak zorundadır. Türkiye' de Uçucuların Sağlık Standartları Havacılık Sağlık Talimatı (SHT-MED) ve ICAO (International Civil Aviation Organisation) Annex 1 ile belirlenmektedir. Kara taşıtlarını kullanmak için gerekli sürücü belgesini almak üzere aranan sağlık koşulları ise *Sürücü Adayları ve Sürücülerde Aranacak Sağlık Şartları ile Muayenelerine Dair Yönetmelik* ile belirlenmiştir.

¹⁰⁸ *Uhlenbruck* da, tıptaki ilerlemelerle beraber, aşılama,sterilizasyon, in vitro fertilizasyon, gebelik sonlandırma, kontrasepsiyon, organ alımları ve kozmetik (estetik) ameliyatlar gibi tipik iyileştirme amacı taşımayan pek çok yeni müdahale türünün ortaya çıkmış olduğundan söz etmektedir UHLENBRUCK, § 39, s: 317, kn: 16.

¹⁰⁹ Bkz. <http://plastik-rek-cerr.uludag.edu.tr/plastikcerrahi.htm>, Erişim T: 24.02.2018; UHLENBRUCK, L/U, § 39, Der Arzvertrag, s: 323, kn: 30; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 215; *Petek*, plastik ve rekonstruktif cerrahinin, doğuştan eksik ya da kusurlu olan veya kaza, yanık, tümör ameliyatı sonucu yok olan ya da şekli bozulan organların yeniden oluşturulmasını amaçladığını, esasen burada da bir güzelleştirme amacının yer aldığını, yüzünün ya da vücudunun herhangi bir bölgesi ya da organı deforme, normal ölçülerin altında ya da üstünde olan, çeşitli nedenlerle organ kayıpları ya da kusurları olan kişilerin sorunlarını plastik cerrahi yöntemleriyle çözebildiklerini ifade etmektedir. Plastik cerrahinin, yanıklar ve sekelleri, baş boyun cerrahisi, kaza ve yaralanmalar sonucu oluşan doku ve organ kayıpları, doğuştan şekil bozuklukları, çene cerrahisi, el yaralanmaları, derinin cerrahi hastalıkları, cilt, cilt altı, baş ve boyun bölgesi kanserleri, yüz kırıkları, kafatası kemikleri cerrahisi gibi çok değişik ve çalışma

dayanmakta ve tedavi amacına yönelik diğer cerrahi müdahalelerden farklılık göstermemektedirler. Sırf estetik amaçlı müdahaleler ise hastalıkları tedavi etmeyip sadece güzelliği bozan unsurları, hataları ortadan kaldırmayı amaçlayan müdahalelerdir ¹¹⁰, sıklıkla düzeltilmesi gereken herhangi bir işlev kaybı ya da objektif olarak normalden sapma kabul edilebilecek bir şekil bozukluğu, dolayısıyla doğrudan beden sağlığını korumaya yönelik bir amaç söz konusu değildir ¹¹¹, bu nedenle estetik müdahalelerin tıbbi endikasyonlarının olup olmadığı, dolayısıyla iyileştirme amacı taşıyıp taşımadıkları tartışmalıdır ¹¹². Bu müdahaleler yalnızca

alanları bulunmaktadır. Estetik cerrahi dışında plastik cerrahinin ilgi alanına, oküloplastik cerrahi, pediatrik plastik cerrahi, çene cerrahisi, onkolojik cerrahi, derinin cerrahi hastalıkları, yanıklar, ürogenital cerrahi, yüz cerrahisi (maksillofascial cerrahi), el cerrahisi, kraniofascial cerrahi, yara tedavisi, mikrocerrahi ve transplantasyon, onarım cerrahisi (rekonstrüksiyon) gibi alanlar girmektedir. İlave açıklamalar için bkz. PETEK, s: 180, 181, dn. 8; Plastik cerrahi müdahaleler hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. GÜRSU, Güler / KEÇİK , Abdullah, Plastik Cerrahi, Temel Cerrahi, Cilt II (Ed. SAYEK, İskender), Güneş Kitabevi, Ankara, 1991, s: 1329- 1354; THORNE, Charles H. / CHUNG, Kevin C. / GURTNER, Geoffrey C / MEHRARA, Babak J. / RUBIN, J.Peter / SPEAR, Scott L, Grabb and Smith's Plastic Surgery, Seventh Edition, Lippincott Williams & Wilkins, Wolters Kluwer Health, Philadelphia, 2014; CHIU, Tor Wo, Stone's Plastic Surgery Facts and Figures, Third Edition, Cambridge University Press, New York, Cambridge, 2011.

¹¹⁰ Estetik müdahalelerin kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan bir etken sonucu veya kendiliğinden oluşan, dış görünümünü bozan veya bozduğu düşünülen yapısal farklılık ya da lezyonların, örneğin ben, kıl, sarkık, farklı renkteki deri, derideki yağ kümesi, sivilce, kırmızı damar ucu, bedendeki ve yüzdeki sakatlık, olağandan farklı şekil, deformasyon, yara izi, asimetric, ortalamanın üstündeki ya da altındaki ebatlarda uzuvların düzeltilmesi veya kapatılması amacıyla yürütülen müdahaleler şeklinde tanımlandığı da görülmektedir. AYAN, s: 34; ÖZEL, Çağlar, Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği, II.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s: 242; PETEK, s: 183; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 214, 215.

¹¹¹ *Çilingiroğlu*, önce, estetik ameliyatlara yönelik, kişinin bedeni üzerinde doğuştan veya sonradan bir kaza sonucunda ya da kendiliğinden meydana gelmiş ve onun dış görünümünü bozan deformasyonların giderilmesine veya böyle deformasyonlar olmaksızın onun güzel bir dış görünüme kavuşturulmasına yönelik tıbbi girişimler şeklinde bir tanımlamada bulunmakta, ardından, yanık veya yarık damak dudak anomalisi gibi kişinin bedeni üzerinde doğuştan ya da sonradan meydana gelmiş deformasyonları gidermeye yönelik plastik cerrahi operasyonlar ve göğüslerin dikleştirilmesi, saç ekimi, cilt gerdirme gibi yalnızca daha güzel bir görünüm kazandırmaya yönelik kozmetik operasyonlar şeklinde bir ayrıma tabi tutmaktadır ki, böyle olunca plastik cerrahi estetik cerrahinin alt dalıymış bir izlenim ortaya çıkmaktadır. ÇİLİNGİROĞLU, s: 20. Oysa uzmanlık alanı veya anabilim dalı plastik, rekonstruktif ve estetik cerrahi olup, bu kapsam içinde estetik ameliyatlara, plastik ve rekonstruktif cerrahi tekniklerinin güzelleştirme amacıyla kullanıldığı müdahaleleri teşkil etmektedir. Estetik (kozmetik) amaçlı müdahaleler endikasyon bakımından da tartışmalı olduklarından, estetik cerrahi üst, plastik ve rekonstruktif cerrahi onun alt branşı, alt ayrımı olarak algılandığında, mutlak tıbbi endikasyonlarla gerçekleştirilen plastik ve rekonstruktif cerrahi müdahaleler de gereksiz yere endikasyon tartışmalarına konu olabilecektir.

¹¹² AYAN, s: 34; UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 323, kn: 30; ÇİLİNGİROĞLU, s: 20; PETEK, s: 180. *Çilingiroğlu*, plastik ameliyatların tıbbi endikasyonlara dayanarak yapılmasına karşın estetik ameliyatlarda tıbbi endikasyon bulunmadığını, fakat psikolojik endikasyonlara dayılabileceğini dile getirmektedir. ÇİLİNGİROĞLU, s: 20, 21.; *Petek*, estetik ameliyatların bir kısmında, sadece güzel bir görünüm sağlayarak hastanın ruh sağlığının korunmasına değil, aynı zamanda çektiği bedensel acıların da dindirilmesine hizmet edildiğini dile getirmekte; bu hususa yönelik olarak, doğuştan veya bir kaza sonucu burnunda şekil bozukluğu oluşan ve bu yüzden nefes alma zorluğu çeken hastanın, estetik ameliyatla, güzel görünen bir buruna sahip olarak içinde bulunduğu olumsuz psikolojiden

cerrahi müdahalelerden ibaret olmayıp, dermatoloji uzmanları tarafından cilde uygulanan kozmetik müdahaleler de bu kapsamda ele alınmaktadır ¹¹³.

b. Organ ve Doku Nakilleri

Organ ve doku nakli, artık fonksiyonunu ifa edemez hale gelmiş hücre, doku veya organların çıkarılması ve yerine yeni hücre, doku veya organın yerleştirilmesi şeklinde tanımlanabilir. Kavram bu tanımıyla ele alındığında, alıcı ve vericinin farklı kişiler olduğu insanlar arası aktarma yani homolog transplantasyonların yanı sıra hayvanlardan yapılan heterolog transplantasyonları ve kişinin kendinden yapılan otolog transplantasyonları da kapsamaktadır. Otolog transplantasyonlarda kişinin vücudunun belirli bir bölümünden elde edilen doku, vücudun başka bir bölümüne aktarılmaktadır. Heterolog transplantasyonların uygulama alanı çok dar, otolog transplantasyonlar ise kişinin geçireceği herhangi bir cerrahi müdahaleden fark göstermez iken, uygulamada ön plana çıkan ve hukuki açıdan önem taşıyan insanlar arası homolog transplantasyonlar olmaktadır ¹¹⁴.

Homolog transplantasyonlar ya da homolog organ ve doku nakilleri, tıbben tedavisi mümkün olmayan hastalıklar yüzünden fonksiyon göremeyecek şekilde hasar gören organ ve dokuların yerine, canlı ya da ölmüş bir vericiden alınan sağlam organ veya dokuların tedavi amacıyla alıcıya nakledilmesi şeklinde tanımlanmaktadır ¹¹⁵.

kurtulacağı, hem de nefes almakta çektiği zorluk giderileceği, yine normalden büyük memelere sahip bir kadına yapılan küçültme ameliyatları ile görüntü güzelleştirmenin ötesinde öncelikle omurgaya binen yükün dengelenmesinin, sırt ağrıları, kamburluk, duruş bozukluğu gibi fiziksel sorunların bertaraf edilmesinin sağlanacağı örneklerini vermektedir. Yayvan burun kanatlarını yukarı doğru çektirme, kırışan yüze doku transferi, kalçalardan liposuction, estetik diz operasyonları, burun düzeltirme, gıdı aldırma, yanakları inceltme, silikonlu protezlerle dudak veya meme büyütme, küçültme ve dikleştirme, kulak küçültme veya kepçe kulakları düzeltme, estetik karın germe (abdominoplasti), yağ enjeksiyonu, yüz germe, kaş kaldırma, göz kapağı estetiği, çene estetiği, botoks gibi müdahalelerin bir kısmında tedavi amacının bulunduğu, bazılarında ise yalnızca güzelleştirmenin amaçlandığı, kimi müdahalelerin ise her iki amaca yönelik olduğu ifade edilmektedir. PETEK, s: 181, 182.

¹¹³ Estetik cerrahi müdahaleler ve bu müdahaleler bağlamında hekim hasta arasındaki ilişkinin hukuksal niteliği hakkında bkz. ÖZEL, s: 241 vd; TEMEL, Erhan, Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, Ankara Barosu II.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 223-239; Ayrıca estetik cerrahi müdahaleler hakkında tıbbi bilgi için bkz. GRANT, Robert T. / CHEN Constance M., Cosmetic Surgery, Lange, Mc Graw Hill, New York, 2010; PANFILOW, Dimitrije E., Cosmetic Surgery Today, Thieme, Stuttgart, New York, 2005.

¹¹⁴ AYAN, s: 17, 18.

¹¹⁵ UHLENBRUCK, L/U, § 131 Die zivilrechtliche Problematik der Organtransplantation, s: 1041, kn: 1.

Organ ve doku nakli (transplantasyon) uygulamaları son yıllarda pek çok ağır hastalığın tedavisine imkan sağlamaktadır ¹¹⁶. İlk transplantasyon uygulamaları 19. yüzyılın sonunda kornea (gözün saydam tabakası) nakilleriyle başlamıştır, günümüzde böbrek, kalp, karaciğer, akciğer, ince bağırsak ve pankreas nakilleri gerçekleştirilmektedir ¹¹⁷. Ayrıca kompozit doku nakilleri de yapılmaktadır. Kemik iliği, kök hücre ve pankreas adacık hücre nakilleri de hücre nakillerine örnek teşkil etmektedir ¹¹⁸. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinde de kalp, akciğer, karaciğer, böbrek, kornea, kemik iliği ve kompozit doku nakillerinden söz edilmektedir.

Ülkemizde organ ve doku nakillerine yönelik olarak öncelikle göz önünde tutulacak yasal düzenleme 2238 sayılı ve 29.05.1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'dur ¹¹⁹. Ayrıca yönetmelik, genelge ve yönerge bazında birçok yasal düzenleme bulunmaktadır. Kanunun 2. maddesine göre otoplastlar, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir ¹²⁰. Bu bağlamda, çok sık uygulanmakta olduğu için sıradan bir müdahale olarak görülmekte ve diğer nakiller gibi dikkat çekmemekte ise de, hem tıbben büyük özen gerektirmesi hem de yaşam kurtarıcı özelliği nicelik olarak diğer nakillerden çok daha yüksek olması nedeniyle kan ve kan ürünleri nakillerinin de büyük önem taşıdığı unutulmamalıdır ¹²¹. Kan transfüzyonları 5624 sayılı ve

¹¹⁶ LAUFS, Arztrecht, s: 139, kn: 271.

¹¹⁷ DEUTSCH / SPICKHOFF, 817, kn: 1233; UHLENBRUCK, L/U, § 131 Die zivilrechtliche Problematik der Organtransplantation, s: 1042, kn: 1; Organ ve doku nakillerinin tarihsel gelişimi hakkında ayrıca bkz. AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s:219-222.

¹¹⁸ <http://www.tonv.org.tr/tr/>, Erişim T: 24.04.2017.

¹¹⁹ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Kanun No: 2238, Kabul T: 29.05.1979, RG T: 03.06.1979, S: 16655. Adı geçen kanun hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. AKÜNAL, Teoman, 2238 Sayılı "*Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun*" Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s: 19-30.

¹²⁰ DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku, 17.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s: 114, kn: 563; AKÜNAL, s: 19.

¹²¹ Çilingiroğlu da eserinde "*kan, doku ve organ aktarımları*" başlığı altında ele almaktadır. ÇİLİNGİROĞLU, s: 21.

11.04.2007 tarihli Kan ve Kan Ürünleri Kanunu ve Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği düzenlemelerine tabidir ¹²².

Organ Nakli Kanunu, yaşayan kişilerden ve ölüden organ ve doku naklinin şartlarını ayrı olarak düzenlemiştir. Düzenlemelerde alıcıdan ziyade vericinin durumuna ağırlık verildiği görülmektedir, zira alıcı açısından durum onu sağlığına kavuşturmaya yönelik herhangi bir büyük cerrahi müdahaleden farklılık arz etmemektedir ¹²³.

Alman Hukukunda Organ ve Dokuların Bağışı, Alınması ve Nakli Hakkında Kanun (Transplantasyon Kanunu) 1997 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu kanun da benzer şekilde insan organ ve dokularının bağışı, alınması, nakli ve bunlara hazırlık niteliğindeki önlemleri düzenlemekte olup, hukukumuzdakine benzer şekilde, bir kişiden aynı cerrahi müdahale içinde, sonradan tekrar kendisine nakledilmek üzere doku alınması yani otopreftler ile kan ve kan ürünleri bu kanun kapsamında yer almamaktadır ¹²⁴.

Öğretide de vurgulandığı gibi, organ ve doku nakilleri, hekimler kadar hukukçuları da çok yakından ilgilendiren bir konudur, zira vericiler açısından hiçbir endikasyon taşımamakla, kendileri ya da kadavradan nakil durumunda onun yakınları açısından fayda oluşturmamakla beraber, alıcı açısından sağlık kazandırma, hatta yaşamı kurtarma gibi üstün bir amaca hizmet ettiği için çıkarların çatışması söz konusu olmakta ve bir dengeye oturtulması gerekmektedir ¹²⁵.

¹²² Kan ve Kan Ürünleri Kanunu, Kanun No: 5624, Kabul T: 11.04.2007, RG, T: 02.05.2007, S: 26510; RG, T: 04. 12.2008, S: 27074; Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği, RG T: 4.12.2008, S: 27074.

¹²³ DURAL / ÖĞÜZ, s: 114, kn: 566;

¹²⁴ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 821. Alman hukukunda organ ve doku nakilleri hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. SCHROTH, Ulrich, Almanya'da Organ Naklinin Hukuki Şartları, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s: 313- 327.

¹²⁵ DURAL / ÖĞÜZ, s: 113, kn: 561. Aynı yönde LAUFS, Arzrecht, s: 139, kn: 271; İlave görüş ve değerlendirmeler için bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s: 21, 22; Organ ve doku nakilleri hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. AYAN, s: 18, 21; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 817 vd; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 157 vd; AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli, s: 209- 276; UHLENBRUCK, L/U, § 131 Die zivilrechtliche Problematik der Organtransplantation, s: 1041- 1050; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s: 188 vd; GÖKCAN, s: 291 vd; MARKMAN, James F. / BRAYMAN, Kenneth L. / NAJI, Ali / OLTHOFF, Kim M. / SHAKED, Abraham, BARKER, Clyde F., Karın İçi Organların Transplantasyonu (Çev. SÖZBİLEN, Murat / YAZICI, Pınar), Sabiston, Textbook of Surgery, Cilt 1, (Ed. TOWNSEND, Courtney M./ BEAUCHAMP, R. Daniel / EVERS, B.Mark / MATTOX, Kenneth L., - Çev. Ed. ULUSOY, Ali Naki / TOPGÜL, Koray), Saunders, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2010, s: 699-755.

Kanunda öngörülen esaslara uygun olmayan şekilde organ ve doku alınması, saklanması ve nakli cezai düzenlemelere de bağlanmıştır. Organ Nakli Kanunu'nun içerdiği cezai hükümlerin yanı sıra, organ ve doku ticareti suçu TCK m. 91-93 arası düzenlenmiş bulunmaktadır ¹²⁶.

c. Gebelik Sonlandırmaları

Gebelik sonlandırması toplumsal açıdan taşıdığı önemin de etkisiyle her zaman için en tartışmalı tıbbi müdahalelerden biri olmuştur. Hukuk öğretisinde gebelik, dişi yumurtanın erkek spermi ile döllenmesiyle oluşan yapının rahim iç dokusuna yerleşmesiyle (nidasyon) başlayan ve doğuma kadar devam eden süreç olarak ¹²⁷, gebelik sonlandırması ise, döllenmiş yumurtanın rahim iç dokusuna yerleştiği nidasyon anından doğuma kadar geçen süre içinde, dışarıdan yapılan bir müdahale ile ceninin anne ile yaşamsal ilişkisinin kesilerek ölümüne yol açılması şeklinde tarif edilmektedir ¹²⁸. Tıbbi olarak, gebeliğin sonlandırılmasına yol açan

¹²⁶ Organ ve doku ticareti suçu hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s: 188 vd; SOYASLAN, Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, s: 130, 131; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 703 vd; GÖKCAN, s: 590 vd; AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli, s: 251 vd; ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAĞIZ, Pınar / TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s: 252 vd; Alman hukukundan görüş ve açıklamalar için bkz. LILIE, Hans, Organ Ticareti Suçu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s: 359- 366.

¹²⁷TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s: 336; DÖNMEZ, Burcu, TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı 2, 2007, s: 104.

¹²⁸ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 336; Ayrıca döllenme ürünü olan cismin yani ceninin kadının vücudundan bilerek ve istenerek, tahrik edilmek suretiyle çıkmasının sağlanması (ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s: 537), ceninin ölümünü sağlayıcı her türlü müdahale (HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 720), gelişim sürecine devam eden ve yaşayan bir cenine yönelen ve onu, gebe kadın ile olan yaşamsal bağlantısına son vererek bu sürecin dışına çıkarmaya çalışan her türlü müdahale (ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s: 294), anne rahminde şekillenmeye başlamış olan ceninin bir tıbbi müdahale ile ortadan kaldırılması (AYAN s: 28; İPEKYÜZ, Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2006, s: 38) şeklinde tanımlar da yapılmaktadır. Yasal düzenlemelerde ise gebelik sonlandırması için farklı terimlerin kullanıldığı, Nüfus Planlama Kanunu'nda "*gebeliğin sona erdirilmesi*", Rahim Tahliyesi Tüzüğü'nde "*rahim tahliyesi*", TCK'da ise "*çocuk düşürtme*" ifadelerinin yer aldığı görülmektedir. Günlük kullanımda *kürtaj* kelimesiyle de sık karşılaşılmaktadır. Oysa ki vücut boşluklarını kazıma suretiyle içindeki materyali dışarı alma anlamına gelen *kürtaj* ya da tıbbi söyleyişle *küretaj*, yalnızca küçük gebeliklerin sonlandırılması için uygulanabilen yöntemlerden biri olup, gebelikler küretajdan başka yollarla da sonlandırılabilirliğinden, bu ifade gebelik sonlandırmasını anlamca tam karşılamamaktadır.

neden, yani sonlandırma endikasyonu ve gebelik haftasına göre değişkenlik gösterecek şekilde, çok sayıda sonlandırma yöntemi bulunmaktadır ¹²⁹.

Gebeliklerin, hekim, hekim dışındaki sağlık meslek mensupları ya da kadının kendisi de dahil olmak üzere tıp dışı herhangi bir kişi tarafından sonlandırılması söz konusu olabileceksede, çalışma konumuz bağlamında yalnızca hekimin müdahaleleri önem taşımaktadır.

Hukukumuzda gebeliklerin sonlandırılmasına ilişkin esaslar 24.05.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ¹³⁰ ve bu kanuna dayanılarak 14.11.1983 tarih ve 83/7395 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilen 18.12.1983 tarih ve 510 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te ¹³¹ yer almaktadır. Herhangi bir sebep aranmaksızın yalnızca gebe kadının talebi ve rızası ile gerçekleştirilebilen isteğe bağlı sonlandırmalara 10. gebelik haftasının tamamlanmasına kadar izin verilmekte, bir başka deyişle, gebeliğin sonlandırılmasını gerektiren herhangi bir

¹²⁹ Tıbbi açıdan yaklaşıldığında, gebeliğin sonlandırılması, kadının yumurtalıkları yani overlerden açığa çıkan ovumun cinsel ilişki sonucu erkekten gelen spermle döllenmesini takiben oluşan zigotun, rahim (uterus) iç tabakasına yerleşip farklılanarak oluşturduğu embriyo (devamında fetus yani cenin) ve plasantanın, sonlandırma endikasyonu ve gebelik haftasına göre değişen yöntemlerle rahim dışına çıkarılması, yani anne vücudundan ayrılmasıdır. İleri haftalarda, özellikle viabilite sınırı olarak kabul edilen 24. haftadan sonraki sonlandırmalarda amaç sıklıkla anneyi veya rahim içinde sıkıntıya girmiş fetusun yaşamını kurtarmak da olabileceğinden, en azından fetusun ölmesi amaçlanmamış ve canlı doğumu tercih edilir bir durum olduğundan, yapılan müdahale tıbben benzerlik gösterse dahi, gebelik sonlandırması yerine erken doğum olarak nitelenmenin tercih edildiği görülmektedir. Gebelik haftasına göre değişkenlik gösteren çok sayıda gebelik sonlandırma yöntemi bulunmaktadır. PRITCHARD, Jack A. / MC DONALD, Paul C. / GANT, Norman F., Williams Doğum Bilgisi, 17.Baskı, Prentice –Hall International Inc., Appleton-Century-Crofts, (Çev. YILMAZ, İsmail /AYDEMİR, Vedat, Güneş Kitabevi, Ankara 1989, s: 105-117; BRENNER, Paul F. / MISCHELL, Daniel R., Doğum Kontrolü: Kontrasepsiyon, Sterilizasyon ve Gebeliğin Sonlandırılması, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji (Ed. SCOTT / James R / DiSAIA Philip J, HAMMOND / Charles B, SPELLACY / William N.- Çev.Ed. EREZ, Selçuk), 6.Baskı, JB Lippincott Company, Philadelphia, 1990, s: 880; SCHMIDT- MATHIESEN , Heinrich / HEPP, Hermann, Gynäkologie und Geburtshilfe, Lehrbuch für Studium und Praxis, 9. Auflage, Schattauer, Stuttgart 1998, s: 158, 161; GÜNEY TUNALI, Işıl, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s: 23, 24; CUNNINGHAM, Gary F., Gebelik Sonlandırılması, İlk Trimester Gebelik Kaybı, Williams Jinekoloji (Ed. HOFFMAN, Barbara L. / SCHORGE, John O. / SCHAFFER, Joseph I. / HALVORSON, Lisa M. / BRADSHAW, Karen D. / CUNNINGHAM, Gary F.- Çev. Ed. YILDIRIM, Gökhan), Mc Graw Hill Companies, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2016 s: 187- 192. KOTTKE, Melissa A. / ZIEMAN, Mimi, Bölüm 33 Abortus Yönetimi, (Çev. ALTUNYURT, Sabahattin / OLGAN, Şafak), Te Linde, Operatif Jinekoloji, 10. Baskı, (Ed. ROCK, John A. / JONES, Howard W.- Çev. Ed. YILDIRIM, Yusuf / GÜLTEKİN, Emre), İzmir Güven Kitabevi, İzmir 2013; s: 783 vd.

¹³⁰ Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, Kanun No: 2827, Kabul T: 24.05.1983, RG T: 27.05.1983, S: 18059.

¹³¹ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, Bakanlar Kurulu Kararı T: 14/11/1983, No: 83/7395, RG T: 18.12.1983, S: 18255.

tıbbi endikasyon mevcut olsun ya da olmasın, süre 10 haftayı geçmemiş olduğu takdirde kadının rızasına dayanarak gebelik sonlandırılabilir. 10 haftalık süreyi aşmış gebeliklerin ise, Rahim Tahliyesi Tüzüğü'nde sayılmış endikasyonlardan en az birinin varlığı halinde sonlandırılması mümkündür¹³². Gebeliğin kadının rızası olmaksızın ve bu düzenlemelere uygun olmayarak sonlandırılması durumunda hukuki sorumluluğun yanı sıra 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı TCK'nın m. 99 hükmü uyarınca (çocuk düşürtme suçu) cezai sorumluluk da gündeme gelebilmektedir¹³³.

Alman Hukukundaki düzenlemelere bakıldığında, gebeliğin sonlandırılmasının kural olarak hukuka aykırı ve cezalandırılabilir kabul edildiği, ancak Ceza Kanunu § 218 a' da¹³⁴ öngörülen koşulların varlığı halinde cezalandırılmadığı görülmektedir¹³⁵. Buna göre gebe kadının hayatının, beden ve ruh sağlığının koruması için tıbben gerekli olduğu takdirde, gebeliğin suç sonucu oluşması durumunda, fetal anomali varlığında, ekonomik ve sosyal nedenlerle ve isteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir¹³⁶. Endikasyon aranmaksızın isteğe bağlı olarak gebeliğinin sonlandırılabilmesi için, gebe kadının, Ceza Kanunu § 219 uyarınca, gebelik sonlandırılmadan en az üç gün önce, bir hekimle rehberlik görüşmesi yapması, müdahalenin hekim tarafından hastane ortamında gerçekleştirilmesi ve döllenmeden itibaren 12 haftadan fazla sürenin geçmemiş olması gerekmektedir¹³⁷.

¹³² İlave açıklamalar için bkz. GENÇCAN, Ömer Uğur, Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Hukuki Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 201-211; KIZIROĞLU, Serap Keskin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, Cilt 19, Sayı: 2, Yıl 2013, s: 166- 168; GÜNEY TUNALI, s: 15 vd.

¹³³ Çocuk düşürtme suçu ve gebeliklerin sonlandırılmasından kaynaklanan cezai sorumluluk için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 333 vd; GÖKCAN s: 605 vd; AYDIN, Murat, Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2011, s: 69-100; GÜLŞEN, Recep, Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Oluşan Cezai Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 183- 200; ARTUÇ, s: 535- 556; ÜNVER, Yener, Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 173- 230; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 716 vd; KIZIROĞLU, s: 169- 184; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s: 289- 304; GÜNEY TUNALI, s: 119 vd.

¹³⁴ Alman Ceza Kanunu - Strafgesetzbuch, Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998 Teil I Nr. 75, ausgegeben am 19.11.1998, Seite 3322, https://dejure.org/BGBl/1998/BGBl._I_S._3322, Erişim T: 27.11.2017.

¹³⁵ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 694.

¹³⁶ Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014.

¹³⁷ DETTMAYER, s: 159, 160; Gebelik sonlandırmaları hakkında daha fazla açıklama için bkz. age s: 155 vd; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 692, kn: 1058 vd; LAUFS, Arztrecht, s: 182, kn: 326 vd; ULSENHEIMER,

d. Sterilizasyon ve Kastrasyon

Sterilizasyon erkekte sperm, kadında yumurta kanallarının devamlılığının kesilerek veya işlevsiz hale getirilerek, sperm ve yumurtanın birleşmesinin önlenmesi ve böylece üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasıdır¹³⁸. Kişinin kendi isteği üzerine ve cinsel ihtiyaçların tatminine engel olmadan, çocuk yapma yeteneğinin ortadan kaldırılması amacıyla yapılan her türlü cerrahi müdahale olarak da tanımlanmaktadır¹³⁹. Üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması nedeniyle kişilik değerleri üzerinde önemli etkisi bulunmaktadır¹⁴⁰.

Sterilizasyon, kastrasyondan farklı olarak, libido ve cinsel yaşam üzerine etkili değildir. İşlem erkeklerde kadınlara göre daha kolay uygulandığından pek çok ülkede gebelikten korunmak için sıklıkla tercih edilen bir yöntemdir. Erkeklerde yapılan sterilizasyon işlemi vazektomi olarak adlandırılmakta, genellikle poliklinik şartlarında, lokal anestezi ile gerçekleştirilmekte ve ciddi risk ve yan etkileri olmamaktadır. Kadınlarda tubal sterilizasyonun uygulanmasında yapıma zamanının da etkisiyle farklı yöntemler söz konusu olmaktadır. Her iki cinste de, gebelikten korunmak için en güvenli yol olarak görülen sterilizasyonun hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kural olarak irreversible (geri dönüşümsüz) kabul edildiği için, sterilizasyon için başvuran hastaların danışmanlığı özellik göstermektedir. Zira sadece müdahaleden beklenen faydalar ve riskler değil, işlemden pişman olunması durumunda olabilecekler ve yapılabilecekler de önem taşımaktadır. Pişmanlık durumuna etki eden en önemli faktörler olarak da hastanın genç yaşta olması ve sterilizasyon anında çiftler arasındaki çekişmelerden söz edilmektedir. Kadınlarda tubal sterilizasyon sonrası nadir de olsa gebelik oluşabileceği ve bunların dış gebelik şeklinde olabileceği bilgisinin de verilmesi gereklidir¹⁴¹. Başarısızlıkla sonuçlanan sterilizasyon ameliyatları sonrasında oluşan

Klaus, L/U, § 143 Der Schwangerschaftsabbruch, s: 1178 vd. GÖKCAN, s: 306-309; GÜNEY TUNALI age.

¹³⁸ UHLENBRUCK, L/U, § 126 Die Sterilization, s: 971, kn: 1; ERMAN, Barış, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s: 206.

¹³⁹ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 345.

¹⁴⁰ LAUFS, Arztrecht, s: 173, kn: 307.

¹⁴¹ Sterilizasyon hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. MEMMEL, Lisa / GILLIAM, Melissa (Çev. DURSUN, Polat), Kontrasepsiyon, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, 10.Baskı, (Ed. GIBBS, Ronald S. / KARLAN, Beth Y. / HANEY, Arthur F. / NYGAARD, Ingrid (Çev. Ed. AYHAN, Ali), Wolters Kluwer, Lippincott Williams & Wilkins, Güneş Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2010, s: 582; ayrıca WOO, Jason/ ARMSTRONG, Y. Alicia / Mc KAY, Trent, Jinekolojik Hastalıklar, (Çev. EVSEN, Mehmet Sıddık / İÇEN, Mehmet Sait), (Ed. PAPADAKIS, Maxine A. / Mc PHEE, Stephen J. / RABOW, Michael W.), Güncel Tıbbi

gebelikler, devamında dünyaya gelen çocuklar ve bu çocukların bakım giderlerinin kimin tarafından karşılanacağı sorunsalı birçok ülkede hukuk gündemini meşgul eden konulardan birini oluşturmaktadır ¹⁴².

Nüfus Planlama Kanunu m.4'te sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale olarak tanımlanmakta ve tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılacağı belirtilmekte, yine Rahim Tahliyesi Tüzüğü'nün 10. maddesinde de sterilizasyon ameliyatının, tıbbi sakınca olmaması koşuluyla ve reşit kişinin isteği üzerine yapılacağı yer almaktadır. Maddenin devamı ve ilerleyen maddelerde de sterilizasyon müdahalesini yapmaya yetkili hekimler, müdahalenin yapılacağı yerlerin haiz olması gereken koşullar ve izin belgesi gibi hususların düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, kadınlara sterilizasyon ameliyatı, kadın hastalıkları ve

Tanı ve Tedavi 2016, Lange, 54. Baskı (Çev. Ed. MÜFTÜOĞLU, Ekrem / KADİROĞLU, Ali Kemal / KARA, İsmail Hamdi), Mc Graw Hill Education, Akademisyen Tıp Kitabevi, Ankara 2016, s: 774; THOMPSON, Mayra J., Laparoskopik Sterilizasyon, Minimal İnvazif Cerrahi, Williams Jinekoloji (Ed. HOFFMAN, Barbara L. / SCHORGE, John O. / SCHAFFER, Joseph I. / HALVORSON, Lisa M. / BRADSHAW, Karen D. / CUNNINGHAM, Gary F.- Çev. Ed. YILDIRIM, Gökhan), Mc Graw Hill Companies, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2016, s: 1123-1128 ; PETERSON, B. Herbert / POLLACK Amy E. / WARSHAW, Jeffrey S, Bölüm 27 Tubal Sterilizasyon (Çev. ERTOPÇU, Kenan), Te Linde, Operatif Jinekoloji, 10. Baskı (Ed. ROCK, John A. / JONES, Howard W.- Çev. Ed. YILDIRIM, Yusuf / GÜLTEKİN, Emre), İzmir Güven Kitabevi, İzmir 2013, s: 609- 628; LAUFS, Arztrecht, s: 177, kn: 314; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 868, kn: 1052 vd; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 743-745.

¹⁴² Bkz. UHLENBRUCK, L/U, § 126 Die Sterilisation, s: 974-976; LAUFS, Arztrecht, s: 179, kn: 319; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 744; ŞENOCAK, Zarife, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, Turhan Kitabevi, Ankara 2009; BÜYÜKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006; HIRSCH, Christine, Arzhaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung, Manzsche Verlags - und Universitätsbuchhandlung, Wien 2002; RIEDEL, Ulrike, Kind als Schaden, Die höchstgerichtliche Rechtsprechung für Arzthaftung für den Kindesunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes, 3. Auflage, Mabuse- Verlag, Frankfurt am Main, 2012; HAGER, Johannes, Das Recht der unerlaubten Handlungen, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 825; ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 55, s: 541, 542; “ Davacılar, davacı...’nin anksiyete bozukluğu rahatsızlığı nedeniyle üçüncü bir çocuk sahibi olmak istemediklerinden, davalı hastanede davalı doktor tarafından meni kanallarının bağlanması olan vasktomi operasyonu yapıldığını, buna rağmen davacı’nın hamile kaldığını, bunun sebebinin hatalı operasyon olduğunu ileri sürerek..... Mahkemece alınan bilirkişi raporunda özetle; ‘ hastanın spermiyogram tetkik sonucundan mevcut olan canlı ve hareketli sperm sayılarının kendiliğinden gebelik için yeterli olduğu, vasktomi sonrası üç kez yapılan spermiyogramlarında devam eden sperm varlığının nedenini değerlendirmek ve kesin kanaat bildirebilmek için, yapılan tedavide hekim ve hastanenin ihmali olduğu ve ameliyatın yetersiz olduğu kanısına varıldığı, hastanın bilgilendirme konusu ve takipler hakkında kesin kaniya varılamadığı’ belirtilmiş, dosyadaki bilgi ve belgelerden özellikle vasktomi operasyonu sonrasına dair 3 aylık dönemde korunma yöntemi kullanıp kullanmadığı ve davacı’nin ameliyat edildiği Tıp Merkezi’ne başvurarak kontrol spermiyogram tetkiki ile ameliyatın başarısı teyit edilmemiştir. Mahkemece davacı....’nin manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar verilmiştir.” Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 47020, K. 2016 / 1395, T. 25.01. 2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

doğum ya da genel cerrahi uzmanlarınca, erkeklere ise üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarınca veya Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler tarafından yapılacaktır. Ayrıca bir erkek veya kadının rızası olmaksızın kısırlaştırılması TCK'da kısırlaştırma suçu olarak düzenlenmiştir ¹⁴³.

Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) ¹⁴⁴ sterilizasyona ilişkin düzenleme § 1631 c' de yer almakta olup, aynı şekilde reşit olmayanlara sterilizasyon uygulanması yasaktır ¹⁴⁵, aynı kanunun 1905. paragrafında (BGB § 1905) düzenlenmiş olan rıza gösterme yeteneği olmayan zihinsel özürlülerin sterilizasyonu da tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır ¹⁴⁶.

Sterilizasyonla kıyaslandığında kişilik hakları üzerine çok daha etkili bir müdahale olan ayrıca tıbbi bakımdan da önemli fizyolojik etkileri bulunan kastrasyonda ise, cinsel salgı bezlerinin çıkarılması ya da tahrip edilmesiyle üreme yeteneğinin yanı sıra bu bezlerden salgılanan hormonlara bağlı endokrin aktivite de ortadan kalkmaktadır ¹⁴⁷.

Kastrasyon, erkekte veya kadında, cinsel salgı bezlerinin bilinçli olarak tümüyle çıkarılması ya da çıkarılmamakla birlikte ışınlama, hormon tedavileri gibi yöntemlerle işlevlerinin ortadan kaldırılması olarak tanımlanmaktadır. Cinsel salgı bezlerinin işlevini ortadan kaldırdığı için sterilizasyon ile kıyaslandığında daha radikal bir girişim olduğu görülmektedir. Alman Hukukunda, erkeklerde anormal cinsel dürtülerin tedavisine yönelik olarak gerçekleştirilen isteğe bağlı kastrasyona izin verilmekte ¹⁴⁸, ayrıca yaşamı tehdit eden bir hastalıktan korunma, tedavi ve

¹⁴³ Kısırlaştırma suçu için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 345 vd; GÖKCAN, s: 619; KIZIROĞLU, s: 186-190; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 745 vd.

¹⁴⁴ Alman Medeni Kanunu- Bürgerliches Gesetzbuch, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002 Teil I Nr. 2, ausgegeben am 08.01.2002, Seite 42, <https://dejure.org/gesetze/BGB>, Erişim T: 27. 10.2017.

¹⁴⁵ §1631 c BGB – Verbot der Sterilization, <https://dejure.org/gesetze/BGB/1631c.html>, Erişim T: 20.03.2017. Sterilizasyonun ne çocuğun isteğiyle ne anne babanın rıza göstermesiyle gerçekleştirilmesi mümkün değildir. UHLENBRUCK, L/U, § 126 Die Sterilization, s: 977, kn: 11.

¹⁴⁶ Bkz. LAUFS, Arztrecht, s:174, kn: 308, 309, s: 178, kn: 316; UHLENBRUCK, L/U, § 126 Die Sterilization, s: 971, kn: 3. Ayrıca bkz. PILATZ, Adrian / ZIEGERT, Carsten / SEICHTER, Jürgen, Sterilization bei Einwilligungsunfähigen: Medizin, Recht und Ethik, Deutsches Arzteblatt 2008; 105 (21): A-1131 / B-975 / C-955; ERMAN, Barış, s: 208.

¹⁴⁷ LAUFS, Arztrecht, s: 181, kn: 322; ERMAN, Barış, s: 209; ÇİLİNGİROĞLU, s: 27.

¹⁴⁸ İsteğe bağlı kastrasyon için de kriminal nedenler ve tıbbi nedenler şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Anormal cinsel dürtülerin varlığı kişide hastalık tablolarına, ruhsal bozukluk ve acılara yol açtığı takdirde bunların önlenmesi, iyileştirilmesi ve hafifletilmesi amacıyla, kişinin 25 yaşını da

etkilerini azaltma için de kastrasyon yapılabilir ¹⁴⁹. Tıbbi nedenlerle kastrasyon erkeklerde testis, kadınlarda overlerin (yumurtalık) hastalıklarında, ya da hormona bağımlı hastalıklarda, hormonların etkisini ortadan kaldırmak üzere gerçekleştirilmekte ve hukuka uygunluğu açısından tıbbi endikasyona dayanan herhangi bir müdahaleden farklılık göstermemekte, aynı ilkeler söz konusu olmaktadır ¹⁵⁰.

Nüfus Planlama Kanunu'nda kastrasyonun tanımı yapılmamış, ancak 4. maddesinde bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabileceği öngörülmüştür.

e. Üremeye Yardımcı Tedaviler

Doğal yollarla çocuk sahibi olamayan çiftlerde üremeye yardımcı tedavilere (yardımcı üreme yöntemlerine) başvurulabilir. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ¹⁵¹ m.4/ğ'de üremeye yardımcı tedavinin tanımı, *“anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde*

tamamlamış olması koşuluyla tıbbi endikasyona dayanarak müdahale gerçekleştirilebilmektedir. ULSENHEIMER, L/U, § 127 Die Kastration, s: 981, kn: 4. Alman Kastrasyon Kanununda, kastrasyon için, anormal cinsel dürtülerin yol açtığı etkilere karşı, bir erkeğin cinsel salgı bezlerinin çıkarılması ya da kalıcı olarak işlevsiz hale getirilmesi şeklinde bir tanım yer almaktadır. Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden, Bundesgesetzblatt Jahrgang 1969 Teil I Nr. 76, ausgegeben am 18.08.1969, Seite 1143, https://dejure.org/BGBl/1969/BGBl_I_S_1143, Erişim T: 14.12.2017.

¹⁴⁹ ULSENHEIMER / UHLENBRUCK, L/U, § 127 Die Kastration, s: 980, kn: 1, 2,3,4; LAUFS, Arztrecht, s: 181, kn: 322.

¹⁵⁰ ULSENHEIMER / UHLENBRUCK, L/U, § 127 Die Kastration, s: 980, kn: 3; ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. KÜÇÜK, Tefik Sönmez, Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 4, Yıl: 2015, s: 297- 322; Kadında kastrasyonu sonuçlayabilecek bazı hastalık ve bunlara ilişkin cerrahi müdahaleler için bkz. SANFILIPPO, Joseph S. / ROCK, John A., Bölüm 28, Benign Over Hastalıklarında Cerrahi, (Çev. DOĞAN, Aşkın), Te Linde, Operatif Jinekoloji, 10. Baskı, (Ed. ROCK, John A. / JONES, Howard W - Çev. Ed. YILDIRIM, Yusuf / GÜLTEKİN, Emre), İzmir Güven Kitabevi, İzmir 2013, s: 629- 647; VAN NAGELL, John R. / GERSHENSON, David M., Bölüm 49 Over Kanseri: Etiyoloji, Tarama ve Cerrahi (Çev. YILDIRIM, Yusuf / ŞAHİN, Refaettin / KARAGÖZ, Gürhan), Te Linde, Operatif Jinekoloji, 10. Baskı, (Çev. Ed. YILDIRIM, Yusuf / GÜLTEKİN, Emre), İzmir Güven Kitabevi, İzmir 2013, s: 1307- 1339; Erkeklerde kastrasyonu sonuçlayabilecek bazı hastalık ve bunlara ilişkin cerrahi müdahaleler için bkz. HAMDY, Freddie C. / BASLER, Joseph W. / NEAL, David E. / CATALONA, William, Testicular Cancer, (s: 413- 478), Spermatic Cord and Scrotal Cancer, (s: 479-495), Management Urologic Malignancies, Churchill Livingstone, London, Edinburgh, New York, Philadelphia, St Louis, Sydney, Toronto 2002; Sterilizasyon ve kastrasyon hakkında ilave bilgi ve açıklama için bkz. ERMAN, Barış, s: 206- 211.

¹⁵¹ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, RG T: 30.09.2014, S: 20135.

vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar” şeklinde yapılmaktadır.

Üremeye yardımcı tedaviler, infertilitenin nedenlerini araştırmaya yönelik testleri, kadında yumurtalıkların ve erkekte testislerin daha verimli çalışmasını ve infertiliteye yol açan pek çok nedenin tedavisini sağlayan medikal ve cerrahi tedavileri ve yapay döllenme tekniklerini kapsamaktadır ¹⁵².

Yardımcı üreme teknikleri ya da üremeye yardımcı tedaviler, doğrudan tedavi amacına yönelmiş müdahaleler olmadıkları, dolayısıyla tıbbi endikasyonları bulunmadığı, yalnızca çiftlerin istekleri doğrultusunda elektif koşullarda gerçekleştirildikleri için, ayrıca harcanan emek, zaman ve yapılan masraflara rağmen başarısızlık yani gebe kalamama olasılığı, bunun ötesinde oluşan gebeliklerin de doğuma ulaşmadan kaybedilme olasılıkları söz konusu olduğundan, planlanan izlem ve müdahaleler öncesinde verilecek danışmanlık ve aydınlatma büyük önem taşımaktadır ¹⁵³.

¹⁵² İnfertilite (kısırlık) nedenleri sperm defektleri ve disfonksiyonu, ovulasyon bozuklukları, tubal enfeksiyon hasarları, açıklanamayan infertilite, endometriozis, servikal mukus eksikliği veya disfonksiyonu, koital yetmezlik, uterin anormallikler, genital tüberküloz vb. olarak açıklanabilir. İnfertilite nedenlerini saptamak ve bazen tedaviye yönelik işlemlerde bulunmak için uygulanan tanısal yöntemleri hormon analizleri, spermiyogram, tanısal amaçlı testis biyopsisi, histerosalpingografi, genetik testler, preimplantasyon genetik tanı, endometrial biyopsi, histeroskopi, laparoskopi olarak saymak mümkündür. WRIGHT, Kristen P./ JOHNSON, Julia V., İnfertilite, (Çev. KOÇ, Önder / TIRAŞ, Bülent), Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, 10.Baskı, (Ed. GIBBS, Ronald S. / KARLAN, Beth Y. / HANEY, Arthur F. / NYGAARD, Ingrid - Çev. Ed. AYHAN, Ali), Wolters Kluwer, Lippincott Williams & Wilkins, Güneş Tıp Kitabevleri, İstanbul 2010, s: 706, 707, 708; Üremeye yardımcı tedaviler, intrauterin inseminasyon, gamete intrafallopian transfer-GIFT, in vitro fertilizasyon- IVF + ET (embriyo transferi), ZIFT, mikroenjeksiyon (ICSI) uygulamalarını ve TESE'yi kapsamaktadır. İlave bilgi ve açıklamalar için bkz. Ankara Üniversitesi Üreme Sağlığı Teşhis Tedavi Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi, <http://usaum.ankara.edu.tr/>, Erişim T: 01.02.2018; HALVORSON, Lisa M., İnfertil Çiftin Değerlendirilmesi, (s:506- 528) / DOODY, J. Kevin, İnfertil Çiftin Tedavisi, (s: 559- 523), Williams Jinekoloji (Ed. HOFFMAN, Barbara L. / SCHORGE, John O. / SCHAFFER, Joseph I. / HALVORSON, Lisa M. / BRADSHAW, Karen D. / CUNNINGHAM, Gary F.- Çev. Ed. YILDIRIM, Gökhan), Mc Graw Hill Companies, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2016.

¹⁵³ Üremeye yardımcı tedaviler ve hukuki yönü hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. GÖKCAN, s: 320 vd; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 245 vd; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 708 vd; LAUFS, L/U, § 129 Artifizielle Reproduktion- Embryonenschutzgesetz, s: 989 vd., ayrıca bkz. ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Üreme Merkezlerinin Hukuki Sorumluluğu, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 453- 471; ÇİLİNGİROĞLU, s: 22-26; ÖZSUNAY, Ergun, Üremeye Yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 57- 82.

f. Prenatal Tarama ve Tanı Testleri

Prenatal tarama ve tanı testleri de özellik arz eden tıbbi müdahalelerdendir. Prenatal yani doğum öncesi tanı, embriyo ve devamında fetustaki hastalıkların ve yapısal bozuklukların doğum öncesi dönemde saptanmasına yönelik müdahalelerden oluşmaktadır. Prenatal tanının amacı fetustaki patolojilerin mümkün olduğu kadar erken dönemde saptanması ve gerekli önlemlerin alınmasıdır. Bu testler ile fetustaki pek çok patolojinin intrauterin yani henüz doğmadan önce anne karnındayken tanısını koymak mümkün olmaktadır. Prenatal tanı, bir yandan hastalığın şayet doğum öncesi tedavisi varsa, bu tedavinin yapılmasını veya doğum sonrası döneme ilişkin gerekli planlamaların yapılmasını mümkün kılarken, tedavisi mümkün olmayan ağır hastalık ve anomalilerin varlığı halinde, ailenin talebiyle ve ilgili yasal düzenlemelere uygun şekilde gebeliğin sonlandırılmasına imkan vermektedir. Dolayısıyla kısmen tedaviye yönelik amaç taşıdıklarının da söylenmesi mümkündür. Prenatal tarama testleri ise prenatal tanıya ihtiyaç gösterebilecek riskli gebeleri belirlemek üzere üzere yapılan tarama testleridir ¹⁵⁴.

g. Cinsiyet Değişikliğine Yönelik Müdahaleler

Cinsiyet değişikliği ameliyatlarının da özellikli müdahale olarak ele alınması yerindedir. Genellikle plastik ve rekonstruktif cerrahi uzmanlarınca gerçekleştirilen bu ameliyatlarda iç genital organlar çıkarılmakta ve karşı cinse ait genital organların rekonstrüksiyonu yapılmaktadır. Bu ameliyatlar hermafrodit ¹⁵⁵ ve transseksüel

¹⁵⁴ Doğum öncesi (prenatal) tarama hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. MADAZLI, Rıza, Antanatal Tarama, s: 1-6, Fetal Anöplöidi Taraması, s: 137-158, Gebelikte Tarama ve Öngörü (Ed. MADAZLI, Rıza), İstanbul Tıp Kitabevleri, İstanbul 2017; YÜREĞİR, Özge Özalp / BÜYÜKKURT, Selim / KOÇ, Filiz / PAZARBAŞI, Ayfer, Prenatal (Doğum Öncesi) Tanı, Çukurova Üniversitesi, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, 2012, Cilt 21, Sayı 1, s: 80-94; <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/arsiv/article/view>, Erişim T: 28.02.2017; YARARBAŞ, Kanay / ILGIN RUHİ, Hatice, Prenatal Tanı (Prenatal Diagnosis-Medical Education), Türkiye Klinikleri Journal of Medical Sciences, Cilt: 26, Sayı: 6, Yıl: 2006, s: 667, 671, 672; KOÇ, Acar / YÜCE, Tuncay / KALAFAT, Erkan, Fetal Tanısal Invazif Girişimler, Endikasyonları, Tekniği ve Riskleri, Türkiye Klinikleri Jinekoloji ve Obstetrik Dergisi, Prenatal Tanı Özel Sayısı (Ed. HAS, Recep), Cilt: 10, Sayı: 1, Yıl: 2017, s: 45; DUGOFF, Lorraine, (Çev. ŞAHİN, Feride), Prenatal Tanı, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, 10.Baskı, (Ed. GIBBS, Ronald S. / KARLAN, Beth Y. / HANEY, Arthur F. / NYGAARD, Ingrid -Çev. Ed. AYHAN, Ali), Wolters Kluwer, Lippincott Williams & Wilkins, Güneş Tıp Kitabevleri, İstanbul 2010, s: 114,119; CUNNINGHAM, Gary F. / LEVENO, Kenneth J. / BLOOM, Steven L. / SPONG, Catherine Y./ DASHE, Jodi S./ HOFFMAN, Barbara L. / CASEY,Brian M./ SHEFFIELD, Jeanne S.,Prenatal Diagnosis, Williams Obstetrics, 24th Edition, Mc Graw Hill, USA 2014, s: 283- 305.

¹⁵⁵ Hermafroditizm kişinin genital organlarında her iki cinse ait özelliklerin yer aldığı doğuştan gelişme bozukluklarıdır. Fetal yaşamdaki hormonal bozukluklardan, genital organların gelişmeleri sırasında ortaya çıkan embriyolojik bozukluklardan kaynaklanabilir. Tedavide geç kalınması önemli sosyal ve psikolojik sorunlara yol açabildiği için, tanının erken bebeklik dönemde konması ve tedaviye başlanması önem taşımaktadır. ALİKAŞİFOĞLU, Ayfer, Ambiguous Genitalia'ya Klinik Yaklaşım, Sürekli

bireyler ¹⁵⁶ üzerinde ve yasal düzenlemelerdeki koşullara uygun olarak gerçekleştirilmektedir. Hermafroditlerde yapılan ameliyat, onların baskın cinsiyetlerine uygun görünüme kavuşmalarını ve yine buna uygun bir hayat sürmelerini sağlamakta, dolayısıyla tıbbi bir nedene dayanmaktadır. Transseksuellerde ise genetik yapı ile genital organlar arasında uyumsuzluk bulunmamakla beraber, bu kişiler psikolojik açıdan problem yaşamakta, kendilerini karşı cinse ait görmekteyler ¹⁵⁷. Dolayısıyla bu kişilerde de psikolojik bir endikasyonun varlığından söz etmek mümkündür. Bununla birlikte her zaman tedavi amaçlı olmayıp, kötüye kullanıma da elverişli olduğu ve kişilerin patolojik bir takım dürtülerden de hareketle böyle ameliyatları yaptırmak isteyebilecekleri de düşünülmektedir ¹⁵⁸.

Türk Medeni Kanunu'nda ¹⁵⁹ cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenleme 40. maddede yer almakta olup, buna göre cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini talep edebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz 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 tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilebilmektedir. Bununla beraber, cinsiyet değişikliğinin sadece kişisel durum sicilinin düzeltilmesinin ötesinde, kişiliği çok daha geniş kapsamlı ilgilendiren bir husus olması nedeniyle kanunla düzenlenmesi

Tıp Eğitimi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 12, Sayı 4, s: 141-144; ayrıca bkz. BRADSHAW, Karen D., Bölüm 18 Anatomi Bozukluklar, Williams Jinekoloji (Ed. HOFFMAN, Barbara L. / SCHORGE, John O. / SCHAFFER, Joseph I. / HALVORSON, Lisa M. / BRADSHAW, Karen D. / CUNNINGHAM, Gary F.- Çev. Ed. YILDIRIM, Gökhan), Mc Graw Hill Companies, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2016, s: 490.

¹⁵⁶ Transseksüalite ya da transseksualizm, kişinin anatomik cinsiyetine dair özelliklerden aşırı rahatsızlık duyması, bu özellikleri gizlemesi ya da reddetmesi, karşı cinsin birincil ve ikincil cinsiyet özelliklerine sahip olmak istemesi şeklinde tanımlanmaktadır. Karşı cinsin bir üyesi olarak yaşama ve kabul edilme isteği, kendi anatomik cinsiyetinden rahatsızlık duyma ve bedeninin seçtiği cinsiyete uygun hale gelmesi için hormonal ve cerrahi tedavi görmek isteği bulunmaktadır. Detaylı açıklama ve ayrıca ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar için bkz. KESKİN, Necla / YAPÇA, Gamze / TAMAM, Lut, Transseksüalizm: Klinik Özellikleri ve Yasal Konular, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry, Cilt: 7, Sayı: 4, Yıl: 2015, s: 436-447.

¹⁵⁷ DURAL / ÖĞÜZ, s: 124, kn: 622, 623; aynı yönde bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s: 28; GÖKCAN, s: 319;

¹⁵⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 121.

¹⁵⁹ Türk Medeni Kanunu, Kanun No: 4721, Kabul T: 22.11.2001, RG T: 08.12.2001, S: 24607.

gerektiği de ifade edilmektedir ¹⁶⁰.

II. HEKİM İLE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Dünyada sağlık hizmetlerinin sunumu bakımından kamu sektörü, özel sektör ve karma sistem olarak üç model mevcut olup ülkemizde karma sistem geçerlidir; sağlık hizmeti devlet ve yanı sıra özel sektör tarafından sunulmaktadır ¹⁶¹. Böylece sağlık hizmeti ya idare tarafından ya da idarece verilen izne dayanarak özel kişi ya da kurumlar tarafından yerine getirilmekte ¹⁶², dolayısıyla hekimler de mesleki faaliyetlerini ya devlet teşkilatına ait bir kurumda kamu görevlisi olarak ya da serbest veya özel sağlık kuruluşları / kurumlarının sağlık servislerinde özel hukuk ilişkisi içinde sürdürmektedirler ¹⁶³.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, kamu görevlisi ya da serbest veya özel sektör çalışanı olmasına bağlı olarak değişmekte, ayrıca karşılaştıkları andaki konumları, karşılaşma şekilleri gibi unsurlara bağlı olarak farklı olasılıklar gündeme gelmektedir. Örneğin hekimin, tedavi olmak üzere kendi isteğiyle gelen bir hasta ile kurmuş olduğu ilişki ile, kaza, yaralanma, ani gelişen bir hastalık sonucu bilinci kapalı olarak acil koşullarda sağlık kuruluşuna getirilen bir hastayla kurmuş olduğu ilişki nitelik bakımından farklılıklar arz etmektedir.

İdarenin ajanı, bir başka deyişle kamu görevlisi olmayan, yani serbest ya da özel sağlık kurumlarında hekimlerin gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler, genellikle, hasta ile hekim (ya da özel sağlık kurumu / kuruluşu) arasında kurulduğu kabul edilen sözleşme ilişkisine ¹⁶⁴, sözleşmenin kurulmadığı acil durumlarda ise

¹⁶⁰ Detaylı açıklamalar için bkz. DURAL / ÖĞÜZ, s: 122, kn: 612 vd; ayrıca bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 121; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 244; GÖKCAN, s: 318 vd; Cinsiyet değişikliğine yönelik müdahaleler hakkında Alman hukukundan ilave bilgi ve açıklamalar için bk. LAUFS, Arztrecht, s: 181, 182, kn: 325; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 732, kn: 1119 vd.

¹⁶¹ BOZKURT, Enver, İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 16.

¹⁶² İlave bilgi ve açıklamalar için ayrıca bkz. YASİN, Melikşah, Sağlık Hizmetlerinin Özelleştirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Roche Tebliğler Kitabı, İstanbul 2009, s: 106 vd; GÜLEL, s: 589.

¹⁶³ GÜRAN, Sait, Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s: 77; Özel sağlık kuruluşları / kurumları ve türleri hakkında bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s: 56-65.

¹⁶⁴ AYAN, s: 44; GÖKCAN, s: 897; DURAL, Mustafa, Hekimin Sorumluluğu ve Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s: 153, 154; YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Adalet Yayınevi,

vekaletsiz iş görme ilişkisine dayandırılmaktadır ¹⁶⁵. Arada sözleşme veya vekaletsiz iş görme şeklinde bir ilişki bulunmadığı hallerde veya böyle bir ilişkinin varlığında dahi, aynı zamanda hastanın yaşam, sağlık, beden bütünlüğü gibi hakları ihlale uğradığından, bir haksız fiil ilişkisi de söz konusu olabilmektedir ¹⁶⁶.

Hekimin idarenin ajanı sıfatıyla, yani bir devlet memuru ya da diğer rejimlere tabi bir kamu görevlisi ¹⁶⁷ olarak faaliyet gösterdiği hallerde, ilişki kamu hizmetine

Ankara 2010, s: 19; REİSOĞLU, Seza, s: 3; İPEKYÜZ, s: 2 ; ŞENOCAK, Zarife, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları, Tıbbi Standartlar ve İspat, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 242; DEMİR, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 237; ÖZDEMİR, s: 51; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 272, 278; SÜTLAŞ, s: 147; SAVAŞ, Halide, Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 3, Yıl: 2007, s: 1003; GÜLEL, s: 593, 594; ALKANAT, s: 177; REYHANI YÜKSEL, Sera, Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu, Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 2 (Özel Sayı), Yıl: 2015, s: 794; Alman hukukunda da hasta ile hekim arasındaki tedavi ilişkisinin öncelikli olarak sözleşmesel bir ilişkiye dayandığı kabul edilmektedir. LAUFS, Arztrecht, s: 50, kn: 86, 87; UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arzvertrag, s: 307 vd; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 77, kn: 101; JANDA, s: 122; GEHRLEIN, s: 1, kn: 1; NEUEFEIND, Wolfgang, Arzthaftungsrecht, Ein Überblick für Rechtsanwender, Ärzte und Patienten, 2. Auflage, Tectum Verlag, Marburg 1997, s: 14; BROX / WALKER, Besonderes, s: 328, kn: 2.

¹⁶⁵ TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Cilt, Genel Hükümler, İkinci Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965, s: 262; ; AYAN, s: 60; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, s: 678, 679, 680; KICALIOĞLU, s: 154; REİSOĞLU, Seza, s:3, 13; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s: 631; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 497; AYAN, s: 45; ŞENOCAK, s: 253; GÖKCAN, s: 919, ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s:273, 284; HATIRNAZ EROL, Gültezer, Sağlık Çalışanlarının Hukuki Sorumluluğu ve Hukuk Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s: 243; GÜLEL, s: 590, 591; İNAL, s: 825; REYHANI YÜKSEL, s: 794; Alman hukukunda da hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulamadığı durumlarda vekaletsiz iş görme gündeme gelmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 75, kn: 96; NEUEFEIND, s: 14; JANDA, s:126, 127; BROX / WALKER, Besonderes, s: 329, kn:5.

¹⁶⁶ AYAN, s: 45, 116; YILMAZ, s: 117; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 497; SOMER, Pervin, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, I.Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s: 45; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 272; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 242, 243; DOĞAN, Murat, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Ankara 2009, s: 43; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 243; GÜLEL, s: 593; ALKANAT, s: 180; REYHANI YÜKSEL, s: 794.

¹⁶⁷ GÜRAN, Sait, Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s: 77; İdare faaliyetlerini ajan ya da kamu görevlileri olarak adlandırılan gerçek kişiler eliyle yürütmektedir. İdare hukukunda bu terim, genel olarak memurlar ve idari hizmet sözleşmesiyle çalışan sözleşmeliler ve geçici görevlileri kapsamaktadır. AY m.128'e göre "Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 4.maddesinde ise memurlardan, sözleşmeli personelden, geçici personelden ve işçilerden söz edilmekte birlikte kamu görevlisi tanımının yapılmamış olduğu görülmektedir. ÇAĞLAYAN, Ramazan, Kamu Görevlilerinin

dayanmakta, hastanın zarar görmesi durumunda da idarenin hizmet kusuru gündeme gelmektedir. Ancak hekim idarenin ajanı olsa dahi, tıbbi müdahaleyi bu sıfatla gerçekleştirmediği durumlarda, örneğin muayenehanesinde ya da bir özel sağlık kurumunda müdahalede bulunduğu anda ise, kamu hizmeti söz konusu olmayıp, serbest ya da özel sağlık sektöründe çalışan hekimde olduğu gibi, özel hukuk hükümlerine dayanılmaktadır.

Alman hukukuna göre, hekim ile hasta arasında, hastanın resmi veya özel olarak sigortalı olup olmaması ya da kendisine sunulan tıbbi bakımların kamu hizmeti ya da sosyal yardım kapsamında olup olmaması gibi unsurlar herhangi bir rol oynamaksızın, medeni hukuka (borçlar hukuku) tabi bir tıbbi müdahale sözleşmesi kurulmaktadır¹⁶⁸. Hastanın çeşitli nedenlerle hekimle böyle sözleşmesel bir ilişkiye taraf olamadığı durumların ise çoğunlukla vekaletsiz iş görme olarak ele alındığından¹⁶⁹, yine, sözleşme yönündeki ağırlıklı kabule rağmen sözleşme dışı haksız fiile de dayanıldığından söz edilmektedir¹⁷⁰.

A.Kamu Hizmetinin Sunulması

Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel ihtiyaçların giderilmesine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyetler¹⁷¹; benzer şekilde, toplumun ortak, genel ve giderilmediği zaman rahatsızlık meydana getireceği varsayılan ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik idari faaliyetler¹⁷² olarak tanımlanmaktadır. Kamu hizmetleri

Yükümlülükleri ve Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul 2007, s: 32, 33.

¹⁶⁸ Tıbbi müdahale sözleşmesinde tarafların hakları ve borçları belirlenirken Alman hukukunda yaygın olarak kabul edildiği üzere, hizmet sözleşmesi hükümleri de göz önünde tutulmakla beraber, aradaki ilişkinin, meslek etiği ve hekime duyulan güven nedeniyle herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesinin çok daha ötesine uzandığı da düşünülmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 78, kn: 103, 104, s: 80, kn: 106; JANDA, s: 121, 122.

¹⁶⁹ JANDA, s: 126.

¹⁷⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 75, kn: 96; Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin esasen vücut bütünlüğüne yönelik bir yaralama olarak ele alınıp alınamayacağı sorunsalından ayrıca söz edilmektedir. Bkz. ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 55 I 1, s: 542; ayrıca hukumundan bir görüş, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin ihlalinin aynı zamanda haksız fiil olarak da ele alındığı 1892 tarihli (BGE 18 8617 862) bir İsviçre Federal Mahkemesi kararından söz etmektedir. KANETİ, Selim, Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s: 62.

¹⁷¹ GÜLAN, Aydın, Kamu Hizmeti Kavramı, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-3, Yıl: 1988, s: 148.

¹⁷² YASİN, s: 108.

doğrudan idare tarafından, idarenin araç, gereç ve personeli ile sunulabileceği gibi, özel hukuk kişilerine de gördürülebilmektedir¹⁷³. Kamu hizmetinin temel öğeleri ise, toplumda genel ve ortak bir ihtiyacın belirmesi, bu ihtiyacın süreklilik arz etmesi, söz konusu ortak ihtiyacın özel hukuk kişilerince hiç ya da yeterince karşılanamıyor olması, ihtiyacın karşılanamaması nedeniyle toplumda düzen ve huzurun bozulacağına kabulüyle devletin o alana el atarak faaliyet göstermeye başlaması şeklinde ele alınmaktadır¹⁷⁴. Sağlık hizmetlerinin de kamu hizmeti kapsamında olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Kamu hizmeti veren bir sağlık kurum / kuruluşuna başvuran hasta ile bu kurum, dolayısıyla çalışan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları arasında kurulmuş sözleşmesel bir ilişki mevcut olmayıp, hasta açısından da kamu hizmetinden yararlanma söz konusudur. Kamu yönetiminin içinde yer alan ve bu hizmeti sunmak üzere oluşturulmuş devlet hastanelerinde, askeri hastanelerde, devlet ya da vakıf üniversitelerinde, sağlık ocaklarında, verem savaş dispanserlerinde, anne ve çocuk sağlığı dispanserlerinde, idareye bağlı polikliniklerde, resmi kurumların tabipliklerinde, 112 ekiplerince ambulanslarda ve sahada, aynı şekilde sağlık kurumu dışında ama bu amaçla yapılan tüm diğer müdahaleler, örneğin evde doğum, okullarda aşılama programları gibi, hepsi kamu hizmeti olarak ele alınmaktadır¹⁷⁵.

¹⁷³ YASİN, s: 108.

¹⁷⁴ ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2002, s:231; ÇAĞLAYAN, s: 44.

¹⁷⁵ Kamu sektörü Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun 2. maddesinde "Umumi ve mühlak bütçeli idarelerle hususi idareler ve belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi teşekküller, idare ve murakabeleri 3460 sayılı kanun hükümlerine tabi teşekkül ve müesseseler, hususi kanunlarla kurulan bankalar ve diğer teşekküller, sermayesinin yarısından fazlası Devletin veya yukarıda yazılı müesseselerin elinde bulunan teşekküller ve bunların aynı nispetle iştirakleri ile vücut bulan kurumlar amme sektörünü teşkil ederler" şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı kanunun 9. maddesine göre, "Sosyalleştirilmiş sağlık hizmeti teşkilatı: Sağlık evleri, sağlık ocakları, sağlık merkezleri ile hastaneleri, çeşitli koruyucu hekimlik teşekkülleri, sağlık hizmeti hususiyet arzeden yerler için kurulmuş sağlık teşekkülleri, sağlık müdürlükleri, bölge hastaneleri, bölge laboratuvarları, sağlık personeli yetiştiren eğitim müesseseleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı merkez teşkilatı ve diğer Bakanlık ve kurumlarda Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ile işbirliği yapmak üzere kurulmuş olan dairelerden teşekkül eder." Yine Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinin (RG T: 11.08.1973, S: 14622) 6.maddesine göre, "genel ve katma bütçeli dairelere, kamu iktisadi teşebbüslerine, özel idarelere ve belediyelere, tıp fakültelerine bağlı yataklı ve yataksız tedavi kurumlarına resmi sağlık kurumu, hükümet, sağlık ocağı, belediye ve kurum tabipliklerine de resmi sağlık kuruluşu denilmektedir. Gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulmuş yataklı veya yataksız tedavi kurumları ile tedavi amacıyla hasta kabul eden ve Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca işletme müsaadesi verilmiş bulunan içmece ve kaplıcalar "özel sağlık kurumu", serbest tabiplikler "özel sağlık kuruluşu" sayılmaktadır. Ayan, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 1.maddesindeki tanımdan yola çıkarak ("Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişleri, zayıfları yeniden eski kuvvetlerini

Bu kurumlarda gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde, aradaki hukuki ilişkiye uygulanacak hükümler de idare hukukuna göre belirlenmekte ¹⁷⁶, sorumluluk da idare hukuku kurallarına göre çözümlenmektedir ¹⁷⁷.

buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları 'hususî hastaneler' den sayılır. Bunların açılma, kullanma, kapanma şartları bu kanunun hükümlerine bağlıdır.") devletin resmi hastaneleri ile özel idareler ile belediyeler tarafından açılmış hastanelerin kamu hastanesi olarak ele alındığı, ayrıca sağlık ocakları, üniversite hastaneleri, sosyal sigorta hastaneleri ve askeri hastanelerin de bu kapsamda ele alınması gerektiğini belirtmiştir. AYAN, s: 46; ayrıca bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 499 vd; GÜLEL, s: 590; PETEK, s: 228; KICALIOĞLU, s: 291, 292; İdarenin sağlık alanındaki faaliyetlerinin türü ve kapsamı hakkında daha fazla bilgi için bkz. YILDIRIM, Ramazan, İdarenin, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 194 vd.

¹⁷⁶ "Anayasa'nın 125.maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır. İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında, yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır. Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetinden ötürü hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir. İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup, idari eylem ve/ veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusurunun olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir." Danıştay 10 D., E. 2007 / 8226, K. 2011 / 778, T. 28.02.2011, GÖKCAN, s: 1442; Danıştay 10 D, E.2008 / 4628, K. 2012 / 3070, T. 25.06.2012, GÖKCAN, s: 1479.

¹⁷⁷ AYAN, s: 46; AŞÇIOĞLU, s: 23; KICALIOĞLU, s: 293; İPEKYÜZ, s: 52, 53; GÜRAN, s: 78; DURAL, Hekimin Sorumluluğu, s: 153; YILMAZ, s: 176; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 500; PETEK, s: 228; YILDIRIM, s: 199, 203; Kamu hizmetlerinin durumun gerekleri ve ihtiyaca en uygun biçimde, devamlı, istikrarlı ve kişilerin gereği gibi yararlanmasına elverişli bir şekilde sunulması gerekmektedir. İdarenin bu görevini yerine getirmemesi hizmet kusuruna yol açmaktadır. Hizmet kusuru, kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki eksiklik, aksaklık ve düzensizlikler olarak tanımlanabilmektedir. ÇAĞLAYAN, s: 46; Kamusal sağlık hizmeti ve bundan kaynaklanan idari sorumluluk hakkında daha fazla bilgi ve açıklama için bkz. YILDIRIM, s: 199 vd; SEZGİN, Ali, Yargı Kararlarında Kamuda Çalışan Doktorlar ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s: 203-214; Yargıtay da ister hizmet kusuru, ister şahsi kusur olsun, davanın idare aleyhine açılabileceğini içtihat etmekle beraber, kişisel kusurun varlığında, keza kamu görevlisi hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken kamu görevini yerine getirmediği özel hallerde de davanın doğrudan kendisine yöneltilebileceğini kabul etmektedir.

Alman Hukukunda, sağlık hizmeti ve tıbbi bakımın sunulduğu her durumda, yani kamu hizmeti veya sosyal yardım şeklinde sunuluyor olsa dahi, hekim ile hasta arasında kural olarak bir borçlar hukuku sözleşmesinin kurulduğundan söz edilmektedir ¹⁷⁸. Ancak hastalık sigortalarına ilişkin ayrık bazı durumlarda, askerlere yönelik sağlık hizmetlerinde, ilk yardım hizmetlerinde görev alan kamu görevlisi hekimlerin müdahaleleri kamu hizmetinin sunulması kapsamında ele alınmakta ve sorumluluk da idare hukuku esaslarına göre belirlenmektedir ¹⁷⁹.

“Bu bakımdan dava konusu edilen eylemin, kişisel kusur teşkil edip etmediğinin tespiti gerekmektedir. Kişisel kusur 22.10.1979 tarih 7/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği gibi, sadece kin, hınç, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında gerçekleşen eylemler bakımından değil, görevin gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelere uyulmadan yerine getirilmesi durumlarında da söz konusu olur. Davaya konu olayda, davalının sünnet işini tıbbi şartlara uymadan, özensiz ve dikkatsiz bir biçimde yaptığı iddia edilmektedir. Bu durumda davalının eylemi kamu hukukundan doğan yetkisinin kullanılması ile ilgili olmayıp, kişisel kusurunu oluşturur. O halde Anayasanın 129/5. fıkrasının uygulanma olanağı bulunmadığından, işin esasının incelenmesi gerekirken, davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş olması anılan yasal düzenlemeye ve usule aykırı olduğundan, kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay, 4. HD, E. 1998 / 6342, K. 1998 / 9532, T. 30.11.1998; Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

¹⁷⁸ JANDA, s: 122; MEDICUS, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 5.Auflage, Verlag CH Beck, München, 1991, s: 158. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 77, kn: 101 vd; LAUFS, Arztrecht, s: 50, 51, kn: 86, 87; UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 307, kn: 1 vd; BROX/ WALKER, Besonderes, s: 329, kn:4; GEHRLEIN, s: 3, kn: 8; Her ne kadar bu yaklaşımın da bazı yönlerden tatışmalı olduğu belirtile de, Wagner de devlet güvencesindeki hastalara (Kassenpatient) sunulan sağlık hizmeti bakımından da aynı özel hastalarda olduğu gibi, tıbbi müdahale sözleşmesine dayanan bir ilişkinin kabulünden söz etmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 16. Bu bağlamda Alman sağlık sigortası sistemine (Krankenkasse) ve bu sisteme bağlı olarak sözleşmeli çalışan hekim (Kassenarzt) kavramlarına çok genel hatlarıyla değinilecek olursa: Almanya’da vatandaşların devlet tarafından sigortalanmış olduğu bir sağlık sistemi mevcuttur. Yasal devlet sağlık sigortası hizmeti (Gesetzliche Krankenversicherung-GKV) federal ve federe hükümetlerin kontrolünde kamu hukukuna tabii ve sosyal kanuna (SGB) uygun olarak faaliyet gösteren kurumlar tarafından yerine getirilmektedir. Bu faaliyeti gösteren çok sayıda kurum mevcut olup genellikle Krankenkasse olarak adlandırılmaktadırlar. <https://www.krankenkassen.de/gesetzliche-krankenkassen/krankenkassen-liste/>, Erişim T: 25.12.2017. Bu kurumların yönetim kurulları hizmet sunucularıyla yaptıkları sözleşmeler ile sağlık hizmetinin organizasyonunu ve finansmanını sağlamaktadırlar. 2008 yılında federal bir üst yönetim oluşturulmuştur. Hekim muayeneleri, ilaç ve tedavi masrafları başta olmak üzere, koruma, tanı ve tedaviye yönelik hemen her sağlık hizmeti bu kapsamda verilmektedir. Krankenkasse, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/krankenkasse.html>, Erişim T: 18.11.2017; <http://www.dkv.com/>, Erişim T: 18.01.2018. Sigortalı hastalara hizmet veren federal hekim birliği (Die Kassenärztliche Bundesvereinigung) ile sağlık sigortaları üst yönetimi (der GKV-Spitzenverband (Spitzenverband Bund der Krankenkassen) arasında 2018 yılı için yapılmış çerçeve sözleşme metni (Bundesmantelvertrag – Ärzte vom 1. Januar 2018) için bkz. http://www.kbv.de/media/sp/BMV_Aerzte.pdf, Erişim T: 10.02.2018. Verilen sağlık hizmetinin yanı sıra sigorta prim ödemeleri de hükümetlerin kontrolindedir. Primler, çalışanlar ve işverenler tarafından ödenmektedir. Bu sisteme ilave olarak özel sigorta seçeneği de mevcut olup, buna göre temel hizmetler için yapılan ödemeler aynı iken, kişinin istediği hizmete göre bazı değişkenlikler ve ek masrafların karşılanması söz konusu olabilmektedir. Detaylı açıklamalar için Bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 81, kn: 106-108; JANDA, s: 39-69. s: 39-69; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 157, 158.

¹⁷⁹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 118, kn: 164; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 38, 39.

B. Tıbbi Müdahale Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Serbest çalışan hekimler ve/veya özel sağlık kurumlarıyla hasta arasındaki ilişkinin hukuki temeli kural olarak sözleşme ilişkisine dayandırılmaktadır¹⁸⁰. Özel sağlık kurum veya kuruluşlarında gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde, bu sözleşmesel ilişki hasta ile hekim arasında değil, hasta ile sağlık kurumu arasında kurulmaktadır. Hekim ile hasta arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamakta, hekim yalnızca sağlık kurumunun ifa yardımcısı konumunda olmaktadır¹⁸¹. Dolayısıyla sağlık kurumunun sözleşmenin tarafı olarak kendi kusurundan¹⁸² ve ifa yardımcısı konumundaki hekimin kusurlu eyleminden dolayı kusursuz olarak sorumlu olması¹⁸³, hekimin ise ancak Türk Borçlar Kanunu¹⁸⁴ m.49 uyarınca¹⁸⁵ haksız fiil

¹⁸⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 77, kn:101, s: 78, 79, kn: 103 vd, s:91, kn: 124; JANDA, s: 122; BOUMIL, Marcia M / ELIAS, Clifford E /MOES,Diane Bissonnette, Medical Liability in a Nutschell, 2 nd Edition, Thomson- West, 2003, s: 6; GEHRLEIN, s: 1, kn: 1; AYAN, s: 44; KICALIOĞLU, s: 61, 91; KANETİ, s: 60; REİSOĞLU, Seza, s: 3,12; GÖKCAN, s: 897; YILMAZ, s: 19; İPEKYÜZ, s: 2 ; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 242; DEMİR, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan, s: 237; ÖZDEMİR, s: 51 ; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 278; SÜTLAŞ, s: 147; SAVAŞ, Özel Hastanelerin ve Doktorların, s: 1003; GÜLEL, s: 594.

¹⁸¹ AYAN, s: 134; KICALIOĞLU, s: 92; *Aşçıoğlu* hekimin sağlık kurumunun ifa yardımcısı olarak görülmesini pek isabetli bulmamaktadır. bkz. AŞÇIOĞLU, s: 21, 22.

¹⁸² TBK m.112: *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”*

¹⁸³ TBK m. 116 / 1: *“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür”*; ayrıca, borçlunun, kendilerinden yararlandığı kişilerin borcun ifasında alacaklıya verdikleri zarardan sorumlu tutulması için gereken şartlar, borçlu ile zarar gören arasında bir borç ilişkisinin olması, borçlunun, borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını bir yardımcı şahsa tevdi etmiş bulunması, borcun ifası veya hakkın kullanılmasının yardımcı şahsa tevdiin caiz olması, yardımcı şahsın işin icrası esnasındaki sözleşmeye aykırı hareketi nedeniyle alacaklıya zarar vermiş olması, zararın borç ilişkisinin karşı tarafına yani alacaklıya verilmiş olması, borçlunun işi bizzat yapmış olsaydı dahi doğmuş olan zararda kusurlu sayılabilmesi, zarar ile yardımcı şahsın fiili arasında uygun bir nedensellik bağı bulunması olarak açıklanmaktadır. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, s:192-205. Yardımcı şahısların borca aykırı davranışlarından doğan sorumluluk için ayrıca bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 5. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985,s: 1191; TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Cilt, Genel Hükümler, 2.Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965, s: 469, 470 vd; EREN, s: 642 vd, s: 1098 vd; İlave açıklamalar ve Yargıtay kararları için bkz. NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s: 181, kn: 181.4, dn: 589 ve orada yer alan kararlar.

¹⁸⁴ Türk Borçlar Kanunu, Kanun No: 6098, Kabul T: 11.01.2011, RG. T: 04.02.2011, S: 27836.

¹⁸⁵ TBK m. 49/1: *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”*

hükümlerine göre kendi kusurundan sorumlu tutulması gerekmektedir ¹⁸⁶. Ancak Yargıtay'ın, sıklıkla, sorumluluğun dayandığı sebebe göre sağlık kurumu ve hekim ayrımı gözetmeksizin, hem hekimi hem de onu çalıştıran sağlık kurumunu sözleşme hükümlerine, ki ağırlıklı olarak da vekalet sözleşmesine, dayanarak sorumlu tutan kararlar verdiği, kimi zaman da adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayandığı görülmektedir (TBK m.66- eski BK m. 55) Yargıtay uygulaması bakımından hasta ve karşısında sağlık kurumu ile hekim tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafları olarak yer almaktadır ¹⁸⁷. Bu husus, öğreti ve uygulama arasında bir farklılık, bir çelişki

¹⁸⁶ AYAN, s: 134; AŞÇIOĞLU, s: 21; DOĞAN, Murat, s: 42; İPEKYÜZ, s: 3; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 243; Alman hukukunda aynı yönde görüş olarak BROX / WALKER, Besonderes, s: 331, kn; 7.

¹⁸⁷ Öğretide de Yargıtay'ın bu uygulamasına dikkat çekilmektedir. NOMER, s: 181, dn: 589; GÜLEL, s: 594, 595. *“Davacılar, murisleri.....'nin davalı hastanede bel fıtığı ameliyatı olduğunu, ancak şikayetlerin geçmemesi üzerine iki gün sonra yeniden revizyon ameliyatı olduğunu, bu ameliyat sırasında yapılan çeşitli hatalar nedeniyle murislerinin ameliyattan bakıma muhtaç çıktığını ve yaklaşık bir sene sonra çektiği acılara dayanmayarak vefat ettiğini ileri sürerek, maddi manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir.”* Yargıtay 13 HD., E. 2015 / 12091, K. 2016 / 9241, T. 31.03.2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; *“ Davacılarından, bel fıtığı nedeniyle davalıya ait hastanede ameliyat olduğunu, ameliyattan önce sadece kendisinde ağrı olmasına rağmen, ameliyattan sonra sakat kaldığını, idrarını tutamadığını, cinsel gücünü kaybettiğini, ameliyattan sonra ayaklarında hissizlik oluştuğunu söylemesine rağmen kendisine ameliyatın başarısız geçtiğini söylemediklerini,Söyle ki, davanın temeli, teşhis ve tedavi hizmetini üstlenen doktor ve özel hastanenin sorumluluğuna ilişkin olup, bir davada dayanılan olguları.....”* Yargıtay 13 HD, E. 2015 / 4099, K. 2016 / 8796, T. 28.03. 2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; Önceki BK'nun yürürlükte olduğu dönemde adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayanarak verilen bir karar örneği olarak da *“Davalılardan A hastanesi ile davacılar arasındaki ilişki vekalet ilişkisi olup, davalı hastane BK 55.maddesi gereğince istihdam eden sıfatı ile hastanede çalışan doktorların neden olacağı zararlardan kurtuluş kanıtı getiremediği sürece, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumludur hastalığının teşhisini koymakta kusur ve ihmalinin bulunduğu ve bunun da dava konusu tazminatı gerektirir olayı doğurduğunun saptanması ve kurtuluş kanıtının getirilememesi halinde, davalı hastanenin de az yukarıda açıklanan kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu olduğunun kabulü gerekir”* Yargıtay, 13 HD, E: 2006/6143, K: 2006/ 11224, T: 07.07.2006, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; İpekyüz'ün işaret ettiği, günümüzde artık SGK bünyesine katılmış olan Sosyal Sigortalar Kurumu hastanesinde gerçekleşen ameliyat sonrası açılmış olan bir tazminat davasında da kurumca istihdam edilen hekimin açıkça sözleşmenin tarafı olarak ele aldığı görülmektedir. *“506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sigortalı olan davacı SSK'ya ait hastahastanede yanlış ameliyat sonucu zarara uğradığı iddiasıyla SSK'ya ve ameliyatı yapan doktoru dava ederek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. 1 - Doktor meslek ve sanatını icra eden bir kimsedir. Hasta muayene ve tedavi için kendisine müracaat ettiğinde ve doktor muayene ve tedaviye başladığı anda akdi bir ilişki kurulmuş olur. Bu ilişki hukuken BK'nın 386. maddesinin 2. fıkrası uyarınca vekalet akdidir. Borçlar Kanunu'nun 126. maddesine göre vekalet akdine dayanan davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Doktorun serbest çalışan bir doktor olması veya bir kurum veya kuruluşun doktoru olması bu hukuksal durumu değiştirmez. O halde Kurum doktoru ile davacı sigortalı arasındaki ilişkinin vekalet akdi ilişkisi olduğu gözetilerek işin esası hakkında inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, doktor hakkındaki davanın haksız fiilden kaynaklandığı ve 1 yıllık zamanaşımına tabi olduğu görüşüyle zamanaşımından reddi doğru değildir.2 - SSK ile davacı*

yaratmaktadır ve özel hastanede gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler nedeniyle tarafların sorumluluğuna gidildiği takdirde, sözleşmenin tarafının kim olduğu, husumetin kime yöneltileceği noktasında bir sorunsal teşkil edebilmektedir. Fakat sözleşmenin tarafı ister serbest çalışan bir hekim olsun, isterse özel sağlık kurumu olup, hekim de onun ifa yardımcısı konumunda olsun, hatta hekim idarenin kamusal sağlık hizmeti sunmasında görevli bir kamu personeli olsun, çalışma konumuz bağlamında gerçekleştirileceği tıbbi müdahaleye sınırlama getiren haller, ayrıklıklar dışında onun statüsünden belirgin şekilde etkilenmemektedir¹⁸⁸. Dolayısıyla da çalışmamızda ayrıca irdelenmemiştir.

Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmeye yönelik olarak *hekimlik sözleşmesi*¹⁸⁹, *teşhis ve tedavi sözleşmesi*¹⁹⁰, *tıbbi müdahale sözleşmesi*¹⁹¹ gibi

arasındaki hukuki ilişkiye gelince: Kurum, sigortalıların muayene ve tedavileri için 506 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye istinaden hastane kurmuş ve doktor temin etmiştir. Böylece sigortalıya karşı muayene ve tedavinin iyi bir şekilde yapılmasını taahhüt etmiş bir durumdadır. Sigortalı da, Kurum hastahanesine başvurmakla arada akdi ilişki kurulmuş olmaktadır. Bu ilişkinin türü de BK'nın 386. maddenin 2. fıkrası hükmü gereği vekalet akti olmak gerekir...." Yargıtay 9 HD, E. 1991 / 8375, K.1991 /14336, T.18. 11.1991, Kazancı İnternet Bilgi Bankası ve ayrıca bkz. İPEKYÜZ, s: 3 ve dn:3; Alman hukukundan Brox ve Walker da, hastanın önceden aydınlatılmış olması koşuluyla, onunla yapılan sözleşmeye, hangi yükümlülüklerin hastane hangi yükümlülüklerin hekim tarafından yerine getirileceği hususunda hüküm konulabileceği, ancak hasta bunu açıkça kavrayamamış olduğu takdirde her ikisinin de sorumluluğuna gidebileceğini belirtmektedirler. BROX / WALKER, Besonderes, s: 332, kn: 11.

¹⁸⁸ Örneğin ister muayenehane, ister özel sağlık kurumu, ister devlet hastanesinde olsun, rızası olmaksızın kural olarak hastaya müdahalede bulunulamayacak ya da hasta reddettiği takdirde, müdahalenin sona erdirilmesi gerekecektir. Ya da kural olarak endikasyonu olmayan bir müdahalenin ne serbest çalışan, ne özel sağlık kurumunda ne de kamu hastanesinde çalışan bir hekim tarafından gerçekleştirilmemesi gerekmektedir. Benzer şekilde müdahale hangi statüdeki hekim tarafından gerçekleştirilecek olursa olsun, ilgili tıbbi standartlara uygun olarak gerçekleştirilmelidir ki, serbest çalışan hekimlerin de pek çok müdahaleyi, özellikle cerrahi müdahaleleri, bir özel sağlık kurumunda gerçekleştirmelerinin temel nedeni, gereken standardın ancak hastane ortamında sağlanabilecek olması, dolayısıyla bu standardın sağlanması için bir hastanenin mekanını kullanma zorunluluğudur. Benzer şekilde yasal düzenlemelerin izin vermediği bir müdahalenin, örneğin on haftanın üzerinde isteğe bağlı bir gebelik sonlandırılmasının gerçekleştirilmesi ya da müdahalenin yetkili olmayan bir hekim tarafından gerçekleştirilmesi, hekim nerede ve hangi konumda çalışırsa çalışsın hukuka aykırı olacaktır. Böyle örnekleri hemen her müdahale bağlamında sınırsız şekilde çoğaltmak mümkündür. Bununla beraber genel anlamda, kamu hukukuna tabi olarak yürütülen faaliyetlerde kanunun verdiği izin doğrultusunda yetki kullanılırken, özel hukuk alanında şayet bir yasaklama getirilmemişse o faaliyetin yürütülmesine ilişkin yetkinin mevcut olduğu şeklindeki yaklaşımı da göz ardı etmemelidir.

¹⁸⁹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 73 vd.; UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 307 vd.; AYAN, s: 49; GÖKCAN, s: 897; İPEKYÜZ, s: 16 vd.; AYDIN, Nizamettin, Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 22, Aralık 2008, s: 5; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 496; REYHANİ YÜKSEL, s: 796.

¹⁹⁰ GÖKCAN, s: 897; ÖZDEMİR, s: 51; Kıcılıoğlu, tek başına tedavi sözleşmesi terimini kullanmakta, ancak hekimlik sözleşmesi olarak da adlandırıldığından söz etmektedir. KICALIOĞLU, s: 172.

¹⁹¹ GÜLEL, s: 595.

değişik isimlendirmeler yapılmıştır ¹⁹². Ancak tıbbi müdahaleler sadece teşhis (tanı) ve tedavi amacı gütmendiğinden, ya da bazen tek başına tanıya, bazen tek başına tedaviye ya da koruma veya nüfus planlaması gibi kanundan kaynaklanan başka bir amaca yönelmiş olabileceğinden, ayrıca belli bir sözel ve anlamsal bütünlüğü de sağlamak üzere, biz de, genel olarak “*tıbbi müdahale sözleşmesi*” terimini kullanmayı tercih ettik. Bununla beraber elbette ki, diğer isimler altında yapılan açıklamalardan da yararlandık ve yeri geldiğinde bu terimleri de kullandık.

Sözleşme sağlık kurumu ile hasta arasında kurulduğunda ise teşhis ve tedavi sözleşmesinin yanı sıra, özellikle de hastanın yatarak izlenmesi söz konusu ise, hastaneye kabul sözleşmesi şeklinde isimlendirmeler de yapılmaktadır ¹⁹³. Hastaneye kabul sözleşmeleri, teşhis ve tedavi ya da tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinin ötesinde, satış, kira gibi başka sözleşmelerin unsurlarını da barındırdığından, hastayı, varsa refakatçisini yatırma, barındırma, yedirip içirme, eşyalarını koruma gibi borçları gündeme getirmektedir ¹⁹⁴. Bununla birlikte, sözleşmenin tarafı sağlık kurumu olsa dahi, çalışmamız açısından önem taşıyan borçları, doğrudan hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale süreçleri ile ilişkili olanlardır. Tıbbi müdahaleler kural olarak hekim tarafından gerçekleştirildiği için ¹⁹⁵, sınırlamalar da haliyle hekimin faaliyetlerine ilişkin olmaktadır. Bu nedenle ağırlıklı olarak hekimi tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı varsayarak açıklamalarda bulunduk.

¹⁹² Alman Medeni Kanun metninde (BGB § 630 a vd) “*Tedavi Sözleşmesi*” (Behandlungsvertrag) teriminin ve yine öğretilerde tedavi sözleşmesinin ¹⁹² yanı sıra hekim(lik) sözleşmesi (Arztvertrag) teriminin kullanılmakta olduğu görülmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 73 vd.; UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 307 vd;

<http://ruessmann.jura.uni-sb.de/Lehre/SS96/Uebung/Hausarb2/arztver.htm>, Erişim T: 14.12.2016; Tedavi sözleşmesinin, ayrı bir sözleşme tipi olarak kanuna (BGB) eklenmesinden önce, bu sözleşme, hekim(lik) sözleşmesi adıyla hizmet sözleşmesi benzeri bir sözleşme olarak kanunda yer almaktaydı. Bkz. BROX, Hans/ WALKER, Wolf- Dietrich, Grundrisse des Rechts, Besonderes Schuldrecht, 34. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2010, s: 328. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 154 vd; LAUFS, Arztrecht, 5. Auflage, Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift, Heft 29, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993, s: 50 vd. UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 307 vd.

¹⁹³ ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 279; ÖZDEMİR, s: 51.

¹⁹⁴ Hasta ile sağlık kurumu arasında kurulan sözleşmesel ilişki hakkında bilgi ve açıklamalar için bkz. AYAN, s: 131 vd; GENZEL, Herbert, L/U, § 93 Die einzelnen Vertragstypen der Krankenhausbehandlung, s: 820 vd; KICALIOĞLU, s: 91 vd; YILMAZ, s: 171- 175; DEUTSCH/ SPICKHOFF, s: 82, kn: 109 vd; GEHRLEIN, s: 11-14; HATIRNAZ EROL, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara 2009, s: 25-52.

¹⁹⁵ Nitekim öğretilerde de açıkça dile getirildiği gibi, tıbbi yardım ve müdahale için insan vücuduna el atma yetkisi hekime aittir. Hastane işleticisinin hastaya el atma yetkisi olmayıp, o bunun için hastaya bir hekim tayin etmektedir. KICALIOĞLU, s: 91.

Tıbbi müdahale sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek hekim veya sağlık kuruluşu ile hasta veya kanuni temsilcisi arasında kurulan ve hasta veya kanuni temsilcisinin tıbbi teşhis ve tedavi ediminin karşılığını oluşturan belli bir ücreti ödemeyi üstlendiği rızai bir sözleşme şeklinde ele alınmaktadır ¹⁹⁶. Alman öğretisinde de tıbbi müdahale sözleşmesi (tedavi sözleşmesi- Behandlungsvertrag), özel hasta ile hekim arasında herhangi bir şekle bağlı

¹⁹⁶ ÖZDEMİR, s: 28, 29; İPEKYÜZ, s: 16, 47, 48; KICALIOĞLU, s: 173; DEMİR, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan, 154; REYHANİ YÜKSEL, s: 797; Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimi, diğer tarafın edimine karşılık gelmekte, edimler arasında tam bir karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi mevcut olup, bunlar birbirleriyle değiştirilmektedir. Taraflardan her ikisi de borç altına girmekte, her birinin borcu diğer tarafın borcunun karşılığını teşkil etmekte, yani bir edim değişimi söz konusu olmaktadır. Bu sözleşmelere tam iki taraflı veya karşılıklı –sinallagmatik- sözleşmeler denilmektedir. Örn. alım-satım sözleşmesi. Bazı iki taraflı sözleşmelerde ise bir taraf her zaman borç altına girerken, diğer taraf ancak bazı şartlar gerçekleşirse borç altına girmektedir. Bu tip sözleşmelere de eksik iki taraflı sözleşmeler adı verilmektedir. Ücretsiz vekalet sözleşmesi bu tür sözleşmelere örnek olarak verilmektedir. OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M.Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s: 46, 341; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 212, Alman hukukunda da vekalet sözleşmesi ivazsız olması nedeniyle eksik iki taraflı sözleşmelere örnek teşkil etmektedir. age. s: 212; Schwartz, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için “ Zaruri olarak iki taraflı veya karşılıklı akitler: bu akitlerde akit taraflar birbirlerine karşı edaları taahhüt ediyorlar; alım-satım, kira, hasılat kirası, hizmet, istisna akitlerine olduğu gibi. Bu akitler mahiyetleri icabı ivazlıdır, çünkü taraflardan her biri ancak, mukabil ivaz olan bir edaya karşı borç iltizam etmektedir. Roma- müşterek hukuk dilinin, yerleşmiş olan bir Yunanca ıstılahına göre bu neviden akitlere sinallagmatik (karşılıklı) akitler denmektedir.” “ Zaruri olarak değil, ancak muhtemelen iki taraflı akitler. Bunlarda genelde bir tafsil yapılır: Bir edanın ivaz mukabilinde, fakat ivazsız olarak da vaat edilebileceği, yani karşılıklı olması tarafların anlaşmasına bağlı olan akitler: mesela vekalet veya vedia akdi.” açıklamalarını yapmaktadır. SCHWARTZ, Andreas Bertalan, Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt, (Çev. DAVRAN, Bülent), İstanbul Üniversitesi Yayınları, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948, s: 170; AYBAY, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 12.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s: 23. Bu sözleşmelerde taraflardan her biri, diğerine karşı bir edimi yerine getirmekle yükümlüdür. Tarafların edimi karşılıklı olarak değişilmekte ise bu sözleşmelere tam iki tarafa borç yükleyen, sinallagmatik- sözleşmeler ya da karşılıklı sözleşmeler adı verilmektedir. Satış, mal değişimi, kira, eser, hizmet sözleşmeleri bu tür sözleşmelere örnek olarak gösterilmektedir. Bazen edimlerin karşılıklı olarak değiştirilmesi söz konusu olmayabilir. Bu sözleşmelere de eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler adı verilmektedir. AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 22.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s: 22; ÖZDEMİR, s: 72; TUNÇOMAĞ, 1. Cilt, s: 95; EREN, s: 32, s: 210; İki taraf borç yükleyen- karşılıklı – sinallagmatik sözleşmelerde tarafların edimleri karşılıklı olarak değişilmektedir. Bir tarafın ediminin amacı karşı tarafın ediminin sağlanmasıdır. HUBER, Peter, Der Inhalt des Schuldverhältnisses, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 121; FIKENTSCHER, Wolfgang, Schuldrecht, Sechste Auflage, de Gruyter Lehrbuch, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1976, § 10-II-4, s: 38; Alman hukukundan ilave görüş ve açıklamalar için bkz. LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14.Auflage, C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München 1987, § 15, s: 202 vd; ESSER, Josef / SCHMIDT, Eike, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband I, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 7. Auflage, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 12 II, s: 219, 220 vd; BROX Hans/ WALKER, Wolf- Dietrich, Grundrisse des Rechts, Allgemeines Schuldrecht, 34. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2007, s: 11, kn:1, 2; ayrıca Avusturya hukukundan açıklamalar için bkz. KOZIOL, Helmut / WELSER, Rudolf, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, 12. Neu bearbeitete Auflage (Auf Grundlage der von Dr. Helmut Koziol und Dr. Rudolf Welser gemeinsam herausgegebenen 1-10.Auflage), Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Wien 2001, s: 3.

olmaksızın kurulan, hekimin hastanın tıbbi bakım ve tedavisini, hastanın da hekime ücret ödemeyi yükümlendiği bir sözleşme olarak açıklanmaktadır¹⁹⁷. Hekim, hasta ile arasında kurulmuş bu sözleşmeye göre, tıp biliminin ve uygulamasının öngördüğü esaslara uygun şekilde tanıyı koymakta, gerekli tedaviyi belirleyip uygulamakta, hastanın iyileşmesi veya en azından acılarının sona ermesi için elinden geleni yapmakta iken¹⁹⁸, hasta ya da yasal temsilcisi de talep ettikleri ve yararlandıkları bu sağlık hizmeti karşılığında önceden kararlaştırılmış olan ücreti ödemektedirler. Hastanın ödediği ücret, hekimin ve/veya sağlık kuruluşunun edimlerine karşılık teşkil etmektedir¹⁹⁹.

Tıbbi müdahale sözleşmelerinin genellikle ani edimli olduğu kabul edilmektedir²⁰⁰. Hekimin asıl edimi olan hastanın tanı ve tedavisinin

¹⁹⁷ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 91, kn: 123; GEHRLEIN, s: 1, kn: 2; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 1; JANDA, s: 125; LAUFS, Arztrecht, s: 59, kn: 105; BROX/ WALKER, Besonderes, s: 328.

¹⁹⁸ AYAN, s: 50; GEHRLEIN, s: 2, kn: 4; JANDA, s: 122; ÖZDEMİR, s:72; KICALIOĞLU, s:61, 64; ÇAVDAR, s: 738.

¹⁹⁹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 106, kn: 148; JANDA, s: 143; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 496; KICALIOĞLU, s: 173; ÖZDEMİR, s: 72; <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/Lehre/SS96/Uebung/Hausarb2/artzver.htm>, Erişim T: 16.12.2016; GEHRLEIN, s: 3, kn:7; BROX / WALKER, Besonderes, s: 338, kn: 25; *Serozan*, doktor ve avukat ücretleri ile de örneklendirerek yaptığı açıklamalarda, kişi başvurduğunda, paradan hiç söz açılmasa bile, tarifeye uygun tutardan borçlanmış sayılacağını, yine baştan açık bırakılmış olan edimin sonradan belirlenmesinin de, uygulamada özellikle iş görme edimleri bağlamında söz konusu olabileceğini ve bu hakkın ücret borçlusu tarafından alacaklıya zımnen de tanınmış olabileceğini belirterek, doktorun tedavisini, bilirkişinin rapor hazırlamasını, tamircinin onarımını örnek göstermektedir. SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 7, s: 78, kn: 2.

²⁰⁰ Sözleşmeler, edimin ifa süresine göre, ani edimli, sürekli edimli, dönemsel edimli olabilir. Borç ifa edilirken alacaklının çıkarının bir an içinde gerçekleştiği durumlarda ani edim gündeme gelmektedir. Bazen edimin ifası için borçluya düşen davranış belli bir süreye yayılmakla beraber, alacaklı açısından ifa, her şeyin tamamlandığı son bir eylemle gerçekleşmekte ise, yine borç ilişkisinin ani edimli sayılması gerektiği, yani borçlunun faaliyet süresinden ziyade, alacaklının edime olan çıkarının gerçekleşmesinin bir anlık olup olmadığının önem taşıdığı belirtilmektedir. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 11; Birden fazla edim borcu içeren sözleşmelerde bazı edimlerin yerine getirilmesi ani bazıları sürekli ise, asli edimin niteliğine bakılması, karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde ise borçlardan biri ani edimli diğeri sürekli olduğu takdirde, sözleşmeye karakterini veren edimin dikkate alınması gerekmektedir. ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. İstanbul, 1989, s: 14; Ani edimlerde, edimin kapsamının belirlenmesinde zaman ölçüsü belirleyici değildir. Borçlu edimi birkez ifa ederek borcundan kurtulabilmektedir. Sürekli edimlerde ise borçlu borç konusunu birkez yerine getirmekle borçtan kurtulmamakta, borç ilişkisi devam ettiği süre içinde edim yükümlülüğü devam etmektedir. KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş, 21.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s: 8; *Tunçomağ*, edimleri, süresiz (geçici) ve sürekli (devamlı) edimler olarak ayırmaktadır. Borçlanılmış olan edim geçici, yani tek bir fiil veya ayrı birden çok fiil ile ifa edilebilir ise, buna geçici edim ya da bir defada yapılan edim denmekte iken, borçlanılmış edim, sürekli yani kesintisiz bir fiille ifa edilecek ise buna da sürekli edim adı verilmektedir. TUNÇOMAĞ, I.Cilt, s: 45. *Eren* de, ani edimi, borçlanılan edimin zaman içinde bir defada, bir tek davranışla yerine getirilmesi olarak açıklamakta ve bir şeyin alıcıya teslimi, belirli bir paranın ödenmesi, bir mütalaanın verilmesi, eser sözleşmesinde yüklenicinin yaptığı eseri teslim etmesinin yanı sıra bir tıbbi muayenenin yapılmasını da ani yani bir defalık edime örnek göstermektedir. Bu tür sözleşmelerde asli edim yükümlülüğünün ifası zamana yayılmış değildir,

gerçekleştirilmesi, bazen kısa bazen de uzun bir zaman diliminde yerine getirilebilmektedir. Örneğin kanser tedavisi uzun bir süre gerektirmekteyken, gözdeki kırma kusurunda gözlük camları anında değiştirilebilmektedir. Ancak yüklenilen tanı ve tedaviyi gerçekleştirme borcu bir bütünlük arz ettiği için, bazı hastalıklarda bu tanı ve tedavinin uzun bir süreye yayılmasının tıbbi müdahale sözleşmesine sürekli sözleşme niteliği kazandırmadığı ve hastanın menfaatinin edim borcunu oluşturan davranışlar tamamlandıktan sonra gerçekleştiği belirtilmektedir. Sözleşmenin bu şekilde ani edimli olması nedeniyle, tanı ve/veya tedaviye yönelik tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi yani edimin ifası sözleşmenin sona ermesini sağlamaktadır ²⁰¹. Bununla beraber herhangi bir sonuca yönelik olmayan kronik müdahalelerin ani edim teşkil etmeyeceğini de söylemek mümkündür.

2. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Hukukumuz bağlamında tıbbi müdahale sözleşmesi kanunda düzenlenmiş bir sözleşme değildir. Öğretide, hukuki niteliği bakımından, kendine özgü bir sözleşme, iş görme sözleşmelerinden hizmet (iş), istisna (eser) veya vekalet sözleşmesi olduğu yönünde farklı görüşlerin varlığından söz edilmektedir ²⁰².

a. Sui Generis Sözleşme Olduğu Görüşü

Taraflar kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme yapmakta özgürdürler. Kanunda öngörülmemiş sözleşmelerden karma bir sözleşme yapabilecekleri gibi, tamamen kendine özgü bir sözleşme de yapabilirler ²⁰³.

içerdikleri edimin bir defada ifa edilmesiyle sona ererler. EREN, s: 108, 213; Benzer şekilde: ani edimler, borçlunun zaman içinde tek bir hareketini gerektiren, onun tarafından bir defada yerine getirilen edimlerdir, sürekli edimler, borçlunun zaman içinde, sürekli, aralıksız bir davranışını yerine getiren edimlerdir, dönemsel edimlerde ise borçlu düzenli veya düzensiz tekrarlayan aralıklarla edimi yerine getirmektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Bası'dan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, § 3, s: 37, kn: 7; SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 1, s: 13, kn: 18, s: 14, kn: 19; *Fikentscher*, tek seferlik, çok parçalı (taksitli), sürekli ve tekrarlayan edimler şeklinde bir ayırım yapmaktadır. FIKENTSCHER, § 8-7, s: 31, ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. age § 8-7, s: 31, 32; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 7.

²⁰¹ ÖZDEMİR, s: 73. Benzer yönde görüş olarak MEDICUS, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 5.Auflage, Verlag CH Beck, München, 1991, s: 143.

²⁰² AYAN, s: 51- 55; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 279, 280; İPEKYÜZ, s: 56-71 ; DEMİR, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan, s: 154, KICALIOĞLU, s:172, Alman hukukunda, genel olarak bu sözleşme tiplerinin özellikleri ve ayırımına ilişkin açıklamalar için bkz. ESSER, Joseph / WEYERS, Hans Leo, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 7.Auflage, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991, s: 230, 231 vd.

²⁰³ Taraflar Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşme türlerinden dilediklerini seçebilirler ve yapabilirler. Buna sözleşmenin tipini seçme özgürlüğü de denilmektedir. Bu özgürlük kanunda düzenlenmiş

Kanunda düzenlenen sözleşmeler isimli (tipik), düzenlenmeyen, yani kanunun düzenlediği sözleşmelerin unsurlarını taşımayan sözleşmeler ise isimsiz (atipik) sözleşme olarak adlandırılmakta, isimsiz sözleşmeler de kendi içinde bileşik, karma ve sui generis sözleşmeler olarak ayrılmaktadır. Kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler, unsurları Borçlar Kanunu veya başka bir kanunda belirlenmiş olan sözleşme tiplerine uymayan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler kanunlarda düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin unsurları tümüyle ya da kısmen içermezler, yani kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde bulunmayan unsurlardan meydana gelirler. Atipik sözleşmelerin, iyiniyet kurallarına ve yaygın teamüllere göre yorumlanmaları, bu sözleşmelere nitelikleri elverdiği ölçüde benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümlerinin uygulanması, gerekirse Borçlar Kanununun genel hükümlerine başvurulması, bu sözleşmelere ilişkin hukuki sorunların çözümünde mahkeme içtihatlarından yararlanılması, gerektiğinde hakimin TMK m.1 uyarınca kendi hukuk kuralı koyarak çözüme varmaya çalışması gerektiği ifade edilmektedir ²⁰⁴.

sözleşme türleriyle sınırlı değildir. Taraflar kanunda düzenlenmemiş, yeni türde sözleşmeler de yaratabilirler. KILIÇOĞLU, s: 114; Sözleşme özgürlüğü taraflara, kanunda düzenlenmiş olsun olmasın, diledikleri tipte borç sözleşmeleri yapma imkanını vermektedir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s:72; aynı yönde FIKENTSCHER, § 21- VI-2, s: 74 ve § 64-V-2, s: 348; Tip serbestisi prensibi uyarınca, kanun tarafından düzenlenen sözleşmeler yanı sıra kanun tarafından öngörülmemiş tipte sözleşmeler de kurulabilir. Borçlar hukukunda, aile hukukundan farklı olarak sözleşmeler sınırlı sayıda değildir ve kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, adaba, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak koşuluyla taraflar, kanunda olmayan diledikleri şekildeki sözleşmeler teşkil edebilirler. YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s: 6; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s: 44, 45, 52; NOMER, s: 74, 75, 84-89; AYBAY, s: 38; ERMAN, Hasan, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 38, Sayı: 1-4, Yıl: 1973, s: 604 vd.

²⁰⁴ TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 71, 72; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 47, 48; YAVUZ, Cevdet, s: 8; ATAAY, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 5, Basım, Der Yayınları, İstanbul 1995, s: 261; Benzer şekilde, sözleşmeler kanunda düzenlenmiş olup olmamaları açısından isimli ve isimsiz sözleşmeler ayırımına tabi tutulmaktadırlar. Kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelere isimli sözleşmeler, düzenlenmemiş olanlara ise isimsiz sözleşmeler denilmektedir. İsimsiz sözleşmelerden olan sui generis sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden hiçbirine girmeyen özellikler taşımaktadırlar. KILIÇOĞLU, s: 114. İsimsiz sözleşmelerin yapılması, TBK'da düzenlenmiş olan irade özerkliği ve sözleşme serbestliği ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Bu ilkeler uyarınca taraflar kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmeleri de yapabilmektedirler. İsimsiz sözleşmeler içerdikleri unsurların isimli sözleşmelere ait olup olmamalarına göre bileşik, karma ve sui generis sözleşmeler olarak ayrılmaktadır. Sui generis (kendine özgü yapısı olan) sözleşmeler kanunda düzenlenmiş herhangi bir isimli sözleşmenin unsurlarını içermemekte, taraflar, bunlar dışında kendilerinin öngördükleri yeni unsurları yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir bütünlük içinde bir araya getirmektedirler. EREN, s: 209; Aynı yönde SEROZAN, Borçlar Özel, s: 51, 53, 54, 57, 58; Ayrıca Serozan'ın sui generis sözleşmeler için yaptığı " atipik sözleşmeler sıralamasının en üst basamağındaki bu kendine özgü sözleşmeler açısından kural çokluğu değil de kural yokluğu söz konusu olur" diyerek sui generis sözleşmelere uygulanması gereken hükümler bakımından yaptığı

Tıbbi müdahale sözleşmesinin sui generis sözleşme olabileceği yönünde görüşlerin varlığından; bu görüşte olanların, iki tarafa borç yükleyen diğer sözleşmelerden farklı olarak, sözleşmenin içeriğinde güven, anlayış ve özenin ağır basması, tarafların eşit imkanlarla donatılmamış ve bilgi ve gücün hekimde toplanmış olması nedeniyle kanunda düzenlenmiş diğer sözleşme tiplerinden birine dahil edilmesini mümkün görmediklerinden söz edilmektedir ²⁰⁵.

b. Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Hizmet sözleşmesi, iş görme amacı güden ve konusunu insan emeğinin oluşturduğu, işverenin ve işçinin (işgörenin) edimlerinin karşılıklı olarak değiştirildiği, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Hizmet sözleşmesinde işçi ya da işgören, iş sahibinin ödeyeceği bedel karşılığında belli bir işi yerine getirmekte, çalışanın iş gücü iş süresi boyunca işverenin ya da iş sahibinin emrine tahsis edilmektedir. İşçinin işverene bağımlı olması, yani belirli veya belirsiz bir süreyle onun emri altında bulunması şeklinde kendini gösteren bir ilişki söz konusudur. Kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça hizmet sözleşmesi özel bir şekil şartına bağlı değildir. Bir kimse durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman içinde görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edildiği takdirde, aralarında hizmet sözleşmesinin kurulmuş olduğu kabul edilmektedir ²⁰⁶.

açıklama için bkz. age. s: 71-72; Alman hukukunda atipik sözleşmeler hakkında bilgi ve açıklamalar için bkz. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 265, 270 vd; FIKENTSCHER, § 11, s: 40-41; Bilirkişi ve hakem sözleşmesi, sulh sözleşmesi, satış için bırakma sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, factoring sözleşmesi, garanti sözleşmesi, sinai haklara ilişkin lisans sözleşmesi, kredi açma sözleşmesi, diğer çeşitli bankacılık sözleşmeleri, gezi sözleşmesi sui generis sözleşmelere örnek gösterilmektedir. Bkz. YAVUZ Cevdet, s: 8, 13; *Serozan* da sulh, tahkim, hakemlik, hakem-bilirkişilik, lisans, garanti, kredi kartı, kredi açma, factoring, inanca işlem, repo, tek satıcılık, franchise, satın almak üzere bırakma, know-how, sporcu transferi, yönetim, danışmanlık, sponsorluk, akaryakıt istasyonu sözleşmelerinden söz etmekte ve açıklamalar getirmektedir. Bkz. SEROZAN, Borçlar Özel, s: 55, : 71- 82; Factoring sözleşmesi için bkz. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 353 vd. *Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop*, kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler için sulh, garanti, lisans, inanc, turistik gezi, ev kirasız-para faizsiz gibi sözleşmeleri örnek göstermektedirler. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 72; Ayrıca bkz. NOMER, s: 75 vd; *Oğuzman ve Öz* de Know-How Sözleşmesine, Sinai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesine, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesine İşaret etmektedirler. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 48, dn. 41. Know- How Sözleşmeleri için bkz. ÖĞÜZ, Tufan, Know-How Sözleşmesi, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018; Alman hukukundan bazı atipik sözleşmelere ilişkin bilgi ve açıklamalar için bkz. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 270 vd.

²⁰⁵ AYAN, s: 51; ÖZDEMİR, s: 51; REİSOĞLU, Seza, s: 12; Alman öğretisinde de BGB'deki 2013 tarihli değişiklikler öncesinde, bu hususta farklı görüşler bulunduğundan söz eden *Uhlenbruck* da, esasen tıbbi müdahale sözleşmesini sui generis bir sözleşme olarak kabul etmemektedir Bkz. UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 316, kn: 13.

²⁰⁶ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 299.

Hizmet sözleşmesinin esaslı unsurları işçinin hizmet yüklenimi, işverenin ise ücret yüklenimidir. Hizmet bedeni veya fikri veya hem bedeni hem fikri olabilir. Ücret ise işverenin işçiye ödemeyi yüklediği edimdir, para olabileceği gibi, ekonomik değer taşıyan başka bir şey de olabilir. Hizmet sözleşmesi daima ivazlı olduğundan ²⁰⁷, yapılan hizmete karşılık bir ücret ödenmesi söz konusu olmayan hallerde hizmet değil, vekalet sözleşmesi ile ilgili hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir ²⁰⁸.

TBK m. 393'e göre “ *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...*” Maddenin 2. fıkrasında, işçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmelerin de hizmet sözleşmesi olduğu öngörülmüştür (TBK m. 393/2). Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu ²⁰⁹ m.8'in “ *İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*” tanımına da işaret eden *Yavuz*, tüm bu tanımlar ışığında hizmet sözleşmesi için gerekli unsurları, işçinin bir süre işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesi veya görmeyi vaat etmesi, hizmetin görülmesinin veya hizmet edimi vaadinde bulunulmasının bir ivaz karşılığında olması, tarafların anlaşması veya bir karşılık ödenmesine yol açacak bir hizmet ilişkisinin varlığı şeklinde açıklamaktadır ²¹⁰.

²⁰⁷ Borçlar hukuku, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde, ivaz (karşılık) ilkesini kabul etmiştir. İvazsız sözleşmeler ayrık durumları oluşturmaktadır. Örneğin bağışlama, faizsiz tüketim ödücü, kullanım ödücü ve ücretsiz vekalet sözleşmeleri gibi. Bunun dışındakiler, özellikle de satış, trampa, kira, hizmet, eser vb. sözleşmeler karşılıklı niteliktedir. EREN, s: 20., ayrıca s: 186 vd. Alman hukukunda da hizmet sözleşmesinin ivazlı olduğu belirtilmektedir. Bkz. ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer, § 28 I, s: 239; FIKENTSCHER, § 79-I-4, s: 465; buna karşılık Avusturya hukukundan bir görüş hizmet sözleşmesinin ivazsız da olabileceği yönündedir. bkz. KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 239.

²⁰⁸ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 300, 301; Alman hukukunda da iş görme sözleşmeleri içinde ivazsız olanın vekalet sözleşmesi olduğuna ilişkin FIKENTSCHER, § 78- V-4, s: 460.

²⁰⁹ İş Kanunu, Kanun No: 4857, Kabul T: 22.05.2003, RG T: 10.06.2003, S: 25134.

²¹⁰ Detaylı açıklamalar için bkz. YAVUZ, Cevdet, s: 384 vd. Alman hukukunda genel anlamda hizmet sözleşmesine ilişkin görüş ve açıklamalar için bkz. RICHARDI, Reinhard, Dienstvertrag, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 630 vd. .ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 28, s: 238 vd; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 143 vd; FIKENTSCHER, § 78-V-4, s: 460 vd.; Avusturya hukukundan açıklamalar için KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 237 vd.

Hukukumuzda, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin, hizmet sözleşmesine dayandırılmaması gerektiği düşünülmektedir ²¹¹. Hizmet sözleşmesinde işçinin işverene bağımlı çalışması, aralarında bir altlık üstlük ilişkisi bulunması, işçinin işin nasıl ifa edileceği hususunda işverenin talimatlarıyla bağlı olması, işverenin işçinin çalışma süresi ve şeklini belirleyebilme, denetleme ve emir verme yetkisi varken, tıbbi müdahale sözleşmesinde hekimin hastaya böyle bir bağımlılığı bulunmamaktadır. Hekimin, hasta üzerinde tanı, izlem, tedaviye yönelik müdahaleleri gerçekleştirirken kimseden emir ve talimat almadan tıp biliminin esasları doğrultusunda serbestçe hareket etmesi nedeniyle, hizmet sözleşmesi niteliği taşımadığı, hizmet sözleşmesinin unsurlarıyla hekimlik (tıbbi müdahale) sözleşmesinin unsurlarının bağdaşmadığı ileri sürülmektedir ²¹². Nitekim TDN m.6'da da öngörüldüğü üzere, hekimler mesleklerini icra ederken hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın vicdani ve mesleki kanaatlerine göre hareket etmektedirler.

Hekimin, başvuracak hastalara bakmak üzere, hizmetini bir sağlık kurum ya da kuruluşuna tahsis ettiği durumlarda, hekim sağlık kurumunun ifa yardımcısı konumunda bir çalışandır ve genellikle hekim ile sağlık kurumu arasında kurulmuş bir hizmet sözleşmesi mevcuttur. Bu noktada, özel sağlık kurumunun tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı olduğu, yani sözleşmenin hasta ile sağlık kurumu arasında kurulduğu durumlarda, bu ilişkinin hizmet sözleşmesine dayandırılıp dayandırılmayacağı sorusu da akla gelebilir? Sağlık kurumunun bir tüzel kişi olması nedeniyle, hasta ile kurum arasında hizmet sözleşmesinin kurulması söz konusu olamayacaktır. Her ne kadar sağlık kurumu tarafından hastaya bir sağlık hizmeti sunuluyor olsa da, hizmet sözleşmesinde işçinin gerçek bir kişi olması gerektiğinden, kurum ile hasta arasında bir hizmet sözleşmesinin kurulmuş olması mümkün değildir ²¹³.

²¹¹ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s: 376; AŞÇIOĞLU, s: 36; AYAN, s: 54; REİSOĞLU, Seza, s: 12; GÖKCAN, s: 898, 899; ÖZDEMİR, s: 78; Hekimlerin günün belirli saatlerindeki çalışmalarını bir hastaneye hasrederek hasta bakmaları durumunda hastane ile aralarında hizmet sözleşmesinin söz konusu olacağı yönünde bkz. İNAL, Tamer, Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s: 814.

²¹² AYAN, s: 54; ÖZDEMİR, s: 76; GÖKCAN, s: 898; DEMİR, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan, s: 226.

²¹³ Hasta ile sağlık kurumu arasında kurulan sözleşmesel ilişki hakkında bilgi ve açıklamalar için bkz. KICALIOĞLU, s: 91 vd; YILMAZ, s: 171- 175; DEUTSCH/ SPICKHOFF, s: 82, kn: 109 vd; GEHRLEIN, s: 11-14; HATIRNAZ EROL, Özel Hastaneler, s: 25-52.

Alman hukukunda, Hasta Hakları Kanununun 2013 yılında yürürlüğe girmesiyle beraber, ki bu da aslında AMK'da (BGB) yapılan değişikliklerden oluşmaktadır, tıbbi müdahale sözleşmesi, tedavi sözleşmesi (Behandlungsvertrag) adıyla kanunda düzenlenmiş bir sözleşme haline gelmiştir ²¹⁴. Önceden geçerli olan görüşe göre, hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme bir hizmet sözleşmesi olarak ele alınmaktaydı ²¹⁵. Ancak şimdiki haliyle de tıbbi müdahale (tedavi) sözleşmesinin “*hizmet sözleşmesi benzeri bir sözleşme*” olarak ele alındığı ifade edilmektedir ²¹⁶. Böylece, AMK'na eklenen 630 a- 630 h paragraflarından müteşekkil değişiklik

²¹⁴ Bu konudaki açıklama ve değerlendirmeler için bkz. WAGNER, Gerhard, BGB § 630a, Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 7. Auflage (hrsg SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina), Verlag C.H.Beck, München 2016, kn: 1-163; KATZENMEIER, Christian, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, Eine kritische Betrachtung des Patientenrechtegesetz- Regierungsentwurfs, MedR (2012) 30, s: 576; KATZENMEIER, Christian, Der Behandlungsvertrag- Neuer Vertragstypus im BGB, (NJW 2013, 817), s: 818, beck-online, Erişim T: 14.11.2018; DEUTSCH, Erwin, Deutsche Sonderwege für Arzthaftung, NJW 2012, 2009, beck-online.

²¹⁵ MÜLLER- GLÖGE, Rudi, § 611, Münchener Kommentar, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II (§§ 607- 704), 3. Auflage, (Red. WESTERMAN, Harm Peter), C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997, s: 169, kn:44; RICHARDI, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 633; FIKENTSCHER, § 79- I-1, s: 462; UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 313, kn: 10; SCHMIDT- RECLA, Adrian / NOACK, Josephine, Alman Hukukunda Hekimin Tazminat Sorumluluğu, VII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 86; BROX / WALKER; Besonderes, s: 328; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 154; GÖKCAN, s: 898; GEHRLEIN, s: 1, kn: 2; AYAN, s: 52; Alman hukukunda vekaletin ivazsız olması tıbbi müdahale sözleşmelerine uygulanmasına imkan vermemektedir. Mutlak bir sonucun, başarının, hastanın şifaya kavuşturulmasının yüklenilmemiş olması ve sonucun başarısız olması riskinin de yüklenicide, yani hekimde olmaması nedeniyle tıbbi müdahale sözleşmesinin eser sözleşmesine dayandırılması da ayırık haller dışında pek elverişli olmamaktadır. RICHARDI, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 633. Hizmet sözleşmesine dayanılmış olmakla beraber, hekim, herhangi bir ücretli işçiden farklı bir konuma sahiptir, çünkü sadece bir tıbbi müdahalenin yapılıp yapılamayacağı ya da gerekli ya da zorunlu olup olmadığı hususunda değil, nasıl yapılabileceği ya da yapılması gerektiği hususunda da kararı o vermekte ve tedavi yöntemini o seçmektedir. Hekimin sözleşmesel ilişkideki konumu tedavi özgürlüğü ilkesine göre belirlenmektedir. SCHMIDT- RECLA / NOACK, s: 86. Dolayısıyla tıbbi müdahale sözleşmesi hizmet sözleşmesinin ancak özel bir şekli oluşturmaktadır. RICHARDI, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 637; GEHRLEIN, s: 1, kn: 2; JANDA, s: 122. Tıbbi müdahale sözleşmesinin henüz tipik bir sözleşme olarak kanunda yer almasından önce de, alacaklı konumdaki hastanın borçlanılmış olan faaliyetten bir şey anlamaması nedeniyle, işgörenin işverenin talimatlarıyla bağlı olduğu iş sözleşmelerinden farklı türde bir hizmet sözleşmesi olduğu yönünde bkz. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 143. İşverene bağımlı ya da bağımsız çalışma durumu da zayıf olan tarafın korunmasına yönelik ihtiyaçları belirlemede göz önünde tutulmaktadır. Bkz. age s: 144.

²¹⁶ JANDA, s: 122; GEHRLEIN, s: 1; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 3. Hizmet sözleşmesinin (Dienstvertrag) Alman Medeni Kanunu'nun Borç ilişkileri adlı İkinci Kitabının, Bireysel Borç ilişkileri adlı 8. Bölümünün Hizmet Sözleşmesi ve Benzer Sözleşmeler adlı 8. Başlığında birinci alt başlık olarak § 611- 630 arası düzenlenmiş olduğu (Dienstvertrag), hemen devamında ikinci alt başlık olarak tedavi sözleşmesinin (Behandlungsvertrag) § 630 a- 630 h arası düzenlenmiş olduğu görülmektedir. § 630 b'de de tedavi sözleşmesinde hüküm olmadığı takdirde hizmet sözleşmesinin iş ilişkisiyle bağlantılı olmayan hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Alman hukukunda ve BGB sistematigi de göz önüne alınarak tıbbi müdahale (tedavi) sözleşmesinin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu ama örneğin bir seyahat sözleşmesi gibi, eser sözleşmesinin özel bir türü olmadığı vurgulanmaktadır. Bkz. age.

sonrası, tıbbi müdahale (tedavi) sözleşmesinin Alman hukuku bağlamında, artık kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipi olduğu görülmektedir ²¹⁷. Alman hukukunda vekalet sözleşmesinin ivazsız olması da, tıbbi müdahale sözleşmesine hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını gerektirmiştir, çünkü hekim yapılan tıbbi müdahale karşılığı bir ücrete hak kazanmaktadır ²¹⁸. İsviçre hukukunda ise hasta ile hekim arasındaki ilişki ağırlıklı olarak vekalet sözleşmesi hükümlerine dayandırılırken, aile hekimliği sözleşmelerine istisnai olarak hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanabileceğinden söz edilmektedir ²¹⁹.

c. Eser Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Öğretide, tıbbi müdahale sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde görüşlerden de söz edilmektedir ²²⁰. Eser ya da istisna sözleşmesinin konusunu insan emeğinin oluşturmaktadır; tam iki tarafa borç yükleyen nitelikte olup, iş sahibinin ve yüklenicinin edimleri karşılıklı olarak değişilmekte, yüklenici, iş sahibinin ödemeyi yüklediği bir ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi

²¹⁷ KATZENMEIER, Christian, Der Behandlungsvertrag- Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, 817, s: 818, beck-online.

²¹⁸ AYAN, s: 52. RICHARDI, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 632 vd; Vekalet, Alman hukukunda, vekilin ivazsız olarak vekalet verenin bir işini görmeyi üstlendiği, eksik iki taraflı bir sözleşme olarak tarif edilmektedir. ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 35 I 3, s: 312.; Alman hukukunda hizmet sözleşmesi ile vekalet arasındaki en önemli farkın hizmetin ivaz karşılığı vekaletin ivazsız olmasından kaynaklandığı yönünde bkz. BROX / WALKER, Besonderes, s: 267 kn: 15; MEDICUS, Dieter, s: 2, 189; Alman hukukunda vekalet sözleşmesi hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. age. s: 308 vd; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 189 – 196; FIKENTSCHE, § 81, s: 488 vd; vekaletin ivazsız olması ve vekalet ile hatır ilişkileri arasındaki bazı ayrımlar için bkz. FLUME, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zwiter Band, Das Rechtsgeschäft, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1965, § 7- 4, s: 86; Vekaletin ivazsız olduğu Alman Medeni Kanunu (BGB) § 662'de açıkça düzenlenmiştir; bu bağlamda, hastanın tıbbi müdahalesinin, ancak ücret karşılığı gerçekleştirilebileceği, karşılıksız (ivazsız) yapıldığı takdirde ise artık BGB §§ 662 uyarınca vekalet hükümlerine dayanılması gerekeceği belirtilmektedir. Bununla beraber vekaletle dayanılmış olması da pratikte herhangi bir farklılık yaratmamaktadır, zira haksız fiile dayanılmış olsa dahi hekimin tıbbi standardı sağlama, hastanın rızasını alma, aydınlatma gibi yükümlülükleri saklı kalmaktadır. Daha fazla açıklama için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn, 8; Alman hukukunda vekaletin ivazsız bir sözleşme olarak kabul edilmesi nedeniyle, bütün ivazlı işgörme sözleşmeleri zorunlu olarak ya hizmet ya eser sözleşmesi olarak ele alınmaktadır. ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. İstanbul, 1989, s: 4.

²¹⁹ AYAN, s: 53; REİSOĞLU, Seza, s: 12; İsviçre Federal Mahkemesinin, kökleşmiş içtihadı ile, hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisine vekalet kurallarının uygulanmasını öngördüğü belirtilmektedir. KANETİ, s: 64.

²²⁰ TANDOĞAN, Cilt II, s: 7; UHLENBRUCK, L/U, 39 Der Arztvertrag, s: 317, kn: 17; s: 318, kn: 18, s: 320 vd; JANDA, s: 22; AYAN, s: 44, 52; REİSOĞLU, Seza, s: 12; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 280; SÜTLAŞ, s: 54, 112; İPEKYÜZ, s: 59; KURT, Ekrem, Hekimlik Sözleşmeleri, T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s: 65 vd; ÖZEL, Estetik, s: 248.

üstlenmektedir ²²¹. TBK m. 470'de de eser sözleşmesi “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmaktadır.

Eser sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi belirli ya da belirsiz bir süre için işverenin emrine belli bir iş gücünün tahsis edilmesi ya da vekalet sözleşmesinde olduğu gibi, iş sahibi lehine bir işin görülmesi değil, nesnel bakımdan belirlenebilir bir sonucun meydana getirilmesi söz konusudur. Hizmet sözleşmesinde, bir işin, bir hizmetin görülmesi, yani bir eylem borçlanılmaktayken, eser sözleşmesinde bir eserin meydana getirilmesi ya da dönüştürülmesi borçlanılmaktadır ²²².

Eser sözleşmeleri herhangi bir şekle tabi olmayıp, şekilsizce de yapılabilir. Sözleşmenin unsurları, yüklenicinin bir şeyin imal edilmesi, eser sahibinin de bunun karşılığında ücret ödeme borcudur. İnsan emeğinin ürünü olup, hukuki bir bütün olan ve ekonomik değer taşıyan maddi ve manevi her şey eser olarak kabul edilmektedir. Ücret ise, iş sahibinin yükleniciye karşı yüklendiği edimi teşkil etmektedir. Vekalet sözleşmesinden farklı olarak ücret zorunlu bir unsurdur. Eser sözleşmesinin daima ivazlı olması nedeniyle, eserin karşılığında ücret ödenmediği hallerde eser değil, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır ²²³.

Eser sözleşmesinde yapılan çalışmadan ziyade, bu çalışmanın yapılmasıyla ortaya çıkan ve objektif olarak izlenebilen sonuç önem taşımaktadır. Çalışmanın ürünü maddi ve kalıplaşmış bir şekil taşımak zorunda olmayıp, insan emeğinin ürünü

²²¹ ÖZ, Eser Sözleşmesinden Dönme, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. İstanbul, 1989, s: 1; RICHARDI, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 632, 633; ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 31 2, s; 250; BROX / WALKER, Besonderes, s: 290, kn: 1; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 159; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 305; RICHARDI, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 632, 633; PETERS, Frank, Werkvertrag, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 683; REİSOĞLU, Seza, s: 12; DURAL, Hekimin Sorumluluğu, s: 154; KICALIOĞLU, s: 178; ÖZDEMİR, s: 78; İPEKYÜZ, s: 59, 61; SÜTLAŞ, s:54.

²²² FIKENTSCHEER, § 78- V- 4, s: 460; BROX / WALKER, Besonderes, s: 290, 291, kn: 2,3,4 ; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 159; RICHARDI in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 633; PETERS, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 683. Ayrıca Alman hukukunda eser sözleşmesi hakkında görüş ve açıklamalar için bkz. age s: 680 vd. Alman hukukunda hizmet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran unsurlar hakkında görüş ve açıklamalar için ayrıca bkz. RICHARDI, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 632-634; BROX / WALKER, Besonderes, s: 265, s: 9, s: 266, kn: 10 vd; ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 31 I, s. 232 vd; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 160-163; Avusturya hukukundan açıklamalar için KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 242, 243;

²²³ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 305, 306

olan ve ekonomik değeri olan her varlık bir eser olarak kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, eser sözleşmesinde “ bir kimse salt iş görmekle (eylemle, hizmetle) yetinmez; bu işin sonucunda ortaya bir eser (ürün) koyar....” ²²⁴. “Objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun husule getirilmesi istisna akdinin konusunu oluşturabilir” ²²⁵. Dolayısıyla, bağımsız bir hukuki varlık olarak ortaya çıkmayan ve bir bütün teşkil etmeyen, örneğin bir taşınmazın belli bir zaman için idaresi, bir hastanın tedavisi, ameliyat edilmesi, eğitim ve öğretim, bir şirketin muhasebesinin tutulması gibi insan emeğinin sonucu olan faaliyetler eser sözleşmesi olarak ele alınmamakta ve böyle faaliyetler için vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması daha yerinde görülmektedir ²²⁶.

Çalışmamızın bir sonraki bölümünde de değineceğimiz üzere, tıbbi müdahale sözleşmesinin ağırlıklı olarak vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmekle ve vekalet hükümleri uygulanmakla beraber, bazı müdahaleler bakımından eser sözleşmesi de gündeme gelmektedir. Özellikle ortaya çıkacak sonuç ve görünüm hakkında belli bir taahhüdün söz konusu olduğunun kabul edildiği estetik ameliyatlara ile diş hekimlerinin diş dolgusu ya da protez yapımını üstlenmesi gibi birtakım müdahaleler eser sözleşmesinin kapsamında ele alınmaktadır ²²⁷.

Tandoğan'a göre, hekimin bir hastayı sağlık durumunu ortaya koyan bir rapor hazırlamak üzere muayenesi etmesi, takma diş, köprü ya da dolgu yapmasının eser niteliği taşıdığı düşünülebilecek iken, hastaya önceden belli bazı işlerin yapılması kararlaştırılmaksızın uzun süreli bir tedavinin planlanması eser niteliği

²²⁴ SEROZAN, Borçlar Özel, s: 19.

²²⁵ TANDOĞAN, Cilt II, s:4; aynı yönde YAVUZ, Cevdet, s: 436 ; Alman hukukundan benzer görüş için ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 31 2, s: 250; BROX / WALKER, Besonderes, s: 290, kn: 3, s. 291, kn. 4; Ayrıca sadece maddi varlığı olan şeylerin mi, yoksa maddi olmayan varlıkların da eser olarak ele alınıp alınmayacağı yönünde tartışmalar için bkz. ÖZ, Eser Sözleşmesinden Dönme, s: 3-5. Yazara göre, yalnızca eşyayı biçimlendiren veya değiştiren olgular değil, kendi içinde bütünlüğe sahip ve bağımsız, teknik bakımdan nesnel varlıklar eser olarak kabul edilmelidir, bununla birlikte ne olacağı önceden objektif ve net bir şekilde ortaya konulamayan ve tamamlandıktan sonra önceki tasarıya uygunluğu net olarak kontrol edilemeyen varlıklar da eser olarak ele alınmamalıdır. Eser her zaman maddi veya fikri yeni bir varlık biçiminde ortaya çıkmaktadır. Yalnızca mevcut maddi bir varlığın değil, fikri bir varlığın niteliğini ve özelliğini değiştiren sonuçlar da, yeni bir şey olarak algılanmaya elverişli olduğu takdirde, eser olarak ele alınabilir. Ayrıca sadece olumlu eylemler değil, bir şeyin ortadan kaldırılması gibi olumsuz eylemler de eser olarak ele alınabilecektir. Bkz. age, s: 7-8.

²²⁶ YAVUZ, Cevdet, s: 436; aynı yönde AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 306.

²²⁷ UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 317 vd, kn: 17 vd, s: 324, kn: 31, 32; DURAL, Hekimin Sorumluluğu, s: 154; REİSOĞLU, Seza, s: 12; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155.

taşınamaktadır ²²⁸. Benzer görüşlere göre, dış hekimliğinden kaynaklanan müdahaleler tedaviye yöneldiğinde vekalet sözleşmesi hükümlerine dayanırken, aynı zamanda bir eser de ortaya çıkarılması söz konusuysa, hem eser hem vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceğinden söz edilmektedir ²²⁹. Sadece bir dış protezinin yapımı ya da kırılmış bir köprünün yapımında ise eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır ²³⁰.

Böyle sınırlı durumlar dışında genel olarak tıbbi müdahale sözleşmesine eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmaması gerektiği düşünülmektedir. Çünkü eser sözleşmesinde bir sonuç borçlanılmış iken, tıbbi müdahale sözleşmelerinde bir edim borcu söz konusu olmaktadır. Hekim kendisinden beklenen davranışları sözleşmeye uygun ve özenli bir şekilde yerine getirdiği takdirde, borcundan kurtulmaktadır. Eser sözleşmelerinde olduğu gibi, mutlaka bir sonucun gerçekleşmesi, hastanın mutlaka şifaya kavuşması şart değildir ²³¹.

Tıbbi müdahale sözleşmesine eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmaması gerektiği yönündeki bir diğer gerekçe de, güven unsurunun taşıdığı önemdir. Tıbbi müdahale sözleşmesinde özellikle hastanın hekime güveni büyük önem taşırken, eser sözleşmesinde güven unsuru, eserin illaki belli bir yüklenici tarafından meydana getirilmesinin istendiği, yani yüklenicinin kişiliğinin ön plana çıktığı ayrık durumlar dışında, örneğin bir tabloyu belli bir ressamın yapması, bir elbiseyi belli bir modacının dikmesi gibi, tıbbi müdahale sözleşmesindeki kadar ön plana çıkmamaktadır ²³². Bu husus sözleşmeden dönme bakımından da kendini göstermektedir. Tıbbi müdahalelerde hekime duyulan güven ve yapılan işin yüksek kişisel niteliği, bu güvenin kaybolması halinde, hastaya her an sözleşmeden dönebilme imkanı vermekte ²³³, aynı şekilde hekim de tedaviyi tamamlamadan sözleşmeden dönebilmektedir ²³⁴. Buna karşılık eser sözleşmesinde, ancak belli

²²⁸ TANDOĞAN, Cilt II, s: 6,7;21 AYAN, s: 52.

²²⁹ AYAN, s: 52; AŞÇIOĞLU, s: 35; ÖZDEMİR, s: 83.

²³⁰ AYAN, s: 52, 53; REİSOĞLU, Seza, s: 12.

²³¹ JANDA, s: 122; AYAN, s: 55; Aynı yönde SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), Uygulama Çalışmaları, s: 399; Hekimin mutlaka şifaya kavuşturma borcu bulunmaması yönünde FIKENTSCHER, s: 28. Oysa eser sözleşmesinde borçlu her türlü edimini eksiksiz olarak yerine getirmiş olsa dahi, taahhüt edilen sonuç ortaya çıkmadıkça borcundan kurtulamamaktadır. ÖZDEMİR, s: 78; İNAL, s: 809.

²³² ÖZDEMİR, s: 78, 79.

²³³ TANDOĞAN, Cilt II, s: 11; ÖZDEMİR, s: 79.

²³⁴ AŞÇIOĞLU, s: 18; ÖZDEMİR, s: 78.

sebeplerin gerçekleşmesi halinde ve tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmek mümkündür. Tıbbi müdahale sözleşmelerinde tek taraflı caymada, eser sözleşmesinden ziyade vekalet hükümlerinin uygulanması çok daha elverişli gözükmetedir ²³⁵. Ayrıca hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin başarıyla sonuçlanması, önceden tartılmayan ve yükümlülük altına girmiş olan hekimin kontrolü dışında kalan faktörlere bağlı olduğundan, taahhüt edilebilmeye elverişli olmadığı, yine eser sözleşmesinde geçerli olan yüklenicinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin de tıbbi müdahale sözleşmesine uygulanmasının, bilimsel ve tıbbi çalışmaların değerinin ve ayıplı olup olmadığının çoğu zaman objektif olarak belirlenmeye elverişli olmaması nedeniyle, olası olmadığı belirtilmektedir ²³⁶.

Maddi olmayan bir sonuç, ancak vaat edilebilmeye elverişli olduğu takdirde, eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecek iken, özellikle cerrahi müdahalelerde insan vücudunun değişken cevapları nedeniyle sürecin, önceden tartılmayan ve hekim tarafından tamamıyla kontrol edilebilir olmayan faktörlerin etkisi altında olması nedeniyle, tıbbi müdahalelerde eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmaması gerekmektedir. Estetik ameliyatlarda sınırda bir durum oluşturmakla birlikte, yine cerrahi müdahalenin belirgin kişisel vasıfları ve taraflar arasındaki güven ilişkisi nedeniyle bunlara dahi eser değil vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiği düşünülmektedir ²³⁷. Bununla birlikte Yargıtay'ın tıbbi müdahalelere eser sözleşmesi uygulanması yönünde verilmiş kararları mevcuttur ²³⁸.

²³⁵ TANDOĞAN, Cilt II, s: 8; ÖZDEMİR, s: 79.

²³⁶ TANDOĞAN, Cilt II, s: 8, 20, 21; ÖZDEMİR, s: 79, 80.

²³⁷ TANDOĞAN, Cilt II, s: 21; ÖZDEMİR, s: 80. Alman hukukunda tıbbi müdahalelerin vekalet sözleşmesine dayandırılma imkanı bulunmasa da, estetik ameliyatlarda da sürecin iyileştirmeye yönelik diğer müdahalelere benzer şekilde, hekim tarafından tümüyle kontrol altında tutulabilir ve sonucun garanti edilebilir olmadığı, dolayısıyla eser sözleşmesinin uygulanmasının elverişli olmadığı düşünülmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn.

²³⁸ Yargıtay 13 HD, E: 1993/131, K: 1993/ 2741, T: 05.04.1993, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; Yargıtay 15.HD, E: 1999/3868, K: 1999/ 4007, T: 03.11.1999, KICALIOĞLU, s: 178, 181. *“Yanlar arasında davacının memelerinin küçültülmesi yanında, meme başları da taşınmak suretiyle estetik bir görünüm kazandırılmasının da amaçlandığı, dolayısıyla ameliyatı da Plastik ve Rekonstruktif Cerrahi Uzmanı davalı doktorun gerçekleştirdiği, böylece taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır. Eser yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar. Burada belli bir sonucun ortaya çıkması amaçlanır. Meydana getirilen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulmuş olur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentisini karşılar özellikleri taşıması aranır. Aksi halde eserin ayıplı olduğu kabul edilir. Ayıplı eseri meydana getiren yüklenici ise ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumludur. Yüklenici hangi yöntemi kullanırsa kullansın eserin ayıpsız olarak ortaya çıkması gerekir.”* Yargıtay 3.HD, E: 2012 /177, K: 2012/ 6939, T: 15.03.2012 , GÖKCAN, s: 1124.

Alman hukukunda da tıbbi müdahale sözleşmesi, hekimin herhangi bir iyileşmeyi ya da tedavi sonucunu borçlanmıyor olması nedeniyle genelde eser sözleşmesi olarak kabul edilmemekle beraber ²³⁹, radyolojik görüntüleme, laboratuvar analizleri, diş protezleri gibi bazı durumlara istisnai olarak eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasında sakınca olmadığı ²⁴⁰, yine hekimin sonuç vaadinde bulunduğu sadece kozmetik amaçlı bazı ameliyatlara ile sterilizasyon ve gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahalelerin de eser sözleşmesi kapsamında ele

“Dosya içindeki bilgi ve belgelerden taraflar arasında estetik ameliyat yapılmak suretiyle davacının karın yağlarının alınması ve göğüs küçültme işleminin yapılması hususunda anlaşma yapıldığı, ameliyat sonrasında davacının karın örtüsünde abse oluştuğu ve yeniden ameliyat olmak zorunda olduğu anlaşılmaktadır. Davacı iddiası ve davalı savunmasından estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki sözleşmenin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. O halde taraflar arasındaki ilişki BK’nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen sözleşme ilişkisidir.” Yargıtay 13. HD,E: 2011/11359, K: 2012/12808, T: 21.05.2012, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

“ Davaya dayanak yapılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında BK’nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıklıkla ortadadır.Eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli hususlardan birisi de sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Burada vekalet akdindeki gibi sonuç taahhüt edilmeksizin sadece bir işin görülmesi taahhüdü bulunmamakta , bir eserin sonucun yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir.” Yargıtay 15.HD, E: 2010/ 4538, K: 2010/ 5692, T: 25.10.2010, GÖKCAN, s: 1127.

“ Taraflar arasındaki sözleşmeye göre estetik ameliyat yapılmak suretiyle davacının karın bölgesinde doğumdan sonra oluşan bozulmanın giderilmesi öngörülmüştür. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. O halde taraflar arasındaki ilişki BK’nın 355 ve devam eden maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir.” Yargıtay, 15 HD., E. 2005 / 7988, K. 2006 / 3417, T. 08.06.2006, GÖKCAN, s: 1130.

“ Davada dayanan maddi olgu, burna estetik ameliyat yapılmak suretiyle, istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla, belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesinin, halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir.” Yargıtay, 13 HD., E. 1993 /131, K. 1993 / 2741, T. 05.04.1993, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

²³⁹ GEHRLEIN, s: 1, kn: 2; BROX / WALKER, Besonderes, s: 328.

²⁴⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 315, kn: 12; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155; Diş protezlerine eser sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin ayrıca bkz. UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 317-322. Hatta bu durumlarda bir müdahalenin, bir tedavinin yükümlenilmemiş olduğu ve dolayısıyla bir tıbbi müdahale sözleşmesinin dahi bulunmadığı vurgulanmaktadır. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 7. Estetik ameliyatlara, protezler ve kan analizleri için eser sözleşmesinin uygulanması yönünde BROX / WALKER, Besonderes, s: 328, kn: 1, yazarlar ayrıca tarafların aralarında hizmet veya eser sözleşmesi yönünde anlaşabileceklerini de belirtmektedirler, bkz age.

alınabileceği ileri sürülmektedir ²⁴¹. Eğer hekim, bir sonuç vaadinde bulunmuşsa, eser sözleşmesine dayanılacaktır ²⁴².

Diğer görüşlere göre de, AMK'nun hastalıkla ilişkili ve isteğe bağlı müdahaleler şeklinde bir ayrıma gitmemiş olması nedeniyle, estetik müdahalelere eser sözleşmesi hükümleri uygulanamayacağı, bununla birlikte kanun koyucunun, protezlerin yapımı, ortopedik ayakkabıların yapımı, laboratuvar analizleri gibi münferit olgularda eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunu cevapsız bıraktığı, fakat hekim tarafından belli bir başarı taahhüt edilmiş olduğu takdirde, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir ²⁴³.

d. Vekalet Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Öğretideki hakim görüş, tıbbi müdahale sözleşmesinin vekalet ilişkisi olarak ele alınması gerektiği yönündedir ²⁴⁴. TBK m. 502'ye göre vekalet sözleşmesi, vekilin, vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde TBK'da düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanacaktır, sözleşme veya teamül varsa vekil ücrete hak kazanacaktır.

²⁴¹ UHLENBRUCK, L/U, § Der Arztvertrag, s: 324, kn: 32.

²⁴² WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn:4.

²⁴³ JANDA, s: 122, 123. Kozmetik amaçlı müdahaleler, protezler, kan analizleri bakımından eser sözleşmesine dayanılabileceği yönünde bkz. BROX / WALKER, Besonderes, s 328; Aslında sorumluluğa ilişkin bir açıklama niteliğinde olmakla beraber, Serozan'ın estetik ameliyatlara bağlamındaki "Eser yaratma sözleşmelerini ve bu bağlamda eser sözleşmesini iş görme sözleşmelerinden ve bu bağlamda vekalet sözleşmesinden ayırt edici belirgin özellik, ikincilerde öznel özen (kusur) sorumluluğu geçerliken, birincilerde nesnel (kusursuz) sonuç sorumluluğunun geçerli olmasıdır. Bunun somut anlamı şudur: Estetik cerrah tüm çabalarına karşın sanatçı bayanın yüzündeki çirkinliği ortadan kaldıramamaktan ötürü, 'vekil' sayılırsa sorumlu olmazken, 'eser müteahhidi' sayılırsa, pekala sorumlu tutulabilecektir" açıklaması da gerçekleştirilen tıbbi müdahalede bir sonucun taahhüt edilmesine göre hangi sözleşme türüne dayanılacağı hususunda faydalı bir örnek teşkil etmektedir. SEROZAN, Borçlar Özel, s: 19.

²⁴⁴ Bkz AYAN, s: 53, 54; SEROZAN, Borçlar Özel, s: 17; DURAL, Hekimin Sorumluluğu, s: 153, 154; REİSOĞLU, Seza; 12; GÖKCAN, s: 899; İPEKYÜZ, s: 68, dn 272, s: 71; ÖZSUNAY, Ergun / ELVER, Nazan, Hekimin ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s 89; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 243; KANETİ, s: 60; İNAL, s: 194; DEMİR, Hekimin Sözleşmeden Doğan, s: 226; YILMAZ, s: 20, İPEKYÜZ, s 71; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 495, SAVAŞ, Özel Hastanelerin ve Doktorların, s: 1005; SÜTLAŞ, s: 53; ÖZDEMİR, s: 83; SAVAŞ, Özel Hastaneler ve Doktorlar, s: 1005; ÇAVDAR, s: 738, dn: 9; ALKANAT, s: 177.

Hukukumuz yanı sıra İsviçre hukukunda da tıbbi müdahale sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliğinde ele alındığı belirtilmektedir ²⁴⁵. Alman hukukunda ise vekaletin ivazsız bir sözleşme olması nedeniyle hasta ile hekim arasındaki ilişkiye uygulanma imkanı bulunmamaktadır ²⁴⁶.

Öğretimizde vekalet sözleşmesi “*Vekalet öyle bir akiddir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nisbeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmemesi rizikosu ona ait olmaksızın yükler*” ²⁴⁷ şeklinde tanımlanmakta ve sözleşmenin unsurları, bir işin idaresi ve hizmetin ifası için müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması, zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilememesi rizikosunu taşımaksızın belli bir yönde iş görme, başkasına ait işin görülmesi için şekle bağlı olması gerekmeyen bir sözleşme ile borç altına girilmesi olarak açıklanmaktadır. Bu unsurlar vekalet sözleşmesinin kurulması için yeterli ve gerekli kabul edilmektedir ²⁴⁸. *Yavuz* da, vekalet sözleşmesini, benzer şekilde, vekilin sözleşme ile belirlenen işi yapmayı borçlandığı ve yerine getireceği edimin kanun hükümleriyle düzenlenen aktlerden herhangi birinin konusuna girmediği ve ancak sözleşme ve teamül varsa vekilin ücrete hak kazandığı bir sözleşme olarak tanımlamaktadır ²⁴⁹. *Serozan*’ın vekalet sözleşmesi tanımı ise, “*ücretli veya ücretsiz olarak bir başkasının işini görme, özel olarak işlemi kotarma sözleşmesi*” şeklindedir ²⁵⁰.

²⁴⁵ AYAN, s: 53; GÖKCAN, s: 901; ÖZDEMİR, s: 88.

²⁴⁶ Bkz. yukarıda, tıbbi müdahale sözleşmesinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü ele alınırken bu hususa ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar ve oradaki dipnotlar.

²⁴⁷ TANDOĞAN, Cilt II, s: 356.

²⁴⁸ TANDOĞAN, Cilt II, s: 356, 360, 363, 364.

²⁴⁹ Sözleşmenin özellikleri, *Yavuz* tarafından, *Tandoğan*’ın az önce de zikretmiş olduğumuz tanımına da yapılan gönderme ile uyumlu şekilde, vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelmiş olması, sonucun elde edilememesi rizikosunun vekalet verene ait olması, vekilin iş görme borcu bakımından bir zaman kaydına tabi olmaması ve nispeten bağımsız olması şeklinde açıklanmaktadır. Yazar sözleşmenin unsurları bakımından, zorunlu unsurlar ve zorunlu olup olmadığı durumlara göre değişen unsurlar şeklinde bir ayrıma giderek, vekilin müvekkile karşı iş görme borcu altına girmesi, iş görmenin kanunla düzenlenmiş başka bir iş görme sözleşmesi çeşidinin konusunu oluşturmaması, iş görmenin başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması ve zaman kaydına bağlı olunmaması, vekilin iş görmeden başarılı bir sonuç elde edilememesi tehlikesini taşımaması ve tarafların anlaşması hususlarını zorunlu unsurlar olarak, ücret, vekilin müvekkile karşı bağımsız olması ve vekalet ilişkisini her zaman sona erdirmeye hakkının varlığını ise vekaletin zorunlu olup olmadığı durumlara göre değişen unsurları olarak ele almaktadır. YAVUZ, Cevdet, s: 522; Vekalet sözleşmesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. age. s: 521 vd; Yine aynı yönde bkz. İNAL, s: 810.

²⁵⁰ SEROZAN, Borçlar Özel, 2002, s: 17.

TBK m. 502/1'e göre vekil, vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlenmektedir. Vekalet sözleşmesinden doğan iş görme borcunun kapsamına hukuki işlemlerin yanı sıra maddi fiiller de girer. Maddi fiillere ilişkin vekalette, vekilin vekalet veren için hukuki işlem yaparak ya da hukuki işlem benzeri fiilleri gerçekleştirerek haklar kazanması ya da borçlar yüklenmesi değil, kanun hükmüyle öngörülmemiş her çeşit maddi fiilin yapılması söz konusu olmaktadır. Keza bir hekimin hastasını muayene, ameliyat ya da tedavi etmesi de bu durumlardan birini teşkil etmektedir ²⁵¹. Bir başka deyişle, konusu emek harcamayı gerektiren anlaşmalar, hizmet, eser gibi bir başka sözleşmenin konusunu oluşturmadıkları takdirde, bunlara vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır ²⁵². Sözleşmenin üçüncü kişi yararına olduğu durumlarda, vekaletin de üçüncü kişi yararına olduğu kabul edilmektedir ²⁵³.

Vekalet sözleşmesinde iş görme zaman kaydına bağlı olmaksızın borçlanılmaktadır. Bu unsur vekalet sözleşmesinin hizmet sözleşmesinden ayrımı bakımından önemliyken, vekilin iş görmeden başarılı bir sonuç elde edilmeme tehlikesini taşımaması da eser sözleşmesinden ayrımı bakımından önem taşımaktadır. Sonucun gerçekleşmemesi rizikosunu iş görme borçlusunun yani yüklenicinin taşıması, eser sözleşmesinin ayırıcı bir özelliğidir ²⁵⁴.

Vekalet sözleşmesinin kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir. Vekil vekalet verene karşı iş görme borcu altına girerken, vekalet verenin vekile karşı kural olarak ücret ödeme borcu bulunmamaktadır ki, bu husus ücret ödeme borcunun, vekalet sözleşmesinin kanuni ve zorunlu bir unsuru olmadığı şeklinde de dile getirilmektedir. Bununla birlikte sözleşmede veya teamülde açıklık varsa ücret ödeme borcu da gündeme gelecek, vekil ücrete hak kazanacak ve bu durumda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olacaktır. Esasen tarafların karşılıklı diğer pek çok borcunun da bir değişim ilişkisi içinde olduğu dikkate alındığında, vekaletin, sıklıkla tam iki tarafa borç yükleyen, bir sözleşme şeklinde ortaya çıktığı izlenmektedir ²⁵⁵.

²⁵¹ YAVUZ, Cevdet, s: 523; İNAL, s: 816.

²⁵² AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 314.

²⁵³ YAVUZ, Cevdet, s: 526.

²⁵⁴ YAVUZ, Cevdet, s: 526, 527.

²⁵⁵ YAVUZ, Cevdet, s: 532.

Vekilin ücret alacağı, sözleşmeden, teamülden ya da özel bir kanun hükmünden kaynaklanabilir. Ücret en başta sözleşmenin kurulması sırasında kararlaştırılabileceği gibi, sonradan, hatta işin görülmesinden sonra da kararlaştırılabilir. Ücretin götürü olarak veya iş için harcanacak zamana veya elde edilecek sonuca göre yaklaşık olarak belirlenmesi de mümkündür. Örneğin hekimlerle muayene ve tedaviden önce, mimarlarla plan çizmeden önce ücretin ne olacağı görüşülmediği takdirde, onlar tarafından yollanmış olan faturalar ücretin miktarı hakkında bir icap olarak ele alınabilir. Hasta veya iş sahibi itiraz etmeksizin faturadaki miktarı ödediği takdirde zımnen kabul etmiş sayılacak, şayet itiraz ederse, teamül ve mevcut asgari ücret tarifeleri göz önünde tutularak ücretin belirlenmesi gerekecektir. Hekimlerin, mimarların, özel öğretmenlerin ve bankaların faaliyetlerinin teamül gereği ücret karşılığı olduğu belirtilmektedir²⁵⁶.

Vekaletin zorunlu unsurlarından biri olarak ele alınmamakla beraber, vekilin vekalet veren karşısında göreceli bir bağımsızlığının olduğu kabul edilmektedir. Bu husus vekilin, vekalet verenin menfaatine yönelik işi görürken, belli ölçüde karar verme, inisiyatif kullanma mecburiyetinde olmasından kaynaklanmaktadır. Özel uzmanlığı gerektiren işlerde bu bağımsızlık da daha geniş niteliktedir. Bu bağımsızlığın ortadan kalktığı ve iş gücünün iş sahibinin emrine tahsis edildiği durumlarda artık vekalet değil hizmet sözleşmesi söz konusu olacaktır. Bunların yanı sıra, tarafların vekalet ilişkisini her zaman sona erdirme hakkının varlığı yönünde hakim bir görüş bulunmakla ve bu husus TBK hükmü ile de uyumlu olmakla beraber, bazı durumlarda fesih ancak önemli sebeplerin varlığında yapılabileceği dile getirilmektedir²⁵⁷.

Vekalet sözleşmesiyle üstlenilen iş görme ediminin konusunu çoğu zaman hukuki bir işlem oluşturmakla beraber, az önce dile getirilmiş olduğu gibi, maddi bir fiilin yapılması da söz konusu olabilir. Nitekim, hastaya yönelik gerçekleştirilen tıbbi müdahale de maddi bir fiilin üstlenilmesi niteliğindedir. Hekim hastanın iyileşmesi için gerekli tıbbi müdahaleleri yapmayı üstlenmiştir, herhangi bir süreye bağlı

²⁵⁶ YAVUZ, Cevdet, s: 528. Her ne kadar Alman hukukunda tıbbi müdahale sözleşmesine vekalet hükümleri uygulanmamakta ise de sözleşmenin kurulma aşamasında ücretin genellikle kararlaştırılmadığı, esasen bunun çok da gerekli olmadığı, zira süreç içinde birçok unsurun belirleyici rol oynayacağı belirtilmektedir. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 154.

²⁵⁷ YAVUZ, Cevdet, s: 531, 532

değildir, zaten hastalığın mahiyetine göre süre de değişkenlik göstereceği için hiçbir tıbbi müdahale açısından işin kesin bir süreye bağlanması mümkün olmamaktadır ²⁵⁸.

Tıbbi müdahale sözleşmesinde vekaletin kapsamının, sözleşme konusu işin mahiyetinden anlaşılacağını söylemek mümkündür. Ne tür bir tıbbi müdahalenin ve ne şekilde gerçekleştirileceği önceden açıkça belirlenemeyebilir ve somut duruma göre her olguda farklılıklar gösterebilir. Nitekim TBK m. 504'e göre de "*vekaletin kapsamı sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir*". Tıpta "*hastalık yoktur, hasta vardır*" kabulü ile uyumlu bir şekilde hastalığın seyri, hastadan hastaya pek çok farklılıklar gösterebilir. Hasta organizmasının yapılan müdahalelere cevabının ve şifaya kavuşup kavuşamayacağını önceden kesin olarak öngörülmesi mümkün değildir ²⁵⁹. Hekim hastanın iyileşmesi için elinden geleni yapmakta ancak bir sonucu yani tıbbi müdahalenin kesin olarak başarıya ulaşmasını garanti etmemektedir ²⁶⁰. Vekil, sonuca ulaşmak için belli bir yönde iş görmekle beraber, gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilememesinin tehlikesi, vekile ait olmayıp, buna müvekkil katlanmaktadır ²⁶¹. Böylece tıbbi müdahalenin başarıya ulaşmama riski de hekime ait olmamaktadır ²⁶².

Vekilin müvekkile karşı işi sadakat ve özen ile yapma, müvekkilin iradesine, özellikle onun talimatlarına uygun hareket etme, sır saklama, işi kendisi yapma,

²⁵⁸ AYAN, s: 54; ÖZDEMİR, s: 81; Hekimin hastanın tedavisini belirli bir zaman dilimi içinde bitirmekle yükümlü olmayıp, tedavinin sonuçlarını görebilmek için gereken süre boyunca hastanın takibini devam ettirecek olması, hekimin vekalet sözleşmesi kapsamında zaman kaydına bağlı olmaksızın faaliyet göstereceği ve sözleşmenin hükümlerinin bu süre boyunca etkili olacağı da belirtilmektedir. İNAL, s: 813.

²⁵⁹ SÜTLAŞ, s: 56; aynı yönde İNAL, s: 826; Alman hukukunda tıbbi müdahale sözleşmesi artık kanunda yer alan tipik bir sözleşme olmakla ve ayrıca vekalet hükümlerinin uygulanma imkanı da olmamakla beraber, aynı argümanlar tıbbi müdahale sözleşmesinin hizmet sözleşmesi veya eser sözleşmesine benzerliği değerlendirilirken ileri sürülmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn 4.

²⁶⁰ TANDOĞAN, Cilt II, s: 5; AŞÇIOĞLU, s: 34; MURAT, Doğan, s: 41; AYAN, s: 54, 55; ÖZDEMİR, s: 82, SÜTLAŞ, s: 55, 56; ALKANAT, s: 177.

²⁶¹ Her ne kadar Alman hukukunda tıbbi müdahale sözleşmesine vekalet hükümlerinin uygulanma imkanı bulunmasa da, aynı argümanlar sözleşmenin hizmet sözleşmesi benzeri niteliği bağlamında ileri sürülmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn 5; Yine öğretimizden aynı yönde görüş olarak İNAL, s: 809 vd.

²⁶² TANDOĞAN, Cilt II, s: 39, 40, AŞÇIOĞLU, s: 34; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn 4. Nitekim Serozan'ın da belirttiği gibi, vekil durumundaki avukat veya hekimin "*özel edim eylemleri ile yetinilebilecek eylem borçlarında ise davayı kazanmak veya hastayı iyileştirmek gerekmez, sadece davayı yürütmek ve hastayı tedavi ve ameliyat etmek gerekir.*" SEROZAN, Borçlar Özel, s: 20; İNAL, s: 810.

hesap verme, vekaletin ifası için veya ifa dolayısıyla aldıklarını müvekkile verme borçları ve birlikte vekalet halinde müteselsil sorumluluk ve birlikte hareket zorunluluğu bulunmaktadır²⁶³. Vekilin, üstlendiği işi, dikkatli ve özenli bir şekilde, vekalet verenin güvenine layık olarak yerine getirme yükümlülüğünden dolayı, ihmalkar ve özensiz hareketleri ile verdiği zararlardan sorumlu tutulmaktadır. Vekilin sadakat ve özen borcu, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin davranışı kriter alınarak belirlenmektedir²⁶⁴. TBK m.506'ya²⁶⁵ göre de vekil, vekalet borcunu, yani üstlendiği iş ve hizmetleri bizzat ve vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterik sadakat ve özenle ifa etmekle yükümlüdür²⁶⁶.

Hekim tarafından da hastanın tamamen sağlığına kavuşturulması borçlanılmış değildir, ancak mevcut koşullara göre tıp biliminin ilkeleri doğrultusunda dikkatli ve özenli bir şekilde hastanın sağlığına kavuşması için elinden geleni yapma borcu bulunmaktadır²⁶⁷. Yargıtay'ın kararlarında da 'Tıbbın gerek ve

²⁶³ TANDOĞAN, Cilt II, s: 407, 436, 450, 456, 479, 488, 567; YAVUZ, Cevdet, s: 542; vekilin borçlarına ilişkin olarak ayrıca bkz. İNAL, s: 464 vd.

²⁶⁴ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 313, 314, 315, 316. Vekilin özen ve sadakat borcu hakkında detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. YAVUZ, Cevdet, s: 545 vd, s: 553 vd.

²⁶⁵ TBK m.506: Vekil, vekalet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür.Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterik, 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.

²⁶⁶ YAVUZ, Cevdet, s: 545, 553; AYAN, s: 55.

²⁶⁷ AYAN, s: 55. Alman hukukunda tıbbi müdahale sözleşmesine vekalet hükümleri uygulanmamakla ve hizmet sözleşmesi benzeri bir nitelik taşımakla beraber, aynı şekilde, sonuç değil, fakat bu sonuca, yani hastanın şifaya kavuşması ya da sağlık durumunda bir düzelme olması veya durumunun kötüleşmesinin engellenmesi gibi bir sonuca yönelik özenli faaliyet beklenmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 96; BROX / WALKER, Besonderes, s: 333, kn: 12. Hekim hastayı şifaya kavuşturmayı değil, bu yönde çaba sarfetmeyi taahhüt etmektedir. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 154, 155; " Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zarardan sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçini sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. Doktor hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa tereddüt doğuran durumlarda da bu tereddütünü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Müvekkil (hasta) mesleki bir işgören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarına titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil (doktor) Kanunun 394 / maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır." Yargıtay 13 HD., E. 2011 / 9457, K. 2012 / 8303, T. 27.03.2012, GÖKCAN, s: 1166.

" Davadaki ileri sürüşe ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan tüm kusurları (hafif de

kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır' şeklinde de ifade edildiği üzere, hekimden öncelikle tıbbi tedaviyi mesleki standartlara uygun olarak ve özenle gerçekleştirmesi beklenmektedir ²⁶⁸. Hekimin sadakat ve özen gösterme yükümlülüğü sözleşme hükümlerinin ötesinde yasal düzenlemeler ve mesleki etik kurallarla da düzenlenmiş bulunmaktadır.

Vekalet sözleşmesinde müvekkilin bilgilendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Vekilin bilgilendirme yükümlüğü hesap verme borcu kapsamında ele alınabilir. TBK m. 508 uyarınca vekil, vekalet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekaletle ilişkili olarak aldıklarını vekalet verene vermekle yükümlüdür. Vekalet verenin işin nasıl yürütüldüğünü bilmeye hakkı vardır. Böylece hesap verme borcu, geniş anlamda bir bilgilendirme yükümlülüğü şeklinde kendini göstermektedir ²⁶⁹. Hastanın da kendisine yapılacak her işlemle ilgili bilgilendirilmesi, olasılıkların sunulması gerekmektedir. İlerki bölümlerde etraflıca açıklayacağımız bilgilendirme ve aydınlatma bir bakıma ve aslında vekilin müvekkile hesap verme borcunu da yerine getirmektedir ²⁷⁰.

Tarafların yani hekim ve hastanın, hastaya gerekli tıbbi yardımın yapılması, gereken tıbbi müdahalenin uygulanması konusunda açık veya örtülü şekilde

olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt içeren durumlarda bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de, mesleki bir işgören, doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz özen göstermeyen bir vekil BK m. 394/ 1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır” Yargıtay 13 HD., E. 2015/ 4087, K. 2016 / 7357, T. 09.03. 2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

²⁶⁸ ÖZSUNAY, Ergun / ELVER, Nazan, Hekimin ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s: 89. “ Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390). Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur.....Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yolu seçmekle yükümlüdür. Gereken özeni göstermeyen vekil, , BK'nun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.” Yargıtay 13 HD.,E. 2012/ 13928, K. 2012 / 17203, T. 03.07.2012, Kazancı Bilgi Bankası.

²⁶⁹ YAVUZ, Cevdet, s: 555.

²⁷⁰ SÜTLAŞ, s: 54.

anlaşmalarıyla vekalet sözleşmesi kurulmuş olmaktadır ²⁷¹. Ayrıca bir ücretin ödenmesinin kararlaştırılmış olması şart değildir. Ancak tıbbi müdahaleler karşılığı ücret ödenmesi taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile, TBK m. 502/ 3 ²⁷² uyarınca bu borcun ödenmesi gerekmektedir ²⁷³.

Müvekkilin vekaletten vazgeçme hakkı bulunmaktadır. Müvekkil konumundaki hasta da herhangi bir aşamada müdahaleden ve tıbbi bakım almaktan vazgeçebilir. Aynı şey vekil için de geçerlidir. Hekim de müdahalenin yarım bırakılması hasta için tehlike taşıyorsa ya da tehlike taşımayacağı bir aşamaya getirdikten sonra onun hekimi, dolayısıyla vekili olmaktan vazgeçebilir. İlişkide ağır basan kişisel karakter ve güven unsuru, taraflara sözleşmeyi diledikleri zaman sonlandırma imkanı vermektedir ²⁷⁴. TBK m.512'ye göre de vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilirler. Bu hususlar yönünden de tıbbi müdahale sözleşmesinin vekalet sözleşmesi nitelikleri ile uyumlu olduğu görülmektedir. Yargıtay'ın da pek çok kararında hasta ile hekim arasında kurulmuş ilişkiyi vekalet sözleşmesine dayandırdığı görülmektedir ²⁷⁵.

²⁷¹ AŞÇIOĞLU, s: 37, 38.

²⁷² TBK m.502/ 3: Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.

²⁷³ ÖZDEMİR, s: 82; Her ne kadar Alman hukukunda tıbbi müdahale sözleşmesine vekalet hükümleri uygulanmamakta ise de, aynı husus Alman öğretisinde de dile getirilmektedir. Sözleşmenin kurulma aşamasında ücret genellikle kararlaştırılmamakta, esasen buna pek gerek de bulunmamaktadır, zira süreç içinde birçok unsur belirleyici rol oynamaktadır. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 154.

²⁷⁴ TANDOĞAN, Cilt II, s: 614; AŞÇIOĞLU, s:33; AYAN, s: 59; ÖZDEMİR, s: 82.

²⁷⁵ " Somut olayda davacı ile davalı arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekalet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakta, uyuşmazlığa vekalet hükümleri uygulanması ve doğal olarak da uyuşmazlığın bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir." Yargıtay 13 HD., E. 2008 / 13930, K. 2009 / 3684, T. 19.03.2009, GÖKCAN, s: 1282; "Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, dava vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. Vekil, iş görürken sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. Bu nedenle doktorun meslek alanı içindeki hafif dahi olsa bütün kusurları, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir." Yargıtay 13 HD., E. 2011 / 9575, K. 2012/ 320, T. 17.01.2012, GÖKCAN, s: 1169; " Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre, dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır....Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup en hafif kusurundan bile sorumludur." Yargıtay 13 HD., E. 2010 / 3254, K. 2010 / 10138, T. 07.07.2010, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; Anılan kararlar 01.07.2012 öncesi eski Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde verilmiştir. 6098 sayılı TBK'ya göre vekilin özen borcundan doğan sorumluluğu belirlenirken artık işçinin davranışı değil, TBK m. 506/ 3'e göre, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır.

Görüldüğü gibi birçok açıdan tıbbi müdahale sözleşmesi vekalet ilişkisine dayandırılmaya elverişli gözükmektedir. İş görme edimine ilişkin özel sözleşme tiplerinden herhangi birine uymayan iş görme sözleşmelerine vekalet hükümleri uygulanması da bu yaklaşıma imkan sağlamaktadır.

3. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Kurulması

Hukumuzda ve Alman Hukukundaki görüşlere göre, tıbbi müdahale ya da hekimlik sözleşmesinin kurulması genel hükümlere tabidir. Sözleşmenin kurulmasında şekil serbestisi kuralı geçerlidir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterli olup, irade açıklamalarının belirli bir şekilde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Tarafların, tıbbi tanının ve tedavinin, tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesi hususunda açık veya örtülü şekilde anlaşmaları ile sözleşme kurulmuş olmaktadır²⁷⁶. Hukukumuzda tıbbi müdahale sözleşmesine ağırlıklı olarak vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı göz önüne alındığında ve yapılmış olan açıklamaların da ışığında, herhangi bir şekil şartı aranmaksızın, rızaların karşılıklı uyuşmasının yeterli olduğu, sözleşmenin örtülü rıza ile de kurulabileceği anlaşılmaktadır²⁷⁷.

Hastayla hekim muayenehanede, evde, hastanede vb. çok değişik durum ve koşullar altında karşı karşıya gelseler de, hastanın bir tıbbi yardım talebinin bulunması sözleşmenin başlangıcı için esas alınmaktadır²⁷⁸. Ancak hastanın hekime başvurmuş, hekimin karşısına gelmiş olması sözleşmenin kurulmuş sayılması için tek başına yeterli değildir, zira hekim onu kabul etmek zorunda değildir. Borçlar Hukukunda hakim olan irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkesine göre herkes,

"Dava, davacının eşi A.Ç.'nin, davalı klinikte, davalıların gerçekleştirmiş olduğu normal doğum sırasında gerekli özen ve ihtimamı göstermemeleri nedeniyle bebekte sağ brakial pleksus doğumsal yaralanmasına neden oldukları iddiasıyla maddi ve manevi tazminat istemine yöneliktir. Taraflar arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle vekil konumunda olan ve ameliyatı gerçekleştiren / tedaviyi yapan doktorun bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmesi gerekir." Yargıtay, 13 HD., E. 2014 / 15838, K. 2014 / 35065, T. 10.11.2014, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

²⁷⁶ DEUTSCH/ SPICKHOFF, s: 61, kn: 123; UHLENBRUCK, L/U, § 41 Der Abschluss des Arztvertrages, s: 378, 379, kn: 1; AYAN, s: 56; YILMAZ, s : 20,21; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 496; İNAL, s: 811; JANDA, s: 125; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 40; AŞÇIOĞLU, s: 37, 38; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 281; ÖZDEMİR, s: 56, 65, 82; GEHRLEIN, s: 1, kn: 2; BROX / WALKER, Besonderes, s: 328, 329; İPEKYÜZ, s: 47, 48.

²⁷⁷ YAVUZ, Cevdet, s: 534.

²⁷⁸ UHLENBRUCK, L/U, § 43 Die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 379, kn: 2; JANDA, s: 121; SÜTLAŞ, s: 151.

sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin tarafını belirleme bakımından serbestçe karar verebilecektir ²⁷⁹. Sözleşme serbestisi ilkesi kural olarak tıbbi müdahale

²⁷⁹ Borçlar hukukunda hakim olan kişilerin irade serbestisi (özerkliği) ilkesi, sözleşmeler bağlamında sözleşme özgürlüğü olarak da ifade edilmekte ve sözleşme yapma özgürlüğü ile sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme özgürlüğü olarak iki yönünün bulunduğu açıklanmaktadır. Sözleşme yapma özgürlüğü uyarınca, bir kişi kural olarak, dilediği kimse ile dilediği sözleşmeyi yapmakta serbest olduğu gibi, istemediği bir sözleşmeyi yapmaya da zorunlu değildir. Bununla birlikte sözleşme yapma zorunluluğu teşkil eden ayırık durumlar da bulunmaktadır. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 24; BUSCHE, Jan, Die Begründung von Schuldverhältnissen, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 179, 181; SEROZAN, Borçlar Özel, s: 42, 43; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 40, s: 501; Sözleşme serbestisinin anlamı ve kapsamındaki hususlar hakkında age. s: 503 vd, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü açısından sözleşme serbestisinin sınırları için age. § 41, s: 505 vd; LARENZ, Band I, § 4, s: 41, 42; VON TUHR, Andreas / PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979, § 31, s: 247; *Flume*, sözleşmenin, irade özerkliğini, irade serbestisini yansıtan en sık ortaya çıkan esas, temel formu olması nedeniyle irade özerkliği ile sözleşme serbestisi (serbestliği- özgürlüğü) terimlerinin sıklıkla birbiri yerine kullanıldığını ifade etmektedir. FLUME, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zwitter Band, Das Rechtsgeschäft, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1965, § 1-7, s: 12; *Erman* sözleşme serbestisinin çeşitli anlamlarda kullanılacağını, bir taraftan kişinin sözleşme yapmakta ve karşı tarafı seçmekte özgür olduğunu, diğer taraftan da içeriğini belirlemede, yani sözleşmeyi düzenlemedeki serbestliğini ifade etmektedir. ERMAN, Hasan, s: 603; aynı yönde FIKENTSCHER, § 21- V-2, s: 72; Sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapıp yapmamak hususunda, sözleşmenin şekli hususunda, sözleşmenin içeriğini tayin hususunda söz konusu olmaktadır. Anayasa'nın 48. maddesi herkese sözleşme özgürlüğü (serbestisi) tanımış olup Borçlar Kanununda da kişileri sözleşme yapmaya zorlayıcı hükümler bulunmamaktadır. Bununla birlikte sosyal dengenin aşırı bozulması halinde, bu dengenin kısmen de olsa yeniden kurulması veya daha fazla bozulmasının önlenmesi amacıyla sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiş olabilir. Bu zorunluluk kanun yoluyla getirilmiş olduğu takdirde buna kanundan kaynaklanan sözleşme yapma mecburiyeti denilmektedir. ATAAY, s: 246, 247. Sözleşme yapma mecburiyetinin olduğu durumlar, kamu ihtiyaçlarının giderilmesi ve zorunlu maddelerin sağlanması hizmetleri, güdümlü ekonomi sisteminde sözleşme yapma mecburiyeti, haksız fiil sebebiyle sözleşme yapma mecburiyeti olarak açıklamaktadır. ERMAN, Hasan, s: 605, 606, 607. Posta, telefon, telgraf ya da demiryolu ve deniz taşımacılığı gibi ulaştırma hizmetleri, su, gaz, elektrik kullandırma hizmetleri kimi zaman kamu hukuku, kimi zaman özel hukuk kurallarına tabi olarak yerine getirilebilirler. Bu tür hizmetler bağlamında genellikle kanundan kaynaklanan bir sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 33, s: 278, 279, 280; aynı yönde KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 41, s: 506; kn: 3; FIKENTSCHER, § 21- VI- 1; Özel hukuk bağlamında sözleşme yapma zorunluluğu ya da yükümlülüğüne ilişkin de çeşitli durumlar gündeme gelebilir. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 33, s: 278 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 41, s: 507; *Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop*, sözleşme özgürlüğünü, kişilerin diledikleri sözleşmeyi geçerli olarak yapabilmek hususunda sahip oldukları özgürlük şeklinde tanımlamaktadırlar. Tarafların bir sözleşmeyi yapmak zorunda bulunmamaları, sözleşmenin içeriğini serbestçe tespit edebilmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi belirleyebilmeleri, sözleşmeyi karşılıklı anlaşarak ortadan kaldırebilmeleri, sözleşmenin içeriğini değiştirebilmeleri gibi hususlardaki özgürlükler sözleşme serbestisi (özgürlüğü) kavramı içinde yer almaktadır. Hiç kimse istemediği bir sözleşmeyi yapmak zorunda olmamakla beraber, halk için son derece önemli bazı ihtiyaçların karşılayan sözleşmelerin yapılması bazı özel kurallarla zorunlu hale getirildiği ifade edilmektedir. TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 483 vd. Aynı yönde KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 40, s: 503, kn: 4 ; benzer görüşler olarak FIKENTSCHER, § 21-VI- 1, s: 73; *"Bireylerin, özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde özgürce kurabilme ve düzenleyebilme yetkisine sözleşme özgürlüğü denir. Bu özgürlük geniş bir*

sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Buna göre, hastanın hekimi serbestçe seçebilme hakkı gibi, acil durumlar dışında kural olarak hekimin de karşısına gelen her hastayı kabul etmesi gerekmekte, hastanın tıbbi müdahalesini üstlenip

kavram olup, tarafların bir sözleşme yapmak zorunda bulunmaması, sözleşmenin içeriğini özgürce saptayabilmeleri, kendisiyle sözleşme yapabilecek kimseyi seçmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi belirleyebilmeleri, sözleşmeyi karşılıklı anlaşma ile ortadan kaldırebilmeleri, sözleşmenin içeriğini değiştirebilmeleri..hususundaki özgürlükler hep bu kavram içinde yer alır.” KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeler, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s: 255, 256; Yine benzer şekilde, sözleşme serbestisi (özgürlüğü), hukuk düzeninin sınırları içinde kişilerin irade beyanlarıyla diledikleri hukuki sonuçları meydana getirebilme özgürlüğü ya da benzer şekilde, tarafların aralarında bir sözleşme kurarken onun içeriğini ve kapsamını diledikleri gibi belirleyebilmeleri şeklinde tanımlanmaktadır. Sözleşme serbestisi, kendi içinde, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü, şekil serbestisini, sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüğünü, sözleşmenin konusunu ve içeriğini belirleme özgürlüğünü kapsamaktadır. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü uyarınca kimse bir sözleşme yapmaya zorlanamayacağı gibi, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü uyarınca da kural olarak herkes dilediği sözleşmeyi dilediği kimse ile yapabilir. Bununla beraber kamu hizmeti gören kurumlar ya da hukuki ve fiili tekele sahip bulunan kimselerin belli kişilerle sözleşme yapmaktan kaçınmayacağı, kamu kurumlarının kanundan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu bulunurken, fiili tekel sahiplerinin de haklı bir sebep olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmalarının hakkın kötüye kullanımını teşkil edeceği belirtilmektedir. YAVUZ, Cevdet, s: 4, 5; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 61; aynı yönde KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 40, s: 503, 504; Sözleşme serbestisi ilkesine göre taraflar edimin ne olacağı ve borç ilişkisinin diğer kurallarının belirlenmesinde serbest bırakılmışlardır ve bu ilke bir kimsenin bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta ve dilediği kimse ile yapmakta özgür olmasını ifade etmektedir. Yine tarafların, yapacakları sözleşmenin konu ve kapsamını serbestçe tayin edebilmeleri şeklinde de tanımlanmaktadır. Bununla beraber sözleşmenin emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlak ve adaba, kişilik haklarına aykırı olmaması ve konusunun imkansız olmaması gerekmektedir. SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halid Kemal, Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, 1. Cilt, İsmail Akgün Matbaacılık ve Kitapçılık Müesseseleri, İstanbul 1958, s:132 vd; KARAHASAN, Sözleşmeler, s: 257 vd; SEROZAN, Rona, Kanun ve Uygulanması Hakkında Genel Bilgiler, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 50, 51; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 42, s: 525 vd; ATAAY, s: 250, 251; NOMER, s: 74, kn: 50; AYBAY, s: 36, 37; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s: 101-106. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 62, 63; İNAL, s: 312 vd; ERMAN, Hasan, s: 610 vd; benzer görüşler olarak FIKENTSCHER, § 21- VI- 2, s: 74; Bu bağlamda Serozan'ın sözleşme serbestliği ilkesi ve ayrıca özel- bireysel mülkiyet kavramlarının önemini vurgulamak amacıyla yapmış olduğu çarpıcı açıklamaya da yer vermek istedik, şöyle ki: “ Sözleşme serbestliği kavramının temel yasası Borçlar Kanunu, özel – bireysel mülkiyet kavramının temel yasası Medeni Kanun ile bir arada, toplumun ekonomi ve hukuk sisteminin ana yasasını oluşturur. Sözleşme serbestliği ve dolayısıyla Borçlar Kanunun olmaksızın özel – bireysel mülkiyet, özel –bireysel mülkiyet ve dolayısıyla Medeni Kanun olmaksızın sözleşme serbestliği, bu ikisi olmaksızın da ekonomik üretim ve mal değiş tokuşu sisteminin ve ona bağlı hukuk sisteminin çarkları dönmez.” SEROZAN, Şerh, s: 1; Sözleşme serbestisi hakkında daha fazla açıklama için ayrıca bkz. SCHWARTZ, s: 264 vd, 326 vd. TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s 159, 164 vd; KILIÇOĞLU, s: 109 vd; EREN, s: 313 vd; Alman hukukundan bilgi, görüş ve açıklamalar için bkz. FLUME, § 1-7, s: 12 vd.; FIKENTSCHER, § 21, s: 69 vd ; LARENZ, Band I, § 4, s: 40 vd; ESSER, Josef / SCHMIDT, Eike, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband I, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 7. Auflage, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 10 I, s. 155 vd; BROX / WALKER, Allgemeines, s: 27, kn: 1, 2; MEDICUS, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1992, s: 33 vd ve ayrıca sözleşme yapma zorunluluğu için age. s: 39 vd.; İsviçre hukukundan bilgi, görüş ve açıklamalar için bkz. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, (1.Lieferung), § 31, s: 247 vd.

üstlenmeme konusunda mesleki özerkliği bulunmaktadır²⁸⁰. Ancak hekimin hastayı kabul etmesi, tanıya ve tedaviye yönelik bazı işlemlerde bulunması sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması bakımından yeterli kabul edilmektedir²⁸¹.

TBK m.6 uyarınca, öneren, kanun ya da işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Bununla birlikte, TBK m. 503'ün "*Kendisine bir işin görülmesi önerilen, işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır*" hükmü de²⁸² göz önünde bulundurulduğunda, hekimin bakım sunmak istemediği hastayı derhal reddetmesi gerekmektedir. Hasta hekim tarafından açık bir kabul bekleme durumunda olmayıp, hekim, TBK m. 503 ile örtüşen konumu nedeniyle hastanın başvurusunu hemen reddetmediği takdirde tıbbi müdahale sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır²⁸³. Hekimlerin kendilerine yapılan icabı derhal reddetmedikleri takdirde vekaletin kabul edilmiş ve sözleşmenin kurulmuş sayılmasının, hizmetlerini kamuya arz etmelerinden ve ruhsatları dolayısıyla bir çeşit tekel sahibi olmalarından kaynaklandığı belirtilmektedir²⁸⁴.

Özel sağlık kuruluşunun sözleşmenin tarafı olduğu hallerde, hastanın ilgili birime götürülmesi, hasta veya yasal temsilcisinin hastalığın türüne göre ilgili

²⁸⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 92, kn: 125; UHLENBRUCK, L/U, § 41 Der Abschluss des Arztvertrages, s: 368, kn: 2; JANDA, s: 123; AYAN, s: 57; ÖZDEMİR, s: 66. Ayrıca bkz. ilerleyen bölümlerde Hekimin Mesleki Özerkliği bahsi; hekimler de bir tür tekel konumunda oldukları için örneğin taşra hekiminin haklı bir sebep yokken gece çağrıldığı hastaya bakmaktan kaçınması gibi bir durum sözleşme serbestliğine sınır teşkil etmektedir. FIKENTSCHE, § 21-VI-1, s: 73.

²⁸¹ UHLENBRUCK, L/U, § 43 Die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 379, kn: 2; AYAN, s: 55; AŞÇIOĞLU, s: 24; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 281; İNAL, s. 811; *Serozan'ın örneğine göre, "Hasta doktora telefon ederek onu evine çağırıyor: Sözleşmenin oluşması! Doktor eve gelip hastayı muayene ediyor: Borcun ifa edilmesi!"*. Her ne kadar temerrüt ve üçüncü şahsın fiilini taahhüt çalışma konumuzun dışında kalan hususlar olsa da, örneğin devamı da şu şekildedir: "*Hasta eve gelen doktora kapıyı açmıyor: Alacaklı temerrüdü tipinde ifa engeli! Doktor eve gelmeyi unutmuyor: Borçlu temerrüdü tipinde ifa engeli! Doktorun eşi telefonda sırf hasta başka bir doktora başvurmasını diye, doktorun geleceğini garanti ediyor: Üçüncü şahsın fiilini taahhüt şeklinde üçlü ilişki!*" SEROZAN, Rona (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, § 1, s: 4, kn: 2.

²⁸² "*Hemen*" deyiminin somut olayın şartlarına göre yorumlanması gerekmektedir. YAVUZ, Cevdet, s: 535.

²⁸³ ÖZDEMİR, s: 67; YAVUZ, Cevdet, s: 534; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 314; İNAL, s: 816, 819.

²⁸⁴ TANDOĞAN, Cilt II, s: 389; AŞÇIOĞLU, s: 37; YAVUZ, Cevdet, s: 534.

birimlerden fiş alması, hatta özel sağlık kurum ve kuruluşlarının önceden ilgili birimleri açmaları ve bunu ilan etmeleri durumunda, hastaların bu kurum veya kuruluşa başvurmalarıyla da sözleşmenin zımnen kurulmuş olacağından söz edilmektedir ²⁸⁵. Ancak kanımızca üzerinde durulması gereken bir husus olarak, hastanın serbest çalışan bir hekime başvurması halinde sözleşme doğrudan hasta ile hekim arasında kurulmakla beraber, hastanın özel bir sağlık kuruluşuna başvurduğu hallerde, sözleşmenin tarafı sağlık kuruluşu olmakta, hekim ise ifa yardımcısı konumunda bulunmaktadır ²⁸⁶. Bu durumda teorik olarak hekim ile hasta arasında kurulmuş bir sözleşme mevcut değildir, ancak hasta üzerindeki tıbbi müdahaleler hekim tarafından gerçekleştirilmektedir. Nitekim Alman hukukundan görüşler de, benzer şekilde, sözleşmenin hizmeti sunan bir topluluk, sağlık kurumu, hastane vb. gibi bir tüzel kişi ile kurulması durumunda, sözleşmeye taraf olan ile tıbbi bakımı sunan kişinin farklı olduğunu, hekim sözleşmenin tarafı olmamakla beraber, vaat edilen tıbbi edimleri yerine getirmenin onun yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedirler ²⁸⁷.

Peki, hastanın yalnızca sağlık kuruluşunun ilgili birimine başvurarak kayıt yaptırması, ödeme yaparak fiş ve sıra alması gibi hareketlerin, hasta kendisine tıbbi bakım sunacak, tıbbi müdahaleleri yerine getirecek kişi olarak hekimin karşısına henüz gelmemiş olduğu bir aşamada, sözleşmenin başlangıcı olarak ele alınması ne kadar yerindedir? Oysaki hekimin bu hastayı kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanımızca, hastanın sağlık kuruluşunun kayıt birimince kabul edilmiş ve hatta kendi edimi olan muayene ücretini ödemiş olması dahi, henüz hekim tarafından yapılmış açık ya da örtülü bir kabul olmadıkça sözleşmenin kurulmuş sayılması için yeterli olmamalı, hasta hekimin önüne ya da somut duruma göre hekim hastanın başına gelip, anamnez, muayene vb. şeklinde hastaya el atmaya yönelik birtakım faaliyetlere başlamasıyla sözleşme kurulmuş sayılmalıdır ²⁸⁸.

²⁸⁵ ÖZDEMİR, s: 56.

²⁸⁶ AYAN, s: 131; KICALIOĞLU, s: 92; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 242, 243; GÜLEL, s: 594; DOĞAN, Murat, s: 42.

²⁸⁷ JANDA, s: 125. Hekimin sözleşmenin tarafı olmadığı yönünde bkz. BROX / WALKER, Besonderes, s: 330, kn: 6.

²⁸⁸ Hekimler başvuran bir hastayı değerlendirdikten sonra tedavi serbestliği ilkesine dayanarak onun daha fazla takibe ve tedaviye ihtiyacı olmadığını düşünerek ya da başka nedenlerle aradaki ilişkiyi sona erdirebilecek olsalar da, bir hastayı en başından reddetmeleri, genellikle geçmişteki bir olay nedeniyle aradaki güvenin kaybedilmiş olması ya da benzeri bir nedenden kaynaklanır. Bir başka deyişle hekimlerin bir hastayı reddetmeleri sıklıkla önceden verilmiş bir karara dayanır. Günümüzde neredeyse zorunlu olarak bilgisayar teknolojisinden yararlanma ve tıbbi kayıtları elektronik ortamda

Ancak bu hususta da, az önce hekim için yapmış olduğumuz, hasta ile henüz karşılaşmadan, aralarında sözleşmenin kurulmuş olduğu yönündeki kabulün yerinde olmadığı şeklindeki açıklamalarımız, hasta bakımından da geçerli olmalı mıdır diye bir soru sorulabilir. Hasta sağlık kuruluşunun ilgili birimine başvurmakla sözleşmenin tarafı konumuna gelmekte, ancak kendine tanınmış olan, hekimi seçme hakkı ile uyumlu olmayan bir şekilde, esasen henüz hekim ile karşılaşmadığı ve kim olduğu konusunda dahi bilgi sahibi olmadığı bir durum ortaya çıkmaktadır. İşte bu noktada, sağlık kurum ve kuruluşlarının branşlara göre hekim kadrolarını, başvuran hastaların görecekleri şekilde tabela veya panolarda ilan etmeleri, ayrıca fiş kesildiği aşamada hekimlerin kimliği hakkında bilgilendirerek seçim fırsatı tanımaları, yine hastaların randevu aşamasında hekim tercihi yapabilmeleri de, hastaların hekimi seçme haklarını kullanmalarına ve onlar açısından da geçerli olan sözleşme serbestisi ilkesinin zedelenmemesine imkan sağlamaktadır.

Amerikan hukukundan bir görüşe göre de hekimin kendi yetenekleriyle ve hastanın talepleri ile bağdaşır bir bakımı sunmayı kabul etmesiyle sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaktadır²⁸⁹. Kişi, hekimden hizmet almaya yönelik talepte bulunmakta, hekim de buna denk gelen sağlık hizmetini sunmaya başlayarak, sözleşme açık ya da örtülü şekilde kurulmaktadır. Hasta hekimin sunduğu hizmetler karşılığı genel olarak ödeme yapmayı ya da diğer gerekli önlemleri yerine getirmeyi kabul etmektedir. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişkinin kurulması için formal bir dilin kullanılmış olması da aranmamaktadır. Bu değiş tokuşla kurulan sözleşme, hekim-hasta ilişkisine zemin oluşturmaktadır²⁹⁰.

Tıbbi bakımın sunulmasına ilişkin açık bir icap ve kabul olmasa bile, eğer koşullar bir arada değerlendirildiğinde böyle bir ilişkinin varlığına işaret etmekte ise,

tutma durumunda olan sağlık kurumlarında, hekimin hasta henüz karşısına gelmeden de, şayet ismen tanıyor, kuruma başvurmuş olduğundan haberdar olması mümkün hale gelmiştir. Her ne kadar kayıt görevlilerince hastaya hekim tarafından kabul edilmek istenmediği yönünde bir açıklamada bulunulmasının hoş karşılanmayacağı düşünülebilir olsa da, durumun acil olmadığı yönünde kuşku bulunmuyorsa ve hastanın başka şekilde sağlık hizmetine ulaşma fırsatı da varsa, tıbbi bakımı sunacak kişi olarak hekim tarafından henüz onaylanmaksızın, yalnızca hasta kabul biriminde görevli herhangi bir çalışanın kayıt almış olmasının hekimi hastaya bakma zorunluluğuna sokması kanımızca yerinde bir yaklaşım değildir.

²⁸⁹ BOUMIL, Marcia M / ELIAS, Clifford E /MOES, Diane Bissonnette, Medical Liability in a Nutshell, 2 nd Edition, Thomson- West 2003, s: 6.

²⁹⁰ BOUMIL /ELIAS /MOES, s: 234.

sözleşmenin kurulmuş olduğu yönünde ele alınmaktadır ²⁹¹. Sözleşmelerin kurulmasında geçerli olan, örtülü kabul kuralının, hasta ve yasal temsilcileri için de söz konusu olduğu, hastalıklarının özelliğine göre ilgili birime başvurdıklarında, icap ve kabul unsurlarının varlığı açıkça aranmaksızın sözleşmenin kurulmuş olacağı belirtilmektedir ²⁹².

Sözleşmeye taraf olan hastanın ödeyeceği ücretin ayrıca kararlaştırılmış olması şart değildir. Ücret kararlaştırılmış olmasa dahi, TBK m. 502 uyarınca ve yine yukarıda yapılan açıklamalar ile de uyumlu şekilde vekil yani hekim ücrete hak kazanmaktadır ²⁹³.

Alman hukukunda tıbbi müdahale sözleşmesine vekalet değil hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanıyor olmakla beraber, taraflar açıkça üzerinde anlaşmış olmasalar bile, ücretin ödeneceğinin zımnen kararlaştırılmış olduğu aynı şekilde kabul edilmektedir. Ancak bu husus özel hastalar için geçerli olup, sosyal güvence kapsamındaki hastaların ödemeleri ise ilgili yasal düzenlemelere göre sağlanmaktadır ²⁹⁴.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin genel olarak böyle örtülü bir şekilde kurulması nedeniyle, yazılı şekilde yapılmış sözleşmeler ile çok sık karşılaşmadığı, hasta ile hekimin, hak ve borçlarını ortaya koyan yazılı bir sözleşme metni hazırlamaktan ziyade, sözleşmeyi kurdukları ilişkiyle şekillendirdikleri ifade edilmektedir ²⁹⁵. Bu süreç içinde hasta herhangi bir zarara uğramadığı takdirde, sözleşmenin varlığı ve

²⁹¹ BOUMIL /ELIAS / MOES, s: 6.

²⁹² UHLENBRUCK, L/U, § 43 Die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 379, kn: 1; JANDA, s: 143; ÖZDEMİR, s: 68.

²⁹³ TANDOĞAN, Cilt II, s: 575; AŞÇIOĞLU, s: 33; ÖZDEMİR, s: 82; Bununla birlikte, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde söz edeceğimiz üzere, hastanın alacağı tıbbi bakım karşılığında ödemesi gereken ücret hususunda önceden bilgilendirilmesi gerektiği de kabul edilmektedir.

²⁹⁴ JANDA, s: 143. Ayrıca bkz. yukarıda Krankenkasse ve Kassenpatient ile ilgili açıklamalar. JANDA, s: 39-69; Sözleşmenin kurulma aşamasında ücret genellikle kararlaştırılmamakta, esasen buna pek gerek de bulunmamaktadır, zira süreç içinde birçok unsur belirleyici rol oynamaktadır. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 154.

²⁹⁵ SÜTLAŞ, s: 53; *Deutsch* ve *Spickhoff* tarafların sözleşme içeriğine özel hükümler ekleyebildiklerinden ve hastanelerin hazırladıkları tipik sözleşme koşullarını bireysel sözleşmelere uyguladıklarından söz etmektedirler. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 79, kn: 105.

bundan kaynaklanan yükümlülükler söz konusu dahi edilmezken, ancak bir zarar ortaya çıktığı takdirde sözleşme ve sözleşmenin ihlali gündeme gelmektedirler ²⁹⁶.

Tam da bu noktada tıbbi müdahale sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması daha mı yerinde olur şeklinde bir soru akla gelmektedir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı şekilde ele alınacağı üzere, hekimin gerçekleştireceği müdahaleler öncesinde hastanın rızasını alması ve bu rıza öncesinde de onu uygun şekilde aydınlatması gerekmektedir. Ameliyatlar ve kanunda öngörülmuş bazı müdahaleler dışında rızanın yazılı olması aranmamakta ise de, ispat kolaylığı açısından yazılı olması tercih edilmektedir. Aydınlatılmış rıza formunun, hekimin hastaya uygulamayı öngördüğü tıbbi müdahaleyi etraflıca ortaya koyması ve hastanın da bunu kabul etmiş olması nedeniyle iradelerin uyuştüğünü gösteren ve böylece kurulduğu varsayılan sözleşme hükümlerini kısmen de olsa ortaya koyan yazılı bir metin niteliğinde olduğu söylenebilir. Hatta hastadan beklenen edimler de bu forma eklenmiş olduğu takdirde, yazılı bir sözleşme metni olarak ele alınması bakımından bir engel olmadığı da düşünülebilir. *Uhlenbruck* da uzun sürecek ve maliyetli tedaviler söz konusu olduğunda, benzer şekilde yazılı rızanın gerektiği cerrahi girişimlerde, sözleşmenin de ispat amacıyla yazılı olması gerektiği görüşündedir ²⁹⁷. Nitekim hastane yatışları öncesinde de, tedavi ücretine ait açıklamalar da içeren muvafakatnemelerin imzalandığı görülmektedir. Buna mukabil, en basit bir poliklinik muayenesi ve devamında yazılacak bir reçete, hatta yalnızca hekim tarafından sunulacak bir önerinin dahi tıbbi müdahale olarak ele alındığı düşünüldüğünde, yazılı sözleşme yapılması şeklinde bir uygulamanın, özellikle hekim sayısının az, hasta sayısının fazla olduğu birimlerde, kilitlemelere yol açacağını, sağlık hizmeti sunmayı imkansız hale getireceğini tahmin etmek zor değildir. Bunun ötesinde, özellikle tanıya yönelik işlemlerin yapıldığı ilk aşamada, neyin yapılacağını önceden tam olarak kestirilemesi de pek mümkün olmayıp, aşama aşama bir sonraki muayeneye ya da müdahaleye geçildiğinden, yazılı sözleşmeler düzenlenmesi pek isabetli olmayacaktır.

²⁹⁶ SÜTLAŞ, s: 53; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 68; KURT, Ekrem, Hekimlik Sözleşmeleri, T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s, 59; İPEKYÜZ, s: 13.

²⁹⁷ UHLENBRUCK, L/U, § 43 Die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 379, kn: 4.

Sonuçta, tarafların, hekimin, herhangi bir zaman kaydına bağlı olmaksızın, iyileşme garantisi vermeksizin ve sonucun elde edilmemesi riskini taşımaksızın, mesleki bilgi ve becerisini kullanarak, başta hastanın tanı ve tedavisi olmak üzere bir iş görme edimini yüklenmiş olması hususunda, açık veya örtülü olarak anlaşmış olmaları halinde, bu unsurların tıbbi müdahale sözleşmesinin kurulması için yeterli olduğu kabul edilmektedir.

4. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Tarafları

Tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafları, hekimin serbest çalışan bir hekim olması durumunda, hastanın tıbbi müdahalesini gerçekleştiren hekim ve bunun karşılığında bir ücret ödeyecek olan hastadır²⁹⁸. Ancak tedavinin bir sağlık kurumunda gerçekleştirilecek olması ve hastanın tıbbi müdahale edimini de içerecek şekilde özel sağlık kurumunun işleticisi ile bir sözleşme ilişkisine girmesi durumunda, sözleşmenin tarafı da bu sağlık kurumunun işleticisi olmaktadır²⁹⁹. Çocuğun tedavisi sırasında ise anne- baba hekimle üçüncü kişi yararına bir sözleşme

²⁹⁸ GEHRLEIN, s: 1, kn:3; JANDA, s: 125; KICALIOĞLU, s: 61; İPEKYÜZ, s: 16; GÜLEL, s: 609; BROX / WALKER, Besonderes, s: 333, kn: 12; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 242.

²⁹⁹ KICALIOĞLU, s: 91; ŞENOCAK Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 243; DOĞAN, Murat, s: 42; ÖZDEMİR, s: 89; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 82, kn: 109; Sözleşmenin tarafının bir tüzel kişi olması durumunda aslında müdahaleyi gerçekleştiren ile sözleşmenin tarafı farklı kişiler olmaktadır. Alman Medeni Kanununda Behandlungsvertrag (tedavi sözleşmesi) adıyla düzenlenmiş olan sözleşmede, sözleşmenin hasta karşısındaki tarafından söz ederken hekim ya da sağlık kurumu/ kuruluşu değil tedavi eden (Behandelnder) ifadesi kullanılmaktadır. Kanun koyucunun bu ifade ile bizzat tedaviyi gerçekleştireni değil, vaat edilen tedavinin gerçekleştirilmesi yükümlülüğünde olanı, yani sözleşmenin tarafını kastettiği belirtilmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafı ile, müdahaleyi gerçekleştiren farklı kişiler olabilmektedir. JANDA, s: 125. Yakın zamanlarda sağlık sistemimizde göreceli sık karşılaşılan bir uygulama ise, özel bir sağlık kurumunun çatısı altında mesleklerini icra eden hekimlerden şirket kurma yönünde taleplerde bulunulmasıdır. Bu bağlamda İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun No. 6645, Kabul T: 04.04.2015, RG T: 23.04.2015, S:29335) ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen Ek 10. maddenin, SGK ile sözleşmesi olan özel sağlık kurumlarının, bünyelerinde çalışan hekimlerden fatura karşılığı hizmet almalarına imkan veren düzenlemesine dikkat çekilmektedir. (http://www.ttb.org.tr/haberarsiv_goster.php?Guid). Madde düzenlemesinde, sözleşmelerinde aksine bir hüküm olmadıkça, şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimlerin, özel sağlık kurumlarıyla çalışmaları halinde, sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça sigortalı sayılacakları da yer almaktadır. Hekimler tarafından büyük olumsuzlukla karşılanan bu uygulamanın temelinde sağlık kurumunun bir işveren olarak yükümlülüklerinden kurtulma ya da başka amaçlar taşıyıp taşımadığı, konumuzla doğrudan ilgili olmamakla beraber, elbette ki önemli bir husustur. Böyle bir durumda sağlık kurumunun tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı olup olmayacağı, dolayısıyla da hekimin sağlık kurumunun ifa yardımcısı konumunda olup olmayacağı noktasında da bir sorunsal göze çarpmaktadır. Hasta genel sağlık sigortası kapsamında olmadığı takdirde ya da aldığı sağlık hizmeti bu kapsamda olmadığı takdirde ise uygulamanın başka bir takım farklılıklar da göstereceği düşünülebilir. İlişkili birçok farklı detayın da varlığı göz önünde tutulduğunda bunun ayrıca ele alınarak irdelenmesi gereken bir husus olduğu görülmektedir. Ancak çalışma konumuz üzerinde doğrudan etkisi bulunmadığından burada üzerinde durulmamıştır.

ilişkinde girmektedirler. Elbette, tıbbi bakım alacak olan üçüncü kişi illaki çocuk olmayıp, ehliyetli ya da ehliyetsiz herhangi bir yetişkin de olabilir ³⁰⁰.

Üçüncü kişi yararına bir sözleşmenin varlığında hasta dışındaki bir kişi sözleşmenin tarafı olmaktadır. Bir tüzel kişinin çalışanları için sağlık kuruluşlarıyla yaptıkları tıbbi müdahale sözleşmeleri de bu yönde örnek teşkil edebilmektedir ³⁰¹. Yine hastaların ehliyetsiz, bilinci kapalı, ya da rıza açıklamaya engel teşkil edecek herhangi bir durumdan dolayı sözleşmesel bir ilişki kuramayacakları hallerde dahi, uygulamada yine böyle bir sözleşmesel ilişkinin varlığının kabul edildiğinden ve bilinci kapalı ya da ehliyetsiz kişi yararına hareket eden diğer bir kişinin hekim-hasta ilişkisinin tarafı olarak ele alınabileceğinden ³⁰², doğum öncesi dönemde ve

³⁰⁰ GEHRLEIN, s: 8, kn:20; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 21; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 154; ŞENOCAK, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 50, Sayı: 4, Yıl: 2001, s: 76, 77; OEHLER, Wolfgang, Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler (Çev.ÜNVER, Yener),Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt: VI, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 18; BROX / WALKER, Besonderes, s: 329; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 347; Ebeveynin ya da daha kapsamlı olarak yasal temsilcinin çocuk ya da kısıtlı için sözleşmelere taraf olması hakkında açıklamalar için bkz. VON TUHR / PETERS, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 43, s: 380; karşı bir görüş olarak bkz. GÜLEL, s: 620.

³⁰¹ Bir sözleşme ilişkisinde borçlu, bizzat alacaklıya değil de, onun yerine üçüncü bir kişiye ifada bulunmakla yükümlü olursa, üçüncü kişi lehine ya da yararına bir sözleşmeden söz edilmektedir. Lehine sözleşme yapılan kişi sözleşme ile kendisine sağlanan hakları talep edebildiği takdirde tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin, kendisi talep edemiyor yalnızca sözleşmenin tarafı olan kişi talep edebiliyorsa eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığından söz edilmektedir. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişi lehine hüküm koydurtan tarafa vaat ettiren, üçüncü kişiye ifada bulunmayı taahhüt eden tarafa vaat eden ve kendisine ifada bulunulacak üçüncü kişiye lehdar (yararına işlem yapılan kişi) denmektedir. Lehdarın ifayı bizzat isteyemediği, ona ifada bulunulmasını sadece vaat ettirenin-alacaklının- isteyebildiği sözleşmelere, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme, lehdarın ifayı vaat edenden – borçludan- isteyebildiği sözleşmelere tam üçüncü kişi yararına sözleşme adı verilmektedir. OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s: 429, 430; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 348; Üçüncü kişi yararına sözleşmeler hakkında daha fazla açıklama için ayrıca bkz. BUSCHE, Jan, Die Begründung von Schuldverhältnissen, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 185; VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 82, s: 236 vd, § 83, s: 246 vd; LARENZ, Band I, § 17, s: 217; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 346 vd; FIKENTSCER, § 37, s: 148 vd; SCHWARTZ, s: 398 vd.; BROX / WALKER, Allgemeines, s: 359 vd; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 289 vd. ; ÖZ, Turgut, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, TBK m. 129, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s: 1011- 1036; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 133; SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s: 319 vd; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:271 vd; AYBAY, s: 140; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 537 vd; NOMER, s: 450 vd; EREN, s: 963, s: 1174 vd.

³⁰² BOUMIL / ELIAS /MOES, s: 7. Janda da bu konuda farklı görüşler bulunduğundan söz etmektedir. JANDA, s: 126.

doğum sırasında zarar gören fetusların da anne ile yapılmış üçüncü kişi yararına sözleşmenin koruma alanında olduklarından söz edilmektedir³⁰³.

Tarafların ehliyeti bakımından genel esaslar uygulanmaktadır. Tam ehliyetliler, ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kanunda sayılmış herhangi bir nedenle kısıtlanmamış olan kişilerdir. Bu kişiler tam fiil ehliyetine sahip olmaları nedeniyle, tıbbi müdahale sözleşmesine de tek başlarına taraf olabilirler. Tıbbi müdahale sözleşmesi sınırlı ehliyetliler için getirilmiş olan kısıtlamaların dışında kaldığından sınırlı ehliyetlilerin de sözleşme yapabilmeleri yönünde bir engel bulunmamaktadır. Sınırlı ehliyetsizler ayırt etme gücüne sahip küçüklerle kısıtlılardan oluşmaktadır. Tam ehliyetsizler ise ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler olup, fiil ehliyetleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kişiler tek başlarına tıbbi müdahale sözleşmesine taraf olamayacaklarından, hukukumuz yanı sıra Alman öğretisine göre de, sözleşmenin yasal temsilcileri tarafından yapılması gerekmektedir³⁰⁴.

³⁰³ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 22; İstenmeden oluşan gebelikler veya diğer partnerin cinsel yaşamının etkilendiği bazı durumlarda da eşin ya da yaşam partnerinin üçüncü kişi yararına sözleşmenin koruma alanına çekilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Age, kn: 22.

³⁰⁴ Herhangi bir hukuki işlemi yapmaya muktedir olan kimse tam ehliyetlidir. Hiçbir hukuki işlemi yapamayan ya da yaptığı hukuki işlem kanunen hiçbir hüküm ifade etmeyen kimse tam ehliyetsizdir. Bu durum özellikle ayırt etme gücü bulunmayan kişiler bakımından söz konusudur. Bu iki durum arasında sınırlı ehliyetliler ve sınırlı ehliyetsizler yer almaktadır. Sınırlı ehliyetlilerin kural olarak ehliyetleri vardır, ancak kanunun belirlediği bazı işlemleri tek başlarına yapamazlar. Sınırlı ehliyetsizler ise esas itibarıyla ehliyetsizdirler, fakat belli bazı hukuki işlemleri yapabilirler. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar bu gruba girmektedirler. SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s: 83. "Temyiz kudreti, makul surette hareket etmek ehliyetinin tazammun ettiği ruh halini ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle temyiz kudreti, kişinin tavır ve hareketlerinin saiklerini ve neticelerini doğru olarak idrak edebilmek veya doğru bir idrake uygun hareket edebilmek ehliyeti olarak da tanımlanmaktadır. Yaş küçüklüğü, akıl marazı, sarhoşluk ve buna benzer haller nedeniyle ortaya çıkan geçici zihinsel bozukluklar da temyiz kudretini kaldırmaktadır." SCHWARTZ, s: 116, 117; " Umumi manasında fiil ehliyeti, hukuken hüküm ve tesiri olmak üzere harekette bulunmak, yani herhangi neviden hukuki fiilleri icra edebilmek ehliyetidir: mesela bir akit yapmak, bir vasiyetname tesis etmek, kendilerine has hukuki hükümleri husulse getirmek üzere bir hırsızlık veya bir cisamani zarar ıka etmek vs gibi. Fiil ehliyeti en kat'i şekilde hak ehliyetinden ayrı tutulmalıdır: hak ehliyeti, haklara sahip olabilme, mesela hususi hukuk sahasında malik, alacaklı, mirasçı vs. olabilme ehliyetidir. Bu iki ehliyet mantıkan ve maddeten birbirinden tamamıyla müstaklidir... Tam fiil ehliyetini haiz olabilme için, insan bedeni ve fikri inkişaf itibarıyla muayyen bir olgunluğa erişmiş olmalıdır. Bu olgunluk kademesine rüşt-Mündigheit- ve bu kademeğe varan insana hukuk dilinde reşit- mündig- denilir. İnsan rüşt yaşına varmakla, veya daha önce evlenme yahut kazai rüşt suretiyle reşit olur. Bu şartlar tahakkuk edince, insan normal olarak, tam muamele ehliyetini ifade etmek üzere, tam fiil ehliyetini haizdir." " Fiil ehliyetini haiz olan kimselerin karşısında fiil ehliyetini haiz olmayan kimseler yer alır. Tam olmayan fiil ehliyeti de gene kısmen tam fiil ehliyetsizliği, kısmen ise ancak mahdut fiil ehliyetsizliği olabilir.... Gayrimümeyyizler: aleliltlak gayrimümeyyizlerde fiil ehliyetsizliği vardır. Gayrیرهşitler, rüşt yaşına henüz varmamış ve ne evlenmiş ne de kazai rüşte ulaşmış olan kimselerdir. Bunlar kısmen gayrimümeyyizdir (ilk çocukluk çağında), kısmen ise mümeyyizdir (sonraki gençlik çağında). Gayrیرهşitler, gayrimümeyyiz oldukları nispette, kendilerinde tam bir fiil ehliyetsizliği vardır.... Mahçular, muayyen sebeplere binaen kendilerinden tam fiil ehliyeti hacir muamelesiyle nezedilmiş olan şahıslardır." SCHWARTZ, s: 176, 182. Fiil ehliyeti ile ilgili ilave açıklamalar için bkz. age s: 179 vd;

Sınırlı ehliyetsizlerin hukuki işlemleri kural olarak yasal temsilcileri aracılığıyla yapmaları gerekmekte ise de, tıbbi müdahale sözleşmesini tek başlarına yapıp yapamayacakları hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Sağlık hizmetinden ya da tıbbi bakımdan yararlanmak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olduğundan sınırlı ehliyetsizlerin de tek başlarına sözleşme yapabilmeleri gerekmektedir. Ancak bu kişilerin korunabilmesi amacıyla, sözleşmenin yasal temsilci tarafından yapılmasını öngören görüşler de bulunmaktadır³⁰⁵.

Ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ, I.Cilt, s: 98, 100, 101, 104 vd.; NOMER, s: 69 vd; AYAN, s: 57, 58; AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Medeni Hukuk, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s: 128 vd; Kişinin kendi fiiliyle hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesine fiil ehliyeti denilmektedir. (TMK m. 9 düzenlemesi: *"Fiil ehliyetine sahip olan kimse kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir"*). Yine fiil ehliyeti, *"kişinin kendi fiilleriyle hak ve borçlar kurabilmesi, bunlara son verebilmesi ya da yeni hukuki durumlar yaratabilmesi"* olarak da tanımlanmaktadır. Hak ehliyeti, hak sahibi olabilmek ve borç altına girebilme ehliyetidir ve herkes buna sahiptir. Nitekim TMK m. 8: *"Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler"* Fiil ehliyeti ise, kişinin kendi isteğiyle ve fiilleriyle ve kendisi için hak ve borç edinmesidir. Kişi bu ehliyete doğuştan sahip değildir ve herkes de fiil ehliyetine sahip değildir. Kanunda belirtilen şartları haiz kişilerin fiil ehliyetleri vardır. Fiil ehliyetinde önemli olan kişinin hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesi değil, kendi fiilleri sonucu hak edinebilmesi ya da borç altına girebilmesidir. Fiil ehliyeti fiillerinin sonuçlarını anlayabilecek ve iradesine uygun olarak serbestçe hareket edebilecek kişilerde vardır, serbestçe karar verebilecek, yaptıkları fiil ya da işlemin sebep ve sonuçlarını anlayabilecek kişilere tanınmıştır. Fiil ehliyetini de hukuki işlem ehliyeti ve hukuka aykırı fiillerden sorumlu olma şeklinde ayırmak mümkündür. Fiil ehliyetinin şartları erginlik, ayırt etme gücü ve kısıtlı olmamadır. İlave açıklamalar için bkz DURAL / ÖĞÜZ, s: 47- 64; Yine yazarların açıklamalarına göre, kişilerin fiil ehliyeti yönünden ayrımı, fiil ehliyeti için gerekli şartların tümüne sahip olup olmamaya göre yapılmaktadır. Ergin, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlanmamış kişiler tam ehliyetli ehliyetli olmakla beraber, kendilerine yasal danışman atanmış olan kimselerin ehliyetlerine bazı sınırlamalar getirilmiş olduğu için bunlar sınırlı ehliyetlidirler. Fiil ehliyeti için aranan şartlarda eksiklik varsa, eksik olan şarta göre kişiler ya tam ya da sınırlı ehliyetsizdirler. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler tam ehliyetsizdir. Ayırt etme gücüne sahip olmakla beraber, küçük ya da kısıtlı olan kişiler de sınırlı ehliyetsizdirler. İlave açıklamalarla birlikte bkz. age s: 65 vd.; Yine fiil ehliyeti hakkında detaylı açıklamalar için bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 36 vd. Bu konuya ilişkin Alman hukukundan görüş ve açıklamalar için bkz. FLUME, § 13, s: 182 vd, ayrıca bazı ruhsal bozukluklarda kişinin algı ve ayırt etme gücünde aralıklı olarak bozulmalar olabileceği, diğer zamanlarda fiil ehliyetini haiz olabileceği belirsiz durumlardan söz edilmektedir. bkz. age, § 13-5, s: 188; MARTINEK, Michael, Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschaefthung ohne Auftrag, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 74, 75; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 143, 144; İsviçre hukukundan açıklamalar için bkz. VON TUHR, Andreas / PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1974, (1. Lieferung) § 27, s; 206 vd.

³⁰⁵ AYAN, s: 58; JANDA, s: 126; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 15; Sınırlı ehliyetsiz kişilerin kendilerini borç altına sokmayan sözleşmelere, tek başlarına taraf olabilecekleri kabul edilmekle beraber, bu sözleşme ile hekime ücret ödeme borcu altına girdiklerinden, yasal temsilcilerinin onayına ihtiyaç duyulmaktadır. Ebeveynin sözleşmeye onay vermesi durumunda, çocuğun mu sözleşmenin tarafı olarak kalacağı, yoksa ebeveynin hekim ile üçüncü kişi yararına bir sözleşmeye mi taraf olmuş varsayılacağı somut duruma göre belirlenmesi gerekmektedir. Tam ehliyetsizlerin sağlık bakımı için atanmış bir yasal temsilci, çocuklar açısından da velayet hakkının gereği olarak ebeveynleri onlar adına sözleşmelere taraf olmaktadır. JANDA, s: 127, 128. DEUTSCH / SPICKHOFF, s:

5. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Kapsamı

Tıbbi müdahale (tedavi) sözleşmesinin ayırıcı özelliği olarak, hekim, hastanın tıbbi tedavisini yükümlenmektedir. Tedaviden anlaşılan temelde iyileştirme eylemi olsa da, tanıyı ve bunun yanı sıra hastalıkları, acıları, vücuttaki zararları ve sakatlıkları ya da ruhsal bozuklukları engellemek, tanımak, iyileştirmek ya da azaltmak için alınan tüm önlemler ve yapılan girişimleri kapsamakta ³⁰⁶, ayrıca meslek etiği ve hekime duyulan güvenin de etkisiyle herhangi bir sözleşmeden daha farklı bir boyutu olduğu düşünülmektedir ³⁰⁷.

Tıbbi müdahale sözleşmesinde hekimin asli edim yükümlülüğü ³⁰⁸, tıp biliminin öngördüğü esaslar çerçevesinde, belli bir tıbbi standardı karşılayacak

94, kn: 128; Ayrıca Alman hukukundaki yasal düzenlemeler için bkz. Alman Medeni Kanunu § 1626, 1629, 1896, 1901, 1902 BGB. Ayırt etme gücüne sahip oldukları halde henüz ergin olmayan küçükler fiil ehliyetine sahip değillerse de, kendilerini borç altına sokmayan ve hak kaybına uğratmayan hukuki işlemleri tek başlarına yapabilirler, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları tek başlarına kullanabilirler. NOMER, s: 70, 71, kn: 48. İsviçre hukukundan benzer yönde bkz. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, (1.Lieferung), § 27, s: 209; Bu bağlamda hukukumuzda Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Kanun No: 1219, Kabul T: 11.04.1928, RG T: 14.04.1928, S: 863.) 70. maddesi hükmüne de (Tababet Kanunu m.70: Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar....)dikkat çekilmektedir. AYAN, s: 58; REİSOĞLU, Seza, s:4; Ayrıca genel olarak sınırlı ehliyetsizlerin sözleşmeye taraf olabilmeleri ve yasal temsilcinin onayı hususunda ilave görüş ve açıklamalar için bkz. SAYMEN / ELBİR, 2. Cilt, s: 584; SCHIEMANN, Gottfried, Das Rechtsgeschäft, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 75, 79 vd; FLUME, § 13-7, s: 190 vd; Benzer şekilde, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların hukuki işlemlere taraf olabilecekleri, ancak yasal temsilcilerinin onayının da gerektiği yönünde İsviçre hukukundan görüş için bkz.VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, (1.Lieferung), § 27, s: 207.

³⁰⁶ GEHRLEIN, s: 2, kn:5; BROX / WALKER, Besondere, s: 333.

³⁰⁷ JANDA, s: 121.

³⁰⁸ Her sözleşme ilişkisinde tarafların ulaşmak istediği amaçlar, edim yükümünün yerine getirilmesiyle gerçekleştirilmektedir. Sözleşmenin içeriğini ve böylece borç ilişkisini doğrudan doğruya meydana getiren, onun gerçek tip ve türünü belirleyen edim yükümlülüklerine asli edim yükümü denilmektedir. KARAHASAN, Sözleşmeler, s: 173. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin içerdiği yükümlülükler, edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılmakta olup, edim yükümlülükleri de kendi içinde asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri olarak ayrılmaktadır. Sözleşmenin tipini belirleyen edim yükümlülüğüne asli edim yükümlülüğü denmekte ve sözleşmenin tür ve tipini, özellik ve niteliklerini belirleyen, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borç olarak ele alınmaktadır. Bu yükümlülükler, borç ilişkisinin birinci derecedeki içeriğini oluşturan, yan edim yükümlülüklerinden bağımsız, doğrudan doğruya ifası dava edilebilen yükümlülüklerdir. EREN, s: 31, 32 Benzer şekilde: Borç ilişkisinin doğrudan meydana getirdiği, bu ilişkiye hukuki özelliğini veya hukuki tipini veren yükümlülükler asli ya da birincil edim yükümlülükleri denmektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 2, s: 7, kn: 7; SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 1, s: 11, kn: 14; Alman hukukundan açıklamalar için bkz. LARENZ, Band I, § 2, s: 13; ESSER/ SCHMIDT, Band I, Allgemeiner Teil, § 6 III, s:108; BROX Hans/ WALKER, Wolf- Dietrich, Grundrisse des Rechts, Allgemeines Schuldrecht, 34.Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2007, s: 9, kn:6; ayrıca Avusturya hukukundan açıklamalar için bkz. KOZIOL/ WELSER, Bürgerliches Recht II (2001), s: 3.

şekilde hastalığın tanısını koymak ve tedavisini gerçekleştirmektir. Bu yükümlülük anamnez, muayene, bulguların değerlendirilmesi, tanının konması ve hastanın iyileştirilmesi için alınacak terapötik önlemleri kapsamaktadır ³⁰⁹. Hekimin asli yükümlülüğünün yanı sıra yerine getirmesi gereken hastayı aydınlatmak, özen göstermek, kayda geçirmek, tıbbi kayıtları görmesine izin vermek, sır saklamak gibi yan edim yükümlülükleri de bulunmaktadır ³¹⁰.

Hastanın ya da onun yerine sözleşmeye taraf olan kişinin asli edim yükümlülüğü ise ücret ödemek ya da ücretin ödenmesine yönelik gerekli önlemleri almaktır ³¹¹. Ancak her iki tarafın rızalarıyla kurulmuş bir sözleşme var olduğu takdirde, ödemelerde bir indirimle gidilmiş ya da hizmetlerin bedelsiz olarak karşılanmakta olması durumunda dahi, aynı bakım yükümlülüğü devam etmektedir ³¹². Hastanın ücret ödemenin yanı sıra hekimin sorularına doğru cevap verme,

³⁰⁹ JANDA, s: 129; KICALIOĞLU, s: 173; BOUMIL /ELIAS / MOES, s: 6; ALKANAT, s: 177; Bir başka deyişle hekimin yükümlendiği edim, hastayı sağlığına kavuşturmaya yönelik hizmetlerde bulunmaktır, yoksa doğrudan iyileştirmek değildir. FIKENTSCHER, § 8-3, s: 28. Anamnez, muayene vb. gibi tanıya yönelik işlemlerle başlayan ve yaşam tarzına yönelik öneriler, ilaç tedavileri, ameliyatlar, daha ileri uzmanlara ve hastanelere yönlendirme vb. şeklinde çeşitli terapötik önlemlere uzanan tedavi yükümlülüğü hekimin asli edim yükümlülüğü olarak ele alınmaktadır. BROX / WALKER, Besonderes, s: 333, kn: 12. GEHRLEIN, s: 1, kn:3; GÜLEL, s: 609.

³¹⁰ LAUFS, L/U, § 47 Die Pflicht des Arztes zur persönlichen Leistung, s: 398-437; LAUFS, L/U, § 61 Die ärztliche Aufklärung, s: 456- 498; SCHLUND, Gerhard / ULSENHEIMER, Klaus, § 69 Entwicklung und allgemeine Grundsätze der Schweigepflicht, Handbuch des Arztrechts, 2.Auflage, (Ed.LAUFS, Adolf / UHLENBRUCK, Wilhelm), C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, s: 503- 545; UHLENBRUCK, L/U, § 59 Die Pflicht des Arztes zur Dokumentation, s: 443-448; JANDA, s: 129-142; AYAN, s: 58; KICALIOĞLU, s: 174; AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları (Ed.BAHAR SAYIN, Hediye), Eskişehir 2016, s: 52-56; ALKANAT, s: 177, 178; ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 148-166; BROX/ WALKER, s: 335, 336; Hekimin kayıt tutma ve sır saklama yükümlülükleri için bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Kavramlar, s: 90-94; yine sır saklama yükümlülüğü için bkz. ZEYİN, Zafer, Tedavi İlişkinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul 2007, s:107-109 ve kayıt tutma (dokümantasyon- belge düzenleme ve saklama) yükümlülüğü için bkz. age , s: 109, 110; Sadakat ve aydınlatma yalnızca tıbbi müdahale sözleşmesinde değil, genel anlamda sözleşme taraflarının karşılıklı yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerdendir. HUBER, in: STAUDINGER / Eckpfeiler, s: 129, 131. Bununla birlikte aydınlatma yükümlülüğünün, tanı ve tedavi (tıbbi müdahale) yükümlülüğü gibi asli edim yükümlülüğü olarak ele alındığı ve hekimin tıbbi müdahale ve aydınlatma yükümlülüklerinin ihlalinin, hekimin sorumluluğuna gidilmesinde aynı ağırlıkta, aynı derecede önem taşıyan esas belirleyici unsurlar olduğu belirtilmektedir. KOYUNCU, Adem, Das Arzthaftungsrecht In Deutschland- Ein Überblick, Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı (Ed. DOĞAN, Hanzade/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / NAMAL, Arın), Cilt: I, Sayı: I, Ekim 2008, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2009, s. 75.

³¹¹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 106, kn: 148; GEHRLEIN, s: 3, kn: 7; JANDA, s: 143; BROX / WALKER, s: 338, kn: 23; BOUMIL /ELIAS / MOES, s: 6; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 15; AYAN, s: 58; HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Kavramlar, s: 95; İPEKYÜZ, s: 152.

³¹² BOUMIL /ELIAS / MOES, s: 6.

tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınma, işbirliği gibi yükümlülükleri de bulunmaktadır³¹³.

Uygulamada sık karşılaşılmamakla beraber tıbbi müdahale sözleşmesinin kapsamının açıkça belirlenmiş olması yönünde bir engel bulunmasa da, genellikle sözleşmenin kapsamı, yapılan işe, yani hastaya uygulanması gereken ve planlanan tıbbi müdahalelere göre şekillenmektedir. Hukukumuzda tıbbi müdahale sözleşmesine ağırlıklı olarak vekalet hükümleri uygulandığı göz önüne alındığında da, TBK m. 504 hükmü ile uyumu şekilde, vekaletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenecek, iş görme ile varılmak istenen amaç, olayın özellikleri ve bu konudaki teamüller göz önünde tutulabilecektir. Vekilin, uzman bir kişi olması durumunda, onun özen ve sadakat yükümlülükleri de vekaletin kapsamı tayin olunurken göz önünde tutulacaktır. Hekimin, kendisine iyileşmek için başvuran bir hastaya yapması gerekenlerin de onun özen ve sadakat yükümlülükleri çerçevesinde belirleneceği özellikle belirtilmektedir³¹⁴.

İnsan vücudunun doğası gereği yapılan müdahalelere alınacak cevapların tahmini önceden pek mümkün olamayacağından ve somut duruma göre değişkenlik gösterebileceğinden, bunların öngörülerek sözleşme düzenlenmesi gibi bir durumla pek karşılaşılmamakta, *Wagner*'in de belirtmiş olduğu gibi hastanın somut tıbbi durumu ve eldeki tıbbi imkanlar edimin içeriği hususunda belirleyici olmaktadır³¹⁵. Ancak önceden de belirtilmiş olduğu gibi aydınlatılmış rıza formunun aradaki sözleşmenin kapsamını belirlemeye yönelik bir işlev taşıdığını düşünmek mümkündür.

Tıbbi müdahalenin kavram olarak sadece tanı ve tedaviye yönelik işlemler değil, sağlığı korumaya yönelik önlemler, nüfus planlamasına yönelik girişimler, hastanın kendini daha iyi hissetmesini sağlayacak psikolojik destek niteliğindeki öneriler, psikolojik ve sosyal endikasyonlarla yapılan müdahaleler, ilgili kanun hükmüne dayanılarak gerçekleştirilen koruma önlemi niteliğindeki muayeneler ve diğer müdahaleler gibi çok daha geniş bir yelpazeyi kapsadığı göz önünde

³¹³ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 112, kn: 157, s: 340. vd; JANDA, s: 143; AYAN, s: 59; ALKANAT, s: 177; tarafların yükümlülükleri çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca ele alınacaktır.

³¹⁴ YAVUZ, Cevdet, s: 535, 537.

³¹⁵ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 67.

tutulduğunda tarafların hakları ve yükümlülüklerinin sadece tanı ve tedavi değil tıbbi müdahalenin kapsamına girebilecek tüm diğer işlemler de göz önünde tutularak belirlenmesi gerekmektedir. Bunun ötesinde bu haklar ve yükümlülükler, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin tıbbi müdahale (hekimlik) sözleşmesine dayanmadığı, bir başka deyişle arada bir Borçlar Hukuku sözleşmesinin var olmadığı diğer halleri de kapsayacak şekilde uluslararası anlaşmalar, kanun, tüzük, yönetmelik ve mesleki kurallarla düzenlenmiştir ve bazı farklara rağmen temelde benzerdir. Hukukumuz söz konusu olduğunda Biyotıp Sözleşmesi³¹⁶, Tababet Kanunu, Organ Nakli Kanunu, TDN, HHY vb. yasal düzenlemelerin ve HMEK³¹⁷ gibi meslek etiğine ilişkin düzenlemelerin de göz önünde tutulması ve hekimin de yükümlülüklerini yerine getirirken bu kurallara uygun hareket etmesi gerekmektedir³¹⁸. Dolayısıyla tarafların, hak ve borçları belirlenirken yalnızca aralarında kurulduğu kabul edilen tıbbi müdahale sözleşmesi hükümleri değil, o alandaki yasal düzenlemelerin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde dahi bu düzenlemelerin uygulama alanı bulacağı açıktır³¹⁹.

Alman öğretisinde de, hekimin yükümlülüklerinin meslek hukukundan ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler olarak ayrı ayrı kategorize edildiğinden ve hekimin meslek hukuku gereğince yerine getirmesi gereken yükümlülüklerinin etik kurallar ve meslek odalarının kurallarında yer aldığından, ayrıca anayasa, medeni hukuk ve ceza hukukunun da hekimlik uygulamalarına ilişkin temel ilkeleri içerdiğinden söz edilmektedir³²⁰.

³¹⁶ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 04.04. 1997 tarihinde imzalanmış ve TBMM tarafından 03. 12. 2003 tarihinde onaylanmıştır. 2004 yılında Anayasa’da yapılan değişiklikle 90. maddeye eklenen, temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslar arası antlaşmalarla kanunlar arasında bir çatışma olursa uluslararası antlaşma hükümlerinin uygulanacağına dair cümlenin de göz önünde tutulması gerekmektedir.

³¹⁷ Hekimin mesleğin icrasının her aşamasında yasal düzenlemelerin yanı sıra meslek etiği kurallarına da uyma zorunluluğu bulunmaktadır. TDN’nin de etik kuralların mevzuata dökülmüş hali olarak ele alınması mümkündür. Tıbbi etik ilkeler yararlı olma, zarar vermeme, özerkliğe saygı ve adaletli olmadır. Tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan sorumlulukta da hekimin davranışlarının etik kurallara uygun olup olmadığının da önem taşıdığı ve hekimin meslek etiği kurallarına aykırı davranışlarının da sorumluluğa yol açacağı belirtilmektedir. YILMAZ, Kerem, s: 60. Bununla birlikte TDN’nin yürürlüğe girdiği 1960 tarihi de göz önüne kaldığında, günümüz koşullarını karşılamakta yetersiz kaldığı ve anılan ilkelere yer vermediği de ifade edilmektedir. OĞUZ, Yasemin, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün Eleştirel Çözümlemesi, <http://t.ogren-sen.com/dogru/2661/index.html> , ErişimT: 29.11.2018; s: 14

³¹⁸ AYAN, s: 50; GÜLEL, s: 587.

³¹⁹ GÜLEL, s: 587.

³²⁰ JANDA, s: 108, 129.

Açıklamış olduğumuz bu hususlara da dayanarak, hekimin ve hastanın yükümlülüklerini yalnızca tıbbi müdahale sözleşmesi bağlamında değil, karşılıklı ilişkiye girdikleri tüm diğer koşullara da hitap edecek şekilde ayrı bir başlık altında ele almayı uygun gördüğümüz için burada daha fazla irdeleme gereği duymadık.

6. Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Sona Ermesi

Hukukumuzda tıbbi müdahale sözleşmesine ayrık durumlar dışında vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmasından ötürü, sözleşmenin sona ermesi bağlamında da vekalet hükümlerini göz önünde tutmak yerine olacaktır. Öğretide vekalet sözleşmesini sona erdiren sebepler ifa, azil ve istifa, ölüm, tarafların ehliyetsizliği ve iflas olarak açıklanmaktadır³²¹. Vekalet sözleşmesini sona erdiren sebeplerin, kural olarak, tıbbi müdahale sözleşmesi bakımından da geçerli olduğu söylenebilir³²².

Amerikan hukukundan bir görüş tarafından da, hekim ile hasta arasında kurulmuş ilişkinin, tedavinin tamamlanmasıyla, hastanın ölmesiyle ya da o bölgeden ayrılmasıyla, tarafların hastanın bakımının bundan sonra başka bir hekim tarafından sürdürülmesi hususunda anlaşmalarıyla, bazen de hekimin hastanın tedavisine devam etmeme kararı almasıyla sona erebileceği ifade edilmektedir³²³.

³²¹ TANDOĞAN, Cilt II, s: 609, 619, 646, 665, 669; AYAN, s: 59; ÖZDEMİR, s: 185; ALKANAT, s: 177; YAVUZ, Cevdet, s: 563; Vekalet sözleşmesinin tek taraflı sona ermesi TBK m.512'de, ölüm, ehliyetin kaybedilmesi ve iflas ise m.513'de düzenlenmiştir. Vekaletin sona ermesi hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. SEÇER, Öz, Vekalet sözleşmesinin Sona Ermesi, TBK m. 512- 514, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -2, Özel Borç İlişkileri, (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s: 2185-2239.

³²² AYAN, s: 59; ÖZDEMİR, s: 184. Alman hukukunda tıbbi müdahale (tedavi) sözleşmesi, hizmet sözleşmesi benzeri nitelikte kabul edildiğinden, genel anlamda hizmet sözleşmesini sona erdiren sebepler için bkz. RICHARDI, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 660 vd; ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 30 1, s: 248, 249. Alman hukukunda, tıbbi müdahale sözleşmesini sona erdiren sebepler sürenin dolması, ifa, hasta veya hekim tarafından tek taraflı olarak sonlandırma, ölüm ve tarafların anlaşması olarak açıklanmaktadır. UHLENBRUCK, L/U, § 46 Die Beendigung des Arztertrages, s: 394-397. Benzer açıklamalar Wagner tarafından da yapılmaktadır. Buna göre de tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermesi bakımından hizmet sözleşmesi hükümlerine dayanılacaktır ve sözleşme sürenin dolması, ifa, fesih veya tarafların anlaşması ile sona ermektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn:45. Ancak Uhlenbruck, kür uygulaması veya bir sanatoryumda bir süre yatış gibi ayrık durumlar dışında tıbbi müdahale sözleşmesinin kural olarak belli bir süre öngörülerek yapılamayacağını da belirtmektedir.bkz. age § 46, s: 394, kn: 1. Bu husus kanımızca da önemlidir, müdahalenin tıbbi standartlara uygun olarak gerçekleştirilmesi için hasta tıbbi açıdan gereken zaman dilimi boyunca izleneceğinden, önceden süre kararlaştırılması ayrık durumlar dışında söz konusu değildir. Bu nedenle çalışmamızda, sürenin dolmasını tıbbi müdahale sözleşmesinin sona erme sebebi olarak ele almamayı tercih ettik.

³²³ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 16. Yazarların tıbbi müdahale sözleşmesinin sona ermesi yönündeki açıklamaları için bkz. age s: 15 vd.

a. İfa İle

İfa, verme ve iş görme borçları açısından bir sona erme sebebi oluşturur. Kanunda ifanın tanımı yapılmamıştır. Öğretide, borçlanılan edimin yerine getirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır³²⁴. Edimin ifası ile alacaklı tatmin edilmiş olmakta, sözleşme konusuz hale gelmekte ve kural olarak sona ermektedir³²⁵.

Bununla beraber, borcun ifasından söz edildiğinde, geniş anlamda borç ilişkisi değil, alacaklının talebini karşılayan dar anlamda borç ilişkisinin anlaşılması gerektiği, zira ifanın her zaman için borç ilişkisini sona erdirmeyebileceği ve ifadan sonra da ilişkinin devam edebileceği ifade edilmektedir³²⁶. Gerçekten de, örneğin aralıklı kürler halindeki kemoterapiler, rehabilitasyon programları vb. uzun süreli takip ve tedavi gerektiren durumlarda ifa gerçekleşmekle beraber tıbbi müdahale sözleşmesinin devam edeceğini söylemek mümkündür. Bu hususu genel olarak hastanın uzun süreli takip ve tedavisini gerektiren tüm durumlar için geçerli kabul etmek yerinde olacaktır.

³²⁴ OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 257; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 111; NOMER, s: 293, kn: 147; AYBAY, s: 105; REİSOĞLU, s:227. Alman öğretisinde de aynı tanım olarak BROX / WALKER, Allgemeines, s: 124; VON TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1974, § 55, s: 1, 2. "Borç ilişkisinde borçlunun yüklendiği edimi, kaynağındaki ve kanunlardaki esaslara uygun surette yerine getirmesi" FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin Cilt II, s: 3, "borcun mevzuu olan edimin muayyen bir zamanda borçlu tarafından alacaklıya karşı yerine getirilmesi" SAYMEN / ELBİR 2. Cilt, s: 584, "hukuki işlem (bu arada özellikle sözleşme) ya da yasa gereği borçlanılmış olan edimin (işin) borçlunun ya da üçüncü kişinin etkinliğiyle, onun borca uygun eylemleriyle yerine getirilmesi" SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 1, s: 7, kn: 7, s: 20, kn: 27, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesi, EREN, s: 932; şekillerinde tanımların da yapıldığı görülmektedir.

³²⁵ OĞUZMAN 7 ÖZ, Cilt I, s: 257; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:3; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 373; EREN, s: 932; AYAN, s: 186; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 111; AYBAY, s: 105; SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 1, s: 7, kn: 8, s: 20, kn: 27; Alman hukukundan benzer açıklamalar ve ifa kavramı hakkında daha fazla görüş ve açıklama için bkz. ESSER / SCHMIDT, Band I, Allgemeiner Teil, § 17 I, s: 279, 280.; FIKENTSCHEER, § 38, s: 157; İsviçre hukukundan aynı yönde açıklamalar için bkz. VON TUHR, / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 55, s: 1; Avusturya hukukundan KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 94.

³²⁶ Bazı hallerde borç ilişkisi ifadan sonra da devam eder, devamlı borç ilişkilerinde bu husus daha öne çıkmaktadır, örneğin vadesinde kiracı tarafından kiranın ödenmesi durumunda ifa gerçekleşmiş olmakla beraber borç ilişkisi ortadan kalkmamakta, ayrıca bazı durumlarda borcun konusunu teşkil eden asıl edim yerine getirildikten sonra da bazı yan edimler devam etmektedir. TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s:1010. Borç ilişkisinin sürekli ve dönemsel edimleri varsa, örneğin kira ve hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi, her döneme rastlayan ifa, edimin sadece o kısmının sona ermesini sağlayıp, borç ilişkisi ise süresi tamamlanıncaya kadar devam etmektedir. Yine asıl edimin sona ermesine rağmen, yan edimlerin ya da bunların bir döneme isabet eden kısmının sona ermesine rağmen, izleyen dönemlere ilişkin kısmının devam etmesi söz konusu olabilir. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:3,4; KILIÇOĞLU, s: 678.

İş sadakat ve özenle görülmüş olduğu takdirde, öngörülen sonuca ulaşılamamış olsa dahi, ifa gerçekleşmiş sayılmaktadır³²⁷. İş görme borcunun gereği gibi ifa edilmesi, borç ve vekalet sözleşmesini sona erdirmekte ve diğer bir sebebin aranmasına ve gerçekleşmesine gerek kalmamaktadır³²⁸.

İfa tıbbi müdahale sözleşmesini de sona erdiren sebeplerden biridir³²⁹. Tıbbi müdahale sözleşmesinin ifa edilmiş sayılması için hastanın mutlak surette şifaya kavuşması gerekli değildir. Hekim, müdahaleyi tıbbın kurallarına uygun ve özenle gerçekleştirmiş olduğu takdirde, beklenen sonuca ulaşılamamış olsa dahi hekimin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır³³⁰. Gereği gibi olmayan ifa durumunda da sözleşme sona ermekle beraber, bir zarar ortaya çıktığı takdirde tazminat sorumluluğu gündeme gelebilecektir³³¹.

(1) İfa Konusu

İfa konusu dendiğinde, borcun yerine getirilmesi için borçlunun neyi vermesi veya yapması ya da yapmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Borçlu neyi borçlanmış ise onu ifa etmek zorundadır. Buna ifanın edime uygun olması prensibi denmektedir³³².

³²⁷ TANDOĞAN, Cilt II, s: 609; AYAN, s: 59; ÖZDEMİR, s: 185.

³²⁸ Yazar bu hususta iki farklı olasılığa da dikkat çekmektedir. Eğer vekaletin yöneldiği sonuç, vekilin ifasıyla tamamen elde edilirse, ifanın gereği gibi ve tam olarak gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bu durumda vekilin özen borcunu yerine getirip getirmediğini ayrıca araştırmaya gerek yoktur. Başarılı sonuç özen eksikliğini götürmektedir. Diğer olasılıkta ise, vekil özen borcunu tamamen yerine getirmiş olmakla beraber, istenen başarılı sonuç elde edilememiş olabilir. Bu durumda da vekaletin gereği gibi ifa edildiği kabul edilmektedir. YAVUZ, Cevdet, s: 563.

³²⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 46 Die Beendigung des Arztvertrages, s: 394, kn: 2.

³³⁰ ÖZDEMİR, s: 185.

³³¹ TANDOĞAN, Cilt II, s: 618, 619; YAVUZ, Cevdet, s: 563. Vekil gerekli özeni göstermediğinde ve istenilen sonuca ulaşmada başarısız olduğunda, vekaletin gereği gibi ifa edilmemesi söz konusu olmaktadır. Gereği gibi olmayan ifalarda, ifa borcu, tazminat borcuna dönüşmektedir. Vekilin kötü ifanın yerine yeniden gereği gibi ifade bulunması bazı durumlarda mümkün olsa dahi, böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Vekalet verenin kötü ifa yerine yeniden gereği gibi ifayı yaptırması için yeni bir vekalet sözleşmesinin gerektiği belirtilmektedir. Ancak yeni vekalet sözleşmesi yapılmasının, müvekkilin tazminat talebinden vazgeçtiği yönünde yorumlanıp yorumlanamayacağını her somut durumun özelliklerine göre tespit edileceği belirtilmektedir. YAVUZ, Cevdet, s: 563.

³³² SAYMEN / ELBİR, 2. Cilt, s: 592; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 280; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s: 1013; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:9; AYBAY, s: 105; REİSOĞLU, s: 227, 233; SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 1, s: 9, kn: 10; " İfanın konusu borçlanılan edimdir. Borçlu alacaklıya yalnız borçlanılan edimi ifa etmek suretiyle borçtan kurtulur, bu suretle borç sona erer. Alacaklı da esas itibarıyla borçludan yalnız borçlanılan edimin ifasını talep edebilir. Buna edime uygun ifa kuralı denir.....Somut olayda borçlanılan edimin, dolayısıyla ifanın taraflar arasında tartışmalı olduğu takdirde bu, borç ilişkisinin kaynağına, özellikle taraf iradelerine veya kanuna göre belirlenir" EREN, s: 940; Edim alacaklının borçludan talep edebileceği, borçlunun da alacaklıya karşı yerine getirmesi gereken şeydir. FIKENTSCHER, s: 28; Edim, belli bir değer başkasının yararına sarf edilmesi, borçlunun başkasının yararına olarak maddi ya da maddi olmayan bir hukuki menfaati, emeğini sarfederek veya malvarlığından harcıyarak yerine

Çalışma konumuz bağlamında yaklaşıldığında, her ne kadar hastaya verilen tıbbi bakım süreci içinde gerçekleştirilmesi gereken somut tıbbi müdahalelerin, çalışmamızın önceki bölümlerinde de yeri geldiğinde zikredilmiş olduğu gibi, neler olduğunun önceden tümüyle öngörülmesi mümkün olmasa da ³³³, sözleşmenin konusunun bir şekilde hastanın sağlığının korunmasına, hastalığının tanısına, tedavisine yönelmiş eylemlerden müteşekkil olacağı açıktır, dolayısıyla bu amaçlara yönelmemiş ve hastanın rızasının dışında gerçekleştirilen müdahalelerin ifa teşkil etmeyeceği söylenebilir. Bununla birlikte hekim, hastanın muayenesi ve tanıya yönelik diğer faaliyetleri esnasında, onun ilk başvurusundaki şikayet ve talepleri dışında bir klinik durumun varlığını saptayıp, hastanın bilgisi ve rızası dahilinde müdahalelerine o doğrultuda devam eder, edimini özen ve sadakatle gerçekleştirirse, yine ifa olarak kabul edilmelidir. Hekimin asli ediminin yanı sıra, ki hastanın aydınlatılmasını da ayrık haller dışında asli edim olarak ele almak yerinde olur kanısındayız, bazı yan edim yükümlülükleri de bulunmakla beraber, bunların yerine getirilmemiş olması kanımızca borcun ifa edilmemesi değil, ancak gereği gibi olmayan ifa olarak ele alınabilecektir.

Hastadan da beklenen bazı yan edim yükümlülükleri olmakla beraber, onun borcu esasen, aldığı sağlık hizmeti ve tıbbi bakım karşılığında belirlenmiş olan ücretin ödenmesidir. Hastanın ücret ödeme borcuna çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinilecek olmakla beraber, çalışmamızın özümüle ilişkili olmaması nedeniyle, para borçlarının ifasına ilişkin hususların ³³⁴ ayrıca ele alınmasına gerek görülmemiştir.

getirmesidir. İNAL, s: 59; İfa konusu hakkında ilave açıklamalar için bkz. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 280 vd, s:320 vd, s: 330 vd. KILIÇOĞLU, s: 748 vd.

³³³ Nitekim öğretilerde de dile getirildiği üzere, maddi bir fiilden veya ihmalden olan edimlerin ifası, alacaklı ve borçlunun ayrıca ifa sebebi üzerinde anlaşmasına ihtiyaç göstermez. Edim borçlu tarafından usulüne uygun şekilde yapılmakla veya yapılmamakla ifa tamamlanmış olur. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:6; Ayrıca “ Edimin belirli, ama en azından belirlenebilir olması, hukuken bağlanma bilincinin, dava edilebilirliğinin ve cebren icra edilebilirliğinin bir gereğidir. Borçlu neyi vereceğini, alacaklı neyi isteyeceğini bilmelidir..... Edim sonradan belirlenmek üzere şimdilik açık bırakılsa bile, bu belirsizliğin bir sınırı olmalı, hiç değilse az çok seçilebilir bir çerçeve çizilmeli, birtakım tutamaklar ve dayanaklar öngörülmelidir” SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 7, s: 77, kn:2. Edim belirli ya da en azından belirlenebilir olmalıdır. FIKENTSCHER, § 8-5, s: 30.

³³⁴ Para borçlarında ifa için bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s: 1028 vd.; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:37 vd; SAYMEN / ELBİR, 2. Cilt, s: 619 vd; NOMER, s: 306 vd, kn: 160 vd; SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 8, s: 97 vd; REİSOĞLU, s: 239 vd; KILIÇOĞLU, s: 764 vd; AYAN, Serkan, Ödeme, TBK m. 99, İstanbul Şerhi, Türk

(2) İfa Yeri ve Zamanı

İfa yeri, borçlanılan edimin yerine getirileceği yerdir. Doğru yer ve zamanda yapılan ifa borcu sona erdirmektedir. Edimin niteliği gereği mutlaka bir yerde ifası gerekebilir ya da taraflar sözleşme yaparken veya sonradan açık veya örtülü olarak ifa yerini kararlaştırabilirler. Bu şekilde belirlenmiş bir ifa yeri bulunmadığı takdirde ise, kanuna göre belirlenmesi gerekmektedir³³⁵.

Tıbbi müdahaleler kural olarak hekimin mesleki faaliyetini olağan şekilde sürdürdüğü muayenehane, klinik, laboratuvar, görüntüleme merkezi, hastane gibi yerlerde gerçekleştirilmektedirler. Acil durumlarda sahada uygulanan müdahaleler ve hastanın sağlık kuruluşuna gidemediği hallerde evde verilen sağlık hizmetleri gibi ayrık durumlar dışında tıbbi müdahalelerin, nitelikleri gereği hekimin ediminin ifası

Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s: 843-866; Alman hukukundan, genel olarak para borçlarına ilişkin daha geniş açıklamalar için MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 81 vd; ESSER / SCHMIDT, Band I, Allgemeiner Teil, § 13 II, s: 230 vd; FIKENTSCHER, § 29, s: 132; ve para borçlarının ifası için age. § 17 V, s: 288 vd; LARENZ, Band I, § 12, s: 161 vd; OLZEN, Dirk, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 242 vd; BROX / WALKER, Allgemeines, s: 39, kn: 2 vd.; ayrıca İsviçre hukukundan para borçlarına ilişkin olarak VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, (1.Lieferung), § 9, s: 58 vd.; Avusturya hukukundan KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 28 vd.

³³⁵ VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 61, s: 39, 40; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 331, 332; SAYMEN / ELBİR, 2. Cilt, s: 670; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:102, 104, 110; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 379- 381; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 36; AYBAY, s: 112; ÖZDEMİR, s: 187. *Feyzioğlu borcun ifa yerini, "borçlunun borcunu getirmeye mezun olduğu, alacaklının da kabule mecbur bulunduğu yer"* olarak tanımlamaktadır. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:100; İfa yeri, borç konusunun alacaklının kullanabileceği, yararlanabileceği ya da tasarruf edebileceği hakimiyet alanını ifade etmektedir. Borcun bu yerde ifa edilmesiyle birlikte alacaklı borç konusu üzerindeki haklarını kullanmaya başlamaktadır. Borçlunun borçtan kurtulabilmesi için borcunu ifa yerinde yerine getirmesi gerekmekte, başka yerdeki ifa, borçluyu borçtan kurtarmamaktadır. KILIÇOĞLU, s: 679 vd. İlave açıklamalar için NOMER, s: 323, 324; EREN, s: 964-966; SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 4, s: 40 vd; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 331, 332; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s: 1074; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s: 102, 104; VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 62, s: 40; KILIÇOĞLU, s: 681, 682; AYBAY, s: 112. Bu hususa ilişkin genel kanuni düzenlememiz TBK m. 89 olup, buna göre taraflar arasında borcun ifa yerine ilişkin bir anlaşma yoksa, para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde, parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde, bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde ifa edilir. Alman hukukundan açıklamalar için bkz. HUBER, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 149; LARENZ, Band I, § 14, s: 193 vd; ESSER / SCHMIDT, Band I, Allgemeiner Teil, § 15 I, s: 254 vd. Bununla birlikte edim yeri kavramını kullanmayı (Leistungsort) tercih eden Esser ve Schmidt, ifa yeri (Erfüllungsort) kavramının belirsiz olduğu ve bu terimden kaçınılması gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. age § 15 I, s: 254; benzer şekilde genel bilgi ve açıklamaların yanı sıra kavramlar arasında karışıklık olabileceği yönünde açıklamalar için de MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 77 vd; Fikentscher da edim yeri ve zamanı terimlerini tercih etmektedir. Edim yeri ve zamanı hakkında ilave açıklamalar için bkz. FIKENTSCHER, § 35-II-6, s: 142 vd ve § 34-2, s: 139, 140; Avusturya hukukundan KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 36, 37;

için gerekli olan tıbbi cihaz, alet ve malzemenin mevcut olduğu ve mesleğini olağan şekilde icra yerlerde gerçekleştirileceği açıktır. Hekimin fiilen mesleğini icra ettiği bu yerler, planlanan müdahale için zaten elverişli olduğu takdirde, o yerin örtülü olarak kararlaştırılmış olduğunun kabulü yerinde olacaktır. Nitekim, *Oğuzman* ve *Öz*, bu hususu örneklerken, diş tedavisi için diş hekiminin yüklendiği borcun onun muayenehanesinde ifasının örtülü olarak kabul edilmiş sayılacağını ifade etmektedirler³³⁶. Muayenehanede serbest çalışan hekimlerin hastane koşullarını gerektiren müdahaleleri için ise, hangi hastanede gerçekleştirileceği hususunda yazılı olmasa bile sözlü olarak hasta ile açıkça anlaşmaları gerekmektedir. Aksi takdirde, örneğin bir ameliyat için, hekim ve hastanın gidecekleri hastane belli değil ise, fiilen bir araya gelmeleri mümkün olmadığından müdahalenin gerçekleşmesi de söz konusu olamayacaktır.

Yine hastanın ücret ödeme borcunun da işin icabına ve buna paralel olarak tarafların iradelerine uygun şekilde, müdahalenin gerçekleştiği yerde ifa edileceğinin kabulü yerinde olacaktır. TBK m. 89'un para borçlarına ilişkin düzenlemesi de aynı sonuca götürmektedir. Uygulamada, serbest çalışan hekimler ücreti muayenehanelerinde ya da hastanede gerçekleştirdikleri müdahaleler için hasta ve ayrıca hastane ile anlaşmalarına uygun şekilde almakta iken, hastane ya da diğer sağlık kuruluşlarında gerçekleştirilen müdahaleler için de ödeme hastane vezneleri veya muhasebe bölümlerine yapılmaktadır.

İfa zamanı ise borcun yerine getirileceği zamandır; alacaklı bakımından edimin ifasının istenebileceği zamanı, borçlu yönünden edimin alacaklıya sunulabileceği zamanı ifade etmektedir³³⁷. TBK'nın vadeye bağlanmamış borçları

³³⁶ OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 331; *Serozan*'ın aynı yönde açıklamalarına göre de: "Edimlerin çoğunda ifa yeri bellidir. Dişçi hastanın dişini muayenehanesinde çeker; tesistaçı musluğu evde takar; oto tamircisi arabayı tamirhanede onarır; mağazada sergilenen mal mağazadan alınır; katalogdan sipariş edilen mal alıcının bulunduğu yere iletilir." "Eğer taraflar arasında açık, örülü ya da edimin niteliğinden çıkma varsayılı bir anlaşma bulunmayıp kuşkulu, ikircikli bir durum varsa, yasanın tamamlayıcı yedek kuralları devreye girer" SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 4, s: 43, kn: 4, s: 43, kn: 5. Borçların ifa yeri hakkında detaylı görüş ve açıklamalar için bkz. age.

³³⁷ İfa zamanı tabiri çeşitli anlamlarda kullanılmakta, bazen bir borcun ifasının söz konusu olabileceği yegane zamanı, bazen tarafların kesin olarak kararlaştırdıkları zamanı, ayrıca en çok kullanılan anlamı ile, alacaklının borcun ifasını talep yetkisinin kullanma imkanının başladığı anı ifade etmektedir. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 320, Ayrıca FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:108, 110 vd ; AYBAY, s: 113; KILIÇOĞLU, s: 691 vd; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 385; REİSOĞLU, s: 259; BROX / WALKER, Allgemeines, s: 113, kn: 18; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 80, 81; EREN, s: 973; SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 5, s: 52, kn: 1; Alman hukukundan ilave görüş ve açıklamalar için bkz. HUBER, in: STAUDINGER, Eckpfeiler (2005), s: 150; ESSER /

düzenleyen m. 90 hükmüne göre, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur. Nitekim öğretide de “eğer borcun ifası akden, örfen veya kanunen herhangi bir süreye veya vadeye bağlanmamışsa, işin niteliğinden de bir vade gerekmiyorsa borcun hemen ifası icap eder” denmektedir³³⁸.

Tıbbi müdahale sözleşmesi bağlamında ifa zamanını, yani tıbbi bakımın sunulacağı, tıbbi müdahalenin gerçekleştirileceği zamanı belirlerken işin niteliğine göre hareket edileceğini söylemek yerinde olur. Hekimin rutin uygulamalarının yanı sıra somut durumun da göz önünde tutulması gerekmektedir. Hastanın başvurusunu takiben, şikayetine uygun olarak muayene ve gereken diğer tetkiklerin aşama aşama yapılmaya başlanması uygulamada en sık karşılaşılan durum iken, kimi zaman da hastanın tıbben hazır hale getirilmesi veya belli bir bekleme ya da gözlem süresinin geçmesi de gerekebilir. Acil müdahalelerin ise derhal gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda kuşku yoktur. Örneğin şok tablosu içinde başvuran bir hastaya derhal müdahale edilmesi gerekirken, buna karşılık bazı durumlarda ameliyatın yapılması için hastanın belli bir yaşa gelmesi bekleneceğinden, müdahalenin yani edimin ifası yıllar sonrasına planlanabilecektir³³⁹.

Hastanın ücret ödeme borcunu ne zaman yerine getireceği de somut durumun özelliklerine göre değişkenlik gösterebilir. Sıklıkla karşılaşılan uygulama, muayeneler, laboratuvar tahlilleri, görüntülemeler ve hastanın aynı gün içinde taburcu olacağı endoskopik inceleme, küretaj, küçük cerrahi müdahalelere ilişkin ücretlerin müdahale öncesi, ameliyat, gözlem, tedavi vb. hastane yatışı gerektiren durumlarda ise hasta taburcu olup hastaneden ayrılırken ödenmesi şeklindedir. Belli müdahaleler için her hastaya aynı paket fiyat uygulanması veya hastaya ve yapılan müdahaleye

SCHMIDT, Band I, Allgemeiner Teil, § 15 II, s: 257 vd; İsviçre hukukundan açıklamalar için bkz. VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 62, s: 44 vd.

³³⁸ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Cilt II, s: 110; Aynı yönde SAYMEN / ELBİR, 2. Cilt, s: 675; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 321, 323; NOMER, s: 324; KILIÇOĞLU, s: 696; EREN, s: 974; FIKENTSCHER, § 34-2, s: 139; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 34; İfa zamanına ilişkin detaylı bilgi ve açıklamalar için ayrıca bkz. YÜCE, Melek Bilgin, İfa Zamanı, TBK m.90-96, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s: 757- 842. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 320 vd; Vadeye ilişkin açıklamalar için bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s: 1064 vd; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 323 vd; SEROZAN, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 5, s: 56, kn: 6 vd; REİSOĞLU, s: 260 vd; AYBAY, s: 113 vd; EREN, s: 969, s: 997 vd; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 114 vd.

³³⁹ ÖZDEMİR, s: 187.

göre bireysel farklılıklar göstermesi, hekimlerin, sağlık kuruluşlarının tercihlerine ve hasta ile karşılıklı anlaşmalarına göre değişebilmektedir. Ancak büyük ve özellikli cerrahi müdahaleler açısından paket uygulamasının gündeme gelmediğini ve somut duruma göre belirleme yapıldığını söylemek mümkündür. Genellikle tarafların bu konuda önceden anlaşmaları görülmektedir ³⁴⁰.

b. Taraflardan Birinin Ölümü, Ehliyetini Kaybetmesi veya İflası İle

Taraflardan birinin ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası da vekalet sözleşmesinin sona erme nedenlerini oluşturmaktadır ³⁴¹. İster hekim ister hasta olsun taraflardan birinin ölümü nedeniyle tıbbi müdahale sözleşmesinin devamının onlar bakımından imkansız hale geleceği ve sona ereceğinde kuşku yoktur ³⁴². Bununla beraber hastanın sağlık kuruluşu ile kurmuş olduğu sözleşme, şayet hastaya aynı bakımı sunabilecek başka bir hekim mevcut ise ve hasta da bu hekim tarafından izlenmeyi kabul ettiği takdirde, devam edebilir ve bundan sonra hastaya gerekli tıbbi bakım yeni hekim tarafından sağlanır.

Sözleşmenin sona ermesinin nedeni hekimin ölümü olduğu takdirde, mirasçılarının ölüm anına kadar yerine getirilmiş edimlere ilişkin olarak hastadan ücret talep edebilecekleri, sözleşme hastanın ölümü nedeniyle sona ermiş olduğu takdirde de, müdahaleler özenli bir şekilde yerine getirilmiş ise onun mirasçılarında da ücret istenebileceği kabul edilmektedir ³⁴³.

Vekilin veya müvekkilin ehliyetini kaybetmesiyle birlikte de vekalet sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği belirtilmektedir. Taraflardan birinin tam

³⁴⁰ Hekimin borcunu ne zaman ifa edeceği hususunda bir vade belirlenmiş olması tıbbi müdahalelerin doğasıyla bağdaşmamakla beraber, hastanın ücret borcunun bir vadeye bağlanmış olması mümkündür. Hastanın borcunun ne zaman muaccel olacağı hususunda haliyle konu ile ilgili yasal düzenlemelerin göz önünde tutulması gerekecektir. Ancak Borçlar Kanununun ve hukukunun para borçlarının ifasına ilişkin hükümlerinin ve bu konuya ilişkin öğretideki görüşler ve açıklamaların, tıbbi müdahale sözleşmelerine birebir uygulanması söz konusu olamayacağı gibi, para borçlarının çalışma konumuzun özüyle doğrudan ilişkili olmaması nedeniyle de, önceden de belirtilmiş olduğu gibi ele alınmasına ve irdelenmesine gerek görülmemiştir.

³⁴¹ TANDOĞAN, Cilt II, s: 646, 665, 669; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 664, 665; YAVUZ, Cevdet, s: 564; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 317; SEÇER, s: 2215 vd. Bu nedenler TBK m. 513'te düzenlenmiştir. Vekalet sözleşmesinde tarafların içinde buldukları karşılıklı güven ilişkisi önemlidir ve bu güven sıklıkla tarafların kişiliğine bağlıdır. Müvekkilin ölümü halinde, onun ilişkiye egemen olan iradesi ve menfaati ortadan kalkacağı gibi, bazı durumlarda müvekkilin ölümü işin devamını imkansız da kılabilir. YAVUZ, Cevdet, s: 564.

³⁴² YAVUZ, Cevdet, s: 564; ÖZDEMİR, s: 188.

³⁴³ AYAN, s: 59; ÖZDEMİR, s: 188. Doğrudan tıbbi müdahalelere ilişkin olmamakla beraber, hastanın ölümünden sonra da uygulanmaya elverişli olması nedeniyle bkz. SEÇER, s: 2224, kn: 18, 19.

değil de sınırlı ehliyetsiz duruma düşmesi halinde ise somut duruma göre davranılması gerekmekte ise de ³⁴⁴, bu hükümlerin tıbbi müdahale sözleşmelerine aynen uygulanmasına imkan olmadığı açıktır. Hastanın ehliyetini kaybetmesinin sözleşmeyi sona erdirmeyeceği ve hekimin tedavi yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmektedir, aksi halde ehliyetsiz hastaların sağlık hizmetinden yararlanamaması gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkar. Hastanın yasal temsilcisi önceden kurulmuş sözleşmeyi devam ettirebileceği gibi, yasal temsilcinin olmadığı hallerde de atanana kadar geçen sürede hastanın ortada bırakılmaması ve tıbbi bakımının sürdürülmesi gerekmektedir ³⁴⁵. Yine müvekkilin ehliyetsizliği durumunda vekaletin sona ermesinin maddi fiillerden ziyade hukuki işlemlere yönelik olduğu, örneğin bir hekimin tedavi etmekte olduğu bir hastanın ehliyetini yitirmesiyle tedaviyi bırakmasının haklı görülemeyeceği, ancak vekalet verenin tam ehliyetsizliği durumunda vekalet sözleşmesinin son bulmayacağına önceden öngörülmesinin de doğru olmadığı, keza işin niteliği ne olursa olsun vekalet veren vekile talimat verme ve sona erdirmeye hakkını kullanamayacak duruma geldiği takdirde, vekalet verenin sınırlı ehliyetsiz hale düşmesi durumunda, yine bir yasal temsilci atanması gerektiğinden vekaletin sona ermesi gerektiği, fakat kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından yasal temsilcinin iznine bağlı olmaksızın da sınırlı ehliyetsizin bu hakları kullanabileceği şeklinde görüşlerden de söz edilmektedir ³⁴⁶. Kanımızca somut durumun özellikleri dikkate alınmalıdır. Hastanın durumu tıbben müdahalenin veya takibin devamını zorunlu kılıyorsa, hekim muhatap alacağı bir yasal temsilci atanana kadar, hastanın yararını gözeterek müdahalesine, tedavisine devam edecektir, keza yasal düzenlemeler de ehliyetsiz hastaların tedavisine ilişkin açık hükümler içerdiği gibi, hekimin bir vekalet ilişkisi söz konusu olmaksızın da vekaletsiz iş gören olarak müdahalede bulunabileceği de kabul edilmektedir. Ancak tıbbi bir zorunluluğun söz konusu olmadığı, örneğin estetik ameliyatlara, üreme fonksiyonlarına ilişkin tedavi edici ya da kısıtlayıcı müdahaleler, organ ve doku bağıışı gibi müdahaleler bakımından aradaki sözleşmenin sona ereceğini kabul etmek yerinde olacaktır.

Hekimin ehliyetini yitirdiği durumda ise, özellikle tam ehliyetsizlik durumunda, edimlerini yerine getirmesi söz konusu olamayacağından sözleşmenin de

³⁴⁴ YAVUZ, Cevdet, s: 565; ayrıca bkz. SEÇER, s: 2227, s: 27, 28.

³⁴⁵ ÖZDEMİR, s: 189.

³⁴⁶ SEÇER, s: 2227, 2228, 229 kn: 29-33 ve oradaki dipnotlar.

sona ereceği kabul edilmektedir ³⁴⁷. Zaten bu durumda hekimin mesleğini de icra edemeyeceği ortadadır.

İflas bakımından da, hekimin mesleğini icra etmesine özgü araç gereçleri haczedilemeyeceği için iflası durumunda tıbbi müdahale sözleşmesini sürdürmesine bir engel bulunmamaktadır ³⁴⁸. Hastanın iflası durumunda da, hekimin sırf ücret alamayacağı gerekçesiyle sözleşmeyi sona erdirmesi haklı bir neden olarak görülmemekle beraber ³⁴⁹, bir görüşe göre, acil durumlar dışında hekimin ücret ödeyemeyecek hastaya bakma yükümlülüğü bulunmamaktadır ³⁵⁰.

c. Azil veya İstifa İle

Vekalet sözleşmesi hükümleri ile uyumlu şekilde, tıbbi müdahale sözleşmesi de azil veya istifa ile sona erebilir ³⁵¹. Bu durumu, genel anlamda vekaletin, tarafların tek taraflı iradesiyle sona ermesi şeklinde tarif etmek de mümkündür. TBK m. 512'ye göre de vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilirler. Bu düzenlemenin emredici nitelikte olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, ne müvekkil, vekili her zaman için azletmek, ne de vekil her zaman için istifa etmek hakkından feragat edemeyecektir ³⁵². Diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak, taraflar arasındaki ilişkinin bu kadar kolayca çözülmesine imkan sağlayan böyle bir düzenlemenin temelinde, vekalet sözleşmesinin dayandığı güven unsuru yatmaktadır. Kanun tarafların diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirmelerine imkan tanımaktadır ³⁵³. Tıbbi müdahale sözleşmesinde taraflar arasındaki güvenin taşıdığı önem nedeniyle, tarafların her zaman için sözleşmeyi sona erdirme imkanlarının olduğu Alman hukukunda da kabul edilmektedir ³⁵⁴.

³⁴⁷ AYAN, s: 60. Bu yönde genel açıklamalar için bkz. SEÇER, s: 2227, kn: 28.

³⁴⁸ AYAN, s. 60. Benzer şekilde, *Seçer*, iflasın vekili kendi malvarlığı değerleri üzerinde yoksun bıraktığını, fakat iş görme borcunun ifasını engellemediğini ve vekalet sözleşmesini geçersiz kılmadığını, maddi bir eylemi konu edinen vekalet sözleşmelerin ifasını etkilemediği, örneğin hekimin iflas etmesine rağmen, hastayı tedavi etmeye devam edebileceğini ifade etmektedir. SEÇER, s: 2234, kn: 48 ve oradaki dipnotlar.

³⁴⁹ AYAN, s: 60.

³⁵⁰ ÖZDEMİR, s: 190.

³⁵¹ YAVUZ, Cevdet, s: 564; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 316.

³⁵² YAVUZ, Cevdet, s: 564; SEÇER, 2198, kn: 16, ayrıca sona erdirme hakkının emredici nitelikte olup olmadığı yönündeki tartışma için bkz. age s: 2198 vd.

³⁵³ SEÇER, s: 2191, kn: 1. Bu konuda daha geniş açıklamalar için bkz. age; aynı yönde açıklamalar için bkz. İNAL, s: 820.

³⁵⁴ UHLENBRUCK, L/U, § 46 Die Beendigung des Arztvertrages, s: 394, kn: 3; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 46. İlave açıklamalar için bkz. age.; Alman hukukunda, tıbbi müdahale sözleşmesinin hizmet sözleşmesine dayandırılması ve hizmet sözleşmesinin, haklı nedenlerin varlığı halinde,

Müvekkil, hem kendi iradesi ve menfaatinin taşıdığı öncelik, hem de vekilin ediminin kişisel özellikleri ve güven unsurunun taşıdığı önem nedeniyle, her zaman için tek taraflı iradesiyle vekili azlederek vekalet son verebilmektedir. Özellikle müvekkilin yüksek menfaatlerini ilgilendiren, büyük bir özen ve sadakat gerektiren, güvenin objektif kriterlere bağlanamadığı bilimsel edimlerde, vekile olan güvenin sarsılmasıyla birlikte, müvekkilin hiçbir neden göstermeksizin vekalet sözleşmesine son verebileceği belirtilmektedir ³⁵⁵ .

Müvekkilin azil yetkisine uygun şekilde vekile de istifa yetkisi tanınmıştır. Vekil açısından da müvekkil ile işbirliğinin ve onun vereceği talimatların önem taşıdığı bir güven ilişkisinin var olması nedeniyle, görülecek bazı işlerin vekilin ruhsal ve ahlaki kişiliğini, vicdanını derinden etkileyeceği, yaşamını, itibarını, sağlığını tehlikeye düşürebileceği hallerde, kendisini görülecek iş için yeterli bulmadığında, meslek ahlakına ve vicdanına aykırı durumlarla karşılaştığında, işin amacına elverişli bulmadığı talimatlarla bağlı kalmak istemediğinde, hatta güvenini sarsan herhangi bir durumda sözleşmeyi sona erdirebileceği belirtilmektedir ³⁵⁶ .

Demek ki, vekalet sözleşmesi müvekkil veya vekil tarafından, her zaman için, bir nedene dayandırılması gerekmeyen, bir önele bağlı tutulmamış, tek taraflı ve varması gerekli bir beyanla sona erdirilebilir ³⁵⁷ . Gerek azil gerek istifa herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp, örtülü bir şekilde veya bu yönde işaret eden bir hareketle de ortaya konabilecektir ³⁵⁸ . Ancak TBK m.512 hükmüne göre, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü tutulmuştur. Haksız azil veya istifa halinde karşı tarafın, güvendiği vekaletin uygun olmayan zamanda ortadan kalkmasından dolayı, uğradığı zararın tazminini isteyebileceği ifade edilmektedir ³⁵⁹ .

herhangi bir süreye bağlı kalmaksızın her zaman için feshedilebileceği yönünde açıklamalar için bkz. ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 30 4, s: 249; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155.

³⁵⁵ TANDOĞAN, Cilt II, s: 614, 616, 623; ÖZDEMİR, s: 188; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 316, 317.

³⁵⁶ TANDOĞAN, Cilt II, s: 616, 324.

³⁵⁷ TANDOĞAN, Cilt II, s: 620; YAVUZ, Cevdet, s: 564; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 316, 317.

³⁵⁸ TANDOĞAN, Cilt II, s: 622.

³⁵⁹ YAVUZ, Cevdet, s: 564; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 316, 317. Vekil, vekalet verenin yararını korumakla yükümlü olduğundan, onun başka bir vekil tayin etmesine elverişsiz zamanda sözleşmeyi sona erdirmesi, uygun olmayan bir sona erdirme olarak görülmektedir, bununla birlikte değerlendirme yapılırken, vekalet verenin içinde bulunduğu somut durum da dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde de yaklaşılması gerekmektedir. SEÇER, s: 2206, kn: 28, 29.

Böylece hem hasta hem de hekimin, haklı bir nedenle ya da bir nedene dayanmaları gerekmeksizin tek yanlı bir irade açıklamasında bulunarak sözleşmeyi feshedebileceklerini söylemek mümkündür ³⁶⁰. Uygulamada hastaların, artık başka bir hekim tarafından izlenmek istedikleri için ya da sıklıkla herhangi bir açıklamada da bulunmayarak, hekime gelmekten vazgeçtikleri ve tedavilerini yarım bıraktıkları görülse de, bir başka deyişle, hasta, genellikle bir daha o hekime gelmeyerek iradesini örtülü bir şekilde ortaya koysa da, hekim hastaya hizmet sunmaktan vazgeçmek istediği takdirde, sözleşmeyi böyle örtülü şekilde kolayca sona erdirmesi pek mümkün olmamakta, bunun, hastaya açıkça söylenmesi gerekmektedir. Sağlık hizmeti sunulan mekanda yüzyüze gelmemiş olsalar dahi, örneğin telefon ya da başka bir iletişim vasıtasıyla da, hastanın artık kabul edilmeyeceğinin söylenmesi ya da randevu verilmemesi de bir olasılık teşkil edebilir. Bununla birlikte, hekimin hastaya, belli bir nedene dayanmaksızın, tedavisine başka bir hekim ile devam etmesini önermesi de sözleşmeyi sona erdirmek istediği yönünde örtülü bir irade açıklaması olarak ele alınabilecektir.

Azil ve istifa durumunda vekil, o zamana kadar yapılan iş ve masraflar için kısmi bir ücret talebinde bulunabileceği gibi, ayrıca uygun olmayan zamanda yapılan azil ve istifa nedeniyle zarar gören taraf tazminat isteminde de bulunabilecektir ³⁶¹. Uygun olmayan zaman kavramının bazı durumlarda istifa bakımından daha büyük önem taşıdığı, vekilin müvekkilin yararını korumakla yükümlü olması nedeniyle, işini müvekkilin kendisinin yapmasına, ki bu tıbbi müdahaleler bağlamında geçerli olamayacak bir husustur, ya da yeni bir vekil tayin etmesine imkan olmayacak bir zamanda istifa etmesi durumunda, örneğin tam müdahalenin gerçekleştirildiği sırada veya hemen öncesinde istifa etmesi gibi, uygun olmayan bir zaman durumu ortaya çıkabilecektir ³⁶². Ancak ameliyatın tam ortasında olmasa da, müvekkilin haksız güvensizlik göstermesi, vekile hakaret etmesi, ahlaka aykırı talimat vermesi gibi,

³⁶⁰ Tıbbi müdahale sözleşmelerine vekalet hükümleri uygulanmamakla beraber, aynı yaklaşım Alman hukukunda da kabul edilmiştir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 15.

³⁶¹ TANDOĞAN, Cilt II, s: 624; ÖZDEMİR, s: 185; Hastanın, hekimin yapmış olduğu işin bedelini ödemek kaydıyla, tedavi sözleşmesinden cayabilmesi ve bir başkasına giderek onun tedavisi altına girmesi mümkündür. İNAL, s: 820, 821.

³⁶² AYAN, s: 59; ÖZDEMİR, s: 188.

vekilden artık işe devam etmesinin beklenemeyeceği bir durumda ani bir istifa haklı kabul edilebilecektir ³⁶³.

C. Vekaletsiz İş Görme

1. Türleri ve Unsurları

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de dile getirmiş olduğumuz gibi, hekimler ile hasta arasında, tıbbi müdahale sözleşmesinin kurulmasının mümkün olmadığı, ancak hekimin hastaya el atma zorunluluğunda kaldığı acil durumlarda, gerçekleştirilen müdahaleler vekaletsiz iş görme hükümlerine dayandırılmaktadır. Hukukumuz yanı sıra Alman ve İsviçre hukuklarında aynı yaklaşımın geçerli olduğu görülmektedir ³⁶⁴.

Vekaletsiz iş görme gerçek (caiz olan) vekaletsiz iş görme ve gerçek olmayan (caiz olmayan) vekaletsiz iş görme şeklinde ayrılmaktadır ³⁶⁵. Gerçek vekaletsiz iş görmede bir kimsenin, yani iş görenin, başkasına, yani iş sahibine ait bir işin görülmesi iradesiyle, fakat bu konuda bir yetkisi olmaksızın, onun hukuk alanına müdahale etmesi söz konusudur ³⁶⁶. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede ise, bir kimse, bilerek ya da bilmeyerek, başkasının işini kendi işiymiş gibi ve kendisine

³⁶³ TANDOĞAN, Cilt II, s: 638.

³⁶⁴ TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Cilt, Genel Hükümler, İkinci Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965, s: 262; ; AYAN, s: 60; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, s: 678, 679, 680; KICALIOĞLU, s: 154; REİSOĞLU, Seza, s:3, 13; EREN, s: 631; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 497; AYAN, s: 45; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 253; GÖKCAN, s: 919, ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 284; HATIRNAZ EROL, Gültezer, Sağlık Çalışanlarının Hukuki Sorumluluğu ve Hukuk Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s: 243; GÜLEL, s: 590, 591; İNAL, s: 825; Alman hukukunda da hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulamadığı durumlarda vekaletsiz iş görme gündeme gelmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 75, kn: 96; NEUEFEIND, s: 14; JANDA, s:126, 127; BROX / WALKER, Besonderes, s: 329, kn:5; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 284

³⁶⁵ MARTINEK, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 788; ESSER / WEYERS, § 46 II 1, s: 393 ve § 46 III 1, s.410; TANDOĞAN, Cilt II, s: 676; YAVUZ, Cevdet, s: 639; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 284, 286, 287; REYHANİ YÜKSEL, s: 798.

³⁶⁶ İşgören, iş sahibinin gerçek ya da tahmin edilen menfaatine uygun davranmaktadır. Buna göre gerçek (caiz) vekaletsiz iş görmenin unsurları, iş görme fiili, görülen işin başkasına ait olması, iş görenin bu işi yapmaya mezun bulunmaması, yani vekaleti olmaması, işgörenin, iş görmesinde, başkasının işini görme iradesiyle hareket etmesi, iş görmenin iş sahibinin iradesine aykırı olarak gerçekleştirilmemesi, iş görmenin, o işi yapamayacak durumda olan iş sahibinin varsayılan iradesi ve menfaati gözetilerek yapılması olarak açıklanmaktadır. YAVUZ, Cevdet, s: 640, 641; SEROZAN, Borçlar Özel, s: 25, 26; EREN, s: 631; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 284; REYHANİ YÜKSEL, s: 797; Alman Hukukundan açıklamalar için bkz. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 282, 283; MARTINEK, in: STAUDINGER, Eckpfeiler (2005), s: 788 vd; ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 46 II 2, s: 393 vd, ayrıca vekaletsiz iş görme hakkında genel bilgi ve açıklamalar için age. § 46, s: 387 vd.; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 279 vd; FIKENTSCHEER, § 83, s: 495; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 363 vd.

menfaat sağlamak üzere görmektedir ³⁶⁷. Vekaletsiz iş görmenin her iki türü bakımından ortak olan unsurları, iş görme yani aktif bir hareketin olması, zira ihmal ve hareketsiz kalma iş görme olarak kabul edilmemektedir, işin başkasına ait olması, iş görenin vekaletinin, yani işi yapmak konusunda bir hukuki yetkisinin bulunmaması ve iş görme iradesinin varlığı olarak açıklamaktadır ³⁶⁸. Bazı farklılıklar olmakla beraber gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin haksız fiil niteliğinde olduğundan da söz edilmektedir ³⁶⁹. Tıbbi müdahaleler bağlamında geçerli olan esasen gerçek vekaletsiz iş görmedir; hekim acil durumdaki bir hastaya el atarken, onun menfaatine hareket etme iradesi taşımaktadır ³⁷⁰.

Kural olarak vekaletsiz iş gören kişinin yalnızca kast ve ağır ihmal nedeniyle sorumluluğu gündeme gelirken ve bu ayrıcalık kişileri acil durumlarda ilk yardımda bulunmaya teşvik edici rol oynarken, hekimler, meslekleri gereği böyle acil durumlarla başa çıkacak donanımda olduklarından, mesleklerinin olağan icrası sırasında, vekaletsiz iş gören olarak sorumluluklarında böyle bir ayrıcalık bulunmamakta, her türlü tıbbi özeni göstermeleri gerekmekte ve hafif ihmallerinden dahi tümüyle sorumlu tutulmaktadırlar ³⁷¹. Bununla beraber hekimlerin mesleklerini olağan şekilde icra ettikleri ortamlar dışında acil müdahalede bulunmak zorunda kaldıkları, örneğin yoldaki bir kazazedeye ilkyarımda buldukları hallerde

³⁶⁷ Gerçek olmayan (caiz olmayan) vekaletsiz iş görmenin unsurları, gerçek vekaletsiz iş görmenin unsurlarıyla aynı olmakla beraber, iş, iş sahibinin menfaatine ve onun varsayılan iradesine uygun şekilde görülmemektedir. ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 46 III 1, s: 410 ; YAVUZ, Cevdet, s: 645, 646; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 366; Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, *Serozan*'ın ifadesiyle " başkasının hukuk alanına sırf özel çıkar sağlamak için bencilce müdahale edilmektedir." SEROZAN, Borçlar Özel, s: 26; REYHANİ YÜKSEL, s: 798.

³⁶⁸ TANDOĞAN, Cilt II, s: 678- 680.

³⁶⁹ YAVUZ, Cevdet, s: 646.

³⁷⁰ "İş görenin kendi subjektif takdirine nazaran, iş sahibinin menfaatine hizmet maksadıyla giriştiği, fakat gerçekte bu menfaatin yapılmasını gerektirmediği veya iş sahibinin geçerli yasaklamasına aykırı olan iş görme". şeklinde (TANDOĞAN, Cilt II, s: 677; YAVUZ, Cevdet, s: 645) bir durumun ise, nadiren de olsa, tıbbi açıdan ve toplumun yaygın bakış açısı ve değer yargıları yönünden makul, uygun ancak hastanın iradesiyle bağdaşmayan, onun rıza göstermemiş, karşı çıkmış olduğu bir müdahalenin gerçekleştirilmesi durumunda da gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Bir görüş tarafından da, hekimin hastanın müdahaleyi daha önce reddettiğini bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde yine de müdahaleye devam etmesi durumunda caiz olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olacağı belirtilmektedir. REYHANİ YÜKSEL, s: 799. Ancak müdahaleye rıza göstermediği bilinmekle beraber durumunda yine de gerçekleştirilmesi haksız fiil teşkil edecektir.

³⁷¹ JANDA, s: 127. Benzer görüş BROX/ WALKER, Besonderes, s: 330, kn:5.

onlardan beklenen özen yükümlülüğünde de bazı yumuşamalar söz konusu olmaktadır ³⁷².

2. Vekaletsiz İş Görme Kapsamında Ele Alınan Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi bir zorunluluk halinin ortaya çıkması neticesinde, örneğin bir travma, kalp krizi, serebrovasküler olay ³⁷³ vb., iradesini beyan edemeyecek durumda olan bir hastanın, hekim tarafından acil tıbbi müdahaleye tabi tutulması durumunda, vekaletsiz iş görme ilişkisi ortaya çıkmaktadır ³⁷⁴. *Saymen ve Elbir* de, böyle bir vekaletsiz iş görmeye örnek olarak kendisini kaybetmiş bir kişiye yapılan cerrahi müdahaleyi örnek göstermektedirler. Burada derhal müdahale gerektiği için, ilgili kişinin rızasını alma imkanı bulunmamaktadır ³⁷⁵.

Ameliyatın genişletilmesi de hekimin vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak müdahalede bulunacağı durumlara örnek oluşturmaktadır. Ameliyat sırasında önceden beklenmeyen ve bu nedenle de hastaya açıklanmamış olan bir durum ortaya çıktığında, artık planlanandan daha geniş bir müdahalede bulunulması gerekebilir. Ancak ameliyatın vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanılarak genişletilebilmesi için, tıbbi durumun hastanın rızasını aramaya imkan bırakmayacak şekilde acil ve tehlikeli olması ve ameliyatın genişletilmesi nedeniyle ortaya çıkacak olumsuzluk ve risklerin, hastanın elde edeceği yarardan daha büyük olmaması, ayrıca yaşamın korunması için zorunlu olması hali dışında, bir organın çıkarılmaması gerekmektedir ³⁷⁶. Acil durumlardaki zorunlu müdahaleler ile ameliyatın genişletilmesine ilerleyen bölümlerde ayrıca değinilecektir.

³⁷² DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 620; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 156 vd. Aynı yönde bkz. BROX/ WALKER, *Besonderes*, s: 330.

³⁷³ Beyin damarlarında kanama veya tıkanma sonucu beynin o bölgesinde geçici veya kalıcı işlev kaybıyla seyreden ve ölüme de yol açabilen patolojik durum. SILBERNAGL, Stefan / LANG, Florian, *Beyin Dolaşım Bozuklukları, İnme, Patofizyoloji Atlası* (Çev. İZBIRAK, Doğan), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2005, s: 360, 361.

³⁷⁴ DEUTSCH/ SPICKHOFF, s: 622; GÖKCAN, s: 897; AYAN, s: 61; REİSOĞLU, Seza, s: 13; KICALIOĞLU, s: 183; REYHANİ YÜKSEL, s: 799 Bilinci kapalı kişiler gerekli irade açıklamasında bulunamadıkları için sözleşmeye taraf olamamaktadırlar. Hasta ya da yaralının onu tanımayan birisi tarafından bulunup hastaneye getirilmesi durumunda hekim ile o kişi arasında üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olamayacaktır. Hasta ya da yaralıyı getiren kişinin eyleminin yetkisiz temsil veya vekaletsiz iş görme olarak ele alınmasının mümkün olabileceğinden, ayrıca acile getirilen hasta ile hekim arasında da sözleşmesel bir ilişkinin kurulmuş varsayılabilirliğinden ya da bu ilişkiye de vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanabileceğinden söz edilmektedir. Bkz. JANDA, s: 126.

³⁷⁵ SAYMEN / ELBİR, *Cilt:1* s: 448.

³⁷⁶ AYAN, s: 61; REYHANİ YÜKSEL, s: 799.

D. Haksız Fiil

Haksız fiil, hukuk düzeninin izin vermediği ve hoş karşılamadığı eylem ve davranışlar olarak, haksız fiil sorumluluğu ise bir kimsenin, aralarında bir ilişki mevcut olmaksızın hukuka aykırı bir fiiliyle başka bir kimseye vermiş olduğu zararları gidermekle yükümlü olması şeklinde tanımlanmaktadır. Kişiler arasında daha önceden bir borç ilişkisi yokken, bunlardan biri, diğerinin davranışından ileri gelen bir zarara uğramakta, bu şekilde aralarında haksız fiilden kaynaklanan bir borç ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir³⁷⁷. Failin başkasına zarar verici fiilini yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa dahi, eğer fiil ahlaka aykırılık oluşturuyorsa,

³⁷⁷ Haksız fiil, başkasının zarara uğraması sonucunu doğuran ve fail ile zarara uğrayan şahıs arasında failin icrasından önce bir borcun doğumuna yol açmayan herhangi bir hukuk kuralını ihlal eden müsbet veya menfi fiildir. ATAAY, s: 275; Haksız fiil sorumluluğunda, daha önce yüklenilmiş bir borca aykırı davranıştan farklı olarak, genel davranış kurallarına aykırılık söz konusu olmaktadır. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 1; ÖZ, Turgut, Borcun İfa Edilmemesi, TBK m.112, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s: 876, kn: 13; SCHWARTZ, s: 97, 98; VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 46, s: 407; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 255; KILIÇOĞLU, s: 359. Haksız fiil sorumluluğunun doğması için zarar veren kişinin kusurunun da bulunması gerektiğinden bu sorumluluğa aynı zamanda kusura dayanan sorumluluk da denilmektedir. Haksız fiil neticesinde bir kişiye zarar veren, o kişiye karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bir borcu çığnemiş olmaz. Zira zarar gören kişi ile arasında borç doğurmuş olan bir hukuki ilişki yoktur. Ancak haksız fiilin işlenmesiyle birlikte, haksız fiili gerçekleştiren kişi ile bundan zarar gören kişi arasında hemen bir borç ilişkisinin doğduğu kabul edilmektedir. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s: Borçlar, 13, 86, 87; VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 46, s: 407; ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 53, s: 519 vd. Haksız fiil sorumluluğu sadece belli bir alacaklıya karşı değil, herkese karşı uyulması zorunlu bir hukuki görevin ihlali yüzünden doğan zararı tazmin yükümlülüğü olarak da tanımlanmaktadır. Böylece, hukuk düzeninin kişileri zarardan korumak amacıyla getirdiği, herkese hitap eden emir ve yasakları çığneyen kişi haksız fiil işlemiş olmaktadır. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 46, s: 407; FIKENTSCHE, § 18- II-2, s: 52 ve § 103-I, s: 629; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 641, 643; SAYMEN / ELBİR, I. Cilt, s: 373; KARAHASAN, Sözleşmeler, s: 63; TUNÇOMAĞ, 1. Cilt, s: 255; AYBAY, s: 74, 75; Haksız fiil kavramındaki haksız sözcüğü hukuka aykırılığı ifade etmekte olup, böylece haksız fiilden doğan borçlar yerine hukuka aykırı fiillerden doğan borçlar demek de mümkündür. Hem haksız fiil hem hukuka aykırı fiil terimleri, kişinin hukuk düzeni tarafından reddedilen davranışlarını kapsamaktadır. KILIÇOĞLU, s: 359, EREN, s: 540 vd. Benzer bir tanımla, mevcut bir hukuki ilişkiyle bağlantılı olmaksızın, hukukun cevaz vermediği bir olay veya eylem sonucunda bir kimsenin zarara uğraması durumunda, bu zararın zarar veren tarafından karşılanması yükümlülüğüne genel anlamda haksız fiil sorumluluğu denmektedir. NOMER, s: 149; Tandoğan, “ aralarında önceden bir münasebet bulunmaksızın veya önceden mevcut münasebet ihlal edilmeksizin birisinin hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar vermesi halinde de tazminat borcu ortaya çıkabilir.” ve “ haksız fiillerde hukuka aykırılık önceden mevcut bir hukuki münasebetin yüklediği borçları yerine getirmemek şeklinde değil, objektif hukuk kaidelerinin her fert için riayet edilmesini mecburi kıldığı umumi vazifelere aykırı hareket tarzında bulunma şeklinde tezahür eder” açıklamalarını yapmaktadır. TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, 1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s: 6,7; Saymen ve Elbir ise haksız fiili, “bir kimsenin kanuna muhalif olarak başkasına bir zarar ika etmesi” ve “ hukuka uygun olmayan bir irade veya bir fiil neticesinde başkasına zarar ika etmek” şeklinde tanımlamaktadırlar. Böylece zararı ika eden şahıs ile (fail) zarara maruz kalan kimse (mağdur) arasında bir hukuki bağ doğmakta, fail, ika ettiği zararı mağdura karşı tazmin etme borcu altına girmektedir. SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s: 380; KARAHASAN, Sözleşmeler, s: 63.

yine haksız fiil gündeme gelmektedir ³⁷⁸. Haksız fiil sorumluluğu TBK m. 49/ 1’de düzenlenmiş olup, buna göre hukuka aykırı bir fiille ve kusurlu olarak başkasına zarar veren kimse, verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Hekim ile hasta arasında şayet sözleşmesel bir ilişki mevcut değilse ve vekaletsiz iş görmenin koşulları da oluşmamış ise, haksız fiil gündeme gelebilir ³⁷⁹. Haksız fiil için, hekimin hastanın rızası olmaksızın müdahalede bulunması, haber vermeksizin deney uygulaması vb. çeşitli örnekler verilebilecek olsa da, tıbbi müdahaleler hastanın yaşamına, sağlığına, beden bütünlüğüne, dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilen haklarına yönelmiş oldukları için, sözleşmeye aykırı davranışlar aynı zamanda haksız fiil de teşkil etmektedir. Bu nedenle hekimin hastaya sözleşme gereğince müdahalede bulunduğu hallerde dahi, bir zarar ortaya çıkarsa, aynı zamanda haksız fiilin varlığı da söz konusu olmaktadır. Hekimin sorumluluğuna gidildiği takdirde, kusurun ispatı, zamanaşımı, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bağlamında farklılıklar arz etse de, sözleşmeye aykırılık unsuru ile haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru genel olarak paralellik göstermekte ve sorumlulukların yarışması gündeme gelmektedir ³⁸⁰. Sözleşmenin hasta ile

³⁷⁸ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 651; AYBAY, s: 79; EREN, s: 624; VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 46, s: 416; ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 56 II 2, s: 583 vd.; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 379, 380.

³⁷⁹ YILMAZ, s: 14, 15; AYAN, s: 61; DEMİR, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan, s: 153; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 242. Hatta diğer tıbbi müdahalelerin yanı sıra, kişi henüz doğmadan önce annesinin gebeliği sırasında hatta daha annesi gebe kalmadan önce de maruz kalabileceği etkenler yüzünden beden bütünlüğü ve sağlığı zarar gördüğünde de haksız fiil gündeme gelebilmektedir. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 354.

³⁸⁰ AYAN, s: 61, 62; REİSOĞLU, s: 316; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 243; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 273; KANETİ, s: 62; ESSER / WEYERS, § 29 I 2, s: 246; BROX / WALKER, s: 337, kn: 19; MEDICUS, Besonderer Teil, s. 158; Yardımcı şahısların eylemleri, zamanaşımı ve ispat külfetinde farklar bulunmasına ilişkin olarak SEROZAN, Şerh, s: 58, kn: 102. Bazen bir fiil, hem sözleşmenin ihlali hem de haksız fiil teşkil edebilir. Örneğin ödünç alınan bir eşyanın tahrip edilmesi, bozuk bir gıda maddesinin satılması nedeniyle yiyen kişilerin zehirlenmesi, taşıyanın taşıdığı malın bir kısmını aşırması, işverenin işçiyi sağlığı bozucu koşullarda çalıştırması gibi durumlarda hem sözleşme ihlal edilmiş hem de sözleşme dışı haksız fiil sorumluluğu gerçekleşmiş olacaktır. Böyle durumlarda sorumlulukların yarışmasından söz edilmektedir. Bir sorumluluk birden fazla sebebe ve kaynağa dayandırılmaktadır. Bir zarar hem sözleşmesel hem sözleşme dışı sorumluluğu gerektiriyorsa, dolayısıyla bir olayda iki çeşit sorumluluktan her birinin şartları tamamen gerçekleşmiş bulunuyorsa, davacı seçim hakkına sahip olup istediği sorumluluğa dayanabilecektir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s: 1312, 1313, 1315, 1316; Aynı yönde EREN, s: 1116; TBK m. 60’da sorumluluk sebeplerinin yarışması şöyle düzenlenmiştir: *“Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir. Bir zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.”* Sorumluluk sebeplerinin yarışması hususunda ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 285 vd; KARAHASAN, Sözleşmeler, s: 65, 68 vd; KILIÇOĞLU, s: 570 vd; İNAL, s: 476 vd; HAGER, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 823; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 165 vd; SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 23, s: 295, kn: 2, (ayrıca haksız fiil

hekimin çalıştığı sağlık kurumu arasında kurulmuş olması halinde ise, sağlık kurumunun sözleşmeye dayanan sorumluluğu ile hekimin haksız fiil sorumluluğu bir müteselsil sorumluluk durumu teşkil edecektir³⁸¹.

sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasındaki ayrımlar için age. § 54 IV, s. 539); Tunçomağ, Karahasan, Dural, Nomer, İnal, yine Alman öğretisinden *Medicus*, hekimin sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğunun yarışmasına dikkat çekmektedirler. Tunçomağ'ın açıklaması şu şekildedir ki: "Başkasını zarara uğratan bir olay, bazen hem sözleşmeden ve hem de haksız fiilden doğan sorumluluğun şartlarını gerçekleştirir. Yalnız bunun için zarara uğrayanla zarar veren kişi arasında sözleşmeyle kurulmuş bir bağın bulunması ve sonra da zarar verenin fiilinin aynı zamanda sözleşmeye aykırılık ve haksız fiil teşkil etmesi gerekir. Mesela, bir doktorun hastasının sakat kalmasına sebebiyet veren bir mesleki kusur işlemesi veya bir otomobil kiralayanın bir yere çarpması sonucu arabaya zarar vermesi hallerinde olduğu gibi" TUNÇOMAĞ, 1. Cilt, s: 69; Benzer şekilde: " Örneğin bir doktorun mesleki kusur nedeniyle hastasını sakat bırakmış ya da oto kiralayanın bir yere çarpıp otoda hasar meydana getirmiş olması durumunda, sözleşme ve haksız eylemden doğan sorumluluğun yarışmasından söz edilir." KARAHASAN, Sözleşmeler, s: 68, 69; Ayrıca bkz. DURAL, Hekimin Sorumluluğu, s: 154; Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s :153-156, NOMER, s: 408, kn: 202; İNAL, s: 119, 249; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 166.

³⁸¹ Teselsül, çeşitli boçlular veya çeşitli alacaklılar arasında, bölünmesi mümkün olan bir edimin tamamını herhangi birinden alabilmek yahut herhangi birisine ifa edebilmek imkanını veren ve bu sonuç elde edilinceye kadar her birinin sorumluluğunu devam ettiren bir borç ilişkisidir. Birden fazla borçlu varsa ve bunlardan her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu iseler, müteselsil bir borç ilişkisi söz konusu olmaktadır. Birden fazla borçlunun her biri, aynı alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı sözleşmesel olarak veya kanunen üstlenmiş iseler ve alacaklı tüm ifaya kadar borçluların her birinden borcun tamamını istemek imkanına sahipse boçlular arasında teselsülün varlığı kabul edilmektedir. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s: 302, s: 311 vd, SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halid Kemal, Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler, 2. Cilt, İsmail Akgün Matbaacılık ve Kitapçılık Müesseseleri, İstanbul 1958, s: 777 vd; Yine benzer açıklamalara göre, birden fazla kimse, alacaklıya karşı, aynı sebepten dolayı ve her biri borcun tamamı için asıl borçlu sıfatıyla borçlu olurlarsa müteselsil borçtan söz edilmektedir. Müteselsil borçlarda alacaklı, borcun ifasını borçluların hepsinden veya bir kısmından ya da yalnızca birinden isteyebilir. Borç tamamen ödeninceye kadar borçluların hepsi, kısmen ifada bulunanlar dahil, ifa ile yükümlü olmakta devam ederler. Böylece her borçlu borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür, alacaklı seçim hakkına sahiptir, borçlulardan birinin ifası oranında borç sona erer. TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 5. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, s: 377 vd., s: 938, 939. Teselsül ve müteselsil sorumluluk hakkında ilave bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s: 575 vd ve s: 927 vd; EREN, s: 834 vd; TUNÇOMAĞ, I.Cilt, s: 334, s: 589 vd; NOMER, s: 220 vd, kn: 15 vd; KAPANCI, Kadir Berk, Müteselsil Sorumluluk, TBK m. 61-62, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faru / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 437- 495; İNAL, s: 752 vd; ayrıca Alman hukukunda konuya yönelik açıklamalar için bkz. SCHMIDT-KESSEL, Martin, Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 283 vd ; LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987, § 7 s: 631 vd; ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 60 I 2, s: 612; BROX, Hans/ WALKER, Wolf- Dietrich, Grundrisse des Rechts, Allgemeines Schuldrecht, 32.Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2007, s: 404 vd; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 363; FIKENTSCHER, s: 335; İsviçre hukukundan görüş ve açıklamalar için bkz. VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 90, s: 297 vd; Avusturya hukukundan görüş ve açıklamalar için bkz. KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 130.

Tıbbi müdahaleler bağlamında çok sık gündeme gelmemekle beraber, bazı hallerde zarar, hukukun cevaz verdiği bir eylem neticesi de doğabilir. Zarar hukuka uygun bir eylem neticesi doğsa ve sonuç hukuka aykırı sayılmasa da, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi gereğince hakkaniyete uygun şekilde tazmini gerekebilir ³⁸².

III. TIBBİ MÜDAHALE SÜRECİNDE TARAFLARIN HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ, HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ

Önceki bölümlerde de söz edildiği gibi, hekim ile hasta arasındaki ilişki kamu hizmeti, sözleşme, vekaletsiz iş görme, hatta haksız fiil gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Tıbbi müdahale ya da hekimlik sözleşmesi, diğer Borçlar Hukuku sözleşmeleriyle benzerlik göstermekle beraber, konusunu yaşam, sağlık ve beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerin oluşturması nedeniyle yine de bazı farklılıklar taşımaktadır. Bu değerlere yönelik faaliyet gösteren hekimin, herhangi bir sözleşme tarafına göre çok daha özenli davranması beklenmektedir; çünkü diğer sözleşmelerde borca aykırı hareketler genellikle malvarlığına yönelik zararlara yol açarken, tıbbi müdahale sözleşmesine taraf olan hekimin borca aykırı eylem ve davranışları mal varlığı zararlarının yanı sıra ve çok daha önemli olarak şahıs varlığı zararlarına da yol açmakta ve bunların telafisi de çoğu zaman güç ya da imkansız olmaktadır ³⁸³. Buna mukabil hastanın da söz konusu menfaatlerinin yaşamı ve sağlığı olduğu düşünüldüğünde, ondan da sadece haklarını kullanırken değil, yükümlülüklerini yerine getirirken de aynı özen, hassasiyet ve titizliğin beklenmesi doğaldır. Taşındığı önem ve özellikler nedeniyle, tıbbi müdahale sözleşmesi ile taraflara getirilen haklar,

³⁸² Kimi zaman devletle birey, kimi zaman da bireyler arasında çıkar çatışmaları söz konusu olabilir. Bu çıkar çatışmaları karşılıklı yürütülen müdahalelerle somut görünüm biçimleri kazanırlar. Hukuk düzeni bu çatışmaları en az düzeyde tutma amacına uygun olarak, bazı çıkarları diğerlerine üstün tutmakta ve düşük saydığı çıkarın zarar verici müdahalelere katlanma yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedir. Bu durumda üstün çıkarın korunmasını sağlayan müdahaleye katlanan diğer taraf bir fedakarlık göstermiş olmaktadır. Gösterilen fedakarlığın da üstün çıkar sahibi tarafından denkleştirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin kişinin uğramış olduğu zararlar bakımından yer bulmadığı hususunun da hatırlanması gereklidir. Detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. ULUSAN, İlhan, Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, Ek Bölüm ile Güncelleştirilmiş 2.Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s: 8. Oğuzman ve Öz de, fedakarlığın denkleştirilmesine yönelik olarak, bazı durumlarda hukuk düzeninin bir kimsenin herhangi bir kusuru olmayan bir başkasını zarara uğratmasına izin vermesine, yani zarar verici davranışta hukuka aykırılığı önleyen bir sebep olmasına rağmen , zarara katlanan kişinin fedakarlığına karşılık, zarar verenin bu zararı tazmin etmesi şeklinde bir tanımlama yapmaktadırlar. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 4. Fedakarlığın denkleştirilmesi hakkında kapsamlı görüş ve açıklamalar için bkz. ULUSAN, age. ayrıca ULUSAN, İlhan, Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 43, Sayı: 1-4, Yıl: 1977, s: 101-130.

³⁸³ AYAN, s: 50; REİSOĞLU, Seza, s: 10.

borçlar, yükümlülüklerin çoğunun aynı zamanda uluslararası anlaşmalar, kanun, tüzük, yönetmelik ve mesleki kurallarla da düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu yüzden, tarafların, hak ve borçları belirlenirken yalnızca sözleşme hükümleri değil, hukukumuz bağlamında, Biotıp Sözleşmesi, Tababet Kanunu, TDN, HHY vb. yasal düzenlemelerin ve HMEK gibi meslek etiğine ilişkin düzenlemelerin, ayrıca ceza hukukundan kaynaklanan düzenlemelerin de dikkate alınması gereklidir. Hekimin de edimlerini yerine getirirken sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin yanı sıra bu kuralları da göz önünde tutması gerekmekte ³⁸⁴, hatta taraflar arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde dahi bu düzenlemeler uygulama alanı bulmaktadır ³⁸⁵.

Hekim sağlık hizmetini çeşitli tıbbi müdahalelerde bulunma suretiyle sunmaktadır. Hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğünden söz edildiğinde, aslında bu yükümlülüğün, iç içe geçmiş ve birbirini tamamlayan çok sayıda yükümlülüğü barındırdığını görmekteyiz. Çalışmamız bağlamında, hekimin tıbbi müdahalesine sınırlama getiren durumlar, bazen bu yükümlülüklerin bir ya da birkaçıyla ilişkili olabileceği gibi, bazen de hekimin yükümlülüğü, müdahalede bulunmaya yönelik değil, müdahaleyi üstlenmekten kaçınma veya tedaviyi durdurma gibi negatif bir yükümlülük şeklinde de ortaya çıkabilir.

Hekimin tıbbi müdahale sürecinde yalnızca yükümlülükleri değil, bunların yanı sıra birtakım hakları da söz konusudur. Hekimin haklarının bir bölümü aslında onun hastaya karşı yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamakta, en azından müdahalesini kolaylaştırmakta, bu nedenle aslında hekimden ziyade hastanın yararına nitelik taşımaktadır. Tarafların haklarının diğer tarafça ihlal edilmiş olması, yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin doğrudan haklı gerekçesini oluşturamayacaktır. Ancak bu ihlal, bir tarafın kendi haklarını kullanmasına veya kendine düşen yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmesine engel oluyorsa, arada kurulmuş olan ilişkinin kısmen veya tamamen sona erdirilmesinin haklı sebebinin oluşturabilecektir.

Hastanın hakları ve, her ne kadar hakları gibi açık şekilde metne dökülmemiş olsalar da, yükümlülükleri, genellikle hekimin yükümlükleri ve hakları içinde

³⁸⁴ AYAN, s: 50; GÜLEL, s:587.

³⁸⁵ GÜLEL, s: 585, 587.

karşılığını bulmakta, böylece tarafların hakları ve yükümlülükleri birbirini etkileyici ve tamamlayıcı bir rol oynamaktadır ³⁸⁶. Örneğin hastanın tedaviyi durdurma hakkını kullanması hekim açısından tedaviyi durdurma yükümlülüğü şeklinde tezahür etmekte ya da hasta hastalığıyla ilgili belirti ve bulguları bildirme yükümlülüğünü yerine getirmediğinde, hekimin de öykü alma ve tanı koyma yükümlülüklerinin yerine gelmesi engellenmektedir. Bununla birlikte, hem hasta hem de hekimlere tanınmış hakların bir kısmı ise birbirlerine değil, ancak sağlık kurum ve kuruluşlarına ya da kamusal sağlık hizmetinin söz konusu olması halinde idareye karşı ileri sürülebilecek niteliktedir ³⁸⁷.

A. Hekimin Hak ve Yükümlülükleri

1. Hekimin Hakları

Her meslek grubunun olduğu gibi, hekimlerin de hakları bulunmaktadır. Hekim hakları, hasta hakları gibi açık yasal düzenlemelere bağlanmış değildir. Türk Tabipleri Birliğince 2008’de kabul edilip 2009’da güncellenen TTB Hekim Hakları Bildirgesinde de dile getirilmiş olan bu hakların, hasta hakları kavramına karşı geliştirilmiş haklar olmadığı, diğer bir deyişle, hekim haklarının hasta hakları temel alınarak gerekçelendirilemeyeceği ve hasta haklarının getirdiği sorumlulukları azaltmayacağı özellikle vurgulanmaktadır ³⁸⁸. Hekim ve hastanın hakları ve yükümlülüklerinin karşılıklı ve birbirini tamamlayıcı işlev gördükleri, taraflar arasında kurulan ilişki süresince karşılıklı ileri sürülebilecek ve talep edilebilecek oldukları ifade edilmektedir ³⁸⁹. Ancak bazen hekimin haklarının bir ya da birkaçının hasta ya da üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi, hekimin müdahaleden

³⁸⁶ SCHOLZ, Karsten, MBO-Ä 1997 § 7 Behandlungsgrundsätze und Verhaltensregeln, Medizinrecht 3. Auflage, SPICKHOFF, Andreas (hrsg), Beck’sche Kurz- Kommentare, CH Beck Verlag, München 2018, kn: 6. Bununla birlikte, günümüz tıbbında hekim ile hasta arasındaki ilişkide haklar ve yükümlülükler bağlamında bir asimetrinin izlenmekte olduğundan, hastanın hakları ön plana çıkarken, hekimin de yükümlülüklerine ağırlık verildiğinden, oysa geçmişte hastanın yükümlülüklerinin, hekimin ise haklarının ağır basmakta olduğundan söz edilmektedir. BAUER, s: 167.

³⁸⁷ Hatta özel sağlık hizmetinin söz konusu olduğu hallerde dahi, Devletin sağlık hizmetlerinin sunumunda genel düzenleyici rolü dikkate alındığında, taraflar bazı haklarını ancak düzenleyici otoriteye karşı ileri sürebilecekler ve bunları yerine getirme yükümlülüğü de bu otoriteden beklenebilecektir. Aynı durumun yükümlülükler açısından da geçerli olduğunu kabul etmek mümkündür.

³⁸⁸ TTB Hekim Hakları Bildirgesi, www.ttb.org.tr/kutuphane/etik_bldgeler2010.pdf, Erişim T: 25.12.2016.

³⁸⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 99; TÜRKMEN, Hafize Öztürk, Hekim -Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar, <http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492511-113.pdf>, Erişim T: 28.01.2017, s: 10.

ve hastaya el atmaktan kaçınmasını, hastanın reddini sonuçlayan haklı sebepleri oluşturabilecektir.

Hekim hakları yalnızca hastaya karşı ileri sürülebilecek haklardan ibaret olmayıp, çoğu, hastadan ziyade, toplumdaki, sistemden, siyasi otoriteden talep edilebilecek niteliktedir³⁹⁰. TTB Hekim Hakları Bildirgesine göre, hekimin, sağlık hizmeti sunulan kişi ve topluma karşı, bunun yanı sıra sağlık hizmetini örgütleyen ve finanse eden kurumlar ve çalıştığı kurumlara karşı hakları bulunmaktadır³⁹¹. Her ne

³⁹⁰ ÖZLÜ, Tefvik, s: 22.

³⁹¹ Sağlıklı ve güvenli çalışma ortamı sağlanması, mesleki risklerin olası en düşük düzeye indirilmesi, hizmetin uygun nitelikte sunulabilmesi için gerekli araçların sağlanması, çalışma koşullarının belli nitelikleri haiz olması çalışılan kurumlara karşı ileri sürülebilecek haklardır. Yine bu grup içinde, hekimin, meslek ahlakına uygun olmayan davranışlara ortak olmayı reddetme, çalışma güvencesine sahip olma, yeterli gelir elde etme, izin kullanma, emeklilik, sürekli tıp eğitimi ve sürekli mesleki gelişimini sağlayacak etkinliklere katılma gibi özlük hakları ve örgütlenme, çalıştığı kurumlarda yönetsel ve hizmete ilişkin kararlara katılma ve denetleme hakkı gibi demokratik hakları, ayrıca geri ödeme kurumları ya da çalıştığı hastane gibi kurumların bilimsel bilgiyle gerekçelendirilmeyen istemlerini reddetme ve uygulamama hakları da bulunmaktadır. TTB Hekim Hakları Bildirgesi, www.ttb.org.tr/kutuphane/etik_bldgeler2010.pdf, Erişim T: 25.12.2016; Yine bir diğer görüşçe, hekim haklarının, hekimlerin bireysel hakları, toplumsal hakları ve hasta karşısındaki hakları olarak üç grupta ele alındığı görülmektedir. Buna göre hekimin bireysel hakları, onun mesleğini istenilen düzey ve yeterlikte sürdürebilmesinin koşulları açısından anlam taşımaktadır. Hekimin bireysel hakları, sağlıklı olma, güvenlik, yeterli izin ve istirahat, makul sayıda hasta bakma, tıbbi gelişme ve teknolojileri izleme ve sürekli eğitim, kendisini ve mesleğini ilgilendiren yönetsel kararlara katılma, yönetimden saygınca davranış görme ve baskı altında kalmama, hekim hatalarına ortak olmayı reddetme, mesleki ve tıbbi hizmet alanına girmeyen işleri reddetme, yeterli düzeyde ekonomik gelir, etik danışman ve etik kuruldan danışmanlık isteme hakkı olarak açıklanmakta iken, hekimin toplumsal hakları sağlık politikalarının belirlenmesine katılma, mesleki birlik ve dayanışma içerisinde olma, siyasi, sosyal vb. hiçbir baskı altında kalmama hakkı olarak açıklanmakta, hekimin hasta karşısındaki haklarının ise, hastadan saygınca davranış görme, hastadan ayrıntılı şekilde tıbbi öykü alma, hastadan doğru ve gerçek bilgiler alma, hastanın tanı ve tedavi işlemlerine uymasını bekleme, tanı ve tedavinin gelişimiyle ilgili bilgilenme, hastanın tıbbi karara aktif katılımını bekleme, etik ve bilimsel doğrulardan çıkmama, hastanın anlamsız isteklerini reddetme hakkı olduğu belirtilmektedir. AYDIN, Erdem, Doğum Hekimliği Maternal-Fetal Tıpta Etik ve Yasal Boyut. Beksaç S. Ed. Medikal Network. Ankara 2004. 164-72; Benzer şekilde, hekim haklarının, çağdaş bilimsel tıp olanaklarından yararlanma ve mesleki uygulamalarında kullanma, mesleki uygulamada etik ilkelere bağlı olma, mesleki bağımsızlığını ve özerkliğini koruma, kendi değerlerine ters düşen durumlardan kaçınma, kendi sağlığını koruma, yeterli bir gelir düzeyini isteme, hastayı reddetme, yönetsel süreçlere katılma, mesleki beceri ve yeteneğini geliştirme, danışım, hekim hatasına ortak olmayı reddetme, cezalandırma uygulamalarında bulunmayı reddetme hakkı, TÜRKMEN, s: 10; veya mesleki bilgi ve beceriyi geliştirme, yeteneğini geliştirme, danışmanlık (konsültasyon) isteme, mesleki yayın yapma, çağdaş tıp olanaklarını izleme ve uygulama yapabilmek için gerekli ortamı isteme, mesleğini icra ederken özgür ve bağımsız karar verme, hukuki infazlarda bulunmayı reddetme, sağlık riskini en aza indirecek çalışma koşullarını talep, kişisel güvenliğin sağlanması, özellikle hasta ve hasta yakınlarının hukuka aykırı saldırılarından korunmayı isteme ve mesleğini güvenlik içinde sürdürme, hasta ve yakınlarından işbirliği isteme, hasta ve yakınlarından, muayene, tanı ve tedavi sürecinde olduğu kadar hastanın tedavi sonrasındaki hayatında da belirli tavsiyelere uymasını isteme, sorduğu ve sonradan olacak gelişmelerin kendisine bildirilmesini isteme, evrensel ve bilimsel eğitim alma, bilgi ve becerilerini uygulayabilecek fizik alt yapı ve ekibe sahip olma, evrensel ve ulusal yasal düzenlemelere ve etik değerlere göre çalışma, çalıştığı kurumda yönetime katılma, gelişmiş ve bilimsel tıbbi olanakları kullanma, tanıklıktan çekilme, muayene, tanı ve tedavi için gerekli verileri alabilme,

kadar hekimlerin sözü geçen tüm haklarının, mesleklerini hukuki, tıbbi ve etik ilkelere uygun olarak icra etmeleri açısından son derece önemli olduğunu düşünsek de, bunların hepsinin çalışmamızda ele alınmasına gerek ve imkan bulunmamaktadır. Biz burada çalışma konumuzla ilişkilendirilebilecek haklara değinmeyi uygun gördük.

a. Sağlıklı ve Güvenli Bir Ortamda Çalışma Hakkı

Sağlık hakkı, her birey için olduğu gibi, hekimler açısından da vazgeçilmezdir. Hekimin, mesleği gereği sağlık riskleri altında olduğu gerçeği, bu hakkın kaynağını oluşturmakta ve çalışma koşullarında söz konusu riskleri en aza indirecek önlemlerin alınmasını isteme hakkını da beraberinde getirmektedir ³⁹². Hekim branşı gereği, gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler esnasında enfeksiyonların bulaşması, bazı kimyasallara, ışınlara maruz kalma gibi çeşitli risklerle karşılaşmaktadır. Sağlıklı bir çalışma ortamına sahip hekimlerin, hastalarına da daha nitelikli hizmet verebileceği hususunda kuşku bulunmamaktadır ³⁹³.

Hekimin çalışma koşullarına ilişkin, sahip olması gereken bir diğer hak ise güvenlidir. Özellikle ülkemizde, son yıllarda hekimlerin can güvenliğinin tehlikede olduğu görülmektedir. Kendi güvenliği tehlikede olan bireyden mesleğini üst düzeyde icra etmesini beklemek de yerinde olamayacak, içinde bulunduğu psikolojik süreç işini layıkıyla yapmasına engel teşkil edebilecektir ³⁹⁴. Tabip odalarının raporlarına göre hekimlerin en çok maruz kaldığı fiiller öldürme, yaralama, hakaret ve tehdittir. Bu saldırılar, acil servislerde doğrudan kendi hastasına öncelik

kendisini hastalıklardan, enfeksiyonlardan koruma ve bunun için ilgili ve görevli kurum ve kişilerden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme, aydınlatmadan vazgeçme veya içeriğini makul oranda sınırlandırabilme hakkı olarak ele alındığı görülmektedir. HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 100; Ayrıca bkz. HAKERİ, Hakan, Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları, Tıp Hukuku Dergisi, Sayı:2, Yıl: 2012, Legal Yayıncılık, s: 1-9.; Yine, hekim haklarının, temiz, çağdaş sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışma hakkı, yeterli eğitim alma ve bilimsel gelişmeleri takip edebilme hakkı, mesleğini uygularken etik ilkelere bağlı olma hakkı, mesleğini baskı altında olmadan özgürce uygulama hakkı, bilgi alma hakkı, tedaviyi seçme hakkı, tedaviyi üstlenmeme, hastayı reddetme ve tedaviyi yarıda bırakma hakkı, hastasından saygılı davranmasını ve güvenmesini bekleme hakkı, hastasına yeterli zaman ayırma hakkı, yeterli ücret talep etme hakkı, meslek dayanışması ve yardımlaşma talep etme hakkı, yönetsel kararlara katılma hakkı, tıbbi etik ilkelerine bağlı olunmasını isteme hakkı, sağlığını koruma ve mesleki risklerden sakınma hakkı, tanıklıktan çekinme hakkı, tavsiye ve tedavisine uyum sağlanmasını isteme hakkı, hastaya iyileşme garantisi vermeme hakkı, cezalandırma eyleminde bulunmayı reddetme hakkı, acil durumlarda rıza dışı tedavide bulunma hakkı olarak açıklandığı görülmektedir. AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 48-52.

³⁹² TÜRKMEN, s: 10.

³⁹³ AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 51.

³⁹⁴ AYDIN, Erdem, s: 164-72.

verilmesini isteyen hasta yakınları tarafından, tıbbi aciliyet durumuna göre hastalara müdahale eden hekimlere, poliklinik hizmetlerinde hastayı görmeden sağlık karnelerine ilaç yazamayan hekimlere, hasta ya da yakınlarının istediği reçeteyi değil hastayı muayene ederek kendi koyduğu tanıya uygun reçeteyi düzenleyen hekimlere, poliklinikte nüfuzla göre değil sıraya göre hastaları görmekte ısrar eden hekimlere, poliklinikte fazla beklediğini düşünen hasta yakınları tarafından, hastanın hastalığına göre gerekli süreyi ayırmakta ısrar eden hekime, hastalarının hastalığın doğal seyri nedeniyle iyileşmemesi ya da ölmesi halinde, bir şekilde bundan sorumlu tutulan hekimlere yönelmektedir. Bu durumdan sadece hekimler ve sağlık personeli değil, diğer hastalara verilen sağlık hizmeti de olumsuz etkilenmekte, zira yöneltilen tehdit, baskı ve şiddet nedeniyle sağlık hizmetini özerk, yararlı ve adaletli bir biçimde sunmak hekimler için imkansız hale gelmektedir ³⁹⁵.

Ayrıca tıbbın yoğun uğraşı, dikkat ve özen isteyen bir meslek olması, uygulayıcıların sağlıksız olmaları durumunda hastanın da zarar görmesine yol açacaktır. Hekimin işini beklediği düzeyde yerine getiremeyecek olması onun

³⁹⁵ Hekimler ve diğer sağlık çalışanlarına yönelik şiddet nedeniyle Türk Tabipleri Birliğinin hazırlamış olduğu TCK'ya ek madde önerisinin gerekçesinde yer alan bu açıklamaların yanı sıra, Anayasa'nın 56/3.maddesine göre, devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek yükümlülüğüne, yine İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesine, TDN'nin 6.maddesine de işaret edilerek, insan yaşamıyla doğrudan ilişkisi olan sağlık hizmetinin gereği gibi yürütülmesi için, bu hizmeti verecek kişilerin alacakları kararlarda ve yapacakları işlemlerde hiçbir baskı ve etki altında kalmamaları gerektiği, sağlık hizmetinin bir ekip işi olması nedeniyle, hekimler ve tüm çalışanlarının hukuksal koruma altında olması gerektiği, güvenli ve sağlıklı çalışma ortamının sağlık hizmetinin sunulabilmesinin, bireylerin tedaviye ulaşma haklarını kullanabilmesinin bir diğer deyişle hasta haklarının korunmasının da ön koşulunu oluşturduğu, sağlık çalışanlarına yönelik hukuka aykırı davranışların aynı zamanda kamuya karşı işlenen bir fiil olduğunun da kabulü ve cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. Hekime Yönelik Şiddet, Türk Tabipleri Birliği, <http://www.ttb.org.tr>, Erişim T: 10.01.2018. Sağlık çalışanlarına yönelik şiddet hakkında daha fazla bilgi için ayrıca bkz. AKTUĞLU, Kemal / HANCI, Hamit, Acil Servislerde Şiddet Tehdidi, Mevzuat Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 17, Mayıs 1999; BÜYÜKBAYRAM, Ayşe / OKÇAY, Hale, Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddeti Etkileyen Sosyo- Kültürel Etmenler, Psikiyatri Hemşireliği Dergisi, Yıl 2013, Cilt 4, Sayı: 1, s: 46-53; AKCA, Nesrin / YILMAZ, Ali / IŞIK, Oğuz, Sağlık Çalışanlarına Uygulanan Şiddet: Özel Bir Tıp Merkezi Örneği, Ankara Sağlık Hizmetleri Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: 13, Sayı: 1, s: 1-12; GÜLALP, Betül / KARCIOĞLU, Özgür / KÖSEOĞLU, Zikret / SARI, Azade, Dangers Faced By Emergency Staff: Experience İn Urban Centers İn Southern Turkey (Tehlikelerle Karşılaşan Sağlık Personeli: Türkiyenin Güney Kent Merkezlerinden Deneyimler), Ulusal Travma ve Acil Cerrahi Dergisi, Yıl:2009, Cilt: 15, Sayı: 3, s: 239-242; İLHAN, Mustafa / ÖZKAN, Seçil / KURTCEBE, Özlem / AKSAKAL, Nur, Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde Çalışan Araştırma Görevlileri ve İntörn Doktorlarda Şiddete Maruziyet ve Şiddetle İlişkili Etmenler, Toplum Hekimliği Bülteni, Cilt: 28, Sayı: 3, Eylül-Aralık 2009, s:15-22; İLHAN, Mustafa Necmi / ÇAKIR, Mustafa / TUNCA, Müzeyyen Zeynep / AVCI, Emine / ÇETİN, Emel / AYDEMİR, Önder / TEZEL, Asuman / BUMİN, Mehmet Ali, Toplum Gözüyle Sağlık Çalışanlarına Şiddet: Nedenler, Tutumlar, Davranışlar, Gazi Medical Journal (Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi), Yıl 2013, Cilt: 24, Sayı: 1, s: 5-10.

açısından da bireysel ve mesleki bir sıkıntı kaynağı oluşturmakta, uygulamada başarısızlıklara yol açabilmektedir. Şayet hekimden mesleki bir başarı bekleniyorsa, onun da kendi sağlığını koruma hakkını haiz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu durumun pratikteki yansıması hekimin çalışma koşullarının uygun hale getirilmesi şeklinde algılanmaktadır ³⁹⁶.

b. Dinlenme Hakkı

Hekimlik uygulamaları yoğun çaba gerektirmekte, ileri düzeyde fiziksel ve psikolojik yorgunluğa yol açmaktadır. Çalışma süreleri uzun olup, yalnız mesai saatleri değil, nöbetler, hastaların izlenmesi, tıbbi müdahalelerin tamamlanması gibi sebeplerle hekimlerin çalışma saatleri kimi zaman 24, hatta blok nöbetlerde 72 saate bile ulaşabilmektedir ³⁹⁷. Oysa tıp mesleğinin gerektirdiği üstün dikkat ve özenin sağlanabilmesi, hekimin yeterince dinlenmiş, fiziksel yorgunluğunu gidermiş olmasını gerektirmekte, bu da ancak hekime yeterince dinlenme ve izin kullanabilme fırsatı verilmesiyle mümkün olmaktadır. Dolayısıyla hekimin izin kullanma ve istirahat etme hakkına saygı gösterilmesi gerekmektedir ³⁹⁸. Hekimler acil, nöbet ve mesai dışı çalışma süreleri de dahil olmak üzere makul iş yükü altında çalışmalı, angaryaya maruz kalmamalıdır ³⁹⁹.

Hekimlerin izin verilen sürenin ötesinde çalışmaları üstlenme kusuru olarak da ele alınmaktadır ⁴⁰⁰. Aşırı yüklenmiş, yorgun hekimlerin daha fazla hata yaptığının çalışmalarla ortaya konmuş olduğundan, hatta bu nedenle New York'ta genç bir kadının ölümünden sonra hekimlerin çalışma saatlerine sınırlama getirilmiş olduğundan da söz edilmektedir ⁴⁰¹.

³⁹⁶ AYDIN, Erdem, s:164-172.

³⁹⁷ Hekimin icapçı olduğu durumların çalışma süresi olarak mı, dinlenme süresi olarak mı kabul edileceği bu bağlamda tartışmalı durumlardan biridir. Alman iş kanununa göre bu sürenin dinlenme zamanı olarak kabul edildiği, ancak çalışma olarak kabul eden yargı kararlarının da bulunduğu ifade edilmektedir. DETTMEYER, s: 8; Ülkemizde aile hekimlerinin nöbet uygulaması ve dinlenme hakkına ilişkin olarak bkz. ŞİŞLİ, Zeynep, Birinci Basamakta Çalışan Hekimlerin Dinlenme Hakkı Bağlamında Aile Hekimliğinde Nöbet Uygulaması, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi | Turkish Journal of Family Practice, Cilt: 18, Sayı: 3, Yıl: 2014, s: 162-168.

³⁹⁸ AYDIN, Erdem, s: 164-72.

³⁹⁹ AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 51.

⁴⁰⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 226, kn: 353.

⁴⁰¹ Bkz. DETTMEYER, s: 8.

c. Bilimsel Tıbbi Gelişmeleri İzleme ve Çağdaş Yöntemleri Uygulama Hakkı

Hekimliğin sürekli eğitim gerektiren bir meslek olması, tıbbi bilginin yenilenme hızı, yeni teknolojilerin klinik uygulamada giderek artan kullanımı, bunun yanı sıra tıbbi uygulama hatalarına ilişkin yasal düzenlemelerin sağlık gündemindeki ağırlıklı konumu bu hak açısından temel gerekçeleri oluşturmaktadır ⁴⁰².

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesi için gereken unsurlardan biri müdahalenin tıp bilimi ve mesleğinin kural ve ilkelerine uygun olması yani tıbbi standardın sağlanmış olmasıdır ⁴⁰³. Hekimin tıbbi standardı sağlayabilmesi ise yeni gelişmelerden haberdar olmasını gerektirmektedir. Hızlı bilimsel gelişmelere paralel biçimde iletişim ve haberleşme teknolojileri de günlük yaşamı şiddetle etkilemekte, hastalar neredeyse her yeni gün yeni tanı ve tedavi uygulamalarıyla karşılaşmakta ve beklentileri yükselmektedir. Tedavinin devam ettiği süreçte bile yeni bir yöntem uygulamaya geçebilmektedir. Bu nedenle tıbbi bilgi ve uygulama alanlarındaki hızlı gelişmelerin izlenebilmesi, hekimin, mesleki gelişimi, mesleğe yabancılaşmaması, hastasına nitelikli sağlık hizmeti sunabilmesi açısından önem taşımaktadır ⁴⁰⁴. Bunun için sürekli eğitimi sağlayacak koşulların hekimlere sağlanması gerekmektedir. Hekimin yoğun iş yükü, ekonomik yetersizlikler ve diğer pek çok nedenlerle bilimsel gelişmeleri izlemekten, becerilerini geliştirmekten geri kalması mesleki açıdan yetersiz hale düşmesine yol açacak ve bu durumda gerçekleştireceği tıbbi müdahalelerde başarısız olma endişesi taşıyan hekimin hastayı üstlenmekten kaçınmasının da haklı sebebini oluşturacaktır.

d. Çalışma Ekibini Seçme ve Danışma Hakkı

Günümüz koşullarında, hekimin her tıbbi müdahale için doğrudan hastaya el atıp, bizzat ve herhangi bir yardım almaksızın gerçekleştirmesi olası değildir. Tıptaki işbölümü gereği, hekim, diğer meslektaşları ve sağlık meslek mensuplarıyla işbirliği içinde çalışma durumundadır. TDN 21. maddesinde, tedavi işleminin bir ekip çalışmasını gerektirdiği hallerde, hekimin beraber çalışacağı ekip üyelerini serbestçe seçebileceği yer almaktadır. Bu hak hekimin tedavi sürecinde mesleki bilgi ve

⁴⁰² TÜRKMEN, s: 10.

⁴⁰³ LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 57, kn: 2; AYAN, s:12; ÇİLİNGİROĞLU, s: 33; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6; GÖKCAN, s: 136; YILMAZ, s: 6; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 38; SÜTLAŞ, s: 82.

⁴⁰⁴ TÜRKMEN, s: 10.

becerilerine güven duyacağı meslek mensuplarıyla çalışmasını sağlama amacına yöneliktir, ancak kamu ve özel sağlık kurumlarındaki personelin sınırlı olması hekimin bu hakkının gereği şekilde kullanılmasına engel teşkil etmektedir. Sağlık kurumları yönetimlerinin, sağlık hizmetlerinin düzenli ve başarılı yürütülmesi için hekimin bu hakkını gözetmesi gerekmektedir ⁴⁰⁵.

Hekimin birlikte çalıştığı sağlık personelinin yeteneklerine güvenmediği durumlarda ona yeterli alternatif tanınabilmelidir. Örneğin bir cerrah birlikte çalıştığı ameliyat ekibine güvenmiyorsa, başka bir ekiple ameliyata girebilmeli, şayet ekibi değiştirme olanağı da bulunmuyorsa, o ameliyatı yapmaya zorlanmamalı, güvenmediği laboratuvar sonuçlarına göre tanı koyma zorunda bırakılmamalı, servis hemşiresinin hastayı düzgün şekilde izleyebileceğine güvenmiyorsa yatış vermek durumunda kalmamalıdır. Ayrıca hekim yardımcı sağlık personelinin hastalara vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulabildiğine göre, ki bu hususa ilişkin bir *“captain of the ship”* öğretisi dahi bulunmaktadır ⁴⁰⁶, kendisini sorumluluktan korumak adına, güvenmediği yardımcı şahıslarla çalışmaktan kaçınması gerekmektedir. Hekimin konumu ve çalıştığı ortam bazen istediği ve güvendiği alternatif bir ekiple devam etmesine elverişli nitelikte olabilecekse de, koşullar değişmediği takdirde, hastaya bu nedenden ötürü zarar verme, en azından yararlı olamama kaygısı içindeki hekimin müdahalede bulunmaktan, hatta o hastayı üstlenmekten de kaçınabileceği, hatta kaçınması gerektiği kanısındayız.

Ekip çalışmasını gündeme getiren bir diğer durum da, başka bir uzman hekimden tıbbi görüş alınması yönündeki gereksinim ve taleptir. Konsültasyon ya da

⁴⁰⁵ GÖKCAN, s: 121.

⁴⁰⁶ Captain of the Ship (Geminin Kaptanı) öğretisine göre hekim, bir geminin kaptanına benzetilmekte ve ameliyathanede gerçekleşen her şey onun kontrolünde kabul edilmekte, o sorumlu tutulmaktadır. MURPHY, Ellen et al; AORN (Association of Perioperative Registered Nurses) Journal, Cilt: 52, Sayı: 4, Ekim 1990, s: 863-866, HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 149, 150; BOUMIL / E MOES, s: 186; Ayrıca konuyla ilişkili olarak hekimler ve sağlık çalışanları arasındaki güven ilkesi için bkz. HART, Dieter, Vertrauen, Kooperation und Organisation, Probleme der Zusammenarbeit, der Übergabe und an Schnittstellen im Arzthaftungsrecht s: 843- 879, Humaniora, Medizin- Recht- Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, KERN, Bernd- Rüdiger / WADLE, Elmar, SCHROEDER / Klaus-Peter / KATZENMEIER, Christian (Hrsg), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, s: 850-853, 878. Geminin kaptanı öğretisi her ne kadar ceza hukuku kaynaklı olmakla beraber, cerrahi ekibin hukuki sorumluluğuna ilişkin farklı yönde bir görüş olarak: *“Buna karşılık eğer müdahale, örneğin bir ameliyat, bir ekip tarafından gerçekleştiriliyorsa, o takdirde birlikte zarar verme söz konusu olacak, o ekibi meydana getiren tüm doktorlar, asistanlar ve yardımcıları BK 50. maddesine göre kusur oranları ne olursa olsun, verdikleri ortak zarar nedeniyle, zararın tümünden müteselsilen sorumlu tutulacaklardır. Keza bir konsültasyon sonucu alınan ortak kararlar uygulanan tedavide de durum aynı olacaktır.”* REİSOĞLU, Seza, s: 11.

danışma olarak adlandırılan bu talep, hekim ve hasta yönünden hem hak hem yükümlülük olarak kabul edilmektedir. Klinik ve etik kararların verilmesinde konsültasyon mekanizmasının gerekliliği bunu mesleki uygulamanın bir parçası haline getirmektedir ⁴⁰⁷. TDN 24. ve devam eden maddelerinde konsültasyon uygulaması ve yöntemi düzenlenmiştir. Nizamnamenin 24. maddesi uyarınca hastanın konsültasyon talebini kabul etmemesi halinde, 28. maddesi uyarınca, hastanın konsültan hekim tarafından uygulanan tedaviyi tercih etmesi halinde, müdavi hekimin tedaviyi yarım bırakabileceği de öngörülmüştür. Yine HMEK 19. maddesinde ⁴⁰⁸ de konsültasyon istemenin hekim tarafından bir hak ve kendisinden görüş istenen konsültan hekim yönünden ise bir yükümlülük olduğu belirtilmektedir ⁴⁰⁹.

e. Hastadan İşbirliği Bekleme Hakkı

Hekim kendisine başvuran kişinin hastalığına tanı koymayı ve tedavi etmeyi üstlenmektedir. Ancak tanı ve tedavinin başarıya ulaşabilmesi için hastanın hekimin taleplerini karşılaması, onunla işbirliği içinde hareket etmesi gerekmekte ve bu husus hastanın yükümlülüğü olarak da ele alınmaktadır ⁴¹⁰. Hekimin hastadan tıbbi öyküsüne ilişkin ayrıntılı ve doğru bilgiler alma, hastanın tanı ve tedavi işlemlerine uymasını bekleme, tanı ve tedavinin gelişimiyle ilgili bilgilenme, hastanın tıbbi kararlara aktif katılımını bekleme gibi haklarının da, hastadan işbirliği bekleme hakkının kapsamında olduğunu söylemek mümkündür ⁴¹¹. Hastanın işbirliğinden kaçınması, hekimin muayene ve hastalıklarla ilgili bilgi taleplerine olumsuz cevap

⁴⁰⁷ TÜRKMEN, s: 10. Güven, işbirliği, iş paylaşımı, organizasyon, ekip çalışması, hasta sevki vb. bağlamında hekimler arası ilişkiler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. HART, Dieter. Yine hekimler arası yatay ve dikey işbirliği ve organizasyon kusurları hakkında detyalı açıklamalar için bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 380 vd.

⁴⁰⁸ HMEK m.19: *“Danışım (Konsültasyon) ve Ekip Çalışması: Danışım ve ekip çalışması sürecinin düzenli işleyebilmesi ve bir hekim hakkı olarak yaşama geçirilmesi için; a) Hasta izlemi sırasında, değişik uzmanlık alanlarının görüş ve uygulamalarına gereksinim doğduğunda, tedaviyi yürüten hekim durumu hasta ve/veya yakınlarına bildirmelidir. Konsültasyonu hastanın tedaviyi yürüten hekimi yazılı olarak ister. Yazılı istemde hastanın özellikleri, konsültasyon isteğinin nedenleri açık ve anlaşılır biçimde belirtilir. b)Konsültasyon sürecinde konsültan hekim de, hastanın sürekli hekimi gibi hastadan sorumludur. c)Konsültan hekim, alanında bilimsel ve teknik bilgiye sahip olmalıdır. d)Konsültasyon sonucunda, konsültasyonun gerekçesi ve sonuçları, açık ve anlaşılır biçimde bir tutanak ile belgelenir. e)Konsültasyonun sonuçlarından hastalar da yeterli ölçüde bilgilendirilir. f)Konsültasyonun sonucunda hastanın tedaviyi yürüten hekimi ile konsültan hekimin görüş ve kanaatleri arasında fark olur ve hasta konsültan hekimin önerilerini kabul ederse, hastanın tedaviyi yürüten hekimi tedaviyi bırakabilir. g)Konsültasyon istenen hekim davete uymak zorundadır.”*

⁴⁰⁹ GÖKCAN, s: 122.

⁴¹⁰ GÖKCAN, s: 121.

⁴¹¹ AYDIN, Erdem, s: 8.

vermesi ve tedaviyle ilgili önerilere uymaması durumunda, hekimin de tedaviyi üstlenmekten vazgeçmesinin haklı görüleceği ifade edilmektedir ⁴¹². Hekimin bu hakkına çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, özellikle de hekimin müdahalesine sınırlama getiren bir neden olarak, hastanın tıbbi müdahale sürecinde hekimle işbirliği yapmaması bahsinde etraflıca değinilmiş olduğu için, burada daha fazla açıklama gereği duyulmamıştır.

f. Hastadan Saygı ve Güven Bekleme Hakkı

Tıbbi müdahale sürecinin taraflarını oluşturan kişiler olarak hekim ve hastadan karşılıklı saygı ve güven esasıyla hareket etmeleri beklenmekte, hatta bu hususun ilişkilerinde vazgeçilmez bir unsur olduğu düşünülmektedir. Tedavinin başarısında hekimin tavsiyelerinin titizlikle uygulanması ve bunun için de hastanın ona güven duyması gerekmektedir. Hastanın kendisine saygı ve güven duyduğunu hissetmeyen hekim, o hastayı tedavi etmekte zorlanacak ve müdahalesinin başarıya ulaşmaması söz konusu olabilecektir. Bu hakkın sonucu olarak, hekim kendisine saygısız davranan ve güven duymayan hastanın tedavisini üstlenmekten de kaçınabilecektir ⁴¹³. Bu hususa çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde özellikle de hekimin müdahalesine sınırlama getiren bir neden olarak, hekim ile hasta arasında güven ilişkisinin sarsılmış olması bahsinde etraflıca değinilmiş olduğu için, burada daha fazla açıklama gereği duyulmamıştır.

g. İyileşme Garantisi Vermeme Hakkı

Hekimin tıbbi girişimde bulunurken yükümlülüğü, tıp biliminin ve mesleğinin kurallarına uygun ve özenle hareket etmektir, yoksa hastayı sağlığına kavuşturacağını garanti edemez ⁴¹⁴. Gerçekleştirilen tüm müdahaleler doğru ve hatasız olsa dahi, her zaman için hasta organizmasının özelliklerinden kaynaklanan ve önceden tahmin edilemeyen bazı faktörler araya girebilir. Dolayısıyla tıbbi

⁴¹² GÖKCAN, s: 121.

⁴¹³ GÖKCAN, s: 120,121. *Akipek Öcal'a göre*, hekim hasta ilişkisinin temeli karşılıklı güven esasına dayanmaktadır. Hastanın hekim tarafından konulan tanıya ve akabinde bu tanıya dayanarak uyguladığı tedaviye inanması ve buna bağlı olarak hekime güvenmesi beklenmektedir. Hekimin de bu güveni kötüye kullanmadan hastasının beklediği uygun takip ve tedaviyi gerçekleştirme ve onu yeniden sağlığına kavuşturma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun yanı sıra hastanın hekime saygılı davranması temel bir görgü kuralı ve insan hakkıdır. Bilgi ve beceri ile donatılmış hekimin karşısında hastanın onun anlattıklarına ve verdiği bilgilere saygı duyması da gerekmektedir. AKİPEK ÖCAL, *Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri*, s: 50.

⁴¹⁴ HAKERİ, Hakan, *Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları*, Tıp Hukuku Dergisi, Sayı:2, Yıl: 2012, Legal Yayıncılık, s: 4.

standartlara tamamıyla uygun ve son derece özenle gerçekleştirilmiş bir müdahalenin dahi başarısız kalması mümkündür. TDN m.13 de bu durum “*Tabip ve diş tabibi ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı deontoloji bakımından muaheze edilemez*” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca hekim ile hasta arasında kurulmuş olduğu kabul edilen tıbbi müdahale sözleşmesine göre de, hekimin hastasını mutlak surette şifaya kavuşturma yükümlülüğu yoktur. Vekalet ilişkisine dayandırılan tıbbi müdahale sözleşmesinde, hekimin borcu elinden gelen en fazla özeni göstererek hasta yararına hareket etmekse de, onu mutlaka iyileştirme borcu altında değildir. Bu nedenle hekimler hastalarına iyileştirme sözü veremez ve böyle bir garantide bulunamazlar ⁴¹⁵.

Benzer bir görüşe göre de, hekim hasta arasındaki ilişki, hastanın sağlığına yeniden kavuşması temelinde kurulmakta, hekim kendi bilgi, beceri ve deneyimlerine dayanarak tıbbi müdahalelerde bulunmaktadır. Ancak tıbbın geniş yelpazesi, hastalığın ağırlığı, tıp biliminin imkanlarının bazı durumlarda yetersiz kalması, tedavi yöntemlerinin hastalarda farklı etkiler göstermesi gibi durumlar, hekime iyileşme konusunda garanti vermeme hakkını tanımaktadır ⁴¹⁶.

h. Makul Sayıda Hasta Bakma ve Hastasına Yeterli Zamanı Ayırma Hakkı

Hekimin makul sayıda hasta bakma ve hastaya yeterli zamanı ayırma hakkı da bulunmaktadır. Hekimin tıbbi müdahale sürecinde yerine getirmesi gereken anamnez alma, muayene, tanı ve tedavi şeklinde asli edim ve aydınlatma, rıza alma, kayıt tutma, gerektiğinde konsültasyon isteme vb. çok sayıda yan edim yükümlülüklerinin varlığı dikkate alındığında, ki aydınlatmanın da bir asli edim yükümlülüğu olarak ele alınması mümkündür, hastanın durumuna göre değişkenlik gösterebilecek olmakla beraber, yeterli bir zaman diliminin ayrılması gerektiği hususunda şüphe yoktur. Her hastanın kendine özgü şikayet ve sorunları karşısında, hekimin hastayı tam olarak

⁴¹⁵ SÜTLAŞ, s: 151; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 242; DOĞAN, Murat, s: 41; Benzer görüş olarak İNAL, s: 812; Ayrıca bkz. tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak vekalet sözleşmesi olduğu görüşü bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalarımız.

⁴¹⁶ AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 52.

anlamaya, tanıya ve tedaviye yönelik yöntemleri belirlemeye, önlemleri almaya yetecek bir zamanı ayırması gerekmektedir ⁴¹⁷.

Sadece hasta üzerinde müdahaleye ilişkin işlemleri yapmaktan öte hastayı müdahaleler hususunda yeterli şekilde aydınlatmanın da hekimin yükümlülüklerinin kapsamında olduğu düşünüldüğünde, hekimin bir hasta için ihtiyaç duyacağı sürenin çok daha fazla olduğu tahmin edilebilir. Hastanın yeterince aydınlatılmadan verdiği rızanın geçerli bir rıza olarak kabul edilmeyip hukuka uygunluğu sağlayamadığı da göz önünde tutulduğunda, hekimlerin sırf sorumlu duruma düşmemek adına dahi, makul sayıda hasta bakma ve hastaya hem tıbbi bakım hem aydınlatma için yeterli zamanı ayırma hakkını kullanabilmelerinin önemi iyice belirgin hale gelmektedir.

Ülkemizde özellikle kamuya ait sağlık kurumlarında, hekimlerin aşırı hasta yükü altında oldukları bilinmektedir. Birkaç dakikalık muayene süresi içinde hekimin hastayı yeterince dinleyip öykü alması, muayene etmesi, gerekli tetkikleri isteyip sonuçları değerlendirmesi mümkün değildir. Fakat uygulamada hekimler sıklıkla bu koşullarda çalışmaktadırlar. Oysaki hekimden, hastanın tıbbi tedavisini tehlikeye atacak, sağlıklı bir değerlendirme yapmasına engel olacak düzeyde yoğun iş yükü ve zaman baskısı altında görev yapmaları beklenmemelidir ⁴¹⁸. Gerekli zaman ayrılmamış hastanın tanı ve tedavisinden ne hekimler ne de hastalar hoşnut kalmaktadırlar, zira bu durumda hekimin önemli hususları gözden kaçırma ve hata yapma olasılığı artmaktadır. Dolayısıyla hekime belli sayıda hasta bakabilme fırsatının sağlanması onun önemli haklarından birini oluşturmaktadır ⁴¹⁹.

i. Yaptığı İşin Karşılığında Ücret Talep Etme Hakkı

Kamu kurumlarında çalışan hekimler idarenin ajanı konumunda olup, verdikleri sağlık hizmetinin karşılığını, devletten belli kriterlere göre hesaplanan maaş olarak almakta, özel sektörde çalışan hekimlerin de çalıştıkları sağlık kurumlarıyla yapmış oldukları anlaşmaya göre değişkenlik gösteren bir ücretleri ve bazen gerçekleştirmiş oldukları tıbbi müdahalenin niteliğine göre değişen oranda hak

⁴¹⁷ AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 50.

⁴¹⁸ AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 50.

⁴¹⁹ AYDIN, Erdem, s: 164-72. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değineceğimiz gibi Alman Hukukunda, hekimin yeterli zamanı olmadığı ve bu nedenle yeni bir hasta kabulünün diğer hastaların takip ve bakımlarını olumsuz etkileyebileceği hallerde, acil durumda olmaması koşuluyla yeni hastaya bakmaktan imtina edebileceği kabul edilmiştir.

edişleri olmakta, serbest çalışan hekimler ise doğrudan hastadan ücret talebinde bulunmaktadırlar ⁴²⁰. Ücret durumu, hekimin konumuna göre böyle farklılıklar arz etmekle beraber, genel olarak, alınan sağlık hizmeti karşılığında bir bedel ödenmesi gerektiği, hekimin kural olarak yapmış olduğu müdahaleler karşılığında, hastadan ya da çalıştığı kurumdan ücret isteme hakkına sahip olduğu görülmektedir. Hekimlerin de her çalışan gibi, vermiş oldukları emeğin ve sundukları hizmetin karşılığında, aldıkları eğitim, harcadıkları emek ve üstlendikleri mesleki risklere uygun, yeterli bir ücret alma hakları bulunmaktadır ⁴²¹.

Kararlaştırılan ücretin taraflar arası anlaşmaya göre tedavi öncesinde ya da sonrasında ödenmesi söz konusu olabilir. Uygulamada genellikle ayaktan hastalara uygulanan muayene ve tanısal testler ve kısa süreli müşahede gerektirip ancak uzun süreli yatış gerektirmeyen küçük cerrahi müdahalelerde hastanın işlem öncesi ücret ödemesi söz konusu iken, hastaneye yatış gerektiren uzun süreli izlem ve büyük cerrahi müdahalelerde ücret, hastanın taburcu ya da sevk yoluyla sağlık kurumundan ayrılması aşamasında ödenmektedir. Ödenmemesi durumunda ise, tıbbi müdahale sözleşmesine dayalı olarak icra yoluyla tahsil talebinde bulunulması veya ücret alacağı için hukuk mahkemesinde alacak davası açılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir ⁴²².

Acil hastaların durumu saklı kalmak üzere, ücretin teamül gereği tıbbi müdahale öncesinde ödendiği hallerde, ödemenin yapılmamış olması hekimin hastayı kabul etmemesi ya da somut müdahaleyi gerçekleştirmekten kaçınmasının haklı sebebini teşkil edebilecektir. Yine önceki ödemelerini yerine getirmemiş olan bir hastanın sonraki başvurularında da, acil bir durum içinde olmadıkça, kabul edilmemesi söz konusu olabilmelidir.

j. Mesleğini Serbestçe İcra Etme Hakkı

Hekimlik mesleğinin her yönüyle risk taşıdığı, dolayısıyla baskıdan uzak bir şekilde uygulanması gerektiği, hekimlerin hiçbir kişi ya da makamdan baskı

⁴²⁰ Önceden de söz edildiği gibi, özel bir sağlık kurumu bünyesinde hasta bakmakla beraber, şirket kurma durumunda olan hekimler de bulunmaktadır. Tıbbi müdahalelere yönelik ücretlerin kim tarafından belirleneceği ve hastanın ödemeyi kime yapacağı gibi hususlar değişkenlik gösterebilecektir.

⁴²¹ AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 51.

⁴²² GÖKCAN, s: 125.

görmeksizin, serbest iradeleri ile mesleklerini icra etmek hakkına sahip oldukları belirtilmektedir ⁴²³. Hekimin mesleğini serbestçe icra etme hakkı, tıp mesleğinin en önemli etik ilkelerinden olan özerklik ve ayrıca hekimin tedavi özgürlüğü ile yakından ilişkili olup, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrı bir başlık altında ele alınmış olduğundan burada daha fazla açıklama yapma gereği duyulmamıştır.

k. Tıbbi Müdahaleyi Tamamen ya da Kısmen Üstlenmeme veya Yarım Bırakma Hakkı

Hekimin kendisine başvuran hastanın tedavisini kural olarak üstleneceği varsayılsa da ve süreç sıklıkla bu şekilde cereyan etse de, bazı durumlarda hastanın reddedebilebileceği ya da tedavisinin yarım bırakılabileceği kabul edilmektedir ⁴²⁴.

Hekimin hastayı ret hakkından ve tedaviyi (tıbbi müdahaleyi) üstlenmeme ve bırakma hakkından ayrı haklar şeklinde söz edilmesi mümkün ise de bize göre bunların tek bir başlık altında ele alınması yerindedir. Zira tıbbi müdahaleye yönelik tanımlar da göz önünde tutulduğunda, hekimin hasta ile ilişkisi esasen en hafifinden en ağırına kadar çeşitli tıbbi müdahalelerin icrasından ibarettir. Dolayısıyla hekim bir hastayı reddettiği takdirde, bundan varılacak sonuç hastaya tıbbi müdahalede bulunmayı reddetmesi, yani hastayı ve haliyle ona uygulanacak müdahaleleri üstlenmemesidir. Hekimin hastayı tümüyle reddetmesi yani o hastayı hiçbir şekilde üstlenmemesi, hastanın takibinden tümüyle kaçınması söz konusu olabileceği gibi, hasta tümüyle reddedilmemekle beraber, hekimin belli bazı müdahaleleri gerçekleştirmek istememesi de söz konusu olabilir ⁴²⁵.

⁴²³ AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 49; *Hakeri* de hekimin tedavi özgürlüğü bulunduğunu, tıbbi müdahalenin yapılıp yapılmayacağı, ne tür bir müdahalenin yapılacağı, ilaç yazılıp yazılmayacağı, hangi ilacın yazılacağı, tetkik istenip istenmeyeceği gibi konularda hasta veya bir başkasının hekimi sınırlayamayacağını belirtmektedir. HAKERİ, Hekim Hakları, s: 3.

⁴²⁴ GÖKCAN, s: 122.

⁴²⁵ Yine hekim, önceden el atmış, izlemeye başlamış olduğu bir hastayı çeşitli nedenlerle bundan sonra izlemek istemeyebileceği gibi, bazen de sadece başlamış olduğu bir müdahaleyi, tedaviyi sürdürmek istemeyebilir, yarım bırakmayı tercih edebilir. Bir başka deyişle, arada kurulmuş sözleşmesel ilişki sürdürülmekle beraber, belli bir müdahalenin gerçekleştirilmesinden kaçınılabılır ya da başlanmış bir müdahale yarım bırakılabilir. Örneğin geçmişte tedaviye uyumsuzluklar göstermiş ve hekim ile aradaki güven ilişkisini sarsıcı davranışlar sergilemiş olan bir hasta en baştan kabul edilmeyebileceği gibi, baştan kabul edilmiş olan bir hastanın, hekimden bazı özgeçmiş özelliklerini sakladığının anlaşılması, düzenlenen tedaviye uymaması ve buna karşılık tedaviden fayda görmediğini ileri sürerek hekimi devamlı rahatsız etmesi ve etrafa kötü bir hekim olduğu şeklinde dedikodular yayması gibi bir durumda, sonradan reddedilmesi de mümkündür. Veya bir hastaya belli bir müdahale planlanmış iken, sonradan ortaya çıkan yeni durumlar ve gelişmeler, artık bu müdahalenin yapılmamasını ya da çizilen tedavi planında bazı değişikliklere gidilmesini ve bazı uygulamalardan

Hekimin hastayı reddetme hakkından, hastayı seçme hakkı olarak söz edildiği de görülmektedir. Bu hak, hem hekimin mesleki özerkliğinin bir sonucu, hem de hastalara tanınmış olan hekimi seçme hakkının hekim hakları alanında kıyasen kabul edilmesi, yansıması olarak ele alınabilir ⁴²⁶ . Hekimin bu hakkının, ki özgürlük olarak da ifade edilmesi mümkündür, acil durumlar hariç, özel bir sağlık kuruluşunda çalıştığı takdirde, mutlak iken, kamuda çalışan hekimlerin sundukları kamu hizmeti nedeniyle, sadece acil hallerle sınırlı olmaksızın, kural olarak hastaya bakmakla yükümlü oldukları, fakat bazı haklı nedenlerin varlığı halinde onların da hastayı reddedebilecekleri belirtilmektedir. Özel sektörde çalışan hekimler, acil durumlar saklı kalmak üzere, sadece kişisel ve mesleki nedenlerle değil, hasta ile aralarındaki güven ilişkisinin sarsılması durumunda da bu haklarını kullanabileceklerdir ⁴²⁷ . Hasta ve hekim arasındaki güven ilişkisi sarsılmış ise, hasta hekime yanlış bilgi vermiş, hekime yönelik tehdit ve hakaret içeren sözler söylemişse, kısaca ilişkinin devam etmesi taraflar açısından yararlı sonuçlar getirmeyecekse, hekimin hastayı reddedebileceği ifade edilmektedir ⁴²⁸ .

Laufs, Katzenmeier ve Lipp de, Alman hukuku bağlamında, hastaya tanınmış olan hekimi seçme hakkının, hekim bakımından da haklı sebeplerin varlığı halinde müdahalenin üstlenilmemesi şeklinde karşılık bulduğunu, acil durumlar ve kanunun getirdiği zorunluluklar dışında hekimin tıbbi bakım almak için başvuran her hastayı üstlenmek gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığını, ancak afetler, genel tehlikeler ve acil durumlarda herkesten beklenen genel yardım yükümlülüğünün hekim açısından da geçerli olduğunu belirtmektedirler ⁴²⁹ .

kısmen kaçınılmasını gerekli kılmış olabilir. Bu şekilde tıbbi müdahalelerin kısmen reddi gündeme gelecektir.

⁴²⁶ LAUFS, Adolf / KATZENMEIER, Christian / LIPP, Volker, Die Ärztliche Hilfespflicht, Arztrecht, 7.Auflage, C.H. Beck, München 2015, kn: 1.Hekimin hastayı seçme veya ret hakkı, hastanın hekimi seçme hakkı gibi açıkça düzenlenmemiş olsa da, hastanın da bu hakkını ancak fiilen birden fazla hekimin görevli olduğu bir yerde ve hekimin önceden belirlenmiş randevu sistemine uygun olarak kullanabildiği göz önünde tutulduğunda, uygulamada belirgin farklılık göstermediği, çünkü hekimin ancak hastanın başvurabileceği başka hekimlerin varlığı halinde onu reddederek diğer meslektaşına yönlendirebileceği ifade edilmektedir . HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 141, 143; HAKERİ, Hekim Hakları, s: 4, 5.

⁴²⁷TÜRKMEN, s: 10

⁴²⁸ AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 50; Aynı yönde HAKERİ, Hekim Hakları, s. 5.

⁴²⁹ Bkz. LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 1.

TDN 18. maddesinde ⁴³⁰, hekimin mesleki ve şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebileceği öngörülmüştür. Benzer bir hüküm HMEK m. 25'te ⁴³¹ de yer almaktadır. Acil yardım, resmi veya insani bir görevin ifasının gerektiği hallerde ise hekimin hastayı ret hakkı bulunmamaktadır. Bu husus Nizamnamenin 3. maddesinde *“tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur”* şeklinde hüküm altına alınmıştır. HMEK 10. maddesi ⁴³² de hekime acil durumlarda yardımda bulunma yükümlülüğünü yüklemiştir.

TDN'nin 19. maddesinde de hekimin tedaviyi yarım bırakabileceği haller ve koşulları açıklanmıştır. Buna göre *“Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak bu gibi hallerde diğer bir meslektaşın tedavi ve müdahalesine imkan 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.”* denmektedir.

Hastanın işbirliğine yanaşmaması, tanı veya tedaviyle ilgili taleplere olumsuz cevap vermesi, hekimin önerdiği yöntemlere tıbben haklı bir sebep olmaksızın karşı çıkması, tavsiyelere uymaması, hekimin tedaviyi yarım bırakabileceği durumlara örnek teşkil edebilir. Yine takip ve tedavi devam ederken, hastanın tıbbi durumunun ağırlaşması ve hekimin ya da hekimin çalıştığı kurumun imkan ve yeterliliklerini aşması durumunda, tedavinin doğrudan yarım bırakılması söz konusu olmayacaksa da, o hekim tarafından ve o kurumda devam edilmesi uygun olmayabilir ve hastanın sevki gerekebilir. Böyle hallerde hastayı artık takip edemeyecek olan hekimin,

⁴³⁰ TDN m.18: *“Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.”*

⁴³¹ HMEK m.25: *“Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenemeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.”*

⁴³² HMEK m.10: *“Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.”*

hastanın zarar görmemesi için onu bilgilendirilmesi ve TDN'nin 19. ve HMEK 25. maddesine uygun önlemleri alması gerekmektedir ⁴³³. Konu TTB Hekim Hakları Bildirgesinde de düzenlenmiştir ⁴³⁴.

TDN m. 6/2'deki "Tabip ve dış tabibi tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir." hükmü göz önünde tutulduğunda, hastanın hekimce önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hekim zorla müdahalede bulunamayacağına ve uygulayacağı tedaviyi de hastanın isteklerine göre tıbben modifiye etmesi söz konusu olmayacağına göre, böyle bir durumda da hastayı reddetmesi gündeme gelebilecektir ⁴³⁵.

2. Hekimin Yükümlülükleri

Hekimin yükümlülükleri denince, onun mesleki bir ilişkiye girmenin gereği olarak belli bir şekilde davranmasını ya da belli davranışlardan kaçınmasını gerektiren çok sayıda yapma ve yapmama borcu anlaşılmaktadır. Ancak,

⁴³³ GÖKCAN, s: 122,123; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 142.

⁴³⁴ TTB Hekim Hakları Bildirgesi : "Tıbbi ölçütler dışında hiçbir özellik ya da ölçüte göre ayırım yapmadan hizmet sunma, hekimlik mesleğinin temel değerlerindedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda da belirtildiği üzere, hekim belli koşulların oluşması halinde sağlık hizmeti sunmayı reddedebilir. Ancak bu hakkın kullanılması için aşağıdaki koşulların sağlanması gerekir; aksi taktirde hekim 'ayırım yapmama' ilkesini çiğnemiş olacaktır. Kişinin sağlık durumu acil bir girişim gerektirmiyor olmalıdır. Sağlık hizmeti sunulacak kişi erişilebilir ve gereksinimle uyumlu nitelikteki bir başka hekime yönlendirilebilir olmalı ve bu yönlendirme kişinin sağlığını tehlikeye atmıyor olmalıdır. Hekim hizmet sunduğu kişiyle ilgili edindiği tüm tıbbi bilgileri meslektaşına aktarmakla yükümlüdür. Hekim hizmet sunmayı reddetme nedeni ve diğer hizmet olanakları konusunda hastayı bilgilendirmeli, yönlendirmenin sağlık üzerinde olumsuz etkisi olmayacağını açıklamalıdır. Sözlü ya da fiziksel bir şiddet söz konusu olduğunda hekim hizmet sunmayı reddedebilir. Ancak yine de, yukarıdaki üç koşulun sağlanması özen gösterilmelidir. Hekim kendisine başvuran ya da hizmet sunmakta olduğu kişi ile daha önceden var olan kişisel bir ilişkisi nedeniyle mesleki yargılarının etkilenebileceğinden kaygılanıyor ise, böylesi bir durumda o kişinin uygun nitelikte sağlık hizmeti alamayacağı düşüncesi ile hizmet sunmayı reddedebilir. Bu durumda da ilk üç koşulun gerekleri yerine getirilmiş olmalıdır. Bulaşıcı bir hastalık söz konusu olduğunda; çalışma ortamında rutin korunma araçları bulunmuyor ve o hastalığın bulaş riski tıbbi uygulama ile anlamlı biçimde artıyor ise, hekim kendisini ve başkalarını korumak gerekçesiyle hastayı uygun olanakların bulunduğu yerlere yönlendirebilir. Böylesi bir durumda hekim çalışma ortamının olumsuzluklarının en kısa zamanda düzeltilmesi için gerekli girişimlerde bulunmalıdır. Rutin korunma önlemlerinin yetersiz kaldığı, enfeksiyon zinciri henüz tam olarak tanımlanmamış bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda, böyle bir duruma ilişkin kesin kurallar getirmek güç olmakla birlikte, Türk Tabipleri Birliği hekimin mesleki bilgi ve becerisi dolayısıyla hala toplumun diğer üyelerine göre etkin girişimde bulunabilecek tek kişi olduğunu, ayrıca tıp mesleği ile toplum arasında bulunan geleneksel sözleşmenin gereği olarak hekime sorumluluk düştüğünü anımsatır. Hekim, sağlık hizmeti sunulan kişi ve yakınlarından gelebilecek istemleri, bilimsel bilgiye uyumluluğu temelinde değerlendirerek geri çevirme hakkına sahiptir. Ayrıca bu türden istemler, toplumsal kaynakları göz önünde bulundurarak adil dağılımı sağlamak adına da geri çevrilebilir." Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 17-19.

⁴³⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 142.

yükümlülükten söz edilebilmesi için öncelikle, açık veya örtülü, bir ilişkinin varlığı gereklidir. Bu nedenle, genel olarak tıbbi bakım sunacağını duyurmuş, ancak hasta ile henüz ilişkiye girmemiş bir hekim, kural olarak herhangi bir borç ya da yükümlülük altında olmadığı gibi, ayrıca bu tür bir mesleki ilişkiye girmemiş, böyle bir ilişkiyi kurmamış olmaktan ötürü de sorumlu tutulmayacağı belirtilmektedir ⁴³⁶.

HMEK 5. maddesinde, hekimin öncelikli görevi hastalıkları önlemek ve bilimsel gerekleri yerine getirerek, hastaları iyileştirmeye çalışarak insan yaşamını ve sağlığını korumak şeklinde tanımlanmış ve ayrıca meslek uygulaması sırasında insan onurunun gözetilmesi de öncelikli bir ödev olarak yüklenmiştir. Hekimin görevlerini yerine getirirken uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeler ise HMEK 6. maddesinde yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik olarak açıklanmıştır.

Alman hukukunda, hekimin temel yükümlülüğü, Federal Hekimlik Kuralları (Bundesärzteordnung) ve Almanya’da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları’nın (Muster- Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte- MBO-Ä) birinci paragrafında insanın ve tüm halkın sağlığına hizmet etmek ⁴³⁷ şeklinde açıklanmıştır. Almanya’da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları’nın devamında, yaşamı sürdürmek, sağlığı korumak ve yeniden tesis etmek, acıları hafifletmek, ölmekte olanlara yardım etmek de hekime ödev olarak yüklenmiştir ⁴³⁸.

Hekimin yükümlülükleri genellikle mesleki ilişkinin doğasına göre şekillenmekte ve henüz arada kurulmuş bir ilişki yokken, kural olarak herhangi bir yükümlülük de gündeme gelmemektedir ⁴³⁹. Bununla beraber hekim, kaynağı ve

⁴³⁶ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 2.

⁴³⁷ JANDA, s: 109.

⁴³⁸ <http://www.bundesaerztekammer.de/recht/berufsrecht/muster-berufsordnung-aerzte/muster-berufsordnung/>, Erişim T: 18.11.2017.

⁴³⁹ Amerikan hukukundan bir görüşe göre, uzman bir hekimin kendi uzmanlık alanıyla ilgili pek çok durumda müdahale yükümlülüğü bulunurken, ilişkili olmayan diğer durumlarda, hatta bunlar acil ve yaşamsal tehlike oluşturuyor olsa dahi, böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı, benzer şekilde bir acil servis hekiminin karşısına gelen bir hastayı tedavi yükümlülüğü bulunurken, aynı durum yoldan geçen bir kişinin başına geldiğinde durmak ve müdahalede bulunmak yükümlülüğü altında olmadığı, çünkü belli bir olumlu eylemde bulunmanın taahhüt edildiğine işaret eden bir davranış mevcut olmadıkça, serbest bir toplumdaki bireylerin, yapacaklarını açıkladıkları bir şeyi illa ki yapmaya zorlanamayacakları ve diğer pek çok hizmet gibi, sağlık hizmetlerinin de gönüllülük prensibine dayandığı belirtilmektedir. BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 3. Hukukumuzdan benzer bir görüş olarak, hukuk düzeninin kişilerin sağlığının korunması konusunda olumlu bir eylemde bulunulmasına ilişkin genel bir buyruğunun bulunmadığı belirtilmektedir. KANETİ, s: 62. Buna mukabil TDN 3.maddesine

niteliği ne olursa olsun, kamu hizmetinin ifası, tıbbi müdahale sözleşmesi, vekaletsiz iş görme vb. hasta ile bir ilişki içine girmiş olduğu takdirde, yerine getirmesi beklenen pek çok yükümlülük bulunmaktadır. Bu yükümlülükler aynı zamanda ulusal ve uluslar arası pek çok düzenleme ile de hüküm altına alınmıştır.

Mesleğin icrası sırasında, hekimin yükümlülükleri, genellikle bir bütün olarak, iç içe geçmiş halde ortaya çıkmaktadırlar. *Deutsch ve Spickhoff*, hekimin, hastanın muayenesi, tedavisi, reçetelerin yazılması, hastanın uzmana ya da spesifik faaliyet gösteren bir hastaneye yönlendirilmesi, konsültasyon istenmesi, planlanan tedavinin gözden geçirilerek denetlenmesi, hastanın tıbbi ve gerektiğinde ilişkili tıbbi olmayan konular, örneğin müdahalenin mali boyutu hakkında bilgilendirilmesi, sır saklama, kayıt tutma, tutulan kayıtları hastanın görmesine izin verme yükümlülüklerinden söz etmektedirler ⁴⁴⁰. Yine bu yükümlülükler tıbbi müdahaleyi bizzat gerçekleştirme, hastanın öyküsünü alma, muayene etme, bilgilendirme / aydınlatma, tanı koyma, endikasyonu belirleme, uygun tedavi yöntemini seçme ve uygulama, özen gösterme, konsültasyon önerme ve bu yöndeki talebi kabul etme, kişisel verileri ve sırrı saklama, hastanın tıbbi kayıtlarını tutma ve saklama, tedaviyi sona erdirmeye ⁴⁴¹, yine AMK hükümleri ışığında, tanı (anamnez ve bulguların değerlendirilmesi), tedavi, tedavi sonrası bakım, hastayı işbirliği ve katlanma yükümlülükleri hakkında bilgilendirme, müdahalenin fayda ve riskleri ve alternatif müdahaleler hakkında aydınlatma, rıza alma, kayıt tutma, hastanın kayıtlara ulaşmasını temin etme olarak da ifade edilmektedir. Bu yükümlülükler aynı zamanda hekimin sözleşmesel ediminin içeriğini de teşkil etmektedir ⁴⁴².

Janda, tedavide (tıbbi müdahalede) bulunma, acil yardımda bulunma, kendini geliştirme, aydınlatma, sır saklama ve kayıt yükümlülüklerini, hekimin mesleğinin gereği olan, meslek etiği ve hukukunun bir tür yansıması niteliğinde yükümlülükler

bakıldığında, tabibin, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunacağı öngörülmüş ve 18. maddesinde, tabip ve dış tabibinin, hastayı ancak acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri dışında reddedebileceği kabul edilmiştir. Ayrıca HMEK m. 25'in ilk cümlesi de dikkate alındığında, hekimin acil durumdaki hastaya, diğer meslektaşlarının daha yetkin müdahaleleri temin edilinceye kadar en azından insani vazifenin ifası amacıyla müdahalede bulunması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

⁴⁴⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 104, 105,

⁴⁴¹Bkz. JANDA, s: 129-142; UHLENBRUCK, L/U, § 47- 77, s: 398- 544; Pflichten von Arzt und Patient, <http://www.rechtspraxis.de/arzt/vetragspflicht.htm>, Erişim T:12.03.2017; Ayrıca bkz. tıbbi müdahale sözleşmesinin kapsamına ilişkin olarak yaptığımız açıklamalarımız ve oradaki dipnotlar.

⁴⁴² WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 67.

olarak ele almakta ⁴⁴³, bilgilendirme, tıbbi müdahalede bulunma, kişisel edim, aydınlatma ve rıza alma, kayıt tutma, sır saklama yükümlülüklerini ve ayrıca büyük bölümü hastanın çeşitli yararlarının korunmasına yönelik özen yükümlülüklerini de sözleşmesel yükümlülükler kapsamında açıklamaktadır ⁴⁴⁴. Hekimin meslek hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri tabip odalarının mesleki etik kuralları şeklinde düzenlenmiş olsalar da, dayanağını Anayasa, Medeni Hukuk, Ceza Hukuku gibi tüm hukuk sisteminin içinde bulmaktadırlar. Keza, meslek hukuku da etik kriterler ile yasal düzenlemeler arasındaki karşılıklı etkileşimle karakterizedir ve Hipokrat Andının yanı sıra, onun modernize edilmiş hali olan Cenevre Andı da ⁴⁴⁵ hekimlerin kendi mesleki yükümlülüklerine ilişkin öngörülerini ortaya koyan en önemli belgeleri oluşturmaktadır ⁴⁴⁶.

Yine hukukumuzda hekimin yükümlülükleri, insan yaşamını koruma, meslek kurallarına uygun davranma, hasta haklarına özen gösterme, tanı koyma, en uygun tedaviyi seçme, malpraktisten kaçınma, dikkat ve özen gösterme, sır saklama, ihbar, dosya tutma yükümlülükleri olarak açıklanmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki ilişki temelde sağlık hakkı ve insan yaşamını koruma yükümlülüğüne dayandırıldığından, hekim de mesleğini icra ederken yaşam hakkı, bedensel bütünlük, insan sağlığını koruma ve bunların devamlılığını sağlamayı hedeflemektedir. Böylece hekimin

⁴⁴³ JANDA, s: 109, 110, 112, 113-115.

⁴⁴⁴ Bkz. JANDA, s: 129-142.

⁴⁴⁵ Cenevre Andı Almanya'da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları'nın (MBO-Ä) başlangıcında da yer almaktadır.

⁴⁴⁶ JANDA, s: 94, 108. *"Hekimlik mesleğinin bir üyesi olarak; yaşamımı insanlığın hizmetine adayacağıma, hastamın sağlığına ve esenliğine her zaman öncelik vereceğime, hastamın özerkliğine ve onuruna saygı göstereceğime, insan yaşamına en üst düzeyde saygı göstereceğime, görevimle hastam arasına; yaş, hastalık ya da engellilik, inanç, etnik köken, cinsiyet, milliyet, politik düşünce, ırk, cinsel yönelim, toplumsal konum ya da başka herhangi bir özelliğin girmesine izin vermeyeceğime, hastamın bana açtığı sırları, yaşamını yitirdikten sonra bile gizli tutacağıma, mesleğimi vicdanımla, onurumla ve iyi hekimlik ilkelerini gözeterek uygulayacağıma, hekimlik mesleğinin onurunu ve saygın geleneklerini bütün gücümle koruyup geliştireceğime, mesleğimi bana öğretenlere, meslektaşlarıma ve öğrencilerime hak ettikleri saygıyı ve minnettarlığı göstereceğime, tıbbi bilgimi hastaların yararı ve sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi için paylaşacağıma, hizmeti en yüksek düzeyde sunabilmek için kendi sağlığımla, esenliğimi ve mesleki yetkinliğimi korumaya dikkat edeceğime, tehdit ediliyor olsam bile, tıbbi bilgimi, insan haklarını ve bireysel özgürlükleri çiğnemek için kullanmayacağıma, kararlılıkla, özgürce ve onurum üzerine, ant içerim."*

http://www.ttb.org.tr/userfiles/files/hekimlik_andi.pdf, ErişimT: 25.09.2017; Andın Almanca metni için bkz. LAUFS, Arztrecht, s: XVI; Buna karşılık Hipokrat Andı başta olmak üzere genel olarak andlar ve içeriklerine ilişkin bazı değerlendirme ve eleştiriler için bkz. OĞUZ, Yasemin, Hekim Andı ve Benzeri Metinler, www.yeseminyalim.com, Erişim T: 18.08.2018.

yerine getirmekle yükümlü olduğu esas edim, hastanın yaşamını korumak şeklinde algılanmaktadır ⁴⁴⁷.

Biz bu yükümlülüklerin sözleşmeye ya da meslek hukuku ve etiğine dayanmasına göre, yani kaynağını kriter olarak bir ayrıma gitmeyi tercih etmedik, ayrıca öğretilere dile getirilen tüm yükümlülükleri de ele almayıp yalnızca çalışma konumuz ile ilişkili olduğunu düşündüğümüz bazı yükümlülüklerle değinmekle yetindik.

a. Öykü Alma ve Muayene Yükümlülüğü

Anamnez, yani hastanın öyküsünün alınması, tanının ayrılmaz bir parçası olarak görüldüğü gibi ⁴⁴⁸, tıbbi müdahale ve tedavinin içinde bir alt yükümlülük olarak da ele alınmaktadır. Anamnez alınırken hastadan veya yakınlarından hastalığın hikayesi dinlenmekte, onlara sorular sorularak yanıtlamaları beklenmektedir ⁴⁴⁹. Sağlam ve doğru bir tanıya varabilmek için, hekimin aşması gereken yolun anamnez, muayene ve sonunda bir sentezden geçtiği belirtilmektedir. Klinik muayene ile elde edilen fizik bulguların değerlendirilmesiyle ve laboratuvar bulgularından da yararlanarak muayene tamamlanmakta, sentez aşamasında ise hastanın anamnez, muayene ve laboratuvar bulguları bir arada değerlendirilerek tanıya varılmaktadır ⁴⁵⁰. Anamnez güncel bir hastalığın, hasta ve yakınları tarafından hatırdaki kaldığı şekilde anlatılan ve soygeçmiş ve hastalık bulguları ile tamamlanan hikayesi olarak da tanımlanmaktadır ⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 53.

⁴⁴⁸ GÖKCAN, s: 90; HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Kavramlar, s: 83; Anamnezin ve muayenenin büyük önemi bulunmaktadır. İyi bir anamnez alınmadan ve sistemik fizik muayene yapılmadan hastaların hemen tetkike gönderilmesinin yanlış olduğu, dikkatli bir anamnezin ve itinalı muayenenin sonunda, hekimin, en uygun tetkikleri seçmesinin gerek tıbbi, gerekse etik açıdan çok önemli olduğu, eksik bir anamnez alınıp, muayene de iyi yapılmadığında, yüzlerce laboratuvar tetkikinin yarar sağlamayacağı, hastanın parasının ve daha önemlisi yaşamını etkileyebilecek bir sürenin kaybına yol açılacağı, bunun hekim açısından hem vicdani hem yasal sorumluluğa yol açabileceği ifade edilmektedir. ARIBAL, s: 5.

⁴⁴⁹ JANDA, s: 130.

⁴⁵⁰ Bkz. ABAOĞLU / ALEKSANYAN, s: 1-3.

⁴⁵¹ UHLENBRUCK, L/U, § 48 Die Pflicht zur Anamnese, s: 400, kn: 1. Anamnezde hastanın şimdiki yakınması, hastalıkla ilgili soruların sorulması, öz geçmişi, soy geçmişi, beden fonksiyonları, sosyal durumu, ilaçlarla ilgili sorular, alışkanlıkları ve solunum, kardiyovasküler (kalp-damar), gastrointestinal (sindirim), üriner (böbrekler ve idrar yolları), lokomotor (hareket sistemi- kemikler, kaslar, eklemler),sinir sistemi gibi sistem fonksiyonlarına ilişkin sorular yer almaktadır. ALEKSANYAN, s: 4-6; KAYSI, Abdülkadir, Genel Bilgiler, Giriş, Anamnez, Fizik Muayene, İç Hastalıkları (Semiyoji), Alfa Yayıncılık, İstanbul 2017, s: 3-9; Gözlem ve muayene ile ilgili ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. SUKYASYAN, Aram, Müşahede ve Anamnez, İç Hastalıkları Ders Notları (Ed. DEMİROĞLU, Cem'i), İstanbul, 1985 s: 1-5; DEĞERLİ, Ünal, Müşahede Alma, Cerrahi Semiyoji (Ed. DEĞERLİ, Ünal / EMRE,

Anamnez esnasında, kimi zaman hastanın mesleği, yaşadığı ortam gibi kişilik özelliklerinin öğrenilmesi, kimi zaman da şikayetin ortaya çıkmasından önceki kısa zaman dilimindeki olaylar gibi farklı unsurlar önem taşıyabilir. Hekim hastanın şikayetlerinden yola çıkarak ne tür bir öykünün alınacağına karar verecektir. Hastanın daha önce geçirmiş olduğu hastalıklar, ameliyatlar, önemli kazalar, ayrıca şikayetin ortaya çıkış nedenini bulmaya yardımcı olabilecek yeme, içme ve benzeri davranış ve alışkanlıkları hakkında bilgi alınarak kaydedilmektedir. Belirli tür hastalıklar bakımından, ailede bu hastalığın bulunup bulunmadığının araştırılmasına da aile öyküsü ya da soy geçmişi denilmektedir ⁴⁵².

Anamnez tanının ve aynı zamanda hekim- hasta ilişkisinin yalnızca en önemli değil, aynı zamanda en zor kısmı olarak da görülmekte, doğru bir anamnezin tüm hastalıkların yaklaşık %70'inde doğru tanıyı koydurabildiğinden ve efektif bir tanının vazgeçilmez unsuru ve etkili bir tedavinin mutlak ön koşulu olduğundan, anamnezin alınmaması, eksik alınması ve yetersiz bir anamnez tekniğinin kullanılmasının tıbbi hata olarak görüldüğünden söz edilmektedir. Acil durumlarda hastadan yeterli anamnez alınması mümkün olmasa da, hekimin, en azından hasta yakınlarından gerekli bilgileri olabildiğince alması gerekmektedir ⁴⁵³.

Hekim anamnezi aldıktan sonra, hastayı muayene etme yükümlülüğündedir. HMEK 23. maddesinin “*hekim acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz*” hükmü uyarınca da muayene etmeden tedaviye girişmek hususunda hekime getirilmiş bir yasak bulunmaktadır.

Muayene, hastalığa tanı konabilmesi, yaygınlığının vb. saptanabilmesi için, hastanın vücudunun tamamı ya da bir bölümü üzerinde hekimin doğrudan veya tıbbi aletler aracılığıyla yaptığı incelemedir. Muayenenin kapsamı, hastanın şikayetlerine

Ali), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 1986, s: 1-4; ARIBAL, s: 5 vd; YAKINCI, Cengiz / KARABİBER, Hamza, Çocuklarda Anamnezden Tanıya, Akademisyen Kitabevi, Ankara, 2016; Ayrıca bkz. tanıya yönelik müdahaleler bahsindeki açıklamalarımız ve orada dipnotlar.

⁴⁵² GÖKCAN, s: 90; HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Kavramlar, s: 83.

⁴⁵³ UHLENBRUCK, L/U, § 48 Die Pflicht zur Anamnese, s: 400, kn: 2,3, 4. Özel anamnez, ilaç anamnezi, sosyal anamnez, tam anamnez, kısmi anamnez, kısa anamnez gibi farklı anamnez türleri ve tekniklerinin varlığından da söz edilmektedir, bkz. age, s: 401, kn: 5,6,7. Anamnez hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. Ayrıca DEĞERLİ, s: 2; gözlem ve muayene ile ilgili ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. SUKYASYAN, s: 1-5; DEĞERLİ, Cerrahi Semiyoloji, s: 1-4; YAKINCI / KARABİBER; BICKLEY, Lynn, S., Bates'in Fizik Muayene ve Anamnez Cep Kılavuzu, (Çev. Ed. BÜYÜKGEBİZ, Oğuzhan), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2016; ayrıca bkz. daha önce tanıya yönelik müdahaleler bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalarımız ve oradaki dipnotlar.

ve araştırılan hastalığın türüne göre hekim tarafından belirlenmekte ve yerine getirilmektedir ⁴⁵⁴. Gelişmiş cihaz kullanımına ve yardımcı personele gereksinim olmaksızın uygulanan doğrudan muayene yöntemlerinin yanı sıra ileri bilgi, teknoloji ve bunları uygulayacak deneyim ve eğitime sahip diğer hekim ve yardımcı personelin katılım ve desteğine ihtiyaç gösteren, fiziksel, biyokimyasal, bakteriyolojik, virolojik, immunolojik, patolojik, radyolojik tetkikler vb. dolaylı muayene ve inceleme yöntemlerine de başvurulmaktadır ⁴⁵⁵. Muayenenin amaçlarına göre de çeşitli türlerinden söz edilmektedir ⁴⁵⁶. Hekimin tedavi sonrasında da, kontrol muayenelerini yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Kontrol muayeneleri yalnızca yapılan tedavinin seyri, sonucu ve başarısını değil, aynı zamanda olası hata kaynaklarının ve konulmuş olan tanının doğruluğunun denetlenmesini de sağlamaktadır. Bu nedenle kontrol muayene zamanlarının planlanması, hastaların bu muayenelere gelmelerinin sağlanması ve gelmedikleri takdirde ortaya çıkabilecek olumsuzluklar hakkında bilgilendirilmeleri de önem taşımaktadır ⁴⁵⁷.

b. Tanı Koyma Yükümlülüğü

Tanı bir hastalığın tanınması, hekimin hastadan elde ettiği belirti ve bulgulara dayanarak bir hastalık tablosuna varması, hasta üzerinde birtakım araştırma ve incelemeler sonunda elde ettiği bulguları değerlendirerek ne tür bir hastalığın olduğuna karar vermesi, bir kişide var olduğu düşünülen fiziksel ve psikolojik bir sorunu aramak, bulmak, ne olduğunu ortaya koymak için yapılan faaliyetler şeklinde

⁴⁵⁴ GÖKCAN, s: 90, 91; JANDA, s: 130.

⁴⁵⁵ UHLENBRUCK, L/U, § 49 Die ärztliche Untersuchungspflicht, s: 402, kn: 1; Ayrıca bkz. ARIBAL, s: 9 ve tanıya yönelik müdahaleler hakkında yapmış olduğumuz açıklamalar ve oradaki dipnotlar.

⁴⁵⁶ Örneğin önlem amaçlı muayeneler, korkulan hastalıklara karşı zamanında önlem alabilmek, hastalık etkenlerinin yayılmasını ve hastalığın kötüleşmesini önlemek üzere gerçekleştirilmektedir. Erken tanı muayeneleri ise bir hastalığın mümkün olduğunca erkenden tanınmasını sağlamak amacıyla gerçekleştirilmekte, hekim kendisine başvuran sağlıklı hasta üzerinde gerçekleştirdiği geniş kapsamlı bir muayene ile hastayı tümüyle elden geçirmektedir. İş sağlığına ilişkin muayeneler, kanser şüphesinde yapılan muayeneler, küçük çocukların muayeneleri, işe giriş muayeneleri, tekrar muayeneleri, HIV enfeksiyonunu araştırmaya yönelik muayeneler vb. ise özellikli muayenelere örnek gösterilmektedir. UHLENBRUCK, L/U, § 49 Die ärztliche Untersuchungspflicht, s: 405, kn: 11.

⁴⁵⁷ UHLENBRUCK, L/U, § 49 Die ärztliche Untersuchungspflicht, s: 407, kn: 15; GÖKCAN, s: 91; Muayeneye ilişkin genel prensipler hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. SUKYASYAN, Aram, Muayene (Genel Prensipler) ve Dış Belirtiler, İç Hastalıkları Ders Notları (Ed. DEMİROĞLU, Cem'i), İstanbul, 1985, s: 6-8; BICKLEY; ERGÜN, İnspeksiyondan Tanıya, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2005; Ayrıca bkz. daha önce tanıya yönelik müdahaleler bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalarımız ve oradaki dipnotlar.

tanımlanmaktadır. Hekim tanıya varmak için çeşitli yöntemlere başvurarak, genel tıp bilgisinin yanı sıra bu yöntemlerden elde edilen sonuçları da kullanmaktadır ⁴⁵⁸.

Tanı koyarken gerekli tetkikler özenle yapılmalı ve teknolojik gelişmelerden mümkün olduğunca yararlanılmalıdır. Uygun tedavinin planlanması doğru bir tanı konulabilmesine bağlı olduğu için, tanı konulmaksızın tedaviye başlanması nedeniyle hastada bir zarar ortaya çıkması, tanı yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hekimin sorumluluğunu da gündeme getirebilecektir ⁴⁵⁹.

Hastanın öyküsü, muayene bulguları, genel klinik durumu ve elde edilen diğer bulgular belirli bir hastalığı işaret ediyorsa hekimin ilave yöntemlere başvurması gerekmez. Önemli olan, hekimin tanı koyabilmek için mevcut tıbbi standarda göre elverişli yöntem ve teknikleri uygulaması, birden çok tanı yönteminin bulunması halinde hasta için en iyi sonucu verecek, bunun yanı sıra ona en az zarar verecek yönteme başvurusudur. Hastanın tanısını net bir şekilde koymaya elverişli ve risk taşımayan yöntemlerin varlığı halinde hekimin tehlike oluşturan uygulamalardan uzak durması gerekmektedir ⁴⁶⁰.

Hekimden beklenen standart o dönemdeki teknik ilerlemelere bağlıdır. Dolayısıyla tanıya yönelik gerekli cihaz ve ekipmanı olmayan bir hekim ve kliniğin müdahaleyi üstlenmesi durumunda ⁴⁶¹ ya da özel deneyim gerektiren bir müdahalenin koşullar yeterli olmaksızın gerçekleştirilmesi durumunda üstlenme

⁴⁵⁸ UHLENBRUCK, L/U, § 50 Pflicht zur Diagnosestellung, s: 408, kn: 1; JANDA, s: 130; AYAN, s: 65; BAYRAKTAR, s: 231; ÖZDEMİR, 29; ÇİLİNGİROĞLU, s: 18; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 5. Ayrıca bkz. daha önce tanıya yönelik müdahaleler bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalarımız ve oradaki dipnotlar.

⁴⁵⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 50 Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 410, kn: 7, 8; AYAN, s: 65; AKİPEK ÖCAL, Hasta-Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 53; HAKERİ, Hekimin Yükümlülükleri, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, II.Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s: 30.

⁴⁶⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 50 Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 410, kn: 7, 8; DOĞAN, Murat, s: 44; "Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir." Yargıtay 13 HD., E. 2009 / 4667, K. 2009 / 10460, T. 28.09.2009, GÖKCAN, s: 1199.

⁴⁶¹ Kullanılan lokal anesteziye bağlı gelişen alerjik reaksiyon nedeniyle sünnet müdahalesi sırasında çocuğun yaşamını kaybettiği olguda: " Ayrıca bebekte meydana gelen alerjik reaksiyon sonrasında yapılması gerekli tıbbi müdahaleye ilişkin olarak Adli Bilimle Kongresi sunumunda vurgu yapılan kardiyopulmoner resusitasyon ekipmanlarının davalı sağlık kuruluşunda bulunup bulunmadığı ve bu ekipmanların kullanılıp kullanılmadığı, hastanın bir başka sağlık kuruluşuna sevkinin uygun zaman ve koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediğine dair yeterli bir bilirkişi incelemesi bulunmadığı," Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 17432, K. 2015 / 8358, T. 16.03.2015, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

kusurunun gündeme gelmesi de söz konusu olabilir ve bir tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilebilir ⁴⁶².

Şayet hekim tanıya varamıyorsa, görüntülemeler, laboratuvar incelemeleri, mikroskopik incelemeler vb. ayırıcı tanıya hizmet edecek diğer yöntemlere de başvurmalıdır. Hekimin koyduğu tanı hakkında hastayı bilgilendirmesi ve devam eden izlem ve tedavi süreci içerisinde tanının doğruluğunu denetleyerek ve şüpheli durumlarda uzak ihtimalleri de göz önünde tutarak gerekli araştırma ve değerlendirmeleri yapması, tanının yanlış olduğunu saptaması durumunda bu yanlışlığı düzelterek doğru tanıya yönelik araştırmalarda bulunması ve durumu hastaya bildirmesi gerekmektedir. Hekimin, hastanın başvurusu ve şikayetiyle ilgili olmayan, rastlantısal olarak fark ettiği patolojik bulguların üstüne giderek araştırması da özen yükümlülüğünün bir gereği olarak görülmektedir ⁴⁶³.

Bunun yanı sıra tanının zamanında konulması da bu yükümlülüğün kapsamında yer almaktadır. Şayet hekim, tanısı konamamış bir hastalığın seyrini gözlemlemek için bekler ve hasta bu yüzden acilen gerçekleştirilmesi gereken bir müdahaleden, acilen alınması gereken bir önlemden yoksun kalırsa, bu durum sözleşmenin ihlali anlamına gelecektir. Ayrıca bir tıbbi müdahale yönteminin olası zararları hakkında henüz kesin bir bilgi yok ise, somut durumda hekimlerin, bir olumsuzluğun ilk belirtisi niteliğindeki durumları gözden kaçırmaması da gerekmektedir ⁴⁶⁴.

Tanıya ilişkin her yanlış tıbbi müdahale hatası olarak ele alınmaz, ancak hekim o ana kadarki tanısal hipotezlerinde yanlış düşündürebilecek bulguları atlarsa, koyduğu tanıyı gözden geçirme ve düzeltme gereği duymazsa, bu bir tıbbi uygulama hatası teşkil edecektir. Aynen uzaktan tedavide olduğu gibi uzaktan tanının da yasak olduğu, istisnai olarak, acil durumlarda, hekimin henüz hastanın yanına

⁴⁶² UHLENBRUCK, L/U, § 50, Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 410, kn: 7; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 120, 121.

⁴⁶³ UHLENBRUCK, L/U, § 50 Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 411, kn: 9, s: 414, kn: 16; s: 415, kn: 18; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 121. Nitekim uygulamada da hastanın hekime başvurma yakınmasıyla ilişkisi olmayan pek çok hastalığın rastlantı sonucu saptanması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Hekim yalnızca hastanın yakınmasına odaklanıp ona yönelik bir tanı ve tedavi sürecini yürüttüğünde zaman zaman daha önemli ancak henüz semptom vermeyen patolojiler gözden kaçabilmektedir. Esasen genel kontrol ve tarama muayeneleri de bu patolojilerin gözden kaçırılmaması amacıyla gerçekleştirilmektedir.

⁴⁶⁴ UHLENBRUCK, L/U, s: 437, kn: 2; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 118, 119.

ulaşmadan önce zaman kaybına yol açmamak için, telefonla bazı önlemlerin alınmasını sağlayabileceği belirtilmektedir ⁴⁶⁵.

Ancak tanısal yöntemlerin kullanılması sınırsız olarak algılanmamalıdır. Akla gelen her tanı yöntemine başvurulması söz konusu olamaz. Hastanın sağlığına yönelik tehlikenin büyüklüğü, hastalığın ortaya çıkma olasılığı, tanının gözden geçirilebilirliği ve düzeltilebilirliği gibi somut durumla ilişkili çeşitli unsurlar bu konuda yol gösterici olmaktadır ⁴⁶⁶. Hekim somut duruma göre hasta için hangi yöntemin en uygun ve yeterli olduğuna karar verme durumundadır. Hasta, hekimden tanıya yönelik her türlü yöneme başvurusu, mevcut tüm tıbbi imkanların kullanılması yönünde bir beklenti içinde olabilecekse de, hekimin tanıyı kesinleştirmek uğruna tüm kaynakları tüketmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamakta, hastanın da böyle bir talepte bulunması kabul edilmemektedir ⁴⁶⁷.

Özenli bir şekilde muayeneyi yapmış, tanıya yönelik gerekli testleri istemiş ve elde ettiği bulguları değerlendirmiş olan hekimin koyduğu tanının yanlış çıkması onun sorumlu tutulmasını gerektirmez, meğerki hekimin esaslı bir ihmali ve elde ettiği bulguları değerlendirmede esaslı bir hatası olsun. Zira hem hekimin yetenekleri sınırsız değildir, hem de hastalığa ait bazı belirtiler ortaya çıkmayabilir ya da yanıltıcı olabilir ⁴⁶⁸. Dolayısıyla hekimden mutlaka doğru tanıyı koyması yani mutlak bir başarı beklenmeyip, tıp mesleğinin ve uzmanlık alanının gerektirdiği standartlar dahilinde hareket etmiş olması yeterli görülmektedir ⁴⁶⁹. Nitekim Tandoğan'a göre de *“Teşhis hatası yalnız başına hekimin sorumluluğunun doğması için yeterli değildir. Hekim sanatının kurallarına göre ve zorunlu tüm zamanı ve dikkati harcayarak hastasının muayene etikten sonra özenle teşhisini koymuş ve daha sonra da uygun tedaviyi tavsiye edip genellikle kabul edilen ilkelere uygun biçimde bunu uygulatmışsa, ihmal veya tedbirsizlikle kınanmaktan kurtulur.”* Ayrıca *“Hekim vekil sıfatıyla işçinin göstermesi gereken özenin aynını yerine getirmekle yükümlüdür, bu*

⁴⁶⁵ UHLENBRUCK, L/U, s: 415, kn:17; s: 437, kn: 2. Ancak hastanın fiilen muayenesi ihmal edilir ve sadece telefon üzerinden tanı konmaya çalışılırsa ortaya çıkan zararlarda, örneğin bir apandisit tanısının atlanması gibi, hekimin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. BROX / WALKER, *Besonderes*, s: 337, kn: 20.

⁴⁶⁶ Bu konuda detaylı açıklamalar ve örnekler için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 122, 129.

⁴⁶⁷ UHLENBRUCK, L/U, § 50 Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 410, kn: 7.

⁴⁶⁸ AYAN, s: 66; HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s: 426; GÖKCAN, s: 92; TANDOĞAN, *Cilt II*, s: s: 419.

⁴⁶⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 50 Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 410, kn: 7. Benzer yönde görüş için bkz. KANETİ, s: 64, 65.

yüzden o kural olarak her kusurdan sorumludur. Fakat bu kuralın sıkı surette uygulanması hastaların olduğu kadar doktorların da aleyhine hekimlik mesleğinin icrasını engelleyecektir. Bu yüzden mahkeme içtihatları, bilimin eksikliklerini ve insanın yanılabilirliğini göz önüne alarak söz konusu kuralın sertliğini hafifletmiştir. Görüşlerin çeşitli ve farklı olabildiği bir mesleğin icrasına belli bir ölçüde bağlı bulunan basit yanlgular için hekimin sorumluluğu kabul edilmemektedir. Buna karşılık hekim, aşikar hata, açıkça uygun olmayan tedavi, sanat kurallarının açık ihlali veya tıp biliminin bilinen verilerinden habersiz olma hallerinde sorumlu tutulmaktadır.”⁴⁷⁰

TDN m. 13 uyarınca da, tabip ve diş tabibi, ilmi icaplara uygun olarak tanı koyar ve gereken tedaviyi tatbik ederler. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemezler.

c. Tedavi Yükümlülüğü

Hekimin hasta karşısında öncelikli yükümlülüğü, onu sağlığına kavuşturmak amacıyla hekimlik mesleğinin kurallarına uygun olarak gereken tedaviyi yapmaktır. Hekimin gerçekleştireceği tedavinin şeklini ve genişliğini, hastalığın türü ve müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelik endikasyonlar belirlemektedir. Tedavinin etkili olabilmesi için özenli bir anamnez ve muayenenin, bulguların değerlendirilmesinin, tanının ve endikasyonun doğru konulmasının önemi çok büyüktür. Tedavi yükümlülüğünün, fiziksel ya da ruhsal hastalıkları iyileştirmeye, acıları, zararları, sıkıntıları önlemeye, ortadan kaldırmaya ya da hafifletmeye yönelik eylemlerin hepsini kapsadığı düşünülmektedir⁴⁷¹.

Uhlenbruck tarafından endikasyonun konulması da ayrı bir yükümlülük olarak ele alınmaktadır⁴⁷², *Janda* tarafından ise endikasyon yükümlülüğü, tedavi yükümlülüğünün bir bileşeni olarak açıklanmaktadır⁴⁷³. Endikasyonun hekim tarafından belirlenmesi gerektiği ve bunun hekime düşen bir yükümlülük olduğu bizce de tartışmasızdır. Ancak tanı, tedavi, koruma, amaç ne olursa olsun hekimin gerçekleştireceği müdahalelerin zaten kural olarak bir endikasyona dayanması

⁴⁷⁰ TANDOĞAN, Cilt II, s: 419.

⁴⁷¹ UHLENBRUCK, L/U, § 44 Der Inhalt des Arztvertrages, s: 384, kn: 2, 3; JANDA, s: 130; Benzer şekilde MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155.

⁴⁷² UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 416.

⁴⁷³ JANDA, s: 130.

gerektiği kabul edilmekte ve endikasyon müdahalenin hukuka uygunluğu için gereken bir unsur olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla biz endikasyon kavramını müdahalelerin hukuka uygunluğu bağlamında irdelemeyi tercih ettik.

Hekim, tanı koyduğu hastalığın tedavisini gerçekleştirmek için en uygun tedavi yöntemini seçmek ve uygulamakla yükümlüdür. En uygun tedavi yönteminin ne olduğu ise somut olaya, hastanın bedensel ve psikolojik özelliklerine göre değişkenlik gösterebilir. Ancak genel bir kural olarak, hastalığın tedavisi için en az riskli fakat başarı şansı en yüksek olan yöntemin tercih edilmesi gerekmektedir⁴⁷⁴. Hekimin uygulayacağı tedavide risk ve fayda dengesini göz önünde tutması, örneğin bir ameliyatın, invazif bir müdahalenin gerekliliği ile konservatif tedavi imkanlarını karşılıklı tartıp ona göre karar vermesi gerekmektedir. Birden fazla genel kabul görmüş eşdeğer yöntem varsa, hekim uygulayacağı yöntemi seçmede serbest olmakla beraber, yine de hasta açısından daha güvenli gözükenin tercih edilmesi gerekmektedir. Hekim şayet genel kabul görmüş yöntemlerden saparak farklı bir yöntemi tercih edecekse, hem bu yöntemi başarılı bir şekilde uygulayabilecek durumda olmalı, hem de hastayı bu konuda detaylı şekilde aydınlatmalıdır⁴⁷⁵. Yeni, konvansiyonel olmayan ve bilimsel açıdan kesinlik kazanmamış tedavi yöntemlerinin kullanılması durumunda hekimin takip ve gözlem yükümlülüğü daha da arttığı gibi, yine tanıda yanılğı olduğunun fark edilmesi durumunda da hastanın takibi önem taşımaktadır. Hastanın ileri merkezde tedavisinin gerektiği ve kendisinin durumun önemini ve ivediliğini tam kavrayamadığı hallerde onun gerekli

⁴⁷⁴ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 125; AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 53; GÖKCAN, s: 91. "Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir." Yargıtay 13 HD., E. 2009 / 13214, K. 2010 / 3694, T. 23.03.2010, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; "Dava, davalının kusuru nedeniyle, lazer operasyonu sonrasında sol gözünde şaşılığın yeniden oluştuğu ve her iki gözünde de ayrıca hipermetrop meydana geldiğinden davalının maddi ve manevi tazminatla sorumlu tutulması isteğine ilişkindir. Uyuşmazlık davalını, hukuka aykırı bir eyleminin ve kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.....Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir." Yargıtay 13 HD., E. 2007/ 4920, K. 2007 / 11249, T. 01.10.2007; GÖKCAN, s: 1222; "Her üç raporda da, hastada gelişen pankreatitin uygulanan... yönteminin komplikasyonu olduğu hususunun vurgulandığı açıktır. Uyuşmazlık, tıbbi tahlil ve raporlarla hastada belirtilen rahatsızlığa... yönteminin uygulanıp uygulanamayacağı yani endikasyonunun yerinde olup olmadığı, ayrıca bu yöntemden daha az riskli başkaca yöntemlerin uygulanıp uygulanamayacağı noktasında toplanmaktadır." Yargıtay 13 HD., E. 2015 / 439, K. 2016 / 1058, T. 21.01.2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

⁴⁷⁵ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 419, 420, kn:4.

müdahaleyi yaptırmasını sağlamak da tamamlayıcı takip ve tedavinin bir parçası olarak görülmektedir ⁴⁷⁶.

Tedavi yönteminin seçilmesinden sonraki yükümlülük, seçilen yöntemin tıp biliminin kuralları ve standartlarına uygun şekilde uygulanmasıdır. Uygulama sırasında tedavi yönteminin risklerine karşı gereken önlemler alınmış olmalıdır ⁴⁷⁷. Hekim seçtiği tedavi yöntemini tıbbi standartlara uygun ve özenli bir şekilde uygulamış olduğu takdirde, yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır; yoksa tedavinin mutlaka başarıya ulaşması, hastayı mutlaka şifaya kavuşturması aranmamaktadır. Önemli olan istenilen sonuca ulaşmak için tıp biliminin ve mesleğinin yol ve yöntemlerinin özenle uygulanmış olmasıdır ⁴⁷⁸.

Almanya’da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları § 11 uyarınca da hekimin uygun muayene ve tedavi yöntemlerine başvurarak özenli bir bakım sunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Tedavinin tıbbi gereklere uygun olarak zamanında yapılması, zamanında sunulması ⁴⁷⁹, yine hastanın tedavi sonrası kontrolleri, izlemi, tamamlayıcı tedaviler ve rehabilitasyon uygulamaları da tedavi yükümlülüğün kapsamında yer almaktadır ⁴⁸⁰. Hekimin sorumluluğu ve talimatları

⁴⁷⁶ UHLENBRUCK, L/U, § 57 Die ärztliche Nachsorge – und Kontrollpflicht, s: 435, kn: 3.

⁴⁷⁷ JANDA, s: 109; GÖKCAN, s: 92.

⁴⁷⁸ GÖKCAN, s: 92. “ Davacı yanlıı tedavi uygulaması sonucu zarara uğradığı iddiasıyla eldeki tazminat davasını açmıştır. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır.....Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur.” Yargıtay 13 HD., E. 2011 / 9167, K. 2012 / 12807, T. 21.05.2012, GÖKCAN, s: 1194.

⁴⁷⁹ Zaman yokluğu, dinlenme vb. gibi sebepler, acil müdahale endikasyonu bulunan vakaların geciktirilmesi bakımından haklı sebep olarak görülmemektedir. Örneğin apandisitinin tipik bulguları ortaya çıkmış ise cerrah hemen endikasyon koyarak appendektomi ameliyatını yapmalıdır. Ayrıca acil durum şüphesindeki hasta gerekli bir tedaviyi reddettiği takdirde hekimden bu durumu hemen kabullenmemesi, hastayı ikna etmeye yönelik çaba sarfetmesi de beklenmektedir. Doğumlara da doğru zamanda müdahale edilmesi beklenmekte ve programlanmış doğumun da yasak olduğu belirtilmektedir. UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 420, kn: 4, s: 422, kn:15; JANDA, s: 109.

⁴⁸⁰ Hekimin tamamlayıcı tedavi bağlamındaki faaliyetleri, hastalığın etkilerinin bertaraf edilmesine ve bozulmuş olan sağlığı yeniden tesis edilmesine ilişkindir. Tedavi sona ermiş olmakla beraber somut durumda hasta için ayrıca tamamlayıcı tedavinin gerekli olup olmadığına hekim karar verecektir. Tamamlayıcı takip ve tedaviye özellikle kanser hastaları ihtiyaç göstermektedir. Hastalar için bireysel olarak öngörülen önlemlerin amacı, tedavinin seyrini kontrol etmek, tümörden rezidü kalıp kalmadığını zamanında fark etmek ve gereken tedaviye başlamaktır. Bu amaçla yapılacak muayenelerde de hastaya sağlayacağı yarar ve oluşturabileceği zararlı etkilerin tartılması gerekmektedir. Kanserli hastalarda rezidülerin ve metastazların erkenden tanısı iyileşme şansı taşıdığından, tamamlayıcı takiplerin zamanında yapılması önemli bir hususdur. Yine pek çok hastalık iyileştikten sonra da tıbbi ve mesleki rehabilitasyonu gerektirmektedir. Pek çok rehabilitasyon uygulaması hastanelerin belli bir bölgesinde ya da rehabilitasyon merkezlerinde gerçekleştirilmektedir.

altında çalışanların tedaviye yönelik eylemleri de hekimin tedavisi kapsamında ele alınmaktadır ⁴⁸¹.

d. Hastanın Rızasını Alma ve Bilgilendirme Yükümlülüğü

Rızanın aranmadığı ayrık haller dışında, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesi için, kural olarak müdahaleye maruz kalacak hastanın ve/veya yasal temsilcisinin rızası gerekmekte ve bu rızanın geçerli olması için de hekimin hastayı ve/veya diğer ilgili kişileri, hastanın içinde bulunduğu durum, hastalığının özellikleri ve beklenen seyri, tanı ve tedaviye yönelik planlanan müdahalelerin özellikleri, gerekliliği, olası sonuçları, riskleri, ortaya çıkabilecek komplikasyonlar vb. hususlarda aydınlatması gerekmektedir.

Müdahaleler öncesinde hastanın rızasının alınması ve bilgilendirilmesi öncelikle bir sözleşmesel yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Etkili ve geçerli rıza olmaksızın yapılan müdahale sözleşme ihlali oluşturduğu gibi, aynı zamanda haksız fiil bağlamında kusur ve nedenselliği de ortaya koymaktadır ⁴⁸². Çeşitli ulusal ve uluslar arası düzenlemelerde de rıza ve aydınlatmaya ilişkin çok sayıda hüküm ve öngörü yer almaktadır. Hukukumuzda tıbbi müdahale sözleşmesinin vekaletle dayandırılması nedeniyle hekimin hastayı bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü aynı zamanda TBK'nın ilgili hükümlerine, kamu hastanelerinde ise kamu hukukuna dayanmaktadır ⁴⁸³. Rıza ve aydınlatma konuları, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde hukuka uygunluk nedenleri bahsinde detaylı şekilde ele alınmış olduğu için bu bölümde daha fazla üzerinde durulmamıştır.

Bu gün için hemen her ağır hastalık bir rehabilitasyon önlemine ihtiyaç göstermektedir. Özellikle son yıllarda geriatrik hastaların tıbbi rehabilitasyonu büyük önem kazanmıştır. Küratif rehabilitasyon ile bir hastalık yüzünden yitirilmiş beceriler, yetenekler yeniden kazanılmaktadır. Örneğin bir femur boynu kırığında hastanın yeniden yürümesinin sağlanması gibi. Rehabilitasyona duyulan ihtiyaç, hastanın rehabilitasyona yatkınlığı ve rehabilitasyon imkanları, alınacak önlemlerin hedef ve kapsamı üzerinde belirleyici olmaktadır. Yaşlı bir hastada sadece yaşına dayanarak rehabilitasyona yatkınlığının yadsınması ise tıbbi uygulama hatası ve sözleşmenin ihlali olarak ele alınabilecektir. UHLENBRUCK, L/U, § 57 Die ärztliche Nachsorge- und Kontrollpflicht, s: 436, kn:3, 4.

⁴⁸¹ UHLENBRUCK, L/U, § 44 Der Inhalt des Arztvertrages, s: 384, kn: 3. Ayrıca bkz. tedaviye yönelik müdahaleler bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar ve oradaki dipnotlar.

⁴⁸² DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 269, kn: 413.

⁴⁸³ DURAL, Aydınlatma, s: 252; DURAL / ÖĞÜZ, s: 109, kn: 543.

e. Kişisel Edim Yükümlülüğü

Tıbbi müdahale sözleşmesine taraf olan hekimin kural olarak tıbbi müdahaleleri şahsen yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁸⁴. Ancak hekimin kişisel edim yükümlülüğü sadece sözleşmesel olmayıp, meslek hukukunda da yer almaktadır. Zaten kişisel edim yükümlülüğü serbest mesleklerin öne çıkan karakteristiklerinden birini teşkil etmekte ve hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisi de hekimin bu yükümlülüğüne zemin hazırlamaktadır⁴⁸⁵.

Hastanın muayenesi, tanının konması, tedavi yönteminin belirlenmesi ve belirlenen yöntemin uygulanması gibi işlemlerin bizzat tedaviyi üstlenen hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerekmekte, böylece hekimin bu yükümlülüğü kural olarak tıbbi müdahalelerin üçüncü kişilere bırakılması yasağını da beraberinde getirmektedir. Bu husus AMK'nda da öngörülmüştür⁴⁸⁶. Ancak günümüzde tanıya ve tedaviye yönelik pek çok işlemin gerçekleştirilmesi özel uzmanlığı ve teknik bilgiyi gerektirdiği için, hekimin bunların hepsini bizzat icra edebilmesi mümkün değildir⁴⁸⁷. Sağlık hizmetinin bir tüzel kişi ya da kurum tarafından verildiği hallerde delege edilebilir eylemlerin hekim dışındaki kişiler tarafından da yerine getirilmesi söz konusu olabilir, dolayısıyla kişisel edim yükümlülüğü mutlaka hekimin müdahaleyi kendi elleriyle gerçekleştirilmesi şeklinde algılanmamalıdır. Hekim olmayan kişilerin de müdahaleye katılması mümkündür, ancak eylemin çekirdeğinin, özünün hekime ait olması gerektiği, dolayısıyla diğer kişilerin faaliyetlerinin de hekimin kişisel edim yükümlülüğü içinde ele alınabileceği ifade edilmektedir⁴⁸⁸. Bununla birlikte tanının ve endikasyonun konması, tedavi ve operasyonların planlanması, ayrıca zor, tehlikeli ve uzmanlık alanıyla ilgili olarak önceden öngörülemeyen reaksiyonlara yol açma potansiyeli taşıyan ve bu nedenle hekim tarafından gerçekleştirilmesi gereken edimlerin başkalarına bırakılmayacağı kabul

⁴⁸⁴ UHLENBRUCK, L/U, § 47 Die Pflicht des Arztes zur persönlichen Leistung, s: 398, kn: 1; JANDA, s: 131; AYAN, s: 67; AŞÇIOĞLU, s: 49; GÖKCAN, s: 91; HAKERİ, Hekimin Yükümlülükleri, s: 21; GEHRLEIN, s: 2, kn:5; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 88; Pflichten von Arzt und Patient, <http://www.rechtspraxis.de/arzt/vetragspflicht.htm>, Erişim T: 12.03.2017.

⁴⁸⁵ JANDA, s: 131.

⁴⁸⁶ UHLENBRUCK, L/U, § 47 Die Pflicht des Arztes zur persönlichen Leistung, s: 398; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 64, 89.

⁴⁸⁷ GÖKCAN, s: 89.

⁴⁸⁸ GEHRLEIN, s: 2, kn:5; JANDA, s: 131; GÖKCAN, s: 89. Hekim hastanın takibini bir meslektaşına delege etse dahi aradaki güven ilişkisinin taşıdığı önem nedeniyle hastanın, diğer hekim tarafından muayene, izlem ve tedaviyi kabul etmeyip geri çevirebileceği de ifade edilmektedir. SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), Uygulama Çalışmaları, s: 400.

edilmektedir ⁴⁸⁹. Hekimin kişisel edim yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle hasta zarara uğradığı takdirde, sorumluluğu gündeme gelebilecektir ⁴⁹⁰. Kanımızca, hekimin deneyim gerektiren ve kendisinin özellikle çok yetkin olduğu bir ameliyatı göreceli deneyimsiz başka bir hekim meslektaşına yaptırması ya da kanunen belli bir uzmanın yetkisinde olan bir müdahalenin başka bir hekime bırakılması gibi durumlar da, her ne kadar edimlerin delege edildiği kişi bir hekim olsa dahi, kişisel edim yükümlülüğünün ihlali olarak ele alınabilecektir ⁴⁹¹.

Hekimin kişisel edim yükümlülüğü, hastanın yakınmalarına göre gözünün önünde bir tablo canlandırmasını, önemli bulguları tespit etmesini ve buna göre dolaysız şekilde tedaviyi planlamasını gerektirdiği için uzaktan tedavi yasağı da bulunmaktadır ⁴⁹².

f. Özen Yükümlülüğü

Hekimin, hasta ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunsa da bulunmasa da, gerçekleştirdiği her müdahalede özen gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır ⁴⁹³. Hekimin özen yükümlülüğü öncelikle mesleğini icra ederken hizmet sunduğu kişinin yararına uygun, dikkat ve ihtimamla hareket etme borcunu ifade etmektedir. Sadece

⁴⁸⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 47 Die Pflicht des Arztes zur persönlichen Leistung, s: 398, kn: 2; s: 399, kn: 4, 5; JANDA, s: 131; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 64. Operatif girişimler, zor enjeksiyonlar (Detaylı açıklamalar için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 90) ve infüzyonlar, özellikli kan alımları, muayeneler, hastanın tıbbi durum hakkında bilgilendirilmesi delege edilemeyen edimler olarak ele alınırken, laboratuvar analizleri, kalıcı kateter değişimleri, basit pansumanlar, radyolojik görüntülemeler genel olarak delege edilebilir edimlere, basit enjeksiyonlar, infüzyonlar ve kan alımları ise münferit olarak delege edilebilir edimlere örnek gösterilmektedir. Bu münferit olgularda hekimin hastalığın türü ve ağırlığı bakımından bizzat kendisinin faaliyetini gerektirip gerektirmediğini ve birlikte çalıştığı kişilerin nitelik, güvenilirlik ve deneyimini göz önünde tutması gerektiği (UHLENBRUCK, L/U, § 47 Die Pflicht des Arztes zur persönlichen Leistung, s: 398, kn: 2; s: 399, kn: 4, 5), yine hekim olmayan kişilere delege edilebilir edimlerin düşük riskli olması, hekimin kendisi tarafından gerçekleştirilmiş olması durumuyla kıyaslandığında daha fazla tehlike potansiyeli taşımaması ve bu edimler gerçekleştirilirken hekimin gözetiminin devam etmesi gerektiği (JANDA, s: 131) belirtilmektedir.

⁴⁹⁰ JANDA, s: 131, 132.

⁴⁹¹ Vekalet sözleşmesinde, güven unsurunun taşıdığı önem nedeniyle, vekil kural olarak sözleşme konusu işi bizzat yapmakla yükümlüdür. Vekil konumundaki hekimin de hastaya karşı sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak vekilin bu yükümlülüğünün, müvekkili tarafından vekilin başkasını tevkil etmesine rıza gösterilmiş olması, vekilin başkasını tevkile örf gereğince yetkili olması, vekilin somut durumun gereklerine göre başkasını tevkile mecbur olması şeklinde açıklanan istisnaları da bulunmaktadır. TANDOĞAN, Cilt II, s: 457, 458, 459, 461. Aynı yönde bkz. REİSOĞLU, Seza, s: 13; ALKANAT, s: 178; Hekimin bir hastayı yatay işbölümü gereği başka bir uzman hekime yönlendirdiği durumlarda, bu hekimlerin hastaya karşı yükümlülükleri ve gündeme gelebilecek sorumlulukları hakkında Alman hukukundan açıklama ve değerlendirmeler için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 92.

⁴⁹² UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 423, kn: 16; JANDA, s: 130.

⁴⁹³ KANETİ, s: 63.

hekimlerden değil, belirli bir mesleği icra eden herkesten beklenen bu yükümlülüğe, genel (subjektif) özen yükümlülüğü de denilmektedir. İkinci anlamıyla (objektif) özen yükümlülüğü ise, tıbbi müdahalede bulunulurken tıbbi standardın sağlanması anlamına gelmektedir ⁴⁹⁴.

Subjektif özen yükümlülüğü bağlamında hekimden muayene, tanı ve tedavi süreçlerindeki tüm tıbbi müdahaleler esnasında, öneri ve kontrol aşamalarında özenli davranması, dikkat ve titizlikle hareket etmesi beklenmektedir. TBK m. 506/ 2 ve 3' ün "*vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet 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* " hükümleri, şayet aradaki ilişki eser sözleşmesi olarak ele alınmaktaysa, TBK m. 471/1 ve 2'nin "*Yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.*" hükümleri uyarınca da özen gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır ⁴⁹⁵. Yargıtay'ın kararında bu husus "*doktor hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat*

⁴⁹⁴ GÖKCAN, s: 93.

⁴⁹⁵ "*Doktor hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tereddüt gösteren durumlarda bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Müvekkil durumundaki hasta, doktor olan vekilden, titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklıdır. Özen göstermeyen bir vekil, BK m. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.*" Yargıtay 13 HD., E. 2010 / 9425, K. 2010 / 18038, T. 24.12. 2010, GÖKCAN, s: 1175. "*Vekil iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır.O nedenle doktorun meslek alanı için de olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için, yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir. Müvekkil durumundaki hasta, doktor olan vekilden, titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklıdır. Özen göstermeyen bir vekil, BK 394 / 1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır*" Yargıtay 13 HD., E. 2007/ 2916, K. 2007 / 8485, T. 18.06.2006, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır.” şeklinde dile getirilmektedir. TDN m.14 de hekimin özen yükümlülüğüne işaret etmektedir. Alman hukukunda, Almanya’da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları § 11 ile de düzenlenmiş bulunmaktadır. Böylece özen yükümlülüğü, arada bir sözleşme ilişkisi varsa, vekaletle ilişkin olarak vekilin özen borcunun gereği olmakta ve aynı zamanda da hukuk düzeninin genel buyruklarına dayanmaktadır ⁴⁹⁶.

Hekimin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve uygulamalarını bilmesi, bunları göz önünde tutarak doğru tanıyı koyması, uygun tedaviyi planlaması ve her aşamada gerekli önlemleri alması ⁴⁹⁷, hastaya gereken aydınlatma ve uyarıları yapması, hastanın tıbbi açıdan gerekli bir tedaviye rıza göstermemesi durumunda ona doğru yolu göstermesi, tedavinin gerekliliği hususunda eğitmesi de özen yükümlülüğünün bir gereği olarak kabul edilmektedir ⁴⁹⁸. Yargıtay da davacı

⁴⁹⁶ KANETİ, s: 63;

⁴⁹⁷ Özenli bir hekimin tıbbi durumun zorunlu kıldığı asgari muayene ve diğer incelemeleri yerine getirmeksizin bir değerlendirmeye varmaması, en ufak bir kuşku durumunda bunu bertaraf edecek araştırmalar yaparak önlemler alması, çeşitli metotlardan birini tercih ederken hastanın özelliklerini göz önünde tutması, hasta için gereksiz risk oluşturacak hareketlerden kaçınması, hastayı tedavi etme olasılığı bulunan ancak yeteri kadar denenmemiş metotlara ve özellikle cerrahi uygulamalara başvurduğu takdirde onu uygun şekilde aydınlatması ve uyarması, hastanın isteğine uyarak tıbben gerekli görmediği ve emin olmadığı yöntemlere girişmemesi gerekmektedir. TANDOĞAN, Cilt II, s: 416, 417, 418; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 70; Benzer şekilde, ameliyatın tehlikelerini olabildiğince azaltmak için, cerrahın müdahale sırasında, cerrahi tekniğin ve vakanın hal ve şartlarının kıldığı tüm önlemleri alması gerekmektedir. Sonuçları ağır olabileceğinden cerrahi müdahaleler üst düzey bir özen gerektirmektedir. KANETİ, s: 65; Hastaya müdahale edilen ortamların hijyenine dikkat edilmesi, enfeksiyonlardan korumak için giyilen özel kıyafetler, vücutta yabancı cisimlerin bırakılmadığının kontrolü ya da örneğin solunum sıkıntısı olan bir yenidoğanın yakından izlenmesi, halüsinasyonlar gören psikişik hastanın pencereden atlamaması için güvenlik önlemlerinin alınması, gerçekleştirilen müdahaleler sonrası gereken bakımın, özellikle ameliyatlar sonrası postoperatif bakımın yapılması, hastanın zamanından önce taburcu edilmemesi, erkenden taburcu olmak isteyen hastanın riskler hakkında aydınlatılması, taburcu olan hastaların dikkat etmeleri gereken hususlar hakkında aydınlatılmaları, hastaların derlenme odasında yeterli süre tutulmaları ve derlenme sedyelerinin kenarlıklarının kapalı olması, anestezi altında müdahale geçiren hastanın kısa süre sonra araba kullanmasına izin verilmemesi gibi durumlar özen yükümlülüğüne örnek teşkil edebilir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 129-132. İlave açıklamalar için bkz. İNAL, s: 190, 214 vd.

⁴⁹⁸ LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherheitsaufklärung), s: 461, kn: 3. Alman hukukundan bir kararda, kendi isteğiyle tıbben uygun zamandan önce taburcu olan bir hasta için *“hekim en azından hastanın ve onun aile hekiminin, ortaya çıkabilecek komplikasyonları zamanında fark edebilmeleri ve uygun şekilde hareket edebilmeleri için onları aydınlatma da dahil, gerekli özeni göstermiş olmalıdır”* denmektedir. BGH NJW 1981 2513(BGH 16.06.1981- VI-ZR 38 / 80 – Yine sorunsuz geçen kalp kateterizasyonu sonrası erkenden taburcu edilen hastanın pseudomonas

hastaya ameliyat sonrası bakım sürecinde gerekli uyarıların yapılarak hangi sıklıkla kontrole gelmesi konusunda uyarıldığını, davalıların tedavi sürecinde ispat edebilmeleri gerektiği yönünde karar vermiştir ⁴⁹⁹.

Hekimin objektif özen yükümlülüğünden ise, tıbbi müdahalenin gerçekleştiği dönem itibarıyla geçerli olan mesleki standartlara uygun hareket etmesi anlaşılmaktadır ⁵⁰⁰. Gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin tıp çevrelerince genel kabul görmüş bir uygulama olup olmadığı göz önünde tutulmaktadır. Henüz genel kabul görmemiş, bilimsel olarak doğruluğu ortaya konmamış, tartışmalı uygulamalar tıbbi standart olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca tıp bilimindeki ilerlemeler zamanla tıbbi standardın değişmesini sonuçladığından, yapılan müdahalenin tıbbi standartlara uygun olup olmadığı değerlendirilirken müdahalenin gerçekleştirildiği tarihteki verilerin kriter alınması, tıp bilimi ve mesleğince o tarihte geçerli kabul edilen bilgi ve beceri düzeyinin sağlanmış olması gerekmektedir. Uzun yıllar öncesinde yaygın şekilde uygulanmış ancak zamanla geçerliliğini yitirmiş yöntemlerin uygulanması halinde de tıbbi standart tutturulmamış olacaktır. Dolayısıyla hekimin tıbbi bilgilerini

sepsisinden öldüğü olguda (https://www.jurion.de/urteile/bgh/1981-06-16/vi-zr-38_80/ BGH 24.06.1997- VI ZR 94 / 96) hekimin özen yükümlülüğünün ihlal edildiği düşünülmüş, hastanın şüpheli tanının açığa kavuşturulması için gerekli olan muayeneyi reddettiği olguda ise, hastanın red kararının hekimin onu ancak bu muayenenin gerekliliği ve aciliyeti hakkında aydınlatması durumunda dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Zira hekimin sağlığa yönelik tehlikelerin bertaraf edilmesi bakımından garantör bir işlevi de bulunmaktadır. https://www.jurion.de/urteile/bgh/1997-06-24/vi-zr-94_96/.

⁴⁹⁹ “ Davacı ayağında meydana gelen parçalı kırık nedeniyle, davalı kurumda çalışan davalı doktor tarafından ameliyat edilerek 28.04.2010 tarihinde taburcu edildiğini, 05.06.2010 ve 26.06.2010 tarihlerinde verilen randevulara uygun olarak kontrole gittiğini, bu kontrollerde ayağında ağrı olduğunu söylemesine rağmen durumun normal olduğunu söylediğini, 16-20.07.2010 tarihleri arasında ayağındaki vidanın ameliyatla alındığını, bundan sonra ayağının üzerine basabileceği ve normal yaşamına dönebileceği, ancak ağrı ve şişmenin bir yıl süreceği belirtilerek, bir yıl sonra kontrole gelmesinin söylendiği, ancak ağrıların dayanılmaz hale gelmesi üzerine 24.01.2011 tarihinde davalıya başvurduğunu, yine normal olduğunu söylediğini, bunun üzerine başka hekimlere gitme ihtiyacı duyduğunu, bu muayenelerde davalının yaptığı ilk ameliyatta ayağın eğik kaynaklı ve vidanın çıkarıldığı sırada durumun tespit edilerek düzeltme imkanı olduğu, röntgen filmlerine rağmen tespit edilmemesinin kusur olarak belirtildiği..... davalı L savunmasında; davacının ameliyatı sonrasında dosyada mevcut kayıtlara göre ayağının üzerine basmamasına ilişkin eğitimleri yapılarak taburcu edildiğini, davacının düzenli olarak pansumanlara gelmediğini, 16.07.2010 tarihinde vidanın çıkarılması sırasında uyacağı kurallar ve kontrole gelmesi konusunda bilgilendirilmesine rağmen 6-7 aylık sürede kontrole gelmediğini,..... ayağa baskı yapılmamasına ilişkin önerilere uyulmamasının bu riski artırdığını, davacının ameliyat sonrası bakım sürecini aksatması nedeniyle ihmalden kaynaklandığını savunmuştur.....Bu itibarla davacıya ameliyat sonrası bakım sürecinde gerekli uyarıların yapılarak, hangi sıklıkla kontrole gelmesi konusunda uyarıldığı hususunu, davalı tarafların tedavi sürecinde düzenledikleri tedavi evraklarına dayalı olarak ispat etmeleri gerekir....” Yargıtay 13 HD., E: 2014 / 10592, K. 2014 / 32977, T. 27.10.2014, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

⁵⁰⁰ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 97.

yenilemesi, güncel tutması gereksinimi ve yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁰¹. Uzmanlık alanlarına ilişkin müdahalelerde de bilimsel yayınlar ve meslek örgütlerinin kılavuzlarının ışığında belirlenecek uzman hekim standardı aranmaktadır. Fakat hastanın somut durumu bazen genel kabul görmüş standart uygulamalardan sapmayı gerektirebilir. Bu tür sapmalar mutlaka özen eksikliğinin olduğu şeklinde değerlendirilmemelidir. Böyle zamanlarda, tedbirli ve sağduyu bir hekimin aynı koşullarda nasıl davranacağına da araştırılması gereklidir⁵⁰². Yargıtay'ın da kararlarında hekimin özen yükümlülüğüne dikkat çektiği görülmektedir⁵⁰³.

g. Konsültasyon Önerme ve Konsültasyon Talebini Kabul Etme Yükümlülüğü

Konsültasyon, hastalığın tanısı veya tedavisine yönelik olarak, diğer bir tıp dalında uzman olan bir hekimden tıbbi görüş istenmesidir. Hekimin tanı veya tedavi için bilgisinin yetersiz kaldığı noktalarda ilgili uzmandan görüş alması gerekmektedir⁵⁰⁴. TDN m. 24 ile, hasta, konsültasyon yapılmasını arzu ettiği takdirde, müdavi tabip veya dış tabibinin bu talebi kabul etmesi gerektiği, aynı şekilde müdavi tabip veya

⁵⁰¹ GÖKCAN, s: 95, 96; AKİPEK ÖCAL, Hasta-Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 54; benzer görüş olarak KOYUNCU, s: 77.

⁵⁰² JANDA, s: 320.

⁵⁰³ “Doktor görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur..... Asgari düzede dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür.Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yolu seçmelidir....” Yargıtay 13. HD, E.2006/10057, K.2006/13842, T. 19.10.2006, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; “Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar. Bu kural gereğince, yüklenici iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmak ve zararına olan şeylerden kaçınmak zorundadır.” Yargıtay, 15 HD., E. 2005 / 7988, K. 2006 / 3417, T. 08.06.2006, GÖKCAN, s: 1130.

⁵⁰⁴ SCHOLZ, kn: 12; “...bilirkişi raporunda ise ameliyat öncesi yapılan tetkiklerin yeterli sayılabileceği, ancak çocuğun sıkça hastalandığı ve aynı hastanede takip edildiği düşünülürse, takip eden çocuk doktorundan ameliyat öncesi bir konsültasyon istenebileceği, bunun dosyadan anlaşılamadığı, laboratuvar analizlerinde pek çok testin normal sınırlar dışında olduğunun doğru olduğu, bu konudaki soru işaretleri için çocuk hastalıkları uzmanı bir hekimden görüş alınmasının doğru olacağı, ameliyat öncesinde çocuğun doğumundan ameliyata kadar olan dönemde sıkça hastalanması ve bu hastalıkların bir kısmının akciğer kaynaklı olması nedeniyle, davacı tarafın neden akciğer filmi istenmediği sorusunu yöneltme gereği duymasına yol açtığı, bu konuyla ilgili de yine çocuk hastalıkları uzmanı bir hekimden görüş alınmasının uygun olacağı, olayın bronkospazma bağlı olduğu düşünüldüğünde neden bronkospazmın bu denli tedaviye yanıtız ve ölümcül seyrettiğini anlamının güç olduğu, bu konuda da çocuk hastalıkları uzmanı bir hekimden görüş alınmasının uygun olacağı.....” Yargıtay 13 HD., E. 2009 / 1774, K. 2009 / 7756, T. 04.06.2009, GÖKCAN, s: 1258.

diş tabibinin, konsültasyon yapılmasına lüzum gördüğü takdirde de, durumu hastaya bildirmesi gerektiği ve ayrıca bu teklifin kabul edilmemesi halinde, müdavi tabip veya diş tabibinin tedaviyi yarım bırakabileceği de hüküm altına alınmıştır. Tüzüğün ilerleyen maddelerinde de konsültasyona yönelik detaylı düzenlemeler yer almaktadır. Tüzüğün 24. maddesi uyarınca hastanın konsültasyon talebini kabul etmemesinin yanı sıra, 28. maddede de, hastanın konsültan hekim tarafından uygulanan tedaviyi tercih etmesi halinde, müdavi hekimin tedaviyi yarım bırakabileceği öngörülmüştür. Yine HMEK 19. maddesinde ⁵⁰⁵ de konsültasyon istemenin hekim açısından bir hak ve konsültasyona cevap vermenin de kendisinden görüş istenen konsültan hekim yönünden bir yükümlülük olduğu belirtilmektedir ⁵⁰⁶.

h. Tedaviyi Üstlenmekten Kaçınma ve Tedaviyi Durdurma Yükümlülüğü

Hastanın tanısının konması ve tedavisinin yapılması tıbbi müdahale sürecinde hekimin asli edim yükümlülüğünü oluştursa da, hekim bazen bu eylemleri, müdahaleleri yerine getirmekten kaçınabilir, hatta kaçınması da gerekmektedir. Böylece mesleki özerkliği doğrultusunda hekime tanınmış olan hastayı ve tıbbi müdahaleyi üstlenmeme hakkının kimi zaman bir yükümlülük haline gelmesi de söz konusu olabilmektedir.

Hekimin herhangi bir acil durum bulunmaksızın, yeterli uzmanlığı olmamasına rağmen veya uzmanlığı olsa bile, o konudaki bilgi ve deneyim eksikliği ya da yorgunluk, hastalık gibi kişisel bir sebeple müdahaleyi gereğince uygulayamayacağını öngörmesine rağmen ya da öngörmesi gereken hallerde, yine de üstlenmesi özen yükümlülüğünün ihlali olarak da ele alınabilir. Hekimin, tedavi süreci boyunca devamlı kendisinin ve ortamın imkanlarının hastanın tedavisini

⁵⁰⁵HMEK m.19: Danışım (Konsültasyon) ve Ekip Çalışması: “Danışım ve ekip çalışması sürecinin düzenli işleyebilmesi ve bir hekim hakkı olarak yaşama geçirilmesi için; a) Hasta izlemi sırasında, değişik uzmanlık alanlarının görüş ve uygulamalarına gereksinim doğduğunda, tedaviyi yürüten hekim durumu hasta ve/veya yakınlarına bildirmelidir. Konsültasyonu hastanın tedaviyi yürüten hekimi yazılı olarak ister. Yazılı istemde hastanın özellikleri, konsültasyon isteğinin nedenleri açık ve anlaşılır biçimde belirtilir. b) Konsültasyon sürecinde konsültan hekim de, hastanın sürekli hekimi gibi hastadan sorumludur. c) Konsültan hekim, alanında bilimsel ve teknik bilgiye sahip olmalıdır. d) Konsültasyon sonucunda, konsültasyonun gerekçesi ve sonuçları, açık ve anlaşılır biçimde bir tutanak ile belgelenir. e)Konsültasyonun sonuçlarından hastalar da yeterli ölçüde bilgilendirilir. f) Konsültasyonun sonucunda hastanın tedaviyi yürüten hekimi ile konsültan hekimin görüş ve kanaatleri arasında fark olur ve hasta konsültan hekimin önerilerini kabul ederse, hastanın tedaviyi yürüten hekimi tedaviyi bırakabilir. g) Konsültasyon istenen hekim davete uymak zorundadır.”

⁵⁰⁶ GÖKCAN, s: 122.

başarıyla sürdürmeye yetip yetmediğini kontrol etmesi, kendi kişisel yeteneklerinin ve mevcut imkanların yetersizliğini fark ettiğinde de, başka ifadeyle kendi olanaklarının sınırına ulaştığı takdirde, artık başka hekimlere danışması, konsültasyon istemesi, gerektiğinde başlamış olduğu tedavi ya da müdahaleyi sona erdirerek hastayı konunun uzmanı hekime ya da o konuda daha fazla bilgi ve deneyim sahibi meslektaşına ve imkanları daha geniş bir sağlık kurumuna yönlendirmesi gerekmektedir⁵⁰⁷. Aksi takdirde üstlenme kusuru ve tıbbi uygulama hatası gündeme gelecektir⁵⁰⁸.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin feshi ile tedavinin kesilmesi ya da durdurulması kavramlarını birbirinden ayırmak lazımdır. Tedavinin ya da tıbbi müdahalenin kesilmesi durumunda hekim ile hasta arasında kurulmuş olan sözleşme devam etmekte, yalnızca yapılacak olan müdahale ya da tedavi kesintiye uğramakta, onun yerine başka bir müdahale gerçekleştirilmekte ya da hasta başka bir hekim ya da hastaneye yönlendirilmektedir. Hekim tedaviye yönelik sınırlarına dayanmış olduğunda ya da hastayı şifaya ve sağlığına kavuşturma yönündeki gayretlerin amacına ulaşamayacak olduğu, çabaların fayda etmeyeceği anlaşıldığı takdirde, tedavinin ya da müdahalenin kesilmesi sözleşmesel bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁰⁹. Hastanın sözleşmeyi sona erdirdiği ya da tedavinin kesilmesini talep ettiği durumlarda da, hekimin, tedaviyi sona erdirme yükümlülüğü bulunmaktadır⁵¹⁰.

B. Hastanın Hakları ve Yükümlülükleri

Her ne kadar çalışma konumuzda ağırlık noktasını hekimin eylemleri, yükümlülükleri ve bunların sınırları oluşturuyorsa da, hastanın hakları ve yükümlülüklerini de ele almayı tercih ettik. Hem hastanın hekim ile arasında kurulmuş olduğu kabul edilen tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı olarak hak ve borçlara sahip olması, hem de hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüne yönelik sınırlamaların doğrudan ya da dolaylı olarak hastanın haklarından kaynaklanması veya bu hakların kullanımını etkilemesi, ayrıca hastanın yükümlülüklerini yerine getirmemesinin de hekimin gerçekleştirdiği müdahaleyi

⁵⁰⁷ DETTMEYER, s:7; JANDA, s: 315; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 112.

⁵⁰⁸ JANDA, s: 315; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 15.

⁵⁰⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 58 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch,, s: 437, kn: 1, 2.

⁵¹⁰ MEMMER, s: 3. Hekimin bu yükümlülüğü çalışmamızın üçüncü bölümünde farklı alt başlıklar altında detaylı şekilde ele alınmıştır. Bkz. o bölümdeki açıklama ve dipnotlarımız.

etkilemesi ve kural olarak hekime belli bir müdahaleyi ya da tümüyle hastayı reddetme hakkı verdiği kabulüyle, bu konuya da değinilmesi gerektiğini gördük.

1. Hastanın Hakları

Hastanın tıbbi müdahale sözleşmesine taraf olması nedeniyle sahip olduğu hakları aynı zamanda uluslararası bildirgeler ve bunların ışığında hazırlanan yasal düzenlemelerin de güvencesi altındadır. Hekim ile arasında kurulmuş bir sözleşmesel ilişki bulunmasa dahi, hasta bu haklarını ileri sürebilecektir. Hastanın hakları hekimin temelde tıbbi standartlara uygun, özenli bir tanı, tedavi ve takip sürecinde bulunmasını ve bunun yanı sıra diğer yan edimlerini ifa yükümlülüğünü beraberinde getirirken aynı zamanda hekimin müdahalesine birtakım sınırlamalar da teşkil etmektedir.

Hasta haklarına yönelik pek çok tanımlamanın olduğu görülmektedir. Hastalığın tanısı ve en uygun tedavinin uygulanması, hastanın sağlığına kavuşturulması ve sağlık hizmetlerinin tıp biliminin ilkeleri ve çağdaş standartlara uygun olarak sunulması yönünde gösterilen titiz davranışlar⁵¹¹, hastanın kaybettiği sağlığını en kısa zamanda, mümkün olduğunca en yüksek seviyede, en konforlu ve saygın bir biçimde geri alabilmesi, bu mümkün olmadığında ise hastalığına karşı yaşam kalitesini koruyabilmesi ve insan onuruna yakışır biçimde ölebilmesi için gereksinim duyacağı her türlü destek ve hizmete kolayca ulaşabilmesi⁵¹², sağlık hizmeti sunan hekimler, sağlık çalışanları ve sağlık kurumları ile bu haklardan yararlanan hastaların ilişkilerini düzenleyen bir haklar ve yükümlülükler demeti⁵¹³, insan hak ve değerlerinin sağlık hizmetlerine uygulanması⁵¹⁴, hastanın insanca davranılma hakkı ve beklentileriyle sağlık kuruluşunda verilen hizmet arasındaki karşılıklı dengenin kurulması ve böylece sağlık hizmetlerinde insan haklarının gözetilmesi⁵¹⁵, sağlık hizmetlerinin olması gereken çağdaş standartlarda ve bilimsel ilkeler ve deneyimler doğrultusunda sunulması⁵¹⁶ gibi çeşitli şekillerde ifadesini

⁵¹¹ DERYAL, Yahya, Hasta Hakları (İlkeler- Normlar- Yaptırımlar), Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul 2007, s: 54.

⁵¹² ÖZLÜ, TEVFİK, TTD Etik Kurulu, Hasta Hakları, <https://docplayer.biz.tr/13654820-Ttd-etik-kurulu-hasta-haklari-hazirlayan-prof-dr-tevfik-ozlu.html>, HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 77; HAVUTÇU, s: 404.

⁵¹³ GÖÇMEN, Erkin / GÖÇMEN, Ali, Hasta Hakları Kavramı ve Hasta Hakları Yönergesi Üzerine, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:78, Sayı:1, Yıl: 2004, s: 128-129.

⁵¹⁴ İPEKYÜZ, s: 10.

⁵¹⁵ KICALIOĞLU, s: 32.

⁵¹⁶ DERYAL, Hasta Hakları, s: 54.

bulan hasta hakları kavramının kaynağını insanın doğuştan sahip olduğu yaşama ve sağlıklı olma hakkı oluşturmakta, dolayısıyla hasta hakları insan haklarının bir uzantısı olarak ele alınmaktadır ⁵¹⁷. Hasta haklarının, hastanın değerlerine saygı gösterme, hastayı koruma ve onu tıbbi kararlara katma şeklindeki üç ana yaklaşıma dayandığı ifade edilmektedir ⁵¹⁸.

Gelişme ve genişleme halinde bir kavram olan hasta hakları, genel bir yaklaşımla, kişilerin, hasta olmadan önce ve hastalandıklarında, yeterli ve etkin sağlık hizmetinin önceden hazır halde bulunmasını, hastalık hali ortaya çıktığında bir sağlık kurumunda yetkin ve standart bir sağlık hizmeti almayı, ayrıca hastalıkların insanlarda bıraktığı kalıcı olumsuzluklarla birlikte yaşayabilmek için gerekli olan hizmetlerden yararlanmayı kapsamaktadır ⁵¹⁹.

Hasta haklarının geçmişinin Hipokrat dönemine dek uzandığını söylemek mümkündür ⁵²⁰. Genel olarak insan haklarının kazanılması için gösterilen uzun mücadelelerden farklı olarak hasta hakları, ne hasta ne de yakınlarının hemen hiçbir çaba sarf etmesini gerektirmeksizin hekimler tarafından onlara sunulmuştur ⁵²¹.

⁵¹⁷ KICALIOĞLU, s: 32.

⁵¹⁸ GÖKCAN, s: 86; GİRİTLİOĞLU, Hakan, Hasta Haklarının Korunmasında ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 20.

⁵¹⁹ <http://www.saglikhakki.org/hastahak-ic.htm>, Erişim T: 30.11.2016.

⁵²⁰ Tüm dünyada tıp fakültesini bitiren hekimlerce edilen Hipokrat yemini, hasta haklarının yazılı kurallara bağlanmış ilkel bir biçimi olarak, dolayısıyla bu durumda günümüzde hasta haklarını ortaya koyan belgeler de Hipokrat yemininin açılmış ve detaylandırılmış şekli olarak görülmektedir. Tıbbın gelişmesi ile birlikte bu yemin de büyük ölçüde etik ve deontolojik kurallara dönüşmüştür. SÜTLAŞ, s: 51.

⁵²¹ Kavramın ve hareketin Amerika Birleşik Devletleri'nde başladığı kabul edilmektedir. ABD'de 1969 yılında hastanelerle ilgili standartlar gözden geçirilmiş, hasta hakları ile ilgili, gizlilik, bilgilendirme, aydınlatılmış onam, hastalara eşit ve insancıl tedavi uygulanması gibi konular ele alınmıştır. Amerikan Hastaneler Birliği, 1972 yılında, Hasta Hakları Beyannamesini yayınlamıştır. DERYAL, Hasta Hakları, s: 54, 55; KICALIOĞLU s 35-36. Dünya çapında birtakım mesleki standartlar belirleme gereksinimi duyan hekimler ve onlara ait ulusal ve uluslararası meslek örgütleri bir araya gelerek Dünya Tabipler Birliği şemsiyesi altında tekrar ettikleri kongrelerde kendi görevlerini, sorumluluklarını ve yükümlülüklerini gözden geçirerek, belgeler hazırlayarak ortaya koydukları evrensel kurallar ve standartları "*hasta hakları*" şeklinde adlandırmışlar ve sağlık hizmeti veren ve hizmetten yararlanan taraflarının ortak yararına sunmuşlardır. Hasta haklarının hem isim hem içerik olarak aslında tümüyle hekimlerin çalışmalarının sonucu olduğunu söylemek mümkündür. Hekimler tıp ve sağlık alanına ilişkin durumları en iyi bilen kişiler olarak, olumsuzluklara engel olmak için bu alandaki temel ilkeleri ve davranış modellerini belirlemişlerdir. Ancak söz konusu belgeler ağırlıklı olarak Dünya Tabipler Birliği ve diğer uluslararası birliktelikler tarafından oluşturulmuş olmaları nedeniyle kanunlar gibi bağlayıcı ve yaptırım koyan nitelikte değillerdir. DERYAL, s: 54, SÜTLAŞ, s: 64. Her ne kadar 1964 Helsinki, 1975 Tokyo, 1983 Venedik, 1989 Hong Kong, 1996 Somerset West'de yapılan Dünya Tıp Kongrelerinde de sağlık hizmetlerinde belli standartların belirlenmesi hususunda ilke kararları alınmış olsa da, hasta haklarının bir kavram olarak adının bulunduğu ve kapsamının oluşturulduğu toplantılar 1981

Hasta hakları kavramının uluslararası metinlerde ilk ortaya çıkışı Dünya Tabipler Birliğinin 1981 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi ile olmuş ⁵²², ardından Amsterdam ⁵²³, Bali ⁵²⁴, Roma ⁵²⁵ Bildirgeleri ile gelişmiştir. Birçok ülkede hasta haklarının ulusal mevzuata girmesi için çalışmalar yapılmış ve hasta haklarına ilişkin

Lizbon,1987 Madrid, 1994 Amsterdam ve 1995 Bali Dünya Tıp Kongreleridir. DERYAL, Hasta Hakları, s:55.

⁵²² GÖKCAN, s: 87. Lizbon Bildirgesinde hastanın hekimini özgürce seçme, hiçbir dış etki altında kalmadan, özgürce, klinik ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafından bakılabilme hakkı (Bu hak hekimin hastasını özgürce muayene ve tedavi etmesini düzenlemektedir. Hekim hiçbir etki altında kalmamalıdır. Siyasi düşüncelerinin, kültürünün, önyargılarının, dinsel inançlarının, cinsiyet farklılığı veya cinsel kimlik seçimlerinin, toplumsal statü ve ekonomik durumun etkisinden uzak olmalıdır), yeterli bir bilgilendirme sonrası kendisine uygulanması planlanan tıbbi müdahaleyi kabul veya ret hakkı, hekimden tıbbi geçmişi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme, onurlu şekilde ölme (Onurlu ölme hakkının ötanazi ile karıştırılmaması gerekmektedir. Onurlu ölüm, ölümün kaçınılmaz olduğu hallerde ölüm süreci ve nihayet ölme anının insan onuruna yakışır bir şekilde gerçekleşmesini ifade etmektedir.), uygun bir dini temsilcinin yardımı dahil, ruhsal ve manevi teselliyi kabul ve ret hakkına da yer verilmiştir. SÜTLAŞ, s: 67,68; OĞUZ, N.Yasemin, Hasta Hakları Alanındaki Gelişmeler ve Değişen Değerler, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku- Tarihi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, Yıl: 1997, s: 51; GÜLLÜOĞLU, Yasemin, Türk Hukukunda Hasta Hakları Kavramı (Hukuki Nitelik ve Sonuçları), T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Dan. HATEMİ, Hüseyin, İstanbul, 2008, s: 20-22; <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/lizbon.htm>, Erişim T: 25.04.2017; ilave bilgi için ayrıca bkz. COŞAR, Ahsen, Hasta Hakları, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 10-12.

⁵²³ 1994'de Amsterdam'da yayınlanan Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi Dünya Sağlık Örgütü'nün Avrupa Bürosunca hazırlanmıştır. Örgüte üye Avrupa ülkeleri, bu bildirme ile hasta haklarının daha da geliştirilmesini amaçlamışlardır. Bildirmede, hasta hakları bağlamında insan hakları ve değerleri, bilgilendirme, onam, gizlilik ve özel yaşam, bakım ve tedavi ile başvuru hakları ayrıntılı olarak açıklanmış, üye ülkelerin sağlık mevzuatları, sağlık düzenleri, ekonomik ve sosyal koşulları, kültürel ve etik değerlerinin farklılıkları da göz önünde tutularak her ülkenin bu ilkelere ulaşmak için elinden gelen çabaları göstermesi istenmiştir. Lizbon Bildirgesine göre daha kapsamlı olan bu bildirme ile genel olarak sağlık kurumlarının, sağlık personelinin ve hastaların sorumluluk, yetki ve haklarına ilişkin özel yasa ve yönergeler hazırlanması, hükümetlerin hasta hakları alanında çalışan kuruluşları desteklemesi, toplumun uyarılması için kararlar alınmıştır. Amsterdam Bildirgesi'nde hasta hakları, insan olarak saygı görme, kendi geleceği hakkında karar verme, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne saygı ve güvenlik, mahremiyetine saygı gösterilmesi, ahlaki ve kültürel değerleri ile dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesi, sağlık haklarının varlığı çerçevesinde sağlık hizmeti alma, bilgilendirme, onam, sırlarının saklanması ve mahremiyet, bakım ve tedavi ve başvuru hakkı olarak tanımlanmıştır. <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari>, Erişim T: 25.04.2017, KICALIOĞLU, s 36-37. Amsterdam Bildirgesi hakkında ilave bilgi için bkz. COŞAR, s: 12-15; OĞUZ, Hasta Hakları, s: 53 vd.

⁵²⁴ 1995 Bali Bildirgesinde, Lizbon Bildirgesi daha ayrıntılı biçimde düzenlenerek, temel hasta haklarının neleri içerdiği konusundaki tanımlamalara da yer vermiştir. Bu bildirmede, nitelikli sağlık bakımı, seçim özgürlüğü, kendi adına karar verme, bilgilendirme, gizlilik, sağlık eğitimi, onur ve dini yardım alma hakları, ayrıca bilinci kapalı hastanın durumu, hastanın isteği dışındaki prosedürler düzenlenmiştir. <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari>; Erişim T: 25.04.2017; KICALIOĞLU, s 37; Bali bildirgesi hakkında ilave açıklamalar için bkz. OĞUZ, Hasta Hakları, s: 51 vd.

⁵²⁵ 2002'de Roma'da kabul edilen Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü, Avrupa Birliği ülkelerinin ulusal sağlık sistemleri arasında uyum sağlanmasını öngörmüştür. Avrupa Statüsü belgesinde yer alan hasta hakları, koruyucu önlemlerin alınması, sağlık hizmetlerinden yararlanma, bilgi alma, özgür seçim, onam verme, gizlilik, zamanına saygı, kalite standartları, güvenlik, yenilik, ağrı, acı ve sıkıntıdan korunma hakkı, kişisel tedavi, şikayet ve tazminat hakkı olarak on dört madde şeklinde sıralanmıştır. <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm>, Erişim T: 25.04. 2017; KICALIOĞLU, s 38-39;

ilk kanun Hollanda'da yürürlüğe girmiştir ⁵²⁶. Avrupa Konseyi çerçevesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi hasta haklarına yönelik bazı unsurlar da içeren ve bildirgelerden farklı olarak, taraf devletleri bağlayan bir düzenlemedir ⁵²⁷. Dünyada hasta haklarının gelişimi sağlık hizmetlerinin sunulmasında da önemli değişikliklere yol açarak, sağlık kuruluşlarında daha etkili hasta bakımına, daha etkin hizmet organizasyonuna ve hasta memnuniyetini sağlamaya yönelik bir anlayışa katkıda bulunmuştur ⁵²⁸.

Hasta haklarına yönelik gelişmelerin ülkemizi de etkilemesiyle, sağlık mevzuatımızda dağınık ve sistemsiz şekilde yer alan bir kısım hakların, bir sistematik içinde ve evrensel düzeyi yansıtacak şekilde düzenlenmesi amacıyla 1998 yılında Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan Hasta Hakları Yönetmeliği kabul edilerek yürürlüğe konmuştur. Bu yönetmelik, resmi veya özel tüm sağlık kurum ve kuruluşlarında sağlık mesleği mensupları ve sağlık kurumları yöneticilerine, içerdiği hasta hakları ile ilgili standartları sağlama yükümlülüğü getirmiştir ⁵²⁹. Yönetmelikte hasta hakları, sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan bireylerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip olduğu ve milli/milletler arası antlaşmalar ile teminat altına alınmış haklar şeklinde, hasta ise sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan birey şeklinde tanımlanmaktadır. Subjektif kriterleri esas alan bu tanım kişilerin objektif tıbbi kriterlere göre hasta sayılmaları yerine, sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı duymaları ya da kısaca kendilerini hasta hissetmelerini yeterli görmektedir ⁵³⁰.

HHY'de, sağlık hizmetlerinden adalete ve hakkaniyete uygun olarak faydalanma, bilgi isteme, sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme, personeli tanıma, seçme ve değiştirme, öncelik sırasının belirlenmesini isteme, tıbbi gereklere uygun

⁵²⁶ GÖKCAN, s: 87.

⁵²⁷ Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuzun parçası haline gelmiş olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda hazırlanıp Avrupa Konseyi bünyesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış, TBMM tarafından 03.12.2003 tarihli kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme ile ilgili bilgi ve değerlendirmeler için Bkz. KATOĞLU, s: 157, 160; GOJAYEVA, s; 28-69.

⁵²⁸ GÖKCAN, s: 87.

⁵²⁹ DERYAL, Hasta Hakları, s:57.

⁵³⁰ Hasta hakları, hasta haklarına ilişkin uluslararası bildirgeler ve hasta haklarının gelişim sürecine ilişkin ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. COŞAR, s: 7 vd.

teşhis, tedavi ve bakım, tıbbi özen gösterilmesi, sağlık durumu ile ilgili bilgi alma, kayıtları inceleme, kayıtların düzeltilmesini isteme, mahremiyete saygı gösterilmesi, rızası olmaksızın tıbbi ameliyeye tabi tutulmama, bilgilerin gizli tutulması, tedaviyi reddetme ve durdurma, güvenliğin sağlanması, dini vecibelerini yerine getirme ve dini hizmetlerden faydalanma, insani değerlere saygı gösterilmesi ve ziyaret, refakatçi bulundurma, hizmetin sağlık kuruluşu dışında verilmesini isteme, müracaat, şikayet ve dava hakkı düzenlenmiştir. HHY yanı sıra Tababet Kanunu, Organ Nakli Kanunu, Nüfus Planlama Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda ⁵³¹ da hasta haklarını koruma altına alan hükümler yer almaktadır. Ayrıca TDN'de hekimler için öngörülmüş olan mesleki yükümlülükler aynı zamanda hastalara tanınmış bir hak olarak ele alınabilecektir ⁵³². HMEK'nın "*Hasta Haklarına Saygı*" başlıklı 21. maddesinde de hekimin hastanın sağlığı ile ilgili kararlar alırken, bilgilendirme hakkı, aydınlatılmış rıza hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı vb. hasta haklarına saygı göstermek zorunda olduğu belirtilmiştir ⁵³³.

Sözü edilen hakların hepsi kendi içinde önem taşımakla ve hekim ve/veya diğer sağlık meslek mensupları ve sağlık kuruluşları açısından yerine getirilmesi beklenen yükümlülükler oluşturmakla beraber, çalışma konumuzla doğrudan bağlantılı ya da belirleyici olduğunu düşünmediğimiz haklar bu bölüm içinde ele alınmayacaklardır ⁵³⁴.

⁵³¹ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Kanun No: 1593, Kabul T: 24.04.1930, RG T: 06.05.1930, S: 1489.

⁵³² GÖKCAN, s: 88.

⁵³³ Uluslararası bildirgeler, uluslararası ve ulusal düzenlemelerde çok çeşitli hasta haklarından söz edildiği görülmekle beraber, HHY düzenlemeleri de göz önünde tutularak, bu hakları, genel olarak, adalete ve hakkaniyete uygun olarak sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı, bilgi isteme hakkı, sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkı, personeli tanıma, seçme ve değiştirme hakkı, öncelik sırasının belirlenmesini isteme hakkı, tıbbi gereklere uygun tanı, tedavi ve bakım hakkı, sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkı, kayıtların tutulmasını isteme ve kayıtları inceleme hakkı, mahremiyete saygı gösterilmesi hakkı, rıza olmaksızın tıbbi ameliyeye tabi tutulmama hakkı, bilgilerinin gizli tutulmasını isteme hakkı, tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı, güvenliğinin sağlanması hakkı, dini vecibeleri yerine getirebilme ve dini hizmetlerden faydalanma hakkı, insani değerlere saygı gösterilmesi hakkı, refakatçi bulundurma hakkı, hizmetin sağlık kurum ve kuruluşu dışında verilmesini isteme hakkı, müracaat, şikayet ve dava hakkı olarak saymak mümkündür. Ayrıca bkz. <http://www.hastahaklari.org/haklartoplu.htm>, Erişim T:02.02.2017. HHY'de anılan bu hakların sağlık hizmetinden yararlanma hakları, bilgi edinme hakları, özel yaşama saygı ve mahremiyet hakları, tıbbi müdahalenin rıza ile yapılması hakları, tıbbi araştırmalarda hasta hakları, güvenlik, ziyaret ve moral hakları olarak sınıflandırıldığı da görülmektedir. DERYAL, Hasta Hakları, s: 58.

⁵³⁴ Örneğin hastanın tıbbi kayıtlarının tutulması ve bu kayıtları görme ve gerçeğe uygun şekilde değiştirilmesini isteme hakkı tıbbi müdahalenin olağan bir uzantısıdır. Hekim tıbbi müdahalede bulunduğu ya da müdahaleden kaçındığı her durumda, gerekli tıbbi bilgileri ve müdahalede bulunması veya kaçınmasına dayanak teşkil eden hususları zaten kayıt altına almakla yükümlüdür ve dolayısıyla hastanın bu hakkına uygun davranılması konumuz açıdan belirleyici değildir. Benzer

a. Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı

Hasta hakları açısından en öncelikli kural, her bireyin yaşamını sağlıklı şekilde sürdürmesi ve sağlığının bozulduğu durumlarda hizmete ulaşabilme hakkının bulunmasıdır. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.25/1'e göre de "Herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır" ⁵³⁵. Kişilerin sağlık hizmetinden yararlanma hakkı mevcut değilse, diğer hasta hakları da herhangi bir anlam ifade etmeyecektir. Sağlık hizmeti ise, bireyin sağlıklı olma durumunun sağlanması ve devamlılığı için, sağlığın korunmasını da kapsayacak şekilde, tedavi, bakım ve rehabilitasyona yönelik uygulamalar olarak ele alınmaktadır ⁵³⁶. Tıbbi müdahale kavramı açıklanırken değinilmiş olan WHO (World Health Organization- Dünya Sağlık Örgütü)'nün sağlık tanımı da dikkate alındığında bu hakkın yalnızca hastalık durumu ile ilişkilendirilmesi doğru olmayıp, kişinin hasta olmadan önceki süreçte de sağlığının korunması ve bireylere nitelikli, eşit tıbbi bakım ve tedaviye ulaşabilme olanaklarının sağlanması anlamına da gelmektedir ⁵³⁷.

Biyotıp Sözleşmesi'nin Sağlık Hizmetlerine Erişimde Adalet başlıklı 3. maddesi "Taraflar, sağlık gereksinimleri ve mevcut kaynakları dikkate alarak, kendi yasal yetkileri dahilinde, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun tedbirleri alacaklardır" hükmü ile de akid taraflara bu yönde bir yükümlülük getirilerek hastaların söz konusu hakkı güvence altına alınmıştır.

şekilde, hekimin sır saklama yükümlülüğünün karşılığı kabul edilebilecek hastanın bilgilerinin gizli tutulması hakkı, hekimin tıbbi müdahalesi üzerinde sınırlayıcı ya da belirleyici hiçbir etkide bulunmamaktadır. Tıbbi müdahalede bulunsun, bulunmasın ya da yarım bıraksın, her koşulda hekimin hastanın bu hakkını göz önünde tutması gerekmektedir. Ya da örneğin hastanın refakatçi bulundurma, ziyaretçi kabul etme, dini vecibelerini yerine getirme haklarının planlanan müdahalenin gerçekleştirilmesi, sınırlandırılması ya da müdahaleden kaçınılması bağlamında herhangi bir etkisi olmayacağı açıktır. Olsa olsa bu hakların kullanımı esnasında hastanın abartılı ve iyiniyet sınırlarını aşan davranışları hasta hekim arasındaki güven ilişkisinin sarsılmasına yol açıcı ya da diğer hastalarının haklarını ihlal edici nitelikte görülebilir ki, buna da yeri geldiğinde kısaca değinilmesi yeterli görülmektedir; Hasta hakları hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. BÜKEN, Nükhet Örnek, Etik ve Hukuk Açısından , Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2008, s: 33-42.

⁵³⁵ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf, Erişim T: 08.01.2018.

⁵³⁶ SÜTLAŞ, s: 70.

⁵³⁷ BOZKURT, Enver, İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 14.

Hastanın adalet ve hakkaniyete uygun olarak sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı HHY m.6'da “ *Hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamının teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir. Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir.*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. HHY m.5/3 ve HMEK m. 7 düzenlemelerinin ⁵³⁸ de bu bağlamda göz önünde tutulması gerekmektedir.

Hastalar sağlık hizmetinden yararlanırken, hizmeti sunan personelin, tıbbi cihazların ve uygun şekilde kullanımlarının, tıbbi malzemelerin vb. her zaman için yeterli olması mümkün olmayabileceğinden, bir başka deyişle sağlık hizmetlerine olan gereksinim sonsuz, buna mukabil kaynaklar her zaman sınırlı ve kısıtlı olduğundan ⁵³⁹, adalet ilkesi gereğince, bu sınırlı kaynakların da talep eden hastalar arasında eşit olarak paylaşılması gerekliliğine de işaret edilmektedir ⁵⁴⁰.

Her ne kadar HHY'de ayrı haklar şeklinde ele alınmış olmakla beraber, adalet ve hakkaniyete uygun olarak sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı ile görece yakın olduğunu düşündüğümüz öncelik sırasının belirlenmesini isteme ve hizmetin sağlık kurum ve kuruluşu dışında verilmesini isteme haklarına da yeri gelmişken değinmekte sakınca görmemekteyiz. Hastanın öncelik sırasının belirlenmesini isteme hakkı HHY m. 10'da düzenlenmiştir ⁵⁴¹. Buna göre sağlık kuruluşunun hizmet verme imkanlarının yetersiz veya sınırlı olması sebebiyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, hastanın, öncelik hakkının tıbbi kriterlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini istemek hakkı vardır. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme

⁵³⁸ HHY m.5/3: “Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate alınmaz. Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir.”; HMEK m.7: “Hekim görevlerini her durumda hastaları arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.”

⁵³⁹ BOZKURT, s: 14. Sağlık hizmetlerine ilişkin kaynakların kısıtlılığına yönelik bazı değerlendirmeler için bkz. YASİN, s: 114 vd.

⁵⁴⁰ SÜTLAŞ, s: 49.

⁵⁴¹ HHY m. 10- Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme Hakkı: “Sağlık kuruluşunun hizmet verme imkanlarının yetersiz veya sınırlı olması sebebiyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, hastanın, öncelik hakkının tıbbi kriterlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini istemek hakkı vardır.Acil ve adli vakalar ile yaşlılar ve özürllüler hakkında öncelik sırasının belirlenmesinde ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.”

Yönetmeliği⁵⁴² m.11⁵⁴³ düzenlemesinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Acil hastalardaki triaj⁵⁴⁴ uygulamaları da bir anlamda öncelik sırasının belirlenmesidir, ancak haliyle burada hastanın buna yönelik bir istemde bulunabilmesi söz konusu olamayacak, tüm süreç tıbbi standartlar doğrultusunda yürütülecektir.

Hizmetin sağlık kurum ve kuruluşu dışında verilmesini isteme hakkı da sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı kapsamında ele alınabilir. HHY m.41⁵⁴⁵ uyarınca hastalar koruyucu sağlık hizmetlerinin verilmesinde, tıbbi sebeplerden dolayı sağlık kuruluşuna bizzat gidilemeyen veya götürülemeyen hallerde ve tabii afetler gibi olağanüstü hallerde hizmetin sağlık kuruluşu dışında verilmesini talep edebilirler. Alman hukukunda da hastanın tıbbi durumu gerektirdiği takdirde hekimin ev ziyaretinde bulunabileceği kabul edilmektedir⁵⁴⁶. Ancak bu hakkın kullanılmasını gerektirir tıbben haklı bir durumun varlığı da yine hekimler tarafından belirlenecek, böyle bir gerekliliğin ortaya konmadığı hallerde müdahalenin sağlık kuruluşunda ya da hekimin olağan koşullarda hizmet sunduğu yerde gerçekleştirilmesi uygun olacaktır. Acil durumlarda olay yerine intikal eden acil yardım ekiplerinin sahada ve

⁵⁴² Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi : 10.9.1982, No: 8/5319, Resmi Gazete T : 13.1.1983, Sayı: 17927 Mük.

⁵⁴³ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m.11: *“Polikliniklere başvuran hastalara sıra numarası verilir. Muayene buna göre yapılır. Ağır, acil, yaşlı hastalarla sakatlar ve adli vakalar için sıra gözetilmez. Adli vakalara, poliklinikte ve diğer gerekli işlemlerin tamamlanmasında, geçici ve kesin raporların düzenlenmesinde öncelik tanınır. Tüberkülozlu hastaların (acil vakalar hariç) verem savaşı dispanserlerinden sevk edilmiş olmaları icap eder. Ayrıca yataklı tedavi kurumlarına, sağlık ocaklarından, koruyucu sağlık hizmeti yapan kuruluşlardan (verem savaşı, ana çocuk sağlığı, trahom dispanserleri gibi) sevk edilen hastalarla, daha küçük bir tedavi kurumu, müdavi tabib veya müessese tabibi tarafından tıbbi bir zorunluluk icabı gönderilen hastalara polikliniklerde öncelik verilir. Bunlardan ve tüberkülozlu hastalardan yatırılmayanlara yapılan işlemlerle, tavsiye edilen tedaviler, ait oldukları ocak, dispanser veya ilgili kuruluşlara bildirilir.”*

⁵⁴⁴ Triyaj, afet ya da çok sayıda hasta ve yaralının olduğu kitlesel etkilenme durumlarında, hasta/ yaralıların yaralanmalarının ciddiyetine göre sınıflanması, müdahale ve transport önceliğinin belirlenmesidir. Triyajda hasta / yaralılar yeşil, sarı, kırmızı ve siyah renklerle kodlanırlar ve müdahale öncelikleri buna göre belirlenir. İlave bilgi ve açıklamalar için bkz. GÜRLER, Meryem, Afetlerde Acil Yardım ve Triyaj, Ambulans ve Acil Bakım Teknikerleri (Paramedik) için Temel Konular ve Tedavi Yaklaşımları, EMA Tıp Kitabevi, İstanbul 2016, s: 329, 333, 334; Ayrıca bkz. DEMİRHAN, Nurhan, Türkiye’de 112, İlk ve Acil Yardım Hizmetleri ve Afetlerdeki Rolü, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2003, s: 66-69; ERTEKİN, Cemalettin, Travmaya Genel Yaklaşım, Dahili – Cerrahi – Adli Aciller El Kitabı, (Ed. SEVER, Mehmet Şükrü / YAZICI, Halil), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2018, s: 374, 375, 376.

⁵⁴⁵ HHY m.41- Hizmetin Sağlık Kurum ve Kuruluşu Dışında Verilmesi: *“Hastalar, aşağıdaki hallerde sağlık hizmetlerinden buldukları yerlerde de faydalanabilirler:a) Koruyucu sağlık hizmetlerinin verilmesinde,b) Tıbbi sebeplerden dolayı sağlık kuruluşuna bizzat gidilemeyen veya götürülemeyen hallerde, c) Tabii afetler gibi olağanüstü hallerde. Hizmetin sağlık kuruluşu dışında verilmesi ile ilgili usul ve esaslar, Bakanlık tarafından ayrıca düzenlenir.”*

⁵⁴⁶ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 44.

transport sırasında yaptıkları müdahalelerin de, hastanın bu yönde bir talebi aranmaksızın sağlık kurum ve kuruluşu dışında gerçekleştirilen müdahaleler olduğu hususunda kuşku yoktur.

b. Tıbbi Gereklere Uygun Tanı, Tedavi ve Bakım Hakkı

Hastanın tıbbi gereklere uygun tanı, tedavi ve bakım hakkı HHY 11. maddesinde düzenlenmiş olup ⁵⁴⁷, tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı, tıbbi özen gösterilmesi gibi hususların da hastanın bu hakkının kapsamı içinde ele alınması mümkündür. Hastaya tanınmış olan söz konusu hak, aynı zamanda, müdahalenin tıp biliminin ilke ve kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanan hukuka uygunluk nedeninin hasta hakları alanındaki yansıması olarak da kabul edilebilir. Bu hususlar tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bahsinde ele alınacaktır.

c. Rızası Olmaksızın Tıbbi Müdahaleye Tabi Tutulmama Hakkı

Hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinin ön koşulu hastanın müdahaleye rızasının bulunmasıdır ⁵⁴⁸. Rıza hem kişinin kendi vücudu üzerinde tasarruf hakkını ortaya koymakta hem de kendisi hakkındaki kararları verme ve kendi geleceğini belirleme hakkını güvence altına almaktadır ⁵⁴⁹. Hastanın rızası

⁵⁴⁷ HHY m.11: Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım: “Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldattıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.”

⁵⁴⁸ FLUME, § 13-11, s: 218; LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rectfertigung ärztlichen Handelns, s: 56, kn: 1, s: 57, kn: 2; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 264, kn: 402, s: 269, kn: 413; DEUTSCH, Erwin, Deutsche Sonderwege für Arzthaftung, NJW 2012, 2009, beck-online, s: 2011; GÖKCAN, s: 46, 48; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 23; UHLENBRUCK, L/U, s: 405, kn: 12, s: 418, kn:2; JANDA, s: 132; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 67; BROX / WALKER, Besonderes, s: 333, kn: 13; OEHLER, s: 18, 22; DURAL/ ÖĞÜZ, s: 106, kn: 532; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 118; YILMAZ, Battal, Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s: 167; ÇAKMUT, Hekimler Tarafından Tutuklu, s: 236; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 328; NAMAL, Arın, Pro ve Contra Argmanlarla Etik Açından Ötanazi, Kadir Has Üniversitesi, III.Uluslararası Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s: 12; HAVUTÇU, s: 403; KARA KILIÇARSLAN, s: 28; ÇAVDAR, s: 739; Ayrıca bkz. tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bahsinde rızaya ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar ve oradaki dipnotlar.

⁵⁴⁹ GÖKCAN, s: 48; YILMAZ, Battal, Aydınlatılmış Rıza, s: 171; Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ise, kendi kararını verebilecek durumda olan hastaların, yaşamlarına ilişkin seçimlerini özgür iradeleriyle ve her türlü etkiden uzak biçimde yapabilmelerine imkan vermek üzere hukuka düzeni tarafından kabul edilen bir hak olarak tanımlanmaktadır. TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, III.Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s: 45; AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, Hukuki Kurum Rızanın Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması, Yeditepe Üniversitesi

olmaksızın tıbbi müdahaleye tabi tutulmama hakkı uluslararası ve ulusal pek çok düzenlemede ile de güvence altına alınmıştır. HHY m. 22 de, kimsenin, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamayacağını öngörmektedir.

Bu hak, esasen tıbbi müdahaleler açısından en önemli hukuka uygunluk nedeni, müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesinin ön koşulu olarak kabul edilen rızanın hasta hakları alanındaki yansımasıdır. Hastanın rıza göstermemesi durumunda herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulamayacağı gibi, bu hakkın ihlali, müdahale tıbben kusursuz şekilde ve hastanın yararına gerçekleştirilmiş olsa dahi hukuki ve cezai sorumluluğa yol açabilecektir⁵⁵⁰. Hastanın rızası, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bahsinde detaylı şekilde ele alınmış olduğu için bu bölümde daha fazla üzerinde durulmamıştır.

d. Bilgilenme Hakkı

Hekim hasta arası ilişkide, hastanın kendi durumu hakkında bilgi sahibi olması temel haklarından birisidir. Hasta gereksindiği bilgiye sahip olunca, uygulanacak işlemlerle ilgili bir değerlendirme yapacak, müdahalenin en uygun ve doğru şekilde gerçekleşmesi ve en verimli sonucun alınabilmesine yönelik hekimle işbirliğinde bulunacak, bu sürecin sonunda da sağlığı açısından somut bir yarar elde edecektir⁵⁵¹.

Bilgilendirme HHY m.4/ğ’de “*yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesi*” olarak tanımlanmış ve bilgi alma hakkı HHY 15. ve ilerleyen maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından, nerede, ne şekilde, nasıl, ne kadar sürede yapılacağı, tanı ve tedavi alternatifleri ile bunların muhtemel etkileri, fayda ve riskleri, olası komplikasyonlar, reddetme durumunda ortaya çıkacak olası fayda ve riskler, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı açısından önem

Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt: VI, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 137.

⁵⁵⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 269, kn: 413; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, s: 160, ÖZSUNAY, s: 32; OEHLER, s: 17; AYGÖRMEZ, s: 135; Benzer görüş olarak MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155.

⁵⁵¹ SÜTLAŞ, s: 77.

taşıyan öneriler ve tıbbi yardıma nasıl ulaşılacağına yolları gibi hususlar bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında ele alınmaktadır. Ayrıca tıbbi kayıtların incelenmesi, düzeltilmesi, bilgi vermenin usulü, bilgilendirmenin caiz olmadığı haller ve bilgilendirmenin yasaklanması gibi hususların da düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Böylece hastanın hem sağlık hizmetine nasıl ulaşacağı ve hizmetten ne şekilde yararlanabileceği hususunda, hem de kendisine uygulanacak müdahaleler ve bunların etkileri hakkında bilgilendirilmesi (aydınlatılması) gerekmektedir. İlgili yasal düzenlemelerin getirdiği bir yükümlülük olmanın ötesinde hekimin sözleşme kapsamında hastaya hesap verme borcunun da bir gereği olan bilgilendirme ya da aydınlatma, tıbbi müdahaleler bağlamında en önemli hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen hastanın rızasının geçerli olması için de bir koşul olarak aranmaktadır. Hastanın durumu hakkında anlayacağı şekilde bilgi sahibi olmaksızın kendi sağlığı ile ilgili doğru kararlar verebilmesi ve tıbbi müdahale sürecinde hekim ile işbirliği yapması mümkün olamayacağı gibi, müdahalelere göstermiş olduğu rıza da geçerli kabul edilemeyecektir ⁵⁵². Hastanın bilgilendirilmesi (aydınlatılması), geçerli bir rızanın koşulu olarak hukuka uygunluk nedenleri bahsinde ele alınmış olduğu için bu bölümde daha fazla üzerinde durulmamıştır.

e. Sağlık Kuruluşunu, Hekimi ve Personeli Seçme ve Değiştirme Hakkı

Hastanın sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkı yönetmeliğin 8. maddesinde, sağlık personelinin tanıma seçme ve değiştirme hakkı da 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hasta tabii olduğu mevzuatın öngördüğü usul ve şartlara uyulmak kaydı ile, sağlık kurum ve kuruluşunu seçme, seçtiği sağlık kuruluşunda verilen sağlık hizmetinden faydalanma, mevzuat ile belirlenmiş sevk sistemine uygun olmak şartı ile sağlık kuruluşunu değiştirme hakkına sahiptir. Ancak, bunun için, sağlık kuruluşunu değiştirmenin yaşamsal tehlikeye yol açıp açmayacağı ve hastanın durumunun bu nedenle kötüleşip kötüleşmeyeceği hususunda hekim

⁵⁵² DURAL / ÖĞÜZ, s: 108, kn: 540, 541; GEHRLEIN, s: 88, kn: 8; ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 55 I 1s: 543; ÇİLİNGİROĞLU, s: 57, 59; REİSOĞLU, Seza, s:5; SAVAŞ, Halide, Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, Nisan 2012, s: 269; ARSLANTAŞ, Ali; Tıbbi Dokümantasyonun Hukuksal Yönü, Tıbbi Dokümantasyon, TC Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2495, Açık Öğretim Fakültesi Yayını No:1466, s: 42; GÖKCAN, s: 159; KARA KILIÇARSLAN, s: 30; SAVAŞ, Tıbbi Malpraktis, s: 269. DEUTSCH, Deutsche Sonderwege, s: 2012; Hastanın bilgilendirme ya da benzer ifadeyle aydınlanma hakkı birçok uluslararası bildirmede de yer almaktadır. Bkz. ERSOY, s: 4. Ayrıca bkz. geçerli rızanın koşullarına ilişkin olarak yapmış olduğumuz açıklamalar ve oradaki dipnotlar.

tarafından aydınlatılması ve yaşamsal tehlike oluşturacağı yönünde bir sakınca görülmemesi gerekmektedir ⁵⁵³.

Benzer şekilde, hastanın, sağlık hizmeti veren hekim ve diğer personelin kimlikleri, görev ve unvanları hakkında bilgi sahibi olduktan sonra, mevzuat ile belirlenmiş usullere uygun olmak şartı ile bu personeli seçme, tedavisi ile ilgilenen hekimi değiştirme ve başka hekimlerin konsültasyonunu isteme hakkı bulunmaktadır (HHY m.9). TDN m. 5 uyarınca da, sağlık müesseselerinde tatbik olunan usul ve kaideler mahfuz olmak üzere, hasta; tabibini ve dış tabibini serbestçe seçer. HMEK m.22’de de hastanın, mevzuatın belirlediği kurallara, tıbbi uygulamanın özelliklerine ve kurumun koşullarına göre hekimini seçmekte özgür olduğu düzenlenmiştir. Lizbon, Amsterdam, Bali Bildirgelerinde ve Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsünde de hastanın hekimini ve diğer sağlık personelinini seçme hakkı düzenlenmiştir ⁵⁵⁴. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği’nin 8. maddesi değişik 1. fıkrasına göre, yataklı tedavi kurumlarında mevcut her klinisyen uzmanın poliklinik hizmeti vermesine yönelik düzenleme yapılarak hastaların hekim seçmesine imkan sağlanmaktadır.

Hastalar hekimleri bilgi birikimi, deneyimi, becerisi, ellerindeki tıbbi imkanlar ve sağlık hizmetini doğru şekilde vermesi nedeniyle seçmekte iseler de, bu hakkın mutlaka mesleğin zirvesinde, en yetkin ve en donanımlı hekime ulaşma şeklinde değil, hastanın insan olarak onur ve saygınlığına değer veren, güven duyduğu bir hekime ulaşması ⁵⁵⁵, ayrıca hastanın bağlı olduğu sağlık ve sosyal güvence sistemine de uygun olarak mevcut hekimler arasında bir tercihte bulunabilmesi şeklinde algılanması gerekmektedir ⁵⁵⁶. Hastaların bu seçim haklarını kullanırken illaki akılcı bir gerekçeye dayandırmaları aranmamaktadır ⁵⁵⁷.

⁵⁵³ Adli bir olaya karışmış kişilerin ise bu haktan yararlanamayacağı, zira adli muayenenin yapılacağı kurumların önceden belirlenmiş olduğu belirtilmektedir. HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 82.

⁵⁵⁴ Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 82, 83; COŞAR, s: 10-15.

⁵⁵⁵ SÜTLAŞ, s:72.

⁵⁵⁶ SCHOLZ, kn: 8.

⁵⁵⁷ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 41.

f. Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı

Hastanın tedaviyi ret hakkı, hasta haklarına ilişkin uluslararası bildirgelerde ve Biyotıp Sözleşmesi'nde yer almaktadır ⁵⁵⁸. Biyotıp Sözleşmesi m.5 uyarınca sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilecek, ilgili kişi, muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir. HHY 25. maddesine ⁵⁵⁹ göre de, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere, hastanın, kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahip olduğu öngörülmüştür.

Hekim hastanın bir müdahaleyi kabul ya da ret yönündeki kararlarını dikkate almak zorundadır. Hastanın rızası bulunmaksızın ona müdahalede bulunamayacağına göre, tıbben mantıksız görünse dahi onun ret yönündeki kararına uygun davranmalıdır ⁵⁶⁰. Hastanın bu hakkını kullanmasının hekimin müdahalesine önemli bir sınır oluşturduğu, tedaviyi reddeden veya durdurmak isteyen bir hastaya kanundan kaynaklanan zorunlu haller dışında müdahalede bulunulamayacağı açıktır. Bu husus çalışmamızın üçüncü bölümünde detaylı şekilde ele alınmış olduğundan tekrara kaçmamak amacıyla burada daha fazla açıklama yapılmamıştır.

g. Müracaat, Şikayet ve Dava Hakkı

Hastanın ve ilgili kişilerin, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikayet ve dava haklarının bulunduğu HHY m.42 ile hüküm altına alınmıştır. Ayrıca her ne kadar hukuki bağlayıcılığı olmasa da Hasta

⁵⁵⁸ GÖKCAN, s: 48; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 90; Örneğin Lizbon Bildirgesi m.3'e göre de hasta, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir. <http://www.hastahaklari.org/lizbon.htm>, Erişim T: 02.02.2016.

⁵⁵⁹ HHY m.25- Tedaviyi Reddetme ve Durdurma: *"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."*

⁵⁶⁰ JANDA, s: 132; LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 5; TAUPITZ, Jochen, Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten: Aktuelle Kontroversen im deutschen Recht- Hastanın Kendi Hakkında Karar Verme Hakkı: Alman Hukukunda Güncel Tartışmalar, Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, (Ed. DOĞAN, Hanzade/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / NAMAL, Arın), Cilt: I, Sayı: I, Ekim 2008, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2009, s: 45; REİSOĞLU, Seza, s: 6.

Haklarına İlişkin Avrupa Statüsünün 13 ve 14. maddelerinde ve Amsterdam Bildirgesinde de şikayet ve tazminat haklarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Hekimin, hastanın gerçekleştirilen tıbbi müdahale nedeniyle bir zarara uğraması durumunda hukuki, gerçekleştirilen eylem bir suç teşkil ettiği takdirde cezai, idarenin ajanı olması durumunda, koşulları elverdiğinde hekime rücu hakkı saklı olmak kaydıyla idarenin hukuki, yine hekimin kamuda ya da özel sektörde çalışmasına bağlı olarak idari ve mesleki sorumluluklarına gidilebilmektedir. Ancak herhangi bir tıbbi malpraktis durumu söz konusu olmasa dahi, hakları ihlale uğramış hastanın şikayet, başvurma ve dava açma imkanı bulunmaktadır. Koşulları oluştuğu takdirde hekimin yine yukarıda anılan sorumlulukları da gündeme gelebilecektir.

2-Hastanın Yükümlülükleri

Hekimle hasta arasındaki ilişkinin amacı, hastanın ya da daha kapsamlı bir söyleyişle sağlık hizmetine gereksinim duyan kişinin sağlığını korumak, geliştirmek, sağlığı bozulduğunda ise düzeltmek ve iyileştirmektir. Ancak hastanın ya da tıbbi bakıma ihtiyaç duyan kişinin işbirliği olmaksızın tek başına hekimin çabalarıyla bu amaca ulaşılması mümkün değildir. Hastanın da hekimle iş birliği yapması, sağlığını korumak ve iyileşmek için çaba sarf etmesi, sorumluluk alması ve yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir ⁵⁶¹.

Hastanın yükümlülükleri genel olarak, hekimle işbirliği yapma ve hekimin talimatlarına uyma yükümlülüğü, katlanma yükümlülüğü, bildirme yükümlülüğü ve ücret ödeme yükümlülüğü olarak ele alınmaktadır ⁵⁶². Yine hastanın yükümlülükleri,

⁵⁶¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 483; ÖZLÜ, Tefvik, TTD Etik Kurulu, Hasta Sorumlulukları, <http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/2152011144824-Hastasorumluluklari.pdf>,

⁵⁶² Pflichten von Arzt und Patient, <http://www.rechtspraxis.de/arzt/vetragspflicht.htm>, Erişim T: 12.03.2017; SÜTLAŞ, s: 150; Ücretin ödenmesi arada kurulmuş olduğu kabul edilen tıbbi müdahale sözleşmesinin gereği olarak da hastaya düşen bir borçtur. Janda, hastanın sözleşmesel yükümlülüklerini, yapılan tıbbi müdahaleler karşılığında ücret ödeme, işbirliğinde bulunma ve diğer yükümlülükleri olarak açıklamakta ve hastanın tüm sözleşmelerde de olması gerektiği gibi, sözleşmenin karşı tarafı durumundaki hekimin haklarına saygılı olması gerektiğini, ayrıca bulaşıcı bir hastalık varlığında ya da şüphesinde hekimi, hem hekimin kendisinin hem diğer sağlık çalışanlarının ve hastaların korunmasına yönelik önlemlerin alınmasını sağlamak üzere bilgilendirmesi gerektiğini, bilerek ya da ihmal suretiyle muayenehaneye veya müdahale gördüğü ortama zarar vermemesi gerektiğini, hekim ve yardımcı sağlık personeline karşı küstah ve kırıcı davranışlarda bulunmaması gerektiğini belirtmektedir. JANDA, s: 143, 146, 147; Uhlenbruck, hastanın yükümlülüklerini, işbirliği, katlanma, bildirme ya da açıklama, hekimin talimatlarına uyma ve ücret ödeme yükümlülüğü olarak açıklamaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. UHLENBRUCK, L/U, § 78-82, s. 546, 551, 556, 560, 561 vd; Deutsch ve Spickhoff tarafından da hastanın yükümlülükleri, benzer şekilde, ücret ödeme, tıbbi müdahale sürecinde hekimle işbirliği yapma, sağlığıyla ilgili bilgileri aktarma, bulaşıcı hastalık

genel yükümlülükler, sosyal güvenlikle ilgili yükümlülükler, hekim ve sağlık çalışanını bilgilendirme, hastane kurallarına uyma, tedavisi ile ilgili önerilere uyma, ücret ödeme, tedaviye katlanma ve rıza gösterme olarak da açıklamaktadır ⁵⁶³.

HHY 42. maddesinde, yükümlülük yerine hastanın uyması gereken kurallar başlığı altındaki düzenlemeye göre ise, hastadan, sağlık hizmeti alırken, başvurduğu sağlık kurum ve kuruluşunun kural ve uygulamalarına uygun davranması, katılımcı bir yaklaşımla tanı ve tedavi ekibinin bir parçası olduğu bilinciyle hareket etmesi, yakınmalarını, daha önce geçirdiği hastalıkları, gördüğü tedavileri ve tıbbi müdahaleleri, eğer varsa halen kullandığı ilaçları ve sağlığıyla ilgili bilgileri mümkün olduğunca eksiksiz ve doğru olarak vermesi, hekim tarafından belirlenen sürelerde kontrole gelmesi ve tedavisinin gidişatı hakkında geri bildirimlerde bulunması, randevu tarih ve saatine uyararak değişiklikleri ilgili yere bildirmesi, ilgili mevzuata göre öncelik tanınan hastalar ile diğer hastaların ve personelin haklarına saygı göstermesi, personele sözlü ve fiziki saldırıya yönelik davranışlarda bulunmaması, haklarının ihlal edildiğini düşündüğünde veya sorun yaşadığında hasta iletişim birimine başvurması beklenmektedir.

Sağlık meslek mensuplarına ve diğer hasta ve yakınlarına yönelik olumsuz ve zarar verici davranışlar, genel olarak düzeni bozacak nitelikteki davranışlar ve tedavi ücretinin ödenmemesi gibi durumlar ayrı kalmak üzere, hastanın yükümlülüklerinin ihlali tek başına onun sorumluluğuna yol açmaz. Ancak herhangi bir tıbbi uygulama hatası iddiasında, hastanın kendi yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması, tazminat talebinin reddine veya tazminatın indirilmesine neden olabilir. Zira BK m.52 uyarınca da zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında yahut artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilecek veya tamamen kaldıracaktır ⁵⁶⁴.

düşündüren belirtilerden söz etme vb. olarak ele almaktadırlar. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 106, 112; Bulaşıcı hastalık taşıyıcılığı hakkında bilgilendirme yükümlülüğü yazarlar tarafından özellikle vurgulanmaktadır. Bkz. age, s: 157.

⁵⁶³ AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 46-48.

⁵⁶⁴ TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 262; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 483. ".....zararın ve dolayısıyla tazminatın belirlenmesinde, mağdurun çalışma gücünden yoksun kalmasını azaltacak bir ameliyata ya da tedaviye rıza gösterip göstermemesi, özellikle göz önünde tutulması gerekli bir husustur. Ancak mağdurdan ameliyata rıza göstermesinin beklenebilmesi için a)ameliyatın tehlikeli olmaması, b) Ameliyatın çok ızdırap verici olmaması, c) Mağdurun ameliyat sonunda iyileşmesinin kuvvetle umulur, beklenir olması, d) özellikle de ameliyat giderlerinin sorumlu kişi tarafından önceden ödenmiş bulunması şarttır. Bu şartların tamamı gerçekleşmedikçe mağdurdan ameliyat olması asla

Nitekim *Deutsch* ve *Spickhoff* da hastanın hekimle iş birliği yapma, konsültasyonlara katılma, ilaçları kullanma, diyet yapma vb. gibi hususlarda hukuki bir yükümlülüğü olmadığını, esasen bunların yalnızca kendi yararına davranış teşkil ettiğini belirtmektedirler. Yazarlar hastanın yalnızca kendi yararına olan bu yükümlülükleri düşük dereceli yükümlülükler olarak da tarif etmektedirler. Bu yükümlülüklerin ihlali durumunda herhangi bir tazminat sorumluluğu gündeme gelmeyecek ve hekim de bunların yerine getirilmesine yönelik bir talepte bulunamayacaktır. Bununla birlikte hastanın bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi, hekimin müdahalesinde aksaklıklara, eksikliklere yol açtığı takdirde zarar görenin zararı azaltmaya yönelik yükümlülüğü kapsamında hastanın müterafik kusuru olarak ele alınabilecek ve hekimin kurulmuş sözleşmeyi sona erdirmesine de imkan verebilecektir ⁵⁶⁵. Buna mukabil hastanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle hekimin zarara

beklenemez.Eğer mağdur şartlar tahakkuk etmesine rağmen ameliyat ya da tedaviden kaçınırsa bu davranışı (tıpkı meslek değiştirmeyi haklı bir neden olmaksızın reddetmede olduğu gibi) birlikte bir kusur sayılır ve zararın artmasına neden olduğu cihetle zarardan indirim yapılır.Yoksa yerel mahkemenin kabul ettiği gibi maddi tazminat isteğinin tümü reddedilmez.Ameliyat ve tedavi ile iyileşmesinin muhtemel süresince çalışma iktidarından yoksunluğu dolayısıyla uğrayacağı zarar, ameliyat ve tedavi giderlerinin büyük bir olasılıkla baliğ olacağı miktar, ameliyat ve tedaviye rağmen çalışma gücünde husule gelmesi muhtemel noksanlık.... ” Yargıtay 4 HD, E. 1979 / 5480, K. 1979 / 8818, T. 18.09.1979, YKD 1979, sayı 11, s: 1573-1677, TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 803, 804, ayrıca Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

⁵⁶⁵ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 112, 113, s: 340, kn: 543. Ayrıca bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 62; Müterafik kusur hakkında genel bilgi ve açıklamalar için bkz. VIEWEG, Klaus, Schadenersatzrecht, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 399; LARENZ, Band I, § 31, s: 539 vd; benzer şekilde zarar görenin zararın ortaya çıkması ya da artmasında müterafik kusuru için MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 306 vd; İsviçre hukukundan açıklamalar için bkz. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, (1.Lieferung), § 14, s: 106 vd; Avusturya hukukundan açıklamalar için bkz. KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 307; Zarar görenin zarara razı olması, zarar görenin zararın doğumunda ve artmasında kusuru (ortak- müterafik kusur), sorumlunun durumunu ağırlaştırır ortak kusur vb. nedenler bağlamında tazminatta indirim ve ret sebepleri hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. KILIÇOĞLU, s: 536 vd; *Kılıçoğlu'nun*, her ne kadar sorumluluğu doğuran olay esasen tıbbi müdahale değil ancak bir yaralama eylemi ise de, zarar görenin zararı azaltmaya yönelik yükümlülüğüne yönelik olarak ve tıbbi müdahaleler ile de ilişkili örneği de şöyledir: “*Örneğin B'nin yaraladığı A hastaneye kaldırıldığı halde, tıbbi müdahaleyi reddetmiş, doktor önerilerine uymamış, yarası bu nedenle iyileşmemiş, gangren nedeniyle sonuçta bacağının kesilmesi zorunluluğu doğmuşsa, A bu yüzden doğan zararlarının tazminini B'den talep edebilir. Ancak A'nın davranışları ağır kusur ise, illiyet bağıni kestiğinden, B sorumlu olmayacak, ağır kusur oluşturmuyorsa, bu durum tazminattan indirim ya da tazminat isteminin reddi sebebi olarak göz önünde tutulacaktır.*” KILIÇOĞLU, s: 358; Bu örnek çalışma konumuz bağlamında da anlamlıdır. Yazarın hastanın müterafik kusuru bağlamında verdiği bir diğer örnekte ise, hasta kendine bağlanan serumları sökmüş, bu nedenle komaya girmiş ya da yarası enfeksiyon kapmış ise, tedavi kurumunun bu yüzden doğan zarardan sorumlu tutulmayacağı ifade edilmektedir. bkz. age. s: 814.

uğradığı hallerde hastanın tazminat yükümlülüğünün de gündeme gelebileceği belirtilmektedir⁵⁶⁶.

Hekimin hastaya müdahalede bulunmasının zorunlu olduğu acil durumlar, kamu hizmetinin ifası, kanunun verdiği yetkiyle gerçekleştirilen müdahaleler vb. ayırık haller bir yana, arada bir sözleşmesel ilişkisinin varlığı kabul edildiğine ve bu sözleşmesel ilişki taraflara edimlerini ifa etme yükümlülüğü getirdiğine göre, hastanın yükümlülüklerini yerine getirmemesi, hekimin (ya da sağlık kurumunun) sözleşmeyi feshetmesinin haklı sebebi olarak da ele alınabilecektir.

a. Hastalıkla İlgili Belirti ve Bulguları Bildirme Yükümlülüğü

Hastalığın ortaya çıkışı sırasındaki ve tedavi sürecindeki tüm belirti ve bulguların hekime eksiksiz olarak açıklanması, hastalığın tanı ve tedavisinin başarılı olmasında doğrudan etkilidir. Anamnez aşamasından başlayarak hasta, hekime şikayeti ile ilgili eksiksiz ve doğru bilgileri vermelidir⁵⁶⁷. Dolayısıyla hastanın işbirliği yükümlülüğü, şikayetlerin tanımlanması ve öykü alma aşamasında başlamakta, tedavi sürecinde de devam etmektedir.⁵⁶⁸ Hastanın doğru bilgi vermemesi veya bazı bilgileri saklaması sadece tanının yanlış konulmasına yol açmaz, tanı konulduktan sonraki takip ve tedavi aşamasında da sorun oluşturabilir⁵⁶⁹.

Öykü alınması, muayene ve diğer işlemler sırasında hekim tarafından hastaya sorulması gereken önceki hastalıklar, aşırı duyarlıklar, alerji, geçirilmiş ameliyatlara, kazalar, gebelikler ve özellik taşıyan diğer pek çok durumun hasta tarafından bilerek ya da ihmal suretiyle bildirilmediği hallerde hasta, taraf olduğu tıbbi müdahale sözleşmesini ihlal etmiş olacaktır. Özellikle diğer tarafın özel bir yararının bulunması durumunda, örneğin hekimin diğer hastaları bulaşıcı bir hastalıktan korumakla

⁵⁶⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 483.

⁵⁶⁷ GÖKCAN, s: 83; SÜTLAŞ, s: 117.

⁵⁶⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 484.

⁵⁶⁹ Örneğin hasta uygulanan ilaç tedavisinin kendisinde yarattığı etkiler hakkında hekime bilgi vererek, gerekli doz ayarlamalarının ya da ilaç değişikliklerinin yapılmasını sağlamalıdır. GÖKCAN, s: 83, 84; İlave açıklamalar için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 62. Hastanın eksik ve yanlış bilgi vermesi, hekimin tanı ve tedavi sürecinde gecikmesine, hataya düşmesine ve başarısız olmasına yol açabilir, bundan sonraki süreçte takip ve tedavinin uygun şekilde planlamasına engel teşkil edebilir. Hasta tarafından verilmeyen bilgiye ulaşma amacıyla gerek hastanın kendisinin gerek hekimin kaybettiği zamanın ve başka hastaların uğrayabileceği hak ihlallerinin sorumlusunun da yine hasta olacağı kabul edilmektedir. SÜTLAŞ, s: 117.

yükümlü olduğu hallerde, bu hastalığa ilişkin bulguların hasta tarafından saklanması, önemli bir yükümlülük ihlali olarak ele alınacaktır ⁵⁷⁰.

b. Muayeneye, Tanı ve Tedavi Yöntemine Katlanma Yükümlülüğü

Hastaya tanının konulabilmesi için öncelikle muayene yapılması gerekmektedir. Muayene esasen kişilik haklarını ihlal eden bir fiziksel davranış olarak ele alınmakta, ancak tıbben gerekli bir eylem olması ve hastanın da rıza göstermesi sonucu hukuka uygun hale gelmektedir. Hekimin hastalığa tanı koyabilmesi için, hastanın vücudunda yakınması ile ilgili bölge ve organları muayene etmesi gereklidir. Hastanın da, hekimin yüklendiği edimleri başarılı bir şekilde yerine getirebilmesi için muayeneye ve diğer müdahalelere katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır ⁵⁷¹.

Muayenenin yapılması için tıbben endikasyon mevcut ve hekim de muayeneyi hastanın haklarına saygılı ve özenli bir şekilde gerçekleştirdiği takdirde, hastanın muayeneye rıza göstermesi ve katlanması gereklidir. Bu durum sadece hasta üzerinde uygulanacak basit bir fizik muayeneyi değil, tanı konulması için gerekli olan laboratuvar tahlilleri, görüntüleme yöntemleri, endoskopik incelemeleri vb. de kapsamaktadır. Elbette ki hekimin başvurduğu özellikli bir muayene yöntemi öncesinde hastayı bu yöntemin neden gerekli olduğu, nasıl uygulanacağı, yapılmadığı takdirde tanı açısından ortaya çıkabilecek eksiklikler hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir. Buna rağmen hastanın muayeneye rıza göstermemesi, karşı çıkması durumunda ortaya çıkabilecek olumsuzluklardan artık hekim sorumlu tutulmamalıdır ⁵⁷².

⁵⁷⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 488, 489; Hekimin hastayı aydınlatma yükümüne karşılık, hastanın da hekimin sorularını doğru cevaplandırma, kendisi ve hastalığı ile ilgili bilgileri hekime açıklama yükümü olduğu, bu yükümün hasta tarafından yerine getirilmemesi durumunda, hekimin sorumluluğunun hafifleyebileceği ya da tamamen kalkabileceği belirtilmektedir. DURAL, Aydınlatma, s: 254.

⁵⁷¹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 340, kn: 543, 544

⁵⁷² GÖKCAN, s: 84. Bu bağlamda, Saymen ve Elbir'in verdiği bir örnekte, zarar gören kişinin birtakım koruyucu önlem ve tıbbi müdahalelere rıza göstermemesi nedeniyle enfeksiyon yayılmakta ve nihayetinde ölüme yol açmaktadır. Her ne kadar başlangıçta eylem bir tıbbi müdahale olmasa da, devamında bazı tıbbi müdahalelere rıza gösterilmemiş ve bu nedenle de zarar görenin zarara artmasına katkısı bulunduğu, bu nedenle failin zararın tamamından sorumlu tutulmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu örnekten yola çıkarak, hastanın gerekli tıbbi müdahalelere rıza göstermemesinin müterafik kusur olarak ele alınması gerektiği sonucuna da ulaşılması mümkündür. Örnek şu şekildedir: “ Bir arkadaş diğerinin parmağına şaka olsun diye bir iğne batırır ve derhal cebinden kolonya şişesini çıkarıp üzerine dökmek istese ve arkadaş reddetse, parmağı cerahat toplasa ve bunu yardırmaktan imtina eylese, parmağı kangren olsa ve kestirmekten çekinse, nihayet iş büyüyerek kangren, koluna ve vücuduna sirayet ederek septisemiden ölse, burada mağdur zararın çoğalmasına

Hastanın katlanma yükümlülüğü sadece tanıya değil, tedaviye yönelik uygulamalar bakımından da söz konusudur. Hastanın örneğin önerilen ilaç tedavisine, ameliyata ya da başka bir tedavi yöntemine katlanması gerekmektedir. Ancak bu katlanma yükümlülüğü mutlak olmayıp, alternatif yöntemler hakkında hekim tarafından bilgilendirildikten sonra, hastanın kendince en uygun olan yöntem üzerinde karar verme hakkı vardır. Hasta istemediği bir tanı ve tedavi yöntemine katlanma zorunda değildir⁵⁷³. Hekim herhangi bir zorlamada bulunamaz, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına ve tercihinine saygı duymalı ve tedaviye hastanın istekleri doğrultusunda devam etmelidir. Ancak hasta somut olayda tıbben uygulanması gerekli olan yöntemlerden hiç birine rıza göstermiyorsa hekimin de tedaviden vazgeçmesi haklı görülmektedir⁵⁷⁴. Hastanın rıza aranmaksızın gerçekleştirilebilecek müdahalelere ise haliyle katlanması gerekecektir⁵⁷⁵.

Yine, hekime karşı malpraktis iddiasıyla açılan davalarda hastanın bilirkişi tarafından muayeneye katlanması da bir yükümlülük olarak görülmektedir. Hasta bu muayeneyi reddettiği takdirde, bu davranış ispat açısından hastanın aleyhine değerlendirilebilecektir. Ayrıca zarar görenin yani hastanın zararı azaltma yükümlülüğü de söz konusu olduğundan, bir tıbbi uygulama hatasının giderilmesi için göreceli basit, ağrısız, tehlikesiz, iyileştirici potansiyeli yüksek bir müdahaleye katlanma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hastanın zararın artmasından hekimi sorumlu tutamayacağı da belirtilmektedir⁵⁷⁶.

Nitekim Schwartz'a göre de, "*cismani zarar hadisesinde tabibin celbi ihmali veya zaruret kesbeden bir ameliyatı yaptırmaktan imtina edilirse, bu manada*

ihmali ile yardım etmiştir. Bu itibarla faili zararın tamamından mesul tutmak adalete uygun değildir." SAYMEN / ELBİR, Cilt II, s: 504.

⁵⁷³ Yargıtay'ın az önce de anılan kararına göre ".....zararın ve dolayısıyla tazminatın belirlenmesinde, mağdurun çalışma gücünden yoksun kalmasını azaltacak bir ameliyata ya da tedaviye rıza gösterip göstermemesi yönü, özellikle göz önünde tutulması gerekli bir husustur. Ancak mağdurdan ameliyata rıza göstermesinin beklenebilmesi için a) ameliyatın tehlikeli olmaması, b) Ameliyatın çok ızdırap verici olmaması, c) Mağdurun ameliyat sonunda iyileşmesinin kuvvetle umulur, beklenir olması, d) özellikle de ameliyat giderlerinin sorumlu kişi tarafından önceden ödenmiş bulunması şarttır. Bu şartların tamamı gerçekleşmedikçe mağdurdan ameliyat olması asla beklenemez." Yargıtay 4 HD, E. 1979 / 5480, K. 1979 / 8818, T. 18.09.1979, YKD 1979, sayı 11, s: 1573-1677, TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 803, 804.

⁵⁷⁴ GÖKCAN, s: 85; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 487.

⁵⁷⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 487, 488; benzer açıklamalar DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 116, 117, kn: 161,

⁵⁷⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 488. Hastanın işbirliğinde bulunmaması nedeniyle tıbbi müdahalenin başarıya ulaşmaması durumunda hekim sorumlu tutulamayacaktır. Ancak hekimden hastayı işbirliğinde bulunmamanın sakıncaları konusunda aydınlatmış olması da beklenmektedir. bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 105.

müterafik kusur vardır.”. Yazar, bununla beraber, “ bu bakımdan bir kimsenin kendi işlerinde sarfedeceği ihtimamın hududu vardır: mesela bir kimse kafasına bir mermi yedikten sonra, hayatının kurtarılması için zaruri olduğu halde, iki gözünün ameliyatla çıkarılmasına muvafakattan imtina ederse, kendisinin müterafik kusurundan bahsedilemez” diyerek, hastanın kendi yararına olan müdahaleye rıza göstermesi yönündeki kabulün de bir sınırı olduğuna da dikkat çekmektedir ⁵⁷⁷. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop da Yargıtay’ın benzer yönde verilmiş bir kararından söz etmektedirler ⁵⁷⁸.

c. Hekimin Tavsiyelerine Uyma Yükümlülüğü

Hekim hastaya tanı ve tedavi sürecinde hatta tedavi sonrasında bazı tavsiyelerde bulunabilir. İlaçların önerildiği şekilde kullanılması, diyet veya spor yapılması, bazı alışkanlıkların bırakılması, belirlenen zamanlarda kontrole gelmesi gibi pek çok örneğin verilmesi mümkündür. Bazı durumlarda bu tavsiyelere uyulması tanı ve tedavi sürecinin başarılı olması bakımından da büyük önem taşıyabilir. Örneğin hastanın bazı tahlillerini aç olarak yaptırması sonucun doğru çıkması bakımından önemlidir. İlaçlarını belirlenen zamanda ya da şekilde kullanmaz ise, tedaviden fayda görmeyeceği gibi tam tersine olumsuz etkilerle de karşılaşabilir. Hekimin bu konuda hastayı aydınlatması ve bu tavsiyelere uymamış olmanın getireceği sakıncaları, olumsuzlukları açıklaması gerekir. Buna rağmen hasta, tavsiyelere uymadığı takdirde üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemiş olacaktır. İş birliği yükümlülüğü, hastanın kendisinin de tedavinin başarısı için gayret sarfetmesi şeklinde ele alınabileceğinden, tavsiyelere uymaması nedeniyle

⁵⁷⁷ SCHWARTZ, s: 144. Hastanın zararı azaltma yükümlülüğü bağlamında hekimin tavsiyelerine uyması gerektiği, ancak, bir ameliyata, şifa ya da büyük ölçüde iyileşme imkanı verecek ve buna karşılık göreceli tehlikesiz olması durumunda katlanmasının bekleneceği yönünde benzer görüş için bkz. LARENZ, Band I, § 31, s. 544 ve MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 307.

⁵⁷⁸ “ Mahkemece toplanan deliller ve alınan bilirkişi kararlarına göre ve talep de gözetilerek davacının kendisine teklif edilen ameliyatı kabul etmesi halinde çalışma gücünde bir eksiklik meydana gelmeyeceğine, ancak söz konusu olay sonucu geçirdiği psikolojik bunalım nedeniyle bu ameliyattan kaçınmasının mazur görülebileceğinden BK.’nın 44/1. maddesi uyarınca, zararın %50 nisbetinde tenkisi icabettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü yolunda karar verilmiştir.Her ameliyatta ve olayda olduğu gibi bacak kemiği kırıklarına ilişkin bir ameliyatta her zaman belli bir oranda ölüm tehlikesi mevcuttur. Hiçbir hukuk düzeni, tazminat miktarını azaltmak amacıyla da olsa, mağduru ameliyat olmaya ve kendisini ölüm tehlikesine atmaya zorlayamaz. Bu durumda davacının ameliyat olmaması nedeniyle kendisinin zararı arttırıcı bir davranışa bulunduğu kabulü ile indirim yapılması hukuk ve yasaya aykırı olmakla tam tazminata hükmedilmek üzere hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.” YKD 1981, sayı 4, s: 460- 462- İBD. 1981, s: 235-237, TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 804, dn.11c. Genel olarak zarar görenin muvafakatı ve kusurunun tazminat üzerindeki etkileri için ayrıca bkz. age. s: 801 vd.

tıbbi müdahale başarısızlığa uğradığında, BK m.52 uyarınca hastanın meydana gelen zararda müterafik kusuru olacağı kabul edilmekte, ayrıca bu durumda hekimin ücretini talep hakkının devam ettiğinden söz edilmektedir. Hekimin tavsiyelerine uyulduğunu ispat yükümlülüğünün hastada olduğu da ayrıca belirtilmektedir ⁵⁷⁹.

Hastanın bu tavsiyelere içinde bulunduğu koşullar yüzünden uyamamış olması ya da tanımlanabilir veya tanımlanamayan çeşitli unsurların buna yol açmış olması mümkündür. Hekimden öncelikle anlayışlı olması ve hastayı ve tedaviye devam etmeyi tümüyle reddetmemesi beklenmektedir ⁵⁸⁰. Ancak hekimin, hastayı tıbbi tavsiyelere uymanın önemi konusunda aydınlatma ve karşılaşılabilecek olumsuzluklar açısından uyarmanın ötesinde ⁵⁸¹, onu zorlaması gibi bir durum söz konusu olamayacağına göre, makul bir neden olmaksızın tavsiyelere uyulmaması yüzünden ortaya çıkacak olumsuzluklarda hekimin sorumlu tutulamayacağını, ayrıca hekimin, tavsiyelerini yerine getirmediği için, onun tarafından uygulanan tedavinin başarısız olmasına yol açan hastayı daha fazla takip etme borcu altında olmadığını ve onun takibinden kaçınabileceğini düşünmekteyiz.

d. Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Sağlık hizmetinden, özellikle de özel sağlık hizmetinden yararlanmak isteyen hastaların en başta gelen yükümlülüklerinden biri de tanı ve tedavi ücretinin ödenmesidir. Hekim ve hastaneler (ister kamu ister özel hastane olsun) mevzuatta gösterilmiş ayırık durumlar haricinde hastanın bakım ve tedavisi karşılığında ücret alma hakkına sahiptirler. Bu ücretin hasta ile hekim ya da sağlık kurum veya kuruluşu arasında kararlaştırıldığı şekilde ödenmesi gerekmektedir. Sosyal güvencesi olan hastalar gerektiğinde, ücretlerinin ilgili sosyal güvenlik kurumu tarafından ödeneceğini belgelendirebilmelidirler ⁵⁸².

⁵⁷⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 484, 486; GÖKCAN, s: 85. Benzeri yaklaşım Alman hukukunda da geçerli olup, az önce de belirtilmiş olduğu gibi, hastanın önceden aydınlatılmış olduğu halde işbirliğinde bulunmaması yüzünden tedavi başarıya ulaşamazsa hekimin sorumlu tutulmayacağı ifade edilmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 105.

⁵⁸⁰ SCHOLZ, kn: 7.

⁵⁸¹ Hastanın tedaviyi uygun şekilde sürdürmemesi durumunda hekimin ispat açısından dikkat etmesi gereken hususlar için bkz. GREINER, Hans Peter, Haftungsbegründete Kausalität, Medizinrecht 3. Auflage, SPICKHOFF, Andreas (hrsg), Beck'sche Kurz- Kommentare, CH Beck Verlag, München 2018, kn: 143 vd.

⁵⁸² GÖKCAN, s: 85; AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 47; Ücret ödeme borcunun Türk Tabipleri Birliği'nin hekimler için hazırlanmış olan ücret yönetmeliği ve tabip odalarının belirlediği asgari ücret tarifesine göre belirlendiği, asgari ücret tarifesinin taban sınırı belirlediği, bu ücretin altında hasta muayenesinin yasaklanmış olduğu, hekimin ücret alacağı için

Tababet Kanunu m. 71 lafzında hastanın ücret ödeme yükümlülüğü açıkça yer almamakla beraber, hekim ve diğer sağlık meslek mensuplarının ücret alacaklarından kaynaklanan davalarda yetkili mahkeme ve hak düşürücü süre düzenlenmiştir. 74. maddede ise uyuşmazlık durumlarında mahkemelerin dikkate alacağı ücret tarifelerinden söz edilmektedir. TDN 21. maddesi hekimin ekibinde yer alan yardımcı sağlık meslek mensuplarına ödenecek ücretten söz etmektedir. TDN m.33'e göre de, her çeşit cerrahi müdahale, doğum, fizyoterapi, radyoterapi, diş tababeti tedavileri ve tabibin sıkı nezaretini gerektiren sürekli kürler için hastalardan maktu bir ücret istenebilir. Ancak hastanın doğruluk ve dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayan giderleri ödemek zorunda olmadığı da belirtilmektedir ⁵⁸³.

Ülkemizde vatandaşlara sağlık güvencesi bir kamu kurumu niteliğinde olan Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sunulmaktadır ⁵⁸⁴. Genel Sağlık Sigortası kapsamındaki hastalar kamu hastanelerinde yalnızca düşük bir katılım payı ödeyerek sağlık hizmeti almaktadırlar. Özel sağlık kurum ve kuruluşları ise, SGK tarafından aranan nitelikleri haiz oldukları takdirde, kurum ile Sosyal Güvenlik Kurumu Özel Sağlık Hizmeti Sunucularından Sağlık Hizmeti Satın Alım Sözleşmesi' ne taraf olarak sigorta güvencesindeki hastalara sağlık hizmeti sunmakta ve belirlenmiş sağlık ücretini kurumdan almaktadırlar ⁵⁸⁵. Her bir müdahale için SGK'nın karşılayacağı miktar Sağlık Uygulama Tebliğinde belirlenmiştir. Her tür sağlık

hastanın hekime her bireysel edime ilişkin onay vermesinin gerekmediği, hasta belli bir muayene için gelmiş olduğu takdirde, yapılması gerekenleri hekime bırakmış olduğunun kabul edildiği, hekim hastayı muayene etmemiş, sadece anamnez aldıktan sonra bilgilendirmiş olsa dahi, hekimin ücret hakkının danışma ücretine dönüşeceği belirtilmektedir. İPEKYÜZ, s: 152.

⁵⁸³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 490; Şayet önceden tedavi ücreti taraflar arasında kararlaştırılmamışsa, bu gibi durumlarda hastanın ücreti belirleme yetkisini hekime bıraktığı söylenebilir. Alacaklı hekim bu hakkını dürüstçe kullandıkça, borçlu hastanın istenen ücreti ödemesi gerekmektedir. Ayrıca hekimin kısmi ifayı kabul etmek zorunda olmadığı da belirtilmektedir. SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), Uygulama Çalışmaları, s: 400.

⁵⁸⁴ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun yürürlüğe girmesiyle ikametgahı Türkiye' de olan vatandaşlar genel sağlık sigortası kapsamına alınmıştır. GSS kapsamında hastalık yanı sıra yaşlılık, malüllük, iş kazası, meslek hastalığı ve analık güvenceleri de yer almaktadır. Genel sağlık sigortalısı ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmesi için, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması ve belli bir sürenin üzerinde prim borcunun bulunmaması yanı sıra belirlenmiş olan diğer şartlar aranmaktadır. 18 yaşını doldurmamış olan kişiler, tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler, trafik kazası halleri, acil haller, iş kazası ile meslek hastalığı halleri, bildiri zorunlu bulaşıcı hastalıklarda bu koşullar aranmamaktadır Bkz. http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/emekli/saglik_hakkindan_yararlanma, Erişim T: 28.12.2017.

⁵⁸⁵<http://ohsad.org/sgk-ozel-saglik-hizmeti-sunucularindan-saglik-hizmeti-satin-alim-sozlesmesi/>, Erişim T: 20.01.2018.

hizmeti, yapılan işlemler, malzemelerin fiyatları ve hangi şartlarda hastalara uygulanabileceği ile ilgili kurallar SUT'un ilgili listelerinde yer almaktadır. Oluşturulan hasta dosyaları hastane tarafından SGK'ya fatura edilmektedir⁵⁸⁶. Hastalar yalnızca çeşitli müdahaleler için belirlenmiş olan farklı miktarlardaki katılım paylarını ödemektedirler.

GSS kapsamında olmayan hastalar kamu hastanelerinden, çeşitli müdahaleler için yıllık olarak belirlenen ücretleri ödeyerek sağlık hizmeti almaktadırlar. Sosyal güvencesi olmayan bu hastalar acil olmayan olağan koşullarda muayene için özel sağlık kurum veya kuruluşlarına başvurduklarında ise tüm ödemeler sağlık kurum ya da kuruluşunca belirlenmiş müdahale ücretlerine uygun olarak hastaların kendilerince karşılanmaktadır. Serbest çalışan hekimlere başvuran hastaların da yapılan muayene ve diğer müdahaleler için ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁸⁷. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 56. maddesine göre de yataklı

⁵⁸⁶ Fatura işleminde SUT listesindeki kurallar uygulanmakta ve hastaneye bu SUT listesinde belirlenmiş fiyatlar çerçevesinde ödeme yapılmaktadır. SUT'ta, sağlık hizmeti sunucularına müracaat ve yükümlülükler, provizyon işlemleri, katılım payları, ilave ücretler, sağlık raporlarının düzenlenmesi, SGK hekim şifre işlemleri, tanı ve tedavilere ait detaylar, finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinin ödenmesine ilişkin kurallar, acil sağlık hizmetleri, bazı tetkik ve tedavi yöntemlerinin usul ve esasları, diş tedavileri, organ, doku ve kök hücre nakli tedavileri, finansmanı sağlanan kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri, yurt dışında tedavi, yol ve gündelik giderleri, refakatçi giderleri, cenaze nakil işlemleri, tıbbi malzeme temin esasları, tıbbi malzeme ödeme esasları, ilaçlar, reçete ve sağlık raporu yazım ilkeleri, bazı özel hastalıklara ve ilaç kullanımına ilişkin düzenlemeler, yurt dışından ilaç getirilmesi, ilaçlarda uygulanacak indirim oranları ve eşdeğer ilaç uygulaması, eczanelerden ilaç temini, kan ve kan bileşenlerinin temini ve bedelinin ödenmesi, faktör ve diğer kan ürünlerinin reçete edilmesi ve hemofili hastalarının bildirim zorunluluğu, faturalandırma ve ödeme, medula sistemi, sağlık kurum ve kuruluşları faturalarının düzenlenmesi, eczane faturalarının düzenlenmesi, optisyenlik müesseseleri faturalarının düzenlenmesi, ödeme işlemleri gibi hususlar yer almaktadır. Özel hastanelere ödenecek muayene katılım payı 2018 yılı için 15 TL olup, bunun üzerinde ödenecek muayene bedelleri ve diğer tıbbi müdahalelerin bedelleri hastane tarafından belirlenmektedir. [http://hastane.cbu.edu.tr/db_images/file/saglik-uygulama-teblig-i-\(sut\)-633TR.pdf](http://hastane.cbu.edu.tr/db_images/file/saglik-uygulama-teblig-i-(sut)-633TR.pdf), Erişim T: 23.04.2018.

⁵⁸⁷ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 54 – 57. madde düzenlemelerinin de (" m.54: Yataklı tedavi kurumlarında ücretli ve ücretsiz olmak üzere iki şekilde hasta muayene ve tedavi edilir. m. 55: Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavileri ücretsiz olarak sağlanacaklar, 08/01/2002 tarihli ve 4736 sayılı Kanun gereği çıkarılacak Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen kimselerdir. M. 56: Yataklı tedavi kurumlarında, ayaktan ve yatarak muayene ve tedavi edileceklerden, Sağlık Bakanlığının onayladığı fiyat tarifesine göre yatak, yemek ve bakım ücretlerine ilaveten her türlü teşhis, tetkik, tahlil, tedavi için ücret alınır. m. 57: Ağır ve acil müdahaleyi gerektiren hastalar müracaatları halinde yataklı tedavi kurumlarına sosyal güvencesine bakılmaksızın derhal kabul edilir. Gereken her türlü tıbbi müdahaleler zamanında yapılır, işlemleri daha sonra tamamlanır") göz önünde tutulması gerekmektedir. Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ'in (RG T: 16.10.2009, S: 27378) "Acil Servislerde Hasta Kabul ve Yatış İşlemleri" başlıklı 14. maddesine göre de "kamu ve özel tüm sağlık tesisleri ve kuruluşları kendilerine başvuran veya ambulans ve sevkle getirilen tüm acil vakaları sağlık güvencesi ve ödeme gücü olup olmadığına bakmaksızın kabul etmek, 112 acil ambulansları tarafından getirilecek vakalar için KKM (Komuta Kontrol Merkezi) talimatlarına göre acil servislerini hazırlamak, ilk değerlendirme ve gerekli

tedavi kurumlarında, ayaktan ve yatarak muayene ve tedavi edileceklerden, Sağlık Bakanlığının onayladığı fiyat tarifesine göre yatak, yemek ve bakım ücretlerine ilaveten her türlü teşhis, tetkik, tahlil, tedavi için ücret alınacağı öngörülmüştür.

GSS ile kıyaslandığında çok daha az sayıda olmakla beraber özel sağlık sigortalı hastalar da mevcuttur. Bu hastalar, sözleşmelerini bireysel olarak yaptırmış olabilecekleri gibi, işverenler tarafından üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde de yapılmış olabilir. Bu sözleşmeler sıklıkla yıllık olarak yenilenmekte ve primler belirlenmektedir. Hasta, sigorta şirketiyle anlaşmalı bir sağlık kurum veya kuruluşuna başvurduğu takdirde, o aşamada ödeme yapmasına gerek kalmaksızın, sözleşmede yer alan teminatlar kapsamında sağlık hizmeti alabilmektedir. Sigorta şirketleriyle anlaşmalı olarak özel sağlık sigortalı hastalara hizmet sunan serbest hekimler de bulunmaktadır.

Alman hukukunda da tıbbi müdahale sözleşmesinde özel hastanın kararlaştırılmış olan ücreti ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁸⁸. Nitekim tıbbi müdahale (tedavi) sözleşmesinde tarafların yükümlülüklerini düzenleyen § 630 a'da da bu husus açıkça ortaya konmuştur⁵⁸⁹.

tıbbi müdahaleyi yapmak ve stabilizasyonu sağlamakla yükümlüdür." Hastane acil servislerine başvuran hastaların gerçek bir acil durum içinde bulunup bulunmadığının belirlenmesi de yine tıbbi kriterlere göre yapılacaktır.

⁵⁸⁸ DEUTSCH / SPICKHOFF, s:106, kn: 148; JANDA, s: 143; BROX / WALKER, Besonderes, s: 338, kn: 23.

⁵⁸⁹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s:106, kn: 148; Ayrıca Wagner, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 1; Ücretin taraflar arasında kararlaştırılmış olması durumunda, hasta bu ücreti ödeme borcu altına girerken, şayet bir ücret veya miktarı hususunda taraflar aralarında anlaşmamış iseler, BGB § 630 b'nin hizmet sözleşmesine yaptığı atıfla, eğer bu hizmet olağan hallerde bir ücret karşılığı yapılıyorsa, ücret ödeneceğinin zımnen kararlaştırılmış olduğu, ücretin miktarı belirlenmemiş ise, varsa tarife değeri, şayet ücret tarifesi mevcut değilse olağan piyasa değerine göre belirleneceği kabul edilmektedir. Çünkü bir tıbbi müdahale söz konusu olduğunda, kural olarak bunun bir ücret karşılığı yapılması beklenmektedir GEHRLEIN, s: 3, kn: 7; JANDA, s: 143; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 154; Alman uygulamasında, sosyal güvence altında olan sigortalı hastalar (Kassenpatient) açısından ise, yine özel hukuktan kaynaklanan bir hizmet sözleşmesine dayanılmakla beraber, belirgin fark hekimin vizite ücretinin kimden talep edileceği hususunda yatmaktadır. Yasal olarak oluşturulmuş bir hastalık sigortası mevcut olup, hekim bir birliğe üye olarak bu sigortalı hastalara hizmet sunma iznini (ruhsatını) elde etmekte ve sunduğu hizmet karşılığı olan ücreti de bu kurumdan talep etmektedir. Krankenkasse olarak tabir edilen resmi sağlık sigortasının yanı sıra özel sağlık sigortaları da bulunmaktadır. Sigortalı hastanın tıbbi müdahale karşılığında doğrudan hekime ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekimler birliğinin hastalık sigortası için yapmış olduğu toplu sözleşme kamu hukukundan kaynaklanmakla birlikte, hekim ile hasta arasındaki tıbbi müdahale sözleşmesine özel hukuk ilkeleri uygulanmaktadır. GEHRLEIN, s: 4, kn:9. Çalışmamızın önceki bölümlerinde Almanya'daki sağlık sigorta sistemine ilişkin özet açıklamalar da ayrıca yapılmıştır. Ayrıca hastanın ücret ödeme yükümlülüğüne ilişkin ilave açıklamalar için bkz. WAGNER, MüKoBGB,

Planlanan ama hastanın sonradan rıza göstermemesi nedeniyle gerçekleştirilemeyen bir müdahalede ücretin ödenip ödenmeyeceği de bir sorunsal teşkil edebilir. Hastanın aydınlatıldıktan sonra kendisine uygulanması öngörülen herhangi bir tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi durumunda, hekimin ve hastanenin ondan parasal bir talepte bulunamayacağı, ancak müdahaleye rıza göstermiş olan hasta belirlenmiş günde gelmez ise, tazminat sorumluluğunun doğacağından söz edilmektedir ⁵⁹⁰. Kanımızca bu durum özellikle hastaya spesifik müdahalelerin yapılmasının planlandığı ve bu nedenle özel ekip, ekipman ve tıbbi malzemelerin hazırlandığı, masraflı organizasyonların gerçekleştirildiği durumlarda önem taşımaktadır.

e. Diğer Yükümlülükler

Sağlık hizmetinin aksamadan sunulabilmesi için hastaların önceden belirlenmiş bazı kuralları dikkate almaları, örneğin randevu tarih ve saatlerine uymaları, hekim ve sağlık çalışanlarının zamanlarına saygı göstermeleri, onları gereksiz yere ve randevusuz meşgul etmemeleri gerekmektedir ⁵⁹¹. Hastalar, refakatçi ve ziyaretçileri de dahil olmak üzere, hastane hijyenini, huzur ve güvenliği bozacak davranışlardan kaçınmakla, gürültü yapmamakla, sağlık çalışanlarına saygı ve nezaket kuralları çerçevesinde davranmakla da yükümlüdürler. Hastaların ayrıca, hekimlerden mevzuata, tıp mesleğinin ilkelerine ve ahlak kurallarına aykırı taleplerde bulunmamaları, onlar üzerinde tıp mesleğinin bilgi ve ilkelerine uygun şekilde bağımsız kararlar vermelerini kısıtlayacak psikolojik, fiziksel ve sosyal baskı kurmaya çalışmamaları, tıbbi gerekçe ve endikasyon olmaksızın rapor, ilaç ve tıbbi malzeme, sağlık durumları ile ilgili gerçeğe aykırı belge talebinde bulunmamaları gerekmektedir. Hastalar hekim ve sağlık personeline, kimlik ve iletişim bilgilerini

BGB § 630 a, kn: 50- 59; BROX / WALKER, *Besonderes*, s: 339, kn. 24; MEDICUS, *Besonderer Teil*, s: 154, 157.

⁵⁹⁰ HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s: 485. *Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop'un* verdikleri örnekte de, bir operatörle ameliyat olmak hususunda yapılan sözleşme hüküm ifade etmekle beraber, bu yöndeki taahhütlerin ifası yönünde bir baskı oluşturulması mümkün değildir, kişiliğe ve ahlaka aykırı bir niteliktedir. Bununla birlikte tazminat ödeme yükümü gündeme gelebilecektir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, *Cilt I*, s: 528, 529. *Serozan* da hastanın temerrüdü nedeniyle muayeneyi gerçekleştirilemeyen hekimin vizite ücretini talep edemeyecek olmakla beraber, o hasta yüzünden kaybettiği zamanı telafi etme şansı olmamasına dayanarak talepte bulunabileceğini belirtmektedir. SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), *Uygulama Çalışmaları*, s: 401. Ancak bu açıklamanın ameliyat gibi ayrıca hazırlık gerektiren önemli bir müdahaleye ilişkin olmadığı da görülmektedir.

⁵⁹¹ SÜTLAŞ, s: 117; HAKERİ, *Tıp Hukuku*, s: 487, 490; Ayrıca bkz. AKİPEK ÖCAL, *Hasta-Hekim Hakları ve Yükümlülükleri*, s: 47.

doğru şekilde vermeli ve onlardan gelecek soruları makul şekilde cevaplamalıdır lar⁵⁹².

Hasta tedavisiyle ilgili karar vermekten kaçınamayacağı için, tıbbi müdahaleyi reddeden bir hastanın, alternatif bir yöntem uygulanıp uygulanmaması veya tedavisiz kalma konusundaki tercihini özellikle yaşamsal tehlike oluşturan durumlarda, açıkça yazılı olarak belirtmesi, tedaviyi kabullendiği hallerde ise, tarif edildiği şekilde uygulaması, ayrıca hastalığı konusunda bilgi almak isteyip istemediğini ve kimlere bilgi verilmesini istediğini açıklaması da gerekmektedir⁵⁹³. Aynı zamanda başka bir hekim tarafından da izlenen hastanın bu konuda hekimine bilgi vermesi, önceki rapor, film veya tetkikleri, başvurdukları hekimden saklamaması, hepatit ve HIV pozitifliği gibi sağlık çalışanlarına bulaşabilecek taşıyıcılığı / hastalığı varsa bunu bildirmesi, taburcu veya başka bir kuruma sevk edilen hastaların makul süre içerisinde gerekli işlemleri yapması, hastane yatakları ve imkanlarını gereksiz ve haksız bir biçimde işgal etmemesi, sağlık kurumlarını barınma, beslenme ve sosyal bakım eksikliklerini giderme amacıyla kullanmaması, kendileriyle ilgili dosya ve diğer dokümanları izinsiz olarak kurum dışına çıkarmaması, taburcu sonrası düzenlenen tedavilerini uygulaması ve ayaktan kontrollerini yaptırması gerekmektedir. Hastalar, hekimlerin iyileşmeleri ve iyilik hallerini koruyup geliştirmeleri için kendilerine öğretecekleri bilgi ve becerileri kazanmak üzere, gereken çabayı sarf etmeli, ayrıca müdavi hekimin, başka bir hekim veya sağlık kurumundan konsültasyon isteğini geri çevirmemelidirler⁵⁹⁴.

Hastaların tanı ve tedavi sürecinde hekim ve sağlık kuruluşuyla ilişkiyi koparmama yükümlülüğü de bulunmaktadır. Tanı yanlış ya da tedavi beklenen sonucu vermemiş olsa dahi, hekime de nerede yanılmış olduğunu saptama imkanı verilmelidir. Kontrollere gidilmeli, aynı hekim ve kuruma yeniden başvurulmalı, sonuç ve gelişmelerden hekim haberdar edilmelidir. Böyle davranılmadığında aynı durumun yeni başvuru olan hekimde de ortaya çıkma olasılığı artacaktır⁵⁹⁵.

Yine özel ayrıcalıklar talep etmemek, ilk ve acil yardım hizmetlerinin sağladığı öncelik ve ayrıcalıkları suiistimal etmemek, sağlık kurumuna ait eşya ve

⁵⁹² HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 490.

⁵⁹³ HAKERİ, s: 491.

⁵⁹⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s:491, 492.

⁵⁹⁵ SÜTLAŞ, s: 118.

cihazlara zarar vermemek, somut olay ve belgelere dayanmaksızın sağlık çalışanları ve kurumlarını yıpratıcı şekilde kamuoyu önünde hakaret ve suçlayıcı beyanlarda bulunmamak⁵⁹⁶, hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının emeklerini ve duygularını istismar etmemek, dürüst davranmak, geçerli tıbbi bilgi ve yöntemlere ters düşen tanı ve tedavi yaklaşımlarının uygulanması talebinde bulunmamak, acil durum ve zorunluluklar hariç, kendilerini tedavi etmeyi kabul etmeyen hekim veya sağlık kurumlarının kararına saygı duymak⁵⁹⁷, hekim ve diğer sağlık çalışanlarının istirahatlarına izin vermeyecek, özel yaşamlarına fırsat tanımayacak, organik ve ruhsal gereksinimlerini karşılamalarını engelleyecek ve sağlıklarını bozacak şekilde onlara aşırı yük ve angarya yüklemekten kaçınmak da hastaların diğer önemli yükümlülükleri olarak ele alınmaktadır⁵⁹⁸.

C. Hekimin Mesleki Özerkliği

1. Kavram ve İçerik

Profesyonel meslekler genel olarak, uygulayıcıların uzun bir eğitim sonrasında bilimselliğe dayanan bir tekniği icra ettikleri meslekler olarak tanımlanmaktadır. Böyle mesleklerin uygulayıcıları, hem hizmetten yararlananlara hem topluma karşı sorumluluk bilincine sahiptirler. Mesleki faaliyetlerin içeriğini standart üretimler değil, hasta ya da müşteri gibi hizmetten yararlanan bireylere yönelik, kişisel olarak gerçekleştirilen ve sorumluluğu üstlenilen edimler oluşturmakta, meslek etiği, mesleki bağımsızlık, özel bir sorumluluk ve güven ilişkisi önemli özellikler olarak ön plana çıkmaktadır⁵⁹⁹.

Tıp da profesyonel bir meslektir. Hekimle toplum arasında adeta bir sözleşme şeklinde, kurumsallaşmış bir güven ilişkisinin varlığından ve hekimden yetkinlik, kalite, bütünlük, ilerleme, öz kontrol ve etik normlara bağlılığın beklendiğinden söz edilmektedir⁶⁰⁰. Buna göre hekimlik hangi statüde uygulanırsa uygulansın özgürce icra edilen, serbest-bağımsız- özerk bir meslektir ve mesleğin icrasında karar verme özgürlüğü, ekonomik unsurlardan bağımsız ticari olmayan bir pozisyon ve yapılan faaliyetin kişisel ve düşünsel niteliği ağırlık taşımaktadır⁶⁰¹. Sağlık hizmeti

⁵⁹⁶ ÖZLÜ, <http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/2152011144824-Hastasorumluluklari.pdf>.

⁵⁹⁷ ÖZLÜ, <http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/2152011144824-Hastasorumluluklari.pdf>.

⁵⁹⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 491, 492.

⁵⁹⁹ LAUFS, L / U, s: 12, kn: 1,4.

⁶⁰⁰ BAUER, s: 171.

⁶⁰¹ LAUFS, L / U, s: 12, 13, kn: 1,4; LAUFS, Arztrecht, s: 34, kn: 52.

kapsamında akademik nitelikte olmayan başka meslek grupları da bulunmakla beraber, sağlıkla ilgili serbest-özerk meslek mensupları hekimler, diş hekimleri, veterinerler ve eczacılardan oluşmaktadır. Serbest mesleklerin genellikle, hem mesleğin özerkliğini hem de kamu yararını sağlamak üzere oluşturulmuş kamu kurumu niteliğinde meslek odaları bulunmaktadır ⁶⁰².

Mesleki özerklik hekime hizmet sözleşmesi bağlamında verilebilecek talimatlar bakımından da sınır oluşturmaktadır. Her ne kadar hekime çalışma yeri, saati vb. ile ilgili kurallar getirilebilecek olsa da, mesleğin icrasında hekim öncelikle meslek etiği ve kuralları ile bağlıdır. Amir ve işverenin yararı ve onlara sadakat ile hastanın sağlığı ve yararının çatıştığı durumlarda da hekimin hastanın çıkarlarına mutlak öncelik vermesi gerektiği belirtilmektedir ⁶⁰³. Yine hekimin, sağlık hizmetlerinin düzen içinde yürütülebilmesi için konulmuş olan bazı disiplin kurallarına uyma yükümlülüğü bulunmakla beraber, hekimlik mesleğinin hasta üzerinde uygulanmasına ilişkin olarak mesleki kuruluşlar ve idarenin, hekimin üzerinde herhangi bir yönlendirme yapamayacakları da ifade edilmektedir ⁶⁰⁴. Bununla birlikte hekimlerin mesleki özerkliklerinin daha etkili ve kalıcı olması için, meslek odalarının ve uzmanlık derneklerinin mesleki standartları oluşturmaları, geliştirmeleri, savunmaları ve kontrol etmeleri de gereklidir.

Devletin de tıbbi yöntemlerin seğıimine müdahil olmaması ve kendi öngörüsüne göre hekimin hastaya uygulayacağı müdahalelere karışmaması gerektiği, devletin tehlikeyi engellemek amacıyla bazı tıbbi müdahalelerin arzına engel olabileceği ve yüksek risk alanları belirleyebileceği, ancak verilecek tıbbi bakımın önceden devlet tarafından kabul edilmiş yöntemlerle sınırlanması gibi bir uygulamanın söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir ⁶⁰⁵.

⁶⁰² LAUFS, L / U, s: 12, kn: 1,4. Ülkemizde il bazında örgütlenmiş tabip odaları Türk Tabipleri Birliğini oluşturmaktadır. Türk Tabipleri Birliği Kanunu 6.maddesine göre, hudutları içinde tabip odalarına kayıtlı en az yüz tabip bulunan her ilde tabip odası kurulmaktadır. TTB merkez teşkilkatı ise kanunun 41. maddesi uyarınca Yüksek Haysiyet Divanı, Tabip Odaları, Merkez Konseyi ve Büyük Kongreden oluşmaktadır. Almanya'da tabip odaları federe devlet bazında örgütlenmiştir. Kamu hukuku hükümlerine tabi ancak özerk bir yapıları vardır. Kanunen kendilerine verilmiş görevleri yerine getirirken kendilerini ilgilendiren konularda yönetmelik de düzenleyebilmektedirler. Federe devletlerin tabip odaları bir araya gelerek Federal Tabip Odasını oluşturmaktadır. JANDA, s: 104-107.

⁶⁰³ LAUFS, L / U, s: 15,16, kn: 11, 12; NAHMMACHER, Kathrin / CLAUSEN, Tilman, Der Chefarztvertrag mit umfangreichen, rechtlichen und steuerlichen Erläuterungen, C.F. Müller, 2013, s: 137.

⁶⁰⁴ GÖKCAN, s: 123.

⁶⁰⁵ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 17, kn: 15.

Alman Federal Hekimlik Kuralları (Bundesärzteordnung- BÄO) ve Almanya’da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları’nda (MBO-Ä) hekimin hem bireyin hem tüm toplumun sağlığına hizmet ettiği ve hekimliğin serbest bir meslek olduğu ⁶⁰⁶ yer almaktadır. Mesleki özerklik sadece bağımsız çalışan hekimler için değil, hastanelerde, sanatoryumlarda, özel kliniklerde ve memur olarak çalışan hekimler bakımından da, yani hekimlik mesleği hangi şekilde, hangi statüde icra edilirse edilsin geçerlidir ⁶⁰⁷. Almanya’da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları’na göre hekimler mesleklerini vicdanlarına, hekimlik etiğinin ve insanlığın ilkelerine uygun olarak yerine getirecekler, görevleriyle bağdaşmayan veya sorumluluğunu taşıyamayacakları hiçbir kural, talimat ve yönlendirmeyi dikkate almayacaklar, mesleklerini vicdanlarına uygun ve kendilerine duyulan güveni sarsmayacak şekilde icra edecekler, mesleki uygulamalarında hastanın iyiliğine hareket edecekler ve üçüncü kişilerin yararını hastanın iyiliğinin üstünde tutmayacaklardır ⁶⁰⁸.

Hukukumuzda, TDN m.6’da, tabip ve dış tabibinin, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket edeceği ve tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbest olduğu hüküm altına alınmıştır. HMEK m.6 uyarınca da, hekimin görevlerini yerine getirirken uyması gereken ilkelerden biri de özerklik ilkesidir ⁶⁰⁹. Aynı düzenlemenin 8. maddesi uyarınca da hekim mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatlerine göre hareket edecektir. TTB Hekimlik ve İnsan Hakları Bildirgesi 5. maddesinde hekimin, tıbbi açıdan sorumlu olduğu kişinin bakımıyla ilgili bir karar verirken klinik yönden bütünüyle bağımsız hareket etme yükümlüğünün bulunduğu, hekimin temel

⁶⁰⁶ Bundesärzteordnung, https://www.gesetze-im-internet.de/b_o/BJNR018570961.html, Erişim T: 12.10. 2016.

⁶⁰⁷ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 15, kn: 10.

⁶⁰⁸ LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 57, kn: 3; UHLENBRUCK, L/U, § 44 Der Inhalt des Arztvertrages, s: 386, kn: 6; Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main, http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf, Erişim T: 17.11.2017.

⁶⁰⁹ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.6: “Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir.”

görevinin, izlediği kişilerin sıkıntısını azaltmak olduğu, kişisel, toplumsal ya da politik hiçbir güdünün bu temel görevin önüne geçemeyeceği ifade edilmiştir ⁶¹⁰.

Tanı, tedavi ve izlem süreçlerinde her tür baskıdan arındırılmış, mesleki uygulamada özgür kararlar verebilen bir hekim tarafından izlenmek, hasta hakları açısından da vazgeçilmez bir önem taşımaktadır ⁶¹¹. Nitekim hasta haklarına ilişkin Lizbon Bildirgesi'nin 2.maddesine göre de “*Hastalar hiçbir etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik kararlar verebilen hekim tarafından bakılabilmelidir*”. Böylece hasta haklarına giden yolun da hekimin özerkliğinden geçtiğinin altı çizilmektedir ⁶¹².

Demek ki, hekimler, tıp biliminin yerleşmiş bilgi ve kurallarına uygun olarak, hiçbir kişi veya kurumun telkin veya baskısı altında olmaksızın mesleklerini icra etmek hakkına sahiptirler ⁶¹³. Hekimin mesleğini serbestçe icra etme hakkının, hasta ile girdiği ilişkide asli edimini oluşturan, hastanın hastalığının ya da genel olarak içinde bulunduğu tıbbi durumun tanısı, izlenmesi, tedavisi gibi tıbbi müdahalenin çeşitli aşamalarını ve yan edim yükümlülüklerini de kapsadığı belirtilmektedir ⁶¹⁴. Ancak, mesleki özerkliğinin, hekimi, kimi zaman külfet ve ayak bağı olarak algılayabilecek olsa da, aydınlatma, özen, sır saklama, tıptaki yenilikleri takip etme gibi yükümlülüklerini yerine getirmekten alıkoymaması gerektiği, ayrıca hekimin, hastanın kişilik haklarını, özerkliğini, vücut bütünlüğünü her durumda göz önünde tutması, tavsiyeye, tanıya, tedaviye veya araştırmaya yönelik faaliyetlerinde hastanın efendisi konumuna gelmemesi gerektiği ifade edilmektedir ⁶¹⁵.

2. Hekimin Tedavi Özgürlüğü

Mesleki özerklik bağlamında önem arzeden ve dikkat çeken kavramlardan biri de, hekimin tedavi özgürlüğüdür ⁶¹⁶. Hekimin uygulayacağı tıbbi müdahaleler

⁶¹⁰ TTB Hekimlik ve İnsan Hakları Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 7-9.

⁶¹¹ TÜRKMEN, s: 10.

⁶¹² AYDIN, Erdem, s: 164-172.

⁶¹³ JANDA, s: 109; GÖKCAN, s: 123.

⁶¹⁴ GÖKCAN, s: 123.

⁶¹⁵ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 21, kn: 23.

⁶¹⁶ Bu kavramın Alman hukukunda kimi zaman “*Therapiefreiheit*”, kimi zaman “*Behandlungsfreiheit*” olarak adlandırıldığı, iki terimin birlikte kullanıldığı da görülmektedir. Terim *Behandlungsfreiheit* şeklinde kullanıldığında, hekimin bir hastanın tedavisini üstlenme veya üstlenmeme ya da başlanmış bir tedaviyi sürdürme ya da sürdürmeme hususunda karar verme özgürlüğüne vurgu yapıldığı görülmektedir. İster *Behandlungsfreiheit* ister *Therapiefreiheit* olarak kullanılsın, hekimin hem genel

açısından bir ilke olarak kabul edilen tedavi özgürlüğünün üç unsuru bulunmaktadır. Buna göre, tedavinin gerekli olup olmadığı yönünde kararı hekim verir. Hiçbir hekim vicdani kanaatiyle çelişen bir yöntemi ya da belli bir tedaviyi uygulamaya zorlanamaz. Hekim kendisine uygun gelen tanı ve tedavi yöntemini seçme bakımından özgürdür. Hekimin tedavi özgürlüğü kanunlar ve mesleki etik kurallarla da güvence altına alınmıştır ⁶¹⁷. Hekim hastanın tedaviye ihtiyacı olmadığını ya da tedaviden fayda görmeyeceğini düşündüğü durumlarda bu özgürlüğüne dayanarak tedaviyi ya da hastayı üstlenmeyebilecektir.

Hekimin tedavi özgürlüğünün, ona, normların baskısından uzak, yükümlülüklerine ve vicdani kanaatine uygun şekilde, somut hastanın en yararına olacak, en olumlu etkileri yaratacak önlemleri alma imkanı verdiği ifade edilmektedir ⁶¹⁸. Başka hiçbir hizmet sunumunda karşılaşılmadığı şekilde hekime tanınan bu hakkın, bir başka deyişle özgürlüğün ve takdir yetkisinin, hastanın iyileştirilmesinin akılcı olarak kavranamayan birçok etkene bağlı olabilmesinden, tedavinin sadece seçilen yöntemle ilgili olmamasından, seçilen yöntemin tedavideki rolünün açıkça ortaya konamamasından, her hastanın özelliklerinin değişiklik göstermesinden, ayrıca hekim-hasta arasındaki güven ilişkisine hekime takdir alanı bırakmaksızın

olarak tedaviye ya da müdahaleye ihtiyaç olup olmadığı, hem de nasıl gerçekleştirileceği hususunda karar verme özgürlüğü anlamına geldiğini söylemek mümkündür. Bkz. NAHMMACHER, Kathrin / CLAUSEN, Tilman, Der Chefarztvertrag mit umfangreichen, rechtlichen und steuerlichen Erläuterungen, C.F. Müller, 2013, s: 136. *Uhlenbruck*'a göre de tedavi özgürlüğü ilkesi (Yazar bu aşamada Behandlungsfreiheit terimini kullanmaktadır. Bkz. UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s:419, kn: 4) iki anlama gelmekte olup, öncelikle hekimin bir tedaviyi üstlenip üstlenmemesi hususunda karar verme hakkı bulunmaktadır. Alman Hukukunda hekim bir tedaviyi üstlenme hususunda genel bir yükümlülük altında olmadığı için, acil durumlar dışında, her zaman bir sözleşmeye taraf olmayı reddedebilecektir. Bunun ötesinde tedavi serbestliği kavramından, hekimin üstlenmiş olduğu hastanın tedavisini, takibini kendi seçmiş olduğu yöntemle göre uygulama, sürdürme hakkı anlaşılmaktadır. JANDA, s: 110; *Uhlenbruck* burada yöntem seçimi ve tedavi serbestliğini vurgularken bu kez Therapiefreiheit terimini kullanmaktadır. UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s:419, kn: 4; Biz de bu terimi hem çeviriye uygun olarak sıklıkla tedavi özgürlüğü hem de zaman zaman tıbbi müdahalede bulunma özgürlüğü şeklinde kullanmayı tercih ettik.

⁶¹⁷ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 16, 17, kn: 13; DEMİR, Mehmet, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s: 68, 69; GÖKCAN, s: 124. Tıp bilimindeki ilerlemeler ve uzmanlaşma neticesi ortaya çıkan uzmanlık alanı sınırlamaları, reçetelerle ilgili bütçeleme sorunları ve hukuka uygunluk süreçleri yüzünden pek çok hekimin kendilerini mesleki bakımdan özgür değil bilakis bağlı hissettiklerinden ve hekimlik mesleğinin çekirdeğini oluşturan tedavi özgürlüğünün yeniden sahip olduğu yere oturtulması gerektiğinden de söz edilmektedir. LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 16, kn: 3.

⁶¹⁸ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 17, kn: 13.

müdahale edilmesinin yerinde olmadığı düşüncesinden kaynaklandığı belirtilmektedir ⁶¹⁹.

Tıbbi girişimlerin seçimi, hekimin, çok sayıda fiziksel, psikolojik ve sosyal unsuru göz önünde tutarak ve şanslar ve riskleri karşılıklı tartarak verdiği bir karara dayanmaktadır. Hekimin tıbbi deneyim ve meslek etiğine dayanarak vardığı karar son bir unsur olarak hastanın aydınlatılmış rızasının da eklenmesiyle hukuka uygun hale gelmektedir ⁶²⁰. Ancak hekimin mesleğini serbestçe icra etme hakkı ile hastanın tedaviye yönelik tercihleri arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, unutulmaması gereken husus, tedavinin gerekip gerekmediği ve hangi tedavi yönteminin uygun olup olmadığı yönünde karar verme yetkisinin yalnızca hekimde olduğudur ve hekim endikasyonu olmayan bir tıbbi müdahalede bulunmamakla yükümlüdür ⁶²¹. Bununla beraber hekimin hastaya doğruyu öğretmek, tıbben uygulanamaz bir müdahale talebiyle karşılaştığında, hastayı bu anlamsız istekten vazgeçme konusunda eğitmek gibi bir ödevi olduğu da düşünülmektedir ⁶²².

Uygulanacak tedavi yönteminin seçimi de hekimin takdirinde olan bir husustur. Hekim klasik yöntemlere bağlı kalmak zorunda olmayıp, tıbben kabul edilmiş ve savunulabilen alternatif bir müdahalede de bulunabilir ⁶²³. Eşdeğer yöntemlerden kendisine en elverişli geleni, en iyi uygulamakta olduğunu seçebilir. Ancak bu yöntemlerden beklenen başarı şansı, taşıdığı riskler ve hastaya getirebileceği güçlükler açısından farklılıklar varsa bunlar hakkında da hastaya yeterli aydınlatmanın yapılması gerekmektedir ⁶²⁴. Hekimin hastayı en güvenli ve

⁶¹⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 129; Bu hususun cerrahi müdahaleler bakımından özel bir önem taşıdığı düşünülmektedir. Cerrahi müdahaleler, belli bir ataklığı ve riski göze almayı beraberinde getirdiğinden, cerrahlara geniş takdir yetkisi verilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde cerrahların riskli sınır vakalarda ameliyat yapmaktan kaçınmaları ve hastanın kurtarılması olasılığının ortadan kalkması tehlikesiyle karşılaşılabilir. KANETİ, s: 65.

⁶²⁰ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 17, kn: 14.

⁶²¹ GÖKCAN, s: 125. Buna karşılık hekimin mesleki serbestliği ile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının çatışmakta olduğu yönünde açıklamalar ve hekimin mesleki serbestliğine ilişkin sınırlamalar için bkz. QUAAS, Michael / ZUCK, Rüdiger / CLEMENS, Thomas, Die Therapiefreiheit des Arztes, § 2 Verfassungs- und Europarechtliche Vorgaben, Medizinrecht, 3. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2014, kn: 52, 53;

⁶²² LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherheitsaufklärung), s: 461, kn: 3.

⁶²³ JANDA, s: 131.

⁶²⁴ GEHRLEIN, s: 93, kn: 18, s: 94, kn: 19.

tehlikesiz yolun hangisi olduğu hususunda aydınlatması beklenmektedir ⁶²⁵. Hekim hastaya uygun gördüğü bir yöntemi veya uygun gördüğü alternatif yöntemleri önererek bunlardan birini tercih etmesini ve rıza vermesini talep edebilir ⁶²⁶.

Tedavi yönteminin seçiminin hekime ait olması hastanın kısıtlandığı şeklinde bir algı oluşturmamalıdır, zira bu onun kendi kaderini hekime bırakması değil, sağlığı hakkında tıbbi açıdan uzman bir kişinin karar vermesini istemesinin bir sonucudur. Hekim de bu kararı verirken, mevcut imkanlara (ekonomik ve sigorta sistemi ile ilişkili olanlar dahil), koymuş olduğu tanıya ve tıbbın o günkü koşullarına uygun olup olmadığını dikkate almalıdır ⁶²⁷.

Hekim, tanı, tedavi ve iyileştirme amacıyla seçeceği yöntemi belirlemekte özgür olsa da, bu özgürlüğün çerçevesi de tıp biliminin sürekli gelişen ve değişen standartları ve hekimin bu standartları uygulamadaki bilgi ve deneyimi ile çizilmektedir ⁶²⁸. Hekimin hastaya zarar vermeme ilkesini de göz önünde tutarak, hasta açısından en az riskli yöntemi tercih etmesi gereklidir ⁶²⁹. Ancak tercih edilen bu tanı ve tedavi yöntemlerinin uygulanması hastanın somut durumu açısından daha fazla risk taşıyorsa, elverişli bir diğer yöntemin uygulanması da gündeme gelebilir. Böylece hekim bu hakkını kullanırken, her olayda tıbbın bilimsel verileriyle beraber hastanın somut durumunu da göz önünde tutmalıdır ⁶³⁰. Ancak diğer yöntemler

⁶²⁵ Örneğin cilt kanseri olan bir hastada şayet cerrahi müdahale ile hastalık %95 bertaraf edilebilecek, buna mukabil fotodinamik tedavi ile rezidü kalma oranı yüksek ise, hastaya cerrahi operasyon önerilmesi gerekmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 125.

⁶²⁶ GÖKCAN, s: 125.

⁶²⁷ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 124. Yazar bu konuya ilişkin bazı örnekler de vermektedir: Örneğin, kolik tarzında karın ağrısıyla başvuran bir hastanın üriner enfeksiyon olduğu yönünde kuvvetli bulgular mevcut ise, hemen appendektomi (apandisit) ameliyatına alınmamalıdır. Gebeliğin sonunda hala makat prezentasyonda olan bir bebek vaginal yoldan doğurtulmamalı ve sezaryen tercih edilmelidir. Aynı şey tahmini doğum ağırlığı fazla olan bebekler için de geçerlidir. Yine örneğin, meme kanseri şüphesi olan bir kadında tanı, ilave yöntemlerle doğrulanmadan meme cerrahi olarak çıkarılmamalıdır. Bkz. age.

⁶²⁸ SÜTLAŞ, s: 43. Ayrıca yasal olarak izin verilmeyen tedavilerin uygulanamaması gibi sınırlamaların olduğu da unutulmamalıdır. QUAAS / ZUCK / CLEMENS, kn. 52, 53.

⁶²⁹ JANDA, s: 131; Tıp etiğinin temel ilkeleri özerkliğe saygı, yararlı olma, zarar vermeme ve adalet olarak sayılmaktadır. Emredici olmamakla beraber başka bir etik ve ahlaki prensiple çatışmadığı oranda bağlayıcılığı kabul edilen bu ilkeleri her hekimin gözetmesi, destekleyeceği ve kimsenin de karşı çıkmayacağı kabul edilmektedir. METİN, Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, XI Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s: 112, 115. Detaylı açıklamalar için age, s: 112-137.

⁶³⁰ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 18, kn: 16; GÖKCAN, s: 124. “ Davacı, davalı hastanede, diğer davalı doktor tarafından safra kesesinde taş olduğuna ilişkin konulan teşhise dayalı olarak laparoskopik yöntemle ameliyat yapıldığını, ameliyat sırasında safra kanalının kesilmesi nedeniyle yeniden ameliyat olduğunu ve uzun süreli tedavi görmek zorunda kaldığını... Birlikte raporunda ; ‘davacıya konulan tanı ve uygulanan operasyon endikasyonunun tıp kurallarına uygun

karşısında üstünlüğü açıkça ortaya konmuş bir yöntemin uygulanması yönündeki zorunluluk hekimin tedavi serbestliğinin sınırını çizmekte ve bu yöntemin tercih edilmemiş olması bir tıbbi uygulama hatası olarak ele alınmaktadır⁶³¹.

Bu bağlamda Alman hukukunda tartışmalı bir hususa da dikkat çekilmekte, şifaya yönelik alternatif uygulamalar bakımından hekimin tedavi serbestliğinin sınırlarının nereye kadar uzanacağı ve hastanın zarar görmesi durumunda sorumluluğun neye göre tespit edileceği hususunda belirsizlik ve tartışmaların varlığından söz edilmektedir. Esasen alternatif sağlık uygulamalarını, zorluğu olmayan, kolay bir takım kriterleri yerine getiren diğer kişiler de icra edebilmekle ve yüksek bir mesleki standart beklentisi olmamakla beraber, kimi zaman hekimlerin de böyle uygulamalarda buldukları görülmektedir. Her ne kadar hekimlerin tedavi özgürlüğü bulunsada, ilerde bu tür müdahaleler nedeniyle haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılığa dayandırılan iddialar ortaya çıktığı takdirde sorumluluğun nasıl belirleneceği hususunda açıklık bulunmamaktadır⁶³².

olduğu, laparoskopik operasyonlar sırasında ve sonrasında kanama, enfeksiyon, abse, içi boş organ yaralanması, ana safra kanalında yaralanma gibi durumların meydana gelebileceği ve bunların tamamının uygulanan işlemlerin komplikasyonlarından olduğu, kişide meydana gelen safra kaçağının erken dönemde fark edildiği ve ileri bir merkeze sevkinin sağlandığı, meydana gelen komplikasyona karşı tıp kurallarına uygun müdahale edilmiş olduğu cihetle hastane ve hekime atfedilecek bir kusur bulunmadığı' rapor edilmiştir.....Bilirkişi raporunda bu hususun bir komplikasyon olduğu ve davalı hekimin bir kusurunun bulunmadığı rapor edilmiş ise de, davalı doktor tarafından akut taşlı kolesistit tanısı konulmasından sonra yapılacak tedavinin seçiminde laparoskopik yöntemin hastanın durumu ve hekimin uzmanlığı itibarıyla uygun bir tercih olup olmadığı, bir başka ameliyat veya tedavi yönteminin seçilmiş olması halinde bu komplikasyon riskinin önlenmesi imkanı olup olmadığı hususları değerlendirilmemiştir." Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 12014, K. 2015 / 10657, T. 06.04.2015, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

⁶³¹ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 18, kn: 16.

⁶³² Bu tür müdahalelerde de hukuka uygunluğu sağlayan temel unsur hastanın rızası olup rızanın geçerliliği için de diğer müdahalelerde olduğu gibi, hastanın aydınlatılmış olması gerekmekte ise de, uygulanması öngörülen müdahale bilimsel açıdan tartışmalı olmanın ötesinde genel bilimsel verilerle ters düştüğü takdirde, bu yöntemin hala savunulabilir kalması için, genel kabul görmüş tıbbi yöntemler hakkında ve uygulanması düşünülen alışılmışın dışındaki alternatif yöntem ile klasik yöntemler karşılaştırıldığında, başarı şansları hakkında da aydınlatma gerekmektedir. Bu bilgiler hastadan esirgenmiş olduğu takdirde verilen rıza da geçerli olmayacak ve müdahale hukuka uygun hale gelemeyecektir. Aydınlatmanın ötesinde tedavi hataları bağlamında da tartışmaya açık önemli hususlar bulunmaktadır. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmaları için genel kabul görmüş tıbbi standartlara uygun olmaları aranırken, alternatif metodlar genel olarak tıbbi gerçeklerle örtüşmemekte, genel kabul görmüş bilimsel ilkelerle bağdaşmamaktadır. Uzun süredir icra edilmekle beraber bilimsel açıdan verifiye edilememiş olmaları ya da yeni bir yöntem ise, bilimsel açıdan denenmemiş, test edilmemiş ve güvenli oldukları teyit edilmemiş olmaları da bunu desteklemektedir. Oysa hastalar böyle bir alternatif yöntemden yararlanmak amacıyla hekime başvurdıklarında, her ne kadar uygulayacağı yöntemi seçmek, tedavi serbestliği uyarınca hekimin kendi takdirinde olsa da, henüz hastanın anamnezinden ve muayenesinden herhangi bir bulguya dahi ulaşılmamış iken, genel kabul görmüş tedavi yöntemleri bir kenara bırakılarak, bilimsellikleri henüz ortaya konmamış yöntemler tercih edilmektedir. Ayrıca klasik müdahaleler nedeniyle ortaya çıkan tıbbi uygulama

Bu tür müdahaleler nedeniyle sorumluluğun doğması için de bir zararın ortaya çıkmış olması gereklidir. Fakat klasik tedavilerdeki gibi ciddi yan etkileri sıklıkla olmadığından, ortaya çıkan zarar da genellikle uygulanan yöntemin fayda etmemesi, dolayısıyla hastalığın düzelmemesi veya kötüleşmesi şeklinde olmaktadır. Bu durumda, şayet bilimsel açıdan kabul görmüş klasik yöntemlerle tedavi yapılacak olsaydı hastanın durumunda bir iyileşme kaydedilecek idiyse, hastanın bu imkandan bilerek mahrum bırakılmış olması zarar olarak ele alınacak olmakla beraber, ispat açısından zorluklar yaşanmaktadır. Demek ki, bilimsel olarak genel kabul görmüş bir yöntem yerine alışılmışın dışında bir müdahalede bulunmayı planlayan hekim, hastaya öncelikle tedavi alternatifleri hakkında bilgilendirme yaparken klasik yöntemleri ve üstünlüklerini açıkça ortaya koymalı ve ancak hasta bu aydınlatma sonrası bilimsel geçerliliği ortaya konmuş yöntemleri kendi özgür iradesiyle reddettiği takdirde alışılmışın dışındaki yöntemleri uygulamalıdır. Hekim tarafından, hiçbir faydası olmadığı bilinen bir yöntemin uygulanması ise ahlaka aykırılık teşkil edeceğinden, arada kurulmuş olan tıbbi müdahale sözleşmesi de geçersiz olacak ve hekim ücrete hak kazanamayacaktır ⁶³³.

hatası iddialarında, uyuşmazlığın çözümü için bilirkişi görüşüne başvurulurken, bilimsel nitelik taşımayan bu tür alternatif müdahalelerin örneğin taze hücre tedavisi, homeopati, doğal ışın tedavisi, sarkaç tanısı vb., bilimsellikte bağdaşıp bağdaşmadığına hakim olan kendisinin mi karar vereceği yoksa bu konularda da başka bilirkişilerden de mi görüş isteneceği de bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu tür müdahalelerde hukuka uygunluğu sağlayabilecek tek unsur, modern bilimsel yöntemler ve böyle alternatif yöntemlerin tüm avantaj ve dezavantajları hakkında aydınlatılan hastanın, bu aydınlatmayı takiben kendi özgür iradesi ve geleceğini belirleme hakkına dayanarak yapacağı tercih ve bu konuda açıkça göstereceği rıza olmaktadır. Artık bu durumda yapılan müdahale vücut bütünlüğüne yönelik bir ihlal ve yaralama olarak kabul edilmeyecektir. Zira hastaların nasıl ki tümüyle tedavisiz kalma konusunda tercihte bulunma hakları varsa, kamu sağlığını koruma gerekçesiyle devlet tarafından yasaklanmadığı müddetçe anlamsız tedavileri tercih etme haklarının da bulunduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte hastaların bilimsel geçerliliği ortaya konmuş yöntemleri tümüyle reddetmemiş olmaları halinde, alternatif yöntemleri uygulayan hekim bakımından yine bir müdahale hatasının varlığı gündeme gelecektir. Bunun ispatı da taraflar açısından bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Öngörülen alternatif tıp yönteminin ahlaka da aykırı olmaması gerekmektedir. Şayet yöntemden beklenen iyileşme şansı çok düşük, ayrıca iyileştirme şansı bulunmayan bu yöntem bir de ücret karşılığı uygulanmaktaysa, bu müdahalenin ahlaka aykırı olduğundan söz edilebilecektir. Böyle bir durumda hekimin iyiniyete dayanması da mümkün değildir, çünkü bir hekimin uyguladığı yöntemin sonuçları hakkında mutlaka bilgi sahibi olması gerektiği belirtilmektedir. SCHMID, Hugo, Die Grenzen der Therapiefreiheit, NJW 1986, 2339 – 2343.

⁶³³ SCHMID, Hugo; Ülkemizde bu uygulamalar Almanya'daki gibi yaygın olmamakla beraber, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği (RG T: 27.10.2014, S: 29158) ile birlikte yasal hale gelmiştir. Yönetmelik yalnızca konuyla ilgili sertifikalandırılmış hekim veya diş hekiminin bu uygulamaları yapmasına izin vermekte ve Yönetmeliğin eklerinde yapılmasına izin verilen uygulamaların detaylı şekilde endikasyonları ve kontrendikasyonları ile beraber açıklandığı görülmektedir. Bu yöntemlerin geçerliliği hususunda bazı açıklamalar için bkz. ARPACI, Abdülkadir, Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları, Yeditepe

Kanımızca, her ne kadar hekimin tedavi özgürlüğü bulunsa da, öncelikli tercihi bilimsel olarak geçerliliği ortaya konmuş yöntemlerden yana olmalıdır. Hasta aydınlatıldıktan sonra kendi özgür iradesiyle klasik bir tedavi yöntemini reddederse, hekimin ancak bundan sonra alternatif bir tedavi yöntemini önerebileceğini veya hastayı bunun için yönlendirebileceğini, yine bilimsel olarak geçerliliği ortaya konmuş müdahalelerden açıkça fayda görülmediğinin anlaşıldığı durumlarda hastaya böyle bir imkanın tanınabileceğini düşünmekteyiz. Klasik tedavilere devam edilirken, bunlarla birlikte ve bunlarla bağdaştığı ölçüde tamamlayıcı tıp uygulamalarına da başvurmak hastaya fayda sağlayabilecektir.



Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 7; Her ne kadar ağırlıklı olarak sağlık sigortaları bakımından olsa da (Avusturya hukukunda) alternatif yöntemler hakkında görüş ve açıklamalar için bkz. RESCH, Reinhard, der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf so genannte Außenseitermethoden und neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden- Die Rechtslage in Österreich, Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung, (Hrsg von JABORNEGG, Peter/ RESCH, Reinhard / SEEWALD, Otfried), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, s: 57-74; ayrıca bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 128.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALENİN KOŞULLARI

I. TIBBİ MÜDAHALELERDE GENEL NİTELİKLİ HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK RIZA UNSURU ve İSTİSNALARI

A. Hukuka Uygunluk Nedenlerine İlişkin Genel Açıklamalar

Esas itibarıyla hukuka aykırı sayılması gereken bir eylemin bu özelliği, bazı koşulların varlığı halinde ortadan kalkmaktadır⁶³⁴. Demek ki, hukuk düzeni bazı hallerde bir kişiye, başkasının hukuk alanına müdahale yetkisi vermektedir⁶³⁵. Hukuka uygunluk nedenleri, hukuk kurallarının yasakladığı eylemin yapılmasına ya da buyurduğu eylemin yapılmamasına ve dolayısıyla korudukları değerlerin çiğnenmiş olmasına karşın, davranışın hukuka aykırılığını engelleyen olgular olarak da tanımlanmaktadır⁶³⁶. Bu nedenlerden birinin varlığı, işlenen eylemin hukuka aykırılığını kaldırmakta, kişilerin herhangi bir yarar ihlalinin meşru kabul edilmesi söz konusu olmaktadır⁶³⁷. Bir diğer açıklamaya göre, hukuka uygunluk nedenlerinin belirlenmesinde, başkasına zarar verme yasağı getiren bir normun ihlal edilmiş olması ve bununla birlikte zarar verenin bu şekilde davranmasına izin veren bir hukuk normuna dayanması şeklinde iki unsur bulunmaktadır. Bu ikinci unsur zarar verenin davranışını hukuka uygun hale getirmektedir. Böylece hukuka uygunluk nedenleri, birbiriyle çatışan iki hukuki menfaatten birinin daha üstün tutulması anlamına da gelmektedir⁶³⁸.

⁶³⁴ Görünüşte genel davranış kurallarına aykırı bir eylem, belli koşullar altında artık hukuka aykırı olmamaktadır. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 654; NOMER, s: 154.

⁶³⁵ TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, s: 30.

⁶³⁶ KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1995, s: 125.

⁶³⁷ OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 22. Bu bağlamda hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak, genel bir ifadeyle, hukuk düzeninin, kişileri zarardan korumak amacıyla koyduğu, herkese hitap eden, emirlerin ve yasakların çiğnenmesi hukuka aykırılık oluşturmaktadır. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 643.

⁶³⁸ İlave açıklamalar için bkz. EREN, s: 625, 626.

AY'nın m. 17/2 hükmü uyarınca “ *Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*”. Anayasanın tıbbi zorunlulukları özel olarak zikretmiş ve bu durumlarda kişilerin vücut bütünlüğüne el atılmasına izin vermiş olduğu görülmekte, bunun dışında hukuka uygun olarak kişinin vücuduna yönelik herhangi bir müdahalede bulunulması için kanunun buna imkan sağlamış olması gerekmektedir. Yine AY m.19/2’de sayılan diğer bazı hallerin yanı sıra, toplum için tehlike arz eden bir akıl hastasının, uyuşturucu madde ve alkol bağımlısının, bir serserinin veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak tedbir alınabileceği öngörülmüştür.

Genel olarak hukuka aykırılığı önleyen nedenler TBK m.63’de, bir eylemin kanunun verdiği yetkiye dayanarak ve bu yetkinin sınırları içinde gerçekleştirilmiş olması, zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumlarında kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk halleri olarak sayılmıştır. TMK m.24/2’de de kişilik hakkına saldırılar bakımından hukuka aykırılığı önleyen nedenlerin kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması şeklinde düzenlendiği görülmektedir ⁶³⁹.

⁶³⁹ NOMER, s: 154; Yine hukuka aykırılığı kaldıran haller, *Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop* tarafından meşru savunma, zorda kalma (ıztırar), kendi hakkını bizzat korumak, tecavüze uğrayanın rızası, devlet kuvvetlerinin zor kullanma yetkileri, TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 654, 656, 657, 659, 660, 662; *Tandoğan* tarafından kamu gücünün kullanılması, özel hukuktan kaynaklanan bir hakkın kullanılması, mağdurun rıza göstermiş olması, vekaletsiz iş görme, haklı savunma, ıztırar hali, kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma, TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, s: 30-41; *Karahasan* tarafından eylemin bir memurun görevi içinde olması, yani kamu kudretinin kullanılmasına ilişkin olması, zarara uğrayanın önceden eyleme rıza göstermesi, eylemin izin verilmiş bir vekillsiz iş görme olması, eylemin öz savunmaya dayanması, eylemin zor durumda yapılması, kendi hakkını korumak için kuvvet kullanılması, KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 1995, s: 127; *Oğuzman ve Öz* tarafından benzer şekilde, zarar görenin rızası, kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması, özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması, haklı savunma, ıztırar hali, hakkını kendi gücüyle koruma, üstün kamu yararı ve üstün özel yarar bulunması, OĞUZMAN / ÖZ, s: 22-37; *Atay* tarafından zarar verici fiile muvafakat, haklı savunma ve *Aybay* tarafından mağdurun muvafakati, kanuni görevin yapılması, meşru savunma, hakkı bizzat korumak için kuvvete başvurma ve ıztırar hali, ATAAY, s: 278, 279, 282, 284; AYBAY, s. 78, 79; *Saymen ve Elbir* tarafından amme kudretini istimal veya amme hukukundan doğan bir hakkın istimali, mücbir sebep, hususi hukukun bahsettiği bir hakkın kullanılması, mağdurun zarara razı olması, faydalı bir vekaletsiz iş görme, meşru müdafaa, ıztırar hali, kuvvet kullanma, SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s: 446- 455; *Tunçomağ* tarafından fiilin bir memurun görevi içinde bulunması, fiilin özel hukuktan doğan bir hakkı kullanma teşkil etmesi, fiilin haklı savunma teşkil etmesi, fiilin zor durumda

Oğuzman ve Öz, TBK m. 63/2 ve TMK m. 24/2 düzenlemelerinde üstün özel yarar ve üstün kamusal yararın özel olarak zikredilmiş olduğuna dikkat çekmektedirler ⁶⁴⁰.

Hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin yasal düzenlemeler bağlamında, hükümler arasında karmaşa ve kavramlar arasındaki sınırlarda belirsizlik, bazı durumlarda kesişmelerin bulunduğu ve öğretide de bu hususun tartışmalı olduğundan söz edilse de ⁶⁴¹, uygulamada önemli ve de yeterli olan, tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılığını kaldıran bir nedenin mevcut olmasıdır. Hekimin gözetmesi gereken husus budur. Sınırların belirsiz olması ya da nedenlerin çakışıyor olması, gerçekleştirilen müdahale bunlardan bir ya da birkaçıyla hukuka uygun hale gelmiş olduğu takdirde, artık önem taşımamaktadır. Elbette ki, sözü edilen hukuka uygunluk nedenlerinden bazılarının, örneğin haklı savunmanın ya da hakkını kendi gücüyle korumanın tıbbi müdahaleler açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak yer bulmasına imkan yoktur, dolayısıyla bunların yalnızca bir kısmına dayanılması söz konusudur.

Vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahalede kişilik hakkı ihlal edilmektedir ⁶⁴². Her ne kadar bir hastalığın önlenmesi, tanısı veya tedavisi amaçlarına yönelik olsalar da, kişinin bedensel ve kimi zaman da ruhsal bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen faaliyetler olmaları sebebiyle, tıbbi müdahalelerin de, yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık gibi kişilik hakkı değerlerine yönelik bir ihlal ve saldırı niteliği taşıdıklarından söz etmek mümkündür. Elbette ki, tıbbi müdahalede bulunurken amaç,

yapılmış bulunması, fiilin bir hakkı bizzat almak için yapılmış olması, zarara uğrayanın fiile önceden razı olması, fiilin tecviz edilmiş bir vekaletsiz iş görme olması, TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 259- 262; *Kılıçoğlu* tarafından haklı savunma, zorunluluk (zaruret) hali, kendi hakkını koruma, rıza, üstün nitelikte özel yarar, kamu yararı ve yasal yetkinin kullanılması, KILIÇOĞLU, s: 370, 372, 375, 377 olarak açıklanmaktadır. *Eren*, hukuka uygunluk nedenlerini, kamu menfaati, özel menfaat ve zarar görenin rıza göstermesi olarak öncelikle üçe ayırmakta ve devamında kanunun verdiği yetkinin kullanılması (kamu menfaatinin üstünlüğü), özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması, zarar görenin (mağdurun) zarara razı olması, vekaletsiz iş görme, haklı savunma, zorunluluk hali, kişinin hakkını kendi gücüyle koruması olarak saymaktadır. EREN, s: 626 vd.; *Medicus* tarafından meşru savunma, zorunluluk, hakkını kendi gücüyle koruma, devletin müdahale yetkisi, zarar görenin rızası olarak MEDICUS, *Besonderer Teil*, s: 348, 349; *Von Tuhr* ve *Peter* tarafından, kamu hukukunun verdiği yetkinin kullanılması, özel hukukun verdiği yetkinin kullanılması, zarar gören kişinin rızası, vekaletsiz iş görme, meşru savunma, kamu makamlarının müdahalesi sağlanıncaya kadar hakkını kendi gücüyle koruma ve ıztırar olarak açıklanmaktadır. VON TUHR / PETER, *Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I*, § 46, s: 417-423; İlave açıklamalar için bkz. FIKENTSCHER, § 52-III-4, s: 275.

⁶⁴⁰ OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 22.

⁶⁴¹ Bkz. KARA KILIÇARSLAN, s: 25-28.

⁶⁴² DURAL / ÖĞÜZ, s: 106; kn: 531, 432; DURAL, Mustafa, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s: 249; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 118.

kişiyeye bir zarar verilmesi değil, tam tersine onun sağlığının korunması ya da bozulmuş sağlığının düzeltilmesidir. Bununla beraber böyle amaçlarla gerçekleştirilmiş olması tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ve taşıdığı kişilik hakkını ihlal niteliğini ortadan kaldırmak için yeterli değildir ve başka birtakım unsurların varlığı aranmaktadır ⁶⁴³.

İlgili kişinin yani hastanın rızası, tıbbi müdahaleler bağlamında en önemli hukuka uygunluk nedeni olarak ön plana çıkmakta ve hekim hastanın rızasının bulunmadığı hallerde, kural olarak onun vücut bütünlüğüne yönelik hiçbir müdahalede bulunamamaktadır. Hekimin aydınlatmasını takiben hastanın göstereceği rıza, vücut bütünlüğüne yönelik tüm tanısal ve terapötik müdahalelerin gerçekleştirilebilmesi için bir ön koşul olarak aranmaktadır ⁶⁴⁴. Ancak genelde üstün kamusal yararın da eşlik ettiği, kanundan kaynaklanan düzenlemeler ve üstün özel yararın varlığının kabul edildiği tıbbi zorunluluk halleri bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Üstün nitelikteki kamusal yarar ile kanun tarafından verilen yetkinin kullanılması genellikle bir arada bulunmaktadır ⁶⁴⁵. Aslında, üstün özel yarar ve üstün kamusal yararın söz konusu olduğu müdahalelerin zaten kanunlarda ayrıca öngörülmüş ve düzenlenmiş oldukları da ifade edilmektedir ⁶⁴⁶. Bu bağlamda Biyotıp Sözleşmesi'nin *“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*

⁶⁴³ DURAL / ÖĞÜZ, s: 106, kn: 531; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 255; YÜKSEL ORHUN, Mercan, Ağrı Çeken Hastanın Rıza Ehliyetine İlişkin Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı'nın Çeviri ve Değerlendirmesi (5 U 463/14 Sayı ve 01.10.2014 Tarihli Karar), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2016, s:359; Benzer bir ifadeyle, tıbbi müdahalenin hastaya yardım etmek veya onu iyileştirmek amacıyla gerçekleştirilmesi, bunun hukuken bir yaralama olarak ele alınmasını değiştirmemektedir.OEHLER, s: 17.

⁶⁴⁴ UHLENBRUCK, L/U, § 49 Die ärztliche Untersuchungspflicht, s: 405, kn: 12, s: 418, kn:2; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 264, kn: 402, s: 269, kn: 413; JANDA, s: 132; BROX /WALKER, Besonderes, s: 333, kn: 13; LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 56, kn: 1, s: 57, kn: 2; GÖKCAN, s: 46, 48; OĞUZMAN / ÖZ, s: 23; DURAL, Aydınlatma, s: 249; DURAL / ÖĞÜZ, s: 106, kn: 532; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 67; KARA KILIÇARSLAN, s: 28; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 328; NAMAL, s: 12; Benzer açıklamalar olarak FLUME, § 13-11, s: 218; ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 55 I 1, s: 543; FIKENTSCHER, § 103- I- 4, s: 631; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 320; HAVUTÇU s: 403; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2010, s: 1315; KOYUNCU, s: 78.

⁶⁴⁵ ÖZBİLEN, Arif Barış, Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24, Güz 2013 / 2, s: 108.

⁶⁴⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s: 32. Bir diğer görüş tarafından da tıbbi müdahalelerde hukuka aykırı kaldıran nedenler, benzer şekilde, hastanın muvafakati, hastanın menfaatine hareket etme ve hukuka uygun bir kamu gücünün kullanılması olarak açıklanmaktadır. REİSOĞLU, Seza, s: 4.

bir toplumda gerekli olanlar dışında kısıtlama konulamaz” şeklindeki m. 26 düzenlemesi de göz önünde tutulmalıdır.

Demek ki, tıbbi müdahaleler açısından hukuka uygunluk nedenlerini, hastanın rızası ve rızanın aranmadığı ayırık haller olarak, kanunun verdiği yetkinin kullanılması, üstün kamusal yarar ve üstün özel yararın oluşturduğunu söylemek mümkündür. Rızanın aranmaması, illaki rızanın olmadığı yönünde bir algıya yol açmamalıdır elbette. Örneğin kişinin aynı zamanda üstün kamusal yararın olduğu ve kanunla düzenlenmiş bir müdahaleye rıza gösteriyor olması pekala da mümkündür, önemli olan müdahalenin rıza olmasa dahi, hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilecek olmasıdır. Bu durumda tıbbi müdahalelerde genel nitelikli hukuka uygunluk nedenlerini ilgili kişinin rızası ve rızanın aranmadığı ya da daha yerinde bir ifadeyle rızanın zorunlu olmadığı hallerdeki diğer hukuka uygunluk nedenleri olarak ele almak da mümkündür.

Vekaletsiz iş görmeden de bir hukuka uygunluk nedeni olarak söz edilmektedir. Gerçek vekaletsiz iş görmede, başkasının hukuki alanına, onun yararına ve olası amacına uygun olarak yapılan müdahale hukuka uygun kabul edilmektedir. Bilincini kaybetmiş ve yakınları da olmayan hastaya yapılan cerrahi müdahale bu duruma örnek olarak verilmektedir⁶⁴⁷. Vekaletsiz iş görme durumunda da aslında tıbbi bir zorunluluk ve üstün özel yararın bulunduğunu söylemek mümkündür. Hastanın rıza beyanında bulunamayacağı böyle durumlarda, onun gerçek iradesi üzerinde bir tahminde bulunarak ve bu tahmine dayanarak gerçekleştirilen acil ve zorunlu müdahalelerde varsayılan rızaya dayanıldığı da görülmektedir⁶⁴⁸.

Ancak, tüm bu sözü edilen hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında dahi, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, başka birtakım unsurlar da aranmaktadır ki, müdahalenin tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, hukuken öngörölmüş amaçlara yönelmiş olması, tıp biliminin

⁶⁴⁷ TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, s: 33; JANDA, s: 127; VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 46, s: 420; NEUEFEIND, s: 14; EREN, s: 631; AYAN, s: 60, 61; TANDOĞAN, Cilt II, s: 678, 679, 680; DEUTSCH/ SPICKHOFF, s: 622; GÖKCAN, s: 897; SAYMEN / ELBİR, s: 448.

⁶⁴⁸ MEMMER, s: 5; LAUFS, L/U, § 64 Die Risikoauflklärung im besonderen, s: 476, kn: 11; FIKENTSCHE, § 52- III-7, s: 276; JANDA, s: 355; EREN, s: 631; ERMAN, Barış, s: 139; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 96; OEHLER, s: 18; DURAL, Aydınlatma, s: 251; REİSOĞLU, Seza, s: 7; ÇAVDAR, s: 751.

genel ilke ve kurallarına uygun olarak yapılmış olması bu ilave unsurları oluşturmaktadır ⁶⁴⁹.

Dolayısıyla çalışmamızda, öncelikle rıza ele alınıp, diğer durumlar da rızanın aranmadığı haller olarak irdelenecek, ardından da tıbbi müdahaleler açısından aranan ilave unsurlar olarak müdahalenin yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması, hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmiş olması ve tıp bilimi ve mesleğinin ilke ve kurallarına göre gerçekleştirilmiş olması hususları ele alınacaktır.

B.Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası

Kişilerin hukuki değerleri kendi iradelerine bağlı olarak korunduğundan, bir kimsenin, kendisine zarar veren bir fiile razı olması, kural olarak bu fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarmaktadır ⁶⁵⁰. Rıza kişiliğe yönelik saldırılar, özellikle tıbbi müdahaleler açısından büyük önem taşımakta ve hukuka aykırılığı kaldıran en önemli neden olarak ele alınmaktadır ⁶⁵¹. Kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki mutlak haklarına rızası olmaksızın yapılan bir el atma, onun yararına olsa dahi, kişilik haklarına bir saldırı, dolayısıyla da hukuka aykırılık teşkil etmektedir ⁶⁵².

⁶⁴⁹ DURAL / ÖĞÜZ, s: 106, kn: 531; LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 17, kn: 29, TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 662, dn. 13; LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 56, 57, kn: 1, 2; ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003, s: 26-40; ÇAKMUT, Özlem, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 4-6; SAVAŞ, Tıbbi Malpraktis, s: 259; HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Kavramlar, s: 72; ÖZPINAR, Tıbbi Müdahaleden Doğan, s: 274.

⁶⁵⁰ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 660; KARAHASAN, s. 130; TUNÇOMAĞ, I.Cilt, s: 262.

⁶⁵¹ KARAHASAN, s: 131; DURAL / ÖĞÜZ, s: 106, kn: 531, 532; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 23; GÖKCAN, s: 46; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 268; OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1315; KARA KILIÇARSLAN, s: 28, 56.

⁶⁵² DURAL / ÖĞÜZ, s: 104, kn: 524; 106; kn: 531, 432; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 118; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 266, kn: 407; HAGER, in STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 825; MEMMER, s: 2; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 320; YILMAZ, Battal, Aydınlatılmış Rıza, s: 167; SONAT, K. Ali, Tıbbi Müdahalelerde İradi Temsilci Tayini, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Roche Tebliğler Kitabı, İstanbul 2009, s: 176. Kişilik hakları hukuk düzeni tarafından sahiplerinin iradesine uygun olarak korunan menfaatlerdir ve ancak hak sahibinin rızasıyla onun hukuki alanına müdahale caiz hale gelmektedir. TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, s:31. Kişilik haklarını çok genel olarak hak ve fiil ehliyetleri ile bireysel özgürlükler, beden bütünlüğü ve manevi bütünlük olarak ele almak mümkündür. Hak ve fiil ehliyetleri, kişiye ait ve doğrudan hukuki anlam taşıyan niteliktedir ve bunlara ilişkin menfaatler kişilik haklarının en önemli konuları arasındadır. Hukuk düzeninin kişiye tanıdığı, haberleşme, seyahat etme, bir yerde yerleşme, düşünce, vicdan, din, bilim ve sanat, yayım, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma, dernek kurma, hakkını arama, çalışma ve sözleşme özgürlükleri de kişilik haklarının konusunu oluşturmaktadır. Kişinin beden bütünlüğünü, bütün ayrıntıları ile birlikte, onun fizik yapısına dahil olan iç ve dış organlar teşkil eder. Bu insanı nitelendiren en önemli hususlardan biri olup, aynı zamanda yaşam ve sağlık kavramlarını da içine almaktadır. Yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunmasına yönelik menfaatler kişilik hakkı kapsamındadır. Kişilerin manevi, ahlaki, düşünsel vb.

Tıbbi müdahaleler de, hastalığın önlenmesi, tanısı veya tedavisi amaçlarına yönelik olsalar da, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen faaliyetler olduklarından, yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü gibi değerlerine yönelik bir ihlal ve saldırı niteliği taşımaktadırlar⁶⁵³. Bu nedenle her tıbbi müdahalenin kural olarak hastanın rızasıyla gerçekleştirilmesi gerekmekte, ayırık durumlar hariç, rıza, tıbbi müdahaleler yönünden, hukumuzda ve pek çok ülke hukukunda vazgeçilmez bir unsur, bir ön koşul olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁴.

Hastanın verdiği rıza çerçevesinde hareket eden hekim, ancak bir olumsuzluk ve zarar ortaya çıktığında tıbbin kurallarına aykırılık oluşturan ihmali hareketi

yönlerine ilişkin özellikler manevi bütünlüğü meydana getirir. Şeref, haysiyet, hatıralara, ecdada saygı gibi duygular, kişinin özel hayatı, sırları, ismi ve resmi üzerindeki hassasiyeti manevi özelliklerdendir. Kişinin bu niteliklere ilişkin hukuken korunan menfaatleri de kişilik haklarının kapsamındadır. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 521.

⁶⁵³ LAUFS, L/U, § 61 Ausgangspunkte, s: 459, kn: 15; ÖZSUNAY, s: 32; DURAL / ÖĞÜZ, s: 106, kn: 531; GÖKCAN, s: 46; OEHLER, s: 17; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 118, 119; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 322, kn: 511; MEMMER, s: 2; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 90; OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1315, 1317; KARA KILIÇARSLAN, s: 9; ZENGİN, s: 247; ÇAVDAR, s: 736.

⁶⁵⁴ UHLENBRUCK, L/U, § 49 Die ärztliche Untersuchungspflicht, s: 405, kn: 12, s: 418, kn:2; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 264, kn: 402, s: 269, kn: 413; DEUTSCH, Erwin, Deutsche Sonderwege für Arzthaftung, NJW 2012, 2009, beck-online, s: 2011; OEHLER, s: 18; DURAL/ ÖĞÜZ, s: 106, kn: 532; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt II, s: 23; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 118; YILMAZ, Battal, Aydınlatılmış Rıza, s: 167; ÇAKMUT, Hekimler Tarafından Tutuklu, s: 236; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 328; NAMAL, s: 12; HAVUTÇU, s: 403; JANDA, s: 132; FLUME, § 13-11, s: 218; LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 56, kn: 1, s: 57, kn: 2; BROX / WALKER, s: 333, kn: 13; GÖKCAN, s:46, 48; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 67; KARA KILIÇARSLAN, s: 28; 12; ÇAVDAR, s: 736; SOYASLAN, Doğan, Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s: 122; KARA KILIÇARSLAN, s: 28. Amerikan hukukunda yerleşmiş uygulamaya göre de, tıbbi müdahaleler hastanın vücut bütünlüğüne yönelik eylemler olarak ele alınmakta ve kanunlar kişiyi, rızası ve yetkilendirmesi olmaksızın vücuduna yönelik girişilen böyle eylemlerden korumakta, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesi ancak hastanın aydınlatıldıktan sonra göstermiş olduğu rızanın varlığında mümkün olmaktadır. BOUMIL / ELIAS / MOES, s:90, 93. Vücudundaki tümörün rızası hilafına çıkarıldığını iddia eden, oldukça eski, 1914 tarihli Schloendorf v. Society of New York Hospital davası buna örnek oluşturmaktadır Basic right to consent to medical care - Schoendorff v. Society of New York Hosp., 105 N.E. 92, 93 (N.Y. 1914), Mary E. Schloendorff, Appellant, v. The Society of the New York Hospital, Respondent Court of Appeals of New York, 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92, Decided April 14, 1914; <https://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/schoendorff.htm>, Erişim T: 19.07.2017. Schloendorf v. Society of New York Hospital davasında temyiz mahkemesi Pratt v. Davis davasına da atıfta bulunarak “ huzurdaki davada şikayet konusu olay bir ihmali değil, tecavüzdür. Reşit ve ayırt etme gücüne sahip her insanın kendi vücuduna ne yapılacağını belirleme hakkı vardır. Hastanın rızası olmaksızın onu ameliyat eden bir hekim bir saldırı gerçekleştirmiştir ve bu nedenle ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulması gerekir” demektedir. Amerikan öğretisinde oldukça eski tarihli kaynaklarda da ameliyatlarda rıza konusunun irdelenmiş ve varsayılan rızanın geçerli kabul edilmemiş olduğu görülmektedir. WERMUTH, W.S., Necessity of Consent to Operations, August 9, 1913; <http://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/215693>, Erişim T: 19.07.2017; Anılan kararda da görüldüğü üzere, yapılan müdahale tıbben kişinin yararına olsa dahi, rızanın olmamasının hukuksal bakımdan yarattığı etki ve doğurduğu sonuçlar oldukça ağırdır. Öğretimizde de bu karara dikkat çekilmektedir. Bkz. ÇAVDAR, s: 738; Aydınlatılmış onam öğretisinin gelişiminde ve biçimlenmesinde dikkat çeken diğer bazı kararlar hakkında bilgi için bkz. age. s: 742 ve ERSOY, s: 2, 3

nedeniyle sorumlu tutulabilecekken, hastanın rızası olmaksızın müdahalede bulunduğunda, bu müdahale çok önemsiz bir zarara yol açmış ya da hiçbir zarara yol açmamış, hatta hasta fayda görmüş olsa dahi, kasten gerçekleştirilmiş bir haksız eylem iddiası ⁶⁵⁵ ve yaralama nedeniyle ceza sorumluluğu gündeme gelebilecektir ⁶⁵⁶. Bununla beraber kişinin rızasının her müdahaleyi hukuka uygun kılmayacağı, onun yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğü üzerindeki tasarrufunun ancak kişiliğine zarar vermemesi koşulu ile mümkün olduğunun da unutulmaması gereklidir ⁶⁵⁷.

Böylece kişinin kendi vücudu üzerindeki tasarruf hakkının da gereği olarak rızası olmaksızın müdahaleye tabi tutulmama hakkı, hastanın kendisi ve geleceği hakkındaki kararları almasını, dolayısıyla hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının korunmasını da sağlamaktadır ⁶⁵⁸. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının mutlak nitelikte olduğu ve bu hak karşısında hekimin müdahale yükümlülüğünün kalktığı kabul edilmektedir ⁶⁵⁹.

Hastanın iradesinin böylece, ayırık haller bir yana, pek çok zaman sağlığının da önüne geçerek, dikkate alınması gereken en önemli unsur haline geldiğini, bir başka deyişle, tıbbın temel ilkelerinden olan “*salus aegroti suprema lex*” in “*voluntas aegroti suprema lex*” ⁶⁶⁰ olarak değiştiğini söylemek mümkündür ⁶⁶¹. Böylece, hastanın iradesine üstünlük tanınarak, durumu hakkında bilgi sahibi olduktan sonra göstereceği rızası olmaksızın, kendisinin objektif yararına dahi olsa, tıbbi müdahalede bulunulamayacağı vurgulanmaktadır. Yani hekimin kural olarak hastanın rızasının olmadığı bir durumda, ona el atmadan kaçınması, müdahalede

⁶⁵⁵ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 67; KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 820.

⁶⁵⁶ JANDA, s: 132. Rıza olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden dolayı hekimin hiçbir kusuru olmasa dahi hem hukuki hem cezai sorumluluğu doğacağı yönündeki görüş için ayrıca bkz. REİSOĞLU, Seza, s:8.; ayrıca DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 269, kn: 413; aynı yönde HAVUTÇU, s: 409; SOYASLAN, Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, s: 127; Bu konudaki ilave görüş ve açıklamalar için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 260-262.

⁶⁵⁷ DURAL / ÖĞÜZ, s: 105, kn: 526 vd; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 661, 662 dn. 13; AYBAY, s: 78; OKTAY ÖZDEMİR, Serozan’a Armağan, s: 1317, 1320.

⁶⁵⁸ DEUTSCH, Erwin, Die Aufklärung über mögliche Komplikationen durch den Impfarzt, Humaniora, Medizin- Recht- Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, KERN, Bernd- Rüdiger / WADLE, Elmar / SCHROEDER, Klaus-Peter / KATZENMEIER, Christian (Hrsg), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, s: 756; GÖKCAN, s: 46, 48, JANDA, s: 132; SCARAMUZZINO, s: 29; Aynı yönde HAVUTÇU, s: 403; ÇAVDAR, s: 738.

⁶⁵⁹ GÖKCAN, s: 48; ERMAN, Barış, s: 165.

⁶⁶⁰ *Salus aegroti suprema lex*: hastanın sağlığı en üstün yasadır; *voluntas aegroti suprema lex*: hastanın iradesi en üstün yasadır.

⁶⁶¹ *Deutsch ve Spickhoff* ise “*salus et voluntas aegroti suprema lex*” olarak yaklaşmaktadırlar. DEUTSCH/ SPICKHOFF, s: 403, kn: 402; JANDA, s: 132; DETTMAYER, s: 215; BAUER, s: 174; ERMAN, Barış, s: 10; KOYUNCU, s:77.

bulunmaması gerekmekte, dolayısıyla hastanın müdahaleye rıza göstermemesi hekimin karşısına çıkan, dikkate alması gereken en önemli sınırlamalardan birini teşkil etmektedir.

1. Rızaya İlişkin Yasal Düzenlemeler

AY 17. maddesi kişinin yaşama, vücut bütünlüğünü koruma, özgürlük ve güvenlik haklarını güvence altına alan bir düzenleme olup, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” hükmüyle, yasal istisnalar dışında, rızaya aykırı tedavi yasaklanmak suretiyle hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı güvenceye alınmıştır⁶⁶². TMK m. 24’ de⁶⁶³ kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, TBK m. 63’te⁶⁶⁴ zarar görenin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. TMK m.24 düzenlemesi uyarınca kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası olmaksızın kişilik haklarına yapılan saldırılar hukuka aykırı olacağına göre, temelde hastanın kişilik hakkına bir saldırı niteliğinde olan tüm tıbbi müdahaleler de rızanın yokluğu durumunda kural olarak hukuka aykırı olacaktır. TBK m.63 de rızanın varlığı halinde zarara yol açan eylemin hukuka aykırı sayılmayacağını kabul ettiğine göre, yine rızanın yokluğunda eylem hukuka aykırı olacaktır. Bu genel düzenlemelerin yanı sıra, ülkemizin de taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi’nin 5 - 9. maddelerinde, TŞSTIDK 70.maddesinde, Organ Nakli Kanunu 6 ve 14. maddelerinde, Nüfus Planlama Kanunu ve bu kanuna bağlı çıkarılan Rahim Tahliyesi Tüzüğü’nde, TDN m. 22’de, HHY 5, 22 ve 24 - 31. maddelerinde ve yeri geldiğinde değineceğimiz diğer düzenlemelerde hastanın rızası ile ilgili hükümler ve öngörüler yer almaktadır.

Biyotıp Sözleşmesi’de, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden

⁶⁶² GÖKCAN, s. 47; benzer görüş ve açıklamalar için HAVUTÇU, s: 404.

⁶⁶³ TMK m.24: “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

⁶⁶⁴ TBK m.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.”

sonra yapılabileceği, kişinin muvafakatini her zaman serbestçe geri alabileceği, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimseden kural olarak organ veya doku alınamayacağı öngörülmüştür.

Tababet Kanunu 70. maddesine bakıldığında, hekimler ve diş hekimlerinin yapacakları müdahaleler için hastanın, şayet hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin muvafakatini almaları gerekmektedir.

Organ Nakli Kanunu'nda, canlı kişiden nakilde rıza için şekil şartlarının öngörülmüş olduğu dikkati çekmektedir. Kanun on sekiz yaşından küçüklerin organ ve doku vermelerini zaten yasaklamış olduğu gibi, onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için de vericinin en az iki tanık huzurunda yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın hekim tarafından onaylanmasını aramaktadır⁶⁶⁵. Ölüden nakilde de, bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını bağışlamamış ya da bilimsel amaçlar için bıraktığını açıklamamış ya da vasiyet etmemiş ise, yakınlarının muvafakatinin aranması gerektiği ve ölen kişinin rızasının bulunmadığının açıkça bilindiği durumlarda organ ve doku alınamayacağı öngörülmüştür⁶⁶⁶.

Nüfus Planlama Kanunu bir erkek veya kadının çocuk yapma yeteneğinin ortadan kaldırılması için sterilizasyon ameliyatının reşit kişinin isteği üzerine yapılabileceğini, gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahalelerin ise, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile birlikte sulh hakiminin iznine bağlı olduğunu, ayrıca hem sterilizasyon hem gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahalelerde rızaları aranılacak kişilerin evli olması durumunda eşin de rızasının gerektiğini öngörmüştür. Rahim Tahliyesi Tüzüğü de Nüfus Planlama Kanunu'na benzer hükümler⁶⁶⁷ içermektedir. Yine TDN, gebelikler

⁶⁶⁵ Ayrıca bkz. AKÜNAL, s: 20.

⁶⁶⁶ Ayrıca bkz. AKÜNAL, s: 24.

⁶⁶⁷ Buna göre, on haftayı geçmeyen gebeliklerin tahliyesinde, gebe kadın reşitse kendisinden, küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden, vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden, ki bu halde ayrıca sulh hakiminden de izin alınması gerekir, evliyse eşinden, örneği Tüzük'e ekli izin belgesinin alınması gerekmektedir. Rahim Tahliyesi Tüzüğü 10. maddesinde, sterilizasyon ameliyatının, tıbbi sakınca olmaması koşuluyla ve reşit kişinin isteği üzerine yapılacağı, 14. maddenin son fıkrasında ise evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması için eşinden de ayrıca izin belgesi alınması gerektiği düzenlenmiştir.

sonlandırılırken hastanın ve varsa veli veya vasisinin yazılı olarak muvafakatinin alınmasının şart olduğunu düzenlemiştir.

HHY 4. maddesinde rıza, kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelikte, tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamayacağı, kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimsenin, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamayacağı, hastanın verdiği rızanın, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsadığı ve tıbbi müdahalenin, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerektiği yönünde düzenlemeler yer almaktadır.

Alman hukukunda, rıza alma yükümlülüğü AMK § 630 d'de (§ 630 d BGB) düzenlenmiş olup, aynı düzenlemenin 2. fıkrasında, rızanın geçerliliği için bir sonraki paragraf uyarınca (§ 630 e) yapılması gereken aydınlatma yükümlülüğüne de işaret edilmiştir. BGB § 630 d uyarınca, herhangi bir tıbbi müdahale, özellikle vücut bütünlüğü veya sağlığa yönelik bir girişim öncesinde, hekim, hastanın rızasını almakla yükümlüdür. Hasta rıza gösterebilecek durumda değilse ve daha önceden müdahaleye izin verme ya da yasaklama şeklinde herhangi bir açıklamayı içeren hasta talimatı da mevcut değilse, yasal temsilcisinin rızasının alınması gerekmektedir

668.

⁶⁶⁸ Ayrıca geciktirilemeyecek bir tıbbi müdahale için zamanında rızanın alınmasının mümkün olmadığı hallerde ise, müdahale hastanın muhtemel rızasına uygun olarak gerçekleştirilebilmektedir. Rızanın geçerli olabilmesi için ise hastanın ya da rıza vermeye yetkili kişinin § 630 e uyarınca aydınlatılmış olması gerekmektedir. Rıza herhangi bir gerekçeyle ihtiyaç olmaksızın ve herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın her zaman için geri alınabilecektir. Bilgilendirme yükümlülüğü ise Kanunun 630 c paragrafında (§ 630 c BGB) düzenlenmiştir. Paragrafın 2. fıkrasında hekimin, hastayı, müdahaleye başlamadan önce, müdahale açısından anlam taşıyan koşullar, özellikle tanı, sağlığıyla ilgili öngörülen seyir, tedavi ve bununla ilgili başvurulacak önlemler hakkında, ayrıca bir tıbbi uygulama hatası şüphesinin varlığında ve gelecekte ortaya çıkabilecek tehlikeleri önlemek üzere bilgilendirme yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Müdahalenin maliyeti üçüncü bir kişi tarafından değil de hastanın kendisi tarafından karşılanacak ise maliyet konusunda bilgilendirme yapılması gerektiği de maddenin 3. fıkrasında, bilgilendirmenin yapılmayacağı haller ise 4. fıkrasında hüküm altına alınmıştır. (§ 630 d BGB). § 630 e ise daha farklı olarak hekimin aydınlatma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Paragrafın 1. fıkrasına göre hekimin, hastayı rızası üzerinde etkili olabilecek tüm hususlar hakkında aydınlatma yükümü bulunmaktadır. Aydınlatmanın hangi konularda ve nasıl yapılacağı bu fıkranın devamı ve ikinci fıkrada yer almaktadır.

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>, Erişim T: 10.10.2017. Bu düzenlemelere ilişkin açıklama ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 820.

Almanya’da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları’na göre de (§ 7 MBO- Ä) her tıbbi müdahalenin hastanın onuru, kişiliği, iradesi, hakları, özellikle kendi geleceğini belirleme hakkı dikkate alınarak gerçekleştirilmesi, müdahaleler için hastanın rızasının alınmış ve öncesinde de aydınlatılmış olması (§ 8 MBO- Ä) gerekmektedir. Düzenlemenin 8. paragrafı da hekimin aydınlatma yükümlülüğünü düzenlemektedir ⁶⁶⁹.

2. Geçerli Rızanın Koşulları

a. Genel Kurallar

Rıza, ancak, hukuka, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması ve eylemin gerçekleştirilmesinden önce verilmiş olması koşuluyla hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır ⁶⁷⁰. AY m.17’de de açıkça ortaya konduğu üzere, tıbbi zorunluluklar ve kanunda izin verilen haller dışında, kişinin rızası da olsa vücut bütünlüğüne yönelik eylemlerde bulunulamayacaktır ⁶⁷¹. HHY m. 28’de “*Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.*” diyerek rızanın hukuka ve ahlaka olamayacağı açıkça ortaya konmuştur. Dolayısıyla kişinin rızasının her durumda müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkartacağı sonucuna varılmamalıdır ⁶⁷². Örneğin, acı çeken bir hastanın kendi ölümüne yol açan bir eyleme gösterdiği rıza veya kişinin bilerek sakat kalmasına yol açacak eyleme gösterdiği rıza, bu sonuç ortaya çıkmamış olsa dahi, geçerli olmayacak ve eylemin kişilik haklarına ve hukuka aykırılığını kaldırmayacaktır ⁶⁷³.

⁶⁶⁹ http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf, Erişim T: 10.02.2018.

⁶⁷⁰ KARAHASAN, s: 130; TUNÇOMAÇ, I. Cilt, s: 262; TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, s: 31; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 118; DURAL, Aydınlatma, s: 251, 255; DURAL/ ÖĞÜZ, s: 104, kn: 525; EREN, s: 628, 630; ARPACI, s: 13; ÖZCAN, Burcu / ÖZEL, Çağlar, Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt: 10, Sayı:1, Yıl: 2007,s: 51; KARA KILIÇARSLAN, s: 29,30. Bu nedenle, vücut bütünlüğünün ihlaline yönelik rıza da esasen geçersiz olmakla beraber, ameliyat ve spor karşılaşmaları gibi makul nedenlerin varlığında, bir kimsenin bedenine yapılan el atma haksız sayılmamaktadır. TUNÇOMAÇ, I.Cilt, s: 262; EREN, s: 628, 630; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 350

⁶⁷¹ GÖKCAN, s: 43.

⁶⁷² DURAL / ÖĞÜZ, s: 104, 105; Ceza hukukundan görüş ve açıklamalar için ayrıca bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 261; SOYASLAN, Ceza Hukuku, s: 159, 160.

⁶⁷³ TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, s: 32; OĞUZMAN / ÖZ, s: 23; REİSOĞLU, Seza, s: 7,8; Aynı yönde ARPACI, s: 13; Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi bütünlüğü kişinin kendine karşı da korunmakta ve rızanın geçerli olduğu alan sınırlanmaktadır. OKTAY ÖZDEMİR, Serozan’a Armağan, s: 1316, 1317; OKTAY ÖZDEMİR, Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi

HHY 13. maddesinde de ötanazinin yasak olduğu ve ne tıbbi ne de başka bir nedenle kişinin bu yönde bir talebi olsa dahi yaşamının sona erdirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Yönetmeliğin 12. maddesinde ise teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek bir müdahalenin talep edilemeyeceği ve yapılamayacağı belirtilerek kişinin bu yönde vermiş olduğu rızaya itibar edilmemiştir. Bu düzenleme tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi için gereken koşullardan biri olarak müdahalenin koruma, tanı, tedavi gibi hukuken öngörölmüş bir amaca yönelmiş olması gerektiğine de işaret etmektedir. Kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek vb. üzere rıza verebilir⁶⁷⁴. Nitekim *Schwartz*'ın da ifade ettiği gibi, kişinin rızasının, gerçekleştirilen eylemi hukuka uygun hale getirebilmesinin bazı sınırları ya da “ *bu imkanın hudutları vardır, çünkü hassaten hayat ve sıhhat gibi şahsi kıymetler ve varlıklar bakımından hiçbir muvafakat, tecavüzün hukuka mugayeretini bertaraf edemez. Ezcümle hastanın ricası üzerine vaki öldürücü bir enjeksiyon buna rağmen hukuka mugayirdir, fakat husule gelen hukuka aykırı neticeye hastanın kastı müterafikan sebep olmuştur.*”⁶⁷⁵ “ *Zarara kasten sebebiyet verilmişse, mutazarrırın müterafik ihmali kaideten mevzu bahis olmayacaktır. Diğer taraftan zarar, failin kastına tekabül eden bir niyet mutazarrırda mevcutsa, vaziyet farklıdır; hususile cismai zararlara, bilhassa bilerek zarar ikamı ifade eden tıbbi müdahalelere muvafakat, zarar ve ziyanın tenkis sebebi sayılabilir*”⁶⁷⁶. Demek ki, hastanın ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı bir müdahaleye gösterdiği rıza hukuka aykırılığı kaldırmamakla beraber tazminattan indirim sebebi oluşturabilecektir⁶⁷⁷.

Bir diğer görüş de, rızanın ancak kişinin üzerinde tasarruf edebileceği haklara ve değerlere ilişkin olması durumunda geçerli olduğu, yasaklayıcı ve emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve özellikle kişilik haklarına aykırı olmaması gerektiği, yaşam, beden bütünlüğü ve sağlık üzerinde bir başkasının müdahalesine gösterilen rızanın

Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, Prof. Dr.Özer Seliçi'nin Anısına Armağan (Ed. PİRİM, Ceren Zeynep), Cilt:11, Sayı: 145-146, Eylül- Ekim 2016, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s: 229; ÖZEL, s: 51; KARA KILIÇARSLAN, s: 30. DURAL / ÖĞÜZ, s: 105, kn: 526; KILIÇOĞLU, s: 378; EREN, s: 629;

⁶⁷⁴ KARAHASAN, s: 131; DURAL / ÖĞÜZ, s: 106, kn: 531; ARPACI, s: 6.

⁶⁷⁵ SCHWARTZ, s: 143.

⁶⁷⁶ SCHWARTZ, s: 145.

⁶⁷⁷ DURAL / ÖĞÜZ, s: 104, 105; Ahlaka, adaba ve emredici kurallara aykırı rızanın hukuka aykırılığı kaldırmadığı yönünde REİSOĞLU, Seza, s: 8; ATAAY, s:278, 279; OĞUZMAN / ÖZ, s: 23; KARA KILIÇARSLAN, s: 30.

kişilik haklarını ihlal ettiği takdirde hukuka aykırılığı gideremeyeceği, bununla beraber, beden bütünlüğüne yönelik bazı el atmalarda rızanın istisnai olarak hukuka aykırılığı tamamen kaldırdığı yönündedir ve mesleki bilgi, dikkat ve özene uyularak gerçekleştirilen ameliyat vb. tıbbi müdahaleler bu hususa örnek gösterilmektedir. Bunun ötesinde müdahalenin iyileştirme amacını taşıması, tıp biliminin kurallarına uygun olması ve örneğin Organ Nakli Kanunu'nda öngörülmüş olanlar benzeri, kanundan kaynaklanan sınırlamaları ihlal etmemesi gerektiğine de dikkat çekilmektedir ⁶⁷⁸

Böylece, kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğünün kendisine karşı da korunmakta olduğu görülmekle beraber, kimi zaman kişinin kendi yararını başka bir yarar karşısında üstün tutmaması ve feda etmesi de irade özerkliği kapsamında kabul edilebilecektir ⁶⁷⁹. Örneğin canlıdan organ bağışında kişi, başkasının yaşamının kurtulması uğruna bir böbreğini, karaciğerinin bir bölümünü vermeyi ve bunun için riskleri de söz konusu olan bir cerrahi müdahaleye uğramayı göze alabilir ya da bazı hastalıklara yakalanmamak, bir daha gebe kalmamak vb. ⁶⁸⁰ gibi amaçlarla bazı organlarının alınmasını veya işlevsiz hale getirilmesini talep edebilir. Bu istisnai durumların da çoğunlukla kanunlarda düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Böyle haklı nedenler olmadığı takdirde, kişinin yaşamını, sağlığını, vücut bütünlüğünü ihlal eden eylemlere gösterdiği rıza geçersizdir ve varlığı eylemi, konumuz bağlamında tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılamamaktadır.

Bu aşamada rızanın tek başına hekime müdahale hakkı verip vermeyeceği, bir diğer ifadeyle, müdahalenin hukuka uygunluğu için endikasyonun aranıp aranmayacağı sorusu akla gelmektedir. Rızanın hukuka aykırılığı kaldırmaya yeterli olup olmayacağı, rızanın neye ilişkin olduğuna ve gerçekleştirilecek müdahaleye bağlıdır. Örneğin, tıbben herhangi bir tedavi veya ayırık hallerde acil bir kurtuluş nedeni olmadıkça bir kişinin bir organının kesilmesine rıza göstermesi geçerli

⁶⁷⁸ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 661, 662 dn. 13. Anılan yazarlar da, zarar görenin zarar veren eyleme rıza göstermiş olması durumunda, önceki Borçlar Kanunu m. 44/1 hükmüne de atıfta bulunarak, hakim in indirime gidebileceğini ve bu uygulamaya rızanın hukuka aykırılığı kaldırmadığı hallerde başvurulacağını Organ Nakli Kanunu ile ilgili bir örnek eşliğinde ifade etmektedirler. Bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 800 ve dn.11; Organ Nakli Kanunu düzenlemelerine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. AKÜNAL, s: 19-28.

⁶⁷⁹ KARA KILIÇARSLAN, s: 41.

⁶⁸⁰ Bazı kanser türlerine genetik yatkınlığı olduğu ortaya konmuş kişilerin meme, rahim, yumurtalıklar gibi yaşamsal önemi olmayan organlarının alınmasını talep etmeleri, bir daha çocuk sahibi olmak istemeyen kadınların ya da erkeklerin sterilizasyona yönelik müdahaleleri yaptırmaları gibi.

değildir. Kişinin, gangren olmuş kolunun kesilmesine rıza göstermesi hukuka uygun iken, sağlam bir kolun kesilmesine gösterilen rıza eylemin hukuka aykırılığını kaldırmamaktadır ⁶⁸¹. Ya da bir kişinin onsuz yaşayamayacağı bir organını bağışlamak istemesi durumunda bu rıza geçerli kabul edilmeyecektir. Yaşayan bir kimsenin organ verebilmesinin ilk şartı, verilecek organın yaşamın devamlılığı ya da kişinin toplum ve ailesine karşı ödevlerini yerine getirebilmesi bakımından gerekli olmamasıdır. Örneğin kalp gibi, yokluğu halinde kişinin yaşamının mutlak surette sona ereceği bir organın bağışlanmasını Organ Nakli Kanunu m. 8 kesinlikle yasaklamıştır ⁶⁸². Öğretide de, kişilerin yaşamları, sağlıkları, beden bütünlüğüne ⁶⁸³ yönelik gelişigüzel müdahalelerde bulunulamayacağını, bir kimsenin başkasını ölümden kurtarmak için dahi olsa, kendisinden alınacak yaşamsal bir organın başkasına naklini sağlayan ameliyatlara rıza göstermesinin geçerli olmadığı belirtilmektedir ⁶⁸⁴. Dolayısıyla kişinin, hayatta kalmak konusunda sahip olduğu üstün nitelikteki özel yararın, onun rızasından daha ön planda tutuluyor olması, kişinin kendi kaderini belirleme hakkının bir istisnası olarak görülebilir. Hastanın ölmeye yönelik kesin bir iradesi bulunsa dahi, onun yaşamını sürdürmesindeki üstün nitelikte özel yarar, bu iradenin göz ardı edilmesini gerektirebilmektedir ⁶⁸⁵.

Oğuzman ve Öz'e göre, rıza tıbbi müdahalelerde en önemli hukuka uygunluk nedeni olsa da, rızanın yanı sıra tıbbi müdahalenin gerekli olması ve tıbbin kurallarına uygun şekilde yapılmış olması da aranmaktadır ⁶⁸⁶. Dural ve Öğüz de tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için rızanın yanı sıra müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılması gerektiğini ifade etmektedirler ⁶⁸⁷.

⁶⁸¹ DURAL / ÖĞÜZ, s: 105, kn: 529.

⁶⁸² DURAL / ÖĞÜZ, s: 114, kn: 567; AYAN, s: 20; AKÜNAL, s: 20, 21; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 120; Böbrek gibi organizmanın yeniden oluşturamayacağı çift organlardan birinin verilip verilemeyeceğinin, bunun vericinin sağlığını önemli ölçüde etkileyip etkilemeyeceğine, ailesine ve topluma karşı görevlerini engelleyip engellemeyeceğine bağlı olduğu ve şayet böyle olumsuz etkiler söz konusu değilse naklin gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. DURAL/ ÖĞÜZ, s: 115, kn: 569.

⁶⁸³ Kişinin fizik yapısına dahil olan iç ve dış organlar, bütün ayrıntıları ile birlikte beden bütünlüğünü meydana getirmekte olup, insanı nitelendiren en önemli hususlardan birini oluşturmaktadırlar. Beden bütünlüğü aynı zamanda hayat ve sağlık kavramlarını da içine almaktadır. TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s: 250.

⁶⁸⁴ TEKİNAY, s: 256; AKÜNAL, s: 21; EREN, s: 629; Aynı yönde SOYASLAN, Ceza Hukuku, s: 159, 160.

⁶⁸⁵ ÖZBİLEN, s: 106, 107.

⁶⁸⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s: 23.

⁶⁸⁷ DURAL / ÖĞÜZ, s: 106, kn: 531. Benzer yönde görüş için REİSOĞLU, Seza, s: 8; KILIÇOĞLU, s: 378; ARPACI, s: 6.

Rızanın işlenen eylemi hukuka uygun kılabilmesi için, ahlaka, adaba, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamasının yanı sıra, ehliyetsizlik, irade sakatlığı gibi nedenlerle geçersiz olmaması da gerekmektedir. Geçerli bir rıza için, hastanın iradesinin sakatlanmamış olması, rızasını açıklarken herhangi bir yanılgıya düşmemiş olması, yani iradeyi sakatlayan hata, hile ve tehdit gibi nedenlerin de bulunmaması gerekmektedir⁶⁸⁸. Aksi takdirde rıza geçerli şekilde alınmamış olduğu için müdahale

⁶⁸⁸ Hata, bir kimsenin, bir sözleşme yaparken, bunu yapmasına etkili olabilecek bir olay veya bir durum hakkında ya eksik ya da yanlış fikir sahibi olmasıdır. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 576. Bir konuda gerçeğe aykırı bir fikir sahibi olmak şeklinde de açıklanmaktadır. Bir konuda doğru bilgiye sahip olduğu halde, davranışta bilmeksizin buna aykırı hareket etmek de hata sayılmaktadır. AYBAY, s: 60. Hatada, irade ile irade açıklaması arasındaki uyumsuzluk, iradesini açıklayan tarafın dikkatsizliğinden doğmaktadır. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 57. TBK hata yerine yanılma terimini tercih etse de, bu terimin kullanılmasına yönelik eleştiriler de bulunmaktadır. Hata ya da yanılma, bir kimsenin olayları yanlış anlaması, yanlış değerlendirmesi, bekleme ve tahminlerinin isabetsiz olması şeklinde açıklanmaktadır. Hatada bilmeme ve istememe unsurlarının bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde hatadan söz edilemeyecektir. KILIÇOĞLU, s: 248 vd; Hata denildiğinde genellikle gerçek durum ile ilgili olmayan yanlış bir tasavvur anlaşılmaktadır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 36, s: 393, kn: 2; Hata hususunda daha fazla açıklama için bkz. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 37, s: 301 vd; SCHWARTZ, s: 299 vd.; KARAHASAN, Sözleşmeler, s: 304 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 36, s: 393 vd; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 208 vd; NOMER, s: 92 vd; EREN, s: 394 vd; Hataya ilişkin Alman hukukundan ilave görüş ve açıklamalar için bkz. FLUME, § 21-1, s: 415 vd; SCHIEMANN, Gottfried, Das Rechtsgeschäft, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 98; Hile ise bir kimsenin hukuki işlem yapmasını sağlamak için onun kasden- bilerek- yanıltılmasıdır. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 599. “*Hileden maksat, bir kimseyi akit yapmaya, yani iradesini izhar etmeye sevk için bazı desiseler kullanmaktır*” SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s: 270. Kişi birtakım yalan dolan ve yanıltmalarla bir irade açıklamasında bulunmaya yöneltilmekte, bir başka ifadeyle bir kimse birtakım yalanlarla kasten yanılgıya düşürülerek bir sözleşme yaptırılmaktadır. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 58. TBK’da hile yerine aldatma teriminin tercih edilmesi öğretide eleştirilmektedir. KILIÇOĞLU, s: 268; Hile (aldatma) hususunda daha fazla açıklama için bkz. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 38, s: 319- 324; SCHWARTZ, s: 321 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 37, s: 452 vd; KARAHASAN, Sözleşmeler, s: 320 vd; NOMER, s: 96 vd; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 216 vd.; KILIÇOĞLU, s: 268; EREN, s: 414; vd. Hileye ilişkin Alman hukukundan ilave görüş ve açıklamalar için bkz. SCHIEMANN, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 101; İradeyi sakatlayan nedenler içinde tehditi, genel olarak hileye göre daha kötü ve tehlikeli bir unsur olarak ele alan Flume’nin hile hakkındaki detaylı görüş ve açıklamaları için bkz. FLUME, §27-5, s: 533 vd ve § 29-1, s: 541 vd. Tehditte ise (ikrah), bir kişinin korkutularak hukuki işlem yapmaya zorlanması söz konusudur. Kişinin iradesi kuvvetli bir manevi zorlama altında kalmaktadır. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 605; SAYMEN / ELBİR, 1.Cilt, s:274; Bir kimse kendisine veya yakınlarından birine bir zarar verileceği korkusu altında iradesini açıklamak zorunda kalmaktadır. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 58. *Kılıçoğlu*’na göre, ikrah tehditin bir türüdür. Tehdit maddi ya da manevi olabilir. Maddi tehditte kişi üzerinde zor kullanma, manevi tehditte ise kişide korku uyandırma söz konusudur. Eski BK, kişide korku uyandırmayı ikrah olarak adlandırmış ve yalnızca tehditin bu türünü geçersizlik nedeni olarak saymış iken, yeni TBK ikrah yerine korkutma sözcüğünü kullanmıştır. Dolayısıyla ikrah da aynı zamanda bir tehdit olarak görülmektedir. Daha fazla bilgi için KILIÇOĞLU, s: 277vd; İkra (korkutma) hususunda daha fazla açıklama için bkz. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 38, s: 325 vd; FLUME, § 28, s: 534 vd; SCHWARTZ, s: 323; KARAHASAN, Sözleşmeler, s: 330 vd; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 220 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 38, s: 471 vd;

hukuka aykırılık taşımaya devam edecektir ⁶⁸⁹. Hata ve daha seyrek olarak hile tıbbi müdahalelere gösterilen rızayı sakatlayan nedenler olarak gündeme gelebilecekse de, korkutmanın çok ayırık haller dışında söz konusu olmayacağı kanısındayız.

Rıza ehliyeti için belirleyici olan kişinin irade gösterebilme yeteneğidir. Hastanın algılama ve ayırt etme gücünün yapılmış olan aydınlatmayı kavramaya, bir müdahalenin fayda ve risklerini tartmaya ve sonuçta kendi sorumluluğunu almış şekilde bir karar vermeye yeterli olması lazımdır. Hastanın kavrama ve kontrol yeteneğini haiz olduğu ve tıbbi müdahalenin şekli, anlamı, kapsamı, risklerini kavramış ve iradesini buna göre yönlendirmiş olduğu hususunda hekimin ikna olması gerekmektedir ⁶⁹⁰. *Janda*, kişinin ayırt etme gücünün bilinç kaybı, alkol veya madde etkisi, hastalık gibi bir nedenle azalması ya da ortadan kalkması halinde, tıbbi müdahaleler açısından etkili bir rıza gösteremeyeceğini, tıbben beklenmesinde bir sakınca yok ise bilincin normale dönmesinin beklenebileceğini, ancak acil durumlarda hekimin hastanın yararına ve dolayısıyla varsayılan rızasına uygun şekilde vekaletsiz iş gören olarak müdahalede bulunabileceğini ifade etmektedir. Psikik ya da ruhsal bir bozukluğu olan veya zihinsel engelli kişilerin ise öncelikle planlanan müdahalenin genişliğini kavrayacak ve bu konuda bir karar verebilecek ve yapılacak aydınlatmayı, tanıyı, iyileşme imkanlarını, riskleri vb. anlayabilecek kapasitede olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme

NOMER, s: 88, 89; EREN, s: 419 vd; İkraha ilişkin Alman hukukundan ilave görüş ve açıklamalar için bkz. SCHIEMANN, İn: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 101; Borçlar Hukukunda irade bozuklukları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. KURŞAT, Zekeriya, İrade Bozuklukları, TBK m. 30- 39, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faru / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 157- 218. Esasen sözleşmelerin geçerliliğini etkileyecek irade bozuklukları bağlamında yapılmış olan tüm bu açıklamaların tıbbi müdahalelere yönelik rızaya birebir uygulanması elverişli olmayıp, uygun düştüğü ölçüde konu ile ilişkilendirilmesi yerinde olacaktır; Yine İsviçre hukukundan irade bozukluklarına ilişkin detaylı açıklamalar için VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 36, s: 297 vd.

⁶⁸⁹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s. 272, kn: 422; DEUTSCH, Aufklaerung über Komplikationen, s: 755; DURAL, Aydınlatma, s: 252; DURAL / ÖĞÜZ, s: 108, kn: 540; BAYRAKTAR, s: 138; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 25; EREN, s: 628; GÖKCAN, s: 147; ARPACI, s: 12; ERMAN, Barış s: 97; BAYRAKTAR, s: 138.

⁶⁹⁰ Örneğin ağrı kesici ilacın etkisi altında ve tam müdahaleye alınmak üzere sedyenin üzerinde yatan hastaya yetersiz bir aydınlatılmış onam formunun üstelik gözlüğü de elinde değilken imzalatılmış olması durumunda, tanısız girişimin riskleri bakımından yeterli aydınlatma sonrası verilmiş geçerli bir rızanın varlığından söz edilemeyecektir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 272. Bundesgerichtshof, Beschl. v. 21.06.1983, Az.: VI ZR 108/82, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1983-06-21/vi-zr-108_82/, Erişim T: 15.03.2018. Aynı yönde görüşler için bkz. BROX / WALKER, s: 334, kn: 14; FISCHER, Gerfried, Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:2, Yıl 2006, (Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), s: 26.

ve saptamaları yapacak olan da yine hekimdir. Ancak hastanın rıza gösterme ehliyeti yoksa onun yasal temsilcinin, mahkemece atanmış bir danışmanın vb. karar vermesi gereklidir ⁶⁹¹.

Rızanın mutlaka tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce verilmesi gerekmektedir. Eylemin gerçekleşmesinden sonra verilen rıza hukuka uygunluğu sağlayamayacaktır, ancak olası bir ibra şeklinde ele alınması söz konusu olabilir ⁶⁹². Ayrıca rızanın genel olarak değil, somut bir durum ve müdahale için verilmiş olması da gerekmektedir. Örneğin, aile hekimi ile yapılan bir sözleşme ya da hastaneye yatış öncesi verilen genel bir muvafakat, süreç içinde gereklilik arz eden tüm müdahaleler, özellikle ameliyatlara açısından geçerli kabul edilmeyecektir. Somut müdahaleye yönelik olarak hastanın ayrıca rıza göstermesi gerekmektedir ⁶⁹³. Öğretide bir görüş de, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayacak bir rıza açıklamasında gerekli koşulları, hastanın rızasının mutlaka belirli bir tıbbi müdahaleye yönelik olması, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada açıklanmış ve geri alınmamış olması, hasta ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlanmış bir kişi olsa bile, rızasını hukuka ve ahlaka uygun olarak serbestçe ve hekim tarafından aydınlatıldıktan sonra açıklamış olması ve son olarak da ilgili mevzuatta öngörülen şekillerde açıklanması olarak ifade etmektedir ⁶⁹⁴.

b. Rıza Açıklama Yetkisi

Tıbbi müdahaleye rıza gösterecek kişi kural olarak üzerinde müdahale gerçekleştirilecek olan hastanın kendisidir ⁶⁹⁵. Kendi vücuduna yönelmiş tıbbi müdahale nedeniyle kişilik haklarının doğrudan etkilenmesinden dolayı rızanın ancak müdahaleye maruz kalacak kişi olan hasta tarafından gösterilmesi ya da bir

⁶⁹¹ JANDA, s: 137, 138.

⁶⁹² TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, s: 32; OĞUZMAN / ÖZ, s: 25; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 661; DURAL / ÖĞÜZ, s: 111, kn: 552; TUNÇOMAĞ, I. CİLT, s: 262; KARA KILIÇARSLAN, s: 29; YENİDÜNYA, Caner, Hekimin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Roche Tebliğler Kitabı, İstanbul 2009, s: 68.

⁶⁹³ DURAL / ÖĞÜZ, s: 108, kn: 539, s: 111. Aynı yönde ARPACI, s: 11.

⁶⁹⁴ DEMİR, s: 237, dn 34. Organ Nakli Kanunu, Nüfus Planlama Kanunu düzenlemeleri hastanın rızasında şekil şartının arandığı düzenlemelere örnek gösterilebilir.

⁶⁹⁵ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 315, kn: 496; GEHRLEIN, s: 106, kn: 43; JANDA, s. 137; 343; HAVUTÇU, s: 405; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 22, 24; OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1323; 1325, 1326;

başka ifadeyle tıbbi müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, bizzat müdahaleye maruz kalacak kişi tarafından açıklanması gerekmektedir ⁶⁹⁶.

Reşit ve ayırt etme gücüne sahip olan herkesin rıza ehliyeti bulunmaktadır. Sınırlı ehliyetsiz hasta rızasını kendi açıklayabilecekse de, ayırt etme gücüne sahip olmayan hastanın yasal temsilcisinin rızası gerekmektedir ⁶⁹⁷. Tam ehliyetsiz hastanın göstermiş olduğu rıza hukuka uygunluğu sağlayamayacaktır; zira rızanın işlenen eylemi hukuka uygun kılabilmesi için, yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, hukuka, ahlaka, kişilik haklarına aykırılığın yanı sıra, ehliyetsizlik, irade sakatlığı gibi nedenlerle de geçersiz olmaması gerekmektedir ⁶⁹⁸. Bu bağlamda rıza gösterme ehliyeti ile fiil ehliyeti karıştırılmamalıdır. Hasta fiil ehliyeti bulunmadığı için tıbbi müdahale sözleşmesine taraf olamamakla beraber, ayırt etme gücünü haiz olduğu takdirde müdahaleye gösterdiği rıza geçerli olmaktadır ⁶⁹⁹. Zira bir kişinin kısıtlanmasını kaldıran nedenler aynı zamanda ayırt etme gücünü zorunlu olarak ortadan kaldırmamaktadır ⁷⁰⁰.

Biyotıp Sözleşmesi m.6/2, yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabileceğini, fakat, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı olarak, küçüğün fikrinin de dikkate alınması gerektiğini, m.6/3 ise, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı yasal olarak müdahaleye muvafakat etme yeteneğine sahip olmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi

⁶⁹⁶ DURAL, Aydınlatma, s: 249; DURAL / ÖĞÜZ, s: 107, kn: 532; ARPACI, s: 10; aynı yönde OKTAY ÖZDEMİR, Seliçi'ne Armağan, s: 229.

⁶⁹⁷ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 271, kn: 420, s: 648, kn: 991; GEHRLEIN, s: 106, kn: 43, s: 109, kn: 52; JANDA, s: 353; Alman hukukunda yasal temsilciler medeni hukukumuzdan göreceli farklı olup ebeveyn, vasi, danışman, bakıcı (Eltern, Vormund Betreuer, Pfleger) olarak açıklanmaktadır. BROX / WALKER, Allgemeines, s: 196, kn: 26; KILIÇOĞLU, s: 378; BAYRAKTAR, s: 133; ÇİLİNGİROĞLU, s: 55; DURAL, Aydınlatma, s: 250; DURAL / ÖĞÜZ, s: 107, kn: 107; GÖKCAN, s: 141; ARPACI, s: 9, 10; s: 26; HAVUTÇU, s: 406; KARA KILIÇARSLAN, s: 29; OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1324, 1325. Müdahaleye maruz kalacak kişi dışındakilerin vereceği rıza esasen o kişinin rızası yerine geçmemekte, dolayısıyla şahsa sıkı sıkıya bağlı bu hakkın devredilmesi de söz konusu olmamaktadır, ancak hukuki düzenlemelerde aranan şartlara uygun olarak tıbbi müdahaleye maruz kalan dışındaki kişilerin verdiği rıza, yapılan müdahalelerin hukuka aykırılığını kaldırmaktadır. Bkz. age s; 1324, ayrıca OKTAY ÖZDEMİR, Seliçi'ne Armağan, s: 230; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 22, 23.

⁶⁹⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s: 23; JANDA, s: 353; KARA KILIÇARSLAN, s: 30.

⁶⁹⁹ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 22.

⁷⁰⁰ HAVUTÇU, s: 406.

veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabileceğini, fakat ilgili kişinin de mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılması gerektiğini öngörmüştür.

Tababet Kanunu'nun 70. maddesine göre hekimlerin yapacakları her müdahale için hastanın, hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin muvafakatini almaları gerekmektedir. Görülüyor ki, bu düzenlemeye göre de tıbbi müdahaleler bakımından, rıza açıklamaya kural olarak yetkili kişi hastanın kendisidir ve öncelikle onun rızasının aranması gerekmektedir⁷⁰¹.

HHY m. 4/f' de yeterlik, *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin, önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma hali”* şeklinde tanımlanmaktadır. HHY m.24'e göre de, asıl gerekli olan vücut bütünlüğüne yönelik müdahalenin etkilerini kavrayabilecek durumda olan hastanın kendi rızasıdır. Hasta küçük veya kısıtlı ise velisinden veya vasisinden izin alınması gerekmekte, fakat veli veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde ise bu şart aranmamaktadır⁷⁰². Yasal 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 sağlanmalıdır. Yasal temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet

⁷⁰¹ Rızanın, bunu gösterebilecek durumda olan hastanın kendisinden değil de kızıdan alındığı bir uyuşmazlık hakkında Anayasa Mahkememizce verilmiş olan karar (Başvuru No: 2015/ 97, Karar T: 11.10.2018) yüksek yargının yaklaşımını ortaya koymak bakımından önem taşımaktadır. Bu karara çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir.

⁷⁰² Bu bağlamda, Tababet Kanunu'nun ve HHY'nin ilgili maddelerinde yer alan *“ifade gücünün olmaması”* ya da *“ifadeye muktedir olmama”* şeklindeki açıklamaların *“hastanın rıza vermeye muktedir olmaması”* veya *“hastadan rıza alınamaması”* şeklinde anlaşılması gerektiği hususuna da dikkat çekilmektedir. Örneğin sağır dilsiz ya da felç olması nedeniyle, düşüncelerini ifade edememekle beraber, kendisine uygulanacak tedavi hakkında olumlu ya da olumsuz bir kanaat oluşturabilecek iradeye sahip olan bir hastaya tıbbi müdahalede bulunmadan önce hekimin, gerektiğinde bir yardımcıdan da yararlanarak, hasta ile uygun şekilde iletişim kurması ve ifadenin dışı vurumu şeklindeki hareket ve davranışları dikkate alarak yeterli kanaate ulaştıktan sonra bu müdahaleyi gerçekleştirme hususunda bir karara varması gerekmektedir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 8. maddesinde ise, bir kimsenin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahalenin derhal yapılabilmesi, bu kimseden *“acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması”* şartına bağlanmıştır. Bu noktada Biyotıp Sözleşmesi'nde yer alan düzenlenmenin daha geniş ve daha az akıl karıştırıcı olduğu da dile getirilmektedir. ÖZBİLEN, s: 105 ve dn.12; Yasal düzenlemelerin ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların kendi geleceğini belirleme hakkını kullandıklarını kısıtlayıcı yönde etki yaptığına ilişkin eleştiriler için bkz. HAVUTÇU, s: 407.

altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi, TMK 346⁷⁰³ ve 487. maddeleri⁷⁰⁴ uyarınca mahkeme kararına bağlı tutulmuştur⁷⁰⁵.

Fiil ehliyeti tam olan kişilerin rıza ehliyeti de tamdır. Sınırlı ehliyetsizlerin de tıbbi müdahaleye gösterdikleri rızanın geçerli olduğu kabul edilmekle beraber, işlemin önemi göz önünde tutulduğunda, rıza açıklamasına yasal temsilcinin katılımının da gerekli olduğu düşünülmektedir. Yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsiz hastanın rıza açıklamasına katılmasını yararlı bulan ancak tıbbi müdahaleye rızanın hastanın kendisi tarafından açıklanması gerektiği görüşünde olan *Dural ve Öğüz*, mevzuattaki düzenlemelerin bu görüşten farklı olarak, Tababet Kanunu 70. maddesinin, hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını dikkate almaksızın, yasal temsilcinin rızasını aramış olduğuna, yine HHY m.24/1'ün de, yasal temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde, küçük ya da kısıtlının da olabildiğince dinlenmesini, bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili kararlara katılımını öngörmüş, ancak hekimi küçük ya da kısıtlının beyanı ile bağlı tutmamış olduğuna dikkat çekmektedirler⁷⁰⁶. *Nomer*'e göre de, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların tek başlarına tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmeleri, ancak bu yolla yükümlülük altına girdikleri takdirde yasal temsilcinin rızasının aranması yerinde olacaktır⁷⁰⁷. Nitekim *Schwartz*'ın açıklamalarına bakıldığında da, “*mümeyyiz küçükler ve mahçurlar..... münhasıran şahsa merbut hakları kullanabilirler. Bu münhasıran şahsa merbut hakların istimalinde mamelek hukukuna değil, şahsın hukukuna ait muameleler bahis mevzuudur..... Münhasıran şahsa bağlı menfaatleri ilgilendiren hukuki muamelelere, bir ameliyata muvafakat da dahildir; zira bir kimsenin kendi vücuduna yapılacak cerrahi müdahaleye müsaadesi en ileri derecede şahsiyete taalluk eder. Bu sebeple temyiz kudreti mevcut olduğu takdirde, ameliyatın*

⁷⁰³ TMK m. 346: “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.”

⁷⁰⁴ TMK m. 487: “Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.”

⁷⁰⁵ Suça ilişkin delil elde etmek üzere sanığa veya mağdura uygulanacak tıbbi müdahalelerde ise hakim karar ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının talebi gerekmektedir. Kaldı ki, bu müdahaleler için kişinin rızası da aranmamakta, hakim ve savcının kararı ile müdahale rıza hilafına dahi gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla kişinin kendi rızasının aranmadığı durumlarda yasal temsilcinin rızasının da aranmayacağını söylemek mümkündür.

⁷⁰⁶ DURAL, Aydınlatma, s: 250; DURAL / ÖĞÜZ, s: 107, kn: 533; Nitekim *Oktay Özdemir* de küçük veya kısıtlının ayırt etme gücünün olup olmamasından bağımsız olarak yasal temsilcinin rızasının arandığına dikkat çekmektedir. OKTAY ÖZDEMİR, Seliçi'ne Armağan, s: 230.

⁷⁰⁷ NOMER, s: 156.

yapılması için tam fiil ehliyetini haiz olmayan şahsın muvafakati şarttır. (temyiz kudreti yoksa, kanuni mümessilin muvafakati aranılır). ⁷⁰⁸

Velayet altındaki çocuğun tedavisi için kural olarak anne babanın rızası yeterli olmaktadır ⁷⁰⁹. TMK m. 335 uyarınca ergin olmayan çocuklar, ana ve babasının velayeti altındadırlar ve yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınmaz. Hakim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalmaya devam ederler. TMK m. 336'ya göre, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olmaktadır. 337. maddeye göre ise ana ve baba evli

⁷⁰⁸ SCHWARTZ, s: 199.

⁷⁰⁹ Bununla birlikte TMK m. 346 uyarınca, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, anne ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacaktır. TMK 347/1. madde uyarınca da çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunursa yine hakim onun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi yönünde karar verebilecektir. Böylece çocuğun sağlığının, bedensel ve zihinsel gelişiminin tehlikeye düştüğü hallerde tedavisi yönünde karar alınması mümkün olmaktadır. TMK m. 348' e göre, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınmaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hakim yine kanunda sayılan hallerde velayetin kaldırılmasına karar verebilecek ve şayet velayet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanacaktır; Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 9: *"TMK hükümlerine göre velayet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa veya ana ve babadan birinden velayetin kaldırılması çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiriyorsa veya boşanma kararının verilmesinden sonra velayet kendisine verilen ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde veya velayetin kaldırılmasını gerektiren diğer hallerde, hakim, velayetin kaldırılmasına karar verdiği takdirde hüküm kesinleştikten sonra vasi atanması için durumu çocuğun yerleşim yerindeki vesayet makamına bildirir."* ve m. 13: *"Korunmaya muhtaç çocuk hakkında sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri için mahkemece korunma kararı alınmışsa veya derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahalli mülki amirin onayı ile bakım altına alınmışsa vesayet makamı, çocuk velayet altında değilse, çocuğun verildiği kimseyi veya ailesinde uygun gördüğü kimseyi ya da vasilik koşullarını taşıdığı takdirde kurum müdürünü veya başka bir kişiyi vasi olarak atar."* Görülmektedir ki, anne ve babanın velayetleri bir mahkeme kararı ile kaldırılmamış olduğu sürece çocuk koruma altına alınmış olsa dahi kural olarak devam etmektedir. Dolayısıyla koruma altında olan çocuğa uygulanacak tıbbi müdahalelerde de kural olarak rıza verme yetkisi çocuğun anne ve babasında olmaktadır. Diğer durumlarda ise atanmış olan vasinin rızasının aranması gerekecektir. Anne babanın velayet altındaki çocuğu tedavi ettirmek için mahkemeden tedbir talebinde bulunmaları halinde, mahkemenin vereceği tedbir kararına dayanarak çocuğun rızası olmasa dahi gereken tedavi yapılabilmektedir. Bununla birlikte çocuğun mümkün olduğunca bilgilendirilmesi gerektiği de belirtilmektedir. Küçüğün korunmasına yönelik olarak, çocuk koruma kanununa göre alınabilecek önlemler de bulunmaktadır. ÇKK 5. maddesinde çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına imkan veren sağlık tedbirleri, İl Sağlık Müdürlüğünün belirlediği sağlık kurum ve kuruluşlarında yerine getirilmekte ve çocuk zaten kurumda ise tedavisi orada gerçekleştirilirken, aile yanında olan çocukların ise kuruma getirilmeleri sağlanmakta, gerektiğinde kolluk yardımına başvurulmaktadır. Bu çocuklar bakımından da kural olarak rıza gösterme yetkisi ebeveynde olmakla beraber, velayetin kaldırılmış olması durumunda haliyle yukarıda anılan düzenlemelere uygun şekilde bir vasi atanmış olacaktır.

değilse velayet anaya ait olmakla beraber, ananın küçük, kısıtlı ya da velayet kendisinden alınmış olması halinde, hakim, çocuğun menfaatine göre, bir vasi atamakta veya velayeti babaya vermektedir ⁷¹⁰.

TMK'ya göre vesayet altına alınmayı gerektiren haller ise küçüklük ve kısıtlılıktır. Kanunun vesayete ilişkin diğer maddelerinin yanı sıra, TMK m. 404'de velayet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağı, yine 405, 406, 407 ve 408. maddeler uyarınca, koşulları olduğu takdirde, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim içinde olan, hakkında özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükmedilmiş olan veya yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya istekleri üzerine ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden ergin kişilerin kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Ancak kişinin kısıtlanmasına yol açan bu hallerin hepsinin ayırt etme gücünü ortadan kaldırmadığı ve rızanın bizzat kendileri tarafından kullanılmasına engel teşkil etmediği de ortadadır.

Biyotıp Sözleşmesi'ne göre de esas olan müdahale uygulanacak kişinin kendisinin bilgilendirilmiş olarak özgürce müdahaleye rıza göstermesidir. Sözleşmede muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunmasına ilişkin hükümler de mevcut olup, özellikle bu kişilerin bilimsel araştırma ve organ ve doku nakillerinde korunması amaçlanmıştır. Sözleşme, rıza açıklama yeteneği bulunmadığı takdirde, bir küçüğe sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabileceğini, fakat küçüğün fikrinin de, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde dikkate alınması gerektiğini, akıl hastalığı, başka bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneğine sahip olmayan bir yetişkine de ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabileceği, fakat ilgili kişinin, mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılması gerektiğini öngörmüştür. Sözleşmenin, organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunmasına ilişkin m.20

⁷¹⁰ Velayetin kapsamına ilişkin olarak da TMK m. 339'da, ana ve babanın, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulayacakları, madde 340'da, onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlayıp koruyacakları, madde 341'de ana ve babanın velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisi oldukları, vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velayetteki temsilde de uygulanacağı, 343. maddede velayet altındaki çocuğun fiil ehliyetinin, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibi olduğu düzenlenmiştir.

düzenlemesine bakıldığında ise, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamayacağı, ancak istisnai olarak muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması, alıcının, vericinin erkek veya kız kardeşi olması, bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması ve vericinin itirazda bulunmaması durumunda regeneratif dokuların nakline izin verildiği görülmektedir ⁷¹¹.

Amerikan hukukunda, reşit kılınmış olma hali dışında ⁷¹², küçüklerin tıbbi müdahalelere rıza gösterme ehliyetleri olmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla küçüklere uygulanacak tıbbi müdahaleler için de kural olarak veli ya da vasilerinin rızası gerekmektedir. Çocuğun yaşamının ya da sağlığının ciddi tehlike altında olduğu acil durumlarda ise ⁷¹³ hekimin yasal temsilcilerin rızası olmaksızın da tıbbi müdahalede bulunabileceği kabul edilmekte ve bazı mahkemelerin acil durumlarda hekimlere bu yönde imtiyazlar tanıdığından, olgunluk kazanmış bir küçüğün de basit ve kendisi için faydalı olan müdahalelere aydınlatılmış rıza verme ehliyeti olduğundan ve ebeveyne ulaşılamadığı durumlarda hekimin karar verebilecek kapasitedeki küçüğün rızasına dayanarak müdahalede bulunabileceğinden söz edilmektedir ⁷¹⁴.

⁷¹¹ Tıbbi müdahalelere rızanın kimler tarafından verilebileceği hususunda daha fazla bilgi ve açıklama için ayrıca bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1317, s: 1323 vd. (ancak çalışmanın tarihi nedeniyle açıklamaların bir bölümü HHY'nin 2014 değişikliği öncesindeki düzenlemesine uygun olduğundan yönetmeliğin değişik hali de göz önünde tutularak yaklaşılması gerekecektir)

⁷¹² Emancipation olarak adlandırılan ve küçüğün 18 yaşından önce resit kılınmasını sağlayan durum ABD'de her eyalette farklı koşullara bağlı tutulmuştur. How Do You Get Emancipated? <http://family.findlaw.com/emancipation-of-minors/how-do-you-get-emancipated.html>, Erişim T: 12.06.2017.

⁷¹³ Mevzuatımızdaki Tababet Kanunu m. 70 benzeri.

⁷¹⁴ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 96, 97; Aynı yönde öğretimizden İNAL, s: 823; Annesi çok erken postoperatif dönemde iken hastane kapısına sıkışıp yaralanan parmağına gerekli tıbbi onarımın yapılmasına rıza gösteren 17 yaşındaki Nancy Younts'ın annesinin açtığı 1970 tarihli Younts v. St. Francis Hospital & School of Nursing davasında mahkeme 17 yaşındaki Younts'ın rızasının geçerli olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme kararını verirken, kızın yaralanma olayının annesi ameliyatta aldığı genel anestezinin etkisinde yarı bilinçsiz haldeyken meydana geldiğini, annenin majör cerrahi sonrası ameliyathaneden odasına getirilmekte olduğunu, kızın anne ve babasının boşanmış, babasının 200 mil uzakta olup adresinin bilinmediğini, kızın 17 yaşında ve yeterince akıllı olduğunu, yaralanmanın kızın sağ el yüzük parmağında doku kaybı ile sonuçlanmış olduğunu, acil serviste gerçekleştirilen cerrahi onarımın basit bir müdahale olduğunu, kızın bilincinin tüm işlem boyunca yerinde ve yapılanların farkında olduğunu, cerrahi müdahaleye herhangi bir şekilde karşı koymamış olduğunu, hem müdahaleyi gerçekleştiren hekim hem de öncesinde danıştığı kızın aile hekiminin ifadelerine göre müdahalenin olağan ancak gerekli bir müdahale olduğunu ve sonuçlarının da hem işlevsel hem kozmetik açıdan iyi olduğunu, aile hekiminin de müdahaleyi gerçekleştiren hekime bu müdahalenin uygun ve gerekli olduğunu belirttiğini göz önünde tutmuştur. Younts V. St. Francis Hospital & School Of Nursing, 205 Kan. 292 (1970), 469 P.2d 330, Nancy D. Younts, A Minor, By And Through Her Mother, Natural Guardian And Next Of Kin, Ethel M. Johnson, Appellant, V. ST. Francis

AMK'nun tıbbi müdahale sözleşmelerinde rızayı düzenleyen § 630 d BGB uyarınca rıza göstermeye esasen yetkili kişi hastanın kendisidir. Hasta rıza gösterebilecek durumda değilse ve daha önceden müdahaleye izin verme ya da yasaklama şeklinde herhangi bir açıklamayı içeren hasta talimatı da mevcut değilse, yasal temsilcisinin rızasının alınması gerekmektedir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin rıza ehliyeti bulunmamakta, onlar için yasal temsilcileri veya bakmakla yükümlü kişilerin rıza göstermesi gerekmektedir⁷¹⁵. Müdahalenin genişliğini, etkilerini, risklerini kavrayabilecek düzeyde olan küçüklerin ise kendileri rıza gösterebilecekleri gibi, esasen bu rızanın aranmasının zorunlu olduğu da belirtilmektedir. Rıza beyanında bulunmak borç altına sokan bir işlem olmadığı için fiil ehliyetinin olup olmaması önemli değildir. 14 yaşını tamamlamış küçükte kavrama yeteneğinin varlığı kabul edilmektedir, ancak hekim yine de çocuğu değerlendirmek için görüşme sırasında bir psikoloğun da bulunmasını tercih edebilecektir⁷¹⁶.

Hospital And School Of Nursing, Inc., Appellee.,No. 45,630, Supreme Court Of Kansas. <https://law.justia.com/cases/kansas/supreme-court/1970/45-630-0.html>, Erişim T: 10.09.2017.

⁷¹⁵ FLUME, § 13-11, s: 219; Alman Medeni Kanununa göre (§ 1626 I BGB uyarınca) bu kişiler küçüğün ebeveynidir ve kural olarak birlikte yetkilidirler. Basit ve risk taşımayan müdahalelerde tek bir ebeveynin rızası yeterli olup, diğer ebeveynin de varsayılan rızasına dayanılabilir. Ancak ciddi müdahalelerde her ikisinin de açık irade beyanı gereklidir, JANDA, s: 139.

⁷¹⁶ JANDA, s: 137, 138 (Hukukumuzdan benzer görüş için bkz. REİSOĞLU, Seza, s: 5.) *Deutsch ve Spickhoff*'a göre de, fiil ehliyetine ilişkin kesin belirlemelerin rıza bakımından da uygulanması yerinde değildir. 14 yaşını aşmış, hele hele 16 yaşını aşmış çocukların rıza açıklamasında bulunabilecekleri kabul edilmektedir. Genç kişinin, müdahalenin anlamını, genişliğini, tehlikelerini anlayabilecek durumda olup olmadığı kriter olarak alınmalı ve aceleye getirerek mantıksız ve saçma kararlar verip vermediği göz önünde tutulmalıdır DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 271, kn: 420. Schleswig Yüksek Eyalet mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda da, diz ekleminden ponksiyon yapılması gereken, annesinin eşlik ettiği ve susarak zımnî rıza gösterdiği, 17 yaşını tamamlamak üzere olan çocuğun, zihinsel gelişimi ve geleneksel olgunluğuna göre, kendisine planlanan müdahalenin anlamı ve genişliğini kavramaya elverişli ayırt etme gücüne sahip olduğu takdirde, rızasının geçerli olduğu kabul edilmiştir. Oberlandesgericht Schleswig Urt. v. 01.02.1989, Az.: 4 U 307/86. Adı geçen yazarların rıza ehliyetine ilişkin diğer bazı açıklamalarına bakıldığında, kanun koyucunun rıza ehliyetine ilişkin açık belirlemelerde bulunmamış olduğu, ancak 18 yaşla beraber tam fiil ehliyetinin kabul edildiği belirtilmektedir. Esasen rıza ehliyetinin kabulü için gerekli olan sadece irade açıklamasının yapılması değil, kişinin müdahalenin ve vermiş olduğu rızanın anlamı ve genişliğini de kavrayabilecek durumda bulunmasıdır. Böyle olunca tıbbi müdahalelerde henüz 18 yaşını tamamlamamış ve rıza ehliyeti bulunmayan küçüklerin rızalarına tek başına dayanılıp dayanılamayacağı, yoksa onlara bakmakla yükümlü kişinin, genellikle ebeveynin rızası ile birlikte mi hüküm doğuracağı konusunda tartışmalar bulunmakta, bununla birlikte § 630 e BGB uyarınca, durumunu anlayabilecek durumda olan küçüğe de aydınlatma yapılması gerekmektedir. Küçüğün yaklaşık olarak 14 yaşında kendine yapılan açıklamaları anlayacak olgunluğa ulaştığı kabul edilmektedir. Şayet çocuğun rıza gösterme ehliyeti olduğu yönünde kesin bir kanı olursa ebeveynin rızası göz ardı edilebilecek olmakla beraber, bu kabul ekstrem olgulara ilişkin olup, genel anlamda karar verme süreçlerinde ebeveynin geri plana atılması gibi bir duruma yol açmamalıdır. Federal Mahkemenin fiil ehliyeti ile rıza gösterme ehliyeti arasında yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyulan gri bir alan olup olmadığı konusunu pek ele

Erişkin bir kişi de herhangi bir hastalık veya engellilik durumu nedeniyle ayırt etme gücüne sahip olmadığı ya da yitirmiş olduğu takdirde, üçüncü bir kişinin onun adına hareket edebilmesi ve karar verebilmesi için, hukuki olarak vesayet altına alınmış (AMK’nda ilgili düzenlemeler 1897 ve ilerleyen paragraflarda yer almaktadır) ya da açık bir yetkilendirme olması gerekmektedir. Böyle bir yasal temsil durumu söz konusu değilse, öğreti ve uygulamada acil ve zorunlu tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlanması için vekaletsiz iş görme ve varsayılan rızaya dayanılmaktadır ⁷¹⁷. Ancak unutulmaması gereken hususlardan biri de kişinin hangi nedenle kısıtlanmış olduğudur, zira sarhoşluk, savurganlık gibi bir nedenle kısıtlanmışsa doğaldır ki, tıbbi müdahalelere rıza gösterebilecektir ⁷¹⁸.

Yasal temsilcinin rıza göstermiş olduğu müdahaleler, hasta açısından ölüm veya kalıcı sağlık sorunları riskini de beraberinde getiriyorsa, bu durumda, şayet izin alma nedeniyle olan gecikme tehlike oluşturmayacaksa, kısıtlıya yapılacak geniş ve riskli bir tümör cerrahisi örnek gösterilebilir, vesayet mahkemesinden de izin alınması gerekli olmaktadır ⁷¹⁹.

almadığı ve bunun dışında hekimin yasal temsilcilerin aydınlatma ve rızasına güvenmesi gerektiği de ayrıca belirtilmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 649, kn: 992. *Flume* de, sınırlı ehliyetsiz kişinin rızasının geçerli olup olmayacağı, dolayısıyla müdahaleyi, ameliyatı hukuka uygun kılıp kılmayacağı sorunsalına dikkat çekmekte, ancak kendisine gerçekleştirilecek müdahalenin anlamını ve genişliği ve gösterdiği rızanın sonuçlarını kavrayacak ruhsal ve ahlaki olgunluğa ulaşmış küçüğün müdahaleye rıza gösterebileceğini kabul etmektedir. FLUME, § 13-11, s: 218;

⁷¹⁷ BURCHARDT, Monika, *Vertretung Handlungsunfähiger Volljähriger Patienten Durch Angehörige*, Göttinger Schriften zum Medizinrecht Band 9, Universitätsverlag Göttingen, 2010, s: 1; Benzer görüş olarak OEHLER, s: 18; Alman hukukunda fiil ehliyeti bulunmayan reşit kişilerin temsili hakkında detaylı görüş ve açıklamalar için bkz. age. Alman Medeni Kanunu § 630 e rıza ehliyeti bulunmayan kişinin yasal temsilcisinden rıza alınırken hastanın kendisine de algı seviyesine uygun olacak şekilde açıklama yapılması gerektiğini öngörmektedir. Geciktirilemeyecek bir müdahale için zamanında rıza alınmasının mümkün olmadığı durumlarda ise rıza aranmaksızın hastanın muhtemel iradesine dayanarak müdahale gerçekleştirilecektir. JANDA, s: 139; <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>, Erişim T: 10.10.2017.

⁷¹⁸ FLUME, § 13-11, s: 219; ADIGÜZEL, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı:19, Yıl:5, Ekim 2014, s: 960; KAHRAMAN, Zafer, *Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl: 2016, s: 489.

⁷¹⁹ Ancak vasinin kararı zaten hukuka aykırı ise bu durumda vesayet mahkemesinden izin alma gereği bulunmadığı, zira vesayet mahkemesinin hasta için neyin iyi neyin kötü olduğu yönünde bizzat bir karar vermediği, daha ziyade bir tür bekçilik görevi yaptığı belirtilmektedir DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 651, kn: 995. Ebeveyn ya da vasi gibi yasal temsilcilerin gerekli tıbbi müdahaleye anlaşılır bir neden olmaksızın rıza göstermemesi ise hakkın kötüye kullanımını oluşturduğundan, bu durumda hekimin vesayet mahkemesine başvurması gerekmektedir. Mahkeme uygun bulursa, ya hastanın yararına olacak şekilde müdahaleye izin verecek ya da § 1909 BGB uyarınca tedavi sürecinde karar verecek sorumlu bir kişiyi görevlendirecektir. JANDA, s: 139; Ayrıca bkz. Alman Medeni Kanunu- § 1909 BGB. Bununla birlikte hastanın kendisinin müdahaleyi açıkça reddetmesi halinde sorumlu kişinin (vasi-danışman-hasta vekili vb.) rızası hukuka uygunluğu sağlamamaktadır. Sağlık bakımı için atanmış danışman yasal olarak yetkilendirilmiş olmadığı takdirde, hastaya önemli ve riskli müdahalelerde

(1) Rıza Açıklama Yetkisine İlişkin Bazı Özel Düzenlemeler

Mevzuatımızda rıza gösterme yetkisine ilişkin özel düzenlemeler de yer almaktadır. Organ Nakli Kanunu, onsekiz yaşını doldurmamış, ki kanun evlilik yoluyla veya kazai rüştü yeterli görmeyip 18 yaşın tamamlanmasını aramaktadır, ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasını yasaklamıştır. HHY m.29 da 18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınmasına cevaz vermemiştir. Görülmektedir ki, bu müdahalelerde kişinin verdiği rızanın geçerliliği için reşit olmanın ötesinde 18 yaşın tamamlanması aranmaktadır. Demek ki organ vericisi olma bakımından rıza gösterme yetkisi 18 yaşını tamamlamış ve tam ehliyetli hastanın kendisindedir.

Öğretide, ayırt etme gücüne sahip 18 yaşını doldurmuş kısıtlıların da verici olmaları açısından engel bulunmadığı, bununla birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hakkı kullanan ayırt etme gücüne sahip kısıtlının kararında onun çıkarlarının daha iyi korunabilmesi için yasal temsilcinin de onayının aranmasının yerinde olduğu ifade edilmektedir⁷²⁰. Biz de, gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin önemi, ciddiyeti ve vericiye herhangi bir tıbbi yarar sağlamaması göz önünde tutulduğunda, küçüklerin ve ayırt etme gücüne sahip olmayanların korunması bakımından Organ Nakli Kanunu m.5'teki yasaklamanın yerinde olduğunu düşünsek de, Biyotıp Sözleşmesi m. 20 ile getirilen ayrık düzenlemenin de, doku gruplarının uyumlu olma olasılığı

bulunulması hukuka uygun olmayacağı için bu durumda da vesayet makamından izin alınması gerekmektedir. JANDA, s: 137, 138. Bununla birlikte Federal Mahkeme, vesayet mahkemelerinin, tıbbi müdahalede endikasyonun varlığı ya da yokluğu ve hekimlerin bu konuya ve özellikle de, yaşamı uzatmaya yönelik anlamsız ve faydasız müdahaleler söz konusu olduğunda, müdahalenin yapılması ya da yapılmamasına ilişkin olarak karar verici olmaması gerektiği görüşündedir. Hekim ile yasal temsilciler ister müdahaleye rıza gösterilmesi, ister gösterilmemesi hususunda olsun, fikir birliğinde oldukları takdirde, mahkeme kararına gerek bulunmamalıdır. Ancak hekim tedaviye gerek görür ve yasal temsilci rızasını esirgerse, özellikle de söz konusu müdahalenin gerçekleştirilmemesi rıza ehliyeti olmayan ya da kısıtlı hastanın ölümüne veya ağır ve kalıcı sağlık sorunlarına yol açacak ise, hekimin mahkemeden yardım istemesi gerekli görülmektedir. Kısıtlı hastanın sağlık durumu hakkında rıza gösteren ya da göstermeyen kişi vasi değil de hastanın belirlemiş olduğu vekil ise durum biraz farklılık göstermekte olup, bu durumda o vekilin somut durum hakkında açıkça ve yazılı olarak yetkilendirilmiş olması aranmaktadır. Hasta vekili, genellikle hastaya yakın ve hastanın kendisi tarafından doğrudan yetkilendirilmiş kişi iken, kimi zaman hasta ile herhangi bir yakınlığı dahi bulunmayan vasi ile kıyaslandığında, içine düştüğü bu dezavantajlı duruma ilişkin tartışmaların varlığından da söz edilmektedir. Yine hekim ile vasinin fikir birliğine varması durumunda mahkemenin iznine gerek duyulmasının da, somut durumları benzer hastalarda, birbirinden çok farklı uygulamalara ve sonuçlara yol açabileceği endişesiyle eleştirilere konu olduğundan söz edilmektedir. Bununla beraber hasta yakınlarının, hekimin, vasinin, hasta vekilinin davranışlarının hastanın yararına olduğundan endişe ettikleri hallerde de vesayet mahkemesinin müdahalesinin istenebileceği belirtilmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 651-655, kn: 996, 997, 1000, 1003.

⁷²⁰ DURAL / ÖĞÜZ, s: 115, kn: 569; Bu konudaki ilave görüş ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. AKÜNAL, s: 21.

yüksek olan kardeşler arasındaki doku naklini mümkün kılması nedeniyle, ayrıca isabetli olduğu kanısındayız.

Nüfus Planlama Kanunu, sterilizasyon işlemine rıza gösterecek kişilerin her iki cinsten de reşit olmasını aramakta, gebeliğin sonlandırılması için de gebe kadının rızasını, gebenin küçük olması durumunda yine onun ve velisinin rızasını, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan gebelerde ise reşit olmayan gebenin ve vasisinin rızası ile birlikte sulh hakiminin iznini aramaktadır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan kadının gebeliğinin sonlandırılması için kendi rızası aranmayacaktır. Ayrıca hem sterilizasyon hem gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahalelerde, kişinin evli olması durumunda, eşin de rızası aranmaktadır. Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde ise izin alınması koşul olarak görülmemiştir ⁷²¹. TDN m 22 de gebelik sonlandırmalarında hastanın ve varsa veli veya vasisinin yazılı olarak rızasını aramaktadır.

Bu noktada *Dural* ve *Öğüz*, sterilizasyon işlemlerine yönelik olarak kişinin reşit olmasının arandığına, ancak ayırt etme gücüne ilişkin bir hüküm olmadığına, oysa ki sterilizasyona rıza için ayırt etme gücünün de aranması gerektiğine dikkat çekmektedirler. Bununla birlikte, *Öğüz*, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin Nüfus Planlama Kanunu m. 5 ve 6 hükümlerinin kıyas yoluyla sterilizasyon müdahalelerine de uygulanabileceği görüşündedir ⁷²². AMK § 1631 c uyarınca da reşit olmayanlara sterilizasyon uygulanması yasaktır, ne çocuğun isteğiyle ne anne babanın rıza göstermesiyle gerçekleştirilmesi mümkün değildir ⁷²³. Rıza gösterme yeteneği olmayan zihinsel özürlülerin sterilizasyonu ise Alman Hukukunda üzerinde tartışılan

⁷²¹ Nüfus Planlama Kanunu'na bağlı çıkarılan Rahim Tahliyesi Tüzüğü'ne göre ise, on haftayı geçmeyen gebelik sonlandırmalarında gebe kadın reşitse kendisinin rızası, küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinin, vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinin ve vasisinin, ki bu halde ayrıca sulh hakiminden de izin alınması gerekir, evliyse ayrıca eşinin rızası gerekmektedir. Bununla birlikte, akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan kadının gebeliğinin sonlandırılması için kendi rızası aranmayacağı gibi, veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde de izin şartı aranmayacaktır.

⁷²² DURAL / ÖĞÜZ, s: 120, kn: 604.

⁷²³ UHLENBRUCK, L/U, § 126 Die Sterilization, s: 977, kn: 11; Ayrıca bkz. Alman Medeni Kanunu-§1631 c BGB .

konulardan birini oluşturmaktadır ⁷²⁴. Sterilizasyon kural olarak, acilen yapılmadığı takdirde yaşamın kaybı ya da önemli derecede sakatlık ve sağlık zararlarına yol açacak bir müdahale niteliği taşımadığından kişinin rızası aranmaksızın örneğin vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak gerçekleştirilmesi zaten söz konusu olamaz ⁷²⁵. Gebeliğin sonlandırılması için ayırt etme gücü olmayanların rızasının aranmayacağı yönündeki hüküm kanımızca, kendini dahi idare etmekten aciz kişilerin gebelik ve doğum gibi süreçlerin, devamında bir çocuk dünyaya getirmenin anlamını ve sorumluluğunu algılayamayacak, dahası doğurdukları çocuğun bakımını sağlayamayacak, dolayısıyla bu konuda anlamlı kararlar alamayacak oldukları düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Hem benzer gerekçeyle hem de ayırt etme gücüne sahip olmayan kadınların kendilerini cinsel suçların mağduru olmaktan ve devamında böyle suçlar sonucu ortaya çıkabilecek gebeliklerden koruma konusunda yetersiz kalacakları ve istenmeyen bir gebelik ortaya çıktığı takdirde de sonlandırma için rızalarının zaten aranmayacağı öngörüsüyle, bize göre de ayırt etme gücüne sahip olmayanların sterilizasyonu için, gebelik sonlandırmalarına benzer şekilde, kendi rızalarının aranmasına gerek olmamalıdır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan erkeklerin de istemeden de olsa yol açabilecekleri gebeliklerin yaratacağı olumsuz sonuçlar dikkate alındığında, bu hususun sadece kadınlar değil erkek hastalara uygulanacak sterilizasyon müdahaleleri için de geçerli olacağı kabul edilmelidir. Elbette ki bu değerlendirmelerimiz ayırt etme gücünün çeşitli nedenlerle geçici olarak kaybedildiği durumlara değil, kişinin kalıcı şekilde ayırt etme gücünden yoksun olduğu durumlara yöneliktir.

Her ne kadar ebeveynin isteği ve rızasıyla yapılan müdahale gebelikten korunmaya yönelik sterilizasyonun boyutlarını aşarak, tıbbi, psikolojik, sosyal bir takım endikasyonlarla rahmin alınması ve yüksek doz östrojen kullanarak büyümenin baskılanması şeklinde gerçekleştirilmiş olsa da, ağır fiziksel ve zihinsel engelli 6 yaşındaki kız çocuğunun hakim kararı olmaksızın böyle bir müdahaleye maruz kaldığı Ashley's vakası oldukça dikkat çekici ve üzerinde çokça tartışılmış bir örnek oluşturmaktadır ⁷²⁶.

⁷²⁴ Bkz. LAUFS, *Arztrecht*, s:174, kn: 308, 309, s: 178, kn: 316; UHLENBRUCK, *L/U*, § 126 *Die Sterilization*, s: 971, kn: 3.

⁷²⁵ Bununla beraber bazı acil müdahaleler dolaylı olarak üreme yeteneğinin ortadan kalkmasını sonuçlayabilir.

⁷²⁶ Tedaviyi uygulayan hekimlerin makalesi için GUNTHER, Daniel F., DIEKEMA, Douglas S., *Attenuating Growth in Children with Profound Developmental Disability, A New Approach to an Old*

Sonuçta, tıbbi müdahalelerde rızası aranacak kişi kural olarak hastanın kendisidir. Küçük veya kısıtlı hasta ayırt etme gücünü haiz olduğu takdirde, kendi rızası dikkate alınmakla beraber, yasal temsilcilerin de rızası gerekmektedir. Hasta ayırt etme gücünü haiz olmadığı takdirde ise, rıza yasal temsilcilerinden alınacaktır. Yasal temsilcilerin tıbben gerekli müdahalelere rıza göstermemeleri durumunda hekimin mahkemedan izin alması gereklidir. Kanun istisnai olarak bazı müdahalelerin yasal temsilcilerin rızası ile yapılmasına izin vermemiş olduğu için, bu müdahalelerin reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde gerçekleştirilmesi mümkün olmamaktadır.

c. Hastanın Aydınlatılmış Olması

Aydınlatma, hastanın tıbbi durumu ve kendisine uygulanacak müdahaleler hakkında bilgi sahibi yapılması şeklinde tanımlanabilir ⁷²⁷. Genel anlamda geçerli bir rıza için, kişinin rıza gösterirken herhangi bir yanılığa düşmemiş, iradesinin sakatlanmamış olması gereklidir. Hastanın tıbbi müdahaleye göstermiş olduğu rızanın geçerli olması da, iradesini herhangi bir yanılığa uğramadan ortaya koyabilmiş olmasına bağlıdır. Bu da ancak neye, niçin, ne şekilde, ne ölçüde rıza gösterdiğini bilmesi ile mümkündür. Rızası alınmadan önce hastanın bilgilendirilmiş (aydınlatılmış) olması, yani bilgilendirilmiş rıza ya da aydınlatılmış onam, hastanın iradesini yeterince bilgi sahibi olduktan sonra özgürce ortaya koymasını temin etmektedir ⁷²⁸. Dolayısıyla rızanın hekim tarafından yapılmış bilgilendirmeyi ya da

Dilemma, Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine, Volume: 160, Issue: 10, Year: 2006, s: 1013-1017; ayrıca detaylı bilgiler için bkz. OUELLETTE, Alicia R., Growth Attenuation, Parental Choice, And The Rights Of Disabled Children: Lessons From The Ashley X Case, Houston Journal of Health Law & Policy, 2009, s: 207-244; STEIN, G.L., Ashley's case: the ethics of arresting the growth of children with serious disability, Journal of Social Work in Disability and Rehabilitation, Volume: 9, Issue: 2, Year: 2010, s: 99-109; SPRIGGS, Merle., Ashley's Interests Were Not Violated Because She Does Not Have The Necessary Interests, The American Journal of Bioethics, Volume: 10, Issue: 1, January 2010, s: 52-54; KORNBLATT, Jillian, The Ashley Treatment: The Current Legal Framework Protects the Wrong Rights, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Volume: 10, Issue: 2, Article 12, Year: 2009, s: 773-800; KADIGİL, Sera, Engelli Haklarında Yeni Bir Olgu, Ashley Tedavisi, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s: 131- 152.

⁷²⁷ GEHRLEIN, s: 45, kn: 31; ÇAVDAR, s: 737; Resmi ehliyetli kişilerden hekimin, hastasına gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve rizikolarının yanı sıra, böyle bir müdahale gerçekleşmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz birtakım sonuçları anlatarak, onu tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verecek duruma getirecek bilgilerle donatması şeklinde daha kapsamlı olarak da tanımlanabilir. ÇİLİNGİROĞLU, s: 59; YILMAZ, Battal, Aydınlatılmış Rıza, s: 167,

⁷²⁸ KARAHASAN, s: 131; DURAL / ÖĞÜZ, s: 108, kn: 540; ÖZSUNAY, s: 32; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 264, kn: 402; BROX / WALKER, Besonderes, s:334, kn: 14; DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 757; DEUTSCH, Deutsche Sonderwege, s: 2012; YILMAZ, Battal, Aydınlatılmış Rıza, s: 167, 171; Aynı yönde açıklamalar için FLUME, § 13-11, s: 220, dn: 59; YÜKSEL ORHUN, s: 359;

aydınlatmayı takiben açıklanmış olması, hukuken geçerliliğinin en önemli koşullarından biri olarak ele alınmaktadır⁷²⁹.

ERMAN, Barış, s: 99; YENİDÜNYA, s: 68; ÇAVDAR, s: 738, 739; ERSOY, s: 1, Bu bağlamda, aydınlatılmış onamin ortaya çıkışına zemin hazırladığı düşünülen güvene dayanan ilişki kavramı da önem taşımaktadır. Şöyle ki; bir kişi kendisine güvenen ve inanan bir kişinin iyi niyetine bağlı kalarak onun yararına davranmak durumundadır. Hekimin mesleki bilgisi, buna karşılık, hastanın hastalığı konusundaki bilgisizliği ve çaresizliği, hekim ile hasta arasında güvene dayanan bir ilişkinin oluşmasına, böylece de hekimin, hastaya, önerdiği tedavi ve durumu hakkında tüm gerçekleri açıklama yükümlülüğüne yol açmaktadır. Bkz age, s: 1,2; Ayrıca İtalyan öğretisinden görüş olarak SCARAMUZZINO, s: 29.

⁷²⁹ ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 55 I 1, s: 543 ; GEHRLEIN, s: 88, kn: 8; DURAL / ÖĞÜZ, s: 108, kn: 541; JANDA, s: 129; OEHLER, s: 21, 22; ÖZSUNAY, s: 32; REİSOĞLU, Seza, s:5; ÇİLİNGİROĞLU, s: 57, 59; DEUTSCH, Deutsche Sonderwege, s: 2012; DURAL, Aydınlatma, s: 253; ARPACI, s: 12; ARSLANTAŞ, s: 42; GÖKCAN, s: 159; HAVUTÇU, s: 403; SAVAŞ, Tıbbi Malpraktis, s: 269. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 264, kn: 402, s: 265, kn: 405, s: 269, kn: 413; LAUFS, Arztrecht, s: 17, kn: 149; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 93; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 350; SAVAŞ, Tıbbi Malpraktis, s: 269; KARA KILIÇARSLAN, s: 30; BROX / WALKER, Besonderes, s: 333, kn: 13; YILMAZ, Battal, Aydınlatılmış Rıza, s: 167, 168; YILMAZ, Battal, Aydınlatılmış Rıza, s: 167, 168; ÇAVDAR, s: 736; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 10; ZEYİN, Zafer, Tedavi ilişkisi, s: 111; yazar, hekimin temelde iki tür aydınlatma yükümlülüğü olduğunu, biri tanı ve tedaviye yönelik, örneğin hastanın ameliyat öncesi alması veya almaması gereken bir ilaç konusunda bilgilendirilmesi gibi, olduğunu, diğer aydınlatma yükümlülüğünün ise tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren aydınlatma olduğunu belirtmektedir. Bkz. age s: 110, 111; Bu kavram için hukumuzda olsun, Alman hukukunda olsun, öğretilerde ve yasal düzenlemelerde kimi zaman bilgilendirme kimi zaman aydınlatma terimi kullanılmaktadır. Bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüklerinin kavramsal olarak bazı farklılıklar gösterdiğinden, bilgilendirmenin daha ziyade somut duruma yönelik olduğundan söz edilmektedir. GEHRLEIN, s: 45, kn:30; JANDA, s: 129. Aydınlatma yükümlülüğü esasen hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına hizmet etmektedir ve uygulanacak müdahale ile ilişkili olası olumsuz yan etkileri de içeren bir uyarı niteliğindedir. Bilgilendirme yükümlülüğü ise daha ziyade tedavinin başarısını arttırmak üzere alınacak önlemlere ilişkin olup, hastanın tedavinin düzgün şekilde yürütülmesinde işbirliğini sağlamaya yöneliktir. GEHRLEIN, s: 45, kn: 31; Alman Medeni Kanununda "Information" (bilgilendirme) ve "Aufklärung" (aydınlatma) olarak iki farklı terimin kullanıldığı, buna mukabil öğretilerde sıklıkla "Aufklärung" (aydınlatma) teriminin tercih edildiği görülmektedir. Genel bilgilendirme yükümlülüğü Alman Medeni Kanunu'nda Informationspflicht olarak § 630 c'de yer almaktadır. Hekimin hastaya, tedavinin başlangıcında, tedavi süreci boyunca söz konusu olabilecek çeşitli durumlar, özellikle hastalığın tanısı ve sağlığıyla ilgili öngörülebilir gelişmeler, müdahale öncesi ve sonrası alınacak önlemler hakkında mümkün olduğunca açıklamada bulunmakla, fark ettiği takdirde tıbbi müdahale hatası teşkil edebileceği kabul edilen durumların varlığını bildirmekle, ayrıca müdahalenin maliyeti hususunda da bilgi vermekle yükümlü olduğu belirtilirken, § 630 e' de düzenlenmiş olan aydınlatma yükümlülüğünde ise (Aufklärungspflicht), hastaya rızası üzerine etki edebilecek tüm hususlarda açıklama yapılması, özellikle müdahalenin türü, kapsamı, nasıl gerçekleştirileceği, seyri, beklenen sonuçları, riskleri, gerekliliği, aciliyeti, tanı ve tedavi açısından elverişliliği ve beklenen başarı oranlarının da ele alınması, alternatif önlemlerden söz edilmesi, birden fazla endike ve olağan yöntem söz konusu olduğu takdirde, bunların getireceği farklı yükler, yan etkiler, riskler ve iyileşme şansları hakkında açıklamalar yapılması gerekmektedir. GEHRLEIN, s: 88, kn: 8; JANDA, s: 129, 132; DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 757; Katzenmeier, Informationspflicht kavramının daha ziyade güvenlik aydınlatması ya da tedavi aydınlatması kavramını karşılarken, § 630 e'de düzenlenmiş olan aydınlatma yükümlülüğü risk aydınlatmasına yönelik olduğunu ifade etmektedir. KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 818, 819; Ayrıca bkz. Alman Medeni Kanunu, BGB § 630c und e. Amerikan hukukunda ise "to inform" ve "informed consent" terimlerinin ağırlıklı olarak kullanıldığı, informed consent'in dilimize hem bilgilendirilmiş rıza, ama daha sık olarak aydınlatılmış onam şeklinde çevrildiği görülmektedir. Öğretilerde aydınlatma teriminin kullanıldığı durumlar için HHY'de yalnızca bilgilendirme teriminin tercih edildiği görülmektedir. Ayrıca öğretimizden bu hususa yönelik açıklamalar için bkz. ÇELİK, Faik, Hekimlik

Hastanın bilgilendirilmiş rızası (aydınlatılmış onamı), son elli yıldır tıp hukukunda en öne çıkan hususlardan biridir. Hareket noktasını oluşturan kavram hastanın iradesidir. Bunun için de hekimin hastayı kişisel olarak, onun kendisine ne olacağını anlayacak şekilde bilgilendirmesi gereklidir. Hekim hastayı gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin, tanı ve tedavinin aşamaları, süreçle ilişkili önemli koşullar hakkında bilgilendirmelidir. Hasta bu bilgiler ışığında bir değerlendirme yapacak ve kendisiyle ilgili bir karara varacaktır ⁷³⁰.

Hasta ancak hastalığı ve kendisine uygulanması planlanan müdahaleler hakkında yeterli bilgiye sahip olduğu takdirde özgürce karar vereceğinden, aydınlatma olmaksızın alınan rıza geçerli kabul edilmemektedir. Aydınlatılmış rıza aynı zamanda, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, insan onuru, vücut dokunulmazlığının ifadesi olarak ortaya çıkmaktadır ⁷³¹. Dolayısıyla genel ve soyut bir aydınlatma yeterli olmayıp, hastanın somut durumuna ve müdahaleye özel olmalıdır ⁷³².

Aydınlatma (bilgilendirme) hekim için sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük de teşkil etmektedir ⁷³³. Tıbbi müdahale sözleşmesine göre hekimin, sözleşmenin karşı tarafı olan hastaya yardım ve öneri sunabilmesi için onun kişisel haklarını dikkate alması ve onu bilgilendirmesi, aydınlatması gerektiği kabul edilmektedir ⁷³⁴. AMK'nun "Sözleşme Taraflarının İşbirliği - Bilgilendirme Yükümlülüğü" başlıklı § 630 c uyarınca, müdahale gerçekleştirilirken hekim ve hastanın birlikte hareket etmeleri, iş birliği içinde olmaları gereklidir. Özellikle müdahalenin mümkün olan en uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin kurulması ve geliştirilmesine hizmet eden bu

Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:2, Yıl 2006, (Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), s: 71; Biz çalışmamızda aynı kavram için, belli bir tercih yapmadık ve o aşamada değinilen kaynaklar da göz önünde tutularak yeri geldiğinde bilgilendirilmiş rıza yeri geldiğinde aydınlatılmış onam terimini kullandık.

⁷³⁰ LAUFS, L/U, § 6 Die elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 63, kn: 21; DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 756; JANDA, s: 129; ZEYTİN, Hasta- Hekim ilişkisi, s: 3, 4; Benzer görüş olarak SCARAMUZZINO, s: 30.

⁷³¹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 266, kn:407; JANDA, s: 129, 132; ZEYTİN, Hasta- Hekim ilişkisi, s: 1, 2; ERSOY, s: 1,2; Hasta özerkliği ve aydınlatılmış onam ilişkisine etik yaklaşımlar hakkında bkz. ÇOBANOĞLU, Nesrin, Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s: 76, 77.

⁷³² EREN, s: 629; ALKANAT, s: 178; BROX / WALKER, Besonderes, s: 334, kn: 14.

⁷³³ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 267, kn: 408; BROX / WALKER, Besonderes, s: 333, kn: 13; DURAL, Aydınlatma, s: 252; Aynı yönde ÇAVDAR, s: 739, 740.

⁷³⁴ LAUFS, L/U, § 61 Ausgangspunkte, s: 459, kn: 13.

düzenlemeye göre, her iki tarafın da müdahaleyi etkili ve uzlaşmacı bir yaklaşımla desteklemesi, gerekli bilgileri karşılıklı paylaşımları ve gerekli önlemlerin alınmasını sağlamaları amaçlanmaktadır⁷³⁵. Rızayı düzenleyen § 630 d'ye göre, her invazif ya da tıbbi müdahale için hastanın rızasının olması ve rızasını açıklamadan önce de § 630 e'ye (Aydınlatma) uygun şekilde aydınlatılması gerekmektedir⁷³⁶.

Bilgilendirme ya da aydınlatma çeşitli görüşler tarafından genel hatlarıyla, hekim tarafından hastaya, yapılacak tıbbi müdahalenin anlamı, türü, biçimi, kapsamı, özellikleri, önemi, yarar ve sakıncaları, yan etkileri ve riskleri, sonuçları hakkında bilgi vermesi, tedavi alternatiflerini belirterek, olası sakıncalarını açıklaması, müdahale gerçekleştirilmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz sonuçları anlatarak onu tıbbi müdahale hususunda serbestçe karar verecek düzeyde bilgi sahibi yapması ya da benzer şekilde, hastanın üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi uygulamanın riskleri, komplikasyonları⁷³⁷, alternatifleri, olumlu olumsuz yönleri, yaşamı üzerinde ortaya çıkacak etkileri, yapılacak müdahalenin niteliği, kullanılacak araç ve yöntemler, olası yan etkileri ve riskleri, sonuçları, ne kadar süreceği, kimin tarafından, nerede, nasıl yapılacağı, hekimin neyi, nasıl, ne kadar süre içinde yapacağı, yakın ya da uzak etkileri, ek olarak görülebilecek diğer olaylar, başka seçenekler olup olmadığı, varsa onlarla ilgili işlemler, kendisinin bunları yapıp yapmadığı, uygulama için yeterli deneyiminin bulunup bulunmadığı, mevcut koşul ve olanakların bunları karşılamaya yetip yetmeyeceği, sonuçta nelerin meydana geleceği, yaşamının bu süreç içinde nasıl etkileneceği, başkalarının ve yakınlarının ne oranda ve nasıl etkileneceği, tüm

⁷³⁵ GEHRLEIN, s: 45, kn:30. Madde ile ilgili ilave değerlendirmeler için bkz. KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 818-819; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 84.

⁷³⁶ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 264, kn: 402.

⁷³⁷ Tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkan zarar, hekimin kusur olarak atfedilecek bir hareketi olmadan, hastalığın devamı sırasında ortaya çıkan patolojik olaylar veya ilave hastalıklar veya müdahale sürecindeki unsurların etkisiyle ortaya çıkmışsa, tıbbi terminolojide komplikasyon, hukuki olarak ise izin verilen risk olarak ele alınmaktadır. Ancak bu olayda hekime açıkça atfedilecek bir kusurun bulunması olguyu komplikasyondan malpraktise çevirmektedir. Hastalığın doğal seyri, hastanın tanı ve tedavi yöntemlerine vermiş olduğu fizyolojik reaksiyonlar gibi pek çok unsur istenmeyen sonuçlarla karşılaşılmasına yol açabilir. Bu durumların hepsinde hekimi sorumlu tutmak ne tıbben ne de hukuken mümkündür. YILMAZ, Kerem, s. 67; Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin (ya da diğer sağlık personelinin) eylemi sonucu tıbbın normal kabul ettiği risk ve sapmaların etkisiyle olumsuz neticeler meydana gelse bile hekim sorumlu tutulmamakta, bir başka ifadeyle hekim tıbbi müdahaleyi standarda uygun olarak yapmış ise, arzulanan iyi sonuç gerçekleşmese dahi sorumluluk doğmamaktadır. Eğer ortaya çıkan olumsuz sonuç, öngörülemeyen ve önlenemez ise öğretilerde genellikle izin verilen risk olarak kabul edilmektedir. Komplikasyon hekimin elinde olmaksızın ortaya çıkan, istenmeyen gelişmeler olarak da kabul edilmektedir. ÜNVER, Yener, Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis), Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 16, İstanbul, 2008, s: 60, 61.

işlemlerin maddi ya da manevi karşılığının ne olabileceğinin açıklanması ve hastanın aklına takılanlar ve yanıtlanmasını istediği sorularının cevaplanması, onun bilgi sahibi yapılması olarak açıklanmaktadır⁷³⁸. Tıbbi müdahalenin maliyeti hakkında yapılacak bilgilendirme de bu kapsamda ele alınmaktadır⁷³⁹. Bir diğer yazar, yine Alman öğretisi ve uygulamasının da ışığında hastanın aydınlatılmasını, tıbbi müdahale yapılmadığı takdirde sağlığını tehdit eden tehlikelerin anlatılması, tıbbi müdahalenin türü, biçimi, içeriği, ivediliği ve tehlikeleri hakkında ona bilgi verilmesi ve böylece hastanın tıbbi müdahale konusunda serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesi olarak açıklamakta, bununla birlikte aydınlatmanın, hekimin hastaya tıp alanındaki uzmanlık bilgilerinin aktarılması şeklinde algılanmaması gerektiğini de eklemektedir⁷⁴⁰.

Aydınlatmanın müdahalenin yürütülmesinden sorumlu hekim tarafından ve de hastanın karar vermesi için yeterli bir süre öncesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak eğer, aydınlatma, hastanedeki işbölümü gereği başka bir hekim ya da müdahale hakkında yeterli bilgiye sahip bir sağlık çalışanı tarafından yapılacak ise, ki AMK (BGB) § 630e buna imkan tanımaktadır, doğal olarak o kişi tarafından da müdahalenin yapılmasından önce yerine getirilecektir⁷⁴¹. Şayet tıbbi

⁷³⁸ KARAHASAN, s: 131; “Aydınlatma resmi ehliyetli kişilerden hekimin, hastasına gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve rizikolarının yanı sıra, böyle bir tıbbi müdahale gerçekleştirilmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz birtakım sonuçları anlatarak onu, tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirecek bilgilerle donatmasıdır” ÇİLİNGİROĞLU, s:59, 60; KARA KILIÇARSLAN, s: 30; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 10; SAVAŞ, Tıbbi Malpraktis, s: 269; ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:2, Yıl 2006, s: 239; SÜTLAŞ, s: 45, 78-83. Soruların cevaplanması hususuna *Özsunay* da dikkat çekmekte, ayrıca hastanın genel hatlarıyla aydınlatılmasını takiben, sorduğu sorulara göre şekillenen bir kademeli aydınlatma yaklaşımından da söz etmektedir. ÖZSUNAY, s: 41; Ayrıca bkz. ZENGİN, s: 39; ZEYTİN, Hasta- Hekim ilişkisi, s: 21, 23 vd; İNAL, s: 823; Aydınlatma yapılacak hususlar için ayrıca bkz. ÇELİK, Faik, s: 71, 72; BROX / WALKER, *Besonderes*, s: 334, kn: 14; ÇAVDAR, s: 739, 748.

⁷³⁹ JANDA, s: 129; GEHRLEIN, s: 3, kn: 15 vd; Bu konuda daha geniş açıklamalar için bkz. KATZENMEIER, *Der Behandlungsvertrag*, s: 819; WAGNER, *MüKoBGB*, BGB § 630 a, kn: 84; ÇAVDAR, s: 749.

⁷⁴⁰ ÖZSUNAY, s: 32.

⁷⁴¹ GEHRLEIN, s. 96, 97, kn: 23; KATZENMEIER, *Der Behandlungsvertrag*, s: 820; aynı yönde ERMAN, *Barış*, s: 103; ÖZSUNAY, s: 52; BROX / WALKER, *Besonderes*, s: 334, kn: 14; KOYUNCU s: 78; ÇAVDAR, s: 756; Detaylı açıklamalar için bkz. ZEYTİN, *Hasta- Hekim ilişkisi*, s: 15, 17; *Çilingiroğlu*'na göre, hastanın aydınlatılmasına ilişkin külfet, hasta ile arasındaki tedavi sözleşmesi uyarınca, münhasıran, hastaya tıbbi müdahalede bulunacak olan hekime ait olup, hekim dışındaki kişiler örneğin hemşireler açısından böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır. Tedavi sözleşmesinin tarafı olduğu için hastayı aydınlatma külfeti hekime düşmektedir. Hekim bu yükümlülüğü ancak yardımcı kişisi konumundaki bir diğer hekime bırakabilecektir. ÇİLİNGİROĞLU, s: 69, 70. *Zeytin*, hekimler arası iş bölümü gereği, aydınlatmanın başka bir hekim tarafından yapılabileceğini kabul etse de, diğer sağlık çalışanlarının hekim tarafından gerçekleştirilecek olan müdahalelere yönelik aydınlatmada bulunmasını yeterli

müdahale birden fazla hekim tarafından, birbiriyle bağlantılı fakat ayrı aşamalar halinde yürütülecekse, her hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kendisi tarafından yürütülecek aşama ile sınırlı olduğu, ancak birden fazla hekimin hep birlikte bir müdahaleyi gerçekleştirmeleri durumunda, her birinin kendi uzmanlık alanına ilişkin aydınlatmayı yapması gerektiği belirtilmektedir ⁷⁴².

Aydınlatma şekle bağlı değildir ve bu konuda kural olarak sınırlayıcı bir düzenleme de bulunmamaktadır. Sözlü, yazılı, resimli, uygulamalı, film gösterisi şeklinde olabilir. Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı olması ve devamında hastanın imzasını içermesi tercih edilmektedir ⁷⁴³.

Aydınlatma yapılacak kişi, müdahaleye maruz kalacak hastanın kendisidir. Hasta küçük ya da kısıtlıysa, aydınlatmanın, onun adına rıza açıklama yetkisini kullanacak yasal temsilciye yapılması, ancak ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların da ve anlama kapasitesiyle uyumlu şekilde aydınlatılması gerekmektedir ⁷⁴⁴.

görmemektedir. Bu konuda daha fazla açıklama için bkz. ZEYTİN, s: 15; yazara göre de, aydınlatmanın müdahaleden yeterli süre öncesinde yapılması gerekmektedir. age, s: 18; *Erman'a* göre de, müdahalenin yürütülmesinden sorumlu hekim, kural olarak aydınlatmada bulunmaya da yetkili olmakla beraber bunu işbölümü gereği güvendiği bir meslektaşına da bırakabilir. ERMAN, Barış, s: 103; aynı yönde ZEYTİN, Tedavi ilişkisi, s: 111; *Özsunay* hastanın müdavi hekimi tarafından aydınlatılmasının kimi zaman yeterli olmadığını, müdahale başka bir hekim tarafından gerçekleştirilecek ise o hekimin de hastanın yeterince aydınlatılmış olup olmadığını mutlaka kontrol etmesi gerektiğini belirtmektedir. Daha fazla açıklama için bkz. ÖZSUNAY, s: 49; ayrıca ÇAVDAR, s: 757; KOYUNCU, s. 78; Aydınlatma zamanı, ameliyatın genişliğine ve zorluğuna göre değişkenlik gösterebilir. Örneğin yaşamsal tehlike içeren büyük bir ameliyata girecek olan hastanın yeterince düşünebilmesi için çok daha erkenden aydınlatılması gerekirken, basit bir müdahaleden kısa süre öncesinde yapılan aydınlatma yeterli olacaktır. AYAN, s: 83, ADIGÜZEL, s: 966; ÇAVDAR, s: 756; Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü, planlanan müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce hastanın sakince düşünüp, gerektiğinde yakınları veya güvendiği diğer kişilere danışmasına imkan verecek bir süre öncesinde yerine getirmesi gerekmektedir. Acil bir durum söz konusu olmadıkça, hastanın sakince düşünüp serbestçe karar vermesine elverişli olamayacağı için, ameliyat masasında, hatta ameliyattan bir gün öncesinde dahi aydınlatılması uygun görülmemektedir. ÇİLİNGİROĞLU, s: 71; aynı yönde ERMAN, Barış, s: 103, 104.

⁷⁴² ÇİLİNGİROĞLU, s: 70; *Erman'a* göre, aynı müdahale için birden fazla hekimin bir arada çalışması söz konusu olduğunda, asıl hekim, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesini, hiyerarşik olarak daha altında olan bir meslektaşına bırakabileceksede, bu hekimin de aydınlatmayı hakıyla yerine getirebilecek kapasitede olduğuna güvenmesi gereklidir. ERMAN, Barış, s: 103.

⁷⁴³ Aynı yönde ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 18; ÇAVDAR, s: 755; ALKANAT, s: 178; tanıkla dahi ispat edilebilmesi mümkündür, ancak yazılı olması haliyle ispat kolaylığı sağlayacaktır. ZEYTİN, Tedavi ilişkisi, s: 111.

⁷⁴⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s: 70; ERMAN, Barış, s: 105, 106; BROX / WALKER, *Besonderes*, s: 334, kn: 13; ÇAVDAR, s: 757; DOĞAN, Murat, s: 48.

Hekimin aydınlatmada yanlış bilgi vermesinin nedeni kendi yanlılığı da olsa, sorumlu olacağı belirtilmektedir. Örneğin hekim hastalığın tanısını yanlış koyarak bu nedenle hastayı farklı bir hastalık hakkında aydınlatmış ise bu aydınlatmanın yapılmamış sayılacağı kabul edilmektedir⁷⁴⁵. Nitekim *Aşçıoğlu*'na göre de, gerçek olgulara ve bilimsel verilere dayanmayan bilgiler, aydınlatma olarak kabul edilemeyecek ve bu tür bilgiler müdahaleyi hukuka uygun kılmayacaktır⁷⁴⁶.

(1) Aydınlatmaya İlişkin Yasal ve Mesleki Etik Düzenlemeler

Biyotıp Sözleşmesi m.5/1 uyarınca, sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir. Maddenin 2. fıkrasında ise, kişiye müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verileceği öngörülmüştür.

Organ Nakli Kanunu m.7'de organ ve doku alacak hekimlerin, vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermesi, ayrıca alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericinin aydınlatılması gerektiği düzenlenmiştir.

TDN m. 14/2'de hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerektiği düzenlenmiştir.

HHY m.15'e göre ise hastaya, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından, nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel etkileri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilmesi gerekmektedir. Yönetmeliğin 18. maddesinde de, bilgilendirmenin mümkün olduğunca sade, tereddüde ve şüpheye yer verilmeyecek şekilde, hastanın

⁷⁴⁵ ERMAN, Barış, s: 121; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 326.

⁷⁴⁶ AŞÇIOĞLU, s: 28.

sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak yapılması gerektiği, bilgilendirmenin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından sözlü olarak yapılacağı, bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda ise bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından da bilgilendirme yapılabileceği, acil durumlar dışında, bilgilendirmenin hastaya makul süre tanınarak ve uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılacağı düzenlenmiştir. Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunduğu ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görüldüğü hallerde ise, tanının saklanabilmesine imkan tanınmış ve bu koşullarda hastaya veya yakınlarına bilgi verilip verilmemesi hekimin takdirine bırakılmıştır. Hekim tedavisi olmayan bir teşhisi, ancak hastaya tam bir ihtiyat içinde hissettirilebilecek veya bildirilebilecektir. Yine yönetmeliğin 31. maddesinde de “*rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.*” hükmü yer almaktadır.

Üreme Yönetmeliği'nin 8 no'lu ekini teşkil eden ÜYTE uygulanacak çiftlere ait bilgilendirilmiş muvafakat formu ve diğer ekli formlarda da aydınlatmanın ne şekilde yapılacağına ilişkin detaylı düzenlemeler yer almaktadır⁷⁴⁷. Her ne kadar bu formlarda yer alan işlemlerin bir kısmı, doğrudan kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahalelere değil, onların vücutlarından alınmış hücreler ve oluşturulmuş embriyoya ilişkin olsa da, bu işlemler de dolaylı olarak müdahalenin öngörülen amacına hizmet ettiği için, bu formlarda öngörülen aydınlatmaya ilişkin hususların göz önünde tutulması da yapılan işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamak açısından gereklidir⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ Buna göre çiftlerin bu formda, önerilen tedavinin neleri içerdiği, ne zaman önerildiği, kimlerin uygun olduğu, tedavi aşamaları, kullanılan yöntemin teknik detayları, başarı oranı, riskleri, komplikasyonları, ücreti ve başarısızlık durumundaki alternatifleri, TCK m. 90 (insan üzerinde deney suçu) ve m. 231 (çocuğun soybağını değiştirme suçu) ile tüp bebek tedavileriyle ilgili yasal durum hakkında ayrıntılı bilgilendirme ve talep etmeleri halinde soy bağını tespit amacıyla DNA testi yaptırabilecekleri, hastanelerde, gebenin uzman hekimler tarafından takip edilmesi, doğum yapması ve gerekirse erişkin ve yenidoğan bakım hizmeti sağlanmasından merkezin yükümlü olduğu hususlarında bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Aynı düzenlemenin 9 no'lu Ek'i (Ek-9) embriyo saklama bilgi formu, Ek -10 embriyo çözme bilgi formu, Ek-11 embriyo imha bilgi formu, Ek- 12 gonad dokusu / hücreleri saklama bilgi formu, Ek- 13 gonad dokusu / hücreleri çözme bilgi formu, Ek-14 gonad dokusu / hücreleri imha bilgi formudur.

⁷⁴⁸ TTB'nin de üremeye yardımcı uygulamalarda aydınlatmaya ilişkin birtakım önerileri bulunmaktadır. TTB Yaşamın Başlangıcına İlişkin Bildirgede, embriyo aktarımı isteyen her çiftten, yöntemin nasıl uygulanacağı, anne ve bebeğe olası etkilerinin ne olduğu, bebek sayısı olasılığı ile

Bir müdahalenin uygulanmasının olabildiğince eksiksiz aydınlatılmış bir rızaya bağlanması, hekimlik mesleğinin temel etik kurallarından biri olarak da görülmektedir⁷⁴⁹. Nitekim HMEK m. 26'ya göre, sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış rızası ile yapılabilir. Alınan rıza baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Hekim hastayı, sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konusunda aydınlatır. Yapılacak aydınlatmanın hastanın kültürel, toplumsal, ruhsal durumuna uygun ve anlaşılır biçimde olması gerektiği de ayrıca düzenlenmiştir.

TTB'nin Aydınlatılmış Onam Bildirgesinde “*aydınlatılmış onam (bilgilendirilmiş rıza)*”, karar verme yeterliğine sahip bir bireyin, kendisine uygulanacak tanı, tedavi yöntemleri ve diğer uygulamalar konusundaki tüm seçenekleri, bu yöntemlerin olası olumlu ya da olumsuz sonuçlarına ilişkin bilgileri aldıktan ve anladıktan sonra, yapılacak işlemlere izin verme, kabul etme süreci olarak tanımlanmaktadır. Bu uygulamanın temel amacı, bireyin kendisi hakkında karar verme hakkını korumak ve her tür tıbbi uygulama sürecinde sorumluluğu paylaşmak şeklinde açıklanmaktadır. Aydınlatılmış onam alınması, tıbbın bütününe kapsayacak biçimde tanı koyucu, tedavi edici ve koruyucu hekimlik uygulamaları ile birlikte, insanlar üzerindeki araştırmalarda da zorunludur. Ayrıca yine TTB tarafından hazırlanmış olan Aydınlatılmış Onam Kılavuzu da yol gösterici ve açıklayıcı bilgiler içermektedir⁷⁵⁰.

nakilden sonra bebeğin ya da bebeklerin alınma ihtimali hakkında ayrıntılı bilgilendirme yapıldıktan sonra aydınlatılmış onam elde edilmesi, embriyo aktarımı için karar veren çifte yöntem konusunda olduğu gibi, çoklu gebeliğin aile ve ülkeye getirebileceği yarar ve zarar konusunda da danışmanlık hizmeti sağlanması, nakledilmeyen embriyoların çiftlerin aydınlatılmış onamlarına göre dondurulması ya da yok edilmesi yönünde öneriler yer almaktadır. TTB Yaşamın Başlangıcına İlişkin Bildirge, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010 s: 26.

⁷⁴⁹ SÜTLAŞ, s: 45.

⁷⁵⁰ Bildirgenin devamında, aydınlatma sürecinin hastanın yaşına, kültürel, toplumsal ve ruhsal durumu gibi koşullara özen gösteren bir uygunlukta olması gerektiği, kendisi dışında bilgilendirilecek kişileri hastanın belirleyeceği, her tıbbi uygulama için ayrı ayrı aydınlatılmış onam alınması gerektiği, hastanın karar verme yeterliğinin bulunmadığı durumlarda onamın, varsa hastanın yasal temsilcisinden alınacağı, hastanın yasal temsilcisinin onam vermediği ve hastanın yaşamının tehdit altında olduğu durumlarda girişimde bulunabilmek için yasal mercilerden izin alınması gerektiği, hastanın yetkili yasal temsilcisi olmadığında ve acil tıbbi müdahale gerektiğinde, daha önceden hastanın kuşkuya yer bırakmayan şekilde bu durumda girişime onam vermeyi reddettiğini gösterir bir

Alman hukukunda, AMK'daki az önce değinilmiş olan düzenlemelerin yanı sıra ⁷⁵¹, Almanya'da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları § 8'e göre de, hekimlerin tıbbi müdahaleler için hastanın rızasını almaları gerekmekte ve bu rıza öncesinde de hekim hasta arası yapılan kişisel bir görüşme sürecinde bilgilendirmenin yapılmış olması gerekmektedir. Özellikle cerrahi girişimlere yönelik aydınlatmanın müdahalenin natürü, anlamı ve genişliği, alternatifleri ve ilişkili riskler hakkında açıklamalar içermesi ve hastaya yeterli bir düşünme süresinin de bırakılması gerekmektedir. Müdahalenin tıbbi gerekliliği ne kadar az ise ya da genişliği ne kadar fazla ise, yapılacak aydınlatmanın da o derece kapsamlı olması gerekmektedir. Yine, kısırlaştırma kanunu, ilaç kanunu, organ nakli kanunu gibi münferit kanunlarda da rıza ve aydınlatmaya ilişkin özel düzenlemelerin yer aldığı belirtilmektedir ⁷⁵².

(2) Aydınlatmanın Genişliği ve Türleri

Yapılacak bilgilendirmenin (aydınlatmanın) kapsamı müdahalenin niteliğine ve hastanın içinde bulunduğu durumun aciliyetine göre değişmekte, daralıp genişleyebilmektedir. Hastanın durumundan kaynaklanan aciliyet azaldıkça, yani hekim müdahalede bulunmak için geniş bir zamana sahipse, bu bilgilendirmenin kapsamı genişlemekte, çok daha detaylı bir hale gelmekte iken ⁷⁵³, tersine tıbbi müdahale hastanın durumu nedeniyle ivedilik kazandıkça ve bilgilendirme ile geçirilecek zaman risk ve tehlikelerin artmasına yol açacaksa, kapsamı da daralmaktadır. Zira bu durumda müdahalenin olağan bir tanı ve tedaviden ziyade

irade beyanı yoksa, hastanın onam verdiği varsayılarak tıbbi girişimde bulunulması gerektiği, çocuklarda ve karar verme yeterliği olmayan hastalarda yasal temsilcisinin onamının alınması gerektiği, ancak çocuk ve karar verme yeterliği olmayan hastanın da elden geldiğince aydınlatılması ve olabilecek en geniş ölçüde karar alma sürecine dahil edilmesi gerektiği, bireyin vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alma hakkının bulunduğu, sağlıkla ilgili her türlü girişimin kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılacağı, alınan onam, eksik aydınlatma, baskı ya da yanıltma yoluyla alındıysa geçersiz olacağı açıklamaları yer almaktadır. Türk Tabipleri Birliği Aydınlatılmış Onam Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 14. Ayrıca Türk Tabipleri Birliği Aydınlatılmış Onam Kılavuzu.

⁷⁵¹ Açıklamalar için bkz. KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 818-820.

⁷⁵² LAUFS, L/U, § 62 Ausgangspunkte, s: 460, kn: 16. Örneğin. Gönüllü Kastrasyon ve Diğer Tedavi Metotları Hakkında Kanun § 3: ilgili kişi, önceden kastrasyonun nedeni, anlamı ve etkileri, itibar edilebilecek diğer tedavi imkanları ve vereceği rıza açısından anlam taşıyabilecek diğer koşullar hakkında aydınlatılmış olduğu takdirde, vermiş olduğu rıza geçersizdir.

⁷⁵³ LAUFS, L/U, § 6 Die elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 64, kn: 23; DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 757; ÖZSUNAY, s: 39; ERMAN, Barış, s: 111; YENİDÜNYA, s: 68; ALKANAT, s: 178.

yaşamı kurtarmaya yönelmesi söz konusu olmaktadır ⁷⁵⁴. İyileştirme dışındaki amaçlara yönelmiş, bir başka deyişle mutlak tıbbi endikasyonu bulunmayan müdahalelerde, aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarının çok daha geniş tutulacağından, aydınlatma kriterlerinin daha geniş ve katı şekilde uygulanacağından söz edilmektedir ⁷⁵⁵.

Aydınlatma, yöneldiği işlev ve sahip olduğu içerik bakımından, risk aydınlatması, süreç aydınlatması, tanı aydınlatması, tedavi alternatiflerine yönelik aydınlatma gibi farklı türlere ayrılmaktadır ⁷⁵⁶. Tanı aydınlatması, hastalığa ilişkin elde edilen bulgular ve sonuçlar hakkında açıklamalar içermektedir ⁷⁵⁷. Yine, tedavi (güvenlik) aydınlatması ve hastanın kendi geleceğini belirlemesine yönelik aydınlatma ⁷⁵⁸, tedavi ve güvenlik aydınlatması, karar aydınlatması, bilgilendirme aydınlatması ⁷⁵⁹ şeklinde çeşitli ayrımlar yapıldığı görülmektedir.

(a) Tedavi Aydınlatması

Tedavi aydınlatması planlanan müdahaleye yönelik açıklamaları içermektedir. Hasta yapılacak müdahalenin örneğin ameliyatın, ilaç tedavisinin türü, olası alternatifleri, tedavinin yapılmaması durumuyla kıyaslandığında avantajları ve dezavantajları hakkında aydınlatılmaktadır. Tüm detayların açıklanması gerekli olmamakla beraber, hastanın müdahalenin türü, genişliği, ağırlığı, vücut bütünlüğü ve yaşamı üzerindeki etkileri hakkında genel bir bilgiye sahip olması

⁷⁵⁴ SÜTLAŞ, s: 151; ERMAN, Barış, s: 111; ayrıca bkz. AYAN, s: 76, 77; DOĞAN, Murat, s: 46, 47.

⁷⁵⁵ ERMAN, Barış, s: 203; *Özsunay*'ın, uygulacak tıbbi müdahalelerin ivediliğine göre aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını bir yelpaze şeklinde ele aldığı, yelpazenin bir ucunda geniş bir aydınlatmayı gerektiren sadece kozmetik amaçlı operasyonlar yer alırken, uygulanması yönündeki tıbbi gereklilik ve aciliyeti göz önüne alarak gruplandığı ve yaşamsal nitelikteki tıbbi müdahaleler ise yelpazenin diğer ucuna yerleştiği görülmektedir. ÖZSUNAY, s: 39, 40. Aydınlatmanın genişliğinin somut duruma göre değişeceği, yönünde BROX / WALKER, *Besonderes*, s: 334, kn: 14.

⁷⁵⁶ GEHRLEIN, s: 89, kn: 9-14, s: 92, kn: 15,16, s: 93, kn: 17-20 a; JANDA, s: 132, 133; KOYUNCU, s: 77.

⁷⁵⁷ ÇAVDAR, s: 744; Tanı yükümlülüğünün yerin egelmesi için hekimin hangi nedenlerle bu tanıya varmış olduğunu ve elde ettiği bulguları da açıklaması beklenmektedir, bkz age. s: 744; Hekimin hastayı ilk olarak tıbbi bulgular ve tanı hakkında aydınlatması gerektiği, hastanın ancak bu şekilde kendisi hakkında karar verme hakkından yararlanabileceği belirtilmektedir. ÖZSUNAY, s: 41; Özellikle yaşamı tehdit eden hastalıkların kesin olmayan tanısına yönelik aydınlatma yaparken dikkatli davranılması gerekmektedir. JANDA, s: 133. Tanı aydınlatması sırasında hekimin özellikle kötü seyirli hastalıklara ilişkin aydınlatma yaparken, özellikle de tanının şüpheli olduğu durumlarda, hasta üzerinde olumsuz etkilere yol açmamak için, kullandığı kelimeler de dahil olmak üzere titiz ve dikkatli olması gerekmektedir LAUFS, L/U, § 63 Die Selbstbestimmungsaufklärung, *Berufs*, s: 468, 496, kn: 13,14,15; ÇAVDAR, s: 745.

⁷⁵⁸ LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherheitsaufklärung), s: 461, kn:1 ve s: 465, kn: 1; FISCHER, s: 18, 20.

⁷⁵⁹ ZEYİN, Hasta- Hekim ilişkisi, s: 6, 8, 10.

amaçlanmaktadır. Ameliyatın genişletilmesi olasılığı da bu kapsamda yer almaktadır. Hekim alışılmış yöntemlerden sapmayı düşünüyorsa ya da farklı şans ve risklere sahip birden fazla tedavi yöntemi mevcut ise aydınlatmanın daha detaylı olması gerekmektedir ⁷⁶⁰.

Çok sayıda alternatifin varlığı durumunda, aslında hekim, tedavi özgürlüğü uyarınca kural olarak, uygulayacağı müdahale yöntemini seçmekte özgürdür, bu hekimin takdirinde olan bir husustur. Hekim eşdeğer yöntemlerden kendisine en elverişli geleni, en iyi uygulamakta olduğunu seçebilir. Fakat müdahaleye maruz kalacak hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, bu alternatifler hakkında da bilgi sahibi olmasını gerektirmektedir. Tıbben aynı ölçüde endike, fakat hastaya getireceği zorluklar, riskler ve iyileşme şansı açısından farklılıklar gösteren çok sayıda yöntem varsa, hastanın bunlar hakkında aydınlatılması gerekmektedir ⁷⁶¹. Bilimsel çevrelerde bir tedavi yöntemine karşı bazı itirazlar mevcut ise, bu hususun da tedavi aydınlatması kapsamına alınması gerektiği belirtilmektedir ⁷⁶².

Tedavi ya da güvenlik aydınlatması, hastanın kendi geleceğini belirlemesine yönelik olarak yapılan aydınlatmaya göre hukuki açıdan daha az zorluk ve sorun teşkil etmektedir. Tedavi aydınlatmasında hastanın zarara uğramasını önlemek amacıyla ona tıbbi durumu ve yapması gerekenlerle ilgili, örneğin sakınması gereken durumlar, yaşam tarzı, uyması gereken beslenme kuralları hakkında, benzer şekilde kullanılan ilaçların dozları, yan etkileri vb. hakkında bilgilendirmeler yapılmaktadır. Hasta, tedavi aydınlatması yapılmadığı için, özellikle yeterli şekilde bilgi sahibi yapılmadan taburcu edilmesi nedeniyle ⁷⁶³ zarar gördüğü takdirde, bu durum ciddi bir tıbbi hata olarak ele alınmakta ve davacı konumundaki hastayı hekimin aleyhine nedensellik bağının ispatından kurtarmaktadır. Ayrıca hastanın tıbbi açıdan gerekli bir tedaviye rıza göstermemesi durumunda da, hekimden ona doğru yolu göstermesi, onu tedavinin gerekliliği hususunda eğitmesi beklenmekte ve hekimin bu yönde göstereceği çabalar özen yükümlülüğünün bir gereği olarak da değerlendirilmektedir. Tanıya, ilaç tedavisine, koruma önlemlerine yönelik aydınlatmalar da tedavi

⁷⁶⁰ JANDA, s: 134. Tedavi (güvenlik) aydınlatması hakkında daha fazla bilgi için bkz. ZEYTİN, Hasta-Hekim ilişkisi, s: 6 vd; FISCHER, s: 18; ÇAVDAR, s: 745, 746.

⁷⁶¹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 268, kn: 410; GEHRLEIN, s: 9, 94, kn: 17, 18, 19; JANDA, s: 134; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 125.

⁷⁶² ÖZSUNAY, s: 41.

⁷⁶³ Taburcu olan bir hastanın yönetimi epikrizinde yer alması gereken bilgiler hakkında bkz. HART, s: 869, 870.

aydınlatması kapsamında ele alınmaktadır ⁷⁶⁴. *Deutsch* ve *Spickhoff* da tedavi ya da güvenlik aydınlatmasında hastanın müdahalenin çeşitli etkileri, süreç içinde dikkat etmesi gereken hususlar, sağlığı ve tedavinin başarısı için uyması gereken kurallar, alınması gereken önlemler hakkında bilgi sahibi yapıldığını belirtmektedirler. Ayrıca tıbbi uygulama sırasında yapılan hataların açıklanması da bu kapsamda ele alınmaktadır ⁷⁶⁵.

İlaç tedavisi düzenleyen hekimin, ilaçların kullanım dozları, yan etkileri vb. hususunda hastayı bilgilendirmesi gerekmekte ve ilacın kullanımını ne kadar özellikli, oluşturabileceği tehlike ve yan etkiler ne kadar fazla ise bu yükümlülük de o derecede genişlemektedir ⁷⁶⁶. İlaç kutularında yer alan prospektüsler tek başına yeterli görülmemekte ve hekimin aydınlatmasının yerini tutmamaktadır. Hastanın tedavi sırasında dikkat etmesi gereken hususlar ya da aktif katılımının gerekli olduğu hallerde, örneğin kullanılan ilaçların bazen araç sürüş yeteneği üzerine etki edebildiği ya da genel olarak hekimin kişinin araç kullanım yeteneğinde etkilenme fark ettiği durumlarda, koruyucu hekimlik uygulamaları bağlamında hastanın yaşam tarzı değişikliklerinin gerekli olduğu durumlarda, yine aydınlatmanın özel önem taşıdığı belirtilmektedir ⁷⁶⁷.

Hastanın, yakınları ve üçüncü kişiler açısından enfeksiyon tehlikesi taşıdığı durumlarda, örneğin HIV pozitifliğinde, hele hekim üçüncü kişiye karşı garantör pozisyonda ise veya sözleşme üçüncü kişiyle kurulmuş olduğu takdirde aydınlatma özel önem taşımaktadır ⁷⁶⁸. Alman Federal Mahkemesinin, aşılarla aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin aydınlatıcı bir kararında, aşılanan kişinin çevresindekiler açısından, özellikle de hassas gruptan kişiler açısından taşıdığı bulaştırıcılık riski konusunda yapılacak aydınlatmaya dikkat çekmiş olduğu belirtilmektedir ⁷⁶⁹.

⁷⁶⁴ LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherheitsaufklärung), s: 461, kn:1,2,3. Ayrıca BROX / WALKER, Besondere, s: 333.

⁷⁶⁵ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 344 vd.

⁷⁶⁶ LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherheitsaufklärung), s: 462, kn:8; ÇAVDAR, s: 745, 746.

⁷⁶⁷ LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherheitsaufklärung), s: 463, 464, kn:11, 12, 13; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 344, kn: 550. Aynı yönde açıklama için bkz. ÖZSUNAY, s. 42.

⁷⁶⁸ LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherheitsaufklärung), s: 462, kn:7; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 346, kn: 552.

⁷⁶⁹ BGH NJW, 1994, 2415 aktaran LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherheitsaufklärung), s: 463, dn: 14.

Tedavi aydınlatması özellikle canlıdan organ transplantasyonlarında büyük önem taşımaktadır. Cerrahın vericinin aydınlatılması konusunda büyük özen göstermesi gerektiği, zira bu ameliyatın verici için iyileştirici bir nitelik taşımadığı, bu yüzden de tam ve eksiksiz bir şekilde, ameliyatın kendisi için tehlikeleri, planlanan müdahalenin alıcı açısından gerekliliği, bilimsel veriler ve klinik deneyimler ışığında transplantasyondan başarı beklentisi hakkında ayrıntılı şekilde aydınlatma yapılması gerektiği belirtilmektedir ⁷⁷⁰.

Yine hastanın yaşamı üzerinde çok büyük ve derin etkileri olacağı için, cinsiyet değiştirmeye yönelik ameliyatlara öncesinde yapılacak aydınlatmanın da büyük önem taşıdığına dikkat çekilmektedir ⁷⁷¹.

Tedavi aydınlatmasında hekimden bildiği her şeyi sınırsız şekilde aktarması beklenmemektedir, elbette ki bu aydınlatmanın da sınırları olacaktır. Aydınlatmanın yapılmış olduğu yönünde birtakım ispatlar mevcut ise, esasen hekimin yeterli şekilde açıklamada bulunmuş olduğu kabul edilmektedir ⁷⁷².

(b) Risk Aydınlatması

Risk aydınlatmasında amaç, hastanın bir müdahale sırasında ortaya çıkabilecek komplikasyonlar ve zararlı yan etkiler hakkında bilgi sahibi yapılmasıdır. Bu aydınlatmadan kendi geleceğini belirlemeye yönelik aydınlatma olarak da söz edilmektedir ⁷⁷³. Hasta ancak maruz kalacağı müdahalenin beraberinde getireceği tehlikeler hakkında aydınlatıldığı takdirde kendisi hakkında karar verme hakkını kullanabilecektir ⁷⁷⁴. Ne kadar özen gösterilmiş ve müdahale ne kadar hatasız bir şekilde gerçekleştirilmiş olursa olsun bazı olumsuzluklar kaçınılmaz şekilde ortaya çıkabilir ⁷⁷⁵. Risk aydınlatması ile hastanın girişimle ilgili tehlikeler, girişimin türü

⁷⁷⁰ LAUFS, Arztrecht, s: 143, kn: 275.

⁷⁷¹ Bkz. ÇAVDAR, s: 746.

⁷⁷² LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherheitsaufklärung) s: 465, kn: 17.

⁷⁷³ LAUFS, L/U, § 63 Die Selbstbestimmungsaufklärung, s: 465; KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 820. Bu konu hakkında ilave bilgi için bkz. FISCHER, s: 20 vd.

⁷⁷⁴ ÖZSUNAY, s: 41; ÇAVDAR, s: 747; KOYUNCU, s: 77.

⁷⁷⁵ “ Dosya içerisinde bulunan raporlarda davacının yüzünde oluşan hasarın nedeni yabancı cisim reaksiyonu olarak bildirilmiştir.22.12.2006 tarihli Adli Tıp raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır.

Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulu'nda verdiği 23.09.2005 tarihli ifadesinde, davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon oluştuğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz." Yargıtay 13 HD., E. 2008 / 4519, K. 2008 / 10750, T. 18.09.2008, Kazancı İnternet Bilgi Bankası;

"Ameliyatın rizikoları, muhtemel hasil olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından savunulmamış ve kanıtlanmamıştır." Yargıtay 13 HD., E. 1993 / 131, K. 1993 / 2741, T. 05.04. 1993, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; "Mahkemece Adli Tıp Raporu gereğince davanın reddine karar verilmişse de, anılan rapor, davalıya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta hata olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden, olayda davalıların kusurlu olup olmadığına tespitine yeterli değildir. Bu rapora dayanarak hüküm kurulamaz." Yargıtay 13 HD. E.2007/ 2916, K. 2007/ 8485, T. 18.06.2007, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; "Davacı vekili, davacının büyük ve sarkık meme şikayeti ile davalı Özel Antalya Y. Hastanesine giderek plastik ve rekonstrüktif cerrahi estetik alanında uzman davalı Dr. Ö'na estetik amaçlı ameliyat olduğunu, meme uçlarının yerlerinin değiştirilmesine doktorun istemi üzerine müsaade ettiğini, ancak bu ameliyatın hangi riskleri taşıdığına davalı tarafından anlatılmamış olduğunu, enfeksiyon ve yanlış operasyon sonucu meme uçlarını kaybettiğini ve memenin görünümünün tamamen estetikten yoksun, bakılamaz bir hal aldığını, bu durumdan davacının son derece etkilendiğini, buna sebep olan davalıların sorumlu olduklarını ileri sürerek, 100.000 TL manevi ve 5.000 TL maddi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.....Dosya içeriğinden, davalı doktor ile görüşen davacının ameliyatın türü hakkında bilgilendirildiği ve ikinci bir ameliyat olmamak adına ilk ameliyatta meme küçültme yanında estetik açıdan meme başının da taşınmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Ancak operasyon için davacının kızının oluru alınmış ise de, davacıya ameliyatın risklerinin anlatıldığı ve kabul ettiğine dair bir bilgi ve belge sunulmamış, dinlenen davalı tanıkları kendilerine benzer ameliyatlarda davalı doktorun bilgi verdiğini beyan etmiş iseler de bu beyanlar davacının da bilgilendirildiğini kabule yeterli görülmemiştir." Yargıtay, 3.HD, E. 2012 / 177, K. 2012 / 6939, T. 15.03.2012, GÖKCAN, s: 1124.

"1- "Davacılar, davacı...nin, davalı doktor ve hastanenin özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle ameliyat sonrasında kanama geçirdiğini, kanamanın durdurulamadığını ve yaşadığı süreç sonucu dilinin kesildiğini, dişlerinin söküldüğünü, yemek yiyemediğini ve konuşma zorluğu çektiğini, vücudunun sağ tarafını gerektiği gibi kullanamadığını ileri sürerek.....Somut olayda; Mahkemece ...'dan alınan 22.03.2013 tarihli Raporla ' tonsillektomi ameliyatından sonra 4. gün gibi geç oluşan kanamalarda, kanamanın sebebinin ameliyat esnasında yapılan işlemler olmayacağı, ameliyat sonrası ameliyat sahasında gelişen nekrozdan dolayı kanamaların meydana geleceği, bunun da hekim tarafından öngörülemeyeceği' kanaatinin belirtildiği, yine Mahkemece'den alınan 19.02.2014 tarihli raporda da ' ameliyat sonrası gerçekleşen kanamaların bu tür ameliyatların % 1'i ile %10'u arasında oluşan komplikasyon niteliğinde olduğu, davalıların sorumluluğunun olmadığı' kanaati belirtilmiştir. Mevcut durumda mahkemece alınan bilirkişi raporları ile ameliyat sonrası meydana gelen kanamaların komplikasyon niteliğinde olduğu anlaşılmakta ise de, yukarıda anlatılan bilgiler ışığında, davalıların komplikasyon nedeniyle sorumlu olmadığına kabulü için, hastanın bu komplikasyon sonrası yaşadığı süreç ile ilgili ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. Dosya içinde bulunan 29.03.20110 tarihli 'Hasta Onam Formu'nun ameliyatın riskleri başlıklı A bendinde 'ameliyattan sonra ilk iki hafta içinde kanama oluşabileceği, geç ortaya çıkan kanamalarda tekrar hastaneye yatırılarak müdahale edilebileceği, ameliyat edilebileceği ve kan kaybı nedeniyle de transfüzyon gerekebileceği' hususlarının açıkça yazılmış olmasına rağmen, davacının bu komplikasyon sonrası yoğun bakımda kalabileceği, sağ tarafını gereği gibi kullanamayabileceği, dilinin kesilip, dişlerinin sökülebileceği hususlarının Form'da açıkça yazılmadığı, bu durumda hastanın kanama sonrası yaşadığı sağlık sorunları ile ilgili yeterince aydınlatılmadığı ve hasta onam formunun yukarıda anlatılan sözleşme hükümlerine göre yetersiz kaldığı anlaşılmaktadır" . Karar metninde, Yargıtay'ın İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 5. maddesi ve HMEK 26.maddesini de ayrıntılı şekilde değinmiş olduğu görülmektedir. Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 46695, K. 2016 / 6790, T. 07.03.2016,Kazancı İnternet Bilgi Bankası; " Somut olayda alınan Adli Tıp Raporunda ' davacının daha

ve zorluğu hakkında genel bir bilgiye sahip olması amaçlanmaktadır. Aydınlatmanın içeriğini belirlemede, sadece ortaya çıkması muhtemel komplikasyonların sıklığı değil, gerçekleştirilecek müdahale ile yakından ilişkili olması ve hastanın yaşamı üzerinde ortaya çıkaracağı etkilerin ağırlığı da önem taşımaktadır ⁷⁷⁶. Ortalama bir hastanın kararı üzerine etkili olmayacak, örneğin onbinde bir olasılıklı bir hastalık ya da komplikasyon riskinin açıklanmasına gerek olmadığı düşünülmeyle beraber ⁷⁷⁷, az önce verilen örneklerde olduğu gibi, ortaya çıktıkları takdirde oluşturacakları etkilerin ağırlığına göre, kimi zaman çok nadir karşılaşılabilecek risklerin de açıklanmış olması beklenmektedir. Dolayısıyla açıklanması gereken bir riskin

önce kolesistektomi ve appendektomiye ait ameliyat izlerinin olduğunu, bunlardan kolesistektomi ameliyatının çalışma alanının karın germe ameliyatında yara iyileşmesine olumsuz etkisinin sıklıkla beklendiğinden, ameliyatlardan yeterli sonuç alınamamasına neden olan sağ yanda gelişmiş cilt kaybı, yağ nekrozu ve enfeksiyonun hekim hatasından kaynaklanmadığı' belirtilmiş olup, açıklanan gerekçeler dikkate alındığında, bu hususların yüklenicinin genel ihbar zorunluluğu kapsamında olduğu açıktır. O halde davalının ameliyat öncesi muhtemelen hasil olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmesi BK m. 357 maddesine göre bir zorunluluktur. Bu nedenle, davalının, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak bu hususu ve davacının yeterli derecede aydınlanıp aydınlanmadığı hususunda davalı delillerinin toplanarak....." Yargıtay, 13.HD, E. 2011 / 11359, K. 2012 / 12808, T. 21.05.2012, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; ".....üç kişilik bilirkişi kurulundan alınan 06.11.2008 tarihli raporda, olayın özeti yapıldıktan sonra sadece 'hastanın sağ gözünün görme kaybı katarakt cerrahisi sırasında oluşan arka kapsül perforasyonu ve bunun sonucu gelişen retina dekolmanına bağlıdır. Görme kaybı katarakt cerrahisinin komplikasyonları sonucu gelişmiştir. Görme sistemi işlev bozukluğu oranı % 20'dir. ' açıklaması yapılmış olup, söz konusu rapor maddi dayanakları ve gerçesi bulunmadığından.....ilamda değinilen hususları da karşılayacak şekilde, davacıya yapılan göz ameliyatı ve sonrasında davalı doktor tarafından gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, enfeksiyon ve komplikasyon olasılığına karşı yapılması gereken işlemlerin yapılıp yapılmadığı, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, böyle bir sonuca meydan verilmemesi için ameliyat öncesi ve sonrasında alınacak herhangi bir tedbirin veya tıbbi bir müdahalenin bulunup bulunmadığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, özetle davacıya uygulanan tedavi ve yapılan ameliyatta davalıya atfi kabil herhangi bir hata , ihmal....." Yargıtay 13 HD., E.2009 /6104, K. 2009 / 12902, T. 09.11.2009, GÖKCAN, s: 1214; ayrıca BGH, Urt. v. 10.10.2006, Az.: VI ZR 74/05, https://www.jurion.de/urteile/bgh/2006-10-10/vi-zr-74_05/, Erişim T: 22.12.2017.

⁷⁷⁶ GEHRLEIN, s: 89, 90, kn: 11,11a, 12, 13. Kolonoskopi gibi rutine girmiş bir müdahalede dahi, hastanın, yalnızca ilişkili genel komplikasyonlara işaret eden bir rıza formunu imzalaması yeterli kabul edilmemekte ve hekimin teker teker risklerle ilgili somut aydınlatma yapması beklenmektedir. Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesinin 2003 tarihli bir kararına konu olayda, esasen zararsız böyle bir müdahale sayılan kolonoskopi öncesinde hastanın somut riskler hakkında aydınlatılması önemsenmemiş ve hastada barsak perforasyonu olmuş, ardından peritonit gelişmiş, devamında hasta çok sayıda ameliyata alınmış ve nihayetinde barsaklar için yapay bir çıkış oluşturulmuştur. 48 yaşındaki hastada meydana gelen engellilik hali de dikkate alınarak 220.000 Euro tazminata hükmedilmiştir. Schmerzensgeld nach verharmloser Einwilligungserklärung – OLG Hamm vom 03.09.2013 – Az. 26 U 85/12, AMK 2013, Nr. 11, 16, <https://www.mahnerfolg.de/urteile/index.php/schmerzensgeld-nach-verharmloser-einwilligungserklaerung/>, Erişim T: 24.03.2018; Yine Alman hukukundan, aşı sonrası çocuk felci gelişen bir hastada bu olasılık 15.5 milyonda bir olmakla beraber, ortaya çıkacak sonucun taşıdığı önem nedeniyle, aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğu yönünde bir karardan söz edilmektedir. FISCHER, s: 22; ÇAVDAR, s: 747.

⁷⁷⁷ GÖKCAN, s: 155.

görülme oranına ilişkin açık bir belirleme yapılması uygulamada tercih edilmemektedir⁷⁷⁸. Bu husus sadece ameliyatlara ve diğer girişimler için değil, aynı zamanda kullanılacak ilaçlar açısından da geçerlidir.

Kendisine özgü riskler taşıyan ve başarısızlık ihtimali yüksek bir müdahale olduğunda özellikle bu konuda da aydınlatma yapılması gerektiği⁷⁷⁹, yine müdahalenin alternatifleri varsa, o alternatiflerin riskleri hakkında da aydınlatma yapılması, ayrıca olası yan etkilerin, diğer organlar üzerine, sinirler üzerine vb. etkilerin açıklanması gerektiği belirtilmektedir⁷⁸⁰. Risk aydınlatmasında amaç, hastanın bir müdahalenin gerçekleştirilmesi ya da reddedilmesi hususunda karar verecek hale getirilmesi olduğuna göre, hastanın müdahalenin usulüne uygun şekilde gerçekleştirilmesi durumunda dahi ortaya çıkabilecek komplikasyonlar ve tehlikeler hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Aydınlatma yapılırken, o zaman itibarıyla ulaşılmış bilimsel bilgi düzeyi kriter alınmaktadır. Bununla beraber, nadir görülen ancak ortaya çıktıkları takdirde hastanın hayatında belirgin sıkıntı oluşturacak ya da müdahaleye özgü riskler hakkında da aydınlatma yapılması gerekmektedir⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ FISCHER; s: 22.

⁷⁷⁹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 287, kn: 447; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 14. Özsunay'ın açıklamalarına bakıldığında ise: "Heimin aydınlatma ödevinin kapsamını belirleyen başka bir etmen de tıbbi müdahalenin doğurabileceği rizikonun ölçüsüdür....Rizikonun ölçüsü hastanın somut durumuna göre belirlenmelidir. Örneğin hastanın mesleki faaliyet ifa ederken belirli organlarından ya da yeteneklerinden (piyano hocasının parmakları, genel müdür sekreteri bayanın sesi gibi) yararlanması söz konusu ise, müdahalenin rizikoları hakkında açık bilgi verilmelidir" ÖZSUNAY, s: 40. "...aynı hastanede 05.10.2004 tarihinde penisilin yapıldığı, davacıda oluşan Steven sendromunun penisiline bağlı olarak gelişmesinin söylenmesinin bilimsel olarak mümkün olmadığı, kişinin ailesinde penisiline karşı alerji öyküsü yoksa alerji testinin yapılmasının mutlak zorunluluk olmadığı belirtilmiş olmasına rağmen, davalıların davacıya penislin enjektisi yapmadan önce alerji testi yaptıklarını ispat edemedikleri gibi, ailesinde alerji öyküsü olmasa bile, nadiren olsa da bu tür komplikasyonların oluşabileceği konusunda, kendisini bilgilendirip aydınlattıklarını ve bu konuda davacının onayını aldıkları da yazılı belge ile ispat edilmiş değildir." Yargıtay 13 HD., E. 2008 / 15195, K. 2009 / 5671, T. 28.04.2009, GÖKCAN, s: 1266; " Bel fıtığı ameliyatı sırasında meydana gelen dura yırtığının sık görülen bir komplikasyon olduğu, aynı seansta onarımı cihetine gidilmesine rağmen başarılı olmaması nedeniyle reeksplorasyon önerildiği, ancak hastanın bu ameliyatını kendi isteği ile başka yerde yaptırdığı, hastaya uygulanan tedavi ve ameliyatların tıp kurallarına uygun olduğu belirtilmiştir. Mahkemece Adli Tıp raporu gereğince davanın reddine karar verilmiş ise de, anılan rapor, davalıya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata, ihmal olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden, olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir." Yargıtay 13 HD., E. 2007 / 2916, K. 2007 / 8485, T. 18.06.2006, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

⁷⁸⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 287, kn: 447; benzer görüş olarak FISCHER, s: 21.

⁷⁸¹ JANDA, s: 135. Örneğin burunda ve sinüslerdeki polipler nedeniyle yapılan bir ameliyat sırasında hastanın göz boşluğunda bir kanama başlamış ve yapılan tüm girişimlere rağmen hasta kör olmuştur.

Aşılarla ilişkin aydınlatma da büyük ölçüde risk aydınlatması kapsamında ele alınabilir. Aşılar enfeksiyon hastalıklarına karşı bağışıklama amacıyla yapılmaktadır. Ancak birtakım yan etki ve komplikasyon risklerini de barındırmaktadır. Aşı hangi yolla yapılırsa yapılsın, vücuda yabancı bir maddenin verilmesi nedeniyle, vücut bütünlüğü ve sağlığa yönelik bir ihlal niteliği taşımakta, dolayısıyla hukuka uygunluğu için hastanın rızasının olması ve öncesinde bu hususta aydınlatılmış olması gerekmektedir ⁷⁸².

Hasta risk aydınlatmasını takiben tıbbi müdahaleye gösterdiği rıza ile, bu müdahale ile ilgili istenmeyen sonuçların ortaya çıkma riskini üstlendiğini, tehlike taşıyan bir eylemin sorumluluğunu bilinçli şekilde almış olduğunu açıklamaktadır ⁷⁸³. Ancak tamamen kusursuz bir müdahale sürecinde dahi ortaya çıkabilecek riskler hakkında yapılacak aydınlatmanın ne ölçüde genişletilmesi, detaylandırılması gerektiği tartışmalı bir husustur. Çünkü tıbbi müdahale nedeniyle herhangi bir zarar

Bu ağır risk birkaç binde bir olup, her yıl bu ameliyatlardan yüzlercesi yapılmakta ve otuz beş yıldan beri böyle bir risk ile ikinci kez karşılaşmaktadır. Ancak görme yetisinin kaybının yaşam üzerinde çok önemli, çok kısıtlayıcı etkisi olduğundan, hastanın bu risk hakkında aydınlatılması gerektiği düşünülmüştür. BGH, NJW 1994, 793. JANDA, s: 135; Hukukumuzda da burun polip ameliyatlarında aydınlatmaya ilişkin benzeri bir karar bulunmaktadır: “ Davacı 12.02.2009 günü davalı hastanede diğer davalı doktor tarafından bilateral nazal polipektomi ameliyatı olduğunu, ameliyat sonrası görme kaybı başladığını, dava dışı ...Üniversitesi Hastanesine sevki yapılarak ameliyat ve tedavisinin yapıldığı ancak görme kaybının engellenemediğini,.....Mahkeme’ce Adli Tıp Kurumu’ndan bilirkişi raporu aldırılmış, ‘davada ameliyat sonrası gelişen görme kaybının bu tür ameliyatların komplikasyonlarından olduğu, sevk edildiği üniversite hastanesinde tedavisinin yapıldığı, sonuç olarak sağ gözde 3/10 görme kaybı ile optik atrofi ve dışa bakiş kısıtlılığı kusurunun kaldığı, davalılara atfedilecek kusur bulunmadığı’ ifade edilmiştir. Mahkemece bu bilirkişi raporu esas alınarak karar verilmiştir.Dosyada ibraz edilen aydınlatılmış onam formlarında 19.02.2009 günlü formun ücretlere ilişkin olduğu, hasta yatış kağıdında ise ilgili doktorun tüm cerrahi ve tıbbi işlemlerine müsaade ettiğini, diğer formda ise anestezi alacak olması nedeniyle onay verdiği yazılıdır. Bahsedilen bu formlar, davacıya yapılan ameliyatın niteliği, karşılaşılabilecek muhtemel riskler konusunda davacıya gerekli bilginin verildiğini gösterir nitelikte değildir.” Yargıtay 13 HD, E. 2015 / 26614, K. 2016 / 2931, T. 04.02.2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesinin, tıbbi müdahalenin ancak hastanın önceden göstereceği rıza ile gerçekleştirilebileceği ve rızanın geçerliliğinin de ancak hastanın operasyon riskleri hakkında usulüne uygun şekilde aydınlatılmasına bağlı olduğuna ilişkin bir diğer kararda, hekim, lenf nodunu çıkardığı hastayı ses tellerinde kalıcı hasar olabileceği hususunda aydınlatmayı ihmal etmiştir. Hasta santral operatörü olarak çalıştığı için ses tellerinin uğradığı zararın sonuçları da ağır olmuş ve mahkeme tazminata hükmetmiştir. Unzureichende ärztliche Aufklärung vor Lymphknotenentfernung (Stimmbandlähmung) – Rechtsprechung, OLG Koblenz vom 28.11.2012 – 5 U 420/12, <https://www.jurion.de/urteile/>, Erişim T: 17.12.2017; Bununla birlikte, hastanın zihninde müdahale ile ilişkili riskler hakkında yaklaşık bir tablo çizilmesi yeterli olup, aydınlatmanın sınırsız olmasına, yani o müdahale hususundaki mevcut tüm tıbbi bilgi ve risklerin açıklanmasına, hastanın uzak, nadir ve kararına etkisi olmayacak riskler ya da kendisi açısından önem taşımayan detaylar hakkında aydınlatılmasına, anlam taşımayan sonuçlar hakkında detaylı istatistiksel bilgiler verilmesine gerek görülmemektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 287; JANDA, s: 135.

⁷⁸² DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 753, 754; ayrıca bkz. FISCHER, s: 22.

⁷⁸³ FLUME, § 13-11, s: 220; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 329.

ortaya çıktığı takdirde, hekim, hastayı aydınlatmış olduğuna dair ispat külfeti altına girmektedir ⁷⁸⁴. Herhangi bir tıbbi uygulama hatasının bulunmaması yani müdahalenin kusursuz gerçekleşmiş olması bu durumu değiştirmemekte ve bu külfet hekimde kalmaktadır ⁷⁸⁵. Bu noktada somut hastanın tıbbi durumu ve ayrıca aydınlatmaya ilişkin beklentileri de rol oynayabilir ⁷⁸⁶.

Hastanın kendisine açıklanan riskleri göze alamayarak tıbben mantıklı olmayan bir şekilde tedaviyi reddetmesi, aydınlatmanın sınırlanması için haklı bir sebep olarak görülmemektedir. Hastanın karar verme özgürlüğü mantıksız kararlara varmasını da, hatta bunlar ölümüne yol açacak olsa dahi, içermektedir. Hekimin yapması gereken, hastayı müdahalenin gerekliliği hakkında bir kez daha uyararak ve durumu kayıt altına almaktır ⁷⁸⁷. Hastanın tıbbi uygulama hatası olasılığına yönelik olarak aydınlatılmasına ise gerek bulunmadığı, zira bunu öngören hekimin zaten önlem alması gerektiği düşünülmektedir ⁷⁸⁸.

(c) Süreç Aydınlatması

Süreç aydınlatmasında amaç, hastanın gerçekleştirilecek müdahalenin türü, kapsamı ve nasıl gerçekleştirileceği, yani hastanın kendisine ne yapılacağı ve nasıl yapılacağı konusunda aydınlatılmasıdır. Süreç aydınlatmasının risk aydınlatmasından farkı, ortaya çıkması olasılık dahilinde olan tehlikelere değil, müdahalenin önceden bilinen sonuçlarına yönelik olmasıdır. Aşılama, enjeksiyon, ışınlanma, ilaç tedavisi, anestezi, ameliyat vb. tanıya ve tedaviye yönelik her türlü müdahale için süreç aydınlatması gerekebilir ⁷⁸⁹. Müdahalenin nasıl gerçekleştirileceği, hastaya ne yapılacağı, örneğin bir organını kaybedeceği ya da organın işlevinde kısıtlanma olacağı, genel olarak önemli organlarda ortaya çıkabilecek işlev bozuklukları, üreme

⁷⁸⁴ LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 63, kn: 21; ayrıca bkz. ZEYİN, Zafer, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukta Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller, Uluslararası Katımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul, 2005, s: 148.

⁷⁸⁵ ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 55 I 1, s: 544. Aydınlatmanın ne kadar geniş tutulması sorusuna yönelik MEDICUS, Besonderer Teil, s: 156.

⁷⁸⁶ DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 756, 758 vd.

⁷⁸⁷ JANDA, s: 136.

⁷⁸⁸ GEHRLEIN, s. 96, 97, kn: 23. Buna mukabil *Medicus*, bazen aydınlatma yükümlülüğünün çok abartıldığından ve hekimin belli bir müdahaleyi daha önce hiç gerçekleştirilmemiş ya da sadece birkaç kez gerçekleştirmiş olduğunu dahi açıklamasının gerekli görüldüğünden dahi söz etmekte, ayrıca bu aşamada bir avukattan da belli türde davaları daha önce hiç almamış olduğunu müvekkile açıklamasının beklenip beklenmediğini de sormaktadır. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 136.

⁷⁸⁹ GEHRLEIN, s: 88, kn: 8, s: 92, kn: 15; JANDA, s: 134.

yeteneğini yitireceği, cinsel işlevlerinin bozulacağı, vücudunda nedbe dokularının oluşacağı, kalıcı ağrıları olacağı, artmış felç riski, bağırsaklar için yapay bir çıkış oluşturulabileceği, hareket kısıtlılığı olacağı, kafasındaki bir tümörün çıkarılmasıyla yüz sinirlerinde kaçınılmaz bir hasarın ortaya çıkacağı⁷⁹⁰, ameliyat sırasında vücudun hangi bölümünün açılacağı, ne büyüklükte bir kesi olacağı, hangi organın ya da dokunun çıkarılacağı, bir ortopedi ameliyatı sırasında vida, plak gibi malzemelerin kullanılacağı, bir gastroskopi sırasında mideye bir hortum uygulanacağı, yapılan müdahaleyi takiben ortaya çıkacak, yara izleri, organ amputasyonları, hemodiyaliz uygulamasının uzun vadeli etkileri, diş çekimi sonrası çenede oluşacak boşluklar gibi hususlar, ortaya çıkacak olumsuz etkilerle beraber beklenen iyileşme şansları, katlanacağı müdahalenin başarısızlık ihtimali⁷⁹¹, ya da ne oranda başarı vaat ettiği, örneğin bir epilepsi hastasının olacağı ameliyatta ortaya çıkabilecek felç ve yüzünde şekil bozukluğu risklerine karşın ameliyatta başarı şansının yalnızca % 35 olduğunu bilmesi gibi, hususlar süreç aydınlatmasında yer almaktadır. Bu husus özellikle ağrıların ortadan kaldırılmasına yönelik müdahalelerde önemlidir, zira gerçekleştirilen müdahaleye rağmen hastanın yakınmaları devam edebilmekte, hatta bazı ortopedi ameliyatları sonrasında hastanın durumu daha da kötüleşebilmekte ve ağrıları artabilmektedir⁷⁹². Süreç aydınlatması kısmen tedavi ve risk aydınlatmasıyla kesişmektedir⁷⁹³.

Laufs, kendi geleceğini belirlemeye yönelik aydınlatmanın, hastanın kendi sorumluluğunu almış şekilde serbestçe karar vermesine imkan tanıdığını, bu aydınlatmanın içinde en ağırlık taşıyan, en önemli hususun risk aydınlatması olduğunu, ancak tedavi aydınlatması ve süreç aydınlatmasının da beraberinde geldiğini belirtmektedir. Asıl ağırlık taşıyan risk aydınlatması olmakla beraber, hepsi birbirinin içine geçebilmektedir. Önemli olan husus, hastanın bu müdahaleler

⁷⁹⁰ GEHRLEİN, s: 92, 93, kn: 16.

⁷⁹¹ LAUFS, L/U, § 63 Die Selbstbestimmungsaufklärung, s: 470, kn: 17, 18, 19, 20, 21.

⁷⁹² GEHRLEİN, s: 92, 93, kn: 16.

⁷⁹³ JANDA, s: 134. Bununla birlikte benzer olgular bakımından geçmiş yıllarda aydınlatma yükümlülüğüne daha sınırlı yaklaşıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre Yargıtay'a yansımış bir olayda, davacının geçirdiği beyin ameliyatının körlüğe, sağ tarafında sürekli ağır felce neden olduğu, mahkemenin davalının yaptığı ameliyatın çok ağır sonuçlar doğurabileceğini davacıya anlatarak, onun bu muhtemel sonuçlara rağmen, ameliyat istediği konusunda muvafakatinin alınması gerektiği sonucuna vardığı, yüksek mahkemenin ise davalı tarafından daha başlangıçta davacıya beyninin içinde bir ur bulunduğu ve kafatasının açılarak bu urun alınması gerektiğinin açıkça belirtildiği, davacı ve eşinin içtimai seviyeleri itibarıyla bu ameliyatın ağır ve mühim bir ameliyat olduğunu bilmediklerinin kabulüne imkan yoktur denerek davacının yeterli ölçüde aydınlatıldığı kabul edilmiştir. Yargıtay 4 HD, E.1964/ 6458, K.1964 / 4925, REİSOĞLU, Seza, s: 6.

neticesinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukları ve yükleri üzerine almaya, taşımaya kararlı olup olmadığıdır ⁷⁹⁴. Gerçekleştirilen müdahalenin hastanın aydınlatılmış rızasından ne kadar sapabileceği ve endikasyonlu ve tıbbın kurallarına uygun şekilde gerçekleştirilmiş bir müdahalenin hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını dikkate almamış olması durumunda gündeme gelebilecek yaptırımların da ayrıca önem taşıdığı belirtilmektedir ⁷⁹⁵.

(3) Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatmanın hastanın kendisine uygulanması planlanan müdahale hakkında yeterince düşünüp taşınıp, olumlu ve olumsuz etkileri tartarak bir karara varmasına imkan verecek bir süre öncesinden yapılması gerekmektedir ⁷⁹⁶. Nitekim AMK (BGB) § 630e 2. fıkrasında aydınlatmanın hastanın rıza gösterip göstermeme hususunda düşünerek karar vermesine yetecek bir süre öncesinde yapılması gerektiği, Almanya'da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları 8. paragrafında özellikle tanısal ve operatif girişimler öncesi hastaya düşünmesi için yeterli bir sürenin tanınması gerektiği, bir müdahalenin tıbbi açıdan gerekliliği ne kadar az veya genişliği ne kadar fazla ise, hastanın sonuçlar ve riskler hakkında o kadar detaylı ve önemli hususların vurgulandığı bir şekilde aydınlatılması gerektiği

⁷⁹⁴ LAUFS, L/U, § 63 Die Selbstbestimmungsaufklärung, s: 468, kn: 11, 12.

⁷⁹⁵ Bu bağlamda tanıya ve tedaviye yönelik tıbbi müdahalelerin vücut bütünlüğüne yönelik bir ihlal ve yaralama eylemi olarak ele alınıp alınamayacağı yönündeki farklı yaklaşımlardan da söz edilmektedir. LAUFS, L/U, § 63 Die Selbstbestimmungsaufklärung, s: 465, 466, kn: 2,3.

⁷⁹⁶ Özsunay, Alman uygulamasını da göz önünde tutarak, hekim tarafından hastanın aydınlatılması ödevinin, hastanın sakin olarak düşünebileceği ve yakınları ile görüşebileceği bir zaman parçası göz önüne alınarak yerine getirilmesi gerektiğini, örneğin hastanın ameliyat masasında aydınlatılmasının söz konusu olamayacağını, hastanın tıbbi müdahaleyi kabul ya da red hususunda serbestçe karar vermesine yetecek zaman olmadığından ameliyattan bir süre önce aydınlatılmasının da doğru olmadığını, hastanın aydınlatılmış rızasını açıklayabilmesi için, hekimin aydınlatması ile hastanın rıza açıklaması arasında geçecek zamanın tıbbi müdahalenin ivediliğine göre değişeceğini, ancak ağır bir tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu, fakat yaşamsal aciliyeti olmayan tedavilerde hastaya en az üç günlük bir düşünme süresinin verilmesinin yerinde olacağını belirtmektedir. Bkz. ÖZSUNAY, s: 52; Ayrıca GEHRLEIN, s. 99 kn: 30; ERMAN, Barış, s: 103 DÖNMEZ, s: 118; Aydınlatma zamanı, ameliyatın genişliğine ve zorluğuna göre değişkenlik gösterebilecektir. Yaşamsal tehlike içeren büyük bir ameliyata girecek olan hastanın yeterince düşünebilmesi için çok daha erkenden aydınlatılması gerekirken, basit bir müdahaleden kısa süre öncesinde yapılan aydınlatma yeterli olacaktır. AYAN, s: 83; ADIGÜZEL, s: 966; ÇAVDAR, s: 756; Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü, planlanan müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce hastanın sakince düşünüp, gerektiğinde yakınları veya güvendiği diğer kişilere danışmasına imkan verecek bir süre öncesinde yerine getirmesi gerekmektedir. Acil bir durum söz konusu olmadıkça, hastanın sakince düşünüp serbestçe karar vermesine elverişli olamayacağı için, ameliyat masasında, hatta ameliyattan bir gün öncesinde dahi aydınlatılması uygun görülmemektedir. ÇİLİNGİROĞLU, s: 71;aynı yönde ERMAN, Barış, s: 103, 104.

öngörölmüştür. Hukumuzda HHY m.18’de de acil durumlar dışında bilgilendirmenin hastaya makul süre tanınarak yapılacağı öngörölmüştür ⁷⁹⁷.

Demek ki, aydınlatmanın hastanın karar vermeden önce iyice düşünmesine imkan bırakacak uygun bir zamanda yapılması, onun tarafından anlaşılabilir olması, ayrıca aydınlatma ve rıza ile ilişkili olarak imzalayacağı belgelerin bir kopyalarının müdahale gerçekleştirilmeden önce hastaya verilmesi gerekmektedir.

(4) Aydınlatmanın Yapılmayabileceği Durumlar

Esasen hekimin hastayı aydınlatmaktan kaçınabilmesi yani aydınlatmanın yapılmaması, girişimin geciktirilemeyeceği acil müdahaleler ya da hastanın aydınlatmadan feragat etmesi gibi çok ayrı hallerle sınırlanmaktadır. Müdahalenin geciktirilemeyeceği, hastanın yaşamı veya sağlığı açısından tehlike oluşturan acil haller, aydınlatmanın yapılamayacağı en önemli durumlardan birini oluşturmaktadır ⁷⁹⁸. Yine aydınlatma hastanın yaşamı ve sağlığı üzerinde çok olumsuz etkiler ortaya çıkarabilecekse, hekimin bu yükümlülüğü yerine getirmekten tamamen ya da kısmen kaçınabileceği kabul edilmektedir ⁷⁹⁹. Hekim hastasına ne ölçüde açıklama yapmalıdır sorusu karşısında, hekimin, aralarında kurulmuş ilişki sürecinde hastanın psikolojik durumu hakkında edindiği izlenimi ve hastanın müdahale karşısındaki tutumunu göz önünde tutarak onu korkutmadan, genel ve gerçekçi bilgiler vermesi gerektiği, tehlikeleri abartarak hastayı zorunlu bir müdahaleye rıza göstermemesine yol açacak şekilde korkutmaktan kaçınması gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte yaşamsal tehlike söz konusu olduğunda hekim hastada ortaya çıkabilecek psikolojik etkileri geri planda tutarak gerçeği tümüyle açıklamak durumundadır. Kişinin kendi yaşamı hakkında kendisinin karar vermesi kuralı hekimi buna zorunlu kılmaktadır ⁸⁰⁰. Aydınlatma hasta yerine yasal temsilci veya başka birine yapıyorsa

⁷⁹⁷ HHY 18/5: “Acil durumlar dışında bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır”

⁷⁹⁸ LAUFS, L/U, § 61 Ausgangspunkte, s: 460, kn: 16. KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 820; ÇAVDAR, s: 750, 752. Aydınlatmadan feragat örtülü olamayıp açıkça tespit edilmiş olması gerekmektedir. age, s: 753; GEHRLEIN, s. 99 kn: 29; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 16; ALKANAT, s: 178; ERMAN, Barış, s: 110, 111; ilave açıklamalar için bkz. DURAL / ÖĞÜZ, s: 110, kn: 547;

⁷⁹⁹ Amerika’da kabul edilen *therapeutic privilege* modeline göre bazı durumlarda hastanın yararı gözetilerek aydınlatmaya sınırlamalar getirilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. LAUFS, L/U, § 61 Ausgangspunkte, s: 457, kn: 9.

⁸⁰⁰ DURAL, Aydınlatma, s: 253, 254; DURAL / ÖĞÜZ, s: 109, kn: 546; KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 821, ayrıca bkz. ÇAVDAR, s: 754, 755.

yine eksiksiz şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir⁸⁰¹. Hastanın daha önceden aynı müdahale hakkında aydınlatılmış olması veya mesleği ve konumu gereği müdahale hakkında bilgi sahibi olması hallerinde, örneğin hastanın kendisinin de aynı zamanda bir hekim olması gibi, ve ayrıca hastanın aydınlatmadan feragat ettiğini açıkça belirttiği hallerde de aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸⁰². Ancak özellikle aydınlatmadan feragat halinde, işi sağlama almak adına, hekimin, hastanın aydınlatılmak istemediğini ve feragat hakkını kullandığını kayıt altına alması doğru bir davranış olacaktır⁸⁰³.

HHY 19/1. maddesinde, “*hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyri ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde teşhisin saklanabileceği*” belirtilmiştir⁸⁰⁴. HHY m. 20’de de bu hususa yönelik bir düzenleme yer almaktadır⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ GEHRLEIN, s. 98 kn: 26, 27; LAUFS, L/U, s: § 64 Die Risikoauflklärung im besonderen, s: 477, 478, 479; DURAL, Aydınlatma, s: 253, 254; DURAL / ÖĞÜZ, s: 110, kn: 546.

⁸⁰² GEHRLEIN, s. 96, 97, kn: 23,24, 25; DURAL, Aydınlatma, s: 254; DURAL / ÖĞÜZ, s: 110, kn: 547; ÇAVDAR, s: 752, 753. Hastanın yapılacak müdahale hakkında bilgisi olduğu durumlarda aydınlatmanın yapılmayabileceği hususunun da mutlak olarak kabul edilmemesi gerektiği, zira özel uzmanlığı gerektiren müdahalelerde hastanın yeterli bilgiye sahip olmayabileceği de unutulmamalıdır. Somut olayın özelliklerine göre hareket edilmesi yerinde olacaktır. İlave açıklamalar için bkz. ÇAVDAR, s: 753, 754. Özsunay ise, yine Alman öğreti ve uygulamasının da ışığında, hastaya aydınlatmanın yapılmayabileceği ayırık durumları, gecikmeksizin tıbbi müdahalede bulunmadığı takdirde hastanın ölmesi ya da sağlık yönünden ağır bir zarara uğramasının söz konusu olduğu zorunluluk durumları, ki bu durumları da hastanın bilinci kapanmış olarak hekimin önüne getirildiği acil haller ve ameliyatın genişletilmesi olarak detaylandırmaktadır, hastanın varsayımsal rızasının bulunması, ki bu durumda hasta talimatına işaret edilmektedir, hastanın hastalığı hakkında aydınlatılmayı istememesi, hastanın yasal temsilcisinin kötü niyetle tıbbi müdahaleye izin vermemesi, hastanın hastalığı hakkında bilgisinin bulunması ya da daha önce aydınlatılmış olması, ki bu durumlarda dahi kimi zaman tekrar aydınlatma gerekli olabilir, tıbbi ve insani nedenlerle hastanın aydınlatılmaması, aydınlatma ödevinin terapötik istisnaları, ki bu durumlar da hastanın psikolojik yönden çökmemesi için hekimin susması, tehlikenin arttırılmaması amacıyla hekimin susması, üçüncü kişilerin korunması amacıyla teşhis bakımından suskunluk, hastaya kesinlikle zorunlu olan tedavinin yapılması için hekimin suskunluğu olarak detaylandırılmakta ve hastanın hastane kayıtlarını, raporları, belgeleri inceleme hakkının sınırlandırılması da bu son durum ile ilişkilendirilmektedir, olarak ifade etmektedir. Daha fazla detay için bkz. ÖZSUNAY, s: 43-48. Bununla birlikte yazarın görüşlerini kaleme aldığı tarih (1982) dikkate alındığında, aydınlatmaya ilişkin istisnalar bakımından o zaman için daha fazla esnekliğin mevcut olduğunu, günümüzde hastanın otonomisi ve kendi geleceğini belirleme hakkına verilen artmış önem nedeniyle özellikle terapötik istisnaların daha az göze alındığını ve aydınlatma yükümlülüğünün sınırlandırılmasına daha katı yaklaşıldığını söylemek mümkündür.

⁸⁰³ GEHRLEIN, s. 96, 97, kn: 23,24, 25; Hukukumuzdan aynı yönde ÇAVDAR, s: 753.

⁸⁰⁴ Ancak bu koşullarda yalnızca hastaya değil, yakınlarına bilgi verilip verilmemesi de hekimin takdirine bırakılmıştır. HHY m.20 gereğince bilgi verilmesinin hasta tarafından yasaklanmış olması halinde hekimin hastanın yakınlarını bilgilendiremeyeceği açıktır ve bu düzenleme m.19/3 ile uyumlu gözükmektedir. Ancak böyle bir yasaklama olmadığı halde hiç kimsenin bilgilendirilmemesi hekimin hasta hakkındaki tüm kararları vermesi gibi anlaşılabilir bir sonuca götürmektedir.

⁸⁰⁵ HHY m.20- Bilgi Verilmesini Yasaklama: “*İlgili mevzuat hükümleri ve/ veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında kişi sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya*

AMK'da (§ 630 e BGB / 3. fıkra), istisnai olarak belli koşulların varlığında, müdahalenin geciktirilemeyecek olması durumunda ve hastanın açıkça feragat etmesi halinde, aydınlatılmasına gerek olmadığını hüküm altına almıştır.

Alman Federal Mahkemesinin *Tandoğan* tarafından aktarılan bir kararında da “*Aydınlatma ödevi sınırlarını, konusu sağlığın korunması ve devam ettirilmesi olan tıp biliminin tanımında bulur. Hekim, teşhis, muhtemel gelişmeye ait tahmin ve tedaviye ilişkin basit, anlaşılır ve dürüstçe bilgi vermekle yükümlüdür. Hasta, önerilen tedavinin mahiyeti ve muhtemel etkileri hakkında yeterli derecede aydınlatılmalıdır ki bu tedaviye bilerek rıza gösterebilsin. Bununla birlikte, hastaya verilen bilgi onda sağlığı için zararlı bir korku hali doğurmamalıdır. Hastalığın seyrine ilişkin ağır surette veya ölümlü sonuçlanacağı yolunda bir tahmin, hastadan saklanabilir. Fakat kural olarak yakınlarına açıklanmalıdır. Tam bir aydınlatmanın risklerini takdir etmek ve gerekiyorsa aydınlatmayı hastanın fizyolojik ve psikolojik durumuyla bağdaşacak biçimde sınırlamak hekime kalmıştır. Öte yandan olayın icaplarından hastanın durumu zaten bildiği veya bilmesi gerektiği (örneğin kendisi de hekim ise) yahut da açıkça ve kuşkuyla yer vermeyen bir tutumla daha fazla bilgi istemeden önerilen tedaviye razı olduğu anlaşılıyorsa, aydınlatma ödevi ortadan kalkar*” açıklamaları yer almaktadır ⁸⁰⁶.

(5) Aydınlatmaya Özet Bakış ve Yargıtay’ın Yaklaşımı

Demek ki, hukuka uygun bir müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için, rızalarını açıklamadan önce, hastanın ya da yasal temsilcisinin, mevcut sağlık durumu ve hastalığın seyrine ilişkin olası gelişmeler konusunda aydınlatılması, bunun için de hastaya yapılacak tüm işlemlerin anlaşılacak şekilde açıklanması ve onun/onların bu işlemleri kabulü veya reddine kendi özgür iradeleriyle karar vermesinin/vermelerinin sağlanması gerekmektedir. Hastaya, tanı konulmak üzere yapılacak işlemler, bunların özellikleri, beklenen faydaları, olası riskleri ve yan etkileri, bu tanısız yöntemler sonucu kendisinden elde edilen tıbbi bulgular ve konulan tanı, planlanan tedavinin türü, tedavi için yapılacak işlemlerin özellikleri, beklenen faydaları, başarı şansı, olası yan etkileri, riskleri ve ortaya çıkabilecek komplikasyonlar, varsa alternatif tedavi yöntemleri, girişimin yapılmaması veya

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

⁸⁰⁶ BGE 105 II, 284 cons 6, JdT 1980, 172. aktaran TANDOĞAN, Cilt II, s: 420.

geciktirilmesi durumunda ortaya çıkabilecek sakıncaların açıklanması gerekmektedir. Tanı ve tedaviye yönelik her türlü tıbbi girişim öncesi hastadan rıza alınması, etik açıdan olduğu kadar uygulamanın hukuka uygunluğunun sağlanması açısından da vazgeçilmez bir ön koşul olarak görülmektedir. Sonuçta, rızanın geçerli olması, üzerinde müdahale gerçekleştirilecek olan hastanın ve/veya yasal temsilcisinin aydınlatılmasına bağlı olup, tıbbi müdahale yeterli aydınlatma sağlanmadan gerçekleştirildiği takdirde, verilen rıza hukuka uygunluğu sağlayamayacaktır⁸⁰⁷.

Yargıtay da “*Kişiler kendi vücutları üzerinde ayrık durumlar hariç, ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendileri karar verebilirler. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekmektedir. Hekimin girişeceği tıbbi müdahaleler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirecek nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar vermek yetkisi, hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye, yani hastaya aittir*” diyerek bu yöndeki görüşünü ortaya koymuştur⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 264, kn: 402, s: 265, kn: 405; DEUTSCH, Aufklaerung über Komplikationen, s: 757; OĞUZMAN / ÖZ, s: 24; JANDA, s: 129; AYAN, s: 71; NOMER, s: 155; ÖZSUNAY/ ELVER s: 92.; ÖZSUNAY, s:32; ARSLANTAŞ, s: 42; GÖKCAN, s: 159; DURAL, Aydınlatma, s: 253; DURAL / ÖĞÜZ, s: 108, kn: 541; GEHRLEIN, s: 45, kn:30, s: 88, kn: 8; REİSOĞLU, Seza, s: 5; ÇİLİNGİROĞLU, s: 57, 59; DEUTSCH, Deutsche Sonderwege, s: 2012; ARPACI, s: 12; SAVAŞ, Tıbbi Malpraktis, s: 269; ÇELİK, Faik, s: 71; KARA KILIÇARSLAN, s: 30; OEHLER, s: 21; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 321.

⁸⁰⁸ Yargıtay, bu kararında, rıza ve diğer hukuka uygunluk nedenleri, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan diğer unsurlar, rızanın geçerliliği için aydınlatmanın yerine getirilmiş olması, aydınlatmanın ispatı gibi çalışmamız açısından önem arzeden pek çok hususa değinmiş olduğundan, karar metnini detaylı şekilde almayı tercih ettik, şöyle ki: “*Hekim tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır. İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıztırar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü, rızanın ya da ıztırarın varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının maşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tababette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz. Keza hekim, hastanın daha az önemdeki bir hukuki menfaatini tehlikeye ya da zarara sokarken, daha büyük değerdeki bir hukuki yararı ancak bu şekilde kurtarabiliyorsa hukuka aykırı davranışta bulunmamış olacaktır. Sözelimi, anneyi kurtarmak amacıyla çocuğun düşürülmesi, sıhhatin korunması ve düzeltilmesine yönelmiş tedavi ve müdahaleler*

böylece hukuka uygun hale gelmektedir. (Dr. Köksal Bayraktar- Hekimin tedavi nedeniyle cezai sorumluluğu-İstanbul 1972 Sayfa 71). Toplum yararının kişi yararına ağır bastığı durumlarda da kural ayındır. Türk Doktrininde de üstün yarar görüşü olarak nitelenen bu görüşe rağmen, gerçekten sorunlu müdahale halleri dışında mağdurun rızasına önem verilmesi ile artık rıza teorisine dönüldüğü müşahade edildiğinden rıza konusu üzerinde durulmasında yarar görülmüştür. (Bayraktar-age-73,78 vd.). (Sulhi Dönmezer/Sahir Erman-Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Cilt (II-56). (Çetin Özek-Hekim ve Hukuk, Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları- İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası 1965-Cilt XXVIII, Sayfa-4, Sayfa 449). Çünkü olayımızda da tıbbi müdahale, açık olmamakla beraber zimmi ya da mefruz rızaya dayanmaktadır. Bayraktar'ın da belirttiği gibi, (age 83) kişinin hiçbir hakkı sınırsız değildir. Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayrı durumlardan hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, (Bayraktar-age 125 vd.) bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değerli olan bir rızadır. (Bayraktar-age 79,80 ve orada anılan eserler). Hatta C.Musotto; daha ileri gitmekte ve 'kişi, sosyal fonksiyonlarını önemli ölçüde aksatacak müdahalelere razı olmak yetkisine sahip değildir' demek suretiyle 3. bir şart öngörmektedir. (Bayraktar-age 80, dip not 64;104). Rızanın geçerli sayılabilmesi için ayrıca, tıp mesleğinin bu çeşit müdahalelere cevaz vermesi yani bu konuda bir müdahaleye hekimin hakkı olması gereklidir. (Çetin Özek-age 455). Nitekim Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 70. maddesinde de rızanın aranacağı ilke olarak belirtilmiştir. O halde yukarıdaki açıklamalardan çıkan sonuca göre, hastanın rızası ve hekimin tıbbi müdahalede bulunma hak ve görevine sahip oluşu, sonucu ne olursa olsun tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğunun kabulünü gerektirmez. Türk hukukunda da kabul edilen ve yukarıda kısaca değinilen karma görüşe göre, hekim sağlıkla ilgili fiillerde, rızayı sağladıktan sonra tıp biliminin sınırları içinde hareket etmek yükümlülüğü altındadır ve hastanın rızasının kapsamına sağlıklı bulunmamaktadır. Davamıza konu olan olay şöyledir. 13.7.1972 günü 1948 doğumlu YÖ karnındaki bir rahatsızlığı nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu Buca Hastanesi Kadın Dahiliye servisine yatmıştır. Tedavisi sırasında davacı 19.7.1972 günü yine hastalanmış ve nisaiye müteahhısının ilgili olması nedeniyle, acele, olarak ambulans ile aynı kurumun Tepecik Doğum Evine sevk edilmiş ve davalı hekim tarafından muayene edilmek üzere odaya alınmış ve Jinekolojik muayenesi sırasında davalı hekim tarafından rektal tuşe yapılmış bu sırada baş parmağı ile hymene tazyik etmek suretiyle annüler olan kıklık zarının 6 hizasında yırtılmasına sebep olmuştur. Bu yönde taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmadığı gibi ayrıca dosyalar münderecatından, dinlenen tanıkların beyanından, davalının ikrarından, raporlardan ve özellikle Yüksek Sağlık Şurasının 26 Kasım 1973 gün 6663 sayılı raporundan anlaşılmaktadır. Davalı aleyhine açılan ceza davası, Yüksek Sağlık Şurası'nın alınan raporundaki (hekim kusurunun bulunmadığı) görüşüne dayanılarak beraatle sonuçlanmış ve müdahilin temyizi üzerine dava Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesince 1803 sayılı Af Yasası hükümlerince ortadan kaldırılmıştır. Hukuk Hakimisi de aynı rapordaki görüşe dayanarak tazminat davasını reddetmiş bulunmaktadır. O halde, bu davada öncelikle çözümlenmesi gereken sorun;1)Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için gerekli şartların nelerden ibaret bulunduğu, 2)Hukuka uygunluğu sınırlarının, 3)Olayda davalı hekimin taksirli davranışının bulunup bulunmadığının, 4)Yüksek Sağlık Şurası Raporunun her halikarda hukuk hakimini bağlayıp bağlamayacağına saptanması olmalıdır. Bu itibarla anılan yönler üzerinde kısaca da olsa durulmasında yarar vardır. Doktrin tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartların gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bunlar sırasıyla, A) Hastanın tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, B) Hastanın rızası bulunması, C) Eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalmasıdır. İlk koşul olayımızda mevcuttur. Hastanın rızası bulunması koşuluna gelince, davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönden ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kıklık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kıklık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı

Yargıtay'ın bu kararı, hukukumuzda aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ilk çarpıcı karar olup, öğreti ve uygulamada pek çok kez örnek teşkil etmiş ve günümüze kadar süregelen uygulamalarla aydınlatma yükümlülüğü pekişmiş ve artık genel kabul görmüş bir uygulama haline gelmekle beraber, karar tarihinden bir süre sonra yapılmış bir eleştiri de esasen dikkate değerdir ⁸⁰⁹.

Aydınlatmanın eksik yapılmış, rızanın tam ehliyetli davacının kendisinden değil kızımdan alınmış ve hastanın ortaya çıkan komplikasyonlar nedeniyle önemli zararlara uğramış olduğu bir göz ameliyatı sonrası, her ne kadar bilirkişilerin tıbbi değerlendirmeleri ve devamında yerel mahkeme ve Yargıtay'ın kararları davacıların kusuru olmadığı yönünde ise de, uyuşmazlık nihayetinde bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve aydınlatma ve rızanın alınması yönündeki büyük eksiklikler nedeniyle davacının maddi ve manevi varlığını koruma hakkının

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 Kanununda da mayubiyet 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. Nihayet, HMUK hükümlerine göre hakim ancak, olayların özelliğine uyduğu, dayanakları gösterdiği, inandırıcı olduğu taktirde bilirkişi raporları ile bağlıdır. Bunun dışında bazı ayırık durumlar hariç hangi merci ve makam tarafından verilirse verilsin, anılan nitelikleri haiz olmayan bilirkişi raporları bağlayıcı sayılmaz. Yüksek Sağlık Şurası raporu da bu niteliktedir. Çünkü rapor, gerekçeli ve inandırıcı değildir. Hekimin muayenenin muhtemel sonuçlarını hastaya bildirip bildirmediği konusu üzerinde durulmamıştır. Kaldı ki ceza davasında kast bulunmadığından beraat kararı verilmiştir. Hukuk Hakimi Borçlar Kanununun 53. maddesine göre, bu beraat kararı ile bağlı değildir. İhmalî davranış tazminat hükmedilmesi için yeterlidir. Bu ihmal ise, meslek kurallarına aykırı davranıştır. O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikeleri davacıya açıkça bildirildiği sabit olmadıkça davalı tazminatla sorumlu olacaktır. Aksi düşüncelerle verilen karar anılan nedenlerle bozulmalıdır.” Yargıtay 4.HD, E:1977 / 6297, K:1977 / 2541, T:7.3.1977, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

⁸⁰⁹ Şöyle ki: “ Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 7.3. 1977 tarihli ve 6297/ 2541 sayılı kararında, hekimin salt aydınlatma ödevi üzerinde durulmuş, ancak hekimliğin özelliklerinin bu göreve getirdiği sınırlar ve ayrıntılar üzerinde yeterince durulmamıştır. Ambulansla acele getirilmiş olan genç bir hanım hastaya, jinekolojik muayene için rektal tuşe yapmayı gerekli gören nisaiye uzmanının, bundan önce nadir gerçekleşecek bir rizikodan söz açması, onu büyük bir bunalıma ve sağlığı için tehlikeli olabilecek bir kararsızlığa sürükleyebilir. Nitekim Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinin ikinci fıkrası aydınlatma ödevinin bu sınırına şu sözlerle işaret etmektedir: ‘hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.’ Bu bakımdan İsviçre Federal Mahkemesinin kararında da belirgin olarak açıklanan ve hekimliğin özelliklerinden kaynaklanan sınırlar üzerinde durulmaksızın, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin hekimin hastayı aydınlatma ödevini kusurlu olarak yerine getirmediğini kabul ettiği karardaki sonuca katılmıyoruz” KANETİ, s: 70, 71. Yazarın işaret ettiği İsviçre Federal Mahkemesi kararı (BGE 105 II 287), rızanın geçerli olması için hastanın aydınlatılması gerektiği, ancak hastanın sağlığının korunması ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde korkutulmaması gerektiği, tam bir bilgi vermenin tehlikelerini hekimin takdir edeceği ve hastanın somut durumuyla ve yararıyla bağdaşır şekilde aydınlatmayı sınırlandırabileceği yönündedir. Bunun yanı sıra hekimin hastayı normal ve önemsiz risiko hakkında aydınlatmış olsaydı bile, hastanın müdahalenin yapılmasından vazgeçemeyeceği anlaşılıyorsa, hekimin aydınlatma ödevinin bulunmadığı yönündeki bir diğer karardan da (BGE 66 II 36) söz edilmektedir. Daha fazla açıklama için bkz. age. s: 69, 70.

ihlal edildiği kabulüyle yargılamanın yenilenmesine karar verilmiştir. AYM'nin kararı aydınlatma ve rıza konusundaki yaklaşım hakkında çok açıklayıcı ve aydınlatıcı niteliktedir⁸¹⁰.

⁸¹⁰ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2015 / 97, Karar T: 11.10.2018. “ I-Başvurunun Konusu: Başvuru, tıbbi ihmal sonucu gözde kalıcı görme kaybına uğranılması nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması hakkının; yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir..... III- Olay ve Olgular:.... 7. Başvurucu 8.6.2005 tarihinde, yazlıktaki evinin bahçesinde odun kırarken gözüne odun parçası batması üzerine İzmir’de SSK Hastanesine kaldırılmıştır. Başvurucu dört gün süreyle aynı hastanede kalmış ve doktorların kataraktın oluşması için bir iki ay beklenmesi gerektiğini belirtmeleri üzerine taburcu edilmiştir. 8. Bundan sonra başvuru İstanbul’da bir özel hastaneye müracaat etmiştir. Başvurucu bu hastanede 1.7.2005 tarihinde katarakt tanısıyla sol gözünden ameliyat edilmiştir. Söz konusu ameliyata muvafakatname belgesi başvurusunun yakını tarafından imzalanmıştır. 9. Ameliyat sonrasında göz içinde oluşan iltihabın giderilememesi üzerine başvuru aynı hastanede farklı doktorlar tarafından beş kez daha ameliyat edilmiş ancak başvurusunun sol gözünde tamamen görme kaybı meydana gelmiştir..... 44. Tıbbi müdahaleden önce gerektiği şekilde bilgilendirilerek rızasının alınmaması kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlaline sebep olabilir. İstisnai haller dışında tıbbi müdahale, ilgili kişinin ancak bilgilendirilip rızası alındıktan sonra yapılabilir. Hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş olmalıdır. Bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılmış olmalıdır. 47. Somut olayda tazminat davasının reddine ilişkin hükme esas alınan bilirkişi raporlarında, tarafların iddialarına ve düzenlenen tıbbi belgelerdeki bulgulara yer verilmiş ve sonuç olarak tıbben usul ve fenne uygun olan ameliyatları yapan doktorların kusurlarının bulunmadığı değerlendirildiği yönünde görüş bildirilmiştir. Mahkeme tarafından da özel hastanenin ve doktorların kusurlarının bulunmadığı yönünde görüş bildiren bilirkişi raporlarına dayanarak davanın reddine karar verildiği görülmektedir. 48. Bununla birlikte başvurusunun söz konusu tıbbi müdahaleden önce kendisinin yeterince aydınlatılmadığı ve gerektiği şekilde rızasının alınmadığı yönünde bir şikayeti de bulunmaktadır. 49. Hukuken rızayı açıklaması gereken kişinin kural olarak tıbbi uygulamayamamız kalacak kişi olması gerektiği kuşkusuzdur. Bu bakımdan reşit ve ayırt etme gücüne sahip hastanın kendisinin rıza açıklama ehliyetine sahip olduğu açıktır. Ancak yaş küçüklüğü veya ayırt etme gücüne sahip olmayanlar bakımından bu kişilerin veli veya vasilerinin rıza açıklama yetkileri bulunmaktadır. Bunun yanı sıra ilgili Hukuk kısmında yer verilen mevzuatta belirtildiği üzere zorunlu durumlarda hastanın bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda ve acil müdahale gerektiren hallerde yasal temsilcisinin izninin alınacağı kabul edilmektedir. 50. Ayrıca hukuka uygun rızanın varlığından söz edilebilmesi için kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydalan ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları, hastalığın seyri ve neticeleri konusunda hastanın bilgilendirilmiş olması gerekir. Bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi uygulama arasında hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılmış olmalıdır. 51. Bireysel başvuru dosyasına yansıyan bilgilerden başvurusunun ameliyat olmadan önce birçok kez ilgili doktorlar tarafından muayene edildiği ve hastanın bilgilendirildiğine dair aydınlatma ve onay formlarının başvurusunun eşi ve kızı tarafından imzalanmış olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık ameliyatlara girmeden önce bilincinin kapalı veya karar veremeyecek bir durumda olması yahut ameliyatının acilen yapılması gerektiği gibi bir durumdan da söz edilmediği görülmektedir. Dolayısıyla neden başvuru yerine yakınlarının bu formları imzaladığı hususu ilgili doktorlar ve hastane tarafından açıklanmamıştır. 52. Öte yandan başvurusunun yargı sürecinde dava dilekçesinde ve diğer dilekçelerinde defalarca açıkça belirtmesine karşın ameliyat öncesinde yeterli bir biçimde aydınlatılıp aydınlatılmadığı ve yöntemince rızasının alınıp alınmadığı hususlarının derece mahkemelerinin kararlarında tartışılmadığı, bu iddianın karşılanmamış olduğu anlaşılmaktadır. 53. Belirtilen hususlar gözetildiğinde başvurusunun vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale öncesinde rızasının alınmadığı ve riskler konusunda aydınlatılmadığı iddiası yönünden derece mahkemelerince konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığı sonucuna varılmıştır. Üstelik başvurusunun belirtilen iddia ve şikayetleri, yargılamanın sonucuna doğrudan etki edebilecek mahiyettedir. Dolayısıyla

d. Rızanın Şekli

Rıza kural olarak bir şekle bağlı tutulmamıştır. Yazılı ya da sözlü, açık ya da örtülü olabilir ⁸¹¹. Özellikle yazılı şekil aranmıyorsa, bir yargılama sırasında, yazılı olmayan sözlü rıza da geçerli kabul edilmektedir ⁸¹². Rızanın yazılı olmasının şart olmadığı hallerde, bir davranışın rıza olarak ele alınıp alınamayacağı güven ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir ⁸¹³. Şayet bir hasta, bir tıbbi müdahalenin yapılmasına hazır olduğuna işaret eden davranışlarda bulunuyorsa, rızasının varlığı kabul edilebilecektir. Ancak bunun geçerli olması için kriter, bu davranışların makul düşünen bir hekimde rızanın varlığına işaret edebilecek olmasıdır. Hekim de rızanın varlığı yönünde çıkarımda bulunurken dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır ⁸¹⁴. *Deutsch* ve *Spickhoff* da, hastanın bir müdahaleye karşı çıkmaması, yapılmasına izin vermesi ve hatta işbirliği yapması durumunda zımni rızanın varlığının kabul edileceği görüşündedirler ⁸¹⁵.

Tababet Kanunu m.70'e göre büyük cerrahi müdahaleler öncesi rızanın yazılı olması aranmaktadır ⁸¹⁶. Rahim Tahliyesi Tüzüğü, Üreme Yönetmeliği gibi bazı özel

yargısal makamlarca bu değerlendirmelerin yapılmaması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği kanaatine varılmıştır. 54. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir..... 65. Başvuruda, başvurunun vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale öncesinde rızasının alınmadığı ve riskler konusunda aydınlatılmadığı iddiası yönünden derece mahkemelerince konuyla ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya konulmadığından maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır..... Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir....." T.C. Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2015 / 97, Karar T: 11.10.2018, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

⁸¹¹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 272, kn: 422; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 95; AYAN, s: 63; ÇİLİNGİROĞLU, s: 57, KARA KILIÇARSLAN, s: 29; YENİDÜNYA, s: 68; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 25, hatta açık, samimi, serbest ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde olmak koşuluyla, işaretlerle de ifade edilmesinin dahi mümkün olacağı, hastanın durumundan yapılan müdahaleye razı olduğu anlaşılıyorsa, örneğin hasta yapılanlara ses çıkarmıyorsa, engel olmuyorsa, yine rızanın varlığının kabul edileceği belirtilmektedir. age, s: 25.

⁸¹² BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 95.

⁸¹³ OĞUZMAN / ÖZ, s: 25.

⁸¹⁴ Massachusetts eyaletinde görülmüş 1891 tarihli çok eski bir davada (O'Brien v. Cunard S.S. Co.) sırada bekleyen ve kolunu gemideki yolcuları aşlayan doktora uzatan davacının hareketinin rıza olarak değerlendirilmiş olduğundan söz edilmektedir. Mahkeme böyle bir durumda eyleme karşı çıkan makul bir insanın sessiz kalmayacağına kanaat getirmiştir. O'Brien v. Cunard S.S. Co., Limited, Missouri Law Review Volume 57 Issue 2 Spring 1992, [⁸¹⁵ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 271, kn: 422.](https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer, Erişim T: 25.07.2017.BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 95, 96.</p></div><div data-bbox=)

⁸¹⁶ Tababet Kanunu m.70: "Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır."

düzenlemelerde de, düzenlemenin eki halindeki belgelerin usulüne uygun doldurulmuş ve imzalanmış olması gerekmektedir⁸¹⁷. Benzer bir düzenleme TDN m 22’de yer almaktadır⁸¹⁸.

Organ Nakli Kanunu’nda özellikle verici bakımından bazı ilave koşullar öngörülmüştür⁸¹⁹. Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasını kanun zaten yasaklamış iken (m.5), onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için yalnızca yazılı rıza yeterli olmayıp, vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunlu kılınmıştır⁸²⁰. TMK m. 23/3’e göre ise, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, saklanması ve nakli mümkündür. Öğretide, bu hükmün yazılı rızayı zorunlu kıldığına, bu nedenle organ ve doku nakillerinde vericinin yanı sıra alıcının da, yani hem vericinin hem alıcının yazılı rızası olmaksızın müdahalenin gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığına, dolayısıyla Organ Nakli Kanunu’nun vericinin en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın hekim tarafından onaylanmasının geçerli rızayı sağlayacak bir uygulama olamayacağına, üstelik Tababet Kanunu’nun büyük cerrahi müdahalelerde yazılı rızayı arayan hükmü de göz önüne alındığında, transplantasyona yönelik müdahaleler için hem verici hem alıcının yazılı rızasının zorunlu olduğuna dikkat çekilmektedir. Ayrıca TMK düzenlemesi “*insan kökenli biyolojik madde*” ifadesini kullanmış olduğu için Organ Nakli Kanunu kapsamında olmayan saç, deri ve kan nakilleri için de rızanın yazılı olması gerekecektir⁸²¹.

⁸¹⁷ Rahim Tahliyesi Tüzüğü m.13: “*On haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde, gebe kadın, a) Reşitse kendisinden, b) Küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden, c) Vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (Bu halde ayrıca sulh hakiminden de izin alınması gerekir), d) Evliyse eşinden, örneği Tüzük’e ekli izin belgesinin alınması gerekir*”; Rahim Tahliyesi Tüzüğü m.15: “*İzin belgeleri, 13 üncü maddede sözü edilenlere, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır.*”

⁸¹⁸ TDN m.22’ye göre, ananın hayatını kurtarmak için yegane çare teşkil ettiği takdirde, avortman (düşük, gebeliğin sonlandırılması) yapılması caizdir. Avortmanlarda, hastanın ve varsa veli veya vasisinin yazılı olarak muvafakatının alınması şarttır.

⁸¹⁹ DURAL / ÖĞÜZ, s: 115, kn: 571.

⁸²⁰ AYAN, s: 20.

⁸²¹ DURAL / ÖĞÜZ, s: 116, kn: 574, 575, 576.

Organ nakillerinde rızanın geçerliliğine ilişkin düzenlemeler ceza hukuku açısından da önem taşımaktadır, zira geçerli rızaya dayanmayan müdahaleler yaralamanın ötesinde TCK m. 91’de düzenlenmiş olan organ ve doku ticareti suçunu da gündeme getirebilecektir ⁸²².

HHY m.28’de de mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında rızanın herhangi bir şekilde bağlı olmadığı ortaya konmuştur. Yönetmelikte rıza için şekil şartının öngörülmüş olduğu durumlar ise 29. maddede organ ve doku alınmasına ilişkin düzenlemeler, 30. maddede aile planlaması hizmeti ve gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemeler, çalışma konumuzun dışında kalmakla beraber tıbbi araştırmalar ve ilaç ve terkiplerin araştırma amacıyla kullanılmasına ilişkin düzenlemeler olarak açıklanmaktadır ⁸²³.

Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi 28. maddesinde doku bağıışı ve kompozit doku nakli alıcısının onamı ile ilgili hususlar düzenlenmiştir ⁸²⁴.

⁸²² TCK m. 91/1: “Hukuken geçerli rızaya dayanmaksızın kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” Maddenin ilerleyen fıkralarına bakıldığında geçerli rıza alınmaksızın ölüden organ ve doku alınmasının da suç olarak düzenlenmiş olduğu, ayrıca hukuka aykırı şekilde alınmış organ veya dokunun saklanması, nakli ve aşılmasının da suç teşkil ettiği görülmektedir. Böylece nakledilecek organ ve dokunun önceden başka bir hekim ve ekip tarafından alınma aşamasında da müdahalenin hukuka uygun dolayısıyla rızanın geçerli olup olmadığının denetlenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca Organ Nakli Kanunu’nda 7151 sayılı kanunun 15.11.2018 tarihinde yaptığı değişiklik ile bu kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağıışlayan, aşıl原因, bulunduran, kullanan, saklayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya komisyonculuğunu yapanlar vb. hakkında da cezai yaptırımlar öngörülmüştür ki, embriyo ve üreme hücrelerinin ilgili kişilerin geçerli rızası olmaksızın kullanılmalarının da bu kapsamda ele alınması mümkündür.

⁸²³ Böylece, 20. maddeye göre “18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınmaz. Bu şartları tamam olanlardan teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlar ile organ veya doku alınması, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’un 6. maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına tabidir. Ölüden organ ve doku alınma şartı ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası hususunda 2238 sayılı Kanun’un 14 üncü maddesi hükümleri saklıdır.” ve 30. maddeye göre de “İlgilinin rızası mevcut olsun veya olmasın, Bakanlık tarafından tespit edilmiş olanlar dışındaki ilaç ve araçlar aile planlaması hizmetlerinde kullanılamaz. Gebeliğin sona erdirilmesi, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile öngörülen şartlara tabidir. Sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi hallerinde, hastanın rızası ile evli ise eşinin de rızası gereklidir.”

⁸²⁴ Kompozit doku nakli yönergenin 3. maddesi 3. fıkrasında, vücut bütünlüğünü bozan ve fonksiyon kaybına yol açacak şekilde kompozit doku kaybı olan hastalara form ve fonksiyon restorasyonu amacı ile yapılan ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla uygulanan kompozit doku nakli ameliyesi olarak, vaskülarize kompozit doku ise, tipik olarak ektoderm ya da mezodermden köken almış; deri, yağ dokusu, kas, sinir, lenf nodu, kemik ve kırıkardan en az ikisinin kombinasyonunu içeren ve nakledildiği alıcıda damar anastomozları ile yaşatılan dokular olarak tanımlanmış, 1.maddenin 3 fıkrasına göre, herhangi bir embriyonel katmandan köken alan, barsak, trakea, larinks gibi dokuların vaskülarize homogreft olarak nakilleri yönerge kapsamına alınırken, karaciğer, böbrek, akciğer, pankreas, kalp, kalp-akciğer gibi organlar ile kök hücre nakli amacıyla alınan kemik iliği ve kornea nakilleri yönerge kapsamı dışında bırakılmıştır. Buna göre, bir kadavradan kompozit dokunun

Üreme Yönetmeliği Ek 8'i teşkil eden ÜYTE Uygulanacak Çiftlere Ait Bilgilendirilmiş Muvafakat Formunda çiftlere ilişkin kimlik bilgileri ve hangi konularda aydınlatma yapılacağı yanı sıra formun sonunda evli çiftin her ikisinin ve ünite sorumlusunun imzasının olması gerektiği, okuryazar olmayan çiftlerin sol elin başparmağını basarak formu imzalamış sayılacakları, muvafakat formunun tedaviye başlamadan bir gün önce çiftlere verilerek okunmasının sağlanacağı, işlem öncesinde formun merkez görevlisi tarafından sözlü olarak adaylara okunacağı ve adayların el yazıları ile *“sözlü ve yazılı olarak çoğul gebelik, çoğul gebeliğin komplikasyonları ve başarısızlık durumu da dâhil her konuda uygulama ile ilgili yeterli bilgilendirildim”*, ifadesini yazarak muvafakat formunu imzalayacakları hususları yer almaktadır.

Geçerli bir rıza için şart olan aydınlatma da kural olarak rıza gibi yazılı şekil şartına bağlı tutulmamış olsa da, ispat sorunlarına yol açmamak için yazılı olmasında yarar görülmektedir. Uygulamada da hastaların, yalnızca büyük cerrahi müdahaleler

alınabilmesi için potansiyel donörün sağlığında imzalamış olduğu veya donör ölümü sonrasında bağış yapmaya yetkili yakınlarının imzaladığı bağış formunda, kompozit dokuların bağışlandığının ayrı bir madde olarak belirtilmiş olması gerekmektedir. Alıcı açısından da, kompozit doku nakil işleminin yaşam kurtarıcı olmayan özelliği ve alıcının yaşam boyu bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlara ve buna bağlı komplikasyon ve yan etkilere maruz kalacağı göz önüne alındığında, nakil işlemi yapılmadan önce mekanik ve myoelektrik protez veya ortez gibi mevcut diğer alternatifleri kullanmış olmasına rağmen veya doku veya organ kaybının düzeltilmesine yönelik yapılan ameliyatlara rağmen tatmin olmadığı kendisi veya yasal temsilcisi tarafından yazılı olarak beyan edilmiş olması ve alıcı adayına veya yasal temsilcisine yapılacak naklin türüne göre EK-1'de yer alan bilgilendirilmiş onam formu verilerek adaya bu formu incelemesi için süre tanınması öngörülmüştür. Bu formda detaylı açıklamaların yer aldığı görülmektedir. Müdahalenin aciliyeti ne kadar az, riski ne kadar fazlaysa aydınlatmanın da o derece geniş olması gerekir kabulünden hareketle, tıbbi endikasyondan ziyade, - esasen tıbbi endikasyonun yokluğu şeklinde bir genelleme yapmak da tümüyle doğru değildir. Örneğin hastanın ömür boyu alternatif parenteral yollarla beslenmesinin mümkün olmadığı göz önünde tutulduğunda barsak nakli açısından tıbbi endikasyon mevcut iken, saçlı deri ya da ekstremitelerde daha ziyade psikolojik endikasyonun varlığından söz etmek mümkündür, - psikolojik ve sosyal endikasyonlara dayandırılan böyle yüksek riskli ameliyatlar öncesi, aydınlatmanın özel kurallara bağlanmış olması doğaldır. Diğer organ nakillerinde olduğu gibi, kompozit doku nakillerinde de tanıkların onayı aranmaktadır. Kompozit doku nakillerinin diğer organ nakilleri gibi henüz bilimsel açıdan oturmuş uygulamalar olmadıkları dikkate alındığında, deneme aşamasındaki tedaviler olarak ele alınması mümkündür. Keza aydınlatılmış onam formunda da örneğin ameliyat sonrası takibe ilişkin olarak *“Bu tip ameliyatların ve deneysel projelerin bir parçası olan ve bilinen ya da bilinmeyen bir etki görülme olasılığı hakkında bilgilendirildim”*, mahremiyete ilişkin olarak *“Bu ameliyatın uygulanması ve sonrasındaki ilaç tedavisi ile ilgili tartışmalar ile etik ve ahlaki yönlerinin farkındayım. Tüm bu etkilere bağlı olarak yapılan diğer nakil ameliyatlarından farklı olmasına bağlı toplumun tüm dikkatinin üzerimde olacağına da farkındayım. Bu ameliyatı yapan ve beni takip eden ekip ne zaman uygun görürlerse beni inceleyebilir ve bilimsel olarak bu bilgileri halkı doğru aydınlatmak için kullanabilir ve bu bilimsel çalışmaya hizmet etmeye söz veriyorum. Daha da fazla olarak benimle ilgili klinik ve cerrahi deneyimler ve görüntüler bilimsel amaçlar için kullanılabilmesine kendi isteğimle rıza gösteriyorum.”* şeklindeki açıklamalar da bu tür ameliyatların deneme aşamasındaki müdahalelere örnek teşkil ettiğini destekler niteliktedir.

öncesi değil, hemen tüm invazif işlemler, bazen özellik taşıyan tanısal yöntemler öncesinde de, yalnızca sözlü olarak aydınlatılması ve akabinde sözlü şekilde rızalarının alınması ile yetinilmemekte, getireceği ispat kolaylıkları da göz önünde tutularak, aydınlatma ve rızanın yazılı olması tercih edilmektedir. HHY 26. maddesindeki, 2014 tarihli değişiklikler göz önünde tutulduğunda da sadece kanunda yer alanlar değil, uyuşmazlık potansiyeli taşıyan her türlü tıbbi müdahalede yazılı rıza formunun düzenlenmesi öngörülmüş⁸²⁵ olduğundan, rıza öncesi aydınlatmanın da yazılı olması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Bu husus çalışmamızın ilerleyen bölümde daha detaylı olarak ele alınmıştır.

4. Varsayılan Rıza

Varsayılan rıza, genellikle bilinci yerinde olmayan hastalara yönelik tıbbi müdahaleler bağlamında gündeme gelmektedir. Hastanın bilinci kapalı olduğu için rızasının alınmadığı, onun adına rıza açıklayacak kişinin bulunmadığı ve beklemeye de zaman olmadığı tıbbi zorunluluk hallerinde müdahalede bulunan hekimin hastanın varsayılan rızasına göre hareket ettiği kabul edilmektedir. Şayet hasta, müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda karar verebilecek durumda olsaydı, hayatın normal akışına göre, müdahaleye rıza gösterirdi diye bir varsayıma gidilerek, müdahale bu varsayılan rıza doğrultusunda gerçekleştirilmektedir⁸²⁶. Bir başka deyişle varsayılan rıza, açık bir irade beyanına ulaşamadığı durumlarda, bu beyanda bulunması gereken kişinin gerçek iradesi üzerinde bir tahminde bulunmaya ve bunun sonucuna göre hareket etmeye dayanmaktadır⁸²⁷.

Dural ve Öğüz, Tababet Kanunu 70. madde ve HHY 24. madde düzenlemelerindeki, yasal temsilcinin olmadığı ya da bulunamadığı veya hastanın kendisini ifade edemediği hallerde rızanın aranmayacağı yolundaki öngörülerin

⁸²⁵ HHY m.26: Rıza Formu : “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir.”

⁸²⁶ DURAL, Aydınlatma, s: 251; DURAL / ÖĞÜZ, s: 107, kn: 535; BOUMİL / ELIAS / MOES, s: 95; ÖZBİLEN, s: 104; YÜKSEL ORHUN, s: 359; YENİDÜNYA, s: 68.

⁸²⁷ ERMAN, Barış, s: 139.

varsayılan rızaya işaret ettiğini açıklayarak, bu kavramın özellikle ameliyatın genişletilmesi bakımından önem taşıdığına dikkat çekmektedirler ⁸²⁸.

Amerikan öğretisinden bir görüşe göre, bir hukuki kurgu olarak da ele alınan bu kavram, gerçek rızaya ulaşılamayan acil durumlarda gecikme olmaksızın hastaya gerekli tıbbi müdahalenin yapılmasına imkan vermektedir ⁸²⁹. Alman öğretisinden görüşlere göre de, irade açıklayacak durumda bulunmayan bir hastanın şayet önceden açıklamış olduğu bir isteği, düzenlemiş olduğu bir hasta talimatı ya da sağlık ile ilgili konularda kendisi adına karar vermek üzere belirlemiş olduğu bir temsilcisi ya da vekili yoksa, vesayet altında değilse ve durumun aciliyetinden dolayı bir vasi atanmasına da imkan bulunmuyorsa, yapılacak tıbbi müdahaleler açısından hastanın varsayılan rızasına dayanılmaktadır ⁸³⁰.

AMK § 630 d birinci fıkra 4.cümlesine göre de, geciktirilemeyecek bir tıbbi müdahale için hastanın rızasının alınmasına yeterli zaman yoksa, müdahale, hastanın varsayılan rızasına uygun şekilde gerçekleştirilebilecektir. Bu düzenleme, rıza alma yükümlülüğünün bir istisnasını oluşturmaktadır. Geciktirilemeyecek bir müdahale özellikle, hastanın yaşamı ya da sağlığını tehdit eden acil hallerde gündeme gelmektedir ve hastanın ya da yasal temsilcisinin rızasını sağlamak için yeterli zaman yoktur. Ancak müdahalenin hastanın genel olarak isteklerine, değer yargılarına ters düşmemesi de gerekmektedir. Varsayılan rıza belirlenirken hastanın hastalığının türü ve evresinden bağımsız olarak, öncelikle onun kişisel durumu ve bireysel yararları, istekleri, ihtiyaçları, ahlaki ve dinsel inançları, diğer kişisel değer yargıları, önceki sözlü ve yazılı açıklamaları göz önünde tutulmakta, ortalama bir insanın olağan koşullarda nasıl davranacağı konusundaki varsayım geri planda kalmaktadır ⁸³¹.

Federal Yüksek Mahkemenin bir kararında varsayılan rıza belirlenirken göz önünde tutulması gereken hususlar olarak, kişinin daha önceki sözlü ve yazılı açıklamalarından, dini inançlarından, kişisel değer yargılarından, yaşı ile ilişkili yaşam beklentisinden ve çekmiş olduğu acılardan söz edilmektedir. Madem ki hekim, somut durumun özelliklerini değerlendirerek, kişi iradesini açıklayacak

⁸²⁸ DURAL / ÖĞÜZ, s: 107, kn: 535.

⁸²⁹ BOUMİL / ELIAS / MOES, s: 96.

⁸³⁰ MEMMER, s: 5; LAUFS, L/U, § 64 Risikoauflklärung im besonderen, s: 476, kn: 11; JANDA, s: 355.

⁸³¹ GEHRLEIN, s: 110, kn: 53, 54; JANDA, s: 355; ÜNVER, Yener / KAYA, Suzan; Alman Tıp Hukukunda Hasta Talimatı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s: 16, 17.

durumda olsaydı nasıl karar verirdi diye bir sonuca ulaşmaya çalışmaktadır, o takdirde, hastanın varsayılan rızasına dayanıldığında, tedavinin başlanmaması veya devam ettirilmemesi yönünde bir çıkarıma varılırsa, müdahaleden kaçınması da gerekecektir. Bu husus terminal dönemdeki hastalar bakımından özellikle önem arz edebilir ⁸³². Yine de böyle hastalarda tedavinin reddi yönündeki bu tür varsayımlara ağırlıklı olarak şüpheyle yaklaşıldığından da söz edilmektedir ⁸³³. Bu konuya çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinilmiştir.

5. Hasta Vekaleti ve Hasta Talimatı

a. Hasta Vekaleti

Hasta vekaletinin esasen “*durable power of attorney in (for) health care*” adıyla Amerikan kaynaklı bir uygulama olduğundan söz edilmektedir. Hasta, bilincinin kapalı olduğu ve hekim ya da sağlık kuruluşuna irade açıklamasında bulunamayacağı durumlar için, önceden belirlemiş olduğu bir kişiye, genellikle bir yakınına vekalet vermektedir. Bu vekalette açıkça yazılı olarak belirtilmiş olduğu takdirde, vekil, yoğun bakım uygulamalarının devamı ya da kesilmesi gibi önemli konularda bile karar verebilmektedir. Vekaletin yönelmiş olduğu müdahalelere ilişkin somut tehlikeleri de kapsamaması gerekmektedir.

Alman hukukunda hasta vekaleti AMK’nda 1904. paragraf 5. fıkrada düzenlenmiştir. Tıbbi müdahalelere rıza gösterilmesi, gösterilmemesi veya tedavinin kesilmesi yönündeki vekalette bu hususların açıkça ve yazılı şekilde belirtilmiş olması aranmaktadır. Bu kararlar nedeniyle kişinin ölüm ya da ciddi zarara uğraması tehlikesi varsa, mahkemenin de izninin de bulunması gerekmektedir. Vekalet her zaman için geri alınabilmektedir. Hasta vekaleti ve hasta talimatının bir arada düzenlenmiş olması da mümkündür ⁸³⁴.

⁸³² Federal Yüksek Mahkeme’nin 13.9.1994 tarihli Kempten kararından sonra, irade açıklayacak durumda olmayan ölüme yakın bir hastanın sadece varsayılan muhtemel rızasına dayanarak tedavinin sona erdirilip erdirilemeyeceği hususunda tartışmalara dikkat çekilmektedir. BGH 1 StR 357/94 - Urteil vom 13. September 1994 (LG Kempten), Rechtsprechung, <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/94/1-357-94.php>, Erişim T: 05.01.2018.

⁸³³ MEMMER, s: 5.

⁸³⁴ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 656, kn: 1006, s: 669, 670 kn: 1030, 1031. Ayrıca ilave bilgi için bkz. BAMBERGER, Heinz Georg / ROTH, Herbert / HAU, Wolfgang / POSECK, Roman, Beck’sche Online Kommentar BGB, MÜLLER- ENGELS, Gabrielle, 47. Edition, Stand: 01.08.2018; GOLDSTEIN, MK/ VALLONE, RP / PASCOE, DC / WINOGRAD, CH, Durable power of attorney for health care. Are we ready for it?, Western Journal of Medicine, Volume 155, Issue 3, 1991 Sep, s: 263–268. Örnek bir

b. Hasta Talimatı

Alman Hukukunda hasta talimatı, “*Patientenverfügung*” terimiyle Medeni Kanun § 1901a’da düzenlenmiştir. Bu kavram için bazen “*Patiententestament*” teriminin kullanıldığı⁸³⁵ da görülmektedir. Dilimize ise farklı şekillerde çevrilmekle birlikte, Ünver ve Kaya tarafından en uygun olarak “*hasta talimatı*” şeklinde çevrilmesi önerilmektedir⁸³⁶. Hasta talimatında, bir kişinin gelecekte bir kaza ya da hastalık nedeniyle irade beyanında bulunamayacak hale geldiği takdirde kendisiyle ilgili işlemlerde nasıl davranılması gerektiğini önceden belirlemesi söz konusudur⁸³⁷.

Rıza ehliyeti olan reşit kişi gelecekte olası rıza açıklama yeteneğinin bulunmadığı durumlara ilişkin olarak yazılı bir irade açıklamasında bulunmaktadır. Kişi, bu şekilde, rıza gösterme yeteneğini kaybettiği takdirde, belli muayenelere, tanıya, tedaviye yönelik çeşitli müdahalelere rıza gösterdiğini ya da yasakladığını kesin olarak ortaya koymuşsa, bunların gerçek yaşam ve tıbbi durumuyla bağdaşır olup olmadığı kontrol edildikten sonra, uygun bulunduğu takdirde, bu iradeye itibar edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte hekimin tıbben mantıksız ya da gereksiz olan müdahaleleri yerine getirmekten kaçınabileceği de kabul edilmektedir⁸³⁸.

hasta vekalet formu için bkz. Durable Power of Attorney for Health Care, <http://med.wmich.edu/sites/default/files>, <https://www.uwmedicine.org/patient-care/Documents/Durable-Power-Attorney-Health-Care.pdf>, Erişim T: 07.02.2018; Hasta vekaleti, mukayeseli hukukta yeri, Türk hukukunda uygulanabilirliği ile detaylı açıklamalar için bkz. SONAT, s: 175 vd; benzer uygulamaların İsviçre hukukunda da yer aldığı belirtilmektedir. HAVUTÇU, s: 413; OKTAY ÖZDEMİR, Serozan’a Armağan, s: 1347; İsviçre hukukundaki düzenlemeler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Seliçi’ne Armağan, s: 232 vd.

⁸³⁵ İMAMOĞLU, Hülya, Hasta Vasiyeti, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, III. Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, (Ed: TACİR, Hamide, ALTUNKAŞ, Aysun), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s: 127.

⁸³⁶ ÜNVER /KAYA, s: 15; Hukukumuzda hasta tasarrufu teriminin de kullanıldığı görülmektedir. Buna göre bir kimsenin, zihinsel açıdan karar verebilecek durumda iken, gelecekte ayırt etme gücüne sahip olmama olasılığı karşısında, sağlığıyla ilgili olarak belli bir tanı, araştırma, tedavi yöntemini seçme, belirleme ya da tedaviyi reddetme kararı vermesi ve bu konudaki olumlu ya da olumsuz irade ve isteğini yazılı şekilde ortaya koymasının Alman ve İsviçre hukuklarında hasta tasarrufu (*Patientenverfügung*) terimiyle anıldığı, ülkemizde ise tıbbi vasiyet, hasta vasiyeti veya tıbbi istek olarak bilindiği ifade edilmektedir. HAVUTÇU, s: 410.

⁸³⁷ DETTMAYER, s: 6; JANDA, s: 355; HAVUTÇU, s: 410 ; ayrıca örnek bir hasta talimatı (vasiyeti) için bkz. *Patienten- Testament* (nach Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck), <http://www.skf-meppen.de/patienten-testament>, Erişim T: 08.01.2018.

⁸³⁸ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 655, 656, kn: 1005, 1007; JANDA, s: 355; ÜNVER / KAYA, s: 20; Bu uygulamanın, hasta özerkliğinin yaşama geçirilmesine imkan sağladığını, kişinin ilerde zihinsel yetersizliğinin ortaya çıkması durumunda, kendine bazı tıbbi müdahalelerin uygulanması olasılığı karşısında yazılı olarak yaptığı açıklamanın ayırt etme gücünü kaybetmiş olsa dahi, kaderini başkalarının ellerine ve iradesine terk etmeksizin hasta haklarını kullanabilmesine imkan sağladığı belirtilmektedir. HAVUTÇU, s: 410; Özellikle hafızanın yitirileceği demans benzeri hastalıklarda

Hasta talimatında yer alan belirlemeler gerçek yaşam ve müdahale durumu ile bağdaşmadığı takdirde ise, hastanın bir tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeme hususunda varsayılan iradesi göz önünde tutularak karar verilmeye çalışılacaktır. Hiç kimse bir hasta talimatı oluşturma yükümlülüğünde olmayıp, böyle bir talimatın düzenlenmesinin bir sözleşmenin yapılmasının koşulu olarak talep edilmesi de söz konusu değildir. Hasta talimatı herhangi bir şekle bağlı olmaksızın her zaman geri alınabilecektir ⁸³⁹.

Bir müdahaleye yönelik rıza açıklaması içeren bir hasta talimatının geçerli kabul edilebilmesi için ayrıca, ya hastanın önceden hekim tarafından aydınlatılmış ya da aydınlatmadan feragat etmiş olması gereklidir. Eğer açıkça aydınlatmadan feragat edilmemiş ise, aydınlatılma olmaksızın düzenlenmiş hasta talimatı ancak varsayılan rızayı belirlerken göz önüne alınabilecektir, dolayısıyla da şayet mevcut ise, yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç devam edecektir. Müdahaleyi yasaklayan bir hasta talimatının ise, hekimin aydınlatması olmasa dahi geçerli kabul edildiği belirtilmektedir ⁸⁴⁰.

Kişinin, kan nakli, organ ya da doku alınmasının reddi, belirli tanı ya da tedavi yöntemlerini kabul etmemek, şeker hastalığı, sara vb. kronik hastalıklarla ilgili acil durumlarda yapılması gereken müdahalelere yönelik bazı tercih ve kararları söz konusu olabilir ⁸⁴¹. Bir görüşe göre, bireyin henüz sağlık hizmetine yönelik herhangi bir ihtiyacının ortaya çıkması öncesinde bu yönde vermiş olduğu kesin bir kararı ya da özel tercihi varsa, uğrayacağı herhangi bir yetersizlik halinde kendi adına yetkili olarak karar verecek temsilcileri belirlemesi ve kendisine yapılmasını ya da yapılmamasını istediği uygulamaları açık ve anlaşılır bir şekilde önceden ortaya koyması, hastaya ait bir yükümlülük olarak da görülmektedir ⁸⁴².

Hasta talimatının bağlayıcılığı yönündeki yaygın kabulle beraber, gerek hasta talimatı gerek üçüncü kişiye verilmiş olan vekaletin bağlayıcılığına kuşkuyla

hastanın tedavi sürecine veya hayatının kalan kısmındaki tedavilere ilişkin isteklerini önceden açıklamasının önemli bir uygulama ve insan onuruna ve saygınlığına yakışan bir davranış olduğu düşünülmektedir. Bu işlemler yapılabilecek en önemli tasarruf ise yaşamın sona erdirilmesine yönelik bir istek olabilir ki, kanunlarda buna izin veren açık bir hüküm olmadıkça, hasta talimatında yer alan bu tür istekler geçerli kabul edilmemektedir. OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1338, 1339.

⁸³⁹ ÜNVER, / KAYA, s: 16, 17; GEHRLEIN, s: 110, kn:53; OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1343.

⁸⁴⁰ GEHRLEIN, s: 110, kn:53.

⁸⁴¹ SÜTLAŞ, s: 116.

⁸⁴² SÜTLAŞ, s: 115.

yaklaşan ve ancak somut duruma uygun oldukları ve hastanın o vekaleti veya talimatı düzenlediği zamana göre artık daha farklı düşündüğü yönünde bulgular olmaması suretiyle geçerli ve bağlayıcı olabileceklerini kabul eden görüşlerin varlığından da söz etmektedir ⁸⁴³. Nitekim *Dettmeyer* de, hastanın önceden sağlıklı ve ayırt etme gücüne sahipken mevcut olan iradesiyle somut durumdaki iradesinin uyuşmama olasılığının olduğunu ve tedaviyi sona erdirmeye kararının kimin tarafından verileceği, özellikle hastaya bakım sunan ekip karşı çıktığı halde hekimin tek başına böyle bir kararı verme durumunda kalmasının sorun teşkil edebileceğini dile getirmektedir ⁸⁴⁴. Hasta talimatının hukuki anlamının uzun süre tartışmalı kaldığını belirten diğer bir yazara göre de, talimat, hastanın rıza verme ehliyetinin mevcut olduğu zamanda düzenlenmiş ve içerik bakımından somut duruma uygun olması koşuluyla bağlayıcı olacaktır ⁸⁴⁵. Federal Yüksek Mahkeme, yaşamı uzatmaya yönelik önlemlerin devamı ya da kesilmesine ilişkin bir hasta talimatının bağlayıcı olabilmesi için, rıza gösterilen ya da reddedilen somut müdahalenin belirlenmiş olması gerektiğini, yoksa tedavi şansının olmaması durumunda müdahalelere rıza gösterilmediği, yaşamı uzatmaya yönelik önlemlerin istenmediği, onurlu bir ölüme imkan sağlayan müdahalelere rıza gösterildiği şeklinde soyut açıklamalara itibar edilemeyeceğine karar vermiştir ⁸⁴⁶.

Hukukumuzda hasta talimatı henüz uygulama alanı bulmamakla beraber, Biyotıp Sözleşmesi ve HHY’de bu yönde düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Sözleşme’nin “*Önceden Açıklanmış İstek*” başlıklı 9. maddesinde, müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu isteklerinin göz önüne alınması gerektiği öngörülmüştür.

HHY m. 24/5 uyarınca “*Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.*” ve m. 24/6 uyarınca da “*Yeterliğin*

⁸⁴³ Bkz. UHLENBRUCK, L/U, § 58 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 441, kn: 9.

⁸⁴⁴ DETTMEYER, s: 7.

⁸⁴⁵ JANDA, s: 356. İlave görüşler için ayrıca bkz. TAUPITZ, s: 44 vd.

⁸⁴⁶ Voraussetzungen für unmittelbare Bindungswirkung einer Patientenverfügung – BGH vom 08.02.2017 – Az. XII ZB 604/15, <https://www.mahnerfolg.de/urteile/> Erişim T. 24.03.2018; ayrıca bkz. HAVUTÇU, s: 412; Hasta talimatı hakkında detaylı görüş ve açıklamalar için bkz. GRÄßL, Nicole Monika, Medizinische Selbstbestimmung mit besonderem Augenmerk auf Patientenverfügungen, Bachelorarbeit, Medizinischen Universität Graz Institut für Pflegewissenschaft, Graz, 2016.

*zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir.”*⁸⁴⁷

TTB'nin Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirgesine göre, hasta vasiyeti (talimatı), hastanın kronik hastalığının tedavisinin herhangi bir aşamasında, karar verme yeterliğini kaybettikten sonra kendisine nelerin yapılmasını istediği ya da istemediği ile ilgili sözlü, yazılı, hatta bazen tanıklı olarak isteğini bildirmesidir. Bu kararlar çoğunlukla hastanın kendisine herhangi bir yarar sağlamayacak olan tedaviyi sonlandırma, kaybedilen işlevleri geri kazanamayacak durumda olduğunda, canlandırmama ya da yaşam destek tedavilerini, yapay beslenmeyi sürdürmeme ile ilgili olup, hastanın karar verme kapasitesi yerindeyken bildirdiği isteği olması nedeniyle saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bununla beraber, reddedilen tedavinin hastaya getirebileceği tıbbi yarar göz önünde tutularak, hastanın kararının yeterli aydınlatmaya dayanmasına özen gösterilmesi gerektiği de ayrıca ifade edilmektedir⁸⁴⁸.

C. Rızanın Aranmadığı Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Nedenleri

Vücut bütünlüğü, kişilik hakkının konusunu oluşturan en önemli değerlerden olup, hangi sebeple ve amaçla olursa olsun bu değere yönelmiş tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesi için kural olarak müdahaleye maruz kalacak kişinin rızasının bulunması gerekmektedir. Ancak genel kural rızanın aranması olmakla beraber, bazen, hastanın ya da ilgili kişinin rızası aranmaksızın da müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır⁸⁴⁹.

AY m.17' ye göre, kişi rıza göstermese dahi, kanunlara uygun olarak yapılacak bir müdahale hukuka aykırı sayılmamayacaktır⁸⁵⁰. AY m.19/2 hükmünün⁸⁵¹, toplum için tehlike oluşturan bir akıl hastasının, uyuşturucu madde veya alkol

⁸⁴⁷ Hukukumuzdaki düzenlemelere ilişkin görüş ve yetersiz olduğu düşünülen bazı hususlara yönelik eleştiriler için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Seliçi'ne Armağan, s: 240-242.

⁸⁴⁸ Türk Tabipleri Birliği Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirge, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği, Ankara 2010, s:28.

⁸⁴⁹ DURAL / ÖĞÜZ, s: 105, kn: 530.

⁸⁵⁰ DURAL / ÖĞÜZ, s: 105, kn: 530.

⁸⁵¹ Anayasa m.19/1: "Herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir." m.19/2: "Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi, bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin

bağımlısının, bir serserinin veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir kurumda zorla tedavisi de dahil olmak üzere özgürlüğü kısıtlayıcı bazı müdahalelere cevaz verdiği görülmektedir.

Öğretide rıza aranmaksızın tıbbi müdahalelerin gerçekleştirildiği bu ayrık durumlarda hukuka uygunluğun sağlanmış olduğu konusunda fikir birliği olmakla beraber, hangi hukuka uygunluk nedenine dayandırılacakları konusunda farklı görüşlerin varlığından söz edilmektedir. Ancak şu kadar ki, rızanın aranmadığı tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluk nedenini kanunun verdiği yetkinin yanı sıra, ya da kanunun verdiği yetkiyle birlikte üstün özel yarar veya üstün kamusal yarar oluşturmaktadır⁸⁵² ve diğer hukuka uygunluk nedenleri tıbbi müdahaleler bağlamında gündeme gelmemektedir. Fakat kanunun verdiği yetkiye ya da üstün kamusal yarara dayanarak gerçekleştirilen bir müdahalede de hastanın ya da ilgili kişinin rızası ilave bir hukuka uygunluk nedeni olarak bulunabilir; illaki müdahalenin kişinin rızası hilafına gerçekleştirilmekte olduğu gibi yanlış bir algıya ulaşılmamalıdır; örneğin kişi ceza yargılaması kapsamında beden muayenesinin yapılmasına ya da kamu sağlığını korumaya yönelik bir aşı uygulamasına elbette ki karşı çıkmayıp rıza gösterebilir. Belirleyici olan, müdahalenin rıza aranmaksızın da hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilecek olmasıdır. Örneğin bilinci kapalı ve acil durumdaki hasta veya yaralıya ayrıca rızası aranmaksızın acilen müdahale edilirken üstün özel yarar hukuka uygunluk nedenine dayanılacak, ceza yargılaması sürecinde delil olarak doku örneği vermektense veya beden muayenesinden kaçınan sanık ya da mağdura tıbbi müdahale kanunun verdiği yetkiye dayanarak ve kanunun çizdiği çerçevede zorla uygulanabilecektir. Belirleyici olan rızanın alınmadığı veya rızaya ters düşen durumlarda diğer nedenlerin, müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayabilecek olmalarıdır.

yakalanması veya tutuklanması, bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi, toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi, usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.”

⁸⁵² GÖKCAN, s: 198; NOMER, s: 155; ÖZBİLEN, s: 120. Üstün özel yararın söz konusu olduğu durumlarda vekaletsiz iş görme ya da varsayılan rızaya da dayanılması mümkündür.

1. Üstün Özel Yarar

TBK m. 63/2 ve TMK m.24 hükümlerinde de yer aldığı gibi, üstün özel yararın varlığı halinde zarar veren eylem hukuka aykırı sayılmamaktadır. Genel anlamda üstün özel yarar, eylem nedeniyle zarar gören kişiye ait olabileceği gibi, eylemi işleyen kişiye ya da üçüncü bir kişiye de ait olabilir ⁸⁵³. Tıbbi müdahaleler bağlamında kural olarak eylem nedeniyle zarar gören kişinin kendisinin üstün özel yararı söz konusu olmaktadır.

Kişinin üstün kabul edilen yararı için, rızası olmaksızın hatta tartışmalı olmakla beraber, kimi zaman rıza hilafına müdahalenin gerçekleştirildiğinden söz edilmektedir ⁸⁵⁴. Üstün özel yararın rıza beyanında bulunamayacak hastalara yapılacak tıbbi müdahaleler açısından önem taşıdığı özellikle belirten *Nomer*, böyle durumlarda dahi, kişinin önceden, rıza beyanında bulunabilecek durumdayken açıklamış olduğu isteklerinin göz önüne alınacağını, üstün özel yarar gerekçesiyle, hiç kimseye rızası hilafına ya da gösterdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde müdahalede bulunulamayacağını, fakat müdahale esnasında yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda ve bu yapılmadığı takdirde bir organın ya da işlevinin kaybına yol açacağı hallerde rızanın aranmayacağını, ilgili yasal düzenlemelere de işaret ederek dile getirmektedir ⁸⁵⁵.

Hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarda, yapılması gereken acil müdahaleler için rızasının alınması mümkün olmamaktadır. Rızası alınamayan bilinci kapalı hastanın yaşamının kurtarılması için zorunlu olan müdahale, örneğin bir ameliyat hastanın üstün özel yararına dayanarak gerçekleştirilmektedir. Bununla beraber bu hususun Tababet Kanunu'nun 70. maddesinde düzenlenmiş olmasından dolayı, aynı zamanda kanunun verdiği yetkiden kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu da söylenebilir. Benzer şekilde, ameliyat esnasında anestezi altındaki bir hastada önceden öngörülemeyen bir şekilde müdahalenin genişletilmesinde de hastanın

⁸⁵³ OĞUZMAN / ÖZ, s: 36, 37; KARA KILIÇARSLAN, s: 31. Zarara uğrayan kişinin yararı ile saldırıda bulunan failin yararı çatıştığında, failin korunmaya değer daha üstün nitelikte bir özel yararı mevcut ise, ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmamaktadır. Çatışan yararlardan, yararı daha üstün nitelikte olan kişi lehine getirilmiş bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmaktadır. KILIÇOĞLU, s. 380.

⁸⁵⁴ Hastanın bilincinin kapanmış olduğu acil durumlarda rızanın hiç gösterilememiş olması söz konusu iken, müdahalenin önceden bazı inançlara dayanarak reddedilmesi ya da açlık grevlerinde müdahaleye karşı çıkılması durumlarında hasta, mağdur ya da zarar gören kişinin aksine beyanına rağmen müdahalenin gerçekleştirildiğinden söz edilmektedir. KARA KILIÇARSLAN, s: 52, 58, 60, 61, 63.

⁸⁵⁵ NOMER, s: 158, 159, kn: 105, 105.2.

üstün özel yararına dayanılmaktadır ⁸⁵⁶. Oğuzman ve Öz'e göre, kanuni temsilcilerin rızası da ancak üstün özel yararın varlığı halinde tıbbi müdahaleleri hukuka uygun kılmaktadır. Hastanın yararına olmayan bir ameliyatın sırf kanuni temsilcilerin rızasına dayanarak hukuka uygun sayılması mümkün değildir ⁸⁵⁷. Muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahalenin sadece onun doğrudan yararı için yapılabileceği Biyotıp Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinde de öngörülmüştür.

Öğretide, “zorunluluk” halinden de, hem ceza hukukunda hem özel hukukta sorumluluğun kalkmasını sağlayan bir neden olarak söz edilmekte ve bu kavram, başka türlü davranmak imkanı olmadığından ve daha yüksek bir değeri korumak için, hukuka aykırı bir eylem (suç veya haksız fiil) işlemek durumunda kalan kimsenin sorumlu tutulmasını önleyen müessese olarak tarif edilmektedir ⁸⁵⁸. Zorunluluk hali TCK m. 24/2’de düzenlenmiş olup, buna göre “*gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*”. Zorunluluk ceza hukuku bakımından hukuka uygunluğu sağlayan bir neden olmakla ve TBK m.63’te ⁸⁵⁹ de bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olmakla beraber, hemen izleyen TBK m.64 ⁸⁶⁰ düzenlemesine bakıldığında, ıztırar halinin tanımlanmış olduğu görülmektedir. Iztırar hali için, bir kimsenin kendisinin ya da bir başkasının kişiliği ya da malları için zarar verici mevcut veya hemen gerçekleşecek bir tehlike olması gerekmekte ve ıztırar hali, ancak başkasının malına verilen zararlar bakımından söz konusu olmakta, beden bütünlüğüne yönelik zararları hukuka uygun

⁸⁵⁶ OĞUZMAN /ÖZ, CİLT II, s: 37. Benzer bir görüşe göre de, hastaya yapılacak bir tıbbi müdahale için kendisinin ya da yasal temsilcinin rızası gerekir. Ancak bu rızaya ulaşılamadığı takdirde, üstün nitelikte özel yarara dayanarak da müdahale hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilir. Hastanın yaşamının kurtarılması ve sağlığına kavuşturulmasına ilişkin yararı rıza aranmaksızın müdahalenin gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır. KILIÇOĞLU, s: 381.

⁸⁵⁷ OĞUZMAN /ÖZ, CİLT II, s: 37.

⁸⁵⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 253.

⁸⁵⁹ TBK m.63/2: “...Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”

⁸⁶⁰ TBK m.64/2: “...Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hakim hakkaniyete göre belirler.”

kılmamaktadır ⁸⁶¹. Tandoğan da ıztırarı, “ bir kimsenin gerek kendisinin gerek başkasının şahsını veya mallarını yakın bir tehlikeden kurtarmak için bu tehlike ile ilgisi olmayan ve tehlikeye yol açmamış olan diğer bir şahsın mallarına zarar vermesi” olarak tanımlamaktadır ⁸⁶². Kılıçoğlu da aynı şekilde, zorunluluk halinde üçüncü kişinin ancak malvarlığına zarar verilebileceğini belirtmiştir ⁸⁶³. Görüldüğü gibi, ıztırar yani zorunluluk halinde başkasının kişilik hakkına değil, malvarlığına verilen bir zarar söz konusudur. Demek ki, ceza hukukunda ele alındığı şekliyle “zorunluluk”, tıbbi “zorunluluk” durumlarında gerçekten bir hukuka uygunluk nedeni oluştururken, medeni hukuk alanında zorunluluk terimini kullanmak yanlış anlamalara yol açabilecektir. Bu nedenle çalışmamızda, tıbbi zorunluluğun bulunduğu acil durumlarda hastanın rızası aranmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin dayandığı hukuka uygunluk nedenini “ıztırar” değil ⁸⁶⁴, “üstün (nitelikte) özel yarar” olarak ele almamız yerinde olacaktır.

AY’nın “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” şeklinde 17. madde hükmü uyarınca, tıbbi zorunluluklar kişinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulmasına izin verilen ve daha ziyade üstün özel yarar olarak algılamamız gereken ayırık halleri oluşturmaktadır. Bu hüküm HHY m. 5/d’ de “Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.” diye yinelenmektedir. HHY m.24’de rızanın aranmayacağı hallere ilişkin düzenlemede ise, 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 hallerde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmanın rızaya bağlı olmadığı görülmektedir.

Acil ve zorunlu hallerde yapılan tıbbi müdahaleler ile ameliyatın genişletilmesinde kişinin ölümden ya da önemli bedensel zararlardan kurtarılması yönünde bir zorunluluk hali söz konusudur. Bu hallerde kişinin rızası alınmadığı

⁸⁶¹ OĞUZMAN / ÖZ, s: 30,31; TUNÇOMAĞ, I.Cilt, s: 260; NOMER, s: 161.

⁸⁶² TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, s: 37. Aynı yönde açıklamalar için ATAAY, s. 282; AYBAY, s: 79. Buna mukabil Dural, ıztırar terimini kullanmayı tercih etmekte ve ıztırar halinin söz konusu olduğu durumlarda hekimin hastanın rızasını almaksızın da müdahalede bulunabileceğini ifade etmektedir. DURAL, Hekimin Sorumluluğu, s: 155.

⁸⁶³ KILIÇOĞLU, s: 374.

⁸⁶⁴ Nitekim bkz. ÇAVDAR, s: 751.

gibi, ayrıca rıza verecek hale gelmesini bekleyecek zaman da bulunmamaktadır. Derhal müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın yaşamını kaybetmesi veya telafisi imkansız önemli bedensel zararlara uğraması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla rıza aranmaksızın kişinin üstün özel yararına dayanarak tıbbi müdahalede bulunulmaktadır. Bununla beraber varsayılan rızanın da hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebileceğinden ve vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanılabileceğinden söz edilmektedir ⁸⁶⁵.

2. Üstün Kamusal Yarar ve Kanunun Verdiği Yetki

AY m.17'nin vücut bütünlüğüne dokunulmasına izin veren “*kanunda yazılı haller*” ifadesinin yanı sıra, TMK m. 24/2' de kanunun verdiği yetkinin kullanılması bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olduğu gibi, TBK m. 63/f'de açıklanmış olduğu üzere “*kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.*” Dolayısıyla kanunların verdiği bir yetkinin sınırları içinde bulunması halinde, bir zarar doğsa bile sorumluluğa yol açmayacaktır ⁸⁶⁶. Vücut bütünlüğüne müdahaleye imkan veren kanuni yetki, kamu hukukundan ya da özel hukuktan kaynaklanabilir ⁸⁶⁷.

Kamusal yarar ya da kamu yararı, genele yönelik, halkı ilgilendiren çıkarları ifade etmektedir. Üstün kamusal yarar ya da kamu yararının hukuka uygunluk sebebi sayılmasında, çatışan iki yarardan kamuya ilişkin yararın üstün tutulması söz konusudur ⁸⁶⁸.

Üstün nitelikte kamusal yararın bulunduğu durumlarda bir kimsenin kişiliğine yapılan saldırılar hukuka aykırılık teşkil etmemektedir ⁸⁶⁹. Bu durumlarda, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahale, rızası alınmaksızın gerçekleştirilmiş olsa dahi,

⁸⁶⁵ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 620; SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s: 448; TUNÇOMAĞ, I.Cilt, s: 262; GÖKCAN, s: 198; OEHLER, s: 18; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 382; KARA KILIÇARSLAN, s: 58, 59.

⁸⁶⁶ KILIÇOĞLU, s: 384.

⁸⁶⁷ KILIÇOĞLU, s: 384; ÖZBİLEN, s: 107. Kişilerin yargı yoluna başvurmaları, anne ve babanın çocukları üzerindeki velayet yetkisi, hakimlerin kişilerin malvarlıkları üzerindeki ihtiyati tedbir ve haciz kararları, icra ve iflas memurlarının borçlunun malvarlığı üzerinde yaptığı haciz işlemleri, devletin kamulaştırma yetkisi, Kültür ve Tabiat varlığı olarak koruma altına alma, güvenlik güçlerinin yasal sınırlar içinde kişileri yakalayabilme ve gözaltına alabilmeleri vb. genel anlamda kanundan kaynaklanan yetkilere örnek teşkil etmektedir. Bkz KILIÇOĞLU, s: 384 vd.

⁸⁶⁸ KILIÇOĞLU, s: 382, 383.

⁸⁶⁹ OĞUZMAN / ÖZ, s: 33; KARA KILIÇARSLAN, s: 32; ÖZBİLEN, s: 107.; ERMAN, Barış, s: 174; Kamusal yarar ya da kamu yararı, genele yönelik, halkı ilgilendiren çıkarları ifade etmektedir. Üstün kamusal yarar ya da kamu yararının hukuka uygunluk sebebi sayılmasında, çatışan iki yarardan kamuya ilişkin yararın üstün tutulması söz konusudur. KILIÇOĞLU, s: 382, 383.

üstün kamu yararının olması ve genellikle de bunun yanında kanun tarafından verilen bir yetkinin kullanılması gerekçesiyle hukuka uygun sayılmaktadır⁸⁷⁰.

Dural ve Öğüz, AY'nın 17. maddesi uyarınca kamu sağlığının korunması açısından gerekli olduğu takdirde, kişinin rızası bulunmasa dahi, yasal düzenlemelere göre yapılacak bir müdahalenin hukuka aykırı olmayacağını, salgın hastalıklarda aşılama yükümü getiren UHK 67, 73 ve 90. maddelerine değinerek açıklamaktadırlar⁸⁷¹. AY m. 19 hükmü başta olmak üzere, birçok kanunda kişilik haklarına ve konumuz bağlamında vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahalelere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Üstün kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması, iki ayrı hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmış olsalar da, üstün kamu yararına dayanılarak gerçekleştirilebilecek tıbbi müdahalelerin aynı zamanda kanunda düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Örneğin toplum için tehlike arz eden bulaşıcı hastalıklarda

⁸⁷⁰ Kişilerin aşı uygulamaları sırasında görebilecekleri zararlar bağlamında, fedakarlığın denkleştirilmesi kavramı da gündeme gelebilecektir. Alman hukukundaki görüş ve uygulamalar da göz önünde tutularak yapılan değerlendirmelere göre, Devlet tarafından yürütülen zorunlu aşı kampanyaları ya da yapılan başka tedaviler sırasında bireylerin uğradığı sağlık zararları, bir sanığın kolluk tarafından izlenmesi sırasında kurşun sekmesi sonucu üçüncü bir kişinin yaralanması, bir öğrencinin beden eğitimi dersinde zor bir hareketi yaparken sakatlanması gibi olaylarda birey ile devlet arasında bir çıkar çatışmasının söz konusu olduğu kabul edilebilecektir. Bu durumlarda ilk bakışta, devletin bireyin kişi varlığına yönelik gerçekleştirdiği müdahaleler sırasında, bireyin çıkarlarının, diğer bireylere göre daha fazla zarara uğradığı ve bireyin kamu yararı uğruna kendi çıkarlarından fedakârlıkta bulunduğu gözlemlenmektedir. Böylece devletin müdahalesi karşısında birey, diğer kişilerden daha ağır bir fedakârlığı kamunun yararı uğruna yapmakla yükümlü kılınmaktadır. Aşı kampanyaları sonunda birey eşitlik ilkesine aykırı olarak, diğer kişilere özellikle aşılama alanlara göre, ağır bir fedakârlık altına girmektedir. Aynı şey örneğin kolluk memuruna ait seken kurşun sonucu ölen ya da yaralanan kimse için de söylenebilecektir. Devletin bu şekilde, bireye verdiği zararın karşılanması yükümünün hukuksal bir temele oturtulması gereğinden dolayı, özellikle Alman uygulamasının da etkisiyle, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayandırılması uygun olmaktadır. Kişi varlığına ilişkin zararlarda, devletin özellikle de aşı kampanyaları şeklindeki sağlık hizmetleri sırasında bireylere verdiği zararlar ile zarar görenin aslında o zarara hedef olmamakla birlikte, bir başka kimseye yönelik faaliyet sırasında rastlantı sonucu uğradığı zararlar dikkat çekmektedir. Örneğin aşının olası tehlikelerinden söz etmeksizin sadece kamu yararı açısından taşıdığı önem vurgulanarak kişilerin aşılama davet edilmesi ve kamu sağlığının korunması amacıyla aşılama nedeniyile bir zarara uğramaları durumunda, bu ağır bir fedakarlık olarak ele alınabilecektir. Zira sosyal devlet ilkesine dayalı olarak devlete karşı bir güven ilişkisinin varlığını kabul edilmektedir. Bu güvene dayanarak, bir zarar görmeyecekleri inancıyla, devletin aşı önerisine uygun hareket eden bireylerin, güveni boşa çıktığı takdirde, uğranılan zararın devlet tarafından giderilmesi gerektiği, zira bu zararın toplumun yüksek çıkarları uğruna yapılmış bir fedakârlık olduğundan söz edilmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. ULUSAN, İlhan, Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 43, Sayı:1-4, Yıl: 1977, s:101-130.

⁸⁷¹ DURAL / ÖĞÜZ, s: 106, kn: 530.

aşılma zorunluluğu veya TMK m. 432’de ⁸⁷² öngörülen diğer önlemler gibi, hemen hepsinde, üstün kamusal yararın yanı sıra bir yasal düzenlemenin varlığı da söz konusu olmaktadır ⁸⁷³. Dolayısıyla tıbbi müdahale üstün kamu yararı gözetilerek gerçekleştirilse de kanun tarafından verilen yetki ile bir arada ortaya çıkmaktadır ⁸⁷⁴.

Kamu sağlığının korunması amaçlı tıbbi müdahalelerin yanı sıra, ceza hukukundan kaynaklanan müdahaleler, tutukevi ve infaz kurumlarındaki yardım ve müdahaleler, açlık grevlerinde yapılan müdahaleler, kısıtlılara ve toplum için tehlikeli akıl hastalarına ve diğerlerine yönelik tıbbi müdahaleler, çocuklara uygulanan koruyucu tedavi tedbirleri, soy bağına ilişkin medeni hukuk davalarında kişinin vücudundan örnek alınmasına katlanma zorunluluğu rıza olmaksızın kanunun verdiği yetkiyle gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden olup bunlar açısından da yine TCK m.24/1-2, TCK m. 25/2, TMK m. 24/2 ve TBK m.63/2’nin genel hükümlerine işaret edilmektedir ⁸⁷⁵. *Nomer* de, kamu hukukuna dayanan yetkinin kullanılması bağlamında, ölüm oruçları ile kamu sağlığı bakımından zorunlu görülen hallerde rıza aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabileceğine işaret etmektedir ⁸⁷⁶. Hekimin, kanunun verdiği yetkiye dayanarak müdahalede bulunduğu bu hallerde kural olarak kanunun çizdiği çerçevenin de içinde hareket etmesi gerekmektedir.

Alman hukukunda da, ceza soruşturma ve kovuşturmaları, bulaşıcı hastalıklarla mücadele, psikiyatri hastalarının kendileri veya başkaları için tehlike

⁸⁷² TMK m. 432: “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir....”

⁸⁷³ OĞUZMAN / ÖZ, s: 33; GÖKCAN, s. 184.

⁸⁷⁴ GÖKCAN, s: 184; ÖZBİLEN, s: 107. Kamu kurumları ve görevlileri kanundan kaynaklanan yetkilerini kullanarak görevlerini yerine getirirken, kişilik değerlerini zarara uğratabilirler. Bu yetkilerin kullanılması kanunla düzenlenmemiş olduğu takdirde, bu görevlerin yerine getirilmesi de mümkün olmayacaktır. KARA KILIÇARSLAN, s: 33.

⁸⁷⁵ GÖKCAN s: 173-198; ÖZBİLEN, s: 108. *Erman* da rızanın aranmadığı tıbbi müdahaleleri, kamu sağlığını korunmasına ilişkin müdahaleler ve ceza hukuku sisteminden kaynaklanan müdahaleler olarak ayırma tabi tutuktan sonra, ceza hukuku sisteminden kaynaklanan müdahaleleri de ceza hukuku yaptırımları, ceza yargılamasından kaynaklanan müdahaleler ve ceza infaz kurumlarında gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler olarak ayırmakta, ceza infaz kurumlarında gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler kapsamında açlık grevlerinde yapılan müdahaleleri de ele almaktadır. Bkz. ERMAN, Barış, s: 174 vd.

⁸⁷⁶ NOMER, s: 160, kn: 106.1.

oluşturması gibi durumlarda, rıza aranmaksızın ya da rıza hilafına tıbbi müdahalelere izin veren birçok düzenleme yer almaktadır ⁸⁷⁷.

D. Rızanın Aranmadığı Bazı Tıbbi Müdahaleler

1. Acil ve Zorunlu Hallerdeki Tıbbi Müdahaleler

Bazı hallerde bir hastanın hekime bilinçli bir yakınmayla, tanı, tedavi gibi bir amaçla ve taleple başvurması söz konusu olmayabilir. Hasta ani gelişen herhangi bir hastalık ya da bir travma sonucu bilinci kapalı, ağır bir durumda acilen sağlık kurumuna getirilmiş ⁸⁷⁸ ve dolayısıyla da herhangi bir irade açıklaması yapmış olmaksızın, yaşamının kurtarılması amacıyla hekim tarafından hasta üzerinde tıbbi müdahaleye girişilmiş olabilir ⁸⁷⁹. Örneğin, yaşamının kurtarılması için ameliyat edilme zorunluluğu bulunan bir hastada ⁸⁸⁰ ya da çeşitli nedenlerle bilinci kapanmış ve yaşamının kurtarılması için acilen temel yaşam desteği ⁸⁸¹, ileri yaşam desteği ⁸⁸² vb. tıbbi

⁸⁷⁷ DETTMEYER, s: 8. Alman Ceza Muhakemeleri Kanunu § 81a uyarınca ceza soruşturması sürecinde polisin, savcının ya da mahkemenin delil toplamasına yönelik düzenlemeler uyarınca yapılan müdahaleler, bakım altındaki kişilerin ya da psikişik hastaların, bağımlıların, akıl zayıflığı olanların bir kuruma yerleştirilmeleri ve tedavileri, Savunma Yükümlülüğü Kanunu (Wehrpflichtgesetz) § 17 uyarınca, kişinin fiziksel ve ruhsal olarak savunma hizmetini yerine getirmek için uygun olup olmadığını ortaya koymak üzere muayene edilmesi, Asker Kanunu (Soldatgesetz) § 17 uyarınca askerlerin bulaşıcı hastalıkların önlenmesi ve mücadelesi için gerekli önlemlere, örneğin zorla aşılama gibi, katlanma yükümlülüğü, Enfeksiyonlardan Koruma Kanunu (Infektionsschutzgesetz) § 29 uyarınca hastaların, hastalık şüphesi olanların, bulaşma şüphesi olanların ve ortama mikrop saçanların gözleme ve muayeneye tabi tutulması, yine aynı kanun § 30 uyarınca hastalık, bulaşma ve mikrop yayma şüphesi taşıyanların karantinaya alınmaları, izolasyonu ve bir kuruma yerleştirilmeleri, aynı kanunun § 20, 6. fıkrası uyarınca belli koşullarda aşılama zorunluluğu, Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Zivilprozessordnung- ZPO) § 372 a ve Ceza Muhakemeleri Kanunu (StPO) § 81 c uyarınca soybağının tespiti için mahkeme kararı doğrultusunda kan alınmasına katlanma yükümlülüğü, Çekişmesiz Yargı Kanunu (Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit) hükümleri uyarınca bir bakıcı ya da vasi atanması bağlamında muayeneye katlanma yükümlülüğü, Okul Yönetim Kanunu (Schulverwaltungsgesetz) § 9 uyarınca okul yönetim kurulunun talimatı ile okulda çalışan kişilerin ve öğrencilerin muayeneye katlanma yükümlülüğü gibi durumlar, ilgilinin rızası aranmaksızın, kanunun hükmüne dayanarak tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebileceği durumlara örnek gösterilmektedir. DETTMEYER, s: 380; aynı yönde açıklamalar ve örnek kararlar için DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 116, 117, kn: 161, 162, 163. Bununla beraber Alman hukukunda aşılamanın kural olarak bir yükümlülük olmadığı ve hastanın rızasının arandığı da belirtilmektedir. Bkz. DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 754.

⁸⁷⁸ Genellikle hasta ile hekimin bir acil servis ortamında karşılaşmaları söz konusu olmakla beraber, acil durumların önemli bir bölümünde bu karşılaşma olay yeri ve ambulansda nakil esnasında da başlayabilmektedir.

⁸⁷⁹ OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1329 ve OKTAY ÖZDEMİR, Seliçi'ne Armağan, s: 241.

⁸⁸⁰ OĞUZMAN / ÖZ, s: 37; ÖZBİLEN, s: 101.

⁸⁸¹ Kalp ve solunum durmasının gerçekleştiği, örneğin kalp krizi, boğulma, elektrik çarpması, ciddi akciğer hastalıkları, inme, zehirlenmeler, büyük travmalar gibi olgularda hastaya dakikalar içerisinde müdahale edilmesi gerekir. Bu müdahalelerin temel hedefi havayolu açıklığını, yeterli solunum ve kan dolaşımı ile doku oksijenasyonunu sağlamaktır. Temel yaşam desteği uygulamaları, hasta/yaralının durumunu değerlendirmek, bilinci kapalı hastalarda solunum yollarını açmak, kalp masajı ve yapay solunum yapmak şeklinde özetlenebilir. Erken defibrilasyon (elektroşok) uygulamaları da temel

müdahalelerin gerçekleştirilmesi gereken bir hastada rıza alınamıyor ve hastanın yaşamını kaybetmesi ya da sürekli bir biçimde sakat kalması tehlikesi mevcut ise, onun üstün nitelikli özel yararı göz önünde tutularak, ki Tababet Kanunu m.70, Biyotıp Sözleşmesi m. 8 ve HHY m.24 düzenlemeleri de buna imkan vermektedir, müdahale hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilecektir. Akut olay gerçekleştiğinde reşit ve ayırt etme gücüne sahip hastaların haliyle yasal temsilcileri olmayacağı gibi, hekimin, hastanın bilincine kavuşmasını bekleme imkanı da olmayacaktır. Yasal temsilciler bulunsa dahi, şayet durum rıza aramaya elvermeyecek kadar acilse, hekim, yasal temsilcinin rızasını aramak yoluna da gitmeksizin gerekli acil tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yükümlülüğündedir⁸⁸³. Aksi takdirde hasta ya da yaralı yaşamını yitirecek ya da geri döndürülemez zararlara uğrayacaktır.

Acil ve zorunlu haller ile ameliyatın genişletilmesi durumunda AY m. 17 yanı sıra Biyotıp Sözleşmesi, Tababet Kanunu, Nüfus Planlama Kanunu ve HHY hükümlerine bağlı olarak kanunun verdiği yetkiden kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni de söz konusudur⁸⁸⁴. AY m. 17/2 hükmü tıbbi zorunluluk durumunda kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmasına cevaz verilmiştir. Biyotıp Sözleşmesi m. 8 uyarınca, acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir. Tababet Kanunu 70. maddesine göre, aslolan tıbbi müdahalelerin hastanın rızasıyla gerçekleştirilmesi olmakla beraber, kişinin veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde rızasının aranması zorunlu tutulmamıştır.

Nüfus Planlama Kanunu 6. maddesine göre bir kadının gebeliğinin sonlandırılması için kural, gebe kadının ve/veya diğer ilgili kişilerin rıza ve izinlerinin bulunması olmakla beraber, derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde gebeliğin sonlandırılması

yaşam desteği içinde ele alınabilir. EKŞİ, Ali / ZOGHİ, Mehdi, ÇERTUĞ, Agah, Hastane Öncesi Acil Bakımda Temel ve İleri Yaşam Desteği, KitapAna Yayıncılık, İzmir, 2015, s: 1, 3.

⁸⁸² Temel yaşam desteği ve erken defibrilasyona cevap vermeyen olgularda uygulanan, solunum ve dolaşımın sağlanması için ileri hava yolu uygulamaları, damar yolu açılması, aritmilere müdahale, çeşitli ilaç uygulamalarını içeren müdahalelerdir. GOSHORN, Eric C. / KAN Justin A./ VICARIO, Salvator J. (Çev YÜCEL, Murat / YÜRÜMEZ, Yusuf), Temel ve İleri Kardiyak Yaşam Desteği, Acil Tıp – Güncel Tanı ve Tedavi, Ed. STONE, C.Keith / HUMPHRIES, Roger, L. (Çev. Ed. SATAR, Salim / GÜNEYSEL, Özlem / BEKTAŞ, Fırat), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2012, s: 141- 156.

⁸⁸³ GÖKCAN, s: 180; aynı yönde OKTAY ÖZDEMİR, Serozan’a Armağan, s: 1331.

⁸⁸⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s: 37; GÖKCAN, s: 180.

rıza ve izin şartına bağlı tutulmamıştır⁸⁸⁵. Bu kanuna bağlı çıkarılan Rahim Tahliyesi Tüzüğü m.7’de ise, benzer şekilde, derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde rahmin tahliye edileceği⁸⁸⁶, veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartının da aranmayacağı hüküm altına alınmıştır.

HHY m.24’e göre de, hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde rıza veya iznin aranmayacağı ve 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 hallerde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmanın rızaya bağlı olmadığı görülmektedir.

Bunların ötesinde, müdahaleye maruz kalacak kişinin artık canlılığını dolayısıyla kişiliğini yitirmiş olması nedeniyle kısmen farklılık gösteren ayrık bir düzenleme de Organ Nakli Kanunu’nda yer almaktadır. Sağlığında organ bağışında bulunmamış ölüden organ ve doku alınması kural olarak yakınlarının rızasına bağlı olmakla beraber, aciliyet dolayısıyla bu rızanın aranmamasına imkan tanıyan, üstün özel yararın üçüncü kişiye ait olduğu Organ Nakli Kanunu m.14’teki düzenleme, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yakınları yoksa, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11. maddede⁸⁸⁷ belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelemek kaydıyla, naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere, vasiyet ve rıza aranmaksızın nakil yapılmasına imkan vermektedir⁸⁸⁸. Üstün özel yararın ölenin yakınlarına değil de,

⁸⁸⁵ Preeklampsi, plasenta dekolmanı, hemorajik şok, erken membran rüptürüne bağlı sepsis gibi örnekler verilebilir.

⁸⁸⁶ Söz konusu acil haller ise tüzüğün 8.maddesinde a) Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, b) Servikal internal osun açık olduğu haller, c) Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi olarak sayılmıştır.

⁸⁸⁷ Organ Nakli Kanunu m.11 – (Değişik: 2/1/2014-6514/41 md.) “*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.*”

⁸⁸⁸ Ölüden organ alınması esasen onun sağlığında verdiği rızaya dayanmaktadır. Rıza alınmaksızın ölüden organ alınması kişinin yakınlarının bulunmadığı bir durumda ölmüş olması ve tedaviye yönelik

üçüncü kişiye ait olması nedeniyle ayrı bir durum olan bu düzenlemede, ölüm halinde organların hızla bozulacak ve beklenen tıbbi faydayı sağlayamayacak olması nedeniyle, ölenin vasiyetini araştırmak veya yakınlarının rızasını aramak uğruna zaman kaybına yol açmamak için acilen müdahalede bulunulmasına imkan tanınmış ise de, bu organ alma ve nakil işlemi ölenin ve/veya geriye kalan yakınlarının iradesiyle ters düştüğü takdirde onlarda büyük manevi acılara yol açabileceği de kuşkusuzdur⁸⁸⁹.

Acil müdahale gerektiren tıbbi zorunluluk hallerinde, hekimin, hastanın varsayılan rızasına göre hareket ettiği de düşünülebilir. Bu durumda kişi, müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda karar verebilecek bir vaziyette olsaydı, yani rıza gösteremeyecek duruma düşmemiş olsaydı, hayatın normal akışına göre müdahaleye zaten rıza gösterirdi diye kabul edilerek, müdahale varsayılan bu rıza doğrultusunda gerçekleştirilmektedir⁸⁹⁰. Bunun ötesinde acil durumdaki hasta ile hekim arasında bir tıbbi müdahale sözleşmesi de haliyle kurulamamış olacağına göre, hekimin vekaletsiz iş gören olarak müdahaleyi gerçekleştirdiği de kabul edilebilecektir⁸⁹¹.

Sonuçta, hangi hukuka uygunluk nedenine dayanılırsa dayanılsın, bir hastanın bilinci kapalı ve bu nedenle rızasını almak mümkün değilse ya da varsa yasal temsilcilerinin rızasını almak mümkün değil ya da oluşacak zaman kaybı telafi edilemeyecek zararlara yol açacak ise, o kişiye acil tıbbi müdahalede bulunulabilecektir.

olarak organ naklinde ivedilik bulunması durumunda mümkün olabilmektedir. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 120.

⁸⁸⁹ Bu konuda ilave açıklama için bkz. UHLENBRUCK , L/U, § 131, Die zivilrechtliche Problematik der Organtransplantation, s: 1046, kn: 13. Afet koşullarının getirdiği karmaşa ve panik beyin ölümü tanısının doğru konması bakımından zorluklar yaratabilir. Beyin ölüm tanısı için bkz. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek 1. (1); Beyin ölümü ile ilgili görüş ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 672, 673, 674, kn: 1035 vd; AKÜNAL, s: 22, 23. Toplumun organ nakilleri açısından kimi zaman hissettiği endişelere de kısmen hitap edecek bazı görüş ve değerlendirmeler için bkz. BOZOKLAR, Ata, Organ Nakli Koordinasyon Sistemi ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları, A'dan Z' ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, II.Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s: 281-287.

⁸⁹⁰ MEMMER, s: 5; LAUFS, L/U, § 64 Die Risikoauflklärung im besonderen, s: 476, kn: 11; JANDA, s: 355; DURAL / ÖĞÜZ, s: 107, kn: 535; BOUMİL / ELIAS / MOES, s: 95; YÜKSEL ORHUN, s: 359; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 27; ÖZBİLEN, s: 104; ERMAN, Barış, s: 139.

⁸⁹¹ UHLENBRUCK, L/U, § 45 Der fehlerhafte Arztvertrag, s: 393, kn: 19; JANDA, s: 126; LAUFS, Arztrecht, s: 68, kn: 125, s: 80, kn: 150, s: 116, kn: 226; ayrıca bkz. vekaletsiz iş görme bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar ve oradaki dipnotlar.

Tedavi amacı dışındaki müdahalelerde ise, hastanın üstün nitelikteki özel yararı gerekçesiyle, rızasının alınması koşulu göz ardı edilemez. Bu bakımdan, örneğin canlı vericiden başka bir kişinin vücuduna organ ya da doku nakledilmesi, bilimsel nitelikteki bir araştırmaya destek sağlanması, estetik amaçlı bir operasyon gibi, hastanın kendi tedavisi ve yararı dışındaki amaçlarla müdahalede bulunulacak ise, bu kişiden, müdahale öncesinde rıza alınmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir⁸⁹². Deneysel araştırmalarda zaten hastanın yararına bir tıbbi verinin elde edilmiş olması henüz söz konusu olamayacağı için, onun üstün özel yararına da dayanılması mümkün değildir. Ancak başka türlü iyileştirme şansı olmayan bir hastada, ona zararı olmayacağı bilinen fakat kurtarılması yönünde de ümit vadeden henüz yeterince kanıtlanmamış, deneme aşamasındaki yöntemlerin acil durumda son bir çare olarak uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Estetik amaçlı müdahalelerde ise aciliyet ve tıbbi zorunluluk haliyle söz konusu olamayacaktır.

2. Ameliyatın Genişletilmesi

Hastanın rızasının aranmayacağı ayrık durumlardan birini teşkil eden ameliyatın genişletilmesi, hastanın rızası ile başlanan bir ameliyatta, onun rıza göstermiş, izin vermiş olduğu tıbbi müdahalenin ötesinde başka bir işlemin yapılmasının hastanın hayatı ve sağlığı açısından gerekli olduğu hallerde gündeme gelmektedir⁸⁹³. *Oğuzman ve Öz*'e göre, yasal temsilcilerin izniyle yapılan tıbbi müdahalelerin de ancak hastanın üstün özel yararı bulunması halinde hukuka uygun sayılması gerekmektedir. Yasal temsilcilerin rızası yalnızca hastanın üstün yararının bulunduğu yönünde bir karine olarak dikkate alınmalıdır, yoksa hastanın yararına olmayan bir ameliyatın yasal temsilcinin izni ile yapılmış olması hukuka uygunluğu sağlamamaktadır⁸⁹⁴.

Ameliyat esnasında, genel anestezi altındaki hastaya yapılacak önceden öngörülme-yen yeni bir müdahale, hastanın üstün özel yararına dayanarak hukuka uygun şekilde gerçekleşmektedir. HHY m.31 ile, hastanın verdiği rızanın, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsadığı, müdahalenin, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması

⁸⁹² ÖZBİLEN, s: 120.

⁸⁹³ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 276, kn: 431, s: 622, kn: 962; JANDA, s: 356; GÖKCAN, s: 180; TUNÇOMAĞ, 1. Cilt, s: 262; SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s:448; DURAL / ÖĞÜZ, s: 107, kn: 535; ÖZSUNAY, s: 44; OKTAY ÖZDEMİR, Seliçi'ne Armağan, s: 186.

⁸⁹⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s: 37; aynı yönde OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1324.

gerektiği, maddenin devamına bakıldığında, hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda, şayet müdahale genişletilmez ise hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek ise, yani bir tıbbi zaruret halinde rıza aranmaksızın da tıbbi müdahalenin genişletilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, verilen rıza ameliyat ile ilişkili rutin işlemleri kapsarken, ameliyatın genişletilmesini gerektiren durumları kapsamadığı ve bunun için kural olarak hastadan ayrıca rızanın alınması gerektiği, fakat hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret halinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahalenin gerektiği şekilde genişletilebileceği sonucuna varılmaktadır. HHY 24. maddenin “*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.*” hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde hastanın yaşamsal tehlikesinin olduğu durumlarda da ameliyatın evleviyetle genişletilebilmesi gerekmektedir.

Bu konuda özel bir düzenleme de Nüfus Planlama Kanunu 4. maddesinde yer almakta olup, buna göre “*bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.*” denmektedir⁸⁹⁵. Her ne kadar tıbbi

⁸⁹⁵ Kanımızca bu düzenleme iyi kaleme alınmamıştır. Kastrasyon ameliyatı, gonadların, yani hem üreme hücrelerinin hem de cinsiyet hormonlarının üretildiği, salgılandığı organların (kadında yumurtalık –over- erkekte testis) çıkarılması işlemidir. Bu ameliyatın gerçekleştirilmesi, ister kadında ister erkekte olsun kişinin bir daha çocuk sahibi olmasına engel teşkil etmekle beraber, bunun ötesinde cinsel hormonal aktiviteye de son vereceğinden, genel çökkünlük, psikolojik değişiklikler, cinsel yaşamın olumsuz etkilenmesi gibi etkiler de ortaya çıkmaktadır. Gonadlar ayırık durumlar dışında, çift organlar oldukları için, kastrasyon ameliyatı tek taraflı gerçekleştirildiğinde, her ne kadar hukuken bir organ kaybı gerçekleşmiş olsa da, üreme yeteneği ve hormonal işlevler etkilenmemektedir. Yakın yerleşimleri nedeniyle her iki gonadı bir arada tutulmuş olduğu ya da uzak hormonal etkilere engel olmak için gonadların çıkarılmasını gerektiren malign hastalık durumları ve çok nadiren her iki gonadı da etkilemiş olan yaygın travma durumu çift taraflı ameliyatı gerektirebilir. Malign hastalıklarda her ne kadar durumun sıklıkla önceden tahmin edilmesi ve hastanın bu konuda aydınlatılması söz konusu olsa da, bu öngörünün yapılamadığı nadir hallerde de kanımızca hastanın ameliyattan uyandırılması ve rızası alınarak tıbben makul bir süre sonra yeniden ameliyat edilmesinde engel bulunmamaktadır. Gonadlara dokunulmaksızın yalnızca küçük kanalların bağlanarak üreme yeteneğinin ortadan kaldırıldığı sterilizasyon ameliyatları bakımından ise acil durumlarda gerekli olmak gibi durum dolayısıyla acil durumda rıza aranmaksızın gerçekleştirilmesi gibi bir eylem zaten tıbben söz konusu olamaz. Ancak daha ziyade erkek hastalar açısından geçerli olacak bu açıklamalar kadın hastalar söz konusu olduğunda çok da isabetli değildir. Kadınların hayatları boyunca çeşitli sayılarda yaşadıkları ve esasen fizyolojik olarak kabul edilen gebelik ve doğum süreçleri, çeşitli nedenlerle komplike hale geldiğinde kadının yaşamını kurtarmak üzere

gereklilik malignite ve dışarıdan gelen bir travma değil, iatrojenik travma nedeniyle ortaya çıkmışsa da, ameliyat genişletilerek kastrasyon müdahalesinin yapıldığı bir olgu Yargıtay kararına da yansımıştır⁸⁹⁶.

3. Kamu Sağlığının Korunması Amacıyla Toplumun Tümüne veya Belirli Bir Kesimine Yönelik Önleyici ve İyileştirici Nitelikli Müdahaleler

Bazı durumlarda, hastanın ya da ilgili kişinin rızası bulunmasa dahi, kamu sağlığının korunması amacıyla, birtakım tıbbi müdahalelerde bulunulması söz konusu olabilir. Hukuka uygunluk nedeni olarak üstün kamusal yarara dayandığı kabul edilen bu müdahalelerin, gerçekleştirilmesine izin veren ve müdahalenin çerçevesini çizen kanuni düzenlemelerin de var olması nedeniyle kanunun verdiği yetkinin kullanılması da ikinci bir hukuka uygunluk nedeni olarak, yani iki hukuka uygunluk nedeni bir arada ortaya çıkabilmektedir. Fakat önce de dile getirmiş olduğumuz gibi, rızanın da bir diğer hukuka uygunluk nedeni olarak kamu sağlığının korunmasına yönelik, hatta daha kapsamlı bir ifadeyle üstün kamusal yarara dayanarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde illaki bulunmadığı şeklinde bir sonuca varmak doğru değildir. Hastanın müdahaleye rıza göstermesi elbette ki söz

rahmin alınması oldukça sık bir durum olarak ortaya çıkmakta, özellikle hayatı tehdit eden, yaygın kanama, geniş yırtıklar, plasenta anomalileri, geniş septik odaklar vb. durumlarda bazen rahimle birlikte yumurtalıkların da alınması yani kastrasyon gerekmektedir. Ancak böyle durumlarda ameliyatın genişletilmesi sadece kastrasyon işlemi değil onunla birlikte ve hatta daha sık olarak kastrasyon olmaksızın tek başına da gerçekleştirilen histerektomi (rahmin alınması) ameliyatını (da) içermekte, histerektomi sonucu kadının hormonal aktivitesi etkilenmese dahi üreme yeteneği tümüyle ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla uygulamada acil olarak çok sıklıkla başvuru ve kişinin üreme yeteneğini ortadan kaldırarak kısır hale gelmesine yol açan müdahale histerektomidir ve bu müdahale birebir kastrasyon tanımına uymamaktadır. Yine çok sık karşılaşılan dış gebelik ameliyatlarında tüplerin alınması gerekli olabilir. İkinci tüpün de mevcut olmadığı veya işlevsel olmadığı hallerde bu müdahale de kural olarak kişinin üreme yeteneğini yitirmesine yol açar. Acil kastrasyon olsa olsa erkekelerde testisi tutan yaygın travma veya torsiyon, kadınlarda da yumurtalık kistlerinin yırtılması ve torsiyon gibi durumlarda söz konusu olur. Dolayısıyla kanımızca bu düzenleme “Acil ve zorunlu hallerde kişinin rızası aranmaksızın üreme yeteneğini ortadan kaldıracak müdahaleler yapılabilir” şeklinde kaleme alınsaydı daha yerinde olacaktı.

⁸⁹⁶ “ Davacı, davalı hastanede diğer doktor tarafından fitik ameliyatı olduğunu, taburcu edilmesine rağmen ağrılarının devam ettiğini, bu nedenle ağrı kesicilerin dozunun arttırıldığını, buna rağmen ağrılarının geçmediğini, dava dışı görüntüleme merkezinde Radyoloji uzmanı tarafından yapılan muayene sonucunda yeniden ameliyat edilmesi gerektiğinin söylenmesi üzerine davalı doktora tekrar gittiğini, yeniden yapılan ameliyat sonucunda sol testisinin alındığını ileri sürerek 30.000.00 YTL manevi tazminat istemiştir.....Somut olayda hükme esas alınan Adli Tıp Raporunda ‘...fitik ameliyatında kordonun hazırlanması sırasında testiküler arterin leze olması veya yama konurken dikiş arasına testis arterinin sıkışabilmesine bağlı gelişebileceği, ortaya çıkan durumun da bu tip ameliyatlarda az görülebilen komplikasyonlardan olduğu, davalılara atfı kabul kusur bulunmadığı’ oy çokluğuyla belirtilmiş ise de karar muhalif” Yargıtay 13 HD., E. 2009 / 2033, K. 2009 / 11246, T. 12.10.2009.

konusu olabilir. Önemli olan ilgili kişinin rızası olmasa dahi yine de müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilecek olmasıdır.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Birinci Bap, birinci Faslı ile Devlete ve dolayısıyla devletin bu konuda yetkili en üst kurumu olarak Sağlık Bakanlığına ülkedeki bütün hastalıklarla mücadele etme ve halkın sağlığını koruma görevi verilmiştir. UHK 3. maddenin 3 ve 4. fıkralarının özellikle bulaşıcı hastalıklara, 7 ve 8. fıkralarının çocuk ve okul sağlığına yönelik olduğu görülmektedir.

UHK 49, 57, 61-67, 72, 88, 89, 101, 103, 107, 119 vb çeşitli maddelerinde kamu sağlığının korunmasına yönelik tıbbi müdahalelere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanunda⁸⁹⁷, Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nde vb., kişilere zorla tıbbi muayenede bulunulabileceği öngören düzenlemeler yer almaktadır.

UHK'nun ve kamu sağlığının korunmasına ilişkin diğer bazı yasal düzenlemelerin yürürlük tarihi göz önüne alındığında, dünyada ve ülkemizde enfeksiyon hastalıkları ve farmakoloji alanında henüz bugünkü kadar ilerlemenin olmadığı, günümüzde yaygın olarak kullanılan antibiyotiklerin bir çoğunun henüz bilinmediği bir dönemdir. Dolayısıyla kanunda sayılan bazı hastalıkların günümüzde aynı ölçüde büyük tehlike arz etmediklerinden, buna mukabil henüz o zaman keşfedilmemiş ya da o tarihlerde mevcut olmadığı halde suşlardaki mutasyonlar nedeniyle sonradan ortaya çıkmış başka tehlikeli enfeksiyon etkenlerinin varlığından söz etmek mümkündür. Örneğin Variola virüsünün yol açtığı çiçek hastalığı günümüzde eradike edilmiştir⁸⁹⁸, bu nedenle Kanununun 88. ve izleyen maddelerinin pratikte önem taşımadığını söylemek mümkündür. Oysa ki, o yıllarda bilinmeyen İnsan İmmün Yetmezlik Virus (Human Immun Deficiency Virus- HIV) bugün dünyada yaşamsal tehlike oluşturan en yaygın viral enfeksiyonlardan biri haline gelmiştir. Bu virusun vücut sıvılarıyla yayılması, ancak solunum yoluyla bulaşmaması tehlikeyi göreceli düşük tutarken, mutasyona uğrayıp solunum yoluyla bulaşır hale gelebileceği varsayıldığında, tecrit ve zorla tedaviyi zorunlu kılacaktır.

⁸⁹⁷ Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun, Kanun No: 7402 Kabul T : 4/1/1960 RG. T: 11.01. 1960, S: 10402.

⁸⁹⁸ Çiçek hastalığının eradikasyonunun tümüyle bireysel aşılama ile sağlanmış olduğu yönünde açıklamalar için bkz. DEUTSCH, Aufklaerung über Komplikationen.

Bu bağlamda ülkemizde rutin olarak uygulanmakta olan bebeklik ve çocukluk dönemi aşlarının ebeveynin rıza göstermemesi durumunda uygulanamayacağı yönündeki AYM kararı, hem ebeveynin tedaviyi reddi ile hem üstün özel hem de üstün kamusal yararın çatıştığı durumlara ilişkin dikkat çekici bir örnektir. Bu karardan ve ilgili Yargıtay kararlarından çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde “ *Hastaya Bakmakla Yükümlü Kişinin- Yasal Temsilcinin Tedaviyi Reddetmesi*” başlığı altında daha detaylı şekilde söz edilmiştir ⁸⁹⁹.

4. Ceza Hukukundan Kaynaklanan Müdahaleler

Suç soruşturmalarında, yasal düzenlemelerin çizdiği çerçeveye uygun olarak, fail veya mağdurun vücudundan suça ilişkin delillerin elde edilmesi veya mağdurdaki hastalık veya travmanın tespiti amacıyla çeşitli tıbbi müdahalelerin yapılması gerekli olmaktadır. TCK, CMK ve ilişkili düzenlemelerde, sanığın gözlem altına alınması, şüpheli ya da sanık ile diğer kişiler üzerinde beden muayenesi yapılması ve bunların vücutlarından örnek alınması gibi, kişinin rızası olmasa da suça ilişkin delil elde etme amacıyla vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen koruma tedbiri niteliğindeki bu müdahalelere izin veren hükümler yer almaktadır. Böylece müdahaleler, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirilmekte, hukuka uygunluk nedenini kanunun verdiği yetki oluşturmaktadır ⁹⁰⁰.

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 kişiler hakkında ceza yerine güvenlik tedbirine hükmolunacağı öngörülmüş olup, m. 57 ile de bu kararın yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alma şeklinde infaz edileceği öngörülmüş ve usulleri açıklanmıştır ⁹⁰¹. TCK m. 191/2-4 fıkralarında uyuşturucu

⁸⁹⁹ Türkiye Cumhuriyeti, Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul Kararı, Halime Sare Aysal Başvurusu, (Başvuru Numarası: 2013/1789), Karar Tarihi: 11/11/2015, R.G. Tarih Ve Sayı: 24/12/2015-29572, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/3153eea8-45d4-405d-904e-278df6360d37?wordsOnly=False>, Erişim T: 22.02.2018.

⁹⁰⁰ ÖZBİLEN, s: 115, 116. Bu müdahaleler bağlamında da ceza yargılamasının amacının gerçekleşebilmesi, ceza adaletinin yerine gelmesi gibi bir üstün amacın bulunduğu düşünülmektedir. ERMAN, Barış, s: 177.

⁹⁰¹ Buna göre anılan maddede, bir fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedileceği ve bu akıl hastalarının yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınacakları, sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekip

kullananlara, m. 227/8'de ise fuhşa sürüklenenlere tedavi tedbiri uygulanabileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır ⁹⁰².

CMK m.74'e göre, 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 bir hekimin önerisi üzerine, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, resmi bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına karar verilebilmektedir ⁹⁰³.

CMK'da beden muayenesi ve bedenden örnek alınmasına ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Bir suça ilişkin delil elde etmek için, kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararı ile kişinin bedeninden örnekler alınmasına ve beden üzerinde ve içinde tıbbi yöntemlerle delil araştırılmasına beden muayenesi denilmektedir. Hem beden muayenesi hem bedenden örnek alınmasının amacı, soruşturma ve kovuşturmaya konu olan olayla ilgili delil elde etmek olmakla beraber, esasen farklı amaçlara yönelmiş iki ayrı işlem söz konusudur. Beden muayenesinde amaç, beden üzerinde ve içersinde delil elde etmek, bedenden örnek alınmasında ise, olay yerinde veya mağdur üzerinde bulunan delillerle, özellikle de moleküler genetik incelemeler yoluyla karşılaştırma yapmaktır ⁹⁰⁴.

gerekmediğinin belirleneceği, raporda gösterilen süre ve aralıklarla tıbbi kontrol ve takip için Cumhuriyet savcılığınca uygun sağlık kuruluşlarına gönderilmelerinin sağlanacağı, kontrol ve takiplerde kişinin akıl hastalığı nedeniyle toplum için tehlikesinin arttığı saptanırsa yeniden güvenlik tedbirlerine hükümlenacağı, suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak tedavi altına alınabileceği ve tedavilerinin bağımlılıktan kurtulmalarına kadar devam edeceği düzenlenmiştir. Ayrıca bkz. ÖZTÜRK, s. 833, 834.

⁹⁰² İlave açıklamalar için bkz. SOYASLAN, Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, s: 121.

⁹⁰³ Bu konudaki detaylı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. ÜNVER Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Cilt, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s: 371; Bu inceleme ancak hakim ya da mahkeme kararıyla yaptırılabilir. Savcının dahi bu kuruma başvurma yetkisi yoktur, hakim veya mahkemeye görüşünü bildirmek hakkı ve ödevi olmakla beraber yetkiyi doğrudan kullanmadığı, hakim veya mahkeme kararı olmadan kimsenin ve dolayısıyla hekimin de bu koruma tedbirine başvurma yetkisinin bulunmadığı, aksine uygulamanın suç teşkil edeceği, bir başka deyişle, hekimin gözlem altına alamayacağı, gözlem altına alma kararının hekim veya mahkemeye verileceği, hekimin ise bu kararı yerine getireceği belirtilmektedir. ÜNVER, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s: 145. Benzer bir düzenleme Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81'de "*Sanığın Uzman Görüşüne Hazırlık Amacıyla Bir Kuruma Yerleştirilmesi*" başlığıyla yer almakta olup, buna göre mahkeme bilirkişiyi ya da müdafiyi dinledikten sonra, sanığın / şüphelinin psikik durumu hakkında görüş oluşturulabilmesi için bir psikiyatri hastanesine yerleştirilmesine ve gözlem altına alınmasına karar verebilecektir. Bkz. § 81 Strafprozeßordnung, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_81.html, Erişim T: 24.10.2017

⁹⁰⁴ ÖZTÜRK, Bahri (Ed.), Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s: 530.

Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasını düzenleyen CMK m. 75 uyarınca, bir suça ilişkin delil elde etmek üzere, 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 hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilmektedir. Sanık ya da şüphelinin vücudundan alınan kan, idrar, sperm örneği ve benzeri maddeler üzerinde çeşitli incelemeler yapılmakta ve olay yeri incelemesinden ya da mağdurun beden muayenesinden elde edilen örneklerin, bu maddelerle karşılaştırması ve ayrıca DNA analizleri de yapılarak örneklerin faile ait olup olmadığı büyük bir doğrulukla ortaya konabilmektedir. CMK m.75/3 vücuttan kan ya da doku örneği alınması işleminin ancak hekim ya da bu konuda uzman olan yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilebileceğini öngörmekle beraber ⁹⁰⁵, Beden Muayenesi Yönetmeliği m. 4/2 iç beden muayenesinin yalnızca hekim tarafından yapılabileceğini öngörmektedir ⁹⁰⁶.

Yalnızca şüpheli ve sanık değil, diğer kişilerin vücutlarından da kan ya da doku örnekleri alınmasına ihtiyaç duyulabilir. CMK m. 76, özellikle mağdurun vücudundan, delil elde etmek amacıyla, kan veya doku alınması konusundaki esasları düzenlemektedir. Bu hüküm uyarınca, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, tıpkı şüpheli ve sanıkta olduğu gibi, 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 cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla, Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da resen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca

⁹⁰⁵ İlave bilgiler ve İngiliz, İtalyan, Fransız ve Alman hukuklarındaki duruma ilişkin bazı açıklamalar için bkz. ÜNVER, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s:146.

⁹⁰⁶ ÖZTÜRK, s: 536. CMK ve yönetmelikte şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasının genel koşulları, işlenmiş bir suçla ilgili delil elde etme amacının olması, delil elde etmek için yapılacak muayene ve müdahalenin ölçülülük ilkesini ihlal etmemesi, iki yıldan daha fazla hapsi gerektiren bir suça ilişkin olması, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararının olması şeklinde açıklanmaktadır. TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AIHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi), Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s: 1041 vd; Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin uygulanma koşulları hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. age 532- 536 ve MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, Erişim T: 15.02.2013, s: 3-6; ilave açıklamalar için ayrıca bkz. TURHAN, s: 1025-1074.

bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilecektir. Mağdur bu müdahalelere rıza gösterdiği takdirde karar alınmasına gerek bulunmamaktadır ⁹⁰⁷. Tanıklıktan çekinme sebebi olan kişiler muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından da kaçınılabileceklerdir ⁹⁰⁸. Ayrıca moleküler genetik incelemeleri düzenleyen m.78 /1, hakim kararını ve inceleme yapılmasını düzenleyen m.79 hükümlerinin de göz önünde tutulması gerekmektedir ⁹⁰⁹. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelikte de bu hususlara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır ⁹¹⁰.

Ceza hukukuna ilişkin bu düzenlemelerin yanı sıra HHY m.22' de de, 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 sanık veya mağdura hakim kararına dayanarak tıbbi müdahalede bulunulacağı öngörülmüştür.

⁹⁰⁷ ÖZTÜRK, s: 538; Hakim ya da savcı kararıyla, mağdurun vücudundan rızası olmaksızın, zorla kan veya doku örneği alınmasının, mağdur açısından ikinci bir mağduriyete neden olabileceği düşünülse de, öğretide, bu düzenleme ile mağdura müdahaleye rıza göstermemesi ve vücudundan delil oluşturabilecek örnek vermemesi hususunda olası tehdit ve baskıların önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. ÖZBİLEN, s: 119.

⁹⁰⁸ Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda, kendisi şüpheli veya sanık konumunda olmadığı takdirde kanuni temsilcisi, aksi takdirde hakim karar verecektir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, onun da görüşü alınacaktır.

⁹⁰⁹ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelikte ise bu düzenlemeler 11, 12. ve izleyen maddelerde yer almaktadır.

⁹¹⁰ Yönetmeliğin 4. maddesi şüpheli veya sanığın iç beden muayenesini, m.5 şüpheli veya sanığın dış beden muayenesini, m.6 ise şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasını düzenlemektedir. Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ise Yönetmeliğin 7. ve 8. maddelerinde düzenlenmiştir. Yine CMK düzenlemesine paralel olarak, sadece suçun soruşturulmasında değil, soy bağının tespitine ilişkin olarak da yönetmeliğin anılan 7. ve 8. madde düzenlemelerine uygun şekilde karar alınması gerekmektedir. Yönetmelik 10.maddesi ise tanıklıktan çekinme sebeplerine ilişkin bir düzenlemedir. Kadının muayenesi 11.maddede, moleküler genetik incelemeler ise 12. ve izleyen maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 18. maddesi ilgilinin rızasına yönelik bir düzenleme olup, buna göre mevzuatta aranan tüm koşullar gerçekleşmiş ve şüpheli, sanık veya diğer kişiler bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene ya da örnek alınmasına rıza göstermedikleri takdirde, bu işlemlerin yapılabilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli önlemler alınacaktır. Fakat, mağdurun rızasının varlığı halinde ayrıca karar alınmasına da gerek bulunmamaktadır. Şüpheli, sanık ve diğer kişiler ise suçun aydınlatılması için kendiliğinden başvurarak rıza gösterdikleri takdirde, yine soruşturma evresinde savcının istemi, kovuşturma aşamasında ise hakim veya mahkeme kararıyla muayenelerinin yapılması ya da vücutlarından örnek alınması mümkün olacaktır. Yönetmeliğin 19. maddesine göre ise, koruma tedbiri niteliğinde olmayan tedavi amaçlı müdahaleler için hekim, hasta üzerinde, sağlık hizmetine gereksinim duyan tüm diğer hastalardan farklı olmayarak, hakim ya da savcı kararının aranmasına gerek olmaksızın gerekli tıbbi müdahaleleri yapacaktır. Bu müdahalelerde kural olarak hastanın rızası aranmakta ise de, infaz ve tutukevlerindeki tutuklu ve hükümlüler bakımından bazı saklı düzenlemelerin olduğunun da unutulmaması gerekmektedir.

Beklenen ve tercih edilen elbette ki ceza soruşturması ve kovuşturması esnasındaki tıbbi müdahalelere kişilerin rıza göstermesidir ve bu takdirde onları müdahaleye zorlayıcı önlemlerin alınmasına gerek kalmayacaktır. Ancak maddi gerçeğe ulaşılabilmesi amacıyla rıza bulunmaksızın da müdahalenin gerçekleştirilebileceği, koşulları olduğu takdirde yetkili merciin izniyle zorla yerine getirilebileceği ve kanun hükmünün uygulanmış olmasının hukuka uygunluğu sağlayacağı kabul edilmektedir⁹¹¹. Ancak şüpheli ve sanığın rıza göstermelerinin de tek başına yeterli olmadığı unutulmamalıdır. Demek ki, şüpheli ve sanık üzerinde muayene ve diğer işlemlere başlamadan önce hekimin, hakim ya da savcı kararının varlığını da kontrol etmesi gerekmektedir⁹¹².

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) da suç veya suç şüphesinde resmi makamların kararıyla, sanık, mağdur ve diğer kişilerin muayenesine ve vücuda yönelik girişimlerde bulunulmasına imkan vermektedir⁹¹³. Ancak bu müdahalelerin

⁹¹¹ GÖKCAN, s: 175.

⁹¹² Ceza hukukundan kaynaklanan tıbbi müdahaleler hakkında ilave bilgi ve açıklamalar için bkz. ÖZTÜRK, s: 531 vd; ERMAN, Barış, s: 175 vd.

⁹¹³ § 81a StPO sanığın/ şüphelinin vücut muayenesini ve vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleleri düzenlemektedir (§ 81a StPO- körperliche Untersuchung des Beschuldigten; Zulässigkeit körperlicher Eingriffe). Buna göre, sanığın/ şüphelinin vücut muayenesi yalnızca sürecin aydınlatılması açısından anlamlı olan bulguların ortaya konabilmesi amacıyla gerçekleştirilebilir. Bu amaç için, hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı ve onun görevlendirdiği kişilerin talebi üzerine, sanığın / şüphelinin sağlığı üzerinde zararlı etkilere yol açmamak ve hekim tarafından tıp bilimi ve sanatının kurallarına uygun gerçekleştirilmesi koşuluyla, sanıktan / şüpheliden kan alınabilir (bazı suçlardan şüphe durumunda kan alınması için hakim kararına da gerek bulunmamaktadır) ya da vücudu üzerinde diğer müdahalelerde bulunulabilir. Sanıktan / şüpheliden alınan kan örnekleri ya da diğer vücut hücreleri yalnızca ilgili ceza soruşturması için kullanılabilir ve artık bu maddelere ihtiyaç kalmadığı aşamada da derhal imha edilmesi gerekmektedir. Yine Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPo)'nun diğer kişilerin muayenesini düzenleyen § 81c'ye göre ise, şüpheli dışındaki diğer kişiler, şayet tanık konumdaysalar, ancak gerçeği ortaya konması açısından vücutlarında suça ilişkin belirli iz veya emare taşıyıp taşımadıklarının araştırılması gerekiyorsa, rızaları olmaksızın muayene edilebilirler. Şüpheli dışındaki diğer kişilerin rızaları olmaksızın soybağının tespiti amacıyla muayeneleri ve kan alınması, ancak sağlıkları açısından tehlike oluşturmaması ve gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olması halinde mümkündür. Muayenelerin ve kan alımının hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Moleküler genetik incelemeler § 81/ e ve f'de, DNA kimlik tespiti ve DNA sekans araştırmaları (DNA- Reihenuntersuchung) ise § 81/ g ve 81/ h'de düzenlenmiştir. Dış beden muayenesinin polis memurları tarafından da yapılabileceği öngörülmüş iken, ağız, vagina, anüs gibi doğal deliklerin muayenesinin ise hekim tarafından yapılması gerekmektedir. DETMEYER, s: 313. Bu düzenleme ile ilgili ilave açıklamalar için ayrıca bkz. ERMAN, Barış, s: 178. Maddenin diğer fıkraları ve ayrıca kanun metni için bkz. Strafprozeßordnung, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> Erişim T: 24.10.2017. Bununla beraber Trier Eyalet Mahkemesince görülen bir davada hekim, doğal vücut boşluklarında uyuşturucu taşıdığından şüphe edilen kişilerin muayenesini yapmayı, savcı tarafından ayrıca bilirkişi olarak da atanmış olmasına rağmen reddetmiş, mahkeme hastanede veya serbest çalışan hekimlerin temelde böyle bir muayene yapma yükümlülüğünde olmadıkları, ancak bilirkişi olarak atandıkları takdirde böyle bir yükümlülük altına girdikleri yönünde karar vermiştir. 1986 yılında bir gümrük memuru, önceden kendilerine ulaşmış istihbarata da

de hekimlik mesleğinin kurallarına uygun ve onun sağlığı açısından tehlike oluşturmaması koşuluyla gerçekleştirilebileceğine dikkat çekilmekte, ayrıca sanığın/şüphelinin kişilik haklarının göz önünde tutulması ve yapılan müdahalenin ölçülü olması gerekmektedir. Müdahalenin rıza aranmaksızın zorla gerçekleştirilmesinin mümkün, dolayısıyla ilgililerin de bu müdahalelere katlanma yükümlülüğünün olması, hastanın aydınlatılmasının ihmal edilebileceği anlamına gelmediği gibi, zor kullanılarak gerçekleştirilmeleri halinde tıbben sağlıksız bir sonuca varılmasına yol açacaksa bu durumda müdahaleden kaçınılmasının da yerinde olacağı düşünülmekte, ayrıca hem uygulanacak tıbbi müdahalenin ilgili kişinin sağlığı açısından bir tehlike oluşturmaması, hem de başvurulacak zor kullanma bakımından oranlılık ilkesine de dikkat çekilmektedir. Aynı delile ilgili kişi üzerinde çok daha basit bir işlemle ulaşılabilecek ise tercihin bu yönde kullanılması ve uygulanacak zorlamanın gerçekleştirilecek müdahaleye yetecek düzeyde olması ⁹¹⁴, ayrıca kontrendikasyon oluşturacak durumlar da mevcut olabileceğinden sanığın anamnezinin de özenli bir şekilde alınması gerekmektedir ⁹¹⁵.

dayanarak üç Alman vatandaşının vücut boşluklarında uyuşturucu saklamakta olduklarından şüphelenmiş ve savcı geceleyin bu kişilerin muayene edilmelerini talep etmiştir. En yakın hastane aranmış ve orada görevli olan hekim, görevinin hasta insanları sağlığına kavuşturmak olduğunu, ancak sağlıklı insanların bazı vücut boşluklarında bir şey aramak yükümlülüğünde olmadığını belirterek muayene yapmayı reddetmiştir. Bunun üzerine savcı, bu hekimi bilirkişi olarak atamış, durumu ona bildirilmesini sağlayarak, muayeneyi yapmasını, aksi takdirde 1000 Mark idari para cezası ödeyeceğini bildirmiştir. Hekim buna rağmen muayeneyi yapmamış, 7 saat sonra başka bir doktor bulunmuş ve şüphelilerden birinin rektal muayenesinde prezervatif içinde paketlenmiş 20 gr en iyi kalitede eroin bulunmuştur. Trier Eyalet Mahkemesi hekimi 500 Euro para cezasına mahkum etmiştir. DETTMEYER, s: 314.

⁹¹⁴ GÖKCAN, s: 175.

⁹¹⁵Uygulanacak müdahalenin kişinin sağlığı açısından tehlike oluşturmaması bağlamında, örneğin cerrahi bir müdahalede bulunulamayacağı gibi, hemofili vb. kan pıhtılaşma bozukluğu bulunan bir kişiden en azından durumu tıbben stabilleşinceye kadar kan alınmaması gerekir. Vücuttan, doku veya kan örneği alınması, başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmadığı hallerle sınırlı tutulmaktadır. ÖZBİLEN, s: 117; Sanık üzerinde hangi müdahalelerin gerçekleştirilebileceği hususu tartışmalıdır. Örneğin Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81 a uyarınca anjiyografi, pnömoensefalografi, narkoanaliz, phallografi, sonda ile idrar alınması, beyin omurilik sıvısının alınması vb. izin verilmeyen veya şüphleyle yaklaşılacak müdahalelere örnek teşkil ederken, kan alınması, elektroensefalografi, elektrokardiyografi, röntgen, bilgisayarlı tomografi, sintigrafi ve genom analizi yapılmasına izin verilen müdahalelere örnek teşkil etmektedir. DETTMEYER, s: 314, 315. Yine oldukça tartışmalı hususlardan birini de şüpheliye kusturucu madde kullanımı oluşturmaktadır. Kusturucu madde kullanımında artık basit bir muayene değil bir tıbbi girişim gündeme gelmektedir. Midesinde uyuşturucu madde taşıdığı düşünülen bazı şüphelileri zorla kusturmaya yönelik müdahaleler esnasında yaşanan olumsuzluklar nedeniyle Alman hekimler bu tür müdahalelere karşı bir duruş sergilemişlerse de, kendilerine resmi makamlar tarafından bilirkişilik görevi verildiğinde bunu yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz. DETTMEYER, s: 316, 317.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında (Jalloh versus Germany, prg.73) suç delili elde etmek amacıyla zorla gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin onur kırıcı muamele niteliği taşımaması için aranan koşullar, olayın özelliğine göre, müdahalenin gerekliliği ve haklılığının ispatlanmış olması, tıbbi müdahalenin AİHS'nin kabul ettiği asgari ağırlık düzeyinin altında olması, tıbbi müdahaleye bir hekim tarafından karar verilmiş ve icra edilmiş olması, hekimin kontrolünün müdahale sırasında ve sonrasında devam etmiş olması ve tıbbi müdahalenin kişinin sağlık durumunu kötüleştirmemesi, sağlığı açısından süreklilik taşıyan sonuçlar doğurmaması şeklinde açıklanmaktadır⁹¹⁶.

Böyle müdahaleler yasal zorunluluk nedeniyle gerçekleştirilmekte, dolayısıyla kanunun hükmü ile birlikte yetkili mercinin emri yani görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenine dayanmaktadır. Bu nedenle yasal koşulları yerine getirilmeden gerçekleştirildiklerinde hukuka uygunluk da sağlanamayacaktır. Bunun yanı sıra tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için aranan diğer unsurlar olan, tıp mesleği mensuplarınca yerine getirilmesi ve tıp bilimi ve mesleğinin

⁹¹⁶ AİHM nezdinde, müdahalenin haklılığı bağlamında incelenmesi gereken hususlar, soruşturulan suçun ağırlığı, alternatif delil elde etme seçeneklerinin bulunup bulunmaması ve sanığın süreklilik arz eden bir zarar verme tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmaması olarak açıklanmaktadır. Tıbbi müdahalenin asgari ağırlık düzeyinin altında olup olmaması bakımından, zor kullanılarak icra edilen tıbbi müdahalenin ilgili kişide büyük acılara neden olup olmadığı hususu önem taşımaktadır. GÖKCAN, s: 176; Karar konu olayda, 1993 yılında, Sierra Leone kökenli olup, Köln'da yaşayan başvuran Jalloh'u polisler, ağzından iki küçük poşet çıkarıp para karşılığı verdiğini görmüşler ve poşetlerin uyuşturucu içerdiğini düşünerek onu yakalamışlar, o da ağzında olan diğer bir poşeti yutmuştur. Üzerinde uyuşturucu bulunamayınca savcı, kusturucu bir ilaç içirilmesini order etmiş, başvuran bir hastaneye götürülmüş, orada doktor tarafından görülmüş, kusmayı sağlayıcı ilaç almayı reddedince, polis görevlilerince zorla tutularak doktor burnundan bir tüp yerleştirmiş ve zorla tuzlu çözelti ve İpeka şurubu verilmiştir. Doktor ayrıca apomorfin de enjekte etmiş ve sonuçta başvuran 0.2182 gr kokain içeren küçük poşeti kusmuştur. Yargılama sırasında avukatları diğer bazı savunmaların yanı sıra müdahalenin ölçülü olmadığı ve doğal yolla çıkmasının beklenebileceğini öne sürmüşlerdir. Mahkeme poşetin doğal yolla çıkışının beklenebileceğini, yapılan uygulamanın başvuranın rızası hilafına beden ve ruh bütünlüğüne karşı ağır bir ihlal olduğunu ve beden ve ruh sağlığına zarar verdiğini kabul etmiştir. Grand Chamber Judgment, Jalloh v. Germany, European Court Of Human Rights, Press release 421(2006),11.07.2006, Jalloh v Germany (App no 54810/00) ECHR 11 July 2006, <http://www.hr-dp.org/contents/534>, Erişim T: 25.06.2017. Anılan karara yönelik ayrıca, Alman CMK § 81a uyarınca, suçun aydınlatılması amacıyla yönelik tıbbi müdahalelerin AİHS ile kesin olarak yasaklanmadığı, bununla birlikte beden bütünlüğüne yönelik bu tür müdahalelerin AİHS m.3 çerçevesinde sıkı bir denetime tabi olduğu, bu noktada özellikle delil elde etme amacıyla başvuru müdahalenin ağırlığı, sanığın sağlığı açısından yarattığı risk ve gerçekleşme biçiminin ve meydana getirdiği fiziksel acının göz önünde bulundurulacağı, somut müdahalenin bu değerlendirmeler ışığında AİHS m. 3 ihlali boyutuna ulaşmaması gerektiği, böylece sanığın uyuşturucu maddenin çıkmasını sağlamak için zorla kusturucu ilaç verilmesinin insanlık dışı ve alçaltıcı muamele kapsamında değerlendirildiği açıklamaları da yapılmaktadır. ÖZTÜRK, s: 533; aynı yönde MAHMUTOĞLU, Beden Muayenesi, s: 10.

kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmiş olması da elbette aranmaktadır ⁹¹⁷. Müdahalenin tıp bilimi ve mesleğinin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmiş olması hususu ise, Beden Muayenesi Yönetmeliği 6/4 ve 8/3. maddelerinde de “*Tıbbi müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.*” şeklinde açıkça dile getirilmektedir. Zira hangi amaçla gerçekleştirilecek olursa olsun uygun müdahale yöntemi ve bu yöntemin uygulanması sırasında uyulacak kurallar tıbbın verileri ve esaslarına göre belirlenmek durumundadır. Hekimin müdahalede bulunurken her ne kadar cezanın üst sınırı vb. gibi hakim veya savcı tarafından tespit edilmesi gereken hususları araştırması söz konusu olamayacak ise de ilgili kişiye el atmadan önce hakim veya savcının kararını araması, müdahalenin kişinin sağlığına zarar verip vermeyeceğini değerlendirmesi ve soruşturma açısından gerekli bilgi ve delile ulaşmaya elverecek sınırın ötesine geçmemesi gerekmektedir ⁹¹⁸.

5. Açlık Grevlerindeki Tıbbi Müdahaleler

Açlık grevi, kişilerin yemek yemeyip kendilerini aç bırakma yoluyla, belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmeyi, çeşitli istekleri kabul ettirmeyi veya savundukları görüşlere ilgi çekmeyi amaçladıkları bir davranıştır ⁹¹⁹. Benzer şekilde, belirli bir olayı, tutumu veya davranışı benimsemeyerek tepki göstermek, çeşitli istekleri yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların, vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini almayarak kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir protesto yöntemi şeklinde de tanımlanmaktadır ⁹²⁰.

Açlık grevi şeklindeki protestonun sonunda ölüm dahi göze alınmışsa ölüm orucundan söz edilmektedir ⁹²¹. İster yalnızca açlık grevi ister ölüm orucu şeklinde

⁹¹⁷ GÖKCAN, s: 174; Bu şekilde yasal düzenlemeler uyarınca gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde endikasyon aranmayacağı belirtilmekle beraber, biz yine de bir tıbbi durumu saptamaya yönelik oldukları için tanısıl bir endikasyonun varlığını kabul etmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

⁹¹⁸ Ceza yargılamasında beden muayenesi ve bedenden örnek alınması hususunda daha kapsamlı bilgi ve açıklamalar için bkz. ÖZTÜRK, s: 529-539.

⁹¹⁹ FEYZİOĞLU, Metin, Açlık Grevi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 43, Sayı:1-4, 1993, s:157; KILIÇ, Seval, Hukuku Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2012, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Legal Yayıncılık, s: 84.

⁹²⁰ TAŞKIN, Ahmet, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, Yıl 2006, s: 234.

⁹²¹ GÖKCAN, s: 179; Ölüm orucu tabirinin yerine olmadığı ve ülkemiz dışında başka hiçbir ülkede bu terminolojiye yer verilmediğinden de söz edilmektedir. Buna göre açlık grevine giden mahkumların ya da genel anlamda kişilerin, belli bir amaçla vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini ölünceye

olsun her iki halde de kişinin özgür iradesiyle gerçekleştirdiği eylemler söz konusudur ⁹²². Açlık grevlerini, zihinsel bir rahatsızlık ya da yaşama son verme istemiyle yemek yemeyi reddetmek olayı, yani bir tür intihardan ayırmak gereklidir. Yemeği reddetmek açlık grevlerinde bir protesto yolu olarak kullanılmaktadır ⁹²³. Açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan kişilerin bu eylemleri nedeniyle sağlıkları bozulduğunda, yaşamsal tehlike söz konusu olsa dahi, bilinçleri yerinde olduğu sürece, yapılacak tıbbi müdahaleler için rızalarının aranması gerektiği ve rızaları olmaksızın müdahalede bulunulamayacağı belirtilmektedir ⁹²⁴.

AY'nın, Tababet Kanunu'nun, Biyotıp Sözleşmesi'nin, HHY'nin rıza olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulamayacağını öngören düzenlemeleriyle beraber, aynı zamanda, AY m.17/2'ye göre "*tıbbi zorunluluk*" durumunda kişinin beden bütünlüğüne dokunulabilir, Tababet Kanunu m.70'e göre kişinin veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir, Biyotıp Sözleşmesi m.8 uyarınca acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir, HHY m.24'e göre 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 düzenlemelerden, açlık grevi yapan kişilerin bir aşamadan sonra bilinçleri kapanır ise ve haliyle de bu durum yaşamsal tehlike ve ciddi sağlık risklerini barındırdığına göre, onlara tıbbi müdahalede bulunulabileceği şeklinde bir çıkarıma varmak mümkündür.

Her ne kadar yasal bağlayıcılıkları olmasa da, 1975 tarihli Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesinde ve açlık grevi yapanların sağlığından sorumlu hekimler için bir rehber niteliğinde olduğu kabul edilen Açlık Grevcileri Üzerine

kadar almayarak kendilerini aç bırakmalarına esasen ölüm hedefli açlık grevleri denmektedir. CİK'da da ölüm orucu ifadesi kullanılmış olmakla beraber, söz konusu eylemlere Tokyo ve Malta Bildirgeleri ile dünyada kabul görmüş tanımlama doğrultusunda ölüm hedefli açlık grevi denilmesinin daha yerinde olduğu düşünülmektedir. TAŞKIN, s: 238, 239.

⁹²² GÖKCAN, s: 179; SOYASLAN, Ceza Hukuku, s: 160.

⁹²³ TAŞKIN, s: 235; Açlık grevleri hakkında detaylı bilgi ve geçmişteki dikkat çekici örnekler için bkz. KIZILKAYA DOĞRU, s: 27 vd; KILIÇ, s: 85 vd.

⁹²⁴ GÖKCAN, s: 179; SCHOLZ, Karsten, MBO-Ä 1997 § 7 Behandlungsgrundsätze und Verhaltensregeln, Medizinrecht 3. Auflage, SPICKHOFF, Andreas (hrsg), Beck'sche Kurz-Kommentare, CH Beck Verlag, München 2018, kn: 2.

Deklarasyonda (Malta Bildirgesi) ⁹²⁵, hekime karar verirken en azından etik ve vicdani açıdan yol gösterici nitelikte bazı düzenlemeler yer almaktadır. Nitekim 2008 tarihli TTB Hekimlik ve İnsan Hakları Bildirgesinde de hekimin açlık grevi karşısında Dünya Tabipler Birliği Tokyo ve Malta bildirelerine göre davranması gerektiği hususuna dikkat çekilmektedir ⁹²⁶.

Tutukevi ve infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlüler açısından ise durum bazı farklılıklar göstermektedir. Tutuklu ve hükümlüler, devletin koruma ve gözetimi altında olduklarından ⁹²⁷, onlara yapılacak tıbbi müdahaleler açısından Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ⁹²⁸ ile bazı kısıtlayıcı hükümler getirilmiştir.

6. Tutukevi ve İnfaz Kurumlarında Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler

CİK'nun “Sağlığın Korunması ve Tıbbi Müdahaleler” başlıklı 3. Bölümünde, “Hükümlünün Kendisine Verilen Yiyecek ve İçecekleri Reddetmesi” başlıklı 82. maddesi uyarınca, hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde, bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler, psikososyal hizmet birimince de bu konuda yapılan çalışmalar sonuç vermediği takdirde, beslenmelerine başlanır. Hekim, açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlünün, sözü edilen bu önlemlere rağmen yaşamsal tehlikeye girdiğini veya bilincinin bozulduğunu saptarsa, kişilerin istekleri göz önüne alınmaksızın, kurumda veya mümkün olmadığı takdirde hemen hastaneye kaldırılarak, yaşamları ve sağlıkları için tehlike oluşturmamak şartıyla, muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler uygulanır. Aynı hüküm sadece açlık grevinde değil, tedavinin reddinin, hükümlünün yaşamını veya

⁹²⁵ Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyon, 1991’de Malta’da toplanan 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edilmiş ve 1992’de Marbella’da toplanan 44. Dünya Tıp Kongresinde revize edilmiştir.

⁹²⁶ Türk Tabipleri Birliği Hekimlik ve İnsan Hakları Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği, Ankara 2010, s:8.

⁹²⁷ “Ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukluların beden ve ruh sağlığının korunması ile muayene ve tedavi başta olmak üzere sağlık hizmetlerinden yararlandırılması devletin ve dolayısıyla ceza infaz kurumu idaresinin sorumluluğu altındadır.” Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlü ve Tutuklulara Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında İnceleme Raporu, 24. Dönem 5. Yasama Yılı 2015, s: 1

⁹²⁸ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kanun No: 5275, Kabul T:13.12.2004, RG T:29.12.2004, S:25685.

sağlığını tehdit ettiği diğer durumlarda ve aynı şekilde ceza infaz kurumunda bulunan diğer hükümlülerin yaşam ve sağlıkları açısından risk oluşturduğu takdirde de uygulanacaktır. Öngörülen bu tedbirler kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanacak olmakla beraber, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesinin hükümlü için hayati tehlike doğurabileceği hallerde ise, bu tedbirlere maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen koşullar aranmaksızın derhal başvurulabilecektir. Hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanacaktır ⁹²⁹.

CİK m. 82/2’de bilinci açık olan ancak yaşamsal tehlikede bulunan tutuklu veya hükümlünün rızasına aykırı olarak tıbbi müdahale yapılabileceğine ilişkin düzenlemenin, AY’nın 17/2. maddesindeki, kanunda yazılı hallerden olduğu, ancak Biyotıp Sözleşmesi’nin 5. maddesinin, sağlık alanındaki herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabileceği hükmüyle çatıştığı ve bu halde Sözleşme hükümlerinin CİK’e göre öncelikli olarak uygulanması gerektiği belirtilmektedir ⁹³⁰. Sözleşmenin m.8 düzenlemesi ⁹³¹ acil bir durum ortaya çıktığında rıza gösteremeyecek durumda olan kişiye müdahalede bulunulmasına imkan verirken sözleşmenin 9.maddesi ⁹³² kişinin bilinci kapanmadan önceki isteklerinin göz önünde tutulmasına işaret etmektedir. Ancak Sözleşmenin m.9 hükmü göz önüne alınarak müdahaleden kaçınıldığı takdirde, CİK m.82/2,’in bilinç bozukluğu ve yaşamsal tehlikenin ortaya çıktığı hallerde, hekimlere getirdiği tıbbi yardımda bulunma yükümlülüğünden dolayı, tutuklu ve hükümlünün ölmesi veya zarar görmesi durumunda, hekimin cezai ⁹³³ ve idarenin de hukuki sorumluluğuna yol açma olasılığı bulunmaktadır.

⁹²⁹ Ayrıca bkz. SOYASLAN, Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, s: 122; ÜNVER, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul 2007, s: 142. Olağan koşullarda hükümlünün muayene ve tedavi istekleri CİK m.71’de (*Hükümlü, beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbî araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Bunun için hükümlü öncelikle kurum revirinde, mümkün olmaması hâlinde Devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koşullarında tedavi ettirilir.*) ve genel olarak muayene ve tedavisi, sağlığın korunması ve tıbbi müdahaleler başlıklı 3. Bölüm’de 78-81. maddeler arasında düzenlenmiştir.

⁹³⁰ GÖKCAN, s: 178; BOZKURT, s: 16.

⁹³¹ Biyotıp Sözleşmesi m.8- Acil Durum: “Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir.”

⁹³² Biyotıp Sözleşmesi m.9- Önceden Açıklanmış İstek: “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri gözönüne alınmalıdır.”

⁹³³ GÖKCAN, s: 178.

HMEK’da da “ *Tutuklu ve Hükümlülere Verilecek Tıbbi Yardım*” başlıklı 35. madde ⁹³⁴ ve “ *Tutuklu ve Hükümlülerin Tıbbi Yardımı Reddetmesi*” başlıklı 36. madde ⁹³⁵ düzenlemeleri yer almaktadır. 36. madde hükmü hekimin zorla müdahalesini etik açıdan yerinde görmemiş ise de, gerekli müdahalede bulunmamak yukarıda da açıklandığı üzere CİK m. 82/2 bakımından sorumluluğa yol açabilecektir.

AİHM’in cezaevlerindeki açlık grevleri nedeniyle zorla beslemeyi tek başına sözleşmenin 3. maddesine ⁹³⁶ aykırı bulmadığı, yine bir diğer kararında da tıbbın yerleşik ilkelerine göre tedavi niteliğinde sayılacak önlemlerin, yemeyi bilinçli olarak reddeden mahkum da dahil, hastalara uygulanmasının, insanlık dışı ve küçük düşürücü sayılmayacağı fakat uygulama tarzının onur kırıcı ve küçük düşürücü olmaması gerektiği belirtilmektedir ⁹³⁷.

7. Kısıtlılara ve Toplum İçin Tehlike Oluşturan Kişilere Yönelik Tıbbi Müdahaleler

AY m.19/ 2 hükmü uyarınca ⁹³⁸ toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin özgürlüğü ancak bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi amacıyla

⁹³⁴ HMEK m.35: “*Tutuklu ve hükümlülerin muayenesi de öteki hastalarinki gibi, kişilik hakkına saygılı, hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılır ve onların gizlilik hakları korunur. Hekimin, bu koşulların sağlanması için ilgililerden istekte bulunma hakkı ve sorumluluğu vardır. Muayene sonucu düzenlenecek belge veya raporlarda hekimin adı, soyadı, diploma numarası ve imzası mutlaka bulunur. Belge ve raporun bir örneği kişiye verilir. Belge ve rapor baskı altında yazılmış ise, hekim bu durumu en kısa zamanda meslek örgütüne bildirir.*”

⁹³⁵ HMEK m. 36: “*Hekim, muayene ve tedavi olanaklarını bilinçli olarak reddeden tutuklu ve hükümlülere bu davranışlarının sonuçlarının neler olabileceğini açıklar. Zorla muayene ve tedavi yolunu deneyemez, öneremez.*”

⁹³⁶ AİHS m.3: “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, Erişim T: 02.02.2017.

⁹³⁷ GÖKCAN, s: 178.

⁹³⁸ Anayasa m. 19/2: “*Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.*”

kısıtlanabilecektir. AİHS m. 5/1-e göre de ⁹³⁹, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılarının kanuna uygun olarak tutulmasına imkan tanınmıştır.

Biyotıp Sözleşmesi'nin akıl hastalarının korunmasını öngören 7. maddesi uyarınca akıl hastalarına, bu hastalıkları dolayısıyla tedavi görmedikleri takdirde sağlıklarına ciddi bir zarar gelmesi muhtemel ise, muvafakatleri olmaksızın da müdahale edilebilecektir. Buna göre, ciddi 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, muvafakatı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabilecektir.

CMK m.74'te akıl hastası olduğu yönünde şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde gözlem altında tutulmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Koruma amacıyla kişilerin özgürlüğünün kısıtlanmasının koşullarını düzenleyen TMK m. 432 uyarınca, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık, sağlığı tehlikeye sokan yaşantı sürme gibi bir nedenin varlığında, toplum için tehlike oluşturan ergin kişiler, şayet kişisel korunmaları başka şekilde sağlanamıyorsa, tedavileri, eğitimleri ve ıslahları için elverişli bir kuruma yerleştirilip alıkonulabileceklerdir. Bu durumda kişinin çevresine verdiği külfet de göz önüne alınmaktadır. Kanunun devam eden maddelerinde ise, özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin usulleri düzenleyen detaylı hükümler yer almaktadır. Ayrıca 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ⁹⁴⁰ m.13'te, Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m.14'te bu hususa ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

⁹³⁹ AİHS m.5- Özgürlük ve güvenlik hakkı: " 1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:.....e-Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması..."

⁹⁴⁰ Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Kanun No: 2559, Kabul T : 4/7/1934, RG T: 14.07.1934 S: 2751.

Kısıtlıların tedavilerinde kural olarak yasal temsilcilerinin rızası ve başvurusu aranıyor olmakla beraber, kişiler toplum açısından tehlike teşkil ettikleri takdirde, kısıtlanmış olsalar da olmasalar da, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi tarafından da bu yönde bir karar verilebilecektir. Dolayısıyla bu düzenleme kısıtlı ve kısıtlı olmayan, ancak toplum için tehlike arz eden kişilerin hepsinin korunmasına yöneliktir ⁹⁴¹.

TMK m. 447/ 1 uyarınca vasinin kısıtlıyı koruma yükümlülüğü bulunmakta olup, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde onu bir kuruma yerleştirebilecek, orada alıkoyabilecek, gerektiğinde tedavisini yaptırabilecektir. Vasinin kısıtlının üzerinde bu önlemleri alabilmesi için, toplum için tehlike taşıma unsuru değil, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı aranmış olduğuna göre, bu durumda kısıtlının kendi sağlığının tehlikeye girmesi durumunda da vasi bu önlemleri alabilecektir ⁹⁴².

Vesayet makamı, TMK m. 436 / 5 uyarınca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yönünde ancak resmi sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verebilmektedir. Sağlık kurulu raporunda, tedavi yapılmasını gerektiren akıl hastalığı, akıl zayıflığı, tehlike oluşturan bulaşıcı hastalık gibi nedenlerin mevcut olup olmadığı ve şayet mevcut ise, eğitimi, ıslahı ve tedavisi için bir kuruma yerleştirilmesinin gerekip gerekmediğinin ortaya konmuş olması gerekmektedir. Bu raporun alınmasına ilişkin mahkeme kararının kolluk kuvvetlerine ilgili kişinin zorla muayeneye götürülmesi, hekimlere ise raporu düzenleyebilmek için kişinin rızası olmaksızın muayene yapabilme yetkisi verdiği belirtilmektedir ⁹⁴³.

⁹⁴¹ Toplum için tehlike oluşturma ifadesinden, kişinin ailesi de dahil başkalarının yaşamı, vücut bütünlüğü ve mal varlığı açısından tehlike oluşturması anlaşılmakta, kendi sağlığı için tehlike oluşturması ise bu kapsamda ele alınmamaktadır. Kişisel korunmanın başka şekilde sağlanamaması ise koruma amaçlı kısıtlamanın diğer bir koşulu olarak ele alınmakta ve orantılı olması da aranmaktadır. Dolayısıyla kişinin yarattığı tehlikenin başka bir şekilde önlenmesinin mümkün olduğu hallerde özgürlüğünün hukuka uygun olarak kısıtlanabilmesi söz konusu olamayacağı belirtilmektedir. Bkz. GÖKCAN, s: 189 ve oradaki dipnotlar.

⁹⁴² Zira *gecikmesinde sakınca bulunma* halinin, *toplum için tehlikelilik* koşulunu da kapsamakta olduğu kabul edilebilir. Ayrıca 447. maddenin gerekçesinde (TMK m. 447 Gerekeçe: "... *Maddenin ikinci fıkrasında gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde vasi koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümler uyarınca kısıtlı bir kuruma yerleştirme veya orada alıkoyma yetkisine sahip kılınmıştır. Vasinin bu yetkisini kullanabilmesi için kısıtlı hakkında 432 nci maddede teker teker sayılan sebeplerden birinin mevcut olması gerektiği gibi, aynı zamanda kısıtlının kişisel korunmasının başka şekilde yeterince sağlanamaması şartının da gerçekleşmiş olması aranmaktadır.*") 432. maddedeki koşullara atıfta bulunulmuş olması nedeniyle, kişisel korunmanın başka şekilde sağlanamamış olması koşulunun da yerine gelmiş olması aranmaktadır. GÖKCAN, s: 193.

⁹⁴³ GÖKCAN, s: 188.

Mahkemenin kişisel korumanın sağlanması amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yönünde verdiği karar uyarınca kişi ilgili tedavi veya ıslah kurumuna yerleştirilerek gerekli tedavi, eğitim vb. yapılması sağlanmaktadır. Bu karar hekime, kişinin rızası olmasa dahi tıbbi müdahalede bulunma yetkisi vermektedir. Bununla birlikte hekimin mümkün olduğunca hastayı aydınlatma ve tedavi sürecine katma yükümlülüğü de bulunduğu belirtilmektedir. Tedavi, ıslah veya eğitim süreci sonunda kişinin toplum için oluşturduğu tehlike ortadan kalkınca, bu hususta düzenlenecek sağlık kurulu raporunu takiben, yine bu hususta yetkili organ olan vesayet makamının kararıyla kurumdan çıkarılması gerekmektedir⁹⁴⁴.

Sonuçta, toplum için tehlike arz eden kişilerin korunmasına yönelik bu önlemler sırasında hekimin kısıtlı kişiye müdahalede bulunmadan önce yasal temsilcilerin rızasını araması, şayet kişi henüz kısıtlanmamış ve yasal temsilcisi de bulunmuyor ise, sulh hukuk mahkemesinin kararını araması gerekmektedir. Ayrıca koruma amacıyla kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için resmi sağlık kuruluşu raporunun da alınmış olması lazımdır. Bu raporun alınabilmesi için kişinin rızası aranmadığı gibi, gerektiğinde kolluk tarafından zorla muayeneye götürülmeleri de söz konusu olabilecektir⁹⁴⁵. Dolayısıyla raporu düzenleyecek olan hekimlerin de kişiyi muayene etmeden önce mahkeme kararının varlığını kesinlikle aramaları ve karar verirken de kişinin kendisi, ailesi ve başkalarının yaşamı, vücut bütünlüğü ve mal varlığı açısından yarattığı tehlikenin başka türlü önlenip önlenemeyeceği hususunu da göz önünde tutmaları ve tıbbi değerlendirmelerini buna göre yapmaları gerekmektedir.

8. Küçüklere Uygulanan Koruyucu Tedavi Tedbirleri

Bazı durumlarda küçükler için koruyucu tedavi tedbirlerine başvurulması gerekmektedir. TMK m. 335 uyarınca, ergin olmayan çocuklar anne ve babalarının velayeti altındadırlar ve yasal bir sebep bulunmadıkça da velayet onlardan alınamaz. Ancak velayet altında bulunmayan çocukların TMK m.404 uyarınca vesayet altına alınmaları gerekmektedir. TMK m. 346 uyarınca, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, anne ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacaktır. TMK m. 347/1 uyarınca da çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunursa yine hakim

⁹⁴⁴ GÖKCAN, s: 192.

⁹⁴⁵ GÖKCAN, s: 188.

onun bir kuruma yerleştirilmesi yönünde karar verebilecektir. Böylece çocuğun sağlığının, bedensel ve zihinsel gelişiminin tehlikeye düştüğü hallerde tedavisi yönünde karar alınması da mümkün olmaktadır.

Küçüğün korunmasına yönelik olarak, Çocuk Koruma Kanununa ⁹⁴⁶ göre alınabilecek önlemler de bulunmaktadır. ÇKK'nun koruyucu ve destekleyici tedbirler başlıklı 5/1. maddesine göre bu tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirler olarak açıklanmakta, m.5/d hükmüne bakıldığında ise sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik tedbir olarak ele alınmaktadır ⁹⁴⁷.

ÇKK 5. maddesinde öngörülen sağlık tedbirleri, İl Sağlık Müdürlüğünün belirlediği sağlık kurum ve kuruluşlarında yerine getirilmekte ve çocuk zaten kurumda ise orada müdahale gerçekleştirilirken, aile yanında olan çocukların ise kuruma getirilmeleri sağlanmakta, gerektiğinde kolluk yardımına başvurulmaktadır. Bu durumda rıza aranmaksızın müdahalenin gerçekleştirilmesi konusunda kanundan kaynaklanan bir yetkinin kullanılmış olacağı belirtilmektedir ⁹⁴⁸.

9. Soybağının Tespitine Yönelik Davalarda Doku Alınması

Soy bağının reddi (TMK m. 286 vd.), tanımanın iptali (TMK m. 298 vd.) ve babalık (TMK m. 301 vd.) gibi davaların çözümünde, kan ve DNA analizine

⁹⁴⁶ Çocuk Koruma Kanunu, Kanun no: 5395, Kabul T: 03.07. 2005, RG T:15.07.2005, S: 25876.

⁹⁴⁷ Tedbirler konusunda m.6 uyarınca (ÇKK m.6: (1) *Adli ve idarî merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Çocuk ile çocuğun bakımından sorumlu kişiler çocuğun korunma altına alınması amacıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna başvurabilir. (2) Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kendisine bildirilen olaylarla ilgili olarak gerekli araştırmayı derhâl yapar.*) Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu yetkili olup (Araya giren ve birbirini ilga eden yasal düzenlemeler sonrasında, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu bünyesinde yürütülen faaliyetler halihazırda Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı teşkilatı içinde farklı birimler ve konu bağlamında Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmektedir. Ancak ÇKK'da Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ibaresi yer almaya devam etmektedir) devam eden maddelerde alınacak tedbire ilişkin usulü düzenlemeler yer almaktadır.

⁹⁴⁸ GÖKCAN, s: 197. Akıl hastalığı ve madde bağımlılığı nedeniyle çocukta sağlık tedbirine karar verilebilmesi ve özgürlüğün kısıtlanması için resmi sağlık kurulu raporu gerekmektedir. Fakat anne babanın velayet altındaki çocuğu tedavi ettirmek için mahkemeden tedbir talebinde bulunmaları halinde, mahkemenin vereceği tedbir kararına dayanarak çocuğun rızası olmasa dahi gereken tedavi yapılabilmektedir. Bununla birlikte çocuğun mümkün olduğunca bilgilendirilmesi gerektiği de belirtilmektedir. Bkz. age.

başvurulması söz konusudur. Bu konuda TMK m. 284 düzenlemesine bakıldığında, hakime maddi olguları resen araştırma ve delilleri serbestçe takdir etme yetkisi verilmiş olduğu, taraflar ve üçüncü kişilerin soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırmalara ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü oldukları, davalının hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermemesi halinde, bundan beklenen sonucun onun aleyhine doğmuş sayılabileceğinin hüküm altına alınmış olduğu görülmektedir⁹⁴⁹.

“Soybağı Tespiti İçin İnceleme” başlıklı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹⁵⁰ 292. maddeye bakıldığında ise uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkesin, soy bağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hakimin incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar vereceği, üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınmayacağı öngörülmüştür. Görüldüğü gibi bu düzenleme, hakimin, dava konusunda belli bir kanaate varabilmesi için, kişilerin vücudundan zorla alınan kan veya doku örnekleri üzerinde incelemelerde bulunulmasına imkan tanımaktadır.

Soybağının tespitinin ötesinde genel olarak keşfe katlanmak zorunluluğu HMK 291. maddede düzenlenmiş olup, buna göre taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar ve keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması halinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş, diğer taraf ise iddia edilen vakıyı kabul etmiş sayılacaktır. Keşifte illa ki kişilerin beden bütünlüğüne yönelik bir müdahale olması gerekmemektedir; beden bütünlüğüne yönelik olabileceği gibi tamamen farklı herhangi bir konuda da olabilir. Keşfe katlanılmadığı diğer durumlarda yalnızca ispat külfeti bakımından aleyhe sonuç doğmakta iken, soy bağının tespitine ilişkin düzenleme, hakimin bir zorlamada bulunmasına imkan vermektedir. Böyle olunca, TMK 284. maddesi, soy bağının tespiti davasında, vücuttan alınan dokular üzerinde genetik incelemeye izin verilmemesini aleyhe delil saymakta iken, HMK m.292, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla,

⁹⁴⁹ TÜZÜNER, s: 1150; ayrıca bkz. SOYASLAN, Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, s: 122.

⁹⁵⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No: 6100, Kabul T: 12.01.2011, RG, T: 04.02.2011, S: 27836.

herkesi, soy bağıının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda bırakmakta ve haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde, hakime incelemeyi zor kullanılarak yaptırtma yetkisi vermektedir ⁹⁵¹.

HMK düzenlemeleri uyarınca, kişilerin genetik incelemeler için doku verme zorunda kalmış olmaları bakımından olumsuz yaklaşımların bulunduğundan söz edilmektedir ⁹⁵². Ancak tırnak, saç, yanak mukozasından sürüntü alınması gibi, verici açısından gayet tehlikesiz yöntemlerle de genetik inceleme yapılabileceği gerçeği ve bu yöntemlerin vücut bütünlüğünün ihlali olarak dahi kabul edilemeyeceği yönünde bizce de haklı ileri sürüşler ⁹⁵³ ve ayrıca soybağının gerçeğe uygun şekilde ortaya konmasının sağladığı menfaat göz önünde tutulduğunda, HMK düzenlemelerinin yerinde olduğunu kanısındayız.

Böylece, soy bağıının tespitine yönelik tıbbi müdahalede bulunulurken, bu konuya ilişkin bir davanın açılmış olması, maddi gerçeğin ortaya konması için bu incelemelerin yapılmasının zorunluluk arz etmesi ve kişinin sağlığı açısından bir tehlike oluşturmaması hususlarının göz önünde tutulması gerekmektedir ⁹⁵⁴. Kişinin rızasının bulunması hukuka uygunluğu haliyle sağlayacak iken, rızanın bulunmadığı hallerde hakimnin kararının aranması gerekecektir.

II. TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUĞU İÇİN ARANAN DİĞER UNSURLAR

Genel olarak diğer ülke hukuklarında da kabul edilmiş ve bizim hukukumuzda da TBK 63 ve TMK 24. maddelerinde vücut bulmuş olan hukuka aykırılığı önleyen genel nitelikli nedenlerin yanı sıra, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için diğer bazı unsurların da bulunması gerekmektedir.

⁹⁵¹ ÖZBİLEN, s: 109, 110; TÜZÜNER, Özlem, Soy bağıının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 62, Sayı: 4, Yıl: 2013, s: 1142, 1143. Her iki hüküm arasında tutarsızlıklar olduğu, ayrıca TMK m. 284 düzenlemesinin kendi içinde de tutarsızlıklar taşıdığı ve bunun açılmış davalar üzerinde farklı etkiler yaratacağı düşünülmekle beraber, HMK düzenlemesinin sonraki hüküm olması nedeniyle, TMK m. 284 hükmünü ilga etmiş sayılacağı kabul edilmektedir. ÖZBİLEN, s: 115; Bu konuda detaylı açıklamalar, ayrıca Fransız ve İsviçre hukuklarındaki yaklaşımlar hakkında bilgi için bkz. ÖZBİLEN, s: 110- 114; TÜZÜNER, s: 1144, 1145, 1148.

⁹⁵² ÖZBİLEN, s: 114.

⁹⁵³ TÜZÜNER, s:1158.

⁹⁵⁴ TÜZÜNER, s: 1151, 1152.

Örneğin bir tıbbi müdahale o konuda yetkili olmayan bir hekim veya sağlık meslek mensubu tarafından gerçekleştirilmiş olduğu takdirde veya yetkili bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, yapılmasını haklı kılan bir endikasyon ya da kanunun öngördüğü bir amaç mevcut olmadığı takdirde ve müdahale tıp biliminin kurallarına, tıbbi standartlara uygun olmayan bir şekilde gerçekleştirildiği takdirde, hukuka uygunluğu sağlanmış olmayacaktır. Hatta bazen bu unsurlardaki eksiklikler gerçekleştirilen eylemi tıbbi müdahale olmaktan dahi çıkarmakta, vücut bütünlüğünü ihlal eden şarlatanca haksız eylemler haline getirmektedir.

Demek ki, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, genel nitelikteki hukuka uygunluk nedenlerinin ötesinde, müdahalenin tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmiş olması, tıp biliminin genel ilke ve kurallarına uygun olarak icra edilmiş olması şeklinde açıklanabilecek bazı unsurların varlığı da aranmaktadır⁹⁵⁵. Alman öğretisinde de bu unsurlar hastanın aydınlatılmış rızasının ya da varsayılan rızasının bulunması veya yasal temsilcilerin ya da bakmakla yükümlü kişilerin veya vesayet makamının izninin bulunmasının yanı sıra, endikasyonun bulunması, yani hasta için bir iyileşme beklentisi sunması ve üçüncü olarak da müdahalenin tıp bilimi ve mesleğinin kurallarına uygun ve özenle gerçekleştirilmiş olması şeklinde açıklanmaktadır⁹⁵⁶. Endikasyon unsuru, müdahalenin tıp biliminin ve mesleğinin ilke ve kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesinin bir gereği olarak da ele alınabilir. Ancak kanımızca tıp biliminin ve mesleğinin ilke ve kurallarına uygunluk dendiğinde tıbbi standartlara uygun ve icra ediliş itibarıyla *lege artis* bir müdahale şeklinde algılamak daha yerinde olacağından, endikasyon unsurunu, tıbbi müdahalenin hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmiş olması unsuruyla birlikte aynı başlık altında ele almayı tercih ettik. Zaten bir müdahalenin hukuken öngörülmüş amaçları da esasen koruma, tanı, tedavi gibi tıbbi endikasyonlara dayandırılmakta, önceki bölümlerde ele almış olduğumuz tıbbi endikasyonları bulunmayan bazı müdahaleler de psikolojik ve sosyal endikasyonlarla açıklanmakta ve hukuka

⁹⁵⁵ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 662, dn.13; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 5, 6; HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Temel Bilgiler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s: 89; HAKERİ, Tıp Hukuku Genel Kavramlar, s: 72; ZENGİN, s: 30.

⁹⁵⁶ LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 56,57, kn: 2; LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 6.

uygunluğu sağlanmaktadır. Nüfus planlaması da kanunun açıkça düzenlemiş olduğu bir amaç olarak ortaya çıkmaktadır ⁹⁵⁷.

A. Tıbbi Müdahalede Bulunma Yetkisi

Bir tıbbi müdahalenin varlığından söz edilebilmesi için, öncelikle bunun tıp mesleğini yürütmeye hukuken yetkili kılınmış bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir ⁹⁵⁸. Tıbbi müdahalelerin kişilerin yaşamı, sağlığı, beden bütünlüğü açısından oluşturabileceği olası tehlikeler göz önüne alınarak, bu tür müdahalelerde bulunma yetkisi sadece sağlık personeline ve esas itibarıyla hekime verilmiştir ⁹⁵⁹. Keza tıp kavramı da hekimi merkeze, odak noktasına oturtmaktadır. Hastalar, insan vücudu hakkında sahip olduğu kapsamlı bilgi birikimine dayanarak, şifaya kavuşma, en azından acılarının azalması beklentisiyle hekime başvurumaktadırlar ⁹⁶⁰. Ancak hekimin denetim ve gözetimi altında ya da kanunen kendilerine tanınmış yetkiler çerçevesinde, diğer sağlık meslek mensupları da tıbbi müdahalede bulunabilmektedirler ⁹⁶¹. Ayrıca tıbbi müdahalenin tanımında da sağlık çalışanları tarafından gerçekleştirilmiş olma hususu yer aldığına göre, sağlık mesleği mensupları dışında başka kişiler tarafından insan vücuduna yönelik gerçekleştirilen müdahalelerin tıbbi müdahale olarak dahi kabul edilmediği görülmektedir ⁹⁶².

⁹⁵⁷ ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6.

⁹⁵⁸ AYAN, s: 6; ÖZDEMİR, s: 44; HAKERİ, Tıp Hukuku Temel Bilgiler, s: 89; ZENGİN, s: 31; YENİDÜNYA, s: 67.

⁹⁵⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 256

⁹⁶⁰ JANDA, s: 25.

⁹⁶¹ GÖKCAN, s: 39. Tababet Kanunu'nun 47-57. maddelerini kapsayan üçüncü faslı ebelere, 63-68. maddeler arası beşinci faslı hastabakıcı hemşirelere ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Kanunun 3. maddesine sonradan eklenen değişiklikler ile de acil tıp teknisyenlerine, Türk Silahlı Kuvvetlerince yetiştirilen ve Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığına tertiplenen sıhhiye sınıfına mensup erbaş ve erlere, Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığı operasyonel unsurlarından ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Dairesi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı personelinden görevlendirilen ve ilgili eğitimi başarıyla tamamlayanlara belli koşullarla sınırlı olmak üzere acil tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisi tanınmıştır. Kanunun ek 13. maddesinde de klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraş teknikeri, elektronörofizyoloji teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeninden söz edilmiş ve görev tanımlarının yapılmış olduğu görülmektedir. Alman Hukukundaki durum için bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 70-72, s: 373, 374, kn: 590; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 9.

⁹⁶² Bununla beraber Almanya'da kişiyi sağlığına kavuşturmayı amaçlayan müdahalelerin sadece hekimler tarafından gerçekleştirileceğini öngören bir düzenlemenin olmadığından söz edilmektedir. Buna göre 25 yaşını tamamlamış ve devletten gerekli izni almış olan kişilerin Heilpraktiker (şifacı

Diğer sağlık çalışanlarına tanınmış sınırlı yetki bir tarafa, bu yetki esas olarak hekime tanınmış olduğundan ve çalışmamızın konusunu da hekimin müdahaleleri oluşturduğundan, ayrıca Tababet Kanunu ek m.13'e göre de *“Tabipler ve diş tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz.”* hükmünü de göz önünde bulundurarak, söz konusu hukuka uygunluk nedenini müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi şeklinde ele almayı tercih ettik.

1. Mesleki Koşullar

Hekim kavramı, genel bir yaklaşımla, hukuk düzeni tarafından kendisine, tıp mesleğini icra etme ve dolayısıyla tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisi tanınmış kişileri ifade etmektedir. Bu yetkinin tanınabilmesi için belirli bir eğitim süresinin başarıyla tamamlanmış olmasına ilaveten Devletin yetkili organlarından çalışma izni alınması da zorunlu kılınmıştır ⁹⁶³.

Ülkemizde hekimlik mesleğini icra edebilmek için, Tıp Fakültesi diplomasına sahip olmak ⁹⁶⁴, mesleğin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak, serbest çalışan hekimler yönünden tabip odasına kayıtlı olmak gerekmektedir ⁹⁶⁵. Tababet Kanunu'na dayanılarak hazırlanan Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinde ⁹⁶⁶ ise tıpta uzmanlık eğitimi ve uzmanlığa hak kazanma

olarak dilimize çevrilmesinin uygun olacağı kanısındaız) adı altında, geleneksel tıptan farklı alternatif yöntemleri uygulamasına izin verilmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 66, kn: 89, 90, s: 371, kn: 590. Pratikte bu şifacıların akupunktur, aromaterapi, biyorezonansterapi, homeoterapi, fitoterapi, fizyoterapi gibi alternatif uygulamalarda buldukları görülmektedir. <http://www.heilpraktiker-ausbildung.net/was-macht-ein-heilpraktiker>, Erişim T: 06.01.2018. Bu konuda kısaca Heilpraktikergesetz olarak bilinen bir kanun da bulunmaktadır. Bkz. Gesetz ber die berufsmşige Ausbung der Heilkunde ohne Bestallung, <https://www.gesetze-im-internet.de/heilprg/HeilprG.pdf>, Erişim T: 25.02.2018.

⁹⁶³ AYAN, s: 5. *Kocayusufpaşaoğlu'nun*, esasen sözleşme serbestliği zeminindeki tartışmala bağlamında, ancak bu hususa yönelik görüşleri şöyledir: *“ Bu durum özellikle, başta hekimlik ve avukatlık olmak üzere çeşitli mesleklerde, bu mesleğin icra edilmesinin yetkili mercilerden ruhsat alınmasına bağlandığı ihtimallerde karşımıza çıkar. Gerçekten o mesleği icra edebilmek için gerekli şartlara sahip olduğu yetkili merciin verdiği izinle sabit olmamış kişilerin, iş sahipleri veya hastalarla yaptıkları sözleşmeleri geçerli saymak, bir başka anlatımla, onların da bu gibi sözleşmelere taraf olabileceklerini kabul etmek, toplumu ehliyetsiz kişilerin eline teslim etmek tehlikesine yol atığından , üstün tutulması gereken kamu yararı düşüncesine açık biçimde ters düşerdi.”* KOCAYUSUFPAşAOĞLU, (KOCAYUSUFPAşAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), ř 42, s: 541, kn: 26.

⁹⁶⁴ Tababet Kanunu m. 1 (Değişik: 11/10/2011-KHK-663/58 md.): *“Türkiye Cumhuriyeti dhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”*

⁹⁶⁵ GÖKCAN, s: 132, 133; ÖZPINAR, s: 19; ÖZDEMİR, s: 44; ZENGİN, s: 31; SERT, s: 150.

⁹⁶⁶ Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği, RG T: 26.04.2014, Sayı: 28983.

koşulları ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Alman Federal Hekimlik Kuralları, hekimlik mesleğinin icrası için gerekli koşulları, onayları, izinleri, bunların geri alınmasına ilişkin hususları düzenlemektedir⁹⁶⁷.

a. Tıp Fakültesi Mezunu Olmak

Hekim olmanın şartları Tababet Kanunu ile 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu⁹⁶⁸ hükümlerine göre belirlenmektedir. Tababet Kanunu 1. maddesine göre *“Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır”*. Önceden Türk vatandaşı olma şartı da aranmakta iken 663 sayılı KHK’nın⁹⁶⁹ 58. maddesi ile bu şart kaldırılmış olup yabancı ülke vatandaşlarına da Türkiye’de hekimlik yapma imkanı tanınmıştır. Ayrıca Tababet Kanunu m.2 uyarınca⁹⁷⁰ mecburi hizmetin yerine getirilmesi ve diplomanın onaylanması aranmaktaysa da bu işlemlerin kurucu değil bildirici nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁹⁷¹.

Yabancı ülke tıp fakültelerinden alınmış diplomaların geçerli sayılabilmesi için belli koşulların varlığı aranmaktadır. Tababet Kanunu’nun 4. maddesine göre yabancı tıp fakültesinden alınmış diplomalar Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulacak bir kurul tarafından incelenerek tıp fakültelerindeki ders programı ve süreleri ile uyumlu olup olmadığı, sınavların başarılı olup olmadığı kontrol edildikten sonra Bakanlık tarafından onaylanarak hekimlik mesleğinin icrasına izin verilmekte iken, gerekli şartlar karşılanmadığı takdirde ise o hekimin, Türkiye’de bir tıp fakültesinde eksik derslerini ve öğretim sürelerini tamamlayarak tıp fakültesi öğretim üyelerinden oluşan bir kurul önünde yapılan sınavda başarılı olması

⁹⁶⁷ JANDA, s: 94; Bu husustaki detaylı açıklamalar için Bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 24-39; JANDA, s: 93-103; LAUFS, L/U, § 5 Die Rechtsquellen, s: 50-52, § 7 Medizinstudium und Arzt im Praktikum, s: 70-85; SCHLUND, Gerhard, L/U, § Die Promotion, s: 85- 92; ayrıca Federal Hekimlik Kuralları (Bundesärzteordnung).

⁹⁶⁸ Türk Tabipleri Birliği Kanunu, Kanun No:6023, Kabul T: 23.01.1953, RG T: 31.01.1953, T: 8323.

⁹⁶⁹ Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Karar S: 663, T: 11.10.2011, RG T: 02.11.2011, S: 28103.

⁹⁷⁰ TŞSİDK m. 2: *“Yukarki maddede yazılı diplomanın muteber olması için diploma sahibinin 8 Teşrinisani1339 tarih ve 369 numaralı kanun mucibince hizmeti mecburesini ikmal etmiş ve diplomasının Sıhhiye ve Muaveneti İctimaiye Vekaletince tasdik ve tescil edilmiş olması lazımdır. Tababet sanatını icra etmek istiyen askeri tabipler de diplomalarını tasdik ve tescil ettirirler. Ancak hizmeti mecburelerini ifa eyledikleri müddetçe diplomaları alıkonulan tabipler bu müddet zarfında dahi icrayı sanata mezundururlar.”*

⁹⁷¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 257; BAYRAKTAR, s: 114; ÖZDEMİR, s: 46; KIRKİT, Ecem, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s: 20.

gerekmekte, ancak bundan sonra Türkiye’de hekim olarak çalışma iznini alabilmektedir ⁹⁷².

b. Tabip Odasına Kayıtlı Bulunmak

Hekimlik mesleğinin icrası için gereken koşullardan biri de tabip odasına kayıtlı bulunmaktır ⁹⁷³. Bu şart serbest çalışan hekimler ile özel sağlık sektöründe çalışan hekimler bakımından aranmaktadır. TTB Kanunu m.7’nin “*bir tabip odası sınırları içinde sanatını icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler.*” hükmü uyarınca serbest çalışan hekimler ile özel sektörde çalışan hekimler açısından tabip odasına kayıtlı bulunmak bir zorunluluktur. Kamuda çalışan hekimler açısından ise isteğe bağlı olarak düzenlenmiştir.

c. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici ya da Sürekli Engel Hali Bulunmamak

Hekimlik mesleğini icra edebilmek için geçici ya da sürekli bir engel halinin de bulunmaması gerekmektedir. Geçici icra engeli, TTB Kanununun 38. maddesi ile düzenlenmiş Onur Kurulunun tabip odasına kaydolmayan veya kanunun kendisine yüklediği sorumlulukları yerine getirmeyenlere disiplin cezası vermesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Hekim m.39/1-c hükmü uyarınca 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men olabileceği gibi, m.39/1-d hükmü uyarınca üç defa meslekten men cezası alan hekimlerin o bölgede çalışması da yasaklanmaktadır. Her iki cezanın da m.40 uyarınca, itiraz olmasa dahi, kendiliğinden Yüksek Onur Kurulunca denetlenerek onaylanmış olması gerekmektedir. Kanunun m.49 düzenlemesi ile, geçici olarak meslekten men cezası almış hekimler, mesleklerini icra edemeyecekleri süre içinde hasta kabul etmeye devam ettikleri takdirde, çalıştıkları yerlerin kapatılacağı da hüküm altına alınmıştır.

⁹⁷² AYAN, s: 7; ÖZDEMİR, s: 46; Hekim olmanın koşulları bağlamında ilave açıklamalar için bkz. İNAL, s: 239.

⁹⁷³ AYAN, s: 8; ÖZDEMİR, s: 47; KIRKİT, s: 22, 23; YENİDÜNYA, s: 67.

Hekimlik mesleğinin icrasını sürekli engelleyen haller ise Tababet Kanunu m. 28'de ⁹⁷⁴ hüküm altına alınmıştır. Buna göre kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkum olanlar ile mesleği icra etmesine engel ve iyileşme imkanı olmayan bir akıl hastalığı olanlar da Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla tıp mesleğini icra etmekten alıkonulacaklar ve diplomaları geri alınacaktır ⁹⁷⁵. Tıp mesleğinin uygulaması ile doğrudan ilişkisi olmayan bir ceza mahkumiyetinden dolayı hekimlerin mesleğin icrasından yasaklanmaları öğretide ayrıca eleştirilmektedir ⁹⁷⁶.

Alman Hukukunda hekimin mesleğini icra etme yetki ve iznine ilişkin düzenlemeler ise, belirtilmiş olduğu gibi, Federal Hekimlik Kuralları (Bundesärzteordnung- BÄO) ayrıca Approbationsordnung für Ärzte (ÄAppO)'da yer almaktadır.

d. Uzmanlık

Hekimler uzmanlık seviyelerine göre, pratisyen hekimler ve uzman hekimler olmak üzere iki ayrı grupta toplanmaktadırlar. Pratisyen hekimler sadece tamamlamış oldukları tıp lisans eğitimine dayalı olarak mesleklerini icra etmekte iken, uzman hekimler, lisans eğitiminin tamamlanmasından sonra belirli bir anabilim dalında lisansüstü uzmanlık eğitimi görmüş kişilerden oluşmaktadır ⁹⁷⁷. Ülkemizde uzmanlık eğitimi Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

⁹⁷⁴ Tababet Kanunu m.28: "(1) Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) (1) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir. İcrayı sanat etmesine mani ve gayrikabili 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."

⁹⁷⁵ ÖZDEMİR, s: 48,49.

⁹⁷⁶ BAYRAKTAR, s: 121.

⁹⁷⁷ AYAN, s: 5; ÖZDEMİR, s: 44.

Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinde uzmanlık eğitimi “*Tıp veya diş hekimliğinde uzman olabilmek için gereken eğitim ve öğretim*”, uzman ise “*Çizelgelerde yer alan dallardan birinde uzmanlık eğitimini tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanlar*” şeklinde tanımlanmaktadır. Yönetmeliğin 27. maddesine göre ise “*Bu Yönetmelik hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar. Bu Yönetmelikten önceki mevzuata göre kazanılmış bulunan uzmanlık yetkisi ile ilgili haklar saklıdır.*” Uzman olmayan hekimlerin uzman unvan ve yetkisini kullanmaları yasaklanmış olmakla beraber, uzmanlık alanıyla ilgili bir faaliyette dolayısıyla tıbbi müdahalede bulunmaları yasaklanmamıştır. Böylece, özel tecrübe ve yeterlik gerektiren tıbbi müdahaleler açısından hekimin yetkisinin sınırlarının net bir şekilde ortaya konulmamış olduğu görülmektedir.

Bu durumda tıp fakültesinden mezun olarak hekim sıfatını kazanmış kişilerin kural olarak tıbbin bütün alanlarında tıbbi müdahale yetkisine sahip olduklarını söylemek mümkündür. Tababet Kanunu’nun 8.maddesi ⁹⁷⁸ de Türkiye’de hekimlik yapma bakımından bu kanunda gösterilen niteliklere sahip olan kimselerin genel surette hastalıkları tedavi hakkına sahip olduklarını açıklamaktadır. Kanun kural olarak uzmanlık şartını aramadığına göre, pratisyen hekimlerin de tıbbi müdahalede bulunma yetkisi vardır, yalnızca belirli bir dalda uzman olmayan hekimlerin bu unvanı kullanmaları ve kendilerini uzman olarak tanıtmaları yasaklanmıştır. Fakat kanunun 23. maddesi büyük cerrahi müdahalelerin yapılabilmesi için uzman olma şartını aramaktadır ⁹⁷⁹. Anılan madde düzenlemesine göre, genel veya lokal anestezi ile yapılan büyük ameliyatlara mutlaka bir uzman hekim ile beraber diğer bir hekim tarafından yapılması gerekmektedir ⁹⁸⁰. *Ayan*’a göre, zaruret hali dışında cerrahi müdahalelerin pratisyen hekimlerce ya da o alanın dışındaki uzman hekimlerce yapılması, yapılan işlemin tıbbi müdahale olma niteliğini ortadan kaldırmayacak olsa

⁹⁷⁸ Tababet Kanunu m.8: “*Türkiye’de icrayı tababet için bu kanunda gösterilen vasıfları haiz olanlar umumi surette hastalıkları tedavi hakkını haizdirler. Ancak her hangi bir şubei tababette müstemirren mütehassıs olmak ve o unvanı ilan edebilmek için Türkiye Tıp Fakültesinden veya Sıhhiye Vekaletince kabul ve ilan edilecek müessesattan verilmiş ve yahut ecnebi memleketlerin maruf bir hastane veya laboratuvarından verilip Türkiye Tıp Fakültesince tasdik edilmiş bir ihtisas vesikasını haiz olmalıdır.*”

⁹⁷⁹ GÖKCAN, s: 64.

⁹⁸⁰ Tababet Kanunu m.23: “*Umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler behemehal ihtisas vesikasını hamil olan bir mütehassıs ile beraber diğer bir tabip tarafından yapılmak lazımdır. Mütehassıs bulunması veya celbi mümkün olmıyan mahallerde yapılması zaruri görülen ameliyeler ile ahvali müstacele ve fevkalade bu hükümden müstesnadır.*”

da, hekimin özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebilecektir ⁹⁸¹. *Gökcan* da, büyük cerrahi girişimler yalnızca bu dalda uzman olan hekimler tarafından gerçekleştirilecek olmakla beraber, basit olağan cerrahi müdahalelerin diğer hekimlerce de icra edilebileceğini, hekimlerin uzmanlık alanları konusunda kesin bir sınır bulunmadığını ve ayırık durumlar dışında hekimlerin diğer branşlarla ilgili müdahalelerde de bulunabileceğini, fakat konunun uzmanına ulaşmak mümkün iken, uzmanlık alanıyla ilgili müdahaleye girişen başka bir hekimin bu konudaki yetersizliğinin üstlenme kusuru olarak kabul edileceğini belirtmektedir ⁹⁸².

Kanunda uzmanlık şartını arayan diğer hükümlere bakıldığında, Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun ⁹⁸³, bu kanunda belirtilen alanlarda yalnızca ilgili uzmanlık belgesini almış hekimin faaliyet gösterebileceğini öngörmekte ⁹⁸⁴, 1927 tarihli ve 992 sayılı Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanun ⁹⁸⁵ 1.maddesi de ⁹⁸⁶ uzmanlığı öngören bir düzenleme içermektedir ⁹⁸⁷. Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik ⁹⁸⁸ 13. maddesinde diyaliz sertifikalı hekimler ve nefroloji uzmanlarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

⁹⁸¹ AYAN, s: 6, 7.

⁹⁸² GÖKCAN, s: 64. “ Davacı, geçirdiği kaza sonrası davalı hastanede film çekildikten sonra doku zedelenmesi teşhisi konulduğunu, istirahat etmesine rağmen ağrıları dinmeyince başka sağlık kuruluşuna başvurduğunu ve burada ilk teşhisin hatalı olduğunu, femur kırığı nedeniyle acil ameliyat olması gerektiğinin anlaşıldığını, total kalça protezi ameliyatı olduğunu, yanlış teşhis nedeniyle zaman ve işgücü kaybettiğini ileri sürerek...”Hükme dayanak Adli Tıp Kurumu raporunda, davalı nezdinde çekilen grafide kırığın belli olduğu, ancak hastada mevcut çocuk felci rahatsızlığının doğurduğu sair sorunlar nedeniyle deneyimi olmayan pratisyen hekim tarafından bunun fark edilemeyeceği, fark edilse idi yine aynı tedavi yönteminin uygulanacak olması hasebiyle kusurun bulunmadığı’ mütalaa edilmiştir. Raporu taraf itirazlarını aydınlatır mahiyette olmamakla, hükme dayanak alınamasa da mesleki tecrübesizlikten dolayı geç teşhisin sabit olduğunu tespit etmektedir.....” Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 10929, K. 2014 / 34504, T. 05.11.2014, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

⁹⁸³ Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, Kanun No: 5153, Kabul T: 19.04.1937, RG T: 28.04.1937, S: 3591.

⁹⁸⁴ Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun m.1: “Münhasıran röntgen şuaı vasıtasıyla teşhis veya hem teşhis ve hem tedavi yahut radyom emanasyonu yahut radyom mürekkebatı veya her türlü elektrik aletleriyle tedavi yapmak için müessese açmak Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin iznine bağlıdır. m. 2. Birinci maddede adı geçen müesseseler yalnız ihtisas vesikası almış tabipler tarafından açılabilir.”

⁹⁸⁵ Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu, Kanun No: 992, Kabul T: 19.03.1927, RG T: 30.03.1927, S: 580.

⁹⁸⁶ Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunu m.1: “ Muayyen ücret mukabilinde veya meccanen (...) seriri taharriyat ve tahlilat yapılan veya masli teamüller aranılan umuma mahsus bakteriyoloji ve kimya laboratuvarları, yapılacak tahlilat ve taharriyatın cinsine göre ihtisas vesikasına malik ve Türkiye’de icrayı sanata mezun tabip, baytar, eczacı veya kimyagerler tarafından Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletinin müsaadesi istihsal edilmek suretiyle açılır.”

⁹⁸⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 259.

Üreme Yönetmeliği'nde ⁹⁸⁹ de belli uzmanlık alanında hekimlerin varlığını arayan düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Yönetmeliğin 17. madde 3. fıkrasına göre, ÜYTE ünite sorumlusunun, üremeye yardımcı tedavi konusunda Bakanlıkça onaylı sertifika sahibi kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olması, 4. fıkraya göre de, ÜYTE laboratuvar sorumlusunun, üremeye yardımcı tedavi konusunda Bakanlıkça onaylı sertifika sahibi olması aranmaktadır. Ayrıca OPU (oosit pick-up- yumurta toplama) işlemi sırasında hasta başında mutlaka bir anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanının bulunması gerekmektedir.

Genetik Tanı Merkezleri Yönetmeliği ⁹⁹⁰ 14.maddesine göre genetik tanı merkezi sorumlusunun, klinik genetik, tıbbi genetik, tıbbi biyoloji ve genetik dallarında uzman veya bilim doktoru ünvanını almış bir hekim olması gerekmektedir ⁹⁹¹.

Rahim Tahliyesi Tüzüğü m. 3, 4 ve 7'de gebeliklerin kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca sonlandırılacağı, m.10'da ise sterilizasyon işlemlerinin kadınlara kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarınca, erkeklere üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanları ile bu konuda Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerce yapılacağı öngörülmüştür. TCK'da da bu hususa önem verilmiş ve kısırlaştırma ve çocuk düşürtme gibi eylemlerin rızaya dayalı olsa bile yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilmesi suç olarak kabul edilmiştir. Böylece tüm diğer hukuka uygunluk nedenleri mevcut olsa dahi müdahalede bulunan yetkisiz hekim suçun faili haline gelmektedir ⁹⁹².

Demek ki, bazı özel müdahaleler dışında belli bir uzmanlık alanına giren tanı ve tedavilerin pratisyen hekimler, dolayısıyla da tüm uzman hekimler tarafından yapılması yönünde bir engel bulunmamaktadır. Bununla beraber, uzmanlığı

⁹⁸⁸ Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik, RG T:18.06.2010, S: 27615.

⁹⁸⁹ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, RG T: 06.03.2010, S: 27513.

⁹⁹⁰ Genetik Tanı Merkezleri Yönetmeliği, RG T: 10.06.1998, S: 23368.

⁹⁹¹ Aynı düzenlemede bu konularda uzmanlık veya bilim doktoru ünvanı olmayan, ancak bu Yönetmeliğin yayımlandığı tarihte yurtiçi veya yurtdışında bu konularda çalışmaların yapıldığı bir merkezde beş yıl veya daha fazla bir süre çalışan ve yaptıkları çalışmaları ve yayınlarını belgeleyen ve bu belgeleri Komisyonca onaylanmış kişilerin de genetik tanı merkezi sorumlusu olarak görevlendirilebileceği de öngörülmüştür.

⁹⁹² HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 256.

gerektiren ve koşulların acil olmadığı durumlarda hastanın ilgili uzmana gönderilmesi, en azından uzmandan görüş alınması gerektiği, fakat müdahalenin kanunda belli bir uzman tarafından yapılması öngörülmüş olduğu takdirde, mutlaka bu uzman tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre Rahim Tahliyesi Tüzüğü m.3 uyarınca rahim tahliyesi işlemlerinin kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından, sterilizasyon işlemlerinin kadın hastalıkları ve doğum, üroloji, genel cerrahi uzmanları tarafından, Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanununun 1. ve 2. maddeleri uyarınca radyolojik görüntülemelerin Radyoloji uzmanları, radyoterapi uygulamalarının Radyasyon Onkolojisi uzmanları, fizyoterapilerin Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon uzmanları tarafından, Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanununa göre laboratuvar uygulamalarının hekim, veteriner, eczacı veya kimyagerler tarafından yapılması gerektiği, çeşitli tanı ve tedavi merkezlerinin kuruluşları, faaliyetleri ilgili yasal düzenlemelerde öngörülen mesul müdür veya sorumlu hekimlerin yasal düzenlemelerin öngördüğü uzmanlık alanları ve nitelikleri haiz olmaları, Tababet Kanunu m. 23 uyarınca önemli cerrahi müdahalelerin biri uzman olmak üzere iki hekim tarafından yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Bir cerrah kendi uzmanlık alanı dışında ameliyat yapabilecekse de, o bilim dalına ait standartları sağlamış olması gerekmekte, aksi takdirde kendi bilgi ve becerisini aşarak hareket ettiği için hastaya özen borcunu ihlal ettiği kabul edilmektedir⁹⁹³. Görüldüğü gibi, bu konuda kısıtlamalar çok fazla olmasa da, bir tıbbi müdahalenin kanunla belli bir uzman tarafından yerine getirilmesi yönünde bir belirleme yapılmışsa, bu durumda mutlaka o uzman tarafından yapılması gerekmektedir⁹⁹⁴. HMEK'nın "Yetkinlik Dışı Faaliyet Yasağı" başlıklı 18. maddesine göre de, hekim, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlar dışında özel bilgi ve beceri gerektiren bir girişimde bulunmamalıdır.

Tüm bunlarla beraber bugün tıbbın çok süratli gelişimi ve hekimlerin her alanda bilgi sahibi olmasının beklenememesi karşısında, tıbbi müdahalelere girişecek hekimin uzmanlık alanının göz önünde bulundurulmasının daha uygun olacağı da ifade edilmektedir. Hekimden esasen kendi uzmanlık alanına ilişkin bilgilere vakıf

⁹⁹³ GÖKCAN, s: 130, 131.

⁹⁹⁴ GÖKCAN, s: 130.

olması beklenmektedir; hekimin, uzman olmadığı halde veya uzmanlık alanı dışında bir tıbbi müdahalede bulunması, üstlenme kusuruna yol açabilecektir ⁹⁹⁵, nu nedenle uzmanlık alanı dışına çıkılmaması klasik bir kural olarak özellikle vurgulanmaktadır ⁹⁹⁶. Örneğin bir kardiyoloğun göz hastasına müdahale etmesinde veya nöroşirurjiyen olmayan hekimin beyin ameliyatı yapması halinde böyle bir durum söz konusu olabilecektir. Bununla beraber bu yetki aşımı açık değilse, başka ifadeyle, ancak detaylı bir araştırma ile yetki aşımının varlığı ortaya konabiliyorsa, tıbbın karmaşık ve sürekli değişen özellikleri nedeniyle, hekimin üstlenme kusurunun olmayacağı düşünülmektedir ⁹⁹⁷.

B. Tıbbi Müdahalenin Hukuken Öngörölmüş Amaçlara Yönelmiş Olması - Endikasyon Bulunması

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmeleri için kanunla öngörölmüş bir sebebe dayanmaları ya da amaca yönelmeleri gerektiği ⁹⁹⁸, hukuk düzeninin belirtilen amaçlar dışında tıbbi müdahalelerde bulunulmasına izin vermediği ⁹⁹⁹ belirtilmekte, tıbbi müdahalelerin yöneldiği bu amaçlar da, bir hastalığın tanısını koymak, tedavi etmek, hastalığı önlemek ¹⁰⁰⁰, hafifletmek ve acıları dindirmek ve ayrıca nüfus planlaması (aile planlaması) ¹⁰⁰¹ olarak açıklanmaktadır. Böyle bir amaca yönelmemiş müdahaleler rıza olsa dahi hukuka uygun olamayacaklardır. Bir müdahalenin korumaya, tanıya, tedaviye, aile planlamasına yönelik olup olmadığı, bir başka deyişle bu amaçları gerçekleştirmek için hangi müdahalelerin icra edilmesi gerektiği ise tıbbi olarak belirlenebilecek bir husustur.

⁹⁹⁵ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 102; HAKERİ, s: 261.

⁹⁹⁶ YAVUZ, Fatih, Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s: 104.

⁹⁹⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 263.

⁹⁹⁸ AYAN, s: 9; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s:5; ÇAKMUT, Hekimler Tarafından Tutuklu, s: 233; GÜLEL, s: 587.

⁹⁹⁹ GÖKCAN, s: 39.

¹⁰⁰⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 44 Der Inhalt des Arzvertrag, s: 384, kn: 3; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 662, dn. 13; GÖKCAN, s: 134; ÖZPINAR, s: 20; AYAN, s:9; ÇİLİNGİROĞLU, s: 18, 19; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 401, 402; ERMAN, s: 202; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 35, 36, 37; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s:5,6; ÇAKMUT, Hekimler Tarafından Tutuklu, s: 234; GÜNEY TUNALI, s: 75.

¹⁰⁰¹ ÇİLİNGİROĞLU, s: 18, 19; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s:5,6; ÇAKMUT, Hekimler Tarafından Tutuklu, s: 235; GÜLEL, s: 585.

1. Tıbbi Müdahalelere Dayanak Teşkil Eden Yasal Düzenlemeler

Hukukumuzda tıbbi müdahalelerin yasal dayanağını öncelikle AY m.17/2'nin *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz"* hükmü oluşturmaktadır. Tababet Kanunu'nun hekimlerin tıbbi müdahalelerde bulunacaklarını öngören birçok düzenlemesi yanı sıra, TMK, TCK, HMK, CMK ve ilgili yönetmeliklerde söz edilen özel birtakım müdahaleler ya da önlemler bulunmakta, ayrıca Biyotıp Sözleşmesi, Nüfus Planlama Kanunu, Organ Nakli Kanunu, UHK, Kan ve Kan Ürünleri Kanunu, Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği¹⁰⁰² gibi çok sayıda düzenleme tıbbi müdahalenin yasal dayanakları arasında yer almaktadır. Bu düzenlemelerde yer alan tıbbi müdahalelerin çoğunun tanı, tedavi ya da koruma amacına yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Kanunlarda yer alıp da, ilgili kişide bir hastalık söz konusu olmaksızın belli bir durumun tespitine yönelik müdahaleler dahi, örneğin ceza hukukundan kaynaklanan müdahaleler, fiil ehliyetinin, zihinsel ve fiziksel yeterliliğin tespitine yönelik müdahaleler, bilirkişilerin tıbbi durumu, malpraktis iddiaları karşısında kusurun olup olmadığı yönünde görüş oluşturmak üzere yaptığı muayene ve değerlendirmeler, soybağının tespitine yönelik analizler gibi, esasen durumu saptamak, ne olduğunu anlamak gibi tanıya yönelik bir işlev görmektedirler.

TDN m. 13¹⁰⁰³ hükmü tıbbi müdahalelerin koruma, tanı ve tedavi amacına yönelmiş olduğunu ve hekimin bu amaçlar olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamayacağını, yine HHY'nin Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı başlıklı 12. maddesi de, tanı, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamayacağını ve talep de edilemeyeceğini belirterek tıbbi müdahalenin amaçlarını ortaya koymaktadır. Demek ki, yasal düzenlemelerin bu çerçeveyi tanı, tedavi ve koruma olarak çizdiği

¹⁰⁰² Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği, RG Tarihi: 11.05.2000 RG Sayısı: 24046

¹⁰⁰³ TDN m.13: *"Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz."*

görülmektedir ¹⁰⁰⁴. Nüfus Planlama Kanunu uyarınca aile planlaması da kanunun öngördüğü bir amaç olarak ortaya çıkmaktadır. Kanunun 2. maddesinde nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları şeklinde tanımlanmaktadır ¹⁰⁰⁵. Öğretide de dikkat çekildiği üzere ¹⁰⁰⁶, bu düzenleme, zikredilen müdahalelerin yöneldiği yasal bir amaç teşkil etmektedir. Nüfus planlaması, bir ülkenin nüfus politikası ile ilgili olarak başvurulan ve uygulanabilen tedbirlerin tümünü kapsayan, dolayısıyla aile planlamasını da içine alan daha geniş ve kapsamlı bir kavram iken, genel hatlarıyla kişilerin istedikleri zamanda ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olmaları şeklinde tanımlanan kavram ise esasen aile planlaması kavramıdır ¹⁰⁰⁷, ancak nüfus planlaması ifadesini kullanmak kanunun lafzıyla uyumlu olması açısından yerindedir ve biz de bu şekilde kullanmayı tercih ettik. Ancak, ister kanun ile uyumlu olarak nüfus planlaması ister aile planlaması ifadesi kullanılsın, sadece gebeliklerin sonlandırılması ya da gebelikten korunma değil, Üreme Yönetmeliği kapsamında düzenlenmiş ve çocuk sahibi olmak isteyen ama olamayan çiftlerin başvurdukları üremeye yardımcı uygulamalar da aile ya da nüfus planlaması amaçlı müdahaleler olarak ortaya çıkmaktadır ¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁴ Tani, tedavi ve korumanın dışında, Organ Nakli Kanunu'nun izin verdiği şekilde üçüncü bir kişinin tedavisi, Nüfus Planlama Kanunu'nun izin verdiği şekilde aile planlaması gibi amaçlarla ya da maddi hukuki gerçeğe ulaşmak üzere kanunun verdiği yetkiyle ve çizdiği çerçeveye uygun olarak da tıbbi müdahaleler yapılabilmektedir. Anayasada da tıbbi müdahaleler için, tıbbi zorunluluk dışında kanunlarda sayılan hallerden söz edilmiştir. Bu anlamda gerek TMK m.23, gerek Organ Nakli Kanunu ve Nüfus Planlama Kanunu hükümleri uyarınca da tıbbi müdahaleler hukuka uygun bulunmaktadır GÖKCAN, s: 43.

¹⁰⁰⁵ Maddenin devamında devletin nüfus planlamasının öğretimi ve uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı, nüfus planlamasının gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanacağı, gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyonun, devletin gözetimi ve denetimi altında yapılacağı, kanunun öngördüğü haller dışında gebeliğin sona erdirilemeyeceği ve sterilizasyon veya kastrasyon işlemi yapılamayacağı düzenlenmiştir.

¹⁰⁰⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s: 19; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6.

¹⁰⁰⁷ Aile planlaması 1984 yılında Mexico City'de yapılan Uluslararası Nüfus Konferansı'nda " *bütün çiftlerin ve bireylerin istedikleri sayıda çocuğa sahip olma ve doğumların arasını açmaya serbestçe ve sorumluca karar vermeleri ve bu amaçla bilgi, eğitim ve araçlara sahip olmaları*" olarak tanımlanmış ve uluslararası oybirliği ile bu yaklaşım güvence altına alınmıştır. ÖZVARIŞ, Şefkat Bahar, Doğurganlığın Düzenlenmesi, Aile Planlanmasında Temel Bilgiler, 2. Baskı, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul 2002, s: 5.

¹⁰⁰⁸ Aile planlaması hizmeti söz konusu olduğunda, hem fazla çocuk istemeyen ailelere, hem doğum aralarını açmak isteyenlere, hem de çocuk sahibi olamayan ailelere tıbbi yardım hizmetleri söz konusudur. Çocuk sahibi olmak isteyip de olamayanlara tıbbi imkanlarla yardımcı olunması aile planlamasının amaçları arasında kabul edilmektedir. ÖZYURDA, Ferda, Aile Planlaması, Aile Planlaması Ders Kitabı, Hacettepe Taş Kitapçılık, Ankara, 1992, s: 3, 4. Detaylı bilgiler için ayrıca bkz. HATCHER, Robert A / KOWAL, Deborah / GUEST, Felicia Jane / TRUSSELS, James / STEWART, Felicia / Stewart Gary K./ BOWEN, Sylvia / CATES, Williard / Çev. Ed. AKIN DERVİŞOĞLU, Ayşe, Kontraseptif Yöntemler: Uluslararası Basım, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul 1990, Aile Planlamasının Sağlık Yararları, s: 4 vd ve Nüfus ve Aile Planlaması, s: 25 vd.

2. Endikasyon

Bir müdahalenin korumaya, tanıya, tedaviye, aile planlamasına yönelik olup olmadığı ya da bir başka deyişle kanunun öngördüğü bu amaçlara yönelik olarak hangi müdahalelerin icra edilebileceği hususuna yanıt bulmaya çalışırken, tam bu noktada endikasyon kavramı gündeme gelmektedir. Endikasyon, bir tıbbi müdahalenin tıp verileri açısından gerekli veya zorunlu görülmesi olarak tanımlamakta ve tıbbi müdahalede bulunmanın haklı nedeni olarak değerlendirilmektedir ¹⁰⁰⁹. Buna göre, tıp bilimi bakımından bir kimseye tıbbi müdahalede bulunulmasının ön koşulu o kişide tedavi edilecek bir hastalığın varlığına işaret eden, ona tıbbi yardımda bulunulmasının gerekli olduğunu gösteren bir bulgunun varlığıdır ¹⁰¹⁰. Her tıbbi müdahalenin kural olarak bir endikasyona dayanması gerekmekte ve endikasyon, belirli bir tanı ve tedavi sürecinin uygulanabilmesi için, hekimin bu tedbirini haklı kılan bir nedenin bulunması şeklinde açıklanmaktadır ¹⁰¹¹. Endikasyon kısaca tıbbi gereklilik olarak da ifade edilmektedir ¹⁰¹².

Oğuzman ve Öz'e göre, tıbbi müdahalelerde en önemli hukuka uygunluk nedeni olan rızanın yanı sıra müdahalenin gerekli olması ve tıbbin kurallarına uygun şekilde yapılmış olması da aranmaktadır ¹⁰¹³. *Dural* ve birlikte *Öğüz* de tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için rızanın yanı sıra müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılması gerektiğini ifade etmektedirler ¹⁰¹⁴.

Esasen hasta bir yakınmayla hekime başvurduğunda ya da bilinci kapalı, acil bir durumda hekimin karşısına geldiğinde, hekimin anamnez ve basit klinik muayene ile ilk ulaştığı belirti ve bulgular sonucu veya örneğin sağlığı bozacağından

¹⁰⁰⁹ LAUFS, s: 17, kn: 29; GÖKCAN, s: 134.

¹⁰¹⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 416, kn: 1; LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 56, kn:1; GÖKCAN, s:58, 134; AYAN, s: 9; ÇİLİNGİROĞLU, s: 21; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 401; ÖZPINAR, s: 20; AYAN, s:9; ÇİLİNGİROĞLU, s: 21; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 401, 402; ERMAN, Barış, s: 202; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 35, 36, 37.ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s:5,6; GÜNEY TUNALI, s: 75.; GÖKCAN, s: 58.

¹⁰¹¹ LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 56, kn:1; UHLENBRUCK, L/U, s: 416, kn: 1.

¹⁰¹² GÖKCAN, s: 62.

¹⁰¹³ OĞUZMAN / ÖZ, s: 23.

¹⁰¹⁴ DURAL, Aydınlatma, s: 249; DURAL / ÖĞÜZ, s: 106, kn: 531.

şüphelenilen bir etken karşısında bazı önlemler planlanıyorsa ortaya çıkacak “*hangi müdahalede bulunulmalı?*” sorusunun cevabı endikasyon ilişkisini kurmaktadır. Bir başka deyişle endikasyon “*bir müdahalede bulunulmalı mı, bulunulmamalı mı, bulunulacaksa hangi müdahalede ya da müdahalelerde bulunulmalı ?*” gibi sorulara cevap oluşturmaktadır. Hekimin koyduğu endikasyona dayanarak yaptığı incelemeler, araştırmalar sonucu yeni birtakım bulgulara ulaşıyorsa ya da hastada yeni bir takım klinik belirtiler ortaya çıkıyorsa, bu kez yeni bir endikasyona yönelik değerlendirmeler yapılmaktadır. Buna mukabil, kimi zaman da hastanın çeşitli kaynaklardan kendi edindiği bilgiler, yapılan yönlendirmeler ya da önceden bir başka hekim tarafından yapılan açıklamalar sonrası belli bir müdahale talebiyle başvurması söz konusu olabilir. Bu kez hekimin söz konusu müdahale bakımından endikasyon, yani haklı bir sebep olup olmadığını sorgulaması ve araştırması gerekmektedir. Müdahalenin tıp biliminin ilke ve kurallarına, tıbbi standarda uygun olması unsuru ise nasıl gerçekleştirileceği ya da gerçekleştirilmesi gerektiği sorusuna cevap teşkil etmektedir. Ancak endikasyonu bulunmayan bir müdahalenin gerçekleştirilmesi ya da endikasyonun doğru konulamamış olması da bir bakıma tıp biliminin kurallarına aykırılık teşkil edeceğinden iki kavram bir şekilde örtüşmekte, tıp biliminin ilkelerine uygunluk endikasyonun varlığını da içinde barındırmaktadır. Endikasyonun varlığı, bir yandan müdahalenin hukuken öngörülmuş bir amaca yönelmiş olmasını sağlarken, aynı zamanda tıp biliminin ilke ve kurallarına uygunluğu da beraberinde getirmektedir.

Hastalıktan koruma, hastalığın tanısı, takibi, tedavisi, rehabilitasyonu, acıların hafifletilmesi gibi bir tıbbi endikasyonun bulunması halinde müdahale hukuken de meşru amaçlara yönelmiş olacaktır. Bu nedenle tıbbi müdahalelerin böyle bir amaca yönelmiş olması ya da bir başka ifadeyle endikasyonun varlığı, hukuka uygunluğu açısından gerekli unsurlardan biri olarak kabul edilmektedir ¹⁰¹⁵.

Ameliyat sırasında ortaya çıkan komplikasyon ya da malpraktis niteliğinde bir olumsuz etki yüzünden hastada hipoksik ensefalopati ¹⁰¹⁶ gelişmesi nedeniyle açılan davada Yargıtay her ne kadar bilirkişi raporundaki diğer eksiklikler nedeniyle

¹⁰¹⁵ LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 56, kn:1; UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 416, kn: 1; AYAN, s: 9; ÇİLİNGİROĞLU, s: 18, BAYRAKTAR, s: 149; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 401.

¹⁰¹⁶ Beynin oksijensiz kalması nedeniyle ortaya çıkan hasar.

bozma kararı vermiş olsa da, Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenmiş olan raporda endikasyonun varlığının da göz önünde tutulmuş olduğu görülmektedir ¹⁰¹⁷. Gebeliğin endikasyonsuz şekilde sonlandırıldığı bir başka olgu da Yargıtay kararına olmuştur ¹⁰¹⁸. Davacıların oğlunun safra kesesi taşı için yapılan invazif girişim sonrası nekrotizan pankreatit gelişerek vefat ettiği olguda da, Yargıtay'ın endikasyonun yerinde olup olmadığına özellikle önem verdiği görülmektedir ¹⁰¹⁹.

Kanunlar, ister tanı, ister tedavi ya da korumaya yönelik olsun, kural olarak tıbbi endikasyonu olan müdahalelerin yapılmasına, bir başka deyişle bir müdahalenin ancak tıbbi bir endikasyon bulunması koşuluyla yapılmasına izin vermektedir. Yalnızca bir hastalığın ortadan kaldırılmasına yönelik doğrudan önlemler değil, hazırlayıcı, tanı koydurucu veya sonraki takip amaçlı müdahalelerin de endikasyon

¹⁰¹⁷ “ Hükme esas alınan Adli Tıp Kurumunun raporunda ‘ 1984 doğumlu Fevzi'nin mitral yetersizliği, aort yetersizliği tanısı ile 04.04.2002'de operasyon olduğu, postoperatif 2.günden itibaren konfüzyon meydana geldiği, takiplerinde hepatik ensefalit düşünülerek tedavisinin düzenlendiği dosyada mevcut evrak ve MR'ların incelenmesinde hipoksik ensefalopatiye ilişkin bulgular tespit edilmesine rağmen tıbbi evrak içinde bu durumun nedenini açıklayacak kayıt bulunmadığı, nörolojik tablo oluşana kadar kalp kapak hasarının endikasyon ve teşhisinde tıp kurallarına aykırı bir husus tespit edilmediği, hastanın %100 meslekte kazanma gücünü kaybettiği mütalaa edilmiştir.” Yargıtay 13 HD., E. 2011 / 16489, K. 2012 / 1672, T. 01.02.2012, GÖKCAN, s: 1244.

¹⁰¹⁸ “ Davacılar Gülcan, göğüs kafesinin sol kısmındaki rahatsızlık nedeniyle 04.04.2004 tarihinde doktora başvurduğunu, MR çekilmesinin istenmesi üzerine davalı şirketin görüntüleme merkezine gittiğini, çekim sonrasında davalı doktor M tarafından düzenlenen 05.04.2004 tarihli raporda karaciğerinde kitle bulunduğunun belirtildiğini, doktoru tarafından ileri tetkik için Ankara'ya sevk edildiğini, burada çekirilen bilgisayarlı tomografi sonucunda karaciğerinde herhangi bir kitle bulunmadığının tespit edildiğini, Ş.Urfa'ya döndüğünde özel bir tıp merkezinde yaptırdığı test sonucunda yedi haftalık gebe olduğunu öğrendiğini, çocukları olmadığı için yedi yıldır tedavi gördüğünü, ancak çekilen MR ve tomografi nedeniyle bebeğin sakat doğma ihtiamli bulunduğu söylenerek mutlaka aldırması gerektiğinin ifade edildiğini, bu nedenle bebeği aldırma zorunda kaldıklarını.....Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'nun 11.04.2008 tarihli raporunda davacı Gülcan'ın 22.04.2004 tarihinde üst batın tomografisi çekildiğinde yedi haftalık gebe olduğu, adet gecikmesi şikayetinin bekleneneği, Dr.AA tarafından rapor edilen grafilerin incelenmesinde karaciğerde kitle görünümünün bulunmadığı, kitle olarak tanımlanan görünümün mide- barsak segmentlerine ait görüntülerle uyumlu ve normal sınırlarda olduğu, nitekim 14.04.2004 tarihli batın BT incelemesinde de normal sınırlarda çıktığı, bu cihetle Dr.MA'nın eyleminde eksiklik bulunduğu, bu eylemin kişiye BT çekilmesine sebebiyet verdiği, ancak kişiye çekilmiş olan batın BT tetkiki ile maruz kaldığı radyasyon miktarının 1.18 m Gy ışın dozu olduğunun tespit edildiği ve bu dozun 5 m Gy altında olup tek başına tıbbi gerekçeli abortus endikasyonu oluşturmayacağı ve isteğe bağlı rahim tahliyesi uygulandığı oy birliğiyle mütalaa edilmiştir. Bu rapordan da anlaşılacağı üzere davalı doktorun raporu üzerine başka bir görüntüleme merkezinde çekirilen BT tetkiki ile maruz kalınan radyasyon miktarı, davacı Gülcan'ın salt bu nedenle bebeğini aldırmasını gerektirecek dozda değildir.” Yargıtay 13 HD., E. 2009 / 7607, K. 2009 / 13668, T. 23.11.2009, GÖKCAN, s: 1292.

¹⁰¹⁹ “ Her üç raporda da, hastada gelişen pankreatitin uygulanan... yönteminin komplikasyonu olduğu hususunun vurgulandığı açıktır. Uyuşmazlık, tıbbi tahlil ve raporlarla hastada belirtilen rahatsızlığa... yönteminin uygulanıp uygulanamayacağı yani endikasyonunun yerinde olup olmadığı, ayrıca bu yöntemden daha az riskli başkaca yöntemlerin uygulanıp uygulanamayacağı noktasında toplanmaktadır.” Yargıtay 13 HD., E. 2015 / 439, K. 2016 / 1058, T. 21.01.2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

içermesi gerektiği kabul edilmektedir. Endikasyon, muayeneler, tahliller, görüntülemeler gibi tanıya yönelik işlemlerde, aşılama, tarama testleri gibi koruyucu önlemlerde, ameliyatlar, ilaç tedavileri, ışın tedavileri, psikoterapiler vb. gibi tedaviye yönelmiş müdahalelerde, kısaca tüm tıbbi müdahalelerde aranmaktadır. Ayrıca doğrudan hastalığın ortadan kaldırılmasına yönelik olmayan ancak hastanın acılarını azaltan, genel durumunu düzelten, yaşam kalitesini yükselten müdahaleler de tedavi kapsamında ele alınmakta ve dolayısıyla bu müdahaleler bakımından da endikasyon aranmaktadır ¹⁰²⁰. TDN m. 14 hükmü ile de, hekimin, hastanın vaziyetinin gerektirdiği özeni göstermekle ve hastanın yaşamını kurtarmanın ve sağlığını korumanın mümkün olmadığı hallerde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla yükümlü olduğu ortaya konmaktadır. HMEK da terminal dönemdeki hastalara her türlü insani yardımın yapılması ve çekilen acıların olabildiğince azaltılmaya çalışılmasını öngörmüştür. Demek ki, palyatif önlemlerin de acıları azaltmaya, yaşam kalitesini yükseltmeye yönelmiş olması gerekmekte ve böylelikle sözü edilen meşru amaçlar da yerine gelmektedir.

Bu bağlamda değinilmesi gereken hususlardan biri de hastalık kavramıdır. Hastalık genel anlamda bedensel veya ruhsal olarak normal dışı bir durum, bedensel veya fiziksel olarak doğal vücut fonksiyonlarından sapma olarak tanımlanabilir ¹⁰²¹. Oysa ki, tıbben bu hastalık tanımına uymayan, tıbben hastalık sayılmayan birçok durumda da, örneğin yaşlılığa bağlı zorluklar, gebelik, menstruasyon problemleri, çocuk isteği, gebelikten korunma, cinsel bozukluklar, organ vericisi olma gibi durumlarda da hekim tarafından tıbbi müdahalede bulunulması söz konusu olmaktadır ¹⁰²². Dolayısıyla hastalık olarak tanımlanamayacak olmakla beraber tıbbi yardım gerektiren pek çok fizyolojik süreçte de kişiye yönelik el atmaların bir endikasyona dayanması gerekmektedir ¹⁰²³.

3. Tıbbi Endikasyonu Olmayan Müdahaleler

Her ne kadar tıbbi müdahalelerin kural olarak bir endikasyona dayanması gerekmekte ise de, her müdahalede mutlak bir tıbbi endikasyonun olmadığı, estetik ameliyatlar gibi tıbbi endikasyonu bulunmayan ya da psikolojik nedenlere

¹⁰²⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 417, kn: 8, s: 418, kn:9; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 402.

¹⁰²¹ UHLENBRUCK, L/U, § 44 Der Inhalt des Arzvertrag, s: 385, kn: 3;

¹⁰²² UHLENBRUCK, L/U, § 44 Der Inhalt des Arzvertrag, s: 385, kn: 3, s: 386, kn: 5.

¹⁰²³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 402.

dayandırılan müdahalelerin de gerçekleştirilmekte olduğu ve böylece psikolojik endikasyonların varlığının da kabul edilmekte olduğu görülmektedir ¹⁰²⁴. Örneğin kan bağıışı, canlıdan organ nakli gibi üçüncü kişiler yararına yapılan müdahalelerde verici açısından tıbbi endikasyon bulunmamaktadır; aile planlaması amacıyla isteğe bağlı sterilizasyon (kısırlaştırma) ameliyatları, ilk on hafta içinde gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması, isteğe bağlı sezaryen, güzelleşme amaçlı estetik operasyonlar, genetik incelemeler, prenatal testler, inseminasyon, in vitro fertilizasyon, embriyo transferi gibi yardımcı üreme yöntemleri vb. müdahalelerin doğrudan hastanın iyileşmesine yönelik olduğundan ve tıbbi açıdan endike olduklarından söz etmek mümkün değildir ¹⁰²⁵. Bu durumda, doğrudan koruma, tanı ve tedavi amacı gütmeyen yani açık tıbbi endikasyonu bulunmayan böyle müdahalelerin tümüyle hukuka aykırı olduğu yönünde bir sonuca varmak mümkündür. Oysa ki ahlaka aykırı olmadığı sürece tıbbi endikasyonu bulunmayan bu müdahalelere de izin verildiği ve yaygın şekilde uygulanmakta oldukları görülmektedir ¹⁰²⁶. Bununla birlikte endikasyonu tartışmalı olan böyle müdahalelerin çoğunda belirsizlik ortadan kaldırılarak kanunlarda da tanımlanmış oldukları dikkat çekmektedir. Dolayısıyla doğrudan bir tanı, tedavi ve koruma amacı olmasa yani tıbbi endikasyonu bulunmasa dahi, kanunun açıkça verdiği izinle de böyle müdahaleler hukuka uygun hale gelmektedir ¹⁰²⁷.

Nüfus Planlama Kanunu, kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları amacıyla ¹⁰²⁸, 10 haftanın altındaki gebeliklerin herhangi bir

¹⁰²⁴ UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 417, kn: 4. Eskiden yaygın olan görüşe göre, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için, tıbbi endikasyonun bulunması, tıp bilimi ve sanatının kurallarına uygun olarak gerçekleşmiş olması ve hastanın rızasının bulunması ön koşul olarak ele alınmaktaydı. Tıbbi endikasyon hekimin gerçekleştirmekte olduğu müdahalenin esaslı unsuru olarak görülmekteydi. Doğrudan iyileşme amacına hizmet etmeyen bir müdahale tedavi kavramına bile dahil edilmemekteydi. İyileşme amacı yaşamın korunması, acıların, gelişimsel ya da diğer bozuklukların ortadan kaldırılması, şekilsizliklerin neden olduğu ruhsal bozuklukların ortadan kaldırılması ya da azaltılması olarak algılanmakta idi. Ancak modern tıbbın özellikle cerrahinin imkanları sayesinde tıbbi müdahaleler tedavi ve iyileşme amacından uzaklaşmıştır. UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 417, kn:7.

¹⁰²⁵ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die Pflicht zur Indikationsstellung s: 418, kn: 2.

¹⁰²⁶ UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 416, kn: 4, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 418, kn: 9; DETTMAYER, s: 214, 227.

¹⁰²⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 331; ERMAN, Barış, s: 200.

¹⁰²⁸ Nüfus Planlama Kanunu 1.maddesine göre kanunun amacı nüfus planlamasının esaslarını, gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon ameliyelerini, acil müdahale halleri ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların temin, imal ve saptanmasına ilişkin hususları düzenlemektir. Nüfus Planlama Kanunu 2. maddesinde ise nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları şeklinde tanımlanmaktadır.

tıbbi endikasyon aranmaksızın isteğe bağlı sonlandırılabilmesine izin vermektedir¹⁰²⁹. Bununla birlikte on haftanın üzerindeki gebeliklerde tıbbi endikasyon da aranmaktadır. Rahim Tahliyesi Tüzüğü'ne ekli 2 sayılı liste ile gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen anne ve fetus kaynaklı tıbbi endikasyonlar gruplar altında madde madde sayılmıştır. Genel olarak tıbbi müdahalelerde endikasyonlar tıp biliminin verilerinin somut duruma uyarlanması ile konurken ve ayrıca kanunla düzenleme yoluna gidilmemişken, gebelik sonlandırmalarına yönelik olarak böyle bir yöntemin tercih edilmesi, kanımızca 10 haftadan büyük gebeliklerde keyfi sonlandırmaların önüne geçebilme düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Ancak söz konusu ek 2 sayılı listede yer alan maddelerle birebir uyuşmayan durumların varlığında kimi zaman sorun ortaya çıkmakta, sonlandırma kriterleri ile bağdaşmayan özürlü bir çocuğun istenmeyen doğumu halinde hekim haksız yere sorumluluk iddialarıyla karşılaşabilmektedir.

Kanunda kısırlaştırma ve doğum kontrolüne yönelik uygulamaların da düzenlenmiş oldukları görülmektedir. Bu müdahalelerde, yasal olarak düzenlenmiş olmanın yanı sıra psikolojik endikasyonların bulunduğunu da söylemek mümkündür. Herhangi bir tıbbi zorunluluk olmasa dahi, Nüfus Planlama Kanunu ve Rahim Tahliyesi Tüzüğü, çocuk sahibi olmak istemeyen kadınların ve erkeklerin, istekleri üzerine sterilizasyon işlemi yaptırmalarına izin vermektedir. Bir ameliyatın seyri sırasında ortaya çıkan zorunluluk durumunda rıza bulunmaksızın gerekli kastrasyon

¹⁰²⁹ Nüfus Planlama Kanunu m.5 (Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir) ve bu kanuna bağlı çıkarılan Rahim Tahliyesi Tüzüğü 13. maddesi uyarınca (Rahim Tahliyesi Tüzüğü m. 3: Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir.) ayrıca bir hukuka uygunluk nedeni olarak endikasyonun varlığı aranmaksızın, kanunun verdiği yetkiye ve gebe kadının ve gerektiğinde ilgili diğer kişilerin, rızasına ve iznine dayanarak 10 haftanın altındaki gebelikler sonlandırılabilir. On haftanın üzerindeki gebeliklerde de kural olarak gebe kadının ve gerektiğinde ilgili diğer kişilerin rızası aranmakta, ancak bunun yanı sıra ilave bir hukuka uygunluk nedeni olarak tıbbi endikasyonun da bulunması gerekmektedir. Rahim Tahliyesi Tüzüğü'ne ekli 2 sayılı liste ile gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen anne ve fetus kaynaklı durumların, yani tıbbi endikasyonların açıkça gruplar halinde sıralandığı görülmektedir. Diğer tıbbi müdahalelerde endikasyonlar tıp biliminin verilerinin somut duruma uyarlanması ile konurken ve kanunla ayrıca düzenleme yoluna gidilmemişken, gebelik sonlandırmalarında endikasyonların da kanunla düzenleme yolunun tercih edilmesi, kanaatimizce hasta ile hekimin keyfi sonlandırmalara yönelik işbirliği yapabilecekleri endişesinden kaynaklanmaktadır. Ancak söz konusu ek 2 sayılı listede yer alan maddelerle birebir uyuşmayan durumların varlığında sorun ortaya çıkmakta, özürlü bir çocuğun istenmeden doğumu halinde de kimi zaman hekim haksız yere sorumluluk altına sokabilmektedir.

işleminin yapılabileceği de aynı maddenin devamında öngörülmüş olmakla ¹⁰³⁰ beraber, rıza olsa dahi, tıbbi endikasyon olmaksızın kastrasyon ameliyatının yapılamayacağını söylemek mümkündür.

Sterilizasyon kural olarak tıbbi endikasyonu bulunmayan, ancak daha fazla çocuk sahibi olmak istemeyen kişilerin istekleri ile, bir başka deyişle aile planlaması amacıyla gerçekleştirilen bir cerrahi müdahaledir ve bu durum sosyal bir endikasyon olarak da ele alınabilmektedir. Doğrudan bir tıbbi endikasyonu bulunmasa dahi, 10 haftadan küçük gebelik sonlandırmalarına benzer şekilde, kanunun verdiği izne dayanarak gerçekleştirilebilmektedir. İstisnai olarak, gebe kalması tıbbi açıdan mutlak tehlike oluşturacak bir kadına yapılacak sterilizasyon işleminin tıbbi endikasyona dayandığı söylenebilir. Bu durumda da hastanın rızası elbetteki bulunmalıdır ¹⁰³¹.

Aile planlamasına yönelik en basit uygulamalar olarak, hekimlerin, gebelikten korunmak isteyen kadınlara çeşitli hormonal ilaçlar reçete etmeleri, cilt altı implant ya da rahim içi araç uygulamaları durumunda da, bu yöntemlerin ayrık haller hariç tedavi etmeye yönelik bir etkileri bulunmamakla beraber, kanunen öngörülmüş nüfus planlaması (aile planlaması) amacına yönelmiş olmaları hukuka uygunluklarını sağlamaktadır.

Yardımcı üreme teknikleri doğrudan bir hastalığın tedavisine yönelik olmamakla yani açık bir tıbbi endikasyonu bulunmamakla beraber, çocuk sahibi olamamanın kişilerin ruh sağlığı üzerinde yarattığı olumsuz etkiler dikkate alındığında, bu müdahalelerin de psikolojik endikasyona dayandırılmaları mümkündür. Organ ve doku nakillerinde verici açısından tedavi edici bir nitelik, herhangi bir tıbbi endikasyon bulunmamakla beraber, üçüncü kişi yani alıcı açısından tedavi edici, hatta daha yerinde bir ifadeyle yaşam kurtarıcı niteliği bulunmaktadır.

¹⁰³⁰ Nüfus Planlama Kanunu m.4/3: *“Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.”*

¹⁰³¹ Kısırlaştırma operasyonu hastanın bu yönde bir talebi ve açık rızası olmadan gerçekleştirilemeyecek iken, başta doğum sonrası ortaya çıkan acil durumlar olmak üzere zorunluluk ve ameliyatın genişletilmesi şeklinde ortaya çıkabilen rahim alınması (histerektomi) durumları, yaşamı kurtarmaya yönelik açık tıbbi endikasyonla gerçekleştirilen ama aynı zamanda kişinin üreme yeteneğinin ortadan kalkmasını dolayısıyla yine farklı bir yolla da olsa sterilizasyonu temin eden müdahalelerdir. Yapılan işlem kısırlaştırma(sterilizasyon) prosedürü olmamakla beraber, hasta sonuçta kısır hale gelmektedir. Kastrasyon ise tıbbi endikasyonu olmadan gerçekleştirilemeyecek bir müdahaledir.

Dolayısıyla canlı vericiden organ ve doku nakillerinde verici açısından değer verdiği birinin yaşamını kurtarmış olmanın getirdiği vicdanı tatmin duygusunu psikolojik ve kısmen sosyal endikasyon olarak yorumlamak mümkünken, alıcı açısından tedaviye yönelik çok net bir tıbbi endikasyonun varlığı kuşkusuzdur.

Dış görünüşü etkileyen yapısal bozukluklarda, şayet hasta görünümü nedeniyle ruhsal açıdan etkileniyor, acı çekiyorsa, yapılan müdahalenin, estetik ameliyatın iyileştirmeye, tedaviye yönelik olduğu ve tıbbi endikasyonun bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak sadece güzelleşmek için yapılan müdahalelerde herhangi bir tedavi amacı ve dolayısıyla tıbbi endikasyon da bulunmamaktadır ¹⁰³². Yine tıbbi endikasyonu olmadığı halde, dinsel ya da geleneksel nedenlerle uygulanan sünnet, hem genel toplum kuralları gereğince (sosyal endikasyon) hem de kanunda sünnet ve 2014 yılında ilga edilmekle beraber sünnetçiler hakkında özel düzenlemelerin ¹⁰³³ yer alması nedeniyle hukuka uygun kabul edilmektedir ¹⁰³⁴. Diğer bir yazar ise, sünnetin koruma amacına yönelik müdahale olduğu görüşündedir ¹⁰³⁵.

Sünnet sırasında hastanın zarara uğradığı iddiası ile açılan davalarda, hekimin kusuru yönünden değerlendirmeler yapılmakla birlikte endikasyonun olup olmadığının tartışma konusu yapılmadığı görülmektedir ¹⁰³⁶. Toplumun büyük

¹⁰³² UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 416, kn: 4.

¹⁰³³ Tababet Kanunu m. 3 : “...Yukarki maddelerde zikredilen tabip diplomasını ve fenni, cerrahi veya şubatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaiki lazimeyi haiz olmıyan hiç bir kimse hiç bir ameliyei cerrahiye icra edemez. Cerrahii sağıreye ait ameliyat ile sünneti her tabip yapabilir. (Ek cümle: 2/1/2014–6514/20 md.) Ancak, olağanüstü ve istisnai hâllerde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek eğitimi alan kimseler tarafından hekim gözetiminde sünnet ameliyesi yapılmasına Bakanlıkça izin verilebilir...” Kanunun sünnetçilere yönelik 4 Faslı 02.01.2014- tarih ve 6514 sayılı kanununun 26. maddesi ile ilga edilmiştir.

¹⁰³⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 406; ERMAN, Barış, s: 204; Sünnet müdahalesine kendi iradesiyle karar verebilecek olgunluğa erişmiş kişi üzerinde zorla müdahalede bulunulması durumunda, rıza olmadığı için, müdahale de hukuka aykırı olacaktır. Bkz. age.

¹⁰³⁵ ÇİLİNGİROĞLU, s: 18.

¹⁰³⁶ Nitekim, bu müdahale nedeniyle çocuğun zarara uğradığı iddiasıyla açılmış olan davalarda, kusurun olup olmadığı araştırılmakla beraber, esasen açık tıbbi endikasyonu bulunmasa dahi, endikasyonun tartışma konusu olmadığı görülmektedir: “ Davacılar küçük Eralp’in 18.01.2006 tarihinde davalı doktor tarafından sünnet edildiğini , hatalı sünnetten kaynaklanan sağlık sorunları yaşadıklarını, bir başka hastanede yeniden operasyon geçirmek zorunda kaldığını, buna rağmen tam olarak sağlığına kavuşamadığını, çocuğun psikolojisinin bozulduğunu,Adli Tıp tarafından evrak üzerinden yapılan incelemede çocuğun penisinin işlevinde sünnete bağlı gelişen patolojik bulgu olduğu, sünnetin komplikasyonu olduğu tespit edilmiş ise de, sünnetten sonra gerçekleşen durumla ilgili davalıların kusurlarının olup olmadığı, küçükte kalıcı bir şekil bozukluğu ya da sağlık sorunu yaratıp yaratmadığı konusunda açıklamada bulunulmamıştır.....” Yargıtay 13 HD., E. 2009 / 1759, K. 2009 / 7369, T. 28.05.2009, GÖKCAN, s: 1240; “Olay tarihi 10.08.1985 gününde, davalının davacının oğlunu sünnet ederken 8/8 oranında kusurlu davranışıyla uzuv tatili niteliğinde olmak üzere totale yakın penis amputasyonuna neden olduğu ve ceza mahkemesince de tedbirsizlik ve dikkatsizlik

kesiminin ülkemizdekinden farklı bir dine mensup olmaları nedeniyle, sünnet, Alman Hukukunda endikasyonu tartışılan bir müdahale olmakla beraber ¹⁰³⁷, bu ülkede de Medeni Kanuna eklenen “*Erkek Çocuğun Sünneti*” başlıklı 1631 d paragrafı ile yasal bir zemine kavuşmuştur, ancak hekim ya da sağlık çalışanı olmayan kişilere de tıbbın kurallarına uygun olmak koşuluyla müdahale yetkisi verilmiş olması dikkat çekmektedir.

Henüz deneme aşamasında müdahale olarak ele alınabilecek olan kompozit doku nakillerinde, bazı durumlarda tıbbi endikasyon da bulunmakla beraber çoğunlukla psikolojik endikasyonların ağır bastığını söylemek mümkündür. Bilimsel açıdan henüz tam oturmamış uygulamalar olmaları da dikkate alındığında, Sağlık Bakanlığı’nın Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesinde yapılacak her nakil türüne ilişkin endikasyonların, Bakanlıkça hazırlanan ve Bakanlık resmi internet sayfasında yayınlanan endikasyon listesinde belirtileceği öngörülmüştür. Son derece ciddi risk ve komplikasyonları söz konusu olan bu müdahalelerde endikasyonların açıkça ortaya konarak riskli uygulamalardan göreceli kaçınılmasının amaçlandığı düşünülebilir. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğüne kompozit doku nakilleri için endikasyon ve kontrendikasyon teşkil eden durumlara ilaveten donör dahil etme ve dışlama kriterleri de yayınlanmıştır ¹⁰³⁸.

Demek ki, müdahalelerde tıbbi olmasa da en azından sosyal veya psikolojik bir endikasyonun bulunması gerektiği, endikasyonun tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için bir koşul olduğu ve sadece rızanın varlığının bu boşluğu doldurur nitelikte olmadığı, ancak yasal bir düzenleme ile endikasyonu bulunmayan müdahalelerin de hukuka uygunluğuna imkan sağlanabileceği, böyle bir düzenleme sonrası müdahalenin artık kanun hükmünün icrası niteliğinde olacağı belirtilmektedir ¹⁰³⁹.

sonucu yaralamaya sebebiyet verme suçundan mahkumiyetine karar verildiği uyuşmazlık konusu değildir.davalının olaydaki kusur derecesi gözetildiği takdirde, mahkemece takdir olunan manevi tazminat miktarı az bulunmuştur.” Yargıtay 13 HD., E. 1987 / 6626, K. 2987 / 6518, T. 25.12.1987, GÖKCAN, s: 1241.

¹⁰³⁷ Örneğin bkz. Köln Eyelet Mahkemesi’nin Sünnet İle İlgili Kararı (Çev. YUMAK, Semih), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2013, S: 104, s: 433-440.

¹⁰³⁸ Bkz. Kompozit Doku Nakli Endikasyon Listesi, <http://iyiklinikuygulamalar.omegacro.com/kompozit-doku-nakli-endikasyon-listesi>, Erişim T: 13.02.2018.

¹⁰³⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 407.

C. Müdahalenin Tıp Biliminin İlke ve Kurallarına Uygun Olarak Gerçekleştirilmesi

1. Genel Olarak

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için, tıp biliminin ve mesleğinin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun şekilde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir ¹⁰⁴⁰. Nitekim “*Tıbbi Malpraktis*” ya da “*Tıbbi Uygulama Hatası*” , Dünya Tabipler Birliğinin 1992 yılında Marbella’daki 44. Genel Kurulu’nda da “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” olarak tanımlanmıştır ¹⁰⁴¹.

Endikasyon da öğretilerde bazı görüşlerce ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınmaktaysa da ¹⁰⁴², müdahalenin tıp biliminin genel ilke ve kurallarına uygun olarak yapılması koşulu altında ele alınabileceği de kabul edilmektedir ¹⁰⁴³. Biz ise endikasyonları kısaca tanı, tedavi, koruyucu önlem şeklinde kapsayan genel çerçevenin esasen yasal düzenlemelerle de belirlenmiş olduğu düşüncesinden hareketle, bu konuyu, bir önceki bölümde, *Tıbbi Müdahalenin Hukukun Öngörülmesi Amaçlarına Yönelmiş Olması* unsuru ile aynı başlık altında ele almayı tercih etmiştik.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için tıp bilimi ve mesleğinin ilke ve kuralları doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekmektedir ¹⁰⁴⁴. Müdahale hastanın

¹⁰⁴⁰ LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 57, kn: 2; BROX / WALKER, Besonderes, s: 333, kn: 12; DURAL / ÖĞÜZ, s: 112, kn: 556; AYAN, s:12; ÇİLİNGİROĞLU, s: 33; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 320; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6; GÖKCAN, s: 136; YILMAZ, s 6; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s:38; ÇAKMUT, Hekimler Tarafından Tutuklu, s: 235; SÜTLAŞ, s: 82; ZENGİN, s:43.

¹⁰⁴¹ HANYALOĞLU, Ayşe Gül, Malpraktis, Hekimler için Hukuksal Yaklaşım ve Sigorta Rehberi, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul 2011, s: 1; İNAL, s: 822; Tıbbi malpraktis kavramı hakkında bkz. KOYUNCU, s: 76 vd; HANCI, Hamit, Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005; POLAT, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

¹⁰⁴² LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 56, 57, kn:1

¹⁰⁴³ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, s: 255, 256; ÜNVER, Yener, Tıbbi Standart, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 37.

¹⁰⁴⁴ LAUFS, L/U, 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns s: 57, kn: 2; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 97; DURAL / ÖĞÜZ, s: 112, kn: 556; ÜNVER, Tıbbi Standart, s: 37; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6; ÇAKMUT, Hekim Tarafından Tutuklu, s: 235, 236; GÖKCAN, s:136, 137, AYAN, s:12; ÇİLİNGİROĞLU, s: 33; YILMAZ, s 6; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s: 38; SÜTLAŞ, s: 82; ZENGİN, s:43; “*Doktor tıbbi faaliyetlerde bulunurken, mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde doktor tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kururunun varlığı kabul edilmelidir.*” Yargıtay, 13 HD., E. 1993 / 131, K. 1993 / 2741, T.

rızasına dayanarak, yetkili bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş, tanı, tedavi, korunma, aile planlaması vb. kanunda öngörülen bir amaca yönelmiş ve müdahalenin yapılmasını haklı kılan bir endikasyon bulunsa dahi, tıbbın kurallarına aykırı olduğu takdirde, hukuka uygunluğu yine de sağlanamayacaktır¹⁰⁴⁵. Örneğin bir hastada belli bir ameliyatın yapılması yönünde cerrahi endikasyon doğru konmuş, hastanın aydınlatılmış rızası alınmış, ameliyat yetkili cerrahi uzmanı tarafından yapılmış olsa dahi, şayet tıbben geçerli olmayan bir teknik uygulanmış ya da geçerli bir teknik yanlış şekilde uygulanmışsa, artık bu cerrahi müdahale hukuka uygun sayılmayacaktır. Nitekim *Tandoğan*'a göre de, bir ameliyat usulüne uygun yapılmamışsa sorumluluk doğmaktadır¹⁰⁴⁶. *Oğuzman* ve *Öz* de müdahalenin tıbben gerekli olması ve hastanın rızası ile gerçekleştirilmesinin yanı sıra tıbbın kurallarına uygun şekilde yapılmış olmasını da aramaktadırlar¹⁰⁴⁷.

Tıbben doğruluğu ve geçerliliği ortaya konmamış yöntemlerin hastaya uygulanması söz konusu olamaz¹⁰⁴⁸. Nitekim Biyotıp Sözleşmesi'nin mesleki standartlar başlıklı 4.maddesi, araştırma dahil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerektiğini açıkça düzenlemektedir. Yargıtay da kararlarında, Biyotıp Sözleşmesi'nin anılan düzenlemesine atıfta bulunmaktadır¹⁰⁴⁹.

05.04.1993, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; "... üniversitelerin ilgili anabilim dallarından ve özellikle ortopedi ve travma uzmanlarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile, gerçekten ilk müdahale ve davalı doktorun beyanı ile ifade edildiği üzere takılan K telinin ne kadar süre kalmasının uygun olduğu, bu tel ile birlikte verildiği söylenen fizik tedavinin uygulanmasının yerinde olup olmadığı, tıbbi belgesi bulunmayan sonraki operasyonlar için uygulanan yöntemlerin zorunlu olup olmadığı hususlarında taraf savunmaları, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığı...." Yargıtay 13 HD., E.2008 / 6139, K. 2009 / 784, T. 29.01.2009, GÖKCAN, s: 1204; " O halde mahkemece yapılacak iş, üniversitelerin ilgili anabilim dallarından ve özellikle onkoloji uzmanlarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile dosyadaki hastanede tutulmuş dosya ve kayıtlar, taraf savunmaları, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren" Yargıtay 13 HD., E. 2012 / 10903, K. 2012 / 16138, T. 20.06.2012, GÖKCAN, s: 1271.

¹⁰⁴⁵ GÖKCAN, s: 137.

¹⁰⁴⁶ TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, s: 32.

¹⁰⁴⁷ OĞUZMAN / ÖZ, s: 23.

¹⁰⁴⁸ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 18, kn: 16: ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6,7.

¹⁰⁴⁹ "Yine 04.04.1997 tarihinde imzalanan ve 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren Avrupa Biyotıp Sözleşmesi de iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olup, sözleşmenin amaç başlıklı 1.maddesi bu sözleşmenin tarafları tüm insanların hayatını ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler, yine

TDN m.13'ün, tabip ve diş tabibinin, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyacağını ve gereken tedaviyi tatbik edeceğini öngören, tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedaviyi yasaklayan hükmü ile de bu durum açıkça ortaya konmaktadır. HHY m.11 uyarınca, *“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.”* HMEK m.12 uyarınca da *“Hekim mesleğini yerine getirirken, bilimsel ve çağdaş tanı ve tedavi yöntemleriyle koruyucu hekimlik ilkelerini göz önünde bulundurur, hastalarının tanı ve tedavisinde bilimsel olmayan yöntemleri uygulayamaz.”*

Görüldüğü gibi, hekimin başvuracağı yöntemi seçerken tıp biliminin gereklerine uygun hareket etmesi, tıbben kabul edilmeyen ya da kanıtlanmamış yöntemlere başvurmaması gerekmektedir¹⁰⁵⁰. Hekimin hastalığın tanısını koyduktan sonra, tedavi için en uygun yöntemi seçip uygulaması, bu seçimi yaparken de hastanın fiziksel ve ruhsal durumunu göz önünde tutarak, somut duruma göre zararlı etkileri ve riski en az ve başarı şansı en yüksek yöntemi tercih etmesi gerekmektedir¹⁰⁵¹.

4.maddesinde ise ‘araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir’ düzenlemesi mevcuttur” Yargıtay 13 HD., E. 2012/ 13928, K. 2012 / 17023, T. 03.07.2012, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; “Yine 04.04.1997 tarihinde imzalanan ve 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren Avrupa Biyotıp Sözleşmesi de iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olup, sözleşmenin amaç başlıklı 1.maddesi bu sözleşmenin taraflarının tüm insanların hayatını ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne vediğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlü oldukları, yine 4.maddesinde ise, araştırma dahil sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerektiği düzenlemesi mevcuttur. Sözleşme yazılı olan ve yazılı olmayan meslek kurallarına uygun müdahaleyi güvence altına almaktadır. Ayrıca, uygulamanın tedavi ya da yaşam kalitesinin yükseltilmesi amacına yönelmesi zorunlu olduğu belirtilmektedir. Burada kastedilenin tıbbi standartlar olduğu konusunda bir duraksama bulunmamalıdır.” Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 38783, K. 2015 / 35437, T. 03.12.2015, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

¹⁰⁵⁰ YILMAZ, s: 6; GÜNEY TUNALI, s: 79.

¹⁰⁵¹ GÖKCAN, s: 904. “ Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir..... davalı yanın az yukarda açıklanan özen yükümlülüğü içersinde teşhis ve tedavinin doğru yapılması gerekmekte olup, en ufak bir tereddüt halinde dahi bu tereddütünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak zorunda olup, tedaviyi gerçekteştirirken de hastaya en uygun tedaviyi uygulaması gerekmektedir.” Yargıtay 13 HD., E. 2010 / 9415, K. 2010 / 18038, T. 24.12.2010, GÖKCAN, s: 1175.

2. Tıbbi Standart

Müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş ilkelerine göre gerçekleştirilmesi aranırken tıbbi standardın belirlenmesi de önemlidir. Tıbbi standart ise, o an için geçerli olan, bilimsel bilgi ve hekimin tedavi amacına ulaşmak için sahip olması gereken, klinik olarak kanıtlanmış mesleki deneyim şeklinde tanımlanabilir ¹⁰⁵². Tıbbi müdahalelerin mesleki standartlara uygun olarak gerçekleştirileceği AMK § 630 a'nın 2. fıkrasında da hüküm altına alınmıştır ¹⁰⁵³.

Tıbbi standartlar ülkede tıbbın gelişmişlik düzeyine, zamana ve hekimin uzmanlık alanına göre değişkenlik gösterebilmektedir. Önemli olan, tıbbın ulaştığı düzey de göz önünde tutularak yerleşmiş ve geçerliliği kabul edilmiş kuralların uygulanabilmesidir. Tıbbi standardı yakalayabilmek için hekimin bilgi ve becerilerini güncel tutması gerekmektedir de, tıp bilimindeki gelişmelerin ve yeniliklerin izlenmesi sınırsız şekilde algılanmamalıdır. Dolayısıyla, tıbbi müdahalenin standarda uygun olup olmadığı belirlenirken aynı koşullarda makul bir hekimin göstereceği davranış göz önünde tutulmakta ¹⁰⁵⁴ ve müdahaleyi gerçekleştiren hekimden ona eşdeğer bir başarı ve performans beklenmekte, mükemmel ya da ortalamanın üstünde bir beceri ve bakım aranmamaktadır. Bir başka deyişle, ortalama standardın tutturulması yeterli olup, yöntemi en üst düzeyde uygulayan hekim kriter alınmamaktadır ¹⁰⁵⁵.

a. Farklı Yöntemlerin Varlığı

Hekimler farklı yöntemleri de uygulayabilirler. Bunun temelinde ekol farklılıkları yatabilir. Belli bir olguda birden fazla müdahale alternatifinin söz konusu olduğu hallerde, farklı şekilde davranan hekimler olsa dahi, makul bir hekimin

¹⁰⁵² LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 18, kn: 16; UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 312, kn: 9; KOYUNCU, s: 76.

¹⁰⁵³ Bu düzenlemenin zaten medeni hukukta genel kabul edilmiş olan özen standardını hekim açısından somutlaştırmış olduğu ifade edilmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 2, ilave açıklamalar için ayrıca bkz age. kn: 97.

¹⁰⁵⁴ LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 66, kn: 30; ÜNVER, Yener, Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 16, İstanbul 2008, s: 59; HANCI, s: 164.

¹⁰⁵⁵ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 18, kn:16; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 26; GÖKCAN, s. 96; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 97; ÜNVER, Tıbbi Standart, s: 41; KOYUNCU, s: 78, 79; Bununla birlikte ortalama tıbbi standardın üstünde bilgi ve yeteneklere sahip bir hekimin bunu uygulamak zorunda olup olmadığı sorunsalı da gündeme gelebilir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 103; Bu hususa çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinilmiştir.

benzer davranışı gösterecek olması yeterli kabul edilmektedir. Hekimlerin çoğunluğu tarafından olmasa da kabul edilebilir bir azınlık tarafından benimsenmiş olan bir yöntemi belli bir beceri ve özen ile yerine getirmiş olan hekimin eylemi kusurlu kabul edilmemektedir ¹⁰⁵⁶.

Tıp biliminin dinamik yapısı ve teknolojidaki gelişmeler sürekli yeni yöntemlerin uygulamaya girmesine yol açmaktadır. Tercih edilen müdahalenin tıbbi standarda uygun olması illa ki en az risk taşıyan yöntem olması gerektiği anlamına gelmez. Hekim, mesleki özgürlüğüne dayanarak hastanın yapısı ve hastalığın seyrine göre uygun bulduğu yöntemi seçebilir ve hasta da aydınlatıldıktan sonra rıza vermiş olduğu takdirde müdahaleyi gerçekleştirebilir ¹⁰⁵⁷. Bazen yeni ve henüz yerleşmemiş bir yöntemin de kullanılması söz konusu olabilir. Tıp bilimince geçerli kabul edilen yöntemlerden ayrılmak, mutlaka tıbbi standarttan sapma olarak algılanmamalıdır. Üstelik yeni yöntemlerin uygulanması tıp biliminin gelişmesi bakımından da önemlidir. Belirli durumlarda tedavi olanağı sağladığı konusunda veriler mevcut olan henüz tartışmalı bir tedavi yöntemini, hastanın durumu itibarıyla uygun gören bir hekimin, onun bilgilendirilmiş rızasına dayanarak ve mevzuata uygun şekilde uygulaması standarttan sapma olarak değerlendirilmemelidir ¹⁰⁵⁸. Bu durumda belirleme tıp kurallarının somut duruma uyarlanmasıyla yapılacaktır. Bununla birlikte, genel kabul görmüş yöntemlerden ayrılan bir hekimin, bu tercihinin yine de objektif bir dayanağının bulunması gerekmektedir ¹⁰⁵⁹.

Ancak diğerlerine göre üstün olduğu açıkça ortaya konmuş olan bir yöntemin uygulanmaması tıbbi hata olarak görülebilir. Demek ki, bir yöntemin üstünlüğü açıkça kabul edilmiş ise, artık orada hekimin tedavi ve yöntem seçme özgürlüğüne de bir sınır oluşmakta ve hekimin bu yönetime bağlı kalması gerekmektedir ¹⁰⁶⁰. Fakat tüm bunlarla birlikte, gerçekleştireceği müdahale bakımından yeterli tıbbi bilgiye ve

¹⁰⁵⁶ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 26, 27.

¹⁰⁵⁷ UHLENBRUCK, L/U, § 44 Der Inhalt des Arztvertrages, s: 386, kn: 6; GÖKCAN, s: 97. Bu yöndeki ilave açıklamalar için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 97; KOYUNCU, s: 76.

¹⁰⁵⁸ GÖKCAN, s: 97. Bu noktada bilimsel açıdan kabul edilmiş yöntemin ne olduğu sorunsalı da yer almaktadır. Zira bir ülkede bilimsel gerekere ya da tıbbi kurallara uygun uygun gözükmeyen bir tedavi şekli, bir diğer ülkede tıbben kabul görmüş olabilir. Örneğin Çin'de kabul gören akupunkturun ülkemizde tartışmalı olması gibi. ARPACI, s: 7.

¹⁰⁵⁹ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 18, kn: 16; AŞÇIOĞLU, s: 82; YILMAZ, s: 130.

¹⁰⁶⁰ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 18, kn: 16.

beceriye sahip olmayan hekimin müdahaleyi yapmaktan kaçınması, görevden çekilmesi gerektiği de ayrıca dile getirilmektedir ¹⁰⁶¹.

b. Uzmanlık Alanının Etkisi

Hekim, genel kabul görmüş ve tıp bilimi uygulamasında olağan hale gelmiş ilkeleri bilme, tıp bilim ve sanatının kurallarına göre doğru tanıyı koyup, doğru tedaviyi uygulama yükümlülüğündedir. Hekimin bilgilerini güncellemesi, yıllar öncesinden kalan tıbbi bilgilerle yetinmemesi gerekmektedir ¹⁰⁶².

Tıbbi standardın sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilirken, hekimin uzmanlığının da göz önünde tutulması gereklidir. Olağan koşullarda ortalama düzeydeki bir hekimin o durumda yapması gerekenler kriter olarak alınırken, müdahale hekimin uzmanlığını gerektiren spesifik bir alana ilişkinse, beklenen özen ve standart da yükselecektir. Kanunda açıkça tanımlanmış yetkiler dışında bir pratisyen hekimin ya da diğer branştan uzman hekimin, özellikle de hastanın o an için ilgili uzmana sevkine imkan yoksa, herhangi bir uzmanlık alanında müdahalede bulunması bakımından bir engel yoktur ve yalnızca kendi konumundaki bir hekimden beklenen asgari standardı yerine getirmelidir. Pratisyen hekimden kendi düzeyine, uzman hekimden de uzman hekim düzeyine uygun standart beklenmektedir. Fakat hastanın ilgili uzmana yönlendirilmesi mümkün olduğu halde, bu yapılmamış ve müdahalede bulunulmuş ise, artık ilgili branş düzeyinde standardın sağlanması gerekecektir ¹⁰⁶³.

c. Ülkenin ve Bölgenin Gelişmişlik Düzeyi

Çağdaş tıbbi standart belirlenirken tıbbın o ülkede eriştiği seviye de dikkate alınmakta ve hekimden, olağanüstü bir tedbir ve dikkat değil, ülkenin sağlık koşullarına göre ortalama bir hekimin gösterebileceği normal tedbir ve dikkat kriter alınmaktadır.

Tıbbi standartlar ülkede tıbbın gelişmişlik düzeyine ve zamana göre değişkenlik gösterebilir. Hekim, tıbbın ülkede ulaştığı düzey de göz önünde tutularak

¹⁰⁶¹ GÖKCAN, s: 95, 96.

¹⁰⁶² ÜNVER, Yener, Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku, s: 59; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 117.

¹⁰⁶³ GÖKCAN, s: 97; KANETİ, s: 69; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 102, 103. Her hekimden kendi uzmanlık düzeyine ilişkin standardın bekleneceğine ilişkin ilave görüş ve açıklamalar için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 116.

yerleşik ve geçerliliği kabul edilmiş kuralları uygulayabilmelidir. Bununla beraber, örneğin bir üniversite hastanesiyle sağlık ocağının farklı teknik imkanlara sahip olacağı hususunda şüphe yoktur. Sağlık ocağına başvuran hastanın, üniversitedeki modern araçları beklemesi olası değildir ¹⁰⁶⁴. Dolayısıyla, müdahalenin gerçekleştirildiği bölge ve ortam, çevre, elde mevcut alet ve cihazların da hekimin tıbbi standart olarak kabul edilen yöntemi uygulamasına elverişli durumda olup olmadığı göz önünde tutulmalıdır. Bu nedenle hekimin sağlamakla yükümlü olduğu tıbbi standardın ancak onun tarafından tasarruf edilebilen şartlar bağlamında ele alınması gerektiği belirtilmektedir ¹⁰⁶⁵.

Hekimin çalıştığı coğrafi bölge de tıbbi standartların belirlenmesinde dikkate alınan kriterlerden biridir. Kırsal kesimde çalışan hekimlerin yeni girişimlerin nasıl uygulandığını ve yeni aletlerin nasıl çalıştığını öğrenme konusunda daha az şansa sahip oldukları ve şehirdeki meslektaşlarına kıyasla modern imkanlara ulaşmada güçlükler yaşadıkları kabul edilmektedir. Bu nedenle onları tıbbi eğitimlerine devam etme, yeni teknolojilere ve daha üst imkanlara ulaşma fırsatı olan şehirdeki meslektaşlarıyla aynı kriterlere tabi tutmanın haksızlık olacağı düşünülmektedir. Ayrıca kırsalda çalışan hekimlerin birbirleriyle etkileşim içinde olma, karşılıklı öğrenme imkanları daha az olmakta, daha az sayıda hasta görmekte ve kırsaldaki hasta nüfusunun azlığı pratik yapmalarını ve uzmanlaşmalarını güçleştirmektedir ¹⁰⁶⁶. Bununla beraber, günümüzde, ulaşım ve bilgi teknolojilerindeki ilerlemelerin, her yerleşimdeki hekimin doğru bilgi ve eğitimi almasını kolaylaştırmış olması

¹⁰⁶⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 450.

¹⁰⁶⁵ GÖKCAN, s. 96; Bu bağlamda tıbbi standardın global olup olmadığı, yani her ülke ve bölge açısından aynı seviyede kabul edilip edilemeyeceği, bir başka deyişle tıp her yerde aynı imkanlara sahip mi sorunsalı dikkat çekmektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. ÜNVER, Yener, Tıbbi Standart, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 41; “ Hal böyle olunca mahkemece yapılması gereken iş, uygulanan cerrahi müdahalenin göze ilişkin olması ve estetik yönünün de bulunması nedeniyle, üniversitelerin bu anabilim dallarında görevli, konusunda uzmanlık sahibi başka bilirkişilerden oluşturulacak bir kurula inceleme yaptırılarak, cerrahi müdahaleden önce müdahale sırasında ve sonrasında, böyle bir müdahale yönünden alınması gereken önlemler, hazırlıklar, yapılacak işlemler, müdahale sırasında ve sonrasında uyulması ve uygulanması gereken tıbbi kural ve ilkeler çerçevesinde, olması gerekenler ile davalı hekimin yaptıkları arasında bir farklılık bulunup bulunmadığının, varsa bunların nelerden ibaret olduğunun...” Yargıtay 13 HD., E. 2000 / 1146, K. 2000 / 4438, T. 09.05.2000, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

¹⁰⁶⁶ BOUMİL / ELIAS / MOES, s: 31. Hukukumuzdan aynı yönde görüş için bkz. KANETİ, s: 69.

nedeniyle, son zamanlarda coğrafi farklılıkların daha az göz önüne alındığından söz edilmektedir ¹⁰⁶⁷.

d. Bilimsel ve Teknolojik İlerlemelerin Etkisi

Tıbbi standarda ilişkin olarak değinilmesi gereken hususlardan biri de, tanı ve tedaviye yönelik müdahalelerde bilimsel ve teknik gelişmelerin kazandığı önemdir ¹⁰⁶⁸. Tıpta her geçen gün teknolojinin kullanımı artmaktadır. Hekim (ve de sağlık kurumu), hastalara sunulacak tıbbi bakım için, modern ve işlevsel teknik cihazları kullanıma hazır bulundurma yükümlülüğündedir ¹⁰⁶⁹. Bu araçların güvenlik kontrolleri de dahil olmak üzere her türlü kontrolünün yapılmış olması gerekmektedir. Hekimler ve yardımcı sağlık personeli tıbbi aletlerin kullanılmasını da bilmek durumundadır. Her ne kadar hekimden her türlü aleti en ince detayına kadar kullanması beklenemeyecek olsa da, en azından kendi uzmanlık alanına özgü ve hasta açısından önem taşıyan aletlerin kullanımına ilişkin yeterince bilgi ve beceri sahibi olmaları beklenmektedir. Bu aletlerin kullanımı nedeniyle ortaya çıkabilecek komplikasyon ve zarar tehlikesine karşı üretici, satıcı ve kullanıcının işbirliği de kaçınılmaz görülmektedir ¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁷ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 30.

¹⁰⁶⁸ UHLENBRUCK, L/U, § 55 Die Pflicht zur Anwendung der medizinischen Technik, s: 430, kn:1.

¹⁰⁶⁹ *“Davacılar, davacı Nurettin’in davalı doktor tarafından yapılan ameliyatından sonra, takılan platinin vidalarının kırıldığını, ardından ikinci bir ameliyat daha olmak zorunda kaldığını, sağlığına tam olarak kavuşamadığını beyanla zararlarının tazminini talep etmişlerdir. Yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay tedavinin tıbbi yöntemlere uygun olup olmadığının ortaya konmasını gerekli bulmuştur. Mahkemece dosyanın kül halinde Adli Tıp Kurumuna gönderilerek, davacı Nurettin’in rahatsızlığı, uygulanan tedavi ve ameliyat süreci ve uygulanan tedavinin tıbbi yöntemlere uygun olup olmadığı konusunda tereddüde yer vermeyecek açıklıkta, denetime ve hüküm kurmaya elverişli rapor aldirılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile karar verilmesi doğru bulunmamış ve hükmün bozulmasını gerektirmiştir.”* Yargıtay 4. HD, E. 2011 / 10268, K. 2012 / 14038, T.02.10.2012, GÖKCAN, s: 1082; Nüks eden bir prostat hipertrofisi nedeniyle dört kez opere olan hastanın açtığı davada Yargıtay müdahalenin tıbbın kural ve ilkelerine uygun gerçekleştirilmesinin hukuka uygunluğu sağlama açısından önemine vurgu yapmıştır. *“Esasen hekim tedavisini ya da ameliyatını deruhte ettiği hastayı yüzde yüz iyileştirme yükümlülüğü altında da değildir. Bütün sorun hekimin ‘tıp kural ve gereklerine uygun davranıp davranmadığı yönünü’ tespit etmektir. Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise, artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığılığı iddia edilmeyeceğinden, tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi, hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir.”* Yargıtay 4.HD, E. 1980 / 2175, K. 1980 / 4735, T. 10.04.1980, GÖKCAN, s: 1093; KANETİ, s: 66, 67.

¹⁰⁷⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 55 Die Pflicht zur Anwendung der medizinischen Technik, s: 430, kn:1, 432, 433, kn:4, 5. *“Davalı Tanıl ise sağ göze ameliyatın diğer doktor tarafından yapıldığını, sol göze ise İlker’in daveti ile kendisi tarafından ameliyat yapıldığını, İlker tarafından ameliyat yapıldığı sırada cihazın parçalı kesmesi sonucu bu durumun oluştuğu, mekanik kusur olduğu, Hansatom Keratom adlı aletin 0.005 oranında parçalı kesi yapabilme ihtimalinin bulunduğu, bunun cihaza ait risk olarak*

e. Tıbbi Standardı Belirlemeye Yönelik Rehberler

Tıbbi standartların oluşturulması bakımından, tabip odalarının ve meslek örgütlerinin, sağlık hizmeti veren kişi ve kurumlara ilişkin standart nitelikleri, koşul ve olanakları içeren rehberler hazırlamaları, söz konusu kişi ve kurumların sahip oldukları olanak ve donanımlarla, hizmet için minimum gerekli olan koşulları karşılaştırarak, eksiklerin tamamlanması için gerekli yönlendirmeler yapmaları, ayrıca her uzmanlık dalında hastalıkların tanı ve tedavisine ilişkin standart uygulamayı gösteren protokolleri işbirliği içinde hazırlamaları, hazırlanan bu standartları yayınlanmaları ve bu standartlara uyulması için özendirici önlemlerin alınması ve toplumla da paylaşarak kendiliğinden denetim sürecinin oluşturulması yönünde öneriler de bulunmaktadır ¹⁰⁷¹.

Bu bağlamda klinik rehber (guideline) kavramına değinilmesi de yerindedir. Klinik rehberler “*spesifik klinik durumlarda hastaya uygun sağlık bakımı konusunda karar alırken hekime yardımcı olmak üzere sistematik olarak geliştirilmiş açıklamalar*” şeklinde tanımlanmaktadır. Klinik rehberler hangi tanı ya da tarama testlerinin yapılacağı, tıbbi ve cerrahi hizmetlerin nasıl sunulacağı, hastaların ne kadar süre hastanede kalacağı ya da klinik uygulamalarla ilgili diğer hususlarda önemli yönlendirmeler sağlayabilirler. Klinik rehberlerin tıbbi bakımın daha etkili olmasını sağladıkları ve bilimsel kanıtlarla klinisyenler tarafından yapılan uygulamalar arasındaki farkın kapanmasına hizmet ettikleri düşünülmektedir ¹⁰⁷². Sonuçta rehberlerin temel faydası sunulan bakımın kalitesini artırmaktır ¹⁰⁷³. Bu nedenle uygulamadaki önemleri gittikçe artmakta olup, mesleki özenin sınırlarının çizilmesine de yardımcı olmaktadır. Tıbbi müdahalelerin rehberlere uygun şekilde

bilindiğini, davacının kornea nakli ile düzelmesinin mümkün olduğunu savunmuştur.....Mahkemece cihazı üreten, ithal eden firmaya, cihazın hatalı kesi yapma risk oranı sorulmasına rağmen açıklayıcı bir cevap alınmamıştır.Dosyada aldırılan bilirkişi raporlarında da mekanik kusur, hata risk payı ile ilgili bir değerlendirme yapılmamıştır. Ameliyata ait komplikasyonlar içinde cihaza ait risk payı da bulunmamaktadır. Bu risk payının oranı dosya kapsamından anlaşılmamakta ise de, mevcut komplikasyonun cihaza ait risk payı içinde gerçekleştiğinin kabulü için, aletin bakımının yapıp yapılmadığı, cihazın ayını gün işlem sayısının ne olduğu, hazırlık için harcanan süre ve diğer yardımcı elemanlara ilişkin araştırmalarında yapıp bunlarda bir aksama olup olmadığının ispat edilmesine bağlıdır. Ameliyathane, cihaz ve yardımcı elemanlara ilişkin kusurlarda davalı sağlık kuruluşunun da sorumlu olacağına kabulü gerekir.” Yargıtay 13 HD, E.2012 / 7386, K. 2012 / 14143, T. 31.05.2012, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

¹⁰⁷¹ SÜTLAŞ, s: 192.

¹⁰⁷² WOOLF, H Steven / GROL, Richard / HUTCHINSON, Allen / ECCLES, Martin/ GRIMSHAW, Jeremy, Potential Benefits, Limitations and Harms of Clinical Guidelines, BMJ. 1999 Feb 20; 318(7182): 527–530, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1114973/>, Erişim T: 24.10.2017.

¹⁰⁷³ WOOLF et al.

gerçekleştirilmesi durumunda sorumluluğun daha az gündeme geleceği, rehberlerden sapma halinde ise, bu durum otomatikman tıbbi hata olarak ele alınamayacak olsa da hukuka uygunluğun sağlanması açısından risk oluşturabileceği, rehberlere bağlı kalınmamasının ağır ihmal olarak görülebileceği, bununla birlikte rehberlerin doğrudan hukuksal etkileri bulunmadığı da belirtilmektedir ¹⁰⁷⁴.



¹⁰⁷⁴ DETTMEYER, s: 352. Klinik rehberlerle ilgili detaylı açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 231vd, kn: 362 vd; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 106, 107.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALESİNE SINIRLAMA GETİREN ve MÜDAHALEDEN KAÇINMASINA YOL AÇABİLEN DURUMLAR

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için gerekli koşullar, ilgili kişinin yani hastanın veya varsa yasal temsilcilerinin rızasının ya da ayırık hallerde diğer hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması, müdahalenin hekim veya yasal düzenlemelerle yetkili kılınmış diğer sağlık meslek mensupları tarafından gerçekleştirilmiş olması, müdahalenin hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmiş olması ve tıp bilimi ve mesleğinin ilke ve kurallarına uygun ve özenle gerçekleştirilmiş olması şeklinde çalışmamızın önceki bölümlerinde ele alınmıştı.

Genel nitelikli hukuka uygunluk nedenlerinin ve bunun yanı sıra açıklanmış olan diğer unsurların karşılanamadığı hallerde hekimin tıbbi müdahaleden kaçınması bir haktan öte yükümlülük olup, bu durumda hastaya el atmaması veya başlamış olduğu müdahaleyi hastanın daha fazla zarara uğramamasını da gözeterek sona erdirmesi gerekmektedir. Ayrıca bazı durumlarda, bir tıbbi müdahale açısından tüm bu gerekli koşullar sağlanmış olmakla birlikte hekim yine de o müdahalede bulunmaktan kaçınabilecektir. Müdahale edilmediği takdirde hastanın yaşamının ya da sağlığının ciddi şekilde tehlikeye gireceği acil durumlar ile kamu ve insanlık görevinin ifası dışında kalan hallerde hekimin bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Hekim ile hasta arasında kurulduğu kabul edilen sözleşme, tedavinin tamamlanması, hastanın o bölgeden ayrılması, bundan sonra başka bir hekim tarafından izlenecek olması ya da bazen de hekimin faaliyet alanını değiştirmesi, hastanın tedavi ücretini ödememesi, randevulara veya tedavi planına uymaması gibi

çeşitli nedenlerle hekimin hastayı tedavi etmek istememesi yüzünden de sona erebilir ¹⁰⁷⁵. Hekim, bazı müdahaleler açısından kendini yetersiz ya da kimi zaman gönülsüz de hissedebilir. Bu durumların mutlaka bilimsel olarak gerekçelendirilmesi gerekmez. Bunun ötesinde hasta ile arasında karşılıklı güvenin sarsılmış olduğu hallerde ve diğer bazı kişisel nedenlerle de hekim, müdahalede bulunmayı ya da tümüyle hastayı reddedebilecektir.

Hekimin mesleki özerkliği mevcut olup, hastaya sağlık hizmeti ve tıbbi bakım sunup sunmama konusunda serbesttir. Kabul etmiş ve el atmış olduğu hasta için de, tedavi özgürlüğü uyarınca, tedavi gereğinin bulunup bulunmadığı konusunda hekim kendisi karar verir, vicdaniyla çelişen metotların veya belirli bir tedavinin uygulanmasına zorlanamaz ve kendisi için uygun görünen tanı veya tedavi metodunu seçmede özgürdür ¹⁰⁷⁶. Demek ki hekim istemediği bir hastaya bakmayabileceği gibi, gerek görmediği, uygun bulmadığı, hasta açısından faydalı olacağına inanmadığı ya da vicdaniyla çelişen bir müdahaleden de kaçınabilecektir.

Ancak genel kural, hekimin hasta ile arasında kurulmuş ilişkiyi onu bilgilendirerek ve mesleki açıdan yeterli başka bir hekimden tıbbi bakım alma imkanını sağladıktan sonra sona erdirmesidir. Bunun için hastaya belli bir süre verilmesi, yeni hekimi bulma konusunda yardımcı olunması, tıbbi gereksinimleri ve tedavinin gelecekteki seyri hakkında bilgilendirilmesi de gerekmektedir ¹⁰⁷⁷.

Görüldüğü gibi hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüne sınırlama getiren veya müdahaleyi yapmaktan kaçınabileceği çeşitli nedenler mevcut olup bunlar nadir olmayarak bir arada ve iç içe geçmiş halde de ortaya çıkabilir. Biz ele alırken kolaylık getirmesi amacıyla, hasta kaynaklı sınırlamalar, kanundan kaynaklanan sınırlamalar, tıbbi durumdan kaynaklanan sınırlamalar ve hekim kaynaklı sınırlamalar olarak gruplandırmayı tercih ettik.

¹⁰⁷⁵ BOUMİL / ELIAS / MOES, s:15, 16.

¹⁰⁷⁶ DEMİR, Mehmet, Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, s: 68; GÖKCAN, s: 124; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 128.

¹⁰⁷⁷ BOUMİL / ELIAS / MOES, s: 16.

II. HASTA KAYNAKLI SINIRLAMALAR

A. Tedaviyi Ret veya Durdurma Hakkının Kullanılması

“Hekimin tedavi ya da tıbbi müdahale yükümlülüğünün sınırlarını öncelikli olarak hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı çizmektedir. Hasta tıbbi müdahaleyi her istediği zaman reddedebilir ¹⁰⁷⁸. Hasta rıza göstermediği veya göstermiş olduğu rızayı geri aldığı takdirde müdahalenin gerçekleştirilemeyecek olması, hekimin önüne belki de en sık karşılaşılan sınırlamalardan biri olarak çıkmaktadır. Kişinin hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakları, mutlak bir hak olarak kabul edilmekte, dolayısıyla kişinin rızası olmadan bunlara yönelmiş bir müdahale, onun yararına olsa dahi, kişilik haklarına bir saldırı ve hukuka aykırılık teşkil etmektedir ¹⁰⁷⁹.

Tedavinin ya da tıbbi müdahalenin reddi, farklı tablolar halinde ortaya çıkabilir ¹⁰⁸⁰. Ayırt etme gücüne sahip bir yetişkin kendisine yapılacak müdahaleyi reddedebileceği gibi (örneğin kanser hastalarının tedaviye devam etmek istememesi, Jehova şahitlerinin kan naklini reddetmesi ya da korku, estetik kaygılar, kültürel, ailevi vb. nedenlerle herhangi bir müdahalenin reddi gibi), ayırt etme gücüne sahip olmayan bir yetişkin de tıbbi müdahaleyi reddedebilir (örneğin psikiyatri hastaları); ayırt etme gücüne sahip olmayan çocukların ya da yetişkinlerin yasal temsilcileri ya da bakmakla yükümlü olan kişiler tedaviyi reddedebilir, ayırt etme gücüne sahip küçükler tedaviyi reddedebilir ¹⁰⁸¹. Ayrıca işin içine müstakbel bir birey olarak fetusun yaşamı ve sağlığı girdiği için gebe kadının tıbbi müdahaleyi reddetmesi de özellik göstermektedir. Hekimin sınırlarını neye göre belirleyeceği, müdahaleye rıza gösterme yetkisinin kimde olduğuna göre farklılıklar arz edecektir.

¹⁰⁷⁸ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 421, kn: 9; MEMMER, s: 2; JANDA, s: 354; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 332, kn: 528, s: 333, kn: 529; KILIÇOĞLU, s: 379; OKTAY ÖZDEMİR, Serozan’a Armağan, s: 1330, 1331.

¹⁰⁷⁹ DURAL / ÖĞÜZ, s: 104, kn: 524; HAGER, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 825; MEMMER, s: 2. Tıbbın kurallarına uygun şekilde gerçekleştirilmiş müdahalelerin hukuka aykırı bir eylem ve kişilik haklarının, vücut bütünlüğünün ihlali olarak ele alınıp alınamayacağı yönünde tartışmalardan söz edilmektedir. Bkz. HAGER, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 825.

¹⁰⁸⁰ DETTMAYER, s: 213.

¹⁰⁸¹ DETTMAYER, s: 213; böyle çeşitli durumlara yönelik görüş ve açıklamalar için ayrıca bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Serozan’a Armağan, s: 1324- 1336.

1. Hastanın Tedaviyi Reddetmesi

Tıbbi müdahaleler açısından hastanın iradesi ve rızası oldum olası dikkate alınmış olmakla beraber, geçmiş dönemlerde, onun yaşamına ve sağlığına zarar gelme tehlikesinde, bazen iradesi hilafına müdahalede bulunulduğu da bilinmektedir. Oysa artık hastanın iradesi, pek çok zaman onun sağlığının da önüne geçerek, dikkate alınması gereken en önemli unsur haline gelmiş, hatta kanunun öngördüğü ayırık haller dışında tümüyle bu irade doğrultusunda hareket edilmesi gerekli olmuştur.

Kendi geleceğini belirleme hakkı ve beden bütünlüğünün dokunulmazlığı kapsamında hasta, rızası olmadığı takdirde herhangi bir tıbbi müdahaleye tabi tutulamaz. Burada belirleyici unsur müdahalenin endike olup olmaması değil, hastanın iradesidir, müdahalede endikasyon bulunsa dahi hekim, bilinci açık hastanın isteklerine uygun hareket etmek ve tıbbi müdahaleden kaçınmak zorundadır ¹⁰⁸². Aksi takdirde, müdahale tıbbin kurallarına uygun ve kusursuz şekilde gerçekleştirilmiş olsa dahi, hekimin hem hukuki hem cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir ¹⁰⁸³. Yüksek mahkemelerin de, yaşamı uzatıcı önlemlere karşı çıkan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını gözettileri belirtilmektedir ¹⁰⁸⁴. Yargıtay'ın da bu hususa önem verdiği görülmektedir ¹⁰⁸⁵.

Hastanın, hekimin tıbben öngördüğü her müdahaleye rıza gösterme zorunluluğu yoktur. Hekimlerin hasta açısından doğru ve uygun buldukları ve verdikleri kararlar ile hastanın kendisi için uygun buldukları ve beklentileri, istekleri ve gelecek planları örtüşmeyebilir. Hastanın isterse tedaviye izin verebileceği, istediği zaman durdurabileceği ve başlanmış olan tedaviyi kesebileceği, hatta hastanın reddetmesi durumunda tedavinin yanı sıra sıvı ve beslenmenin dahi

¹⁰⁸² UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 421, kn: 9; MEMMER, s: 3.

¹⁰⁸³ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 269, kn: 413; aynı yönde JANDA, s: 132; REİSOĞLU, Seza, s:8; HAVUTÇU, s: 409.

¹⁰⁸⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 452.

¹⁰⁸⁵ “ Kişiler, kendi vücutları üzerinde, ayırık durumlar hariç, ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği; muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.” Yargıtay 4.HD, E:1977/6297, K:1977/12541, T:7.3.1977, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

kesilmesi gerektiği kabul edilmektedir ¹⁰⁸⁶. Bir diğer yazar tarafından, tıbben yapılması mümkün olan her şeyin somut hasta açısından da anlamlı, uygun ve arzu edilir olarak kabul edilemeyebileceği, dolayısıyla hastalık sürecinde her hasta için bireysel amaç ve beklentilerin değerlendirilmesi ve bireysel durumuna göre optimal tedavi stratejilerinin geliştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir ¹⁰⁸⁷.

Ancak kural olarak hekimin, hastanın rızasının olmadığı bir durumda, ona el atmadan kaçınması gereklidir. Belirleyici olan hastanın tedaviye rıza göstermemesi olup, buna yol açan nedenin ne olduğu önemli değildir. Bununla beraber Alman öğretilerinden bir görüş tarafından, hastaların hekimin olumsuz sonuçlar hakkında uyarılarına rağmen müdahaleye karşı çıktıkları bazı hallerde, sağlık kurumunun yetersizlikleri, personelin sevimsizliği, yetersiz tıbbi bakım, hekimlere güvensizlik gibi durumların da araştırılması ve şayet tedavinin reddedilmesinde altta yatan böyle bir neden varsa, başka bir sağlık kurumuna sevkinin sağlanması gerektiği de belirtilmektedir. Bunun ötesinde, sigorta kapsamında olmayan hastalar bakımından, müdahalelerin maliyetinin göz korkutması nedeniyle tedavinin kabul edilmediği olgulardan da söz edilmektedir ¹⁰⁸⁸. Dolayısıyla hastanın ret kararının arkasında bu tür nedenlerin mevcut olup olmadığının da araştırılması yerinde olacaktır.

a. İlgili Yasal ve Etik Düzenlemeler

Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca *“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, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.”* HHY 25. maddesine göre, *“kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere, hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir”*, ancak öncelikle *“tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni*

¹⁰⁸⁶ MEMMER, s:3; SÜTLAŞ, s: 37; OEHMICHEN, F / BALLMER, P.E. / DRUML, C / JUNEK, R / KOLB, C / KÖRNER, U. / PAUL, N.W. / ROTHÄRMEL, S. / SCHNEIDER, G / WEIMANN, A und das DGEM Steering Committee, Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Ernährungsmedizin (DGEM) Ethische und rechtliche Gesichtspunkte der Künstlichen Ernährung, Aktuel Ernährungsmed 2013; 38: 112–117, s: 116.

¹⁰⁸⁷ SCHOLZ, kn: 4.

¹⁰⁸⁸ DETTMAYER, s: 216, 217.

temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması” da gerekmektedir ¹⁰⁸⁹.

TTB Hasta Hakları Bildirgesinde de sağlık hizmetleri sunumunda hastanın kendi kaderini belirleme ve özgür seçim yapma hakkının korunması, insan onuru ve bütünlüğüne saygının ifadesi olan aydınlatılmış onam ve ret hakkının her tür tıbbi uygulamanın temeli olarak bütün hastalara tanınması gerektiği düzenlenmiştir ¹⁰⁹⁰. Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirgede ise, tedaviyi reddetme hakkı, karar verme yeterliği bulunan ve uygun biçimde aydınlatılmış olan kişi tarafından önerilen tedavinin reddedilmesi olarak tanımlanmaktadır. Tedavinin yapılmaması yaşamsal bir tehlike yaratmadığı durumlarda ciddi etik ikilemler yaşanmazken, tedavinin yapılmamasının yaşamı tehdit ettiği durumda hastanın kararına saygı konusunda kuşku duyulabileceğinden, ancak karar verme yeterliğine sahip ve aydınlatılmış hastanın tedaviyi reddetme hakkına saygı gösterilmesi gerektiğinden, ayrıca hastanın tedaviyi reddedeceği kaygısıyla hekimin hastadan gerçeği gizlememesi, tedaviyi reddeden hastanın kararı konusunda bilgi ve yeterliğinin sorgulanması, olası hatalı ya da eksik bilginin giderilmesi ya da tamamlanması, tedaviyi reddeden hastanın ret kararını değiştirmek amacıyla gönüllülüğü bozan baskı, aşırı ikna ya da zorlama yapılmaması gerektiğinden söz edilmektedir ¹⁰⁹¹.

AMK § 630 d uyarınca da rıza her zaman için, herhangi bir nedene dayandırılması gereksizdir ve herhangi bir şekle bağlı olmaksızın geri alınabilecektir.

b. İnançlar Gereği Tedavinin Reddi

Hastanın müdahaleyi ret etmesinin dinsel veya başka bir özel nedene dayanmasının önemi bulunmamaktadır. Özellikle belli dini inanışlara mensup kimselerin bazı tıbbi müdahaleleri reddettikleri, bu durumda hekime düşenin, bu reddin sonuçları konusunda hastanın dikkatini çekmekten başka bir şey olamayacağı

¹⁰⁸⁹ GÖKCAN, s: 51.

¹⁰⁹⁰ Türk Tabipleri Birliği Hasta Hakları Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 13

¹⁰⁹¹ TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirge, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 28.

ve hastanın kararına uyması gerektiği belirtilmektedir ¹⁰⁹². Örneğin Jehova Şahitlerince, bazı tıbbi müdahalelerin dini nedenlerle reddedilmesi, oldukça bilinen ve yargıyı da meşgul etmiş problemlerden biridir. Kökeni 1874'te Pittsburg'da Charles Taze Russel tarafından kurulan bir dinsel topluluğa dayanan Jehova Şahitlerinde mutlak bir inanış olarak kan transfüzyonu yasaktır ve bu inanış İncil'e dayandırılmaktadır. Yalnızca başkasından değil, kişinin kendisinden yapılan otolog transfüzyon dahi, bir kere vücut dışına çıkmış kanın artık verilemeyeceği gerekçesiyle kabul edilmemekte, ayrıca bu yasak sadece tam kan değil, kan hücreleri, plasma, immunglobulinler, albumin gibi kan bileşenlerini de kapsamaktadır. Bununla birlikte hemodiyaliz ve kalp-akciğer makinesi uygulamalarına izin verilmekte, zira buradaki hortum sistemi vücuttaki damar sisteminin devamı olarak görülmektedir. Bunun dışındaki tıbbi müdahalelere ise karşı çıkılmamaktadır. Jehova Şahitlerinin genel olarak tıbbi bakım gerektiğinde dikkate alınmak üzere yanlarında taşıdıkları bir belgede, kendilerine, bilinçlerinin kapanması durumunda dahi, kan ve kan ürünlerinin naklinin yapılmasına izin vermedikleri, yalnızca dekstroz, ringer laktat, izotonik gibi izin verilen sıvıların takılabileceği, ayrıca bilinçleri kapandığı takdirde, tıbbi müdahalelerin yaptıkları kısıtlamalara uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini gözlemek üzere güvendikleri ve vekalet vermiş oldukları kişinin adı yazmaktadır. Fakat böyle bir belge bulunmasa dahi, önemli olan, kişinin Jehova Şahidi olduğunun bilinmesidir ve bu durumda hastanın rızası bulunmadığı için kan ve kan ürünü nakli yapılmaması gerekmektedir ¹⁰⁹³.

Her ne kadar bazı durumlarda göreceli genç Jehova şahidi hastaların çok ciddi kan kayıplarında bile transfüzyon yapılmaksızın hayatta kalabildikleri görülmekte ise de ¹⁰⁹⁴, kan nakli yapılmadığı için ölen olgularla da karşılaşılmaktadır ¹⁰⁹⁵. Bu tarikata mensup hastaların, kan naklinin reddine yönelik iradeleri ile, gerekli müdahalede bulunulmadığı takdirde kaybedileceği kuvvetle muhtemel olan yaşam değeri karşı karşıya geldiğinde, nasıl bir tercihte bulunulacağı hususu, değişik hukuk

¹⁰⁹² LAUFS, Artrecht, s:18, kn: 29; UHLENBRUCK, L/U,§ Die Ärztliche Bahandlungspflicht, s: 421, kn: 10.

¹⁰⁹³ DETTMEYER, s: 217, 218, 219.

¹⁰⁹⁴ Örneğin 39 yaşında ve trafik kazasında çok ciddi yaralanan Jehova şahidi bir kadın, sadece otolog transfüzyona izin vermiş, ameliyat öncesi eritrosit süspansiyonu hazırlanmış, geçirdiği ameliyatlardan sonra Hemoglobin değerinin 2 gr/dl altına, Hematokrit değerinin %6 altına inmiş olmasına rağmen yoğun bakımda çok sıkı izlenerek hayatta kalması mümkün olmuştur.DETTMEYER, s: 219, 220.

¹⁰⁹⁵ Örneğin doğum sonrası ağır kanaması olan bir loğusa, kan nakli yapılmaması nedeniyle ölmüştür. Bkz. DETTMEYER, s: 219, 220.

sistemlerinde, farklı yargı kararlarının ortaya çıkmasını sonuçlamıştır ¹⁰⁹⁶. Bununla birlikte, böyle durumlarda hekimin görevi, hastanın, durumun tıbbi açıdan aciliyetini ve gerekliliğini görmesini sağlamak ve müdahalenin kaçınılmayan sonuçlarına karşı direncinin mümkün olduğunca üstesinden gelmeye çalışmaktır. Hasta buna rağmen karşı çıkıyorsa hekime düşenin hastanın kararına saygı duymak olduğu belirtilmektedir ¹⁰⁹⁷.

Elbette ki, tıbbi müdahalelerin hasta tarafından reddedilmesinde altta yatan neden her zaman için dini inanışlar olmayabilir. Endoskopi yapılacak hastanın dişlerinin zarar görmesini göze alamadığı için müdahaleye karşı çıkması, alkol zehirlenmesi olan hastanın tedaviye zorlanamaması, ilaç içerek intihar girişiminde bulunan hastanın henüz bilincinin açık olduğu dönemde iradesine karşı zorla midesinin yıkanamaması gibi tartışma konusu olgulardan ve son örnekte hastanın bilinci kapandığı anda ölmek istemeyeceği yönünde varsayılan rızasına dayanılabileceğinden söz edilmektedir ¹⁰⁹⁸.

c. Açlık Grevlerinde Tedavinin Reddi

Tıbbi müdahalenin ya da tedavinin reddi bakımından özellikli durumlardan birini de açlık grevleri oluşturmaktadır. Kişilerin rızası hilafına vücut bütünlüklerine

¹⁰⁹⁶ Yumurtalıklarına yönelik geçirdiği bir ameliyat sırasında bağırsak yaralanması gelişen ve devamında septik şoka giren bir hastanın transfüzyona izin vermemiş olması nedeniyle, hekimler vesayet makamına başvurmuşlar, hastanın eşi sorumlu olarak atanmış, kan transfüzyonuna rıza göstermiş, 25 ünite kan verilmiş, kadın kurtulduktan sonra, tıbbi endikasyon olmaksızın kendisine gereksiz kan transfüzyonu yapıldığı iddiasıyla şikayette bulunmuş, bilirkişi görüşleri ise tersini ortaya koymuş ve böylece dava ve temyiz sonuçsuz kalmıştır. OLG München Urteil v.31.01.2002-1 U 4705 / 98 aktaran DETTMAYER, s: 221. İlave açıklamalar için bkz. age. s: 220-222. ABD'nin Connecticut Eyaleti Yüksek Mahkemesi'nin 16.4.1996 tarihli kararına konu olayda ise, doğum sonrasında aşırı kan kaybından dolayı ölüm tehlikesi içinde olan Jehova şahidi kadın, yapılan transfüzyon sonucu ölümden kurtulmuşsa da devamında mahkemeye başvurmuş, Connecticut Yüksek Mahkemesi, davacının, kan naklini her koşulda reddettiğine dair önceden vermiş olduğu beyanına rağmen, kendisine nakil yapılmasının Common law (Amerikan hukuku) sisteminin önemli ilkelerinden olan kişinin kendisi ile ilgili karar alma, kendi geleceğini belirleme hakkını ihlâl ettiğine karar vermiştir Bkz. Stamford Hospital v. Vega, Atl. Rptr. 1996 April 16; 674: 821-34. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648307>, Erişim T: 20.02.2017. Yine ABD'de gerçekleşen benzer bir olayda, gerekli olan kan transfüzyonuna izin vermeyen acil durumdaki bir hasta için hekimler, mahkemeye başvurmuşlar ve kan transfüzyonu için izin almışlardır. Fakat kendisine itirazın üst mahkeme, bu itirazı haklı görmüş, dini nedenlerle de olsa hastanın yaşamını kurtaracak nitelikteki tıbbi müdahaleye karşı çıkabileceğini, iki çocuğunun bulunmasının dahi bu sonucu değiştirmeyeceğini, zira hastanın kişisel tercihlerinin her şeyden önde gelmesi gerektiğine karar vermiştir. Public Health Trust of Dade County v. Wons, 541 So.2d 96 ,Fla.,1989. March 16, 1989. <http://jehovah.to/gen/legal/blood/wons.htm>, Erişim T: 24.08.2017; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 442.

¹⁰⁹⁷ LAUFS, Arztrecht, s: 18, kn: 29.

¹⁰⁹⁸ DETTMAYER, s: 216.

müdahalede bulunulamayacağına göre ¹⁰⁹⁹, açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan kişilerin de bilinçleri yerinde olduğu sürece, yaşamsal tehlike doğsa dahi, iradeleri aleyhine beslemeye yönelik eylemler ve tıbbi girişimlerde bulunulmaması gerektiği belirtilmektedir ¹¹⁰⁰. Ancak sorun, sağlığı ciddi şekilde bozulan ve yaşamsal tehlikeyle karşı karşıya kalan açlık grevcisinin bilincinin kapandığı aşamada ortaya çıkmaktadır. Açlık grevinde bulunan bilinci açık kişinin tedaviyi reddetmesi, hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüne bir sınırlama teşkil etmekle beraber, kişinin yaşamsal tehlike içine girdiği ve bilincin de kapandığı aşamada hekimin nasıl davranması, ne yönde karar alması gerekmektedir? Bu konuyla ilişkilendirilebilecek yasal düzenlemelerdeki hükümlerden çalışmamızın önceki bölümlerinde, hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşulları ele alınırken, rızanın aranmadığı bazı tıbbi müdahaleler bahsinde de söz edilmişti.

Açlık grevi yapanların sağlığından sorumlu hekimler için bir rehber niteliğinde olduğu kabul edilen 1991'de Malta'da toplanan 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edilen ve 1992'de Marbella'da 44. Dünya Tıp Kongresinde revize edilen Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyonda, müdahaleyi reddettiği konusunda açık bir beyana sahip olan açlık grevcisi komaya girdiğinde ve ölmek üzereyken yaşamın kutsallığına saygı ve hastanın kendi kararlarına saygı durumlarının yarattığı ciddi çatışmadan söz edilmiş, ancak açlık grevcisinin bilinci kapanıp karar verme yeteneği ortadan kalktığında ya da komaya girdiğinde, hekim, hasta ile açlık grevi sürecindeki görüşmelerinden vardığı izlenim doğrultusunda, onun yararına olacak en doğru kararı vermekte serbest bırakılmıştır. Bu hallerde hekim hastanın tedaviyi reddetme kararını onaylamadığını açıkça belirtebilecek ve isterse hastayı reddederek başka bir hekime de refere edebilecektir ¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁹ Önceki bölümlerde de açıklandığı üzere, AY m. 17/2, Tababet Kanunu m.70, Biyotıp Sözleşmesi m. 5 ve HHY m. 24, 25 uyarınca temel kural, tıbbi müdahaleler için rızanın aranması ve bilinci yerinde olan kişiye rızası olmaksızın tıbbi müdahalelerde bulunulamayacağı olmakla beraber, bu düzenlemelerin tıbbi zorunluluk durumunda kişinin beden bütünlüğüne dokunulabileceği (AY m.17/2), üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakatin şart olmadığı (Tababet Kanunu m.70), acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabileceği (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.8), 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 bulunmanın rızaya bağlı olmadığı (HHY m.24) şeklinde istisnaları da mevcuttur.

¹¹⁰⁰ GÖKCAN, s: 179.

¹¹⁰¹Dünya Tabipler Birliği Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi,

Bize göre de, bilinçleri açık olduğu sürece bu kişilere zorla tıbbi müdahalede bulunulması hukuka aykırıdır. Bilinçlerinin kapandığı durumları ise, açlık greviden dolayı ileri gelmiş olması veya başka bir nedenden kaynaklanması olarak farklı şekillerde ele almak gerekmektedir. Açlık grevi yapan kişinin kendisinin de önceden öngörememiş olduğu, başka bir nedenden kaynaklanan acil durumlar, hekime tıbbi zorunluluk halinde hastanın üstün özel yararına ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak müdahale hakkı vermektedir. Açlık grevi yapan kişinin bilincinin kapanmasına yol açan durum, onun aç kalıp beslenememesi nedeniyle ortaya çıkan metabolik bozukluk, elektrolit dengesizliği vb. ötesinde başka bir hastalık veya travma olabilir. Bu durumlarda hekim kanunun verdiği yetki ve üstün özel yarara dayanarak tıbbi müdahalede bulunabilecektir, zira ortaya çıkmış olan durum hastanın kendi isteğiyle başlamış olduğu eylemin sonucu değil, beklenmeyen bir acil haldir. Tıbbi müdahaleyi gerektiren durum, açlık grevinin beklenen bir sonucu olduğunda, hekimin yine, durumun aciliyeti nedeniyle yasal düzenlemelerin buna imkan veren hükümlerini de göz önünde tutarak hastaya müdahale etmesi gerektiği, zira müdahale edilmemesinin hastada çeşitli organ yetmezlikleri ve nihayetinde yaşamının kaybına yol açabileceği düşünülebilir. Ancak hasta, HHY m.24/5, Biyotıp Sözleşmesi m. 9'da da düzenlenmiş olduğu gibi, giriştiği açlık grevinin sonuçlarını ölüm de dahil öngörerek, yapılacak tıbbi müdahaleleri reddettiğine dair önceden açık bir irade açıklamasında bulunmuş ise, artık bu kişiye tıbbi müdahalede bulunulmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Nasıl ki, her hangi bir hastalığının ağırlaşması nedeniyle bilinci kapanmış diğer hastalarda ortaya çıkan ve tıbbi müdahaleyi zorunlu kıldığı düşünülen hallerde, hastanın bu hususta daha önceden yapmış olduğu açıklamaların dikkate alınması gerekiyorsa, açlık grevlerinde de bu uygulamadan sapmayı gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Kişi, yapmış olduğu açlık grevi nedeniyle bir süre sonra bilinci kapandığı takdirde kendisine tıbbi müdahalede bulunulmamasını, böyle bir müdahaleye rıza göstermediğini açıkça belirtmişse artık bu durumda kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı doğrultusunda müdahaleden kaçınılması gerekmektedir. Bu bağlamda iyileşmesi imkansız kronik bir hastalığı olduğu için ya da ölümüyle bazı durumları protesto etmek için müdahaleye karşı çıkan kişilerin iradeleri bakımından fark gözetilmemesi gerektiği

http://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/malta_bildirge.html, Erişim T: 29.01.2017; Örneğin *İnal*, kişi açlığa bağlı olarak sağlıklı karar verme yeteneğini kaybettiğinde, hekimin, herhangi bir izne gerek olmaksızın tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilmesi gerektiği görüşündedir. İNAL, s: 824.; aynı yönde SOYASLAN, Ceza Hukuku, s: 160.

kanısında. Fakat hekimin rıza olmaksızın müdahalede bulunmasına izin veren yasal düzenlemeler, bir müdahale yükümlülüğü teşkil ettikleri şeklinde algılanırsa, o takdirde bu yükümlülüğü göz ardı ederek müdahaleden kaçınmış olması da hekimin sorumluluğuna yol açabilecektir ¹¹⁰². Esasen, hastanın olağan koşullarda tedaviyi ya da daha kapsamlı bir ifadeyle tıbbi müdahaleyi reddi, hekimin önüne en önemli sınırlamalardan biri şeklinde çıkmakla beraber, açlık grevleri bağlamında anılan etik düzenlemelerin de etkisiyle, bu sınırlamaların biraz esnetilerek hekimin takdir alanını somut durumun özellikleri ve vicdanının sesine daha çok kulak verecek şekilde genişlettiği söylenebilir. Tutuklu ve hükümlüler açısından ise aşağıda da ele alınacak olan CİK düzenlemelerinin de unutulmaması gereklidir. AİHM'nin bu konudaki görüşüne ise çalışmamızın hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşulları bölümünde, rızanın aranmadığı bazı tıbbi müdahaleler bahsinde değinilmiş idi ¹¹⁰³.

d. Tutuklu ve Mahkumların Tedaviyi Reddi

Tutukevi ve infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlüler devletin koruma ve gözetimi altında olduklarından, onlara yapılacak tıbbi müdahaleler açısından CİK ile bazı kısıtlayıcı hükümler getirilmiştir. Tutukevi ve infaz kurumlarında gerçekleştirilen tıbbi müdahalelere ilişkin yasal düzenlemelerden çalışmamızın önceki bölümlerinde, hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşulları ele alınırken, rızanın aranmadığı bazı tıbbi müdahaleler bahsinde de söz edilmişti. Hatırlanacak olursa, “*Hükümlünün Kendisine Verilen Yiyecek ve İçecekleri Reddetmesi*” başlıklı CİK 82. maddesi uyarınca, hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde, bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilecekler, psikososyal hizmet birimince yapılan çalışmalar sonuç vermediği takdirde, beslenmelerine başlanacaktır. Hekim, açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlünün, sözü edilen bu önlemlere

¹¹⁰² GÖKCAN, s: 179.

¹¹⁰³ AİHM'in cezaevlerindeki açlık grevleri nedeniyle zorla beslemeyi tek başına sözleşmenin 3. maddesine (AİHS m.3: *Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*) aykırı bulmadığı, yine bir diğer kararda da tıbbın yerleşik ilkelerine göre tedavi niteliğinde sayılacak önlemlerin, yemeyi bilinçli olarak reddeden mahkum da dahil, hastalara uygulanmasının, insanlık dışı ve küçük düşürücü sayılmayacağı fakat uygulama tarzının onur kırıcı ve küçük düşürücü olmaması gerektiği belirtilmektedir. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, Erişim T: 02.02.2017; GÖKCAN, s: 178. AİHM'in konuya ilişkin yaklaşımı da dahil olmak üzere, açlık grevlerinde yapılan tıbbi müdahaleler hakkında kapsamlı bilgi için bkz. KIZILKAYA DOĞRU.

rağmen yaşamsal tehlikeye girdiğini veya bilincinin bozulduğunu saptarsa, kişilerin istekleri göz önüne alınmaksızın, kurumda veya mümkün olmadığı takdirde hemen hastaneye kaldırılacaklar, yaşamları ve sağlıkları için tehlike oluşturmamak şartıyla, muayene ve tanıya yönelik araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler uygulanacaktır ¹¹⁰⁴. Sadece açlık grevinde değil, tedavinin reddinin, hükümlünün yaşamını veya sağlığını tehdit ettiği diğer durumlarda ve aynı şekilde ceza infaz kurumunda bulunan diğer hükümlülerin yaşam ve sağlıkları açısından risk oluşturduğu takdirde de, bu önlemler uygulanacaktır. Ancak, gecikmenin yaşamsal tehlike oluşturacağı hallerde hemen gerekli önlemler alınacaksa da yapılacak müdahalelerin onur kırıcı nitelikte olmaması da gerekmektedir.

CİK m. 82/2’ de bilinci açık olan ancak yaşamsal tehlikede bulunan tutuklu veya hükümlüye rızası aranmaksızın tıbbi müdahale yapılabileceğine ilişkin düzenlemenin, AY 17/2. maddesindeki “*kanunda yazılı haller*” den birini oluşturduğu düşünülecek olmakla beraber, Biyotıp Sözleşmesi’nin 5.maddesi ¹¹⁰⁵ ile çatıştığı, bu halde Sözleşme hükümlerinin CİK’e göre öncelikli olarak uygulanması gerektiği belirtilmektedir ¹¹⁰⁶. Bu açıdan yaklaşıldığında, şayet tutuklu ve hükümlünün bilinci kapanmış ise, sözleşmenin 9.maddesi uyarınca ¹¹⁰⁷ önceden açıklamış olduğu isteğinin, acil bir durum ortaya çıktığında ise m.8 hükmünün ¹¹⁰⁸ göz önünde tutulması gerektiği düşünülebilir. CİK m.82/2 ’in bilinç bozukluğu ve yaşamsal tehlikenin ortaya çıktığı hallerde, hekimlere getirdiği tıbbi yardımda bulunma yükümlülüğünden dolayı, gerekli müdahalenin yapılmaması cezai ¹¹⁰⁹ ve ayrıca idarenin de hukuki sorumluluğuna yol açabilecektir.

1975 tarihli Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesine göre, bir hükümlünün beslenmeyi reddetmesi halinde, bunun yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekmektedir. Şayet hekim, beslenmeyi reddetmenin yol

¹¹⁰⁴ Kılıçoğlu da bu hususa dikkat çekmektedir. KILIÇOĞLU, s: 379.

¹¹⁰⁵ Biyotıp Sözleşmesi m.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.”

¹¹⁰⁶ GÖKCAN, s: 178.

¹¹⁰⁷ Biyotıp Sözleşmesi m.9- Önceden Açıklanmış İstek: “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri gözönüne alınmalıdır.”

¹¹⁰⁸ Biyotıp Sözleşmesi m.8- Acil Durum: “Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir.”

¹¹⁰⁹ GÖKCAN, s: 178.

açacağı sonuçlar hakkında kişinin tam ve doğru bir yargıya varabilecek durumda olduğu izleniminde ise, bu kişiyi beslemeye yönelik tıbbi müdahalelere girişmeyecektir. Bir başka hekimin de bu kararı onaylaması uygun görülmektedir¹¹¹⁰. Ancak bu bildirelerin tavsiye niteliğinde olduğu ve hukuki bağlayıcılığı olmadığına da göz ardı edilmemesi gereklidir. HMEK’da bu hususa ilişkin “*Tutuklu ve Hükümlülere Verilecek Tıbbi Yardım*” başlıklı 35. madde¹¹¹¹ ve “*Tutuklu ve Hükümlülerin Tıbbi Yardımı Reddetmesi*” başlıklı 36. madde¹¹¹² düzenlemeleri yer almaktadır ve 36. madde hükmü hekimin zorla müdahalesini etik açıdan yerinde görmemiştir.

e.Terminal Dönemdeki Hastaların Tedaviyi Reddi

Tedaviyi ret terminal dönemde yoğun bakımda yatan hastalar bağlamında da gündeme gelebilir. Hasta, acı veren ancak yaşamını uzatmaktan başka işe yaramayan müdahaleleri reddedebilir veya başlanmış müdahaleye son verilmesini talep edebilir¹¹¹³. Yaşam sadece belli vücut fonksiyonlarının devamı olarak algılanamayacağından, kişi için uzun yaşamaktan ziyade belli bir yaşam kalitesi içinde ve onurlu yaşamının daha önemli ve tercih edilebilir olması mümkündür. Bir şeyin tıbben yapılabilir olması, hasta için illaki anlamlı, uygun ve arzu edilir olduğu anlamına gelmemektedir¹¹¹⁴.

Arada kurulmuş olan tıbbi müdahale sözleşmesinde hekim için bağlayıcı olan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının, gerçekten hastanın yararına olup olmadığı sorunsalı sıklıkla gündeme gelmektedir¹¹¹⁵. Zira hekimin (zorla) tedavi

¹¹¹⁰ Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi, http://www.ttb.org.tr/acilik_grevleri/tokyo_bildirge.html, Erişim T: 29.01.2017.

¹¹¹¹ HMEK m.35: “*Tutuklu ve hükümlülerin muayenesi de öteki hastalarinki gibi, kişilik hakkına saygılı, hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılır ve onların gizlilik hakları korunur. Hekimin, bu koşulların sağlanması için ilgililerden istekte bulunma hakkı ve sorumluluğu vardır. Muayene sonucu düzenlenecek belge veya raporlarda hekimin adı, soyadı, diploma numarası ve imzası mutlaka bulunur. Belge ve raporun bir örneği kişiye verilir. Belge ve rapor baskı altında yazılmış ise, hekim bu durumu en kısa zamanda meslek örgütüne bildirir.*”

¹¹¹² HMEK m. 36: “*Hekim, muayene ve tedavi olanaklarını bilinçli olarak reddeden tutuklu ve hükümlülere bu davranışlarının sonuçlarının neler olabileceğini açıklar. Zorla muayene ve tedavi yolunu deneyemez, öneremez.*”

¹¹¹³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 138.

¹¹¹⁴ SCHOLZ, kn: 4; SÜTLAŞ, s: 67; benzer açıklamalar için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Serozan’a Armağan, s: 1318, 1322.

¹¹¹⁵ En üst düzeyde yararlı olma kaygısı tıbbin temel ilkelerinden birini teşkil etmekle beraber, bu ilke ile hareket edildiğinde, tıbben hasta yararına olan bir kararın, hastanın kendisi hakkında karar alma hakkını kaldırabileceğinden söz edilmektedir. Hasta kendi iyiliğini en üst düzeye çıkarmayı tercih etmediği durumlarda hekim ile hastanın kararları örtüşmeyebilir. Bu takdirde hasta bakımından

hakkı diye bir hak bulunmadığı gibi, sözleşmeye de bu yönde bir hüküm konması olası değildir. Ölmekte olan kişi, sadece doğal ölüm sürecini geciktiren önlemlerin alınmasına karşı çıktığı takdirde, hekim artık tedaviyi devam ettirmeme yükümlüğü altındadır. Sözleşmesel yükümlülükleri artık yalnızca acı ve sıkıntıların azaltılmasıyla sınırlanmaktadır. Bununla birlikte hastanın geri çevrilerek, reddedilerek ortada bırakılması ise sözleşmenin ihlali olarak görülmektedir ¹¹¹⁶.

Tıbbi müdahalelerin amacının mutlaka iyileştirmeye değil, bu mümkün olmadığı takdirde hastanın acılarının azaltılmasına yönelik olduğu da dikkate alındığında, hekimin hastayı takip yani tıbbi müdahale yükümlülüğü yine devam etmekte, ancak hastanın verdiği rızanın kapsamına bağlı olarak tedavinin şekli değişmekte ya da sınırlanmaktadır. TDN m.14 uyarınca da “*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.*” Etik açıdan da hekimin terminal dönemdeki hastalara yardım yükümlülüğü olup, HMEK m.28 uyarınca, hekimin, “*terminal dönemdeki hastalara her türlü insani yardımı yapmaya, insan onuruna yaraşır koşulları sağlamaya ve çekilen acıyı olabildiğince azaltmaya*” çalışması gerekmektedir. Almanya’da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları 16. paragrafında da hekimlerin ölmek üzere olan hastaların onur ve iradelerini dikkate alacakları düzenlenmiştir ¹¹¹⁷. Ayrıca TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirgede, “*yaşamın niteliği, kişinin yaşamsal işlevlerini bağımsızca sürdürmesi, yaşamak için herhangi bir araca ya da kimseye bağımlı olmaması*” olarak tanımlanmakta ve bunu sağlamanın “*tıbbın temel amaçlarından biri*” olduğu, “*bu amacın yerine getirilmesinde tarafsız kriterler kullanılması ve makul bir insanın yaşamak istemeyeceği bir hayatın hastaya dayatılmaması*”, “*her bir tıbbi müdahalenin hastanın yaşam niteliğine olası etkilerinin*” değerlendirilmesi ve “*yaşam niteliğinin*

yararlı olanı yerine getirmek için onun otonomisine saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmekte ve bu bağlamda verilen meme kanserli kadın örneğinde, planlanan mastektomi kadına açık bir tıbbi yarar sağlayacak olmakla beraber şayet kadının kimliğinde bir yıkım anlamına gelecekse, bu zararın yaşam süresinin uzamasından kaynaklanan yarar ile dahi dengelenemeyeceği olasılığından söz edilmektedir. METİN, s: 133.

¹¹¹⁶ UHLENBRUCK, L/U, § 58 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 439, kn: 6. Benzer yönde görüşler için bkz. LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 6.

¹¹¹⁷ Bununla birlikte hastaları istek üzerine öldürmeleri ve intihara yardımında bulunmaları yasaktır.

iyileştirilmesine katkı sağlamayan” müdahalelerin önerilmemesi gerektiği ifade edilmektedir ¹¹¹⁸.

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ağırlıklı olarak ölümcül hastalıklarla ilişkili gündeme gelse de süreç bazen daha farklı olabilir. Hastanın durumu ağır ancak terminal aşamada olmadığı bir olgu Amerikan hukukunda bir karara konu olmuştur ¹¹¹⁹.

Şayet hasta yoğun bakımda ise, yoğun bakım hastalarının büyük bölümünün bilincinin kapalı olduğu ya da tıbbi zorunluluklar nedeniyle bilinçlerinin kapalı tutulmakta, uyutulmakta oldukları da hatırdta tutulmalıdır. Yani yoğun bakım hastalarının önemli bir bölümü tıbbi müdahaleye rıza gösterme ya da reddetme hususunda irade açıklamasında bulunabilecek durumda değildirler. Bu hastaların bir bölümü kronik bir hastalık sürecinin beklenen ya da öngörülebilir son aşamasında yoğun bakıma alınmış olabilecekleri gibi, önemli sağlık sorunları olmayan bir kişinin akut bir hadise, örneğin travma ya da ani başlayan bir hastalık nedeniyle

¹¹¹⁸ TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirge, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 29.

¹¹¹⁹ Bartling v. Superior Court davası örneğinde, akciğerlerindeki problem ve devamında gelişen solunum sıkıntısı nedeniyle ventilatöre bağlanan hastanın durumu ölümcül olarak kabul edilmemekle beraber, ventilatörden çıkarılması halinde yaşam beklentisinin uzun olmadığı açıklanmıştır. Hastanın ventilatörden çıkarılma hususunda yinelediği talepleri Glandale Adventist Tıp Merkezi hekimleri tarafından dikkate alınmamış, hastanın kendi çabasıyla ventilatörden ayrılma girişimi de fayda etmemiş ve buna engel olmak üzere ilave önlemler alınmıştır. Kendisine karşı yaralama suçu işlendiğini, anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia eden hasta mahkemeye başvurmuş, hekimler hastanın ölümcül bir durumunun olmadığını, konforu düşük olsa da ventilatörle yaşamını sürdürebileceğini, kendilerinin inançları gereği hastayı yaşatma yükümlülüklerinin bulunduğunu ifade etmişlerdir. Daha önceden verilen, ancak komada, bitkisel hayatta ya da ölümcül durumda bulunan hastaların ventilatörden ayrılabilmesi yönündeki bir karara da atıfta bulunarak hastanın durumunun bu tanımlanan hallerle uyuşmadığı öne sürülmüş ve mahkeme de hastanın ventilatöre bağlı kalmasına karar vermiş, ancak karar temyizde bozulmuştur. Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, hastanın tedaviyi reddetme hakkının bitkisel hayat, koma ya da ölümcül hastalıklarla sınırlı olmadığı ve sonuçları ne olursa olsun hastanın her türlü tedaviyi reddedebileceği yönünde karar vermiştir. Karara göre, tedavisi olmayan ancak terminal dönemde de olmayan, ayırt etme gücüne sahip erişkin bir hasta, yaşamı destekleyen cihazlardan ayrılması sonunda ölümüne yol açacak olsa dahi yine de bunu talep edebilir. Erişkin bir hastanın tıbbi tedaviyi reddetme hakkı, devletin yaşamı koruma, intiharları önleme ve tıp mesleğinin etik bütünlüğünün sürdürülmesinden olan yararları karşısında ağır basmaktadır. Hekimler sorumluluk korkusu duymaksızın hastanın talimatlarını yerine getirebilmelidirler. Bartling v. Superior Court, California. Court of Appeal, Second District, Division 5, Wests Calif Report. 1984 Dec 27;209:220-7, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648164>, <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/163/186.html>, Erişim T: 25.02.2018. ayrıca Bkz. TACİR, s: 46. Ayrıca ilave açıklamalar ve anılan bu karar verilirken mahkemenin atıfta bulunduğu diğer karar için bkz. ULRICH, Lawrence, The Case of Karen Quinlan, The Patient Self Determination Act: Meeting Challenges in Health Care, <http://academic.udayton.edu/lawrenceulrich/315quinlanme.htm>, Erişim T: 15.01.2018; In the Matter of Quinlan, An Alleged Incompetent, The Supreme Court of New Jersey, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976), Erişim T: 25.02.2018.

beklenmedik şekilde yoğun bakıma ihtiyaç göstermesi de söz konusu olabilir. Yoğun bakım süreci kronik, kötü seyirli, iyileşme beklentisi olmayan bir hastalığın öngörülebilir son aşaması olduğu takdirde hastanın daha önce bu konuda yapmış olduğu bir irade açıklamasının varlığı söz konusu olabilir.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de söz edilmiş olduğu gibi, Alman Hukukunda ve Amerikan hukukunda tedaviye devam edip etmeme konusunda hastanın yakınlarına veya belirlediği bir başka kişiye verdiği vekalet kabul edilmekte olduğundan ¹¹²⁰, hastanın bilinci kapalı veya rıza açıklayamayacak durumda ise, hekimin, öncelikle hastanın herhangi bir yakınına bu yönde yetkili kılıp kılmadığını araştırması ¹¹²¹, şayet hastanın böyle bir vekaleti yoksa hasta vasiyetinin (ya da talimatının) bulunup bulunmadığına bakılması gerekmektedir ¹¹²².

Bizim hukukumuzda hasta vekaleti ve talimatı oturmuş uygulamalar şeklinde olmamakla beraber, Biyotıp Sözleşmesi'nin Önceden Açıklanmış İstek başlıklı 9. maddesine göre, “*müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınmalıdır.*” Yine HHY 24. maddesinin tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, “*tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu isteklerinin göz önüne alınacağını*” öngören 5. fıkra ve “*yeterliliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterli olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak müdahalelere rıza vermesinin*” istenebileceğini öngören 6. fıkra düzenlemeleri dikkate alındığında, hastanın önceden yapmış olduğu açıklamalara itibar edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak 6. fıkranın bilincin kapalı olmasından ziyade mental durum değişiklikleriyle seyreden nörolojik veya psikiyatrik bozukluklara uygun düştüğünü söylemek de mümkündür. 5. fıkra ise kanımızca diğer benzer durumlarla beraber

¹¹²⁰ Hasta vekaleti için bkz. önceki bölümlerde yapmış olduğumuz açıklamalar ve DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 656, kn: 1006, s: 669, 670 kn: 1030, 1031; GOLDSTEIN, MK/ VALLONE, RP / PASCOE, DC / WINOGRAD, CH, Durable power of attorney for health care. Are we ready for it?, Western Journal of Medicine, Volume: 155, Issue: 3, 1991 Sep, s: 263–268; SONAT, s: 175 vd.

¹¹²¹ Türk hukukunda ise, tıbbi müdahaleye rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle vekil aracılığıyla kullanılamayacağı kabul edildiğinden, hasta yakınlarının bu yöndeki açıklamaları dikkate alınamayacaktır. Hatta kanuni temsilcinin özellikle anne babanın koruma yükümlülüğü ile çelişeceğinden dolayı, şayet hasta zarar görecekseler onların müdahaleyi ret kararlarına dahi itibar edilmeyebilmektedir. HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 452.

¹¹²² Hasta talimatı (vasiyeti) için bkz. önceki bölümlerde yapmış olduğumuz açıklamalar ve DETTMAYER, s: 6; JANDA, s: 355; ÜNVER / KAYA, s: 20; HAKERİ, s: 452.

yoğun bakıma alınması gereken hastalar yönünden de tedaviye varsayılan rıza şeklinde ele alınabilecek olsa da, ret yönünde yapılmış herhangi bir açıklamanın, geri dönüşü olmayan somut bir duruma açıkça yönelmiş olmadığı takdirde - örneğin son aşamada bir kanser hastası ya da ilerleyici bir nörolojik ya da kas hastalığı olan bir kişinin, solunum fonksiyonları bozulduğu takdirde hiçbir şekilde entübe edilmemek ve ventilatöre bağlanmamak ya da yutma fonksiyonu bozulduğu takdirde nazogastrik tüp veya PEG ile beslenmemek gibi- özellikle de akut olaylar yönünden dikkate alınmaması gerekmektedir. Kişilerin özellikle yaşam ve sağlıkları için ciddi tehlike oluşturan ve kötü gelişmelere her an için hazırlıklı olmalarını gerektiren bir hastalıkları mevcut olmayıp genel olarak sorunsuz ve sağlıklı bir yaşamı sürdürürken, sadece uzak bir ihtimal olan ciddi akut hastalıklar ve travmalara ve haliyle de ölüme yönelik açıklamaları ile, böyle bir durum ortaya çıktığında gösterecekleri gerçek yaşam tepkilerinin örtüşmemesi söz konusu olabilir. Örneğin felçli yaşamaktansa ölmeyi tercih edeceğini söyleyen bir kişi, geçirdiği serebrovasküler olay (beyin damar hastalığı) sonrası kısmen iyileştikten sonra kalan sekelleriyle yaşamını sürdürmeye devam edebilir. Herhangi bir şekilde bir kol veya bacağına veya görme veya işitme yetisini kaybetmiş olarak yaşamak istemediğini belirten pek çok kişinin, kaza, kitlesel eylem, savaş gibi çeşitli nedenlerle uğradıkları travmalar sonrası ölümü tercih etmemeleri ve eksik organlar ve duyularla yaşama tutunmaları söz konusu olabilir. Dolayısıyla bilinci kapanmış veya bir şekilde iletişim kuramayan ve iradesini açıklayamayan hastaların önceden tedaviyi ret yönündeki açıklamalarına büyük bir ihtiyatla yaklaşmak gereklidir. Zira hastanın uygulanan tedavi ile yaşama tutunması, şifa bulması umudu varsa, tercih yaşamdan yana kullanılmalı ve koşullar hastayı sağlığına kavuşturacak şekilde zorlanmalıdır¹¹²³. Bununla birlikte, hastanın vermiş olduğu rızayı her zaman için geri alabileceği; rızası dışında tedavi edilemeyeceği için de, hekimin tedaviyi kesme yükümlülüğü olduğu göz önünde tutulduğunda, hekimin, hastanın talebi doğrultusunda, ölümcül

¹¹²³ Ayrıca kişinin tıbbi müdahaleler hakkında önceden açıklamış olduğu istek ya da rızaya ilişkin olarak, öncelikle yönetmelik ile yapılmış olan düzenlemelerin aslında kanun düzeyinde yapılmış olması gerektiği, HHY m. 24'te yer alan önceden açıklanmış rızanın yazılı mı veya sözlü mü olacağı, yoksa tıbbi yetkililere açıklanmış olması mı gerektiği, hasta kişinin belirlediği bir temsilci ya da yakını tarafından verilecek bilgilerin yeterli kabul edilip edilemeyeceği, bu hususların belirsiz ve güvenli olmaktan da uzak olduğu, kanunla ve daha net şekilde düzenlenmesi gerektiği yönünde değerlendirme ve eleştiriler de bulunmaktadır. OKTAY ÖZDEMİR, Seliçi'ne Armağan, s: 241, 242.

bir hastalığın tedavisine başlamaması ya da başlanmış bir tedaviyi sona erdirmesi halinde, ötanazi yönünde yanlış bir algıdan endişe etmemesi gerekmektedir ¹¹²⁴.

Ancak kişinin bilincinin kapanmasına yol açan beklenmedik akut olayların da bir bölümünde hasta uygulanan tedavilere cevap vermeyebilir ve bilinci hiç açılmayabilir. Diğer yaşamsal fonksiyonların da bozulmuş olduğu ağır olgularda solunum yetmezliği de tabloya eşlik edeceğinden bu hastalar genellikle yoğun bakım koşullarında ve sıklıkla da yaşam destek ünitelerine bağlı olarak izlenmektedirler. Ne iyileşmeleri ne de en azından yaşamsal fonksiyonlarının yerine gelmesi yönünde bir beklenti kalmamış olan böyle hastalarda nasıl davranılacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. Örneğin Amerikan hukukundan Quinlan davasında New Jersey Yüksek Mahkemesi, 22 yaşındaki Karen Ann Quinlan'ın babasının, kızına uygulanan ve yaşamı uzatmaktan başka hiçbir faydası olmayan yaşam destek tedavilerinin kesilmesi talebiyle açtığı davada, Karen'in komadan çıkma ve normal bilinç durumuna ve zihinsel fonksiyonlarına kavuşma imkanı kalmadığından bahisle ölümünü sonuçlayacak şekilde yaşam destek ünitesinden ayrılmasının hukuki ve cezai sorumluluğa yol açmayacağı yönünde karar vermiştir ¹¹²⁵. Her ne kadar bilinci kapalı bir hastaya ait bu örnek olgu hastanın tedaviyi bizzat reddetmesinden ziyade hasta yakınları ya da yasal temsilcilerinin tedaviyi reddiyle ilişkili gözükse de konunun bütünlüğünü sürdürmek adına bu bölüm içerisinde ele alınmıştır.

f. Hastanın Tedaviyi Reddi Karşısında Hekimden Beklenen Tutum

Hasta bir tedaviye ya da daha kapsamlı bir deyişle bir tıbbi müdahaleye daha en baştan rıza göstermeyebileceği gibi, başlanmış olan müdahaleye devam edilmemesini ve sona erdirilmesini de isteyebilir; bir başka ifadeyle, hasta her aşamada müdahaleyi reddedebilir; hekim bu durumun hasta için büyük tehlike yarattığını ya da çok mantıksız olduğunu düşündüğü hallerde dahi hastayı uyardıktan sonra, onun talebine uygun davranmak, onun müdahaleyi kabul ya da ret yönündeki

¹¹²⁴ NAMAL, s: 12, 13.

¹¹²⁵ In the Matter of Quinlan, An Alleged Incompetent, The Supreme Court of New Jersey, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976), Erişim T: 25.02.2018; In Re Quinlan 70 N.J. 10 (1976) 355 A.2d 647 In The Matter Of Karen Quinlan, An Alleged Incompetent. The Supreme Court Of New Jersey. Argued January 26, 1976. Decided March 31, 1976, <https://www.uta.edu/philosophy/faculty/burgess-jackson/>, Erişim T: 25.02.2018.

kararını dikkate almak zorundadır ¹¹²⁶. Hukuk düzeninin hekime hastayı zorla tedavi etmek gibi bir hak vermediği kabul edilmektedir ¹¹²⁷.

Bununla birlikte hastanın müdahaleyi reddetme veya sona erdirme kararı tıbbi konulardaki bilgisizliğinden kaynaklanmış olabileceğinden hekimin öncelikle hastayı sağlık durumu, tıbbi müdahale süreci ve tedaviyi reddetmesinin yol açacağı olumsuz etki ve sonuçlar hakkında aydınlatmış olması da lazımdır. Hastanın sağlığı açısından gerekli bir müdahaleye rıza göstermemesi veya önceden müdahaleye rıza göstermiş olduğu halde sonradan hekimin talimatlarına uymaması durumunda hekimin durumu hemen kabullenmeyip hastayı aydınlatması, ona doğruyu öğretmek için çaba sarf etmesi özen yükümlülüğünün bir gereği olarak da kabul edilmektedir ¹¹²⁸. Hekimin hastaya doğruyu göstermek için çaba sarf etmesi özen yükümlülüğünün bir gereği olarak da kabul edilmektedir ¹¹²⁹. Hastanın tıbbi müdahaleye karşı çıktığı durumlarda, öngörülen müdahalenin (tedavinin) tüm görünümünün ortaya konması, tüm alternatiflerinin açıklanması, özellikle tedavinin yapılmaması durumunda hastalığın seyri sırasında beklenen riskler ve sonuçlara işaret edilmesi, tedavinin yapılması ve yapılmaması durumunda ortaya çıkacak farklılıkların açığa kavuşturulması gerektiği belirtilmektedir. Son kararı ise, sorumluluğunu almış olarak ve kendi özgür iradesine dayanarak, hastanın kendisi verecektir ¹¹³⁰.

Hastanın tıbbi müdahaleyi reddettiği ve buna mukabil hekimin müdahale edilmediği takdirde hastanın öleceğini bildiği durumlar en fazla zorluk teşkil etmektedir ¹¹³¹. Fakat tıbbi açıdan ne kadar gerekli ya da acil olursa olsun, hastanın karşı çıkmasına rağmen müdahalede bulunmak, hiçbir şekilde hukuka uygun kabul edilmemektedir. Hekimden hastaya müdahalenin ne kadar gerekli olduğu hususunda yol gösterme ve aydınlatmada bulunması beklenmekle beraber, hasta veto hakkını kullandığında, bu hekim açısından son derece mantıksız olsa dahi, müdahalesi

¹¹²⁶ DETTMAYER, s: 213; UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 421, kn: 9; MEMMER, s:3; JANDA, s: 132.

¹¹²⁷ LAUFS, Arztrecht s: 4, kn: 4; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 126.

¹¹²⁸ LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherungsaufklärung), s: 461, kn: 4; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 398; ERMAN, s: 155; YENİDÜNYA, s: 69.

¹¹²⁹ LAUFS, L/U, s: 461, kn: 3.

¹¹³⁰ DETTMAYER, s: 216.

¹¹³¹ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 421, kn: 12; MEMMER, s:3.

hukuka aykırı olacaktır. Çalışmamızın önceki bölümlerde de değinilmiş olan, kan naklini reddeden Jehova şahitleri böyle durumlara tipik örnek oluşturmaktadır ¹¹³².

Hasta gerektiği şekilde aydınlatılmış olup, tedaviyi reddetmesi özgür iradesine dayanıyorsa, bu ret sonucu ölüm gerçekleşmiş olsa dahi, artık hekimin (cezai) sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği belirtilmektedir ¹¹³³. Hastaya hiçbir aydınlatma yapılmaksızın ret kararının kabulü ve bu doğrultuda müdahaleden kaçınılması ise, hasta bu nedenle zarara uğradığı takdirde hekimin ihmal ve özen eksikliği ve yetersiz aydınlatma nedeniyle sorumluluğuna yol açabilecektir. Reşit ve bilinci açık bir hastanın isteğine uygun hareket edilmesinin dahi, aydınlatma eksik yapılmışsa, kimi zaman sorumluluktan korumadığı görülmektedir ¹¹³⁴.

Hekimin hastayı ne zaman daha ileri müdahaleler yönünde ikna etmesi ya da uyarması gerektiğinin, tıbbi müdahale sözleşmesi ve son konsültasyondan elde edilen

¹¹³² LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 17; REİSOĞLU, Seza, s: 6; Bununla birlikte aile hekimi tarafından kendisine yönlendirilen ve müdahaleye rıza göstermediği için devamında ölen 21 yaşında bir dış gebelik olgusunda, kadın doğum uzmanı müdahalede bulunmadığı için değil, ancak aile hekimine bilgi vermediği için ve hastanın belki de aile hekimi ve ailesi tarafından ikna edilme şansını kaçırmaya neden olduğu için genel yardım yükümlülüğünü ihlalden sorumlu tutulduğundan söz edilmektedir. LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 18.

¹¹³³ YENİDÜNYA, s: 69.

¹¹³⁴ Suç isnat edilen hekimin, hastanın eşi tarafından arandığı, hastayı acil koşullarda evinde ziyaret ettiği, eşinin ifadesine göre hastanın yüksek doz psiko-farmakolojik ilaçlardan kullanmış ve halihazırda uyuklu olduğu, ortamın değerlendirilmesinden hastanın yüksek dozda alkol almış olduğunun anlaşıldığı, tedirgin bir ruh durumunda olduğu, tabletleri uyumak için kullandığını belirttiği, hekimin hastayı, almış olduğu ilaç miktarının ölümcül olabileceği hususunda uyardığı ve hastaneye yatış ve midesinin yıkanmasını teklif ettiği, hem hasta hem eşi tarafından bunun reddedildiği, acil durum ekibinin hastayı agresif ve inatçı olarak tanımladığı, bu nedenle hekimin ne hastayı ne eşini daha fazla ikna etme girişiminde bulunmadığı, hastanın hastaneye başvuru ve midesinin yıkanmasını reddettiği yönünde yazılı onayını da aldığı ve hastanın gözlemine yine alkolün etkisi altında bulunan eşine bıraktığı, bir gün sonra hastanın intoksikasyondan öldüğü bir olayda, akrabaların savcılığa başvurduğu ve hekimin yardım yükümlülüğünü ihmal ile suçlandığından söz edilmektedir. DETTMEYER, s: 215. Bu olguda, hastanın müdahaleyi kabul etmemiş olması nedeniyle, hekimin acil sağlık hizmetleri çerçevesinde sahip olduğu garantör pozisyonunu koruyup korumadığı tartışılmış, ancak ihmal suretiyle taksirle adam öldürme gündeme gelmemiştir. Bununla beraber, hekime alkol yüzünden hastanın kavrama ve muhakeme yeteneğinin azalmış olduğunu fark etmesi gerektiği isnadı yapılmıştır. Bu bağlamda Psikişik Hastalar Kanununa göre (Psikişik Hastalar Kanunu -Psychisch-Kranken-Gesetz- PsychKG), her bir federe devletin, psikişik hastaların kendileri veya başkaları için tehlike oluşturdukları durumlarda, iradelerine aykırı olarak, psikiyatri hastanelerine yerleştirilmelerine imkan sağlayan kanunlardır) kendine zarar verme tehdidinde dayanarak hastanın hastaneye yatışının da hukuken mümkün olduğu belirtilmiştir, age.s: 215. Kanımızca bu olayda hekimin ve acil müdahale ekibinin hastanın yanından ayrılmasını takiben araya girmiş ve hekimin öngörmek durumunda olmadığı başka bir takım olaylar veya ilave bir takım alkol ve ilaç kullanımları da ölüm sürecini kolaylaştırmış olabilir. Hukukumuzda akıl hastalarının rızaları olmasa dahi bir kurumda tedavi altına alınmalarına imkan veren, önceki bölümlerde de anılmış yasal düzenlemelerde izlenmesi gereken süreç göz önünde tutulduğunda, akut bir intoksikasyonun söz konusu olduğu böyle bir olayda yeterli süre içinde gerekli hukuki önlemlerin alınmasının gündeme gelemeyeceğini ve açıkça karşı koyan hastaya müdahalenin söz konusu olamayacağını tahmin etmekteyiz.

izlenimlere göre deđiŖeceđi, ancak hekimin mümkün olduğunca hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının gözetmesi, vasi ya da hastadan sorumlu kiŖi rolüne girmemesi gerektiği ileri sürülmektedir ¹¹³⁵ ki, kanımızca da bu dŖnce gayet yerindedir. Ayırt etme gücüne sahip reŖit kiŖilerin doğal olarak kendi yaŖam ve sağlıklarını olumsuz etkileyen hareketlerden kaçınacakları, kendi yararlarını ve çıkarlarını ihlal eden davranıŖlarda bulunmama yönünde iradelerini kullanacakları ve baŖkalarına mantıksız gelse dahi kendileri için en doğru kararları alacakları varsayılabilir. Bu genel kabul karŖısında hekimin, onların kendilerine zarar verecek davranıŖlarda bulunup bulunmayacakları hususunda kapsamlı tahminlerde bulunması ve sınırsız bir öngörüyle olumsuz süreçlere engel olmaya alıŖmasının, onun garantör pozisyonunu fazlasıyla aŖan bir beklenti olacağı ve böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı kanısındaız. Tedavi reddedildiğinde hekimin yapması gereken bize göre, ortaya çıkacak olumsuzluklar konusunda hastanın zihninde genel bir tablo oluŖturmaya yetecek aydınlatmayı yapması ve tedaviye iknadan ziyade ona tıbben yapılması gereken doğru davranıŖı açıkça göstermesidir. Hekimin garantör fonksiyonu müdahalenin hastanın kendisi tarafından reddetmesinden ziyade hastanın yasal temsilcileri ya da bakmakla yükümlü kiŖiler tarafından reddedilmesi halinde daha ön plana çıkmalıdır.

g. Tedavinin Kısmen Reddi

Bilinci açık bir hastanın bazen tedaviyi tümüyle reddetmeyip yapılacak tıbbi müdahalelere kısmen izin vermesi de söz konusu olabilir. Ya da hasta, kendisine uygulanacak her türlü tıbbi müdahaleyi değil, yalnızca belirli bir müdahaleyi de reddedebilir. Müdahaleye sınırlı Ŗekilde izin verilen olgularda hekimin hastanın verdiği izne göre tedaviye devam etme yükümlülüğü bulunsa da, bunu mutlak Ŗekilde algılamamak gereklidir, çünkü kısmen gösterilen rıza dolayısıyla planlanan müdahalenin de gerektiği Ŗekilde gerekleŖtirilemeyecek olması, müdahalenin baŖarısını ve hastanın sağlığını riske sokacak ve hekimin sorumluluğuna yol açabilecek nitelikte ise, örneğin önceden de söz konusu edilen, kan nakline izin verilmeyen olgularda olduğu gibi, hekim bu riski göze almayarak müdahaleyi, örneğin bir ameliyatı, haklı olarak reddedebilecektir ¹¹³⁶.

¹¹³⁵ LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklrung (Sicherungsaufklrung), s: 462, kn: 6.

¹¹³⁶ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die rztliche Behandlungspflicht, s: 421, kn: 10.

Tedavisi reddedilen mevcut hastalığın, uygulanacak tedaviye yanıt verme olasılığı düşük ve tedavi belirgin yan etkiler ortaya çıkaracak ya da hastanın ileri derecede acı duymasına yol açacak ise, hekim hastanın kararına saygı duymalı ve onun izin verdiği ölçüde eldeki imkanlarla takibe devam etmelidir. Hekim hastayı tedavisiz kalmasının sağlığına getireceği riskler hususunda aydınlatmış ¹¹³⁷ ve hasta da sorumluluğu üstlenmiş olduğu takdirde, hekimin, onu, somut duruma elverişli bir şekilde izlemeye ve rahatlatıcı önlemler almaya devam etmesi en yerinde davranıştır ¹¹³⁸.

Ancak somut olayda, tanı ve tedavi açısından zorunlu olan bir yöntemin ısrarla kabul edilmemesi durumunda hekim de hastanın izlemine bu şekilde sürdürme zorunda değildir. Üstelik istenmeyen, olumsuz bir sonuç ortaya çıktığı takdirde, hekim, hastanın talebinin bu yönde olduğuna dayanarak hukuka uygun davrandığını da ileri süremeyecektir. Hastanın talebinin, müdahalenin tıp biliminin gereklerine göre icra edilmesine engel teşkil ettiği hallerde, hekimin de bu tür bir müdahaleyi reddetmesi gerekmektedir ¹¹³⁹. Yine, hekim tarafından aydınlatılmış olan hastanın, kendisine fayda sağlayacak bir tedaviyi kabul etmemesinin tıbben haklı görülür bir nedeni yoksa, hekimden bu hastayı elde kalan imkanlarla takibe devam etmesini beklemek yerinde olmayacaktır. Hastanın önerilen tedavi yöntemini kabul etmemesi ya da tıbben makul ve gerekli olmayan bir yöntem üzerinde ısrar etmesi durumunda hekim, hastanın takip ve tedavisinden vazgeçmekte haklıdır, zira bu durumda karşı tarafa fayda sunamayacağı gereksiz bir ilişkiyi sürdürmenin ötesinde hastanın tedavisiz kalması nedeniyle zarar görmesine seyirci kalmış olacaktır. Hem ayrıca hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinde hekimin asli edim yükümü hastanın hastalığının tanısını koymak ve tedavi etmektir, hekimin asli edimini ifa edemediği bir ilişkinin sürdürülmesinin bir anlamı olmadığı gibi, hasta buna karşılık hala kendi edimi olan ücreti ödüyor veya onun yerine sosyal güvenlik kurumu, sigorta şirketi veya başka bir kişi ya da kurum tarafından ödeme yapılıyor ise, bu

¹¹³⁷ Hekimin aydınlatma sırasındaki tutumunun önem taşıdığından, hekimin belirli bir tedavi ve başarı olasılığını, muhtemel yan etkileri anlatma biçiminin, hastanın o tedaviyi kabul ya da reddi üzerinde büyük etkisi olabileceğinden, ayrıca ölümcül tanı alan bir hastanın çoğu anlamsız ve gereksiz hırpalanma şeklindeki ameliyat, kemoterapi, radyoterapi önlemlerin uygulanması ya da uygulanmaması konusunda bizzat karar verebilmesi ya da yaşamla ilgili planlamaların yapılabilmesi açısından beklenen gelişmeleri bilmesinin önem taşıdığından söz edilmektedir. NAMAL, s: 13.

¹¹³⁸ NAMAL, s: 12, 13.

¹¹³⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 134; GÖKCAN, s:84.

durumda kendisi ya da çalıştığı kurum bağlamında, sebepsiz zenginleşen¹¹⁴⁰ konumuna düşmemek için de hasta ile kurulmuş olan sözleşmeyi sona erdirmesi gerektiğini düşünmekteyiz¹¹⁴¹.

¹¹⁴⁰ Konunun çalışmamızın özünü doğrudan ilişkisi bulunmamakla beraber, sebepsiz zenginleşme bir kimsenin malvarlığından geçerli bir sebep olmaksızın diğer bir kimsenin malvarlığına kayma olmasıdır. Her sebepsiz zenginleşme olayında, bir fakirleşen bir de zenginleşen taraf vardır. Fakirleşenin malvarlığından zenginleşenin varlığına bir kayma olmaktadır ve biri aleyhinde ortaya çıkan çoğalmanın iadesi gerekmektedir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s: 973 vd. Sebepsiz zenginleşmenin koşulları bir kimsenin malvarlığında artış meydana gelmesi, diğer bir kimsenin malvarlığında azalma meydana gelmesi, bir kimsenin malvarlığındaki artış ile diğerinin malvarlığındaki azalma arasında nedensellik bağı olması, meydana gelen bu zenginleşme ve fakirleşmenin herhangi bir geçerli sebebi bulunmaması şeklinde açıklanmaktadır. ATAAY, s: 52; EREN, s: 882, 889, 896; NOMER, s: 275 vd. Ayrıca ilave bir koşul olarak, zenginleşmenin özel bir hukuk kuralına dayanılarak iadesinin de mümkün olmaması gerektiği ifade edilmektedir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt, s: 976. Bu durumda, malvarlığı haksız olarak artan kimse ile, haksız olarak azalan kimse arasında bir borç ilişkisinin meydana geldiği kabul edilmektedir. AYBAY, s: 95, 96. Sebepsiz zenginleşme, bir kimsenin malvarlığının haklı bir sebep olmaksızın diğer bir kimsenin malvarlığı aleyhine çoğalması, zenginleşmesi şeklinde de tanımlanmaktadır. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 105. Sebepsiz zenginleşme TBK'nın 77 ve izleyen maddelerinde düzenlenmiş olup, buna göre TBK m. 77 uyarınca, haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur. İlave açıklamalar için bkz. SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s: 531 vd, s: 539 vd; Sebepsiz zenginleşmenin kanunda ayrı bir borç kaynağı olarak düzenlenmiş olması hakkaniyet düşüncesine dayanmakta ve sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen tüm hükümlerde bu hususun dikkate alınması gerekmektedir. Bir kişinin malvarlığından geçerli bir sebebe dayanmaksızın diğer bir kişinin malvarlığına kayan değerlerin iadesine kaynak oluşturan denkleştirici adalet düşüncesi Aristo zamanlarına kadar uzanmaktadır. Buna göre hukuken geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir başkasının malvarlığından yararlanarak kendi malvarlığını artıran kimsenin elde ettiği kazanımı geri vermesi gerekmektedir. Sebepsiz zenginleşmenin koşulları gerçekleştiği takdirde, zenginleşen ve fakirleşen arasında kanun gereği bir borç ilişkisi doğmaktadır. Sebepsiz zenginleşmenin koşulları, edimle veya başka bir yolla, bir zenginleşmenin, geçerli bir sebebe dayanmaksızın, başkasına ait şeyler veya başkasının fakirleşmesi sayesinde gerçekleşmesi olarak açıklanmaktadır. ÖZ, M. Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Kazancı Hukuk Yayınları: 87, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1990, s: 10, 15, 22. Daha detaylı bilgi, görüş ve açıklamalar için bkz. age.; ULUSAN, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984; SEROZAN, Rona, Sebepsiz Zenginleşme, TBK m. 77- 82, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s: 611- 720; SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 24, s: 306 vd; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 329 vd; KILIÇOĞLU, s: 637; EREN, s:864 vd; Alman hukukundan görüş ve açıklamalar için bkz. MARTINEK, in: STAUDINGER, Eckpfeiler (2005), s: 751 vd; ESSER / WEYERS, Band III, Besonderer Teil, § 47, s: 415 vd.; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 291 vd; FIKENTSCHER, § 98, s: 574 vd; İsviçre hukukundan açıklamalar için bkz. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 52, s: 472 vd.

¹¹⁴¹ Elbette ki, herhangi bir şekilde sosyal güvence kapsamında bulunmayan, acil müdahale ve insani yardım niteliğinde de olmayan, müdahale, muayene ve danışmalar için, hekime ödenmemiş, hatta kimi zaman ödenmesi akla bile gelmemiş, üzerinde durulmamış ücretler nedeniyle, hastaların da aslında oldukça sık şekilde sebepsiz zenginleşen konumuna geldiklerini düşünülebilir. Ancak önceden kurulmuş bir sözleşmenin varlığı ve dolayısıyla hasta tarafından ihlal edilmiş olduğu, hekimin alacağını sözleşmenin ihlaline dayanarak talep edebileceği, fakat alacağını talep, dava vb. etmemesinin feragat olarak nitelendirmeye elverişli da olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu hususun çalışmamızda ele alınmasına ve irdelenmesine gerek bulunmamaktadır.

h. Tedavinin Reddinin Kayıt Altına Alınması

Tıbbi müdahaleye rızanın ayırık durumlar dışında ¹¹⁴², açık ya da örtülü olabileceğinden çalışmamızın önceki bölümlerinde söz edilmiş idi. Ancak rızadan farklı olarak, tıbbi müdahalenin reddinin örtülü bir şekilde yapılamayacağı, açık bir irade beyanının arandığı ¹¹⁴³, ayrıca hastanın kendisine önerilen tıbben gerekli tedaviyi reddetmiş olduğunun ispat külfetinin de hekimde olduğu belirtilmektedir ¹¹⁴⁴.

Hastanın reddetmesi nedeniyle tıbbi müdahaleyi gerçekleştiremeyen hekimin, bu yükümlülüğünü neden yerine getirmemiş olduğunun ispatına yönelik kendisini güvence altına alması için, hastaya tıbbi müdahalede bulunulmamasının olumsuz sonuçlarının açıklanmış ve hastanın bu olumsuz sonuçlardan haberdar olarak, kendi özgür iradesiyle müdahaleye rıza göstermemiş olduğunun yazılı ve hasta tarafından imzalanmış şekilde kayıt altına alınmış olması gerekmektedir ¹¹⁴⁵, kayıt edilmemiş olduğu takdirde hasta ispat kolaylıklarından yararlanabilecektir ¹¹⁴⁶. Bu husus sadece hastanın tedaviyi reddetmesi değil, tedavinin hasta tarafından kesilmesi bakımından da geçerli olup, ayrıca hastaya yeniden değerlendirilmesi veya kontrol muayenesine gelmesi yönündeki uyarılar da yapılmamış ve kayıt altına alınmamış olduğu takdirde, hekim önemli ispat zorlukları ile karşılaşabilmektedir ¹¹⁴⁷. HHY'nin tedaviyi reddetme ve durdurma başlıklı 25. maddesine göre, *“kanunen zorunlu haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere hasta kendisine uygulanması planlanan ve uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahip”* olup, *“bu halde tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veya yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması”* gerekmektedir.

¹¹⁴² Örneğin büyük cerrahi müdahalelere Tababet Kanunu m.70 gereğince yazılı rıza gerekmektedir. Diğer müdahaleler için yazılı rıza koşul değilse de, HHY m.26'da öngörüldüğü üzere mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için m. 15'teki bilgileri içeren bir rıza formu hazırlanmalıdır. Dolayısıyla rutin ve risk taşımayan işlemler dışında hemen her müdahale için yazılı bir rızanın, özellikle de ispat kolaylığını da sağlama açısından, gerekli olduğu söylenebilir.

¹¹⁴³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s:90, 441, DETTMAYER, s: 215, Ayrıca Dettmeyer'in önerdiği örnek form için bkz. age, s: 216.

¹¹⁴⁴ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 126.

¹¹⁴⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 398; ERMAN, s: 155; YENİDÜNYA, s: 69.

¹¹⁴⁶ GREINER, Hans Peter, Haftungsbeurteilung Kausalität, Medizinrecht 3. Auflage, SPICKHOFF, Andreas (hrsg), Beck'sche Kurz- Kommentare, CH Beck Verlag, München 2018, kn: 146 vd.

¹¹⁴⁷ GREINER, kn: 146-149. Ayrıca bu konuda çeşitli durumlarda taraflara getirilmiş ispat kolaylıkları açısından bkz. age.

İzleyen 26. maddede ise, acil durumlarda tıbbi müdahale hasta tarafından kabul edilmediği takdirde, hastanın ret beyanının imzalı olarak alınacağı, imzadan imtina etmesi halinde ise durumun tutanak ile kayıt altına alınacağı öngörülmüştür.

i. Hastanın Tedaviyi Reddine Toplu Bakış ve Bazı Değerlendirmeler

Görüldüğü gibi, ayırt etme gücüne sahip, reşit ve bilinci açık bir hastanın tedaviyi reddetmesi veya başlangıçta rıza göstermiş olduğu bir tedavinin sonradan kesilmesini veya bilinci kapalıyken başlanmış olan bir tedavinin sonradan devam ettirilmemesini istemesi gibi durumlar, hekim açısından mutlak bir sınırlama teşkil etmektedir. Hastanın bu talebi mantıksız ve kendisine zarar verecek, hatta ölümüne yol açacak olsa dahi, hekim hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına ve ret kararına saygı duymak zorundadır. Bununla birlikte hastanın müdahaleyi reddetme veya sona erdirme kararı tıbbi konulardaki bilgisizliğinden kaynaklanmış olabileceğinden hekimin öncelikle hastayı sağlık durumu, tıbbi müdahale süreci ve tedaviyi reddetmesinin yol açacağı olumsuz etki ve sonuçlar hakkında aydınlatmış olması da gerekmektedir ¹¹⁴⁸.

Bilinci kapalı durumdaki reşit bir hasta, şayet önceden herhangi bir nedenle kısıtlanmamış ise doğal olarak yasal temsilcisi de bulunmayacaktır. Hastanın bilincinin kapanmasına yol açan süreç kronik bir hastalığın öngörülebilir sonucu ise, özellikle de kötü seyirli ölümcül bir hastalığın beklenen son aşaması ise hastanın bu durumu öngörerek daha önceden bazı isteklerini açıklaması söz konusu olabilir. Hukukumuzda hastanın rıza gösteremeyecek hale gelebileceği durumları öngörerek kendi tedavisine rıza ya da ret konusunda karar verme hususunda üçüncü bir kişiye vekalet vermesi ya da yazılı bir hasta talimatı düzenlemesi şeklindeki uygulamalar henüz işlevsellik kazanmış olmadığından, hekimin hastanın önceden yapmış olduğu beyanlarına ilişkin olarak yakınlarının görüşü ve açıklamalarını da dikkate alarak varsayılan rızasına ya da tedaviyi ret yönündeki iradesine ulaşması ve bu iradenin mevcut tıbbi durum ile örtüşüp örtüşmediğini sınıyarak onun en yararına olan karara varmaya çalışması gerekmektedir ¹¹⁴⁹. Bununla beraber hastanın tedaviyi ret

¹¹⁴⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 398; ERMAN, s: 155; YENİDÜNYA, s: 69; DETTMAYER, s: 215.

¹¹⁴⁹ Nitekim öğretilerde de, tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin yasal temsilcisinin olmayışı durumunda rızanın kimin rıza göstereceğinin bir belirsizlik teşkil ettiği, tam ehliyetli kişilerin ani gelişen hastalık veya kaza durumunda bilincini yitirmiş tam ehliyetli kişilerin hastaneye geririlmemesinin sık karşılaşılan bir durum olduğu ve haliyle de yasal temsilcilerinin bulunmadığı, ilgili yasal düzenlemelere bu kişilere rıza aranmaksızın müdahalede bulunmasına imkan vermekle beraber, acil

yönündeki iradesinin ağırlık kazandığı durumlarda da, eğer hasta yakınlarının bu iradeyle ters düşecek şekilde tedavinin devamı yönünde talepleri mevcut ise, tedaviye başlamayan veya kesen hekimin zor durumda kalabileceğini tahmin etmek de mümkündür. Bu hususu hasta için müdahaleden fayda beklentisi olmaması bahsinde ele almak daha yerinde olacaktır.

Ayırt etme gücüne sahip, reşit bir kişinin beklenmedik şekilde ortaya çıkan akut bir hadise nedeniyle de bilincinin kapanması söz konusu olabilir. Serebrovasküler hastalıklar, kardiyovasküler hastalıklar, solunum sistemi hastalıkları, zehirlenmeler, serebral ve metabolik komalar, trafik kazaları, endüstriyel kazalar, terör eylemleri ve diğer afet olayları gibi çeşitli nedenler bilinç kaybının da eşlik ettiği hastalık ve travma süreçlerini ortaya çıkarabilir. Hastanın veya yaralının tedavisi servis koşullarında sürdürülebileceği gibi yoğun bakımda izlenmesi de gerekebilir. Genel bir kategorizasyona gitmek mümkün olmamakla ve yol açan hastalık ve travmanın başlangıçtaki ciddiyeti, hastanın veya yaralının bireysel sağlık durumu ve vücut dayanıklılığı ve tercih edilen tedavi yöntemlerine göre değişiklik göstermekle beraber, bazı hastaların kısa ya da göreceli uzun bir bakım sürecini takiben tamamen ya da bazı sekellerle iyileşeceği, en azından bilinçlerinin bir süre sonra açılacağı öngörülebilir, buna karşılık bazı hastaların ise şifaya kavuşup kavuşamayacakları ya da ne kadar yaşam beklentisi olacağı hususunda bir tahmin ve öngöründe bulunmak mümkün olmayabilir. Hekimin böyle durumlarda ilk aşamada vekaletsiz iş gören olarak hastaya el atacağı ve gerekli müdahalelerde bulunacağı konusunda kuşku yoktur. Hukuka uygunluk nedeni olarak hastanın varsayılan rızasına dayanılması da söz konusu olabilir. Hastanın bilinci geri geldiğinde olağan koşullarda aralarındaki ilişki bir tıbbi müdahale sözleşmesi olarak devam edecek ve hekim hastanın iradesi ve rızasına uygun olarak gerekli müdahalelerde bulunacak, hasta tedaviyi reddettiği takdirde de haliyle tedavinin kesilmesi gerekecektir. Hekimce öngörülen tıbbi müdahalelerin hasta tarafından reddedilmesi durumunda, hastanın alternatif bir yöntemle izlenmesinin, ona tıbbi bakım sunulmasının anlamı olup olmayacağı ise her somut olguda ayrıca belirlenebilecek bir husustur.

olmayan hallerde müdahale yapılacak kişinin aile üyesi veya yakınlarının rızasının kişinin muhtemel iradesini tespit edilmesinde yararlı olacağı, hekimlerin de böyle durumlarda rıza arama zorunlulukları olmamakla beraber, hasta yakınlarıyla durumu görüşerek onların rızasını alma yoluna gittiklerinden de söz edilmektedir. OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1350.

Asıl problem ise hastanın bilincinin çok uzun süre yerine gelmediği ve tıbben iyileşme beklentisinin olmadığı olgularda ortaya çıkmaktadır. Koma, bitkisel hayat gibi böyle durumlara sıklıkla solunum başta olmak üzere diğer yaşamsal fonksiyon bozuklukları da eklendiğinden hastalar genellikle yoğun bakım koşullarında ve yine sıklıkla yaşam destek ünitelerine bağlı olarak izlenmektedirler. Hastanın iradesine ulaşılmasının mümkün olmadığı böyle hallerde hasta yakınlarından gelen tedaviyi sonlandırma talepleri de söz konusu olabilir. Az önce de anılmış olan Quinlan kararında olduğu gibi ¹¹⁵⁰, komadan ya da bitkisel hayattan çıkma ve normal bilinç durumuna ve zihinsel fonksiyonlarına kavuşma imkanı bulunmayan hastaların ölümlerini sonuçlayacak şekilde yaşam destek ünitesinden ayrılmasının bir başka deyişle tedavinin kesilmesinin hukuki ve cezai sorumluluğa yol açmayacağı düşünülebilir. Ancak çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de değineceğimiz gibi, hastalara yaşam desteğinin sürdürülmesi ya da kesilmesi ve yoğun bakım koşullarında izlenmeye devam kriterlerinin açık şekilde ortaya konması da belirsizlikleri ortadan kaldıracak ve hekimlerin hukuki açıdan daha güvende ve vicdanen daha rahat hissetmelerini sağlayacaktır.

2. Yasal Temsilcinin - Hastaya Bakmakla Yükümlü Kişinin Tedaviyi Reddetmesi

Bilinci açık, reşit ve ayırt etme gücünü haiz bir kişinin rıza göstermemesi durumunda kendisine kural olarak herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulamayacağı ve bu durumun hekimin müdahalede bulunma yükümlülüğüne sınırlama teşkil ettiği ortadadır. Ancak örneğin kendileri rıza gösterecek durumda olmayan küçükler, yaşlı demansif hastalar, zihinsel özürlü kişiler gibi, hastanın reşit ve / veya mümeyyiz olmadığı veya kısıtlı olduğu hallerde yasal temsilcileri veya onlara bakmakla yükümlü kimseler tarafından tedaviye rıza gösterilmemesi önemli sorun oluşturabilir ¹¹⁵¹.

¹¹⁵⁰ In the Matter of Quinlan, An Alleged Incompetent, The Supreme Court of New Jersey, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976), Erişim T: 25.02.2018; In Re Quinlan 70 N.J. 10 (1976) 355 A.2d 647 In The Matter of Karen Quinlan, An Alleged Incompetent. The Supreme Court of New Jersey. Argued January 26, 1976. Decided March 31, 1976, <https://www.uta.edu/philosophy/faculty/burgess-jackson/>, Erişim T: 25.02.2018.

¹¹⁵¹ DETTMAYER, s: 213.

a. Ebeveynin Tedaviyi Reddetmesi

Çocuğa bakmakla yükümlü kişilerin, ki en sıklıkla ebeveynin, tıbben gerekli bir müdahale için rıza göstermedikleri ve küçüğün de ayırt etme gücü olmadığı için hukuken geçerli bir rıza veremeyeceği durumlar eskiden beri ortaya çıkmaktadır ¹¹⁵².

Hukukumuzda, daha önce de rıza konusu ele alınırken, rıza gösterme yetkisinin kimde olduğuna ilişkin olarak sözü edilmiş olan yasal düzenlemelere kısaca tekrar göz atıldığında, Tababet Kanunu m.70'e göre, yapılacak her tür tıbbi müdahale için hastanın, hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin muvafakatının alınacağı, veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya müdahale gerçekleştirilecek kişinin ifade gücü olmadığı takdirde muvafakatin şart olmadığı, Biyotıp Sözleşmesi m. 6/2 uyarınca, bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği olmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabileceği, küçüğün görüşünün, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde göz önünde tutulacağı, HHY 24. maddeye göre, hasta küçük veya kısıtlı ise velisinden veya vasisinden izin alınacağı, veli veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde ise bu şartın aranmayacağı, kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde ise, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesinin, TMK 346 ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlı olduğu görülmektedir ¹¹⁵³.

TMK m. 346'ya göre, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. TMK 347/1.madde uyarınca da çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunursa yine hakim onun bir kuruma yerleştirilmesi yönünde karar verebilecektir. Böylece çocuğun sağlığının, bedensel ve zihinsel gelişiminin tehlikeye düştüğü hallerde tedavisi yönünde karar

¹¹⁵² Örneğin, Alman İmparatorluk Mahkemesinin bir kararında, bir lise öğretmenin 7 yaşındaki kızının hastalığı nedeniyle doktoru eve çağırdığı olguda, pürülan bademcik iltihabı tanısı konmuş, 10 yaşındaki erkek kardeşinde de hafif göğüs ağrısı saptanmış, boğaz kültürü sonuçları negatif gelmiş, altı gün sonra erkek, ardından da kız çocuk ölmüştür. Yargılama sırasında mahkeme çocuklara difteri antiserumu uygulanmış olsaydı kesine yakın bir olasılıkla kurtulmuş olacakları kanaatine varmış, ancak baba ne olursa olsun difteri serumu uygulanmasına rıza göstermeyecek olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, çocuklara bakmakla yükümlü olan kişilerin onlar üzerindeki bakım hakkını kötüye kullanamayacaklarını öngörmüştür (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, RGSt 74, 350 ff) DETTMEYER, s: 222.

¹¹⁵³ Ayrıca bkz. DURAL, Aydınlatma, s: 250.

alınması mümkün olmaktadır. TMK m. 487 uyarınca da, vesayet makamı, vasiyi görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.

TMK m. 335'e göre, ergin olmayan çocuk ana ve babanın velayeti altında olup, yasal sebep olmadıkça da velayet onlardan alınamaz. Velayet altındaki çocuğun tedavisi için kural olarak anne babanın rızası yeterlidir. Anne ve babanın velayetleri bir mahkeme kararı ile kaldırılmamış olduğu sürece çocuk koruma altına alınmış olsa dahi kural olarak devam etmektedir. Dolayısıyla koruma altında olan çocuğa uygulanacak tıbbi müdahalelerde de kural olarak rıza gösterme yetkisi ebeveynde, yani çocuğun anne ve babasındadır. Velayet altında bulunmayan küçüklerin ise TMK m.404 uyarınca vesayet altına alınmaları gereklidir ¹¹⁵⁴.

ÇKK 5. maddesinde sağlık tedbirleri, “*çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonu, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılması*” olarak tanımlanmıştır. Bu tedbirler, İl Sağlık Müdürlüğünün belirlediği sağlık kurum ve kuruluşlarında yerine getirilmekte, şayet çocuk zaten kurumda ise orada gerekli müdahale gerçekleştirilirken, aile yanında olan çocukların da, hatta gerektiğinde kolluk yardımına başvurarak, kuruma getirilmeleri sağlanmaktadır ¹¹⁵⁵.

AMK'na göre (§ 1626 I BGB uyarınca) ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için rıza verecek kişiler küçüğün ebeveynidir ve kural olarak birlikte yetkilidirler. Basit ve risk taşımayan müdahalelerde tek bir ebeveynin rızası yeterli olup, diğerinin de varsayılan rızasına dayanılabilir. Ancak ciddi müdahalelerde hekimin her ikisinin de açık irade beyanına ulaşması gereklidir ¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁴ Sadece küçükler değil, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin de kısıtlanmaktadır. (TMK. m.405). Atanmış olan vasi TMK m. 403'e göre, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının menfaatlerini korumak ve hukuki işlerde onu temsil etmekle yükümlüdür. Alman hukukunda, ebeveyn ve çocuk arasındaki hukuki ilişkiler hakkında görüş ve açıklamalar için bkz. VOPPEL, Reinhard, Familienrecht, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 1032 vd; çocuk ve yetişkinler bağlamında vesayet (Vormundschaft, Pflegeschaft, Betreuung) hakkında etrfalı açıklamalar için bkz. ayrıca VOPPEL age. s:1052 vd.

¹¹⁵⁵ GÖKCAN, s: 197.

¹¹⁵⁶ JANDA, s: 139. Ebeveynler Medeni Kanununun 1627. paragrafı uyarınca (§ 1627 BGB) kararlarında çocuğun iyiliği ile bağlıdırlar, fikir ayrılıklarında uyuşma yolu bulmaları gerekmektedir. Çocukla ilgili önemli bir konuda fikir birliğine varamadıkları takdirde, ebeveynlerden biri aile mahkemesine

Çocuk için tıbben gerekli bir müdahaleye haklı bir sebep olmaksızın rıza gösterilmemesinin hakkın kötüye kullanımını oluşturduğu, çocuğun tedavisi sırasında böyle bir kötüye kullanım ile karşılaşan hekimin, vesayet makamının ve de polis in yardımını isteme yetkisine sahip olduğu, ancak acil tehlike durumunda resmi makamların yardımını zamanında sağlanamayacak olduğu takdirde, çocuğa bakmakla yükümlü kişilerin iradesi hilafına acil tıbbi müdahalede bulunulabileceği belirtilmektedir ¹¹⁵⁷. Bununla birlikte, bir kötüye kullanım olup olmadığının kararı hekime değil vesayet mahkemesine aittir. Çocuğa bakmakla yükümlü olanlarca tıbben yaşamsal endikasyonu olan bir müdahaleye rıza gösterilmediği takdirde mahkemenin BGB § 1666 f.1'in "*çocuğun bedensel, zihinsel ya da ruhsal iyiliği ya da malvarlığı, ebeveynin kötüye kullanım teşkil eden uygulamaları, çocuğu ihmal etmeleri, hataları olmaksızın başarısız olmaları ya da üçüncü bir kişinin davranışı nedeniyle zarara uğrarsa, ebeveyn zararı önleme yönünde istekli ya da bunu başaracak konumda olmadığı takdirde, aile mahkemesi, tehlikeyi önlemek için gerekli önlemleri alır*" hükmü uyarınca, hakkın kötüye kullanımının söz konusu olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Böylece tıbben yaşamsal endikasyonu bulunan bir müdahaleye rıza gösterilmemesi de hakkın kötüye kullanımı olarak ele alınmaktadır ¹¹⁵⁸. Hekimin başvurduğu vesayet mahkemesi § 1666 BGB'ye göre, çocuğun yararına olduğu müddetçe, resen ebeveyn yerine karar verecek ya da § 1909 I BGB'ye göre çocukla ilgili kararları vermek üzere bakmakla yükümlü bir kişiyi (bakıcı- Pfleger) atayabilecektir ¹¹⁵⁹.

Hekimlerin tüm açıklamalarına rağmen, ağır yenidoğan sarılığı gelişen ve kan değişimi yapılmadığında ölüm veya en azından ciddi beyin hasarı tehlikesi içinde olan iki günlük oğlunun kan değişimine izin vermeyen Jehova şahidi bir babanın olgusunda, hekimler vesayet makamına başvurmuşlar ve hakim in başhekim i çocuğun bakımından sorumlu kişi olarak atamasıyla çocuk kurtulmuştur. Anayasanın teminat altına aldığı din

başvurabilir, mahkeme velayeti birine verebilir, bazı sınırlamalar koyabilir ya da yükümlülükler getirebilir (§ 1628 BGB). Şayet çocuk için bir vasi atanmış ise bu durumda ebeveynin yasal temsilcilikleri kalkar (§ 1629 BGB)

¹¹⁵⁷ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 421, kn: 11; DETTMAYER, s: 223; JANDA, s: 139.

¹¹⁵⁸ DETTMAYER, s: 223.

¹¹⁵⁹ JANDA, s: 139. Aynı yönde açıklamalar için bkz. FLUME, § 13-11, s: 220.

ve vicdan özgürlüğü, şikayetçi babanın oğlunun yaşamıyla oynadığı bu olguda, kabul edilmemiştir ¹¹⁶⁰.

Ayırt etme gücü olmayan çocuk için tıbben yaşamsal bir endikasyon söz konusu olup da ebeveyne ulaşamadığı hallerde, ebeveynin varsayılan rızasına dayanarak müdahale gerçekleştirilebilir. Hekimin ebeveynin müdahaleye karşı çıkan tutumu hakkında kesin olarak bilgi sahibi olduğu durumlarda ise (örneğin Jehova Şahitleri), şayet küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilebiliyorsa, onun varsayılan rızasına dayanarak da müdahale gerçekleştirilebilir. Ancak yeterli zaman varsa yine vesayet mahkemesi ya da aile mahkemesine başvurulması gerekmektedir ¹¹⁶¹. Küçük ayırt etme gücüne sahip değil, acilen müdahale gerekiyor ve ebeveynin rıza göstermediği biliniyor, ayrıca mahkemeye başvurmak için yeterli zaman da yoksa, hukuka uygunluk nedeni olarak Ceza Kanunu § 34'te yer alan “*acil durum (zorunluluk)*” haline dayanılarak da müdahale gerçekleştirilebilecektir. Gecikme durumunda yaşamsal tehlike oluşuyorsa ya da çok önemli bir zarara engel olmak için, çocuğun tedavisini üstlenmekle bir koruma işlevi yüklenmiş, bir başka ifadeyle garantör konuma gelmiş olan hekim, vesayet makamını yeterli sürede olaya dahil edemiyorsa, ebeveynin iradesine karşı gelerek tıbben gerekli tedaviyi yapabilecektir. Ancak aldığı tüm acil önlemleri vesayet makamına bildirerek vesayet makamının sürece el atmasını sağlaması gerekmektedir. Alman Ceza Kanunu § 34 uyarınca (§ 34 StGB) uyarınca hukuka uygunluk nedeni oluşturan bu tür acil durumların, “*ultima ratio*” olarak kalması gerektiği de ayrıca belirtilmektedir ¹¹⁶². Hekim, tıbben zorunlu ve geciktirilemeyen hallerde ebeveynin (ya da çocuğa bakmakla yükümlü diğer kişilerin) iradesi hilafına hareket edebilecek olmakla beraber, örneğin malign tümörler gibi,

¹¹⁶⁰ DETTMEYER, s: 217.

¹¹⁶¹ DETTMEYER, s: 224. Almanya'da mahkemeye başvuru şekle tabi olmayıp sözlü de yapılabilir. Mahkeme resen soruşturur ve karar verir. Ancak mahkemeye mümkün olduğunca çok bilginin ve yazılı olarak sunulması gerekmektedir. Mahkemenin karar verebilmesi için, rıza gösterilmeyen müdahale uygulanmadığı takdirde çocukta korkulacak ne tür sonuçların ortaya çıkabileceği, bu sonuçların çocuğun bedensel, zihinsel ve ruhsal iyiliği açısından tehlike oluşturup oluşturmayacağı, bu zararların beklenme olasılığı ve muhtemel bir kesinlikle öngörülüp görülemeyeceği sorularının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir bkz. age s: 226.

¹¹⁶² DETTMEYER, s: 223. Küçüğün, Sosyal Kanununun 8. Kitabı olan “*Çocuk ve Gençlere Yardım*” ın 42. paragrafı uyarınca, ebeveynin ya da bakmakla yükümlü kişilerin iradesi hilafına koruma altına alınması ve tehlikeyi ortadan kaldırmaya yönelik zorunlu önlemlerin uygulanması da mümkündür. DETTMEYER, s: 224; Aynı yönde açıklamalar için bkz. FLUME, § 13-11, s: 220.

tibben zorunlu ancak yeterli zamanın bulunduğu hallerde, vesayet mahkemesine kaçınılmaz şekilde başvurusu gerekmektedir ¹¹⁶³.

Eğer çocuk ayırt etme gücüne sahipse, yani öngörülen somut müdahalenin kapsamını, komplikasyonlarını kavrayabilecek durumdaysa, usulüne uygun yapılmış bir aydınlatma sonrasında hukuken sonuç doğurabilecek bir rıza beyanında bulunabilir ve müdahale de bu rıza beyanına dayanarak gerçekleştirilebilir. Somut müdahale ne kadar ciddiye, çocuğun ayırt etme gücünün varlığı araştırılırken o kadar titiz davranılması bu bağlamda öngörülen temel kuraldır ¹¹⁶⁴. Fakat çocuğun (küçüğün) ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı nasıl belirlenecektir? Hekim tarafından bir küçüğün rıza gösterme yeteneği belirlenirken, münferit olgularda psikologun veya çocuk veya genç psikiyatristinin sürece dahil edilmesi akıllıca olabilir. İrade açıklama yeteneğinin varlığı onaylandıktan sonra bunun da çocukla yapılan aydınlatma görüşmesinde olduğu gibi belgelendirilmesi gerekmektedir ¹¹⁶⁵. *Janda*, küçüklerin de tıbbi müdahalelere rıza gösterebilecek durumda olduklarını ve bu nedenle, müdahalenin genişliğini, risklerini, gerçekleştirilmediği takdirde sağlığı üzerine olumsuz etkilerini kavrayabilecek kapasitedeki küçüğün rızasının aranmasının zorunlu olduğunu, 14 yaşını tamamlamış küçüğün genelde ayırt etme gücüne sahip olduğunu belirtmektedir. Bununla beraber hekim görüşme sırasında, küçüğün ayırt etme gücünün belirlenmesinde psikolog yardımı alabilecektir ¹¹⁶⁶. Çocuğun üzerinde karara varacağı müdahalelerin nedenini ve sonuçlarını anlama ve kavrama yeteneği ne kadar gelişmiş ise, çocuğun iradesine de o derece itibar edilmesi, yine çocuğun müdahaleyi reddettiği durumlarda kendisi için ortaya çıkacak tehlike ne kadar büyük ise, ayırt etme gücünün belirlenmesinde o derece titiz davranılması gerektiği de ifade edilmektedir ¹¹⁶⁷. Çocuğun rıza gösterme ehliyetinin olmadığı itirazında bulunanın ise bunu ispatlaması gerekecektir ¹¹⁶⁸.

¹¹⁶³ *Dettmeyer*'in verdiği örnekte, böbreğinde erken evrede iyileşme şansı % 90 olan Wilms tümörlü 5 yaşındaki *Olivia*'nın *esoterik yaklaşımlar* içinde olan ailesi yaşam kurtarıcı tedaviye rıza göstermemiş, yurtdışına kaçarak bir şifacıdan medet ummuşlardır. Sonunda bir çocuk doktoru ebeveynin düşüncelerini değiştirmeyi başarmış, ayrıca mahkemeye başvurularak ebeveynin çocuğun üzerindeki hakları kaldırılmış ve çocuk başarılı bir ameliyatla hayatta kalmıştır. DETTMEYER, s: 223, 224.

¹¹⁶⁴ DETTMEYER, s: 224; Aynı yönde açıklamalar için bkz. FLUME, § 13-11, s: 220.

¹¹⁶⁵ DETTMEYER, s: 226; JANDA, s: 138.

¹¹⁶⁶ JANDA, s: 138.

¹¹⁶⁷ MEMMER, s: 3.

¹¹⁶⁸ GEHRLEİN, s:109.

Avusturya hukukunda da, şayet ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun ebeveyni, tıbben makul olmayan bir şekilde müdahaleye rıza göstermiyor ve bu durum çocuğun sağlığı açısından bir tehlike oluşturmakta ise, çocuğu takip eden hekimlerin çocuğun korunması ve tehlikenin bertaraf edilmesi için gereken önlemlerin alınmasına yönelik vesayet mahkemesine başvurmaları gerekmektedir. Mahkeme çocuğun velayetini tamamen ya da kısmen ebeveynden alıp üçüncü bir kişiye verebilir ya da somut vakaya yönelik bir müdahale izni verebilir. 14 yaşını tamamlamış çocukların ciddi sakıncaları olmayan basit tıbbi müdahalelere tek başlarına rıza gösterebilecekleri, ancak belirgin riskleri olan müdahaleler için vasi ya da bakmakla sorumlu kişinin izninin gerekeceği belirtilmektedir ¹¹⁶⁹.

(1) Ebeveynce Aşı Uygulamasının Reddine İlişkin Anayasa Mahkemesi

Kararları

Sağlık Bakanlığı'nın Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamındaki aşılarda çocuğuna yapılmasına ebeveynin rıza göstermemesi üzerine idare tarafından açılan davada, Yargıtay 2. HD'nin, rıza olmasa dahi, üstün kamusal ve özel yarara dayanarak çocuğa aşının yapılabilmesi yönünde kararları ¹¹⁷⁰ olmakla birlikte, yine

¹¹⁶⁹ MEMMER, s: 3, 4.

¹¹⁷⁰ "Özet: Olayda ana baba çocuğa aşı uygulanmasına karşı çıkmışlar, buna rızalarının bulunmadığını yargılama sırasında ifade etmişlerdir. Ne var ki; bu beyanlarını haklı gösterecek bir sebep ve delil göstermedikleri gibi dosyada da, yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgu bulunmamaktadır. Aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu dosyadaki raporlardan anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Dava: Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm, davacı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüldü. Karar: Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü; 22.09.2013 doğumlu küçüğe Sağlık Bakanlığınca belirlenen "genişletilmiş bağışıklık programı" uyarınca yapılması zorunlu aşıları velilerinin yaptırmadığını, yaptırmaktan kaçındıklarını ileri sürerek, küçük hakkında 5395 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin (1.) bendinin (d) alt bendi uyarınca sağlık tedbirine karar verilmesini istemiş, mahkemece; istek reddedilmiş, hüküm davacı kurum tarafından temyiz edilmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi" ne göre, tıbbi müdahalenin ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceği, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimse üzerinde ise tıbbi müdahalenin sadece onun doğrudan yararı için yapılabileceğine değinildikten sonra, müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan küçüğe veya akıl hastalığı ve benzeri herhangi bir sebepten dolayı muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir yetişkine sadece yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen bir kişi veya makam ve kuruluşun izniyle müdahalede bulunulabilir (Söz. m. 6). Bu halde dahi, bu kişi, makam veya kuruluşa, müdahalenin amacı, niteliğiyle sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgi verilmesi zorunludur. Buna göre, küçüğe yapılacak tıbbi bir müdahalenin kural olarak ancak yasal temsilcisinin izniyle yapılabileceğinde duraksama yoktur. Sorun, tıbbi müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve müdahale edilmemesi halinde, ortaya çıkabilecek tehlikeleri hakkında ana ve baba aydınlatıldığı halde rıza göstermemeleri halinde nasıl hareket edilmesi gerektiğindedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi çocukla ilgili her türlü kararlarda onun üstün yararının esas

benzer bir olguda, Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamındaki aşılardan çocuğuna yapılmasına, ebeveynin rıza göstermemesi üzerine tedbir kararı verilmesi ve itirazın reddedilmesiyle başlayan süreçte, ebeveynin AYM'ye başvuruda bulunması sonucu AYM'nin vermiş olduğu karar, hem yasal temsilcinin müdahaleyi reddetmesi, hem de üstün özel yarar ve bunun yanı sıra üstün kamusal yarar ve kanundan kaynaklanan yetki hususlarının da yer aldığı dikkat çekici bir diğer örneği teşkil etmektedir. Bu kararda AYM, küçüğün yasal temsilcilerinin rızaları hilafına aşı uygulanması ile AY'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir ¹¹⁷¹. Yine bir başka AYM kararı doğrultusunda yeniden yargılama kararı verilmiştir ¹¹⁷².

olduğunu öngörmektedir. Diğer yandan Türk Medeni Kanunu da yukarıdaki uluslararası sözleşme hükümlerine paralel olarak ana ve babanın velayetleri altındaki çocukların bakım, bedensel, zihinsel, ruhsal ve toplumsal gelişmeleri konusunda onların menfaatini göz önünde tutarak, gerekli kararları alacaklarını ve uygulayacaklarını kabul etmiştir (TMK. md 339/1, 340/1). Şu halde ana babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini ve üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır. Buna aykırı bir tutum haklı görülemez. Küçüğe yapılacak müdahalenin amacı, niteliği ve sonuçlarıyla yapılmaması halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda aydınlatıldıkları halde ana ve babanın haklı bir sebep göstermeksizin müdahaleye karşı çıkmaları durumunda çocuğun üstün yararı esas alınarak müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verilmelidir. Somut olayda çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen "genişletilmiş bağışıklık programı" uyarınca yapılması zorunlu aşılarından olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiç bir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz. Olayda ana baba çocuğa aşı uygulanmasına karşı çıkmışlar, buna rızalarının bulunmadığını yargılama sırasında ifade etmişlerdir. Ne var ki; bu beyanlarını haklı gösterecek bir sebep ve delil göstermedikleri gibi dosyada da, yapılması istenilen aşının çocuğun üstün yararına aykırı olacağına ilişkin bir bulgu ve olgu bulunmamaktadır. Aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu dosyadaki raporlardan anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." Yargıtay 2.HD, E: 2014/22611, K: 2015/9162, T: 04.05.2015.

¹¹⁷¹ Karara konu olayda, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğüne 02.11.2012 havale tarihli dilekçe ile başvuru çocuğun bebeklik dönemi aşılarının anne ve babası tarafından yaptırılmadığından bahisle çocuk hakkında ÇKK 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi uyarınca sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi talep edilmiş ve 9. Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesinin 05.11.2012 tarihli ve E.2012/319, K.2012/235 sayılı kararıyla "Genişletilmiş Bağışıklama Programı"nda yer alan aşıların önemiyle alakalı olarak yapılan açıklama ve eğitime rağmen ebeveynleri tarafından aşı uygulanmasına izin verilmeyen çocukların ÇKK 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca korunmaya muhtaç çocuk olarak kabulü gerektiğinden bahisle çocuk hakkında, ÇKK 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi gereğince sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir. Başvuru tarafından, verilen tedbir kararı aleyhine yapılan itiraz Uşak Aile Mahkemesinin 7/1/2013 tarihli ve E.2013/15, K.2013/5 sayılı kararı ile reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir. Çocuğun yasal temsilcisi, 26.02.2013 tarihinde, velayeti altında bulunan başvuru çocuğa rızası olmaksızın aşı uygulanmasına ilişkin karar nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur. Sağlık Bakanlığı Türkiye Halk Sağlığı Kurumu tarafından AYM'ye hitaben gönderilen 07.07.2015 tarihli yazıda, zorunlu aşı uygulamasının ve Sağlık Bakanlığının 25.02.2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgesinin kanuni dayanağı bağlamında, UHK 1, 2 ve 3. maddeleri çerçevesinde Bakanlığa verilen

Yukarıda anılan AYM kararı bağlamında kanımızca tartışılması gereken husus, öncelikle dayanılan hukuka uygunluk nedenidir. Şöyle ki: ebeveynin aşı uygulamasına rıza göstermemesi üzerine Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İl Müdürlüğü ÇKK 5. maddesine dayanarak mahkemeden sağlık tedbiri talebinde bulunmuştur. 5.maddenin d fıkrasına göre sağlık tedbiri çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin

yetkilerden ve genelgenin uygulamaya konulduğu tarihte yürürlükte olan 181 ve yargılama döneminde yürürlükte olan 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden söz edilerek, halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi, bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevinin Halk Sağlığı Kurumuna verildiği belirtilmiştir. Söz konusu yazıda ayrıca, UHK 57. maddesinde belirtilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkacağından şüphe edilmesi durumunda kanunun 72. maddesinde yer alan "*Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum ve aşı tatbiki*" ifadesini içeren hükümlerle zorunlu aşı uygulamasının, alınacak tedbirler arasında sayıldığı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra UHK 64. maddesi uyarınca 57. maddede belirtilen hastalıklardan başka bir hastalığın yayılım tehlikesinin baş göstermesi durumunda da ilgili hastalığa karşı UHK' da öngörülen tedbirlerin alınmasının Sağlık Bakanlığı'nın görevi olduğu, bu düzenleme karşısında 57. maddede belirtilen hastalıklar haricinde olmakla birlikte diğer bulaşıcı ve salgın hastalıkların da zorunlu aşı uygulaması kapsamında ele alınmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. AYM, AY 17. maddesi, AİHS 8.maddesi, ÇKK 3 ve 5.maddeleri, Tababet Kanunu 70.maddesi, UHK 57, 64, 72, 88-94, HHY 22, 24, 25. maddeleri, 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2 ve 9. maddeleri, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2 ve 26. maddeleri, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5, 6 ve 8.maddeleri ve Sağlık Bakanlığının 25.02.2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgesi üzerinde yaptığı inceleme sonucunda, başvurunun, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Gerekçede yer alan detaylı açıklamalarla birlikte karar metni için bkz. Türkiye Cumhuriyeti, Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul Kararı, Halime Sare Aysal Başvurusu, (Başvuru Numarası: 2013/1789), Karar Tarihi: 11/11/2015, R.G. Tarih Ve Sayı: 24/12/2015-29572,

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/3153eea8-45d4-405d-904e-278df6360d37?wordsOnly=False>, Erişim T: 22.02.2018.

¹¹⁷² "*Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, 23.02.2015 doğumlu ...'e yapılması gereken zorunlu aşıları ailesinin yaptırmaktan kaçındıklarını ileri sürerek, küçüğün beden sağlığının korunması bakımından küçük hakkında 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5. maddesinin (1.) fıkrasının (d) bendi uyarınca sağlık tedbirinin uygulanmasına karar verilmesini talep etmiş, mahkemece "Genişletilmiş Bağışıklama Programında yer alan aşıların önemiyle ilgili olarak yapılan açıklama ve eğitime rağmen ebeveynleri tarafından aşı uygulanmasına izin verilmeyen çocukların 5395 Sayılı Kanunun 3. maddesinin (1.) fıkrasının (a) bendi uyarınca korunmaya muhtaç çocuk olarak kabulü gerektiğinden bahisle çocuk hakkında, belirtilen Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi gereğince sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiş, hüküm küçüğün yasal temsilcisi tarafından temyiz edilmiştir. Anayasa Mahkemesi 2013/1789 numaralı bireysel başvuruda, 11.11.2015 tarihli kararıyla; "bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına muvafakat etmeyen ebeveynler hakkında bebeklik dönemi aşılarının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulamasının" kanunilik şartını taşımadığı böylelikle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan "kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine" karar vermiş, aynı kararında ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesini de kararlaştırmıştır." Yargıtay 2. HD, E. 2017/3976, K. 2017/9562, T. 18.9.2017, <http://kazanci.com.tr/gunluk/2hd-2017-3976.htm>, Erişim T: 18.05.2018.*

yapılmasına yönelik tedbirdir. Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamındaki aşı uygulamalarının çocuğun fiziksel sağlığının korunmasına yönelik bir tedbir olduğu tartışmasızdır. Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesinde bağışıklama hizmetlerinde temel amacın, toplumda, özellikle bebek ve çocuklarda aşı ile korunulması mümkün hastalıkların ortaya çıkışını engellemek, dolayısıyla bu hastalıklardan kaynaklanan ölümlerin ve sakatlıkların önüne geçmek olduğu ve ayrıca aşısız çocuk bırakmamanın temel hedef olduğu belirtilmektedir. Genelgenin devamında Genişletilmiş Bağışıklama Programı (GBP) kapsamında Boğmaca, Difteri, Tetanoz, Kızamık, Kızamıkçık, Kabakulak, Tüberküloz, Poliomyelit ve Hepatit-B ile Hemofilus İnfluenza tip B'ye bağlı hastalıkların ve bu hastalıklardan kaynaklanan bebek ve çocuk ölümlerinin ve sakatlıkların engellenmesinin hedeflendiği, program kapsamında aşı takvimine yeni antijenler eklenmiş (Kızamıkçık, Kabakulak ve Hemofilus influenza tip B) olduğu ve DaBT-İPAHib beşli aşısının kullanımı başlatıldığı açıklanmaktadır ¹¹⁷³. Program kapsamındaki

¹¹⁷³ Genelgenin devamında bağışıklama hizmetlerinin, bebekleri, çocukları ya da erişkinleri enfeksiyona yakalanma riskinin en yüksek olduğu dönemden önce aşılı olarak bu hastalıklara yakalanmalarını önlemek amacı ile yürütülen temel sağlık hizmeti olduğu, GBP'nin Boğmaca, Difteri, Tetanoz, Kızamık, Kızamıkçık, Kabakulak, Tüberküloz, Poliomyelit, Hepatit B ve Hemofilus influenza tip b'ye bağlı hastalıkların morbidite ve mortalitesini azaltarak, bu hastalıkları kontrol altına almak ve hatta tamamen ortadan kaldırmak amacı ile hassas yaş gruplarına enfeksiyona yakalanmalarından önce ulaşip bağışıklanmalarını sağlamak için yapılan aşılama hizmetlerini içerdiği, temel amaç, doğan her bebeğin aşı takvimine uygun olarak yukarıda sayılan on hastalığa karşı bağışık kılınması olduğu, "genişletilmiş" deyiminin ise aşısız veya eksik aşı bebek ve çocukların tespit edildiği anda aşılmasının sağlanması ve bu uygulamanın ülke genelinde her yerde eşit olarak yapılması anlamını vurgulamak için kullanıldığı belirtilmektedir. Her bir antijen için etkinliği korunmuş aşı ile ülke genelinde %95 aşılama oranına ulaşmak ve devamlılığını sağlamak, 12-23 aylık bebeklerin %90'ını tam aşı hale getirmek, 5 yaş altı (0-59 aylık) aşısız ya da eksik aşı çocukları tespit edilip aşılama, okul çağı çocuklarının rapel aşılarını tamamlamak, ülkenin poliomyelitten arındırılmış durumunu sürdürmek, maternal ve neonatal Tetanozu elimine etmek, yerli kızamık virüsünü elimine etmek, kızamıkçık ve Konjenital Rubella Sendromunu kontrol altına almak, Difteri, Boğmaca, Hepatit-B, Tüberküloz, Kabakulak ve Hemofilus influenza tip b'ye bağlı hastalıkları kontrol altına almak, toplumun katılımını sağlamak da GBP'nin hedefleri arasında sayılmaktadır. Biriken duyarlı nüfusları koruma kapsamına almak (özellikle poliomyelit ve kızamıkta) ve salgını önlemek için duyarlı yaş gruplarında yakalama (catch-up) ya da takip (follow-up) gibi ek aşılama programlarının yürütülmesi gerektiği belirtilmekte ve ayrıca sağlık kurumuna herhangi bir nedenle başvuran başta bebek, çocuk ve gebeler olmak üzere tüm bireylerin aşılama durumu kontrol edilerek aşı takvimine göre aşılama gerekenler ve eksik aşıların tespit edilmesi ve aşılama, kaçırılmış fırsatların en aza indirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Genelgede ayrıca genel aşı kontrendikasyonları bir aşıya karşı gelişen anafilaktik reaksiyon, bir aşı bileşenine karşı gelişen anafilaktik reaksiyon olarak (ateşli veya ateşsiz ciddi hastalık durumlarında hekime danışılması öngörülmüştür) ve aşıların her birine ilişkin özel kontrendikasyon durumları kesin kontrendikasyonlar ve göreceli durumlar olarak detaylı şekilde açıklanmıştır. Ayrıca yanlış bilinen ve aşılama engel oluşturmayan durumlar da sayılmış ve çocuğun aşı ile korunulabilir hastalıklara yakalanma ve bu hastalığa bağlı nedenlerle ölme ya da sakat kalma olasılığının, aşılama ile oluşabilecek istenmeyen etkilerin görülme olasılığı ile karşılaştırılmayacak kadar fazla olduğuna dikkat çekilmiştir. Aşılama sonrası gelişen istenmeyen etkilerin, ebeveynleri çocuklarının daha sonraki aşılarını yaptırmamaya yöneltebilmekte ve eksik aşı çocukların aşı ile

aşıların ise Hep B (Hepatit B), BCG (Bacille Calmette-Guerin- tüberküloz), DaBT-İPA-Hib (Difteri, aselüler Boğmaca, Tetanoz, İnaktif Polio, Hemofilus influenza tip b - beşli karma aşı), KKK (Kızamık, Kızamıkçık, Kabakulak), OPA (Oral Polio) Td (Erişkin Tipi Difteri-Tetanoz) aşıları olduğu görülmektedir. Kişilerin bu aşılarla korunması amaçlanan hastalıklara yakalandıkları takdirde ölüm de dahil çok ciddi olumsuz ve kalıcı sonuçlar ortaya çıkmaktadır ¹¹⁷⁴. Hal böyle olunca, açıkça ortaya konmuş tıbbi kontrendikasyonlar bulunmadığı takdirde, dolayısıyla karşı çıkmayı gerektirecek haklı bir neden yokken, kendi sağlıklarını korumaya yönelik karar ve önlemleri almaktan yoksun çocukların veya kısıtlıların bu hastalıklara karşı korumasız bırakılmaları kanımızca hakkın kötüye kullanımını teşkil etmektedir. Bunun ötesinde sadece yasal temsilcilerin değil, kişilerin kendilerine de program kapsamındaki aşıların uygulanmasına tıbbi kontrendikasyon dolayısıyla haklı bir neden olmaksızın rıza göstermemeleri yine kanımızca iyi niyete aykırıdır ve bu kişilere program dahilindeki rutin aşılar uygulanabilmelidir. Çünkü aşıların toplum sağlığının korunması açısından etkili olması, aşılanmamış, yani bağışıklığı sağlanmamış, dolayısıyla hastalık etkenini kapabilecek ve başkalarına bulaştırabilecek kişi sayısının mümkün olduğunca azaltılması ve hatta sıfıra indirgenmesine bağlıdır. Kişiler toplum içinde izole bir şekilde yaşamadıkları ve etraflarındaki tüm bireylerle ister istemez uzak ya da yakın temas halinde oldukları için, kimsenin, kendi hasta olma hakkı kabul edilebilecek olsa dahi, başkalarına hastalık bulaştırma hakkı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle bu durum, hastalığın eradikasyonu ya da hiç olmazsa insidansının azaltılması için göze alınması gereken

korunulabilir hastalıklara yakalanmasına, ciddi şekilde hasta olmasına ve hatta ölümüne neden olabildiğine de vurgu yapılmıştır. Bunların dışında aşıların saklanması, uygulanması vb. pek çok hususa ilişkin teknik detayların da genelgede yer aldığı görülmektedir.

¹¹⁷⁴ İmmünizasyon uygulamaları, etkileri, öneriler hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. ORENSTEIN, Walter A. / PICKERING, Larry K., Koruyucu Önlemler- İmmünizasyon Uygulamaları, s: 881- 895, (Çev. KUZDAN, Canan), Nelson Pediatri, Cilt 1, (Ed. KLIEGMAN, Robert M. / SCHOR, Nina F. / St GEME, Joseph W, BEHRMAN, Richard E.- Çev. Ed. AKÇAY, Teoman), Elsevier, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2015. Bu bağlamda ebeveynler tarafından aşının reddine yönelik değerlendirme de şu şekildedir: “ Bazı ebeveynler çocuklarının aşılanmasını kabul etmemektedir. Hekimler böyle ebeveynler ile iletişime geçmeyi denemeli ve çocuğun kontrol ziyaretleri boyunca aşığı reddetme nedenlerini anlamaya ve aşılar hakkındaki endişelerini gidermeye ve üstesinden gelmelerini sağlamaya çalışmalıdırlar. Konuşmalar aşı reddetme nedeni üzerine ve ebeveynlerin konu hakkında bilgisi odaklı olmalıdır. Çocuk hekimleri, hastaları, aşılar hakkında bilgi almak için saygıdeğer kaynaklara yönlendirmeli, aşıların riskleri ve yararları hakkında ebeveynler ile konuşmalıdırlar..... AAP'nin Biyoetik Komitesi, aşıların uygulanmasını reddeden ebeveynlerle ilgilenirken izlenecek kılavuzu yayınlamışlardır. Hekimler, hastalarının ebeveynlerinden aşı yapılmasını reddettiklerine dair belge doldurmalarını isteyebilirler. Aşı yapılmasını reddetme belge örneklerine www.aap.org/immunization/pediatrici-ans7pdf/ReducingVaccineLiability.pdf. adresinden ulaşabilirler” age. s: 893.

göreceli risklerden kaçarken aynı zamanda bunların başkalarına ya da başkalarının çocuklarına yüklenmesi kolaycılığı olarak nitelendirilebilir. Üstelik tıbbi kontrendikasyonların varlığı nedeniyle haklı olarak aşılanamamış ya da sonradan ortaya çıkan hastalık, bu hastalıklara yönelik tedaviler vb. nedenlerle bağışıklığı bozulmuş ve enfeksiyonlara çok açık hale gelmiş bireylerin de varlığı göz önünde tutulduğunda, ebeveyni rıza göstermediği için aşılammamış bir bireyin, ne yanındaki okul arkadaşının, ne toplu taşıma aracında yanında oturan yolcunun, ne kendisine sağlık hizmeti sunan sağlık çalışanının enfekte ve hasta olmasına, hele hele bağışıklığı da bozulmuş bir birey ise, yaşamsal tehlikeye girmesine yol açması kabul edilemez.

Bununla birlikte söz konusu AYM kararında, idare, tedbir kararını UHK hükümlerine dayandırmıştır ve UHK'nin aşı uygulamalarına ilişkin hükümleri de kararda açıkça ele alınmış olduğu gibi Genişletilmiş Aşı Programındaki uygulamalarla örtüşmemektedir. Dolayısıyla AYM'nin verdiği karar dayanan yasal düzenleme göz önünde tutulduğunda yerinde olmakla birlikte, bilimsel açıdan sakıncalı olmuştur. Nitekim son zamanlarda aşılardan reddinde artış görülmektedir. Basına yansıyan haberler aşılammamış bireyler nedeniyle başta kızamık olmak üzere salgın hastalıkların arttığı yönündedir ¹¹⁷⁵. Bu durumdan büyük endişe duyan Türk Tabipleri Birliği 20.04. 2018 tarihinde TBMM'ye UHK'da değişiklik yapılmasına dair kanun teklifinde bulunmuştur ¹¹⁷⁶. Türkiye'nin yakın zamanlarda çevre

¹¹⁷⁵ "Aşılama zorunlu olsun." Aşı reddinin artmasıyla kızamık riskinin de yükselmesi tartışma yaratırken TTB Sağlık Bakanlığı'na başvurdu. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/asilama-zorunlu-olsun-40789719>, Erişim T: 03.04.2018.

¹¹⁷⁶ TTB'nin aşı konusunda hazırladığı yasa değişikliği önerisi TBMM'ye sunuldu. http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=15ecd2f0-449d-11e8-b46f-14b550714509, Erişim T: 10.04.2018. Teklif ve gerekçe için : " 24/04/1930 Tarihli 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi. Madde 1. 24/04/1930 tarihli 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 89 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: Sağlık Bakanlığı Genişletilmiş Aşı Programı kapsamındaki aşılardan [kızamık, polio (çocuk felci), kabakulak, kızamıkçık, difteri, boğmaca, tetanos, suçiçeği, hepatit A, hepatit B, verem, pnömokok, hemafileus influenza aşılardan] ile toplumun ve/veya belirli bir topluluğun sağlığını tehdit eden bulaşıcı hastalıklarda, Bakanlık bünyesinde ilgili hekimlerden oluşturulan bilim kurulunun önerisi üzerine, Bakanlıkça belirlenen aşılardan yaptırmak zorunludur. Bu aşılardan yapılmasında kişinin kendisinin, çocuklar ya da kısıtlılar yönünden velisinin ya da vasisinin rızası aranmaz. Erişkin kişiler bizzat, kısıtlıların vasileri, çocuğun anne ve babası ayrı ayrı aşı zorunluluğunun yerine getirilmesinden sorumludur. Ebeveyni olmayan çocuklar veya ebeveyni nezdinde bulunmayan çocuklar için çocuğu bakmak üzere kabul eden kişi veya kurum müdürleri sorumludur. Bu aşılardan Sağlık Bakanlığı tarafından ücretsiz olarak sağlanır ve aşı uygulamaları sebebiyle kişilere herhangi bir mali külfet yüklenemez....." ve teklif edilen gerekçe olarak : "Genel Gerekçe: Hazırlanan kanun değişikliği teklifi ile aşı uygulaması için yasal dayanak oluşturulmaya çalışılmaktadır. Kişilerin sağlıklarının korunması ve bozulan sağlıklarının tedavilerine yönelik her türlü

ülkelerden aldığı göç de aşılammamış büyük kitlelerin ve beraberlerinde taşıdıkları enfeksiyonların ülkeye girmesini sonuçlamıştır. Kamu sağlığı açısından ciddi tehlike oluşturan bu husus, her ne kadar yasal temsilcinin rıza göstermemesi konusuyla ilişkili olmayıp kamu sağlığını korumak maksadıyla gerekli önlemlerin alınmasındaki eksikliklerle ilişkili olsa da yeri gelmişken değinmeyi ihmal edemedik.

Bu noktada Alman hukukunda aşı konusundaki yaklaşıma kısaca değinilecek olursa, aşı hangi yolla yapılırsa yapılsın, vücuda bir madde verildiği ve fizyolojik bazı etkileşimlere yol açtığı için, vücut bütünlüğü ve sağlık üzerinde bir ihlal olarak ele alınmakta, dolayısıyla hukuka uygunluğu için de aşı olacak kişinin ya da ona bakmakla yükümlü kişilerin, yasal temsilcilerin aydınlatılmış rızaları aranmaktadır. Daimi Aşı Komisyonu'nun kararları sadece tavsiye olarak görülmekte, ancak aşılama bir yükümlülük olarak kabul edilmemektedir. Ebeveynden biri çocuğa aşı yapılmasına rıza göstermediği takdirde ise, diğeri mahkemeye başvurularak yapılması için karar aldırabilmektedir¹¹⁷⁷.

işlem ve vücut bütünlüğüne yönelik girişimler tıbbi müdahaledir. Tıbbi müdahale öncesinde kişinin veya yasal vasisinin rızasının alınması gereklidir. Acil durumlar, hayat kurtarıcı müdahaleler, toplum sağlığı ve kişinin sağlığına yönelik kesin yararın söz konusu olduğu durumlarda kişi lehine hareket edilmesi esas olduğundan çocukluk çağında aşı uygulanması çocuğun üstün yararının yanı sıra hem çocuğun bulunduğu toplumun hem de bulunduğu hane halkının sağlığının korunmasına hizmet etmektedir. Bağışıklama, özellikle çocuklukta sık rastlanan bir grup bulaşıcı hastalığın ortaya çıkmasının önlenmesinde çok önemli ve alternatifsiz bir koruyucu sağlık hizmetidir. Çocukluk dönemi aşılarının yapılması, hem bireysel olarak çocuğun söz konusu hastalıklara yakalanmasını önleyerek sağlığını korumakta, hem de toplumda hastalık etkeninin dolaşımını azaltarak hastalığın kontrolünü sağlamaktadır. Toplumda hastalık etkeninin dolaşımının azalması, aynı zamanda kanser tedavisi alma, bağışıklık sistemi hastalığına sahip olma vb. nedenlerle tıbben aşı uygulanmayan çocukların da dolaylı olarak korunmasını sağlamaktadır. Bulaşıcı hastalıklar, yaşamı tehdit eden bir unsur olarak ortaya çok ağır sonuçlar çıkarabilecektir. Bu tehlikeye karşı aşılama, en kolay, ekonomik ve etkin koruyucu hekimlik uygulamalarındandır. Çocukluk dönemi aşılarının birey ve toplum sağlığı açısından vazgeçilmezliği, ülkemizin önemli deneyimlerindedir. Zira ülkemizde pek çok bulaşıcı hastalık, çocukluk dönemi aşuları sayesinde ortadan kaldırmıştır. Aşılama oranlarının yüksek olması sayesinde kişinin sağlıklılık hali korunduğu için, bazı kişilerce değeri tam olarak anlaşılmasa da, bugün toplumun sağlıklı bireylerden oluşmasına, hastalık yayılmalarını engelleyerek bireyin ve toplum sağlığının korunabilmesine alternatifi olmayan bir katkı sunmaktadır. Kuşkusuz çocuklar, kendi anne babaları da dâhil olmak üzere yetişkinlerin üzerlerinde hak iddia edebileceği nesnelere değildir. Çocukların yüksek yararları gözetilerek başta sağlıklarının korunması ve geliştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınması, ihtiyaç duydukları ve duyacakları sağlık hizmetlerinin sağlanması devletin temel görevlerindedir. Bu nedenle yasa değişikliği önerimizde, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun ilgili maddesi yeniden düzenlenerek bu aşılar için veli ya da vasi izni aranmayacağı yasa maddesi olarak düzenlenmektedir. Maddede ayrıca bu zorunluluğu yerine getirmekte sorumlu olanlar gösterilerek ulusal aşı programında yer alan çocukluk çağı aşılarının yapılmasının zorunlu hale getirilmesi amaçlanmıştır.”

¹¹⁷⁷ DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 754.

b.Vasinin Tedaviyi Reddetmesi

TMK m. 404'de velayet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağı, yine 405, 406, 407 ve 408. maddeler uyarınca, koşulları olduğu takdirde, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim içinde olan, hakkında özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükmedilmiş olan veya yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya istekleri üzerine ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden ergin kişilerin kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Ancak kişinin kısıtlanmasına yol açan bu hallerin hepsininin ayırt etme gücünü ortadan kaldırmadığı ve rızanın bizzat kendileri tarafından kullanılmasına engel teşkil etmediği de ortadadır.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde rıza konusu ele alınırken açıklanmış olan ve bir önceki bölümde de özetle değinilen, hukukumuzda rızaya ilişkin düzenlemelere kısaca göz atıldığında, Biyotıp Sözleşmesi m.6/3'e göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin ve kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır. 4.fıkraya göre ise verilmiş olan izin, ilgili kişinin en fazla yararı bakımından her zaman geri çekilebilecektir. Sözleşmenin 8. maddesine göre, acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilecektir.

Tababet Kanunu m.70'e göre hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin muvafakati gerekir, veli veya vasi yoksa muvafakat şart değildir. HHY 24. maddeye göre hasta küçük veya kısıtlı ise velisinden veya vasisinden izin alınması gerekmekte, veli veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde ise bu şart aranmamaktadır. Küçük veya kısıtlının da olabildiğine sürece ve alınacak kararlara katılımı sağlanmalıdır. Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, velayet veya vesayet altındaki kişiye ancak TMK 346 ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararı alınarak tıbbi müdahalede bulunulması mümkündür ¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁸ Ayrıca bkz. DURAL, Aydınlatma, s: 250; NOMER, s: 156, kn. 103.

Demek ki, kısıtlı kişinin ve ayrıık hallerde velisi bulunmayan çocuğun, yasal temsilcisi yani vasi, rıza göstermiyorsa, tıbbi müdahalenin yapılabilmesi ancak mahkemeye başvurarak hakimden karar alınması sonrası mümkündür. Karar almak için yeterli zamanın olmadığı acil durumlar gündeme geldiğinde ne yapılacağı sorusuna ilişkin olarak, bu kez HHY m. 24'ün 7. fıkrası gözden geçirildiğinde, 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 bulunmanın rızaya bağlı olmadığı, bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak kayıt altına alınacağı, ancak mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisinin bilgilendirileceği yer almaktadır. Görüldüğü gibi acil durumda yasal temsilciden rıza alınması gerektiği düzenlenmemiştir. Müdahale acilen gerçekleştirilecek fakat yasal temsilciye bilgi verilecektir. Yasal temsilcinin rızasını esirgemesi, acil durumlarda gerekli müdahalenin yapılması açısından engel oluşturmamaktadır. Böylece ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilere tıbbi müdahalede bulunmak için kural olarak yasal temsilcinin rızası gerekli olsa da, bu rızayı aramak ya da yasal temsilci rıza göstermediğinde mahkemeden karar almak, kısıtlı kişinin yaşamını kaybetmesine ya da sağlığının geri dönüşü olmayacak biçimde zarar görmesine yol açacak bir zaman kaybına neden olacaksa, kısıtlı kişinin üstün yararı gereği ve anılmış olan yasal düzenlemeler uyarınca müdahalenin gerçekleştirilebileceği öne sürülmektedir ¹¹⁷⁹.

HMEK 26. madde 2. fıkrasına göre, “*hastanın reşit olmaması ve bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcinin izni*” aranmaktadır. “*Hekim yasal temsilcinin rıza göstermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır*” Bunun mümkün olmaması durumunda hekim yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunabilecektir ve yine acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirine bırakılmıştır. Acil olmayan durumlarda meslek kuralları hekime hakimden izin alma ödevi getirdiği gibi, yasal düzenlemelerin de başka türlüsüne el vermemesi nedeniyle zaten hekimin yasal temsilcilerin rızası hilafına davranarak müdahale etme durumu yoktur. Acil durumlarda meslek kuralları hekimi müdahalede bulunmaya zorlamayıp ona takdir

¹¹⁷⁹ GÖKCAN, s: 197.

alanı bırakmakla beraber, Tababet Kanunu, Biyotıp Sözleşmesi ve HHY'nin acil durumlarda yasal temsilcilerin rızasının aranmasına gerek olmaksızın müdahale imkanı veren düzenlemeleri göz önünde tutulduğunda, buna rağmen acil müdahalede bulunmayan hekim açısından, hastanın ölmesi ya da ciddi zararlara uğraması durumunda, sorumluluğun gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir.

Alman öğretisinden görüşlere göre, vesayet altındaki kısıtlılar bakımından öncelikle kısıtlının durumu belirleyici olup, kendisine bir yasal temsilci atanmış olsa dahi, tıbbi müdahalelere rıza göstermeye yetecek düzeyde ayırt etme gücüne sahip olabilir. Çocuğun velisi bakımından geçerli olan, ağır müdahalelerde onun da iznini alma yükümlülüğü, vasi bakımından geçerli değildir. Vesayet altındaki kişi ayırt etme gücü olmadığı takdirde ise tıbbi müdahalelere rıza gösterme yetkisi de vasiye ait olmaktadır. Ancak vasiye müdahalelere rıza gösterme ve reddetme açısından hastanın kendisinde olduğu kadar geniş bir takdir yetkisi verilmemiştir. Özellikle yaşamı uzatıcı müdahalelerin reddi ya da başlamış olan tedavinin kesilmesi söz konusu olduğunda bu yetkinin oldukça kısıtlanmış olduğu, zira vasinin vesayeti altındaki kişinin yararına hareket etmek zorunda olduğu belirtilmektedir ¹¹⁸⁰.

Yine önemli kararlara, özellikle yaşam ve ölüm arasında tercih gerektiren kararlara vasinin yanı sıra ayrıca vesayet makamının da katılımı gerekmektedir. Kişinin kendisi dışında kalanların, onun yaşamının sona ermesine yol açacak kararlarının genel olarak dikkate alınmadığından söz edilmektedir. Ancak vasi, tıbben makul ve hastanın yararına olan bir tedaviyi, hasta tarafından daha önce bu yönde açıkça ortaya konmuş bir irade açıklamasına dayanarak reddediyorsa, o takdirde bu husus hastanın yararına kabul edilebilecek olmakla beraber, yine de hukuken bir açıklığa kavuşmuş değildir. Bununla birlikte tedavinin kesilmesi yönündeki kararlar en sıklıkla hastanın insanlık dışı acılarının dindirilmesi için artık başka bir yolun söz konusu olmadığı hallerde gündeme geldiğinden ve bu durumda da zaten müdahaleye yönelik tıbbi endikasyon da ortadan kalkmış olacağı için, vasi ve vesayet makamının kararına da haliyle ihtiyaç duyulmamaktadır ¹¹⁸¹. *Deutsch* ve

¹¹⁸⁰ Nitekim *Deutsch* ve *Spickhoff* da kısıtlının istekleriyle yasal temsilcinin kararlarının örtüşmediği durumlarda yasal temsilcinin kararı dikkate alınacak olmakla beraber, yasal temsilcinin müdahaleye rıza göstermemesi durumunda, müdahalesiz kalmanın hastanın ölümüne ya da sağlığında ciddi kötüleşmelere yol açmaması gerekmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 650, kn: 994.

¹¹⁸¹ MEMMER, s: 4, 5.

Spickhoff, yaşamın sonunda da hasta özerkliğinin olabildiğince korunması gerektiğine işaret etmektedirler ¹¹⁸².

3. Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüklerin ve Gençlerin Tedaviyi Reddetmesi

Tedavinin çocuk (küçük) tarafından reddedilmesi, küçüğün tedavisinin yasal temsilciler ya da ona bakmakla yükümlü olan kişiler tarafından reddedilmesinden farklı bir durumdur. Yasal temsilciler küçüğün tedavi olmasını istiyor ve rıza gösteriyorken, henüz reşit olmamış ancak ayırt etme gücüne sahip küçüğün tedaviye karşı çıkması, yapılacak müdahaleleri kabul etmemesi, rıza göstermemesi, bir başka ifadeyle küçüğün ya da gencin veto hakkını kullanması söz konusudur ¹¹⁸³.

Az önceki bölümde de anılmış olan yasal düzenlemelerden Tababet Kanunu ve HHY'e göre yasal temsilcinin rızasının yeterli kabul edildiği, küçüğün ayırt etme gücünün olup olmamasına göre bir ayırımı yapılmadığı, yalnızca HHY'de anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde küçük hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımının istendiği görülmektedir. Biyotıp Sözleşmesi hükmü biraz daha farklı olup, küçüğün muvafakat verme yeteneğine itibar edildiği ve küçüğün yaşı ve olgunluk derecesi arttıkça iradesinin daha da ağırlık kazanacağı görülmektedir.

Her ne kadar düzenlemeler rızanın verilmesine yani varlığına ilişkin olsa da rızanın esirgenmesi yani tedavinin reddedilmesi bakımından da geçerli olacağını düşünmek için engel yoktur. Böyle olunca, Biyotıp Sözleşmesi'nin küçüğün ayırt etme gücüne göreceli değer veren hükmü dışında yasal temsilcinin rızasının yeterli olduğu ve küçüğün tedaviyi reddetmesinin anlam taşımayacağı, dikkate alınmayacağı anlaşılmaktadır. Bunun ötesinde HHY'nin TMK m. 346'ya atıf yapan hükmü de göz önünde tutulduğunda müdahaleye açıkça karşı koyan ayırt etme gücüne sahip bir ergene de mahkeme kararıyla müdahalede bulunmanın mümkün olduğu çıkarımına varılmaktadır. Nasıl ki, yasal temsilci tarafından rıza verilmeyen, velayet ve vesayet

¹¹⁸² DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 650, kn: 995. Bununla birlikte *Deutsch* ve *Spickhoff*'un, şayet kısıtlı olan hasta endikasyonu olan bir tedaviyi ya da tedavinin devamını istediği takdirde, tedavinin hastaya zararlı olmaması koşuluyla, hastanın bu isteğinin yasal temsilcinin karşı koyması karşısında ağır bastığı şeklindeki açıklamaları mevcuttur. Bu takdirde müdahalenin sınırlarını yalnızca tıbbi endikasyonlar çizmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 650, kn: 994.

¹¹⁸³ DETTMAYER, s: 226; JANDA, s: 138.

altındaki hastaya TMK 346 ve 487.maddeleri uyarınca mahkeme kararıyla tıbben gerekli müdahalede bulunulabiliyorsa, bu kez de kendi rıza göstermeyen küçüğe mahkeme kararıyla müdahale gündeme gelecektir.

TMK m. 346 hükmü uyarınca, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacaktır. TMK 347/1.madde uyarınca da çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunursa yine hakim onun bir kuruma yerleştirilmesi yönünde karar verebilecektir. Böylece çocuğun sağlığının, bedensel ve zihinsel gelişiminin tehlikeye düştüğü hallerde tedavisi yönünde hakim kararı alınması ve küçüğün rıza göstermediği müdahalelerin gerçekleştirilmesi mümkün olmaktadır.

Akıl hastalığı ve madde bağımlılığı nedeniyle sağlık tedbirine karar verilebilmesi ve özgürlüğün kısıtlanması için resmi sağlık kurulu raporu gerektiği, fakat anne babanın velayet altındaki çocuğu tedavi ettirmek için mahkemeden tedbir talebinde bulunmaları halinde, mahkemenin vereceği tedbir kararına dayanarak çocuğun rızası olmasa dahi gereken tedavinin yapılabileceği, bununla birlikte çocuğun mümkün olduğunca bilgilendirilmesi gerektiği de belirtilmektedir ¹¹⁸⁴.

Bununla birlikte Tababet Kanunu m.70 ve HHY m.24 hükümleri, TMK m 16'nın, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri, fakat karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada yasal temsilcinin rızasının gerekli olmadığı yönündeki hükmüyle çelişkiye düştüğünden ve yasal temsilcinin rızasının aranıp aranmaması hususunda farklı görüşlerin varlığından söz edilmektedir ¹¹⁸⁵. Şenocak, konuya küçüğün yasal temsilcilerinin hekimle kurduğu sözleşmenin üçüncü kişi yararına bir sözleşme olması hususunu da ele alarak yaklaşmakta ve sözleşmenin tarafı yasal temsilciler olsa dahi, ayırt etme gücünü haiz küçüğün kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarından olan tıbbi müdahaleye rıza gösterme hakkının göz ardı edilemeyeceğini ve Tababet Kanunu ile HHY'nin küçüğün görüşünün alınmasını

¹¹⁸⁴ GÖKCAN, s: 197.

¹¹⁸⁵ Yalnızca yasal temsilcinin rızasına itibar eden görüşlerin, kişinin kendisiyle ilgili kararları verme hakkını göz ardı ettiği düşünülse de, çocuğun korunması amacıyla önemli kararların ona bırakılmayacağı ve yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiğinden savunan görüşler de mevcuttur . Bkz. ŞENOCAK, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s: 74 vd. ; KAHRAMAN, s:489.

öngören ancak bağlayıcı kabul etmeyen düzenlemelerine bağlı kalarak ve sadece yasal temsilcilerin rızasına dayanarak müdahalede bulunmanın doğru olmadığını belirtmektedir. Küçüğün rızasını aramayan karşı görüşlerin ileri sürdüğü küçüğün yararını gözetme kaygısına ise, tıbbi müdahale sözleşmesinin diğer tarafının mesleki bilgiyle donanmış ve özen gösterme yükümündeki hekim olması ve gerektiğinde yasal temsilcilerin taraf sıfatıyla hekimi seçme, değiştirme ve sözleşmeyi feshetme hakları olması nedeniyle, yer olmadığını düşünmektedir ¹¹⁸⁶. Ancak küçüğün yaşam ve sağlığını tehdit eden bir tehlikenin bulunması, yani tıbbi müdahalenin acil olması durumunda, hekim hukuka uygunluk nedeni olarak küçüğün üstün özel yararına dayanıp vekaletsiz iş görme hükümlerine göre müdahalede bulunabilecektir, zorunlu olmayan müdahalenin reddinde ise küçüğün iradesi dikkate alınmalıdır ¹¹⁸⁷.

Alman hukukunda da, henüz ayırt etme gücüne ulaşmamış yani tıbbi müdahaleye kendileri rıza gösterecek duruma gelmemiş küçüklere müdahalede bulunmak için yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç vardır. Nasıl ki, bu çocukların tıbbi müdahaleye tek başlarına rıza göstermeleri mümkün değilse, müdahaleyi reddetmeleri de dikkate alınmamaktadır ¹¹⁸⁸. Ancak yaşın ilerlemesiyle beraber küçükler de gittikçe ayırt etme gücünü kazanmaktadırlar. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin iradelerinin de dikkate alınması gerekmektedir ¹¹⁸⁹.

Çocuklar ve gençler, tıbben gerekli ancak geciktirilmesinde sakınca olmayan bir tedaviyi reddettikleri takdirde bunun ileri bir zamana ertelenmesi problem oluşturmamakla beraber, yaşamı tehdit eden, ancak hemen tedaviye başlandığı takdirde iyileşme ya da en azından yaşam süresinin uzama olasılığı mevcut hastalıklarda nasıl davranılacağı hususu bir problem teşkil etmektedir. Örneğin, kansinomlar, yetişkinlerde en sık görülen malign tümörleri oluştururken, çocuklarda en sıklıkla kemik iliği, lenf nodları gibi kan yapıcı sistem maligniteleri görülmekte ve bu hastalıklar erişkinlerde görülenlerden farklı olarak tedaviye iyi yanıt vermektedirler ¹¹⁹⁰. Fakat malign hastalıklarda, cerrahi, kemoterapi gibi uygulamalara yasal temsilciler tarafından rıza gösterilip de ayırt etme gücüne sahip

¹¹⁸⁶ ŞENOCAK, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s: 76, 77. İlave görüş ve değerlendirme için bkz. ARPACI, s: 10.

¹¹⁸⁷ ŞENOCAK, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s: 78.

¹¹⁸⁸ MEMMER, s: 3.

¹¹⁸⁹ Küçüğün ayırt etme gücünün nasıl belirleneceği hususunda görüşler için bkz. az önceki *ebeveynin tedaviyi reddetmesi* bahsindeki açıklamalarımız.

¹¹⁹⁰ DETTMAYER, s: 227.

çocuk tarafından rıza gösterilmediği takdirde, çocuğun ve gencin iradesi hilafına zorla tedavi uygulanması mümkün olmamaktadır ¹¹⁹¹. Ebeveynin (ya da çocuğa bakmakla yükümlü diğer kimselerin) tedaviyi reddetmesinden farklı olarak, vesayet makamının ya da mahkemenin ayırt etme gücüne sahip ve kendine uygulanacak tedaviyi reddeden çocuklarda, kararın kontrolüne yönelik ya da bu kararın yerine geçecek ikame bir uygulamada bulunmasının söz konusu olmadığı belirtilmektedir ¹¹⁹².

Gerçi Federal Mahkeme, ayırt etme gücüne sahip çocuğun yaşamı üzerine belirgin etkileri olan, göreceli endikasyonlu ve yasal temsilcileri tarafından rıza gösterilmiş olan bir müdahaleyi veto hakkını dikkate almıştır ¹¹⁹³, bununla birlikte Federal Mahkeme tarafından, fiil ehliyeti ile rıza gösterme ehliyeti arasında yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyulan gri bir alan olup olmadığı konusunu pek ele almadığı da belirtilmektedir. Böylece hekim yasal temsilcilerin aydınlatma ve rızasına güvenme durumunda kalmaktadır ¹¹⁹⁴.

Kanımızca küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması, illa ki yaşamını doğru yönlendirecek deneyim ve olgunluğa ulaştığı anlamına gelmemelidir. Esasen yakın zamanda reşit olmuş genç erişkinlerin dahi sıklıkla tutarsız ve dayanaksız kararlara vardığı görülmektedir. Elbette reşit ve mümeyyiz kişilerin iradesinin dikkate alınması yasal bir zorunluluktur, ancak küçükler bakımından, şayet müdahalenin yapılmaması telafisi zor hatta imkansız zararlara yol açacak ise, küçüğün iradesi ile uyuşmasa dahi müdahalede bulunmak daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

4. Gebeliğin Sonlandırılmasına Rıza Gösterilmemesi

Hukukumuzda küçük ve mümeyyiz olmayanların rızasına ilişkin özel bir düzenleme Nüfus Planlama Kanunu'nda yer almaktadır. Kanunun 6. maddesine göre bir kadının gebeliğinin sonlandırılması için kural olarak gebe kadının izni, küçüklerde küçüğün (küçük gebenin) rızası ile velinin izni, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde (gebelerde) reşit olmayan kişinin ve

¹¹⁹¹ DETTMAYER, s: 227.

¹¹⁹² DETTMAYER, s: 226. Çocuk ve gençlerin tedaviyi reddetmelerine yönelik olarak Alman Tıp Hukuku Cemiyeti'nin bir çalıştayında oluşturulan öneriler için bkz. age. s: 228.

¹¹⁹³ Eklem bozuklukları olan 14 yaşında çocuğa yapılan ameliyat sonrası omurilik felci ortaya çıkmıştır. BGH Urteil v.10.10.2006, AZ.: VI ZR 74 / 05, https://www.jurion.de/urteile/bgh/2006-10-10/vi-zr-74_05/, 10.09.2018.

¹¹⁹⁴ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 649, kn: 992.

vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izni gerekmektedir. 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 de gebeliğin sonlandırılması izin şartına bağlı değildir. Bu kanuna bağlı çıkarılan Rahim Tahliyesi Tüzüğü de benzer düzenlemeler içermektedir ¹¹⁹⁵. Ayrıca Kanunun m. 8 düzenlemesi de bunlarla birlikte göz önünde tutulduğunda, gebe kadının rıza verme yeteneği ister akıl maluliyeti ister gebeliğin yarattığı acil durumlar nedeniyle bilincinin kapanması yüzünden ortadan kalkmış olsun, gebeliğin rıza aranmaksızın sonlandırılabilceği düşünülebilir. Bununla beraber bilinci açık gebenin rızası olmadığı takdirde, karşı görüşler bulunmakla birlikte ¹¹⁹⁶, ağırlıklı olarak gebeliğin sonlandırılmayacağı kabul edilmektedir ¹¹⁹⁷. Kadının bilinci kapanmadan önce gebeliğin sonlandırılmasına açıkça karşı çıktığı, rıza göstermediği biliniyorsa, bu durumda da müdahalede bulunulmaması gerektiği söylenebilecektir.

Annede yaşamsal tehlike mevcut olmakla beraber, fetusu korumak saikiye yasal temsilcilerin rıza göstermemesi durumunda ise, annenin yaşamının sona erdiği hallerde fetusun yaşamı da ister istemez sona ereceği için, rıza gösterilmemesinin pratikte onlar için de bir anlamı kalmayacaktır. Gerekli aydınlatmanın yapılmasını takiben durum sıklıkla bu kişilerce de kavranmakta ve gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösterilmektedir.

Ancak gebeliğin sonlandırılmasını zorunlu kılan yaşamsal bir tehlikenin mevcut olmadığı olağan durumlarda, küçük ve mümeyyiz gebe, gebeliğinin sona erdirilmesini isterken, yasal temsilcilerin gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermemeleri halinde, hekim muhtemelen müdahalede bulunmayı göze

¹¹⁹⁵ Rahim Tahliyesi Tüzüğü m.7'de, derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde rahmin tahliye edileceği, m.14'te de akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızasının aranmayacağı, veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmayacağı hüküm altına alınmıştır.

¹¹⁹⁶ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 341; BAYRAKTAR, s: 197; ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s: 544.

¹¹⁹⁷ ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, s: 193, 194; ÖZBEK, KANBUR / DOĞAN / BACAŞIZ / TEPE, s: 299, 300; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 10. Bu konudaki farklı görüşler için ayrıca bkz. GÜNEY TUNALI, s: 150 vd.

alamayacaktır. Yasal düzenleme, veli değil de vasinin bulunduğu durumlarda ayrıca hakimin iznini aramakta ise de, tıbbi bir gereklilik de yokken, yasal temsilcilerin izinleri aranmaksızın doğrudan hakimin kararı ile sonlandırma işleminin yapılması olası gözükmemektedir.

Bununla beraber, çocuk düşürtme suçunu düzenleyen TCK m.99'un 6. fıkrasında suç sonucu oluşan gebeliklerin 20. haftaya kadar sonlandırılmasına imkan veren bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi 20 haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebelik hastane ortamında ve uzman hekimler tarafından sonlandırıldığı takdirde ceza verilmemektedir ¹¹⁹⁸. Esasen suç sonucu oluşan gebelikten sadece cinsel suçların anlaşılması gereklidir, kişinin rızası olmaksızın gerçekleşen bir yardımcı üreme uygulaması ya da deney vb. de suç teşkil edebilir ¹¹⁹⁹, ancak suç sonucu oluşan gebelikler özellikle de küçükler bağlamında, en sıklıkla, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların sonucunda ortaya çıkmaktadır. Reşit bir kişide gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığını ortaya koymak güç olduğundan bu maddenin işlerlik kazanması yönünde engeller bulunmaktadır ¹²⁰⁰, fakat reşit olmayanlarda suçu ortaya koymak çok daha kolaydır ¹²⁰¹. Suç sonucu oluşan

¹¹⁹⁸ ARTUÇ, s: 548; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 342; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s: 301, 302; KIZIROĞLU, Serap Keskin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, Cilt 19, S: 2, Yıl 2013, s: 182; GÜLŞEN, Recep, Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Oluşan Cezai Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8. Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 193; GÜLŞEN, Recep, Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s: 1216; DÖNMEZ, s: 134; AYDIN, Murat, Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Yıl 2011, s: 96.

¹¹⁹⁹ ÜNVER, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, s: 206.

¹²⁰⁰ ÜNVER, Yener, Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, (Ed. ERDEMİR / ÖNCEL / NAMAL / ERDEM / DOĞAN), İstanbul, 2005, s: 106; ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Yıl 2006, s: 271, dn. 46; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 740- 742; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s:342, 343; KIZIROĞLU, s: 183; ÜNVER, Yener, Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı: 2, İstanbul 2007, s: 71, dn 64; KURT, Gülşah, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi, No: 1, Ceza Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s: 239; DÖNMEZ, s: 135; GÜLŞEN, Hekimlerin Çocuk Düşürtmede, s:193, 194; GÜNEY TUNALI, s: 184, 185.

¹²⁰¹ Küçüğün rızası olmaksızın zorla gerçekleşen bir cinsel ilişki, cinsel saldırı suçunu teşkil edecek iken (TCK m.102), on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış çocukların cinsel istismarı suçunu (TCK m. 103), çocuk 15 yaşından büyük olsa ve rıza göstermiş olsa dahi, kanunun lafızıyla cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişki gerçekleşmiş olsa

gebeliklerin, gebe kadının rızası ile 20 haftaya kadar sonlandırılmasına izin veren TCK m.99/6 düzenlemesi göz önünde tutulduğunda, teorik olarak, ayırt etme gücüne sahip küçüğün gebeliğin sonlandırılması yönündeki rızası mevcut ise, yasal temsilcinin rızasının aranmasına gerek olmaksızın gebeliğin hastane ortamında sonlandırılabilceğini, bununla beraber uygulamada pek çok güçlüğün söz konusu olabileceğini söylemek mümkündür.

Mümeyyiz küçüğün kendisi rıza göstermediği takdirde ise gebelik sonlandırılmayacaktır. Gebe kadının bir akıl maluliyeti nedeniyle ayırt etme gücüne sahip olmadığı ve bu nedenle rızasının da aranmayacağı yahut yaşamı ve yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil hallerden farklı olarak, gebelik ne şekilde oluşursa oluşsun, gebenin rızası olmaksızın, yalnızca yasal temsilcilerin rızasına dayanarak sonlandırılması mümkün değildir. Her ne kadar reşit olmayan bir gebenin, küçüklere uygulanacak müdahalelerde sıklıkla ortaya çıktığı gibi, yaşından dolayı ayırt etme gücüne sahip olmama olasılığı ilk anda akla gelebilecek olsa da, herhangi bir sağlık sorunundan farklı olarak, gebelik, doğal fizyolojik süreçler gereği genellikle küçüğün ayırt etme gücüne kavuşmuş olduğu yaşlarda gündeme gelebileceğinden, kural olarak gebenin rızasının aranması gerekmektedir.

5.Gebe Kadının Tedaviyi Reddetmesi

Gebe kadının tedaviyi reddetmesi de özellikli durumlardan birini oluşturabilir. Gebe kadın üzerinde yapılacak tüm müdahalelerin, fetusun kurtarılmasına yönelik olanlar dahil, onun rızasıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kadının müdahaleye rıza göstermemesi fetusun ya da hem kendinin hem fetusun hayatını tehlikeye sokacak olsa bile, hekim rıza olmaksızın müdahalede bulunamaz¹²⁰². Ki bu bağlamda özellikle sorun yaratan durumlardan birini, çocuğun sağlığı açısından sezaryen ile doğumun gerekli olması ve annenin bunu reddetmesi oluşturmaktadır¹²⁰³.

dahi, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır (TCK m. 104). Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları hakkında bilgi ve açıklamalar için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 354 vd, 401 vd, 421 vd; SOYASLAN, Ceza Hukuku, s: 228 vd, s: 241 vd, s: 249 vd; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s: 313 vd, s: 329 vd, s: 344 vd.

¹²⁰² HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 443.

¹²⁰³ DETTMAYER, s: 215.

TDN m.23'te güç doğumlarda hekimin, anayı ve çocuğu kurtarmaya gayret edeceği ve ailevi mülahazalar vesair tesirlere kapılmaksızın, ilmin ve fennin icaplarını yerine getireceği öngörülmüştür. Ailevi mülahazalardan ne anlaşılması gerektiği pek açık olmamakla beraber, uygulamada da sık karşılaşıldığı üzere doğum yapacak olan kadınların kendileri ile ilgili kararları hiç de seyrek olmayarak eşleri ya da diğer yakınlarına bıraktığı görülmektedir. Düzenleme, hekimi muhtemelen üçüncü kişilerin gereksiz müdahalelerinden korumayı amaçlamış görünse de, güç doğumlarda bizzat gebe kadının rızasının aranmayacağı ya da dikkate alınmayacağı gibi bir çıkarıma varılması mümkün değildir.

TMK m. 28'de de belirtildiği üzere kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. Her ne kadar çocuk sağ ve tamamıyla doğmak koşuluyla anne rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip ise de ve dolayısıyla doğum öncesi dönemde uğramış olduğu zararlar yüzünden talepte bulunabiliyorsa da, doğmadan önce annenin vücudunun bir parçasını teşkil etmektedir ¹²⁰⁴. Fetusun kurtarılmasına ya da zarar görmesinin engellenmesine yönelik her türlü müdahale de öncelikli olarak anneye yönelmiş olacağından, onun rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Gebelik süresince kadının rızası olmaksızın herhangi bir müdahalede bulunulamayacağı gibi, doğumun şeklinin de gebe kadının gösterdiği rıza doğrultusunda tayin edileceği, yine kendisinin ve çocuğun açıkça yararına olacak olsa dahi, rıza göstermediği müdahalelerin yapılamayacağı, örneğin kadının kendisi ve doğacak bebeğin yaşamı tehlikede olsa dahi, istemediği takdirde sezaryen ameliyatının ya da vakum, forceps gibi diğer operatif doğumların yapılamayacağı kabul edilmektedir. Ancak hekimin ilerde sorumluluk doğmaması için, HHY düzenlemesi ile de uyumlu olarak, gebe kadının tedaviyi reddettiğini yazılı şekilde kayıt altına alması, gerekirse ayrıca bir tutanakla da tespit etmesi gerekmektedir. Zira kadın doğum alanına ilişkin davalarda en fazla gözlenen iddialardan biri bebeğin sezaryen yerine normal doğurtulması nedeniyle zarara uğradığına ilişkin olmaktadır.

04.07.2012 tarih ve 6354 sayılı Kanununun 1. maddesinin UHK 153. maddesine yaptığı ekleme ile gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğumun sezaryen ameliyatı ile yaptırılacağı, gerekli tedbirlerin

¹²⁰⁴ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 12, 13; ayrıca bkz. DURAL / ÖĞÜZ, s: 17 vd. ve oradaki dipnotlar.

alınmasına rağmen, doğumu takiben anne veya bebekte meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan dolayı hekimin sorumlu tutulamayacağı öngörülmüştür. Değişikliği getiren kanun maddesinin iptali için yapılan AYM başvurusu reddedilmiştir ¹²⁰⁵ . UHK'daki bu değişiklik bir yandan kadını istemediği halde normal vaginal doğum yapmaya, hekimi de yaptırmaya zorlayıcı bir durum oluştursa da, aynı zamanda kadının kendisi ve yenidoğan bebekte doğum sırasında herhangi bir beklenmedik zarar ortaya çıktığı takdirde, neden normal doğurtulduğu yönündeki serzeniş ve isnatlarına da kısmen de olsa sınırlama getirerek hekimi koruyucu bir etki yaptığı da söylenebilir.

Kendi veya bebeği ölecek ya da ağır zarara uğrayacak olsa dahi, kadının rızası hilafına müdahalede bulunulamayacağı açıktır, ancak bilincinin kapanmış ve dolayısıyla rıza gösteremeyecek durumda olduğu ve aileden gelen karşı çıkışlara rağmen bilinci kapanmadan önce kadının müdahaleyi açıkça reddetmediği ve davranışlarından zımnen rıza gösterdiğinin anlaşıldığı hallerde hekimin TDN m.23 hükmüne, ayrıca Tababet Kanunu m.70, Biyotıp Sözleşmesi m.8 ve HHY m. 24 hükmüne dayanarak, hasta yakınlarının düşüncelerini dikkate almaksızın, tıbben gereken müdahaleyi yapabileceğini, ancak kendini sorumluluktan kurtarmak adına, durumu bir tutanakla tespit etmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Elbette ki en doğru davranış gebe kadının yatış anında doğum süreciyle ilgili tüm olasılıklar hakkında aydınlatılması ve gerekli rızanın da bu aşamada alınmasıdır ¹²⁰⁶ . Gerekli tüm aydınlatmaya rağmen, normal doğum dışındaki hiçbir operatif müdahaleye en

¹²⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı : 2012/103, Karar Sayısı : 2013/105, Karar Günü : 3.10.2013, R.G. Tarih-Sayı : 17.12.2014-29208.

¹²⁰⁶ Normal doğum eyleminin öğretilen kimi zaman bir tıbbi müdahale olarak ele alındığı görülse de, aslında her şey yolunda seyrettiği takdirde doğum, hekimin hiçbir müdahalesine gerek dahi kalmadan tamamen kendi kendine seyreden fizyolojik bir süreçtir. Hekimin ya da ebe gibi diğer sağlık meslek mensuplarının bu sürece refakat etmeleri ve gerektiğinde müdahalede bulunmaları yalnızca beklenmeyen bir durum geliştiğinde bebeğin ya da annenin zarar görmesini önlemek amacıyla. Dolayısıyla hekimin, hastanın rızasıyla doğuma başladıktan sonra, doğumu yarıda bırakmak kadın açısından tehlike arz ettiği takdirde, zorunluluk halinden yararlanır (HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 443) şeklindeki görüşler pek de isabetli değildir. Aynı şekilde başlamış doğum eyleminin hastanın üstün özel yararı gözetilerek devam ettirilip ettirilmemesi yönünde kimi zaman gündeme gelebilen tartışmalar da yerinde değildir. Hekimin hastanın üstün özel yararına dayanarak devam ettirebileceği ya da kaçınarak ettirmeyeceği süreç, ancak doğuma yardımcı olmak ve kolaylaştırmak ve de annenin yaşamını kurtarmak için yapılacak operatif doğum müdahaleleri olabilir, zira doğum eylemi bir kez başladıktan sonra ne annenin isteği ne de hekimin müdahalesiyle durdurulabilecek bir süreç değildir. Bkz. CUNNINGHAM, Gary F. / LEVENO, Kenneth J. / BLOOM, Steven L. / SPONG, Catherine Y./ DASHE, Jodi S./ HOFFMAN, Barbara L. / CASEY, Brian M./ SHEFFIELD, Jeanne S., (Labor, Physiology of Labor, Normal Labor, s: 408- 454- Delivery, Vaginal Delivery, s: 536-555) Williams Obstetrics, 24th Edition, Mc Graw Hill, USA 2014.

başından rıza göstermeyen bir kadının, normal doğum yapamayacağını ve bu denemenin ölüm dahil çok ciddi riskleri beraberinde getireceğini açıkça öngören bir hekimin de, bu hastanın izlemini en başından reddetmesinin doğru davranış olacağı kanısındayız. Zira hekimlerin tüm dünyada maternal ve perinatal mortalite ve morbidite ¹²⁰⁷ hızlarını düşürmek için göstermiş oldukları çok yoğun çaba dikkate alındığında ve doğum sırasında yaşanacak bir anne ölümünün mesleki olarak hekimin başına gelebilecek en talihsiz ve üzücü olaylardan biri olduğu söylenebileceğine göre, hastanın özgür iradesine dayansa dahi hiçbir hekim böyle bir olayı yaşama durumunda kalmamalıdır.

B. Hastanın Vermiş Olduğu Rızanın Kapsamı

Hekim ile hasta arasındaki ilişki, hukuki nitelik itibarıyla, pratikte en sık tıbbi müdahale sözleşmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Tıbbi müdahale sözleşmesinin kapsamının önceden açıkça belirlenmiş olması yönünde teorik olarak bir engel bulunmama ile beraber, uygulamada pek karşılaşılmamaktadır. Hastane yatışları veya rutin poliklinik işlemleri dışında kalan özellikli müdahaleler öncesinde kimi zaman sözleşme adı altında hastalara imzalatılan formların da genellikle hastanın yapacağı ödemeler ile ilişkili ve uygulanacak tüm müdahalelere yönelik genel bir muvafakatname şeklinde olduğu görülmektedir. Sözleşmenin taşıdığı vekalet benzeri nitelik hasta yararına bir işin yapılmasını beraberinde getirirken, yine vekalet ilişkisinin niteliği gereği bir sonucun vaat edilmesi olası değildir ¹²⁰⁸. Bunun ötesinde hasta yararına görülen bu işin ifası sırasında, insan vücudunun spontan veya müdahaleler karşısında vereceği tepkilerin önceden tahmin edilmesi, öngörülmesi, dolayısıyla yapılacak müdahalenin türü ve şeklinin de önceden açıkça ortaya konması mümkün olmayabilir. Yapılması gerekenler her somut olaya ve süreç içinde ortaya çıkan yeni gelişmelere göre değişkenlik gösterebileceğinden ilk baştan sözleşme hükümlerinin oluşturulması da söz konusu olamayacak, sözleşmenin kapsamı sürece ve hastalığın seyrine göre şekillenecektir.

¹²⁰⁷ Maternal mortalite, gebelik süresince veya doğum sonrası 42 gün içerisinde gebeliğin süresi ve lokalizasyonuna bağlı olmaksızın gebeliğe bağlı veya gebeliğin ağırlaştırdığı bir hastalık nedeniyle veya onun tedavisi esnasında meydana gelen ölümler olarak tanımlanmaktadır. Kaza sonucu veya tesadüfen meydana gelen ölümler bu tanıma dahil değildir. AKSU, M. Feridun, Maternal Mortalite, Morbidite Tanım, Epidemiyoloji, Türkiye Ve Dünya'da Durum Ve Maternal Mortalite'yi Düşürmek İçin Yapılması Gerekenler, İü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Maternal Mortalite ve Morbidite Sempozyumu, 23 Haziran 1999, İstanbul, s: 9.

¹²⁰⁸ Bu husus çalışmamızın önceki bölümlerinde tıbbi müdahale sözleşmesinin hukuki niteliği irdelenirken ele alınmıştır.

Dolayısıyla tarafların hekimin hasta yararına bir tıbbi müdahalede bulunması hususunda karşılıklı rızalarının örtüşmesi sözleşmenin kurulması için yeterli olmakla beraber, kapsamının önceden açıkça belirlenmiş olması uygulamada gündeme gelmez. Fakat hasta hekime onu sağlığına kavuşturacak tıbbi müdahalelerin yapılması için rıza gösterirken bu belirsiz ve ucu açık bir rıza değildir. Tıpta yıllarca süren ve kanımızca bazı olumsuz yönlerine rağmen birtakım avantajlarını da beraberinde taşımış olan paternalist yaklaşım belki ucu açık bir rızayı mümkün kılmakta idi. Hasta genel bir muvafakatname ile kendisine uygulanacak her türlü tıbbi müdahaleye rıza göstermekte ve hatta sorumsuzluk yönünde konulan şartların dahi geçerli olabileceği ¹²⁰⁹ düşünülmekte idi. Ancak hastanın özerkliği ve kendi geleceğini belirleme hakkının hakim olduğu günümüz anlayışında hastanın bilgilendirilmiş (aydınlatılmış) rızasının, tıbbi müdahale sözleşmesinin kapsamını belirlerken göz önünde tutulacak en önemli unsurlardan biri olduğunu söylemek mümkündür.

Önceki bölümlerde de ele alınmış olduğu gibi, tıbbi müdahale öncesinde hasta bilgilendirilmekte ve bu bilgilendirmeyi takiben de kendisine uygulanacak işlemlere rıza göstermektedir. İşte hekim tarafından yapılacak müdahalenin türü, kapsamı, özellikleri, yöntemi, olumlu ve olumsuz etkileri vb. hususunda yapılan bilgilendirme ve bunu takiben hastanın gösterdiği rıza, hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin sınırlarını çizmektedir. Nitekim HHY'nin “*Rızası Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama*” başlıklı 22/1 maddesinde, “*kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz*” denilerek rızanın çizeceği çerçeve güvence altına alınmıştır.

¹²⁰⁹ Bir hizmet, meslek ve sanat kanun veya hükümet, bakanlık gibi yetkili makamlardan alınan imtiyazlarla yürütülmekte ise, avukatlık, doktorluk, diş hekimliği, eczacılık, öğretmenlik, mühendislik, mimarlık gibi, bu kişiler hem uzman hem de bir nevi ayrıcalıklı kişiler oldukları için, bu kişilerin yaptıkları sözleşmelere koydukları sorumsuzluk yönündeki hükümler geçerli kabul edilmemektedir. EREN, s: 1117; TBK m. 15 de bu hususa yönelik düzenlemeler içermektedir. Aynı şekilde *Kahveci* de, doktorluk, avukatlık, öğretmenlik, mühendislik, mimarlık gibi belli eğitim kurumlarından mezuniyet belgesi alınmasını ve belli meslek odalarından ruhsatname alınmasını gerektiren tüm faaliyetlerin, ayrıca bankalar ve sigorta şirketlerinin de bu hükmün kapsamında olduğunu belirtmektedir. KAHVECİ, Nalan, Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı / Sorumsuzluk Anlaşması / Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, TBK m.114-116, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt - 1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s: 921, 922; Aynı yönde SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 21, s: 280, kn: 3; İNAL, s: 613 vd.; ÇAVDAR, s: 760; ALKANAT, s: 180.

Ayrık durumlar dışında ve ayrıca ispat kolaylığı açısından rızanın yazılı olması tercih edilmekte ise de kural olarak şekle tabi olmayıp hastanın davranışlarından çoğu kez örtülü bir rızanın varlığı ve geçerliliği sonucuna da varılmaktadır. Aydınlatmanın da ayrık durumlar dışında yazılı olması koşul değilse de, hekimin hastayı sağlık durumu ve planlanan müdahale hakkında bilgilendirme (aydınlatma) yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ispatı için sözlü açıklamalarda bulunması sıklıkla yeterli olmayıp, en azından önemli müdahaleler öncesi, yazılı bir aydınlatma üzerine verilmiş yazılı bir rıza genellikle aranmakta olduğundan, bu bilgilendirme (aydınlatma) esnasında planlanan, hastaya açıklanan ve kayıt altına alınan işlemler, bir bakıma hekim hasta arasındaki tıbbi müdahale sözleşmesinin kapsamını oluşturmakta ve hekimin yapacağı müdahalelerin sınırlarını çizmektedir.

Hastaya, kendisine ne işlem yapılacağı açıklandıysa, o işlemin yapılması gerekmekte, hastanın belli bir müdahale ya da birbiriyle ilişki belli bir takım müdahaleler için verdiği rızaya uygun olmayan şekilde başka müdahalelerin yapılması, genişletilmesi ya da eklemeler yapılması mümkün olmamaktadır. Öğretide de dile getirilmiş olduğu üzere, rıza hangi müdahale için verildiyse, rızanın çizdiği çerçeveye uyumlu olacak şekilde ancak o müdahalenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹²¹⁰. Yine hukukumuzda tıbbi müdahalenin vekalet sözleşmesine dayandırıldığı göz önüne alındığında da, vekilin, vekalet verenin çizdiği çerçeveyi aşan bir şekilde, onun yararına ancak onun arzu ettiğinden daha fazla faaliyette bulunmasının geçerli kabul edilmemektedir¹²¹¹.

Ancak belli bir müdahale için rıza gösterilirken, onunla ilişkili, özellikle hazırlık mahiyetindeki ya da rutin izlemin bir parçası halindeki her işlem için ayrıca rıza gösterilmesi söz konusu değildir, keza gerekli de değildir. HHY 31. maddesinde,

¹²¹⁰ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 93; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 30; Tümöre yönelik ameliyat yapan bir cerrah, hastanın sadece kistin çıkarılması yönünde verdiği rızayı dikkate almayarak, tümörü elinden geldiğince tam olarak çıkarmaya çalışmış, ancak ameliyat başarısız olmuş ve hastada sinir ve damar yaralanmaları ortaya çıkmış, hasta ömrünün sonuna kadar felç, el ve ayak eklemlerinde bozukluklar ile yaşamış, görme ve konuşma yetilerini yitirmiştir. Ölenin mirasçısı olarak ebeveyni 200.000 euro'luk tazminat davası açmışlardır. Yüksek mahkeme, madem ki hastanın sağlığı rızası olmaksızın hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen bir ameliyat nedeniyle zarar gördü, o takdirde hekiminin, hukuka aykırı bu müdahale gerçekleştirilmemiş olsaydı dahi, hastanın zeminde yatan hastalığı nedeniyle benzer duruma düşeceğini ispatlamasını beklemiştir. Beweisfragen bei missglückter rechtswidriger Operation – BGH vom 22.03.2016 – Az. VI ZR 467/14, <https://www.mahnerfolg.de/urteile/index.php/beweisfragen-bei-missglueckter-rechtswidriger-operation/>, Erişim T: 24.03.2018.

¹²¹¹ SEÇER, s: 2201, kn: 18.

hastanın verdiği rızanın, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsayacağı ve tıbbi müdahalenin hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerektiği öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, hastanın verdiği rıza, o müdahale ile ilişkili rutin işlemleri de kapsamaktadır. Örneğin, bir ameliyat için hastanın göstermiş olduğu rıza, o ameliyat öncesi hazırlık mahiyetindeki laboratuvar tahlilleri, görüntülemeler, anesteziye yönelik işlemler ve ameliyat sonrası erken ve geç nekahat döneminde yapılacak tedavileri de kapsayacaktır ¹²¹².

Doldurulmaları ve hasta tarafından imzalanmaları kanun gereği yerine getirilen, Rahim Tahliyesi Tüzüğü'nün eki halindeki rahim tahliyesi için izin belgesi ve sterilizasyon için izin belgesi, detaylı açıklamalar içermeyip genel bir muvafakatname niteliğinde olsalar da, içerdikleri *“Rahim tahliyesi işleminin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi, rıza ve izin olmaksızın bu işlemin yapılamayacağı, rızanın ve iznin kapsam ve konusunun tıbbi zorunluluk olmaksızın aşılmayacağı, gebe kadına, eşine, veli ve vasiye anlatıldı.”* ve *“Sterilizasyon işleminin tıbbi sonuçları, muhtemel komplikasyonları, ağırlığı ve önemi, rıza ve izin olmaksızın bu işlemin yapılamayacağı, rızanın ve iznin kapsamı ve konusu, sterilizasyon yaptıracak kişiye, eşine ya da vasiye anlatıldı.”* açıklamaları içinde yer alan *“rıza ve iznin kapsam ve konusu”* ve *“rızanın ve iznin kapsam ve konusunun tıbbi zorunluluk olmaksızın aşılmayacağı”* ifadeleri de bu hususun metne dökülmüş haline örnek teşkil etmektedir.

Hekim, açık bir tıbbi endikasyon ve zorunluluk bulunmadıkça, hastanın vermiş olduğu rızanın sınırlarını aşamaz, bir başka deyişle rızanın çizdiği çerçevenin dışına çıkamaz. Bu nedenle müdahale hekimin öngördüğü ve istediği genişlikte gerçekleşmeyecek olsa dahi, rızanın çizdiği çerçeve, onu belli bir ölçüde sorumluluktan da koruyacaktır ¹²¹³. Fakat, hastanın göstermiş olduğu her ne kadar

¹²¹² Bununla birlikte anestezi uygulamaları kendine özgü farklı etkiler, riskler taşıdığı ve ameliyatı gerçekleştiren cerrah veya cerrahi ekip tarafından değil, farklı bir uzmanlık dalı olan anestezi ve reanimasyon uzmanları ve/veya ekipleri tarafından gerçekleştirildiği için, aydınlatma ve rıza işlemleri ayrıca yürütülmektedir.

¹²¹³ Vekalet hükümleri hatırlandığında, müvekkilin vekaletin kapsamının genişletilmesi hususunda açıkça vermiş olduğu bir talimat ve izin yoksa, bu genişletmenin yapılamayacağı ortadadır, aksi davranış hastanın yararına olsa dahi hekimin sorumluluğunu sonuçlayacaktır. Oysa, vekalet verenin, vekaletin yerine getirilmemesine ilişkin verdiği talimat, vekili belli bir ölçüde sorumluluktan kurtarmaktadır. Zorunlu sayılan ameliyata hastanın rıza göstermemesi durumunda da, hekimin sorumluluğu gerçekleşmeyebilecektir. YAVUZ, Cevdet, s: 537.

rıza hekimin gerçekleştireceği müdahalenin sınırlarını çizmekte ise de, bu çerçevede, müdahalenin tıbbın gereklerine uygun şekilde gerçekleştirilmesine imkan vermediği takdirde, hekimin de artık müdahalede bulunma yükümlülüğünün ortadan kalkacağını söylemek mümkündür. *Deutsch* ve *Spickhoff* da rızanın sınırlı olarak açıklanabileceğini belirtmektedirler. Hasta hekimin kendisine önerdiği tüm müdahaleleri kabul etmek zorunda değildir ve hekimin de hastanın koymuş olduğu bu sınırlamayı dikkate alması gerekmektedir. Ancak bu sınırlama müdahalenin önemli hatalara yol açmayacak şekilde, tıbbın gereklerine uygun olarak icra edilmesine engel teşkil edecek ise, hekimin de müdahaleyi bu haliyle gerçekleştirmemesi gerekmektedir ¹²¹⁴.

C. Rızanın Yokluğunda ya da Sınırlarının Zorunlu Olarak Aşılmasında Müdahalenin Boyutları

Herhangi bir hastalık ya da yaralanma nedeniyle acil müdahalede bulunulmasının tıbben zorunlu olduğu ancak kişinin bilincinin kapanmış ya da ileri derecede bozulmuş olması nedeniyle rıza gösteremediği durumlarda, zaman kaybetmeden yaşamın kurtarılması için ya da telafi edilemeyecek sağlık zararlarına engel olmak amacıyla, hastanın üstün özel yararına dayanan hekimin vekaletsiz iş gören olarak müdahalede bulunabileceğinden, yine bir ameliyat esnasında beklenmedik bir durum ile karşılaşıldığında, kişinin yaşamının kurtarılması ya da telafi edilemeyecek zararların önlenmesi için gerekli olduğu hallerde, hekimin hastanın rızasını aramaksızın ameliyatı genişletebileceğinden ve bu hususların yasal düzenlemelerle de hüküm altına alınmış olduğundan çalışmamızın önceki bölümlerinde söz edilmiş idi. Ancak bu müdahalelerin sınırı ne olmalıdır?

1. Beklenmedik Şekilde Ortaya Çıkan Acil Durumlarda

Kanımızca bilinci kapalı ya da en azından hekimle iletişim kurmaya ve rıza göstermeye elverecek düzeyde açık olmayan veya içinde bulunduğu tıbbi durumun ağırlığı nedeniyle rıza gösterme yeteneği herhangi bir şekilde ortadan kalkmış olan hastada, yapılacak acil müdahalenin sınırlarını artık rıza değil, yalnızca tıbbi endikasyonlar ve standartlar çizmektedir. Hekim bu müdahalede sınırlarını yalnızca

¹²¹⁴ Örneğin daha önceden de sözü edilmiş olan Jehova şahidi hastalarda böyle sıkıntılar, kanamanın çok olacağı tahmin edildiği bir ameliyatta hastanın eritrosit transfüzyonuna izin vermemesi gibi, gündeme gelebilmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 272, kn: 423.

tıp biliminin kurallarını kriter olarak belirleme durumundadır. Şayet mevcut iseler, hasta yakınlarının bilgilendirilmesi mümkün olduğunca yapılacak olsa da durumun ciddiyeti ve aciliyeti çok kısa sürede yaşamsal kararlar vermeyi gerektirdiğinden, tıbbi parametreler dışında herhangi bir unsurun göz önünde tutulmasına imkan dahi bulunmamaktadır.

Öyle ki, bir görüş tarafından, paternalist hekim modelinin, yalnızca hastanın bilincinin kapalı olduğu, rızasını açıklayamayacağı ya da daha önceden düzenlemiş olduğu bir hasta talimatı ile ortaya koymamış olduğu ve hastanın yaşamı ve sağlığının hekimin acil müdahalesini gerektirdiği hallerde haklı görülebileceğinden, böyle acil durumların hekimin paternalist davranışının haklı kabul edilebileceği yegane halleri oluşturduğundan, diğer tüm durumlarda hastanın özgürce karar vermesini mümkün kılmak için aydınlatılmış rızanın şart olduğundan söz edilmektedir ¹²¹⁵.

Hekim bu durumda, niteliği ne olursa olsun, cerrahi ya da değil, gereken tıbbi müdahaleyi rıza aramaksızın hastanın üstün özel yararını gözeterek ya da vekaletsiz iş gören olarak gerçekleştirebilecektir ¹²¹⁶. *Saymen* ve *Elbir* de, hekimin, kendisini kaybetmiş bir kişiye vekaletsiz iş gören olarak cerrahi müdahalede bulunabileceğini, derhal müdahale gerektiği için, ilgili kişinin rızasını alma imkanı bulunmadığını belirtmektedirler ¹²¹⁷.

Böyle durumlarda hastanın rızasının müdahalenin çerçevesini çizmede herhangi bir belirleyici rolü bulunmamaktadır, çünkü zaten ne ortaya çıkacak tıbbi zorunluluk halinin ne de gerçekleştirilecek müdahalenin kapsamı ve genişliğinin önceden bilinmesi, tahmin edilmesi, hastanın bilgilendirilmesi ve rızasının alınması olası değildir ¹²¹⁸. Bununla beraber Jehova şahitlerinin tüm kan ve kan ürünü

¹²¹⁵ BAUER, s: 174.

¹²¹⁶ Örneğin kalp ve solunum durması ile gelen bir hastada kardiopulmoner resusitasyon uygulanarak yaşama döndürülecek, yol açan nedene yönelik tanısal testler yapılacak, gerekirse hasta yoğun bakımda izlenecek, medikal ve cerrahi tedaviler planlanacak hatta örneğin bir koroner bypass ameliyatı yapılabilecektir. Kafa travması ya da anevrizma yırtılması sonucu beyin kanaması geçiren hastaya rızası aramaksızın gerekli acil tanı ve tedavi işlemleri gerçekleştirilecek, hatta örneğin bir beyin ameliyatı yapılabilecektir. Hatta ayrıca bu işlemler yapılırken yaşam boyu önemli sekel bırakabilecek olanlar dahil olası tüm riskler de göze alınacaktır.

¹²¹⁷ SAYMEN / ELBİR, Cilt I, s: 448.

¹²¹⁸ Bununla birlikte tıbbi bir zorunluluk teşkil eden bu tür müdahaleler de elbette ki endikasyonlu ve tıbbin kurallarına uygun şekilde gerçekleştirilmiş olmalıdır. Somut durumun gerektirmediği ya da bu gereksinimin sınırlarını aşan acil müdahalelerden hekimin her halükarda kaçınması gerekmektedir.

transfüzyonlarına karşı çıkmaları örneğinde olduğu gibi beklenmeyen acil durumları da kapsayacak genel bir yasaklamanın istisnai olarak gündeme gelmesi de söz konusu olabilir.

Yapılacak müdahalenin sınırlarını belirlemede dikkate alınması gereken ve somut duruma göre değişkenlik gösteren çok önemli ve çok sayıda tıbbi kriter bulunmakla beraber, nitelikleri gereği hukuksal bir çalışmada yer almalarına gerek olmadığından, bizim çalışmamızda da değinilmemiştir. Bir uyuşmazlık ortaya çıktığı takdirde de bilirkişilerden görüş alınarak çözülmesi gerektiği hususunda kuşku duyulmamalıdır.

2.Ameliyatın Genişletilmesi Gerektiğinde

HHY m. 31 düzenlemesi, müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret halinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahalenin genişletilebileceğini öngörmüştür. Düzenleme, hastanın bir organının veya organın işlevinin yitirilmesi tehlikesinde müdahalenin genişletilmesine izin verdiği göre, kanımızca aynı iznin yaşamsal tehlike durumunda da geçerli olduğu evleviyetle kabul edilmelidir.

Ameliyatın ya da daha genel bir söyleyişle müdahalenin genişletilmesi hususundan ayrıca ve özellikle söz edildiğinde, rıza gösteremeyen hasta üzerinde acil durumda gerçekleştirilen diğer zorunlu tıbbi müdahalelerden bazı farklılıklar taşıdığı görülmektedir. Ameliyatın genişletilmesinde, daha önce bir cerrahi müdahaleye usulünce rıza göstermiş olan hastanın ameliyatı sırasında, onun tıbbi durumundan kaynaklanan nedenlerle ya da cerrahi teknik açısından ortaya çıkan elverişsizlikler yüzünden müdahalenin genişletilmesi yönünde bir zorunluluğun gündeme gelmesini ve hastanın o esnada anestezi altında olması vb. nedenlerle bu yeni duruma rıza vermeye elverişli bulunmamasını anlamak gerekir. Bu yönüyle, ne zaman ve ne şekilde ortaya çıkacağı tahmin edilemeyen diğer acil durumlardan farklı olarak, önceden kurulmuş bir sözleşme, tanısı ya da ön tanısı konmuş bir hastalık, buna göre planlanmış bir müdahale, bu müdahale için yapılmış bir aydınlatma ve verilmiş bir

Bu bağlamda ayrıca, müdahalenin, kişinin yaşamını kaybetmemesi ya da en azından sağlığına kavuşabilmesi amacıyla yapılmış olması da zorunludur. Bu bakımdan, örneğin başka bir kişinin vücuduna organ ya da doku nakli, bilimsel çalışmalar, estetik amaçlı müdahalelerin vb. bu şekilde gerçekleştirilmesi, yani tedavi amacı olmaksızın, hastanın üstün nitelikteki özel yararına dayanarak müdahalede bulunulması mümkün değildir. ÖZBİLEN, s: 106, 107.

rıza söz konusudur. Dolayısıyla hasta ile hiçbir sözleşmenin kurulamamış olduğu ve vekaletsiz iş görme uyarınca müdahalenin gerçekleştirildiği diğer acil durumlardan farklı olarak ¹²¹⁹ çizilmiş bazı sınırlar vardır, ancak bu sınırların aşılması söz konusudur.

a.Genişletme Olasılığının Öngörülebilir Olması

Gerçekten de, bir ameliyat sırasında ortaya çıkan aciliyet nedeniyle o ameliyatın genişletilmesi ya da ilave başka bir müdahalede bulunulması gerekebilir. Böyle durumlarda hastaya aydınlatma yapılmaksızın varsayılan rızasına dayanarak ameliyatın genişletilip genişletilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Hekimin ameliyatın genişleme olasılığını öngörebileceği hallerde, hastayı önceden bu konuda aydınlatması ve rızasını alması gerekmektedir. Esasen, vekalet hükümleri hatırlandığında, müvekkilin vekaletin kapsamının genişletilmesi hususunda açıkça vermiş olduğu bir talimat ve izin yoksa, bu genişletmenin yapılamayacağı ortadadır, aksi davranış hastanın yararına olsa dahi hekimin sorumluluğunu sonuçlayacaktır. Zorunlu sayılan ameliyata hastanın rıza göstermemesi durumunda ise, hekimin sorumluluğu gerçekleşmeyebilecektir ¹²²⁰.

Şayet bir ameliyatın genişletilmesi ya da başka bir cerrahi yönetime geçilmesi olasılığı henüz ameliyat öncesinde de mevcut ise, az önce de dile getirilmiş olduğu gibi, hekimin hastayı bu konuda aydınlatması, şayet öngörülebilir bu olasılıklar hakkında hastayı aydınlatmayı ihmal ettiyse, operasyona son vermesi ve hastanın rızasını alma yoluna gitmesi gerekmektedir. Kural olarak hekimin tıbben öngörülebilir nedenlerle ameliyatı genişletmesi yalnızca ameliyat öncesi hastayı bu olasılık hakkında bilgilendirmesi durumunda mümkündür. Ameliyatın genişletilmesi ne kadar yakın olasılık ise, hasta o kadar somut bir şekilde bu ilave müdahalenin türü, kapsamı ve özel riskleri hakkında aydınlatılmalıdır. Örneğin malignite tanısı konmuş olan ve bu nedenle ameliyata alınan bir hastada, ameliyata başladıktan sonra, hastalığın önceden tahmin edilenden çok daha fazla ilerlemiş olduğunun tespit edilmesi mümkündür. Ya da tanısı ameliyat öncesi dönemde kesin olarak konulmamış olsa dahi, malignite şüphesi ile girilen bir ameliyat esnasında bu tanı frozen inceleme ile konfirme edilirse, cerrahinin genişletilmesi gerekebilecektir.

¹²¹⁹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 620.

¹²²⁰ YAVUZ, Cevdet, s: 537.

Cerrahların, özellikle de onkolojik cerrahi alanında uzmanlaşmış olanların, bu tür olasılıkları her zaman için göz önünde tutmaları ve ameliyat öncesi hastayı, yapılacak müdahalenin genişletilebileceği, malign dokularla birlikte cerrahi sınırları temiz tutabilmek için ayrıca yeteri kadar sağlam dokunun, drene oldukları lenf nodlarının, kimi zaman kısmen ya da tamamen tümörün kaynaklandığı organın, şayet yayılım varsa komşu organların da çıkarılabileceği hususunda aydınlatmaları gerekmektedir¹²²¹. Eğer bu yapılmamış ise, hastanın operasyonuna son verilmesi, kendine gelince durum hakkında aydınlatılması ve hasta yeni bir ameliyata rıza göstermiş olduğu takdirde, somut duruma göre tıbben uygun olan bir zamanda ikinci ameliyatın planlanması gerekmektedir.

Bir başka sık karşılaşılan örnek olarak, günümüzde yaygın şekilde uygulanan endoskopik cerrahi sırasında, hastanın tıbbi durumundan kaynaklanan nedenlerle ya da cerrahi teknik bakımından gereksinim duyulması halinde açık cerrahiye geçilebilmektedir. Açık cerrahi de temelde endoskopik cerrahi ile aynı tanısal ve terapötik amaca yönelmiş olmakla beraber, ortaya çıkan doku zedelenmesi, cerrahi insizyonun genişliği, hastanede kalış ve iyileşme süreleri bakımından taşıdığı farklar nedeniyle ameliyatın genişletilmesi olarak ele alınması mümkündür. Ameliyata endoskopik yöntemle başlayan her cerrahın açık cerrahiye geçiş olasılığını göz önünde tutarak hastaya açıklaması gereklidir. Bu yapılmamış olduğu takdirde, örneğin olağan tanısal bir laparoskopik girişimde, batın içinin çok yapışık olduğunu ve bu yöntemle daha fazla devam etmesinin cerrahi açıdan elverişsiz ve tehlikeli olduğunu kavrayan bir cerrahın, şayet hastayı daha önce bu olasılık hakkında bilgilendirmemiş ise, operasyona son vermesi gerekirken, ameliyat akut bir hadisenin tedavisi için planlanmış ve ameliyat esnasında ortaya çıkan yeni koşullar açık cerrahiye geçilmesini gerektirmiş ise, bu durumda açık yöntemle devam edilmeyerek operasyona son verilmesi hastanın yaşamını ve sağlığını büyük risk altına sokacağından, cerrahın ameliyatı uygun şekilde genişletebilmesi gerekmektedir. Böyle örnekleri çoğaltmak mümkündür. Önemli olan ameliyatın genişletilmesi yönündeki olasılığın ne derece beklenebilir ve ameliyatın sona erdirilmesinin ne derece sakıncasız olduğudur.

¹²²¹ Hastanın önceden aydınlatılmış olup olmadığı hususuna eserde değinilmemiş olmakla beraber, *Oktay Özdemir* de, aynı yönde, bir ameliyat sırasında vücutta kalmaması gereken bir tümörün saptanmış olması örneğini vermektedir. OKTAY ÖZDEMİR, Seliçi'ne Armağan, s: 186.

b. Anestezi Yönteminin Etkisi

Ameliyat esnasında, hekim tarafından öngörülmemiş olan bir durum ortaya çıkınca ameliyatın genişletilip genişletilmeyeceği hususunda, hastaya uygulanan anestezi yöntemi ve anesteziye ara verilerek hastanın aydınlatılmış rızasını alabilme imkanının varlığı ya da yokluğu belirleyici olacaktır. Lokal anestezi altındaki hastalarda bu kısmen mümkün olsa da genel anestezi altındaki hastanın uyandırılması, aydınlatılması, rıza göstermesi ve sonra yeniden anestezi verilerek ameliyata devam edilmesi pek mümkün olmayacağı için hastanın varsayılan rızasına dayanarak operasyona devam edilmesi daha makul görülmektedir ¹²²².

Lokal anestezi altında gerçekleştirilen ameliyatların daha ziyade küçük müdahaleler şeklinde olmaları nedeniyle anlamlı bir genişlemenin de gündeme gelebileceği ve zaten bilinci açık olan hastanın kolaylıkla rıza gösterebilecek ya da müdahaleyi reddedebilecek durumda olması nedeniyle hukuki açıdan sorun teşkil etmeyeceği düşüncesindeyiz. Ancak regional (bölgesel) anestezi uygulamaları olan, örneğin spinal ve epidural anestezi altında önemli ameliyatlar yapılmakta ve genişletme gereği de ortaya çıkabilmektedir. Böyle regional anestezilerde hasta genellikle bilinci açık ve iletişim kurabilme imkanı mevcut, bazen geçici olarak sedatize edilmiş olabilir. Hastanın bilinci yerinde olsa dahi, yine de ameliyat masasında içinde bulunduğu koşullar ve üstüne beklenmedik bir durumun yarattığı panik ve telaş da eklendiğinde, ayrıca karar vermesi için gereken sürenin düşünmeye elvermeyecek kadar kısa olduğu ve her hangi bir yakınıyla vb. görüş alışverişi yapma imkanı olmadığı da düşünüldüğünde, bunun ne kadar özgür iradeyle verilmiş ve sağlıklı bir karar olacağına da şüphe ile yaklaşmak gerekir ¹²²³.

¹²²² DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 622; DURAL, Aydınlatma, s: 251

¹²²³ “ Davacı 8 haftalık hamileyken sağ tarafındaki ağrı nedeniyle davalı hastaneye başvurduğunu, tam teşhis konulamadığını, sonrasında apandisit denilerek ameliyata ikna edildiğini, ancak operasyondan çıktığında yumurtalığının birinin alındığını öğrendiğini..... Dosyadaki tıbbi dokümanlardan davacı’ün kist nedeniyle yumurtalığının alınması için ameliyata alınmadığı, başka bir teşhis ile operasyona başlandığı ve bu teşhise ilişkin hasta ve yakınına bilgi verildiği, sonrasında görülen lüzum üzerine iki yumurtalığından birinin alınmak durumunda kaldığı anlaşılmaktadır. Ameliyat notunda; spinal anestezi altındaki hastanın yumurtalığının alınmasına ilişkin sözlü olarak rızasının alındığı yazılıdır. Ancak bu hususta ameliyat öncesi hasta ve yakınına ait herhangi bir onam belgesi mevcut olmadığı gibi, uzuv zayıflığı yaratacak bu şekildeki bir müdahale için bilinci açık dahi olsa anestezi altında ve ameliyat masasında olan gebe hastanın onayının alınmasının ne denli yeterli olacağı tartışmalıdır.” Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 18592, K. 2015 / 9714, T. 26.03.2015, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; Bununla beraber, over torsiyonu olduğundan şüphe ettiğimiz bu vakada, ameliyatın genişletilmesi konusunda metin içinde yapmış olduğumuz açıklamalar da göz önünde tutulduğunda, hekimin, hastanın rızası alınmamış olsa dahi vekaletsiz iş görme hükümlerine

Genel anestezi altındaki hastalarla ise ameliyat sırasında iletişim kurma olasılığı hiç bulunmamaktadır. Genel anestezi altındaki ameliyat sırasında ortaya çıkan önceden öngörülmemiş ve dolayısıyla hastaya açıklanamamış olan olumsuzluk, bazen son derece acil olabileceği ve tıbben gerekli genişletme ve değişikliklerin yapılması kaçınılmaz olacağı için hekim tıbben gereken eylemde bulunmak zorundadır. Bazen de büyük bir aciliyet göstermese dahi, ameliyata son verilmesi ve sonra yeni bir ameliyat planlanması hastanın somut durumu nedeniyle sakıncalı hatta tehlikeli olabilir. Ameliyata son verilerek, hastanın genel anestezinin etkisinden çıkması, belli bir süre beklenmesi ve yeni durumla ilgili olarak aydınlatıldıktan sonra rıza gösterdiği takdirde ikinci kez opere edilmesi, örneğin hastada mevcut hipertansiyon, ileri derecede kalp, böbrek, karaciğer hastalığı, pıhtılaşma bozukluğu veya başka bir kan hastalığı gibi eşlik eden bir takım sistemik bozukluklar nedeniyle, zaten bu kronik hastalıklarla boğuşmakta olan organizmaya çok fazla yük yükleyebilir, göze alınamayacak kadar riskli olabilir. Bu durumda hekimin hasta organizmasına ikinci bir yük getirmemek için ameliyatı genişletme yoluna gitmesinin daha akla yakın olduğu düşünülecek olmakla beraber, yine de hastanın rızası olmaksızın genişletilen müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, operasyon esnasında gelişen duruma müdahale edilmesinin hastanın yaşamı ve sağlığı açısından zorunlu olması, ameliyatın genişletilmesinin, rıza verilmiş olan ilk ameliyata göre fazla risk taşımaması ve ölüm tehlikesi hariç önemli bir organın alınmaması da gerekmektedir. Hastanın yaşamı ve sağlığı açısından zorunluluk değil de yalnızca bir faydanın söz konusu olduğu, yani ameliyat sırasında saptanan yeni duruma müdahale edilmemesinin hastada en azından akut dönemde önemli bir zarara yol açmayacağıının öngörülebildiği hallerde ise, ameliyatın genişletilmesinin hukuka uygun kabul edilemeyeceği dile getirilmektedir. Bu takdirde hastanın uyandırılması ve ikinci ameliyatın hasta aydınlatıldıktan sonra yeniden verdiği rıza üzerine yapılması gerektiği düşünülmektedir ¹²²⁴. Bununla birlikte, bazı durumlarda, hastanın ilerleyen zamanda yeniden ameliyata alınması, yani ikinci kez anestezi alması ve opere edilmesi sağlığı açısından ciddi sakıncalar doğuracaksa hekimin hastanın menfaatini ön planda tutarak rıza almaya çalışmaksızın ameliyata gerektiği şekilde

dayanarak ameliyatı tıbben usulüne uygun şekilde tamamlayabileceği kanısındayız, meğerki spinal anestezi altında olan hasta çok açık bir şekilde bu ilave müdahaleye karşı çıkmış olsun. Ayrıca hastanın gebe olması nedeniyle de ikinci bir ameliyatın göze alınamamış olma olasılığı da akla gelmektedir.

¹²²⁴ GÖKCAN, s: 181.; REİSOĞLU, Seza, s: 7.

devam etmesinin uygun olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır¹²²⁵. Her ne kadar eşlik eden hastalıklar ikinci bir ameliyatı daha riskli hale getirebilecek ise de, yapılacak aydınlatma sonrası bunları göze almak kanımızca da yine hastanın kararı ve sorumluluğunda olmalıdır.

Demek ki, ameliyatın genişletilmesi öngörülemeyen bir zorunluluk olarak ortaya çıktığında, acil ve geciktirilmeyecek durumlarda, hastanın sağlığıyla ilgili olumsuzlukları önlemek için varsayılan rızanın hukuka uygunluğu sağlayacağı düşünülebilir. Ancak hastanın ameliyatının sona erdirilmesinin ve yapılan yeterli bir aydınlatma sonrası genişletilmiş cerrahinin uygulanmasının mümkün olduğu acil olmayan durumlar açısından bu hukuka uygunluk nedeni geçerli kabul edilmemektedir. Ancak ameliyat sırasında önemli olmayan bir genişletme gerektiği takdirde, hekimin varsayılan rızaya dayanarak gerekli müdahaleyi yapabileceği ifade edilmektedir¹²²⁶. Hukuka uygunluk nedeni olarak üstün özel yarara dayanılması da mümkündür.

3. Yakınlarının Rızası Aranmaksızın Ölüden Organ Alınması

Acil durumlara ilişkin, ancak üçüncü kişinin yararına yönelik olması ve müdahaleye maruz kalacak kişinin artık ölü sayılması nedeniyle, özellikle bir düzenleme olan Organ Nakli Kanunu 14. maddesinde “*kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir*

¹²²⁵ ÖZBİLEN, s: 102. Verilen bir örnekte, bir kadının rahmindeki miyomların alınması amacıyla gerçekleştirilen müdahale esnasında, hekimin, rahimde yayılmış kanser hücreleri bulunduğunu fark etmesi halinde, hastanın, anestezi altında ve rızasını açıklayamayacak durumda olmasına dayanarak, rıza aramaksızın rahmini alamayacağı, ameliyatı sonlandırarak hastanın uyandırılmasının, ona yeni durumun açıklanmasının ardından ancak rıza gösterdiği takdirde ikinci bir ameliyatla rahmin çıkarılmasının söz konusu olabileceği, çünkü bunun ileri bir tarihe ertelenemeyecek kadar acil bir müdahale olmadığı belirtilmektedir. ÖZBİLEN, s. 103, 104. Biz de bu görüşe katıldığımız gibi, ayrıca yerinde bulduğumuz örneği konunun daha iyi anlaşılmasına katkı oluşturur düşüncesiyle, kadının miyomu çıkarılırken, kadın- doğum pratiğinde hiç de nadir görülmediği üzere, kadının rahminde ciddi bir kanama başladığı ve başka türlü kontrol altına alınamadığı için rahmin çıkarılmasını zorunlu kılan bir klinik tablo örneğiyle geliştirdiğimizde, hekimin bu durumda operasyonu sonlandırması ve hastanın rızasını almaya çalışmasının mümkün olmadığını görürüz, çünkü bu esnada devam eden kanama kadının ölümüne yol açacaktır. Hekimin hastanın rızasını arama gibi bir şansı yoktur, zorunlu olarak ameliyatı genişletme durumundadır. Buna mukabil bir başka açıdan yaklaşıldığında, hastanın rahminde örneğin tahmin edildiği gibi üç değil de ultrasonografide gözden kaçan iki miyom ile birlikte toplam beş miyomun olduğu anlaşılırsa hastadan bunun için ilave rıza alınmasına dahi kanımızca gerek yoktur. Ameliyatın genişletilmiş olmasının sonuç üzerine herhangi bir etkisi olmayacağı gibi, üç miyomun çıkarılmasına rıza gösteren hastanın kalan iki miyomu saklamak istemesi gibi mantıksız bir düşünceye kapılmak da mümkün olmadığına göre, hepsinin çıkarılmasına rıza göstereceği varsayılarak ameliyat gerçekleştirilmelidir.

¹²²⁶ GEHRLEIN, s: 101, 102, kn: 33.

kişinin yanında yakınları yoksa, sağlam doku ve organlarının, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11. maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelemek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın nakledilebileceği” öngörülmüştür ¹²²⁷. Ölüm halinde organların hızla bozulacak ve beklenen tıbbi faydayı sağlayamayacak olması nedeniyle, ölenin vasiyeti veya yakınlarının rızasını aramak uğruna zaman kaybına yol açmamak için, acilen alınabilmesine imkan tanımış ise de, biz bu düzenlemeye yönelik bazı endişeler taşımaktayız. Çünkü ne ölen kişinin ve ne de yakınlarının değer yargılarının tam olarak bilinmesi imkansızdır ve rıza gösterecek durumda olsalardı haliyle başka birinin hayatının kurtarılmasını isteyecekleri ve organları bağışlayacakları yönünde bir varsayımda bulunulmaması gerekir, zira kişilerin değer yargıları farklı kültürel özelliklerden etkilenmektedir ¹²²⁸. Hekimlere ve ortalama düşünce düzeyindeki diğer insanlara mantıklı gelebilecek davranışlar ölen kişi veya yakınları tarafından daha farklı ele alınabilir. Kişi inançları uğruna, örneğin Jehova şahitlerinde olduğu gibi, kendisinin ve bazen yakınlarının bile ölümünü göze alabilirken, hiç tanınmadık üçüncü kişilerin ölümünün de evleviyetle göze alınabileceğini, geride kalanların, hiç bilmedikleri birilerinin yaşamını, yeni kaybettikleri yakınlarının organlarını bağışlayarak kurtarmaktan dolayı illaki mutluluk ve huzur duymayabileceğini kabul etmek gerekir. Ölümünden sonra organlarının bağışlanmasını açıkça isteyen kişi zaten sağlığında bunun için gerekli önlemleri alacaktır. Hasta yakınları, ölenin vasiyeti veya kendilerinin rızası olmaksızın onun organlarının alındığını sonradan öğrendiklerinde, şayet bu müdahale

¹²²⁷ *Akünal*, yakınların rızasının alınmamasına, hayat kurtarmak açısından ivedilik ve zorunluluk bulunması şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni getirilmiş olduğu ve bu durumun yakınların rızasına bağlanan sonucu büyük ölçüde etkisiz hale getirdiği, oysa ki bu hususun yakınlar açısından ağır manevi yıkıntıya yol açabilmesinin ötesinde kişi dokunulmazlığı ilkesine de ters düşeceği görüşündedir. Esasen kişinin eş, çocuk, anne baba ve kardeşlerinin ölüm anında yanında bulunmaması durumunda orada mevcut herhangi bir yakınının muvafakatini yeterli görmüş olması dahi eleştirilebilir bir durumdur. Zira vericinin sağlığında onun rıza beyanı sıkı şekil şartlarına bağlı kılınmış iken, ölmesiyle birlikte, koşullar birdenbire gevşetilerek hasbelkader ölünün yanında ölabilecek herhangi bir yakının hiçbir şekle bağlı tutulmamış muvafakatine bağlı hale gelmektedir. *AKÜNAL*, s: 25, 26.

¹²²⁸ Ölüden organ alınması ve bağışına yönelik farklı kültürel yaklaşımlar için Bkz. *METİN*, s: 281, 282, ayrıca dn.211.

vicdanları ve inançlarıyla bağdaşmıyor ise hissedecekleri manevi acının çok büyük olacağını tahmin etmek güç değildir ¹²²⁹.

¹²²⁹ Her ne kadar yasal düzenlemeler ölen kişinin önceden karşı çıkması söz konusu değilse ve yakınlarına da ulaşamadığı takdirde, kornea alınmasına cevaz vermekte ise de, hastane imamının ölenin kimsesiz olduğunu söylemesi üzerine kendilerine ulaşılarak izin alınmaksızın ölenin korneasının alınmış olduğu davada Yargıtay ölenin yakınlarının kişilik haklarının ihlale uğradığı ve manevi zararın olduğu yönünde karar vermiştir. *“Davalıların bu davranışı cesedin gözlerini almada bir para kazanmayı amaçlamadığından, bu davranış başka bir hastanın gerçekten ihtiyacı olan eksik bir uzvunun tamamlanmasını amaç tutup insancıl bir amaçla meydana getirilmekle beraber, doktorların ölenin yakınlarından veya mirasçılarında izin almadan, ölenin mirasçılarının hatıralarına ve ölümlerine duydukları saygıya tecavüz niteliğinde olup, bu davranış onların kişilik haklarına yöneldiğinden tazminat gerekir. Bu durumda bir tarafta mirasçılardan izin alınmadan cesede el atılıp bir parçanın alınması ve öte yandan alınan parçanın insancıl amaçlarla kullanılması hem bilimsel hem de insancıl bir davranış olması itibarıyla her iki yanın yararları ve uğranılan zararın niteliği göz önünde tutularak her mirasçı için...”* Yargıtay 4.HD, E.1977/ 3455, K. 1977/ 2751, T.10.03.1977., GÖKCAN, s: 1096, 1097; REİSOĞLU, Seza, s: 1; İsviçre Federal Mahkemesinin kararına konu olguda, trafik kazası sonrası irreversible koma durumunda bulunan kişiden yakınlarının onayı aranmaksızın kalp nakli için organ alınmış ve ebeveyley davacı olmuşlardır.DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 823, kn: 124; BGE 101 II 177, 34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1975 i.S. P. und L. Gautschi gegen Kanton Zürich und Mitbeteiligte, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid, Erişim T: 16.05.2018; Yine Almanya’da Bonn Eyalet Mahkemesinde görülen bir davada da serebrovasküler olay (beyin felci) sonrası kendisinin onayı alınmaksızın karaciğeri alınan hastanın eşinin davacı olduğu bir olgudan söz edilmektedir. LG Bonn VersR 1970 715 (aktaran) DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 823, kn: 1241. İlave açıklamalar için bkz. UHLENBRUCK , L/U, § 131, Die zivilrechtliche Problematik der Organtransplantation, s: 1046, kn: 13; Nakledilmiş organ da artık alıcının vücudunun bir parçası haline gelmiş olduğundan, her ne kadar tıbben mümkün olsa da, hukuken artık o organın çıkarılması ve bir cesede eklenmesi ya da birlikte defnedilmesi, yakılması vb. uygulamalar da söz konusu olamayacağından o organın başka bir insanın vücudunun parçası haline gelmiş olması nedeniyle hiss edilen acının telafisi de mümkün olamayacaktır. Bu konuya ilişkin olarak *Akūnal* da, cesedin bütünlüğünün sağlanmasının ve hukuken korunmasının, Anayasalarda da ifadesini bulan kişi dokunulmazlığı konusundaki temel hakkın bir gereği ve uzantısı olarak kabul edildiğini, bu nedenle ölenin veya yakınlarının arzularına aykırı olarak cesetten organ ve doku alınmasının veya tıbbi ve bilimsel araştırmalara tabi tutulmasının, sadece yakınlarının kişilik haklarını ihlal etmeyip aynı zamanda kişi dokunulmazlığı ilkesine de aykırı düşeceğini belirtmektedir. Ayrıca ilave açıklamalar için de AKÜNAL, s: 26, 27; Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen canlılar arası organ transplantasyonu sonrası, alıcıya nakledilmiş organ üzerinde hak iddia edilip edilemeyeceği sorunsalı ve ayrıca organ bağıışı ve naklinden kaynaklanan sorunlar hakkında bkz. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, TCK ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağıışından Kaynaklanan Sorunlar, A’dan Z’ ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, II.Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s: 293-298 ve anılan sorunsal için s: 297, 298. Bunun ötesinde bu tür uygulamaların, yanında yakını bulunmayan ağır yaralılara son çare olarak yapılacak tıbbi müdahalelerden kaçınılması şeklinde kötüye kullanımlara yol açabileceği yönünde endişeler de bulunmaktadır. Nitekim yalnızca bu tür afet durumlarında değil herhangi bir kaza ve travma durumunda dahi kişilerin, beyin ölümü kavramını kuşkuyla karşıladıklarından, organ bağıışı ve donör kartı imzalamaya karşı isteksiz olduklarından, organ elde etmek üzere vaktinden önce beyin ölümünün açıklanacağı şüphesi taşıdıklarından, bir kaza ya da ağır yaralanma durumunda donör kartı taşıdıkları için gerekli tedaviyi görememe endişesi taşıdıklarından, ağır yaralanmaları halinde potansiyel verici oldukları için gerekli bakımın gösterilmeyeceğinden korktuklarından söz edilmektedir. Bkz. METİN, s: 282, 283. Elbette ki şu soru da akla gelebilir ki, şüpheli ölümler ya da ölüm nedeninin tam olarak ortaya konması için yapılan otopsi uygulamalarında da kişinin organları çıkarılmakta ve beden bütünlüğü bozulmaktadır. Ancak bu durumlarda kişinin ölüm nedeninin açığa kavuşturulmasının getirdiği bir toplumsal yarar ve yakınları açısından da bir manevi tatmin söz konusu olmaktadır.

D. Hastanın Yeterli ve İspat Edilebilir Şekilde Aydınlatılmasının Mümkün Olmaması

Tıbbi müdahalelerin, her ne kadar kişilerin yaşamını ve sağlığını koruma ve şifaya kavuşturma gibi amaçlarla gerçekleştiriliyor olsalar da, onların vücut bütünlüğüne yönelik eylemler olmaları nedeniyle kişilik haklarına bir saldırı, bir ihlal niteliği taşımakta oldukları ve hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmelerinin, üstün özel yarar, üstün kamusal yarar, kanunun verdiği yetki gibi hukuka aykırılıklarını kaldıran ayırık haller hariç, ilgili kişinin yani hastanın rızasının bulunmasına, rızanın geçerli olmasının da hastanın yeterli şekilde bilgilendirilmiş (aydınlatılmış) olmasına bağlı olduğu çalışmamızda pek çok kez tekrarlanmıştır.

Kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin onun yararına dahi olsa, bir saldırı ve tecavüz olarak ele alındığı kararların da mevcudiyeti ¹²³⁰ göz önünde tutulduğunda, rıza almak ve hastayı yeterli şekilde bilgilendirmek (aydınlatmak) suretiyle bu rızanın geçerli olmasını sağlamak, bir bakıma, tıbbi müdahaleyi doğru, hatasız ve hastanın en yararına olacak şekilde gerçekleştirmenin de ötesinde, hekimin, en fazla üzerinde durması ve titizlik göstermesi gereken husus olarak ortaya çıkmaktadır. Bir müdahale hastanın geçerli rızası olmaksızın gerçekleştirildiğinde, o müdahale çok önemsiz bir zarara yol açmış ya da hastada hiçbir zarar ortaya çıkmamış hatta hasta fayda görmüş olsa dahi, kasten işlenmiş haksız fiil iddiaları gündeme gelebilmektedir ¹²³¹.

¹²³⁰ Basic right to consent to medical care - Schoendorff v. Society of New York Hosp., 105 N.E. 92, 93 (N.Y. 1914), Mary E. Schloendorff, Appellant, v. The Society of the New York Hospital, Respondent Court of Appeals of New York, 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92, Decided April 14, 1914; <https://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/schoendorff.htm>, Erişim T: 19.07.2017; WERMUTH, W.S., Necessity of Consent to Operations, August 9, 1913; <http://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/215693>, Erişim T: 19.07.2017.

¹²³¹ REİSOĞLU, Seza, s: 8; Hekimin sorumluluğuna yönelik davaların çoğunda, hastanın gerektiği gibi aydınlatılmaması, hekimin tedaviyi hasta ile birlikte planlamaması, sorumluluğu hasta ile paylaşmaması, hekimin hastanın kendi geleceğini ve kaderini belirleme hakkını ihlal etmesine dayanıldığından söz edilmektedir. HAVUTÇU, s: 403; Tıbbi müdahalelerle ilgili davaların büyük bölümünde, hastada zarara yol açtığı ileri sürülen müdahalenin uygulanışı sırasında hekimin herhangi bir ihmalinin bulunup bulunmadığı sorunsalı yer almakta iken, bazen de çözülmesi gereken uyuşmazlık, kasdi bir hareketin mevcudiyeti noktasında olmaktadır. İhmalde, kasten gerçekleşmeyen ancak hastaya zarar veren bir eylem söz konusudur. Kötü ya da yetersiz şekilde gerçekleştirilen bir müdahalede ihmalin olduğu, olumsuz sonucun ihmal nedeniyle ortaya çıktığı söylenebilir. Bazen de kasten gerçekleşen ancak istenmedik şekilde zarar oluşturan bir eylem söz konusu olabilir. Kasdi hareketler sıklıkla hekimin doğru ve yeterli şekilde müdahalede bulunduğunu düşündüğü, ancak bu eylemlerin sonradan haksız olduğunu fark ettiği durumlar şeklinde ortaya çıkmaktadırlar. Davalı hekimin hastaya kasten zarar vermiş olması şart değildir, ki genellikle de zaten söz konusu değildir, bu durumda sadece zararlar sonuçlanmış eylemin kasten gerçekleştirilmiş olması aranmaktadır. Yani

Rıza ve bilgilendirme (aydınlatma) ile ilgili uyuşmazlıklar genellikle iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. İlki ve daha sık karşılaşılan şekilde, hastaya, bir müdahaleye maruz kalıp kalmama kararını vermeden ve rıza göstermeden önce, makul bir insanın ihtiyaç duyacağı düzeyde bir aydınlatmanın yapılmış olup olmadığı sorunsalı yer almaktayken, diğer şekilde sorunsal, müdahaleye rıza gösterilmiş olup olmadığı, yani rızanın varlığı ya da yokluğu noktasındadır ¹²³². Uyuşmazlıklara sıklıkla konu olan husus, rızanın varlığından ziyade, bu rızanın yeterli bir aydınlatmaya dayanıp dayanmadığı noktasındadır ve hastaya yapılmış olan aydınlatmanın niteliği ve niceliği üzerine odaklanmaktadır ¹²³³.

Rıza herhangi bir şekle tabi olmadığı için, açık bir rıza beyanı bulunmasa dahi, hasta örneğin, çok nadir karşılaşılabilecek bir durum olarak, ilaç etkisiyle karşı koyamaz hale getirilmedikçe ya da fiziksel kuvvet uygulanmak suretiyle zorla tıbbi müdahaleye maruz kalmadıkça, örtülü bir rızanın mevcut olduğu varsayılabilir. Dolayısıyla ayırık haller dışında, açıkça karşı koymamış olan hastanın müdahaleye rızasının var olduğunu söylemek mümkündür. Demek ki, sorun sıklıkla rızanın varlığı ya da yokluğundan ziyade, aydınlatmanın yapılmasıyla geçerli hale getirilip getirilmediği noktasında toplanmaktadır.

Diğer yandan, hekimlerin, bilgilendirme (aydınlatma) yükümlülüğünü, tıp bilimine yabancı kişiler olan hukukçuların getirdiği, sağlık hizmetini aksatıcı, hem

hekimin eylemi yanlışlıkla gerçekleşmiş değildir. İşte hastanın rızası ya da geçerli rızası olmaksızın gerçekleşen müdahaleler de kasten gerçekleştirilmiş bir haksız fiil olarak ele alınabilmektedir. BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 60, 65, 66, 67. Bununla birlikte hekimin aydınlatma ve rıza alma yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle sorumluluğuna gidildiği hallerde bu yükümlülüğün ihlali nedeniyle zarar gören değerlere ilişkin farklı yaklaşımların varlığından da söz edilmektedir. Bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 332, kn: 528, s: 333, kn: 529; *Oehler*, hastanın rızasının, ancak müdahale ve onun riskleri hakkında yeterli bir aydınlatmanın varlığında etkili olacağını, müdahale ve risk aydınlatması yoksa veya yeterli değilse, tıbbi müdahalenin başarılı olup olmaması veya hekimin tıbbi bir müdahale hatası yapmamasından bağımsız olarak hekimin hastaya karşı yaralama nedeniyle sorumlu olacağını belirtmektedir. OEHLER, s: 22. Eksik aydınlatma nedeniyle, en az tıbbi müdahale hatalarının yol açabileceği hatta daha da ağır sorumlulukların ortaya çıkabileceği yönünde benzer açıklamalar için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 83; Yine *Koyuncu*'ya göre de, hekimin sorumlu gidildiğinde hastaların aydınlatma hatalarına dayanmaları, müdahale hatalarına dayanmalarına nazaran daha fazla işe yaramaktadır. Hastanın dava açmasına yol açan neden aslında bir tıbbi müdahale hatası olmakla ve hasta da başlangıçta buna dayanmakla beraber, bilirkişi tarafından aksi yönde görüş belirtildiği takdirde, aydınlatma hatasının olduğu iddia edilmektedir. Bu nedenle müdahale hataları ile aydınlatma hataları aynı önemde, aynı değerde ele alınmaktadır. KOYUNCU, s: 76.

¹²³² BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 91.

¹²³³ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 66, 90.

hekim hem hastaları zorlayıcı bir yük olarak gördüklerinden de söz edilmektedir ¹²³⁴. Buna göre, hekimler kendi ifadelerine göre “*hukuki bilgilendirme (aydınlatma) yükümlülüğüne*”, “*bazı hukukçular tarafından dayatılan eksiksiz ve yeterli bilgilendirme kavramının kabul edilebilir, anlaşılabilir ve sınırları açıkça çizilebilir olmadığını, konu hakkında bilgisizlikten kaynaklandığını, bu yolla hastaya kendisine yapılan bilgilendirmeyi yetersiz olarak tanımlama ve tazminat isteme imkanı getirildiğini*” öne sürerek itirazda bulunmaktadır ¹²³⁵. Yapılan aydınlatmanın derecesinin hekimler ve hukukçular arasında en tartışmalı konulardan birini oluşturduğu ve hekimin tıbbi müdahalede ihmali ya da hatası olduğunu ispat edemeyen hastaların, müdahale hakkında yeterince aydınlatılmadıkları, bu nedenle de göstermiş oldukları rızanın geçerli olmadığı iddiasına dayanma imkanı buldukları da dile getirilmektedir ¹²³⁶. Hekimlerin bu yaklaşımları, çalışmamızda önceden yapılan bazı açıklamalar da göz önünde tutulduğunda, bize göre de büyük ölçüde haklıdır.

Hekimlerden aydınlatmaya ilişkin beklentilerin artması, çitanın gittikçe yükselmesi, buna karşılık tıp dışı kişilerin tıbbi konuları kavramalarının pek de kolay olmadığı gerçeği ve kişilerin kavrama ve algılarına yönelik objektif kriterlerin bulunmayışı, hekimlerin yaşam kurtarıcı, şifaya kavuşturucu misyonlarını köreltmekte, hastaya yardımcı olmaya yönelik motivasyonlarını düşürmekte ve defansif davranmalarına yol açmakta, bu durum haliyle hastaya sunulan tıbbi bakım süreçlerini de olumsuz etkilemektedir. Bununla birlikte öğretilerde ve uygulamada, hakim görüş, açıklanmış olduğu gibi, hastanın bilgilendirilmesinin, aydınlatılmasının hekimin temel yükümlülüklerinden olduğu ve ihlalinin de tıpkı bir müdahale hatası gibi hatta kimi zaman daha ağır bir sorumluluğa yol açtığı yönündedir; bu nedenle

¹²³⁴ LAUFS, L/U, § 61 Ausgangspunkte, Die therapeutische Aufklärung (Sicherungsaufklärung), s: 457, kn: 5. Nitekim hekim hasta arası ilişkide aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde güçlükler yaşandığı, tıp mesleğinin yoğun koşuşturmalı ve sıkıntılı ortamında, tıbbi konularda hiç bilgi sahaibi olmayan hastanın müdahale öncesinde, müdahale esnasında ve sonrasında sağlık durumu, tedavi ile ilgili riskler, tedavi alternatifleri konularda kapsamlı ve özenli bir şekilde aydınlatılmasının güç olabileceği öğretimizde de dile getirilmektedir. ZENGİN, s: 41.

¹²³⁵ LAUFS, L/U, § 61 Ausgangspunkte, s: 458, kn: 10; Ayrıca bu konudaki görüşler için Bkz. LAUFS, L/U, § 61 Ausgangspunkte, s: 458, kn: 10, 11, 12.

¹²³⁶ MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155. Hatta yazar aydınlatma yükümlülüğünün kimi zaman çok abartıldığını ve hekimden belli bir türde müdahaleyi daha önce hiç gerçekleştirmemiş ya da yalnızca birkaç kez gerçekleştirmiş olduğunu dahi açıklamasının beklendiğinden söz etmektedir. MEDICUS, Besonderer Teil, s: 156.

aydınlatılmış rızanın dolayısıyla aydınlatmanın ispatı da hekimin göz önünde tutması gereken en önemli hususlardan birini oluşturmaktadır.

1. Aydınlatmaya İlişkin İspat Külfeti

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ve ispatını böylesine önemli kılan bir husus da, tıbbi müdahaleler nedeniyle ortaya çıkan zararlarda taraflara düşen ispat külfetidir ¹²³⁷. *Deutsch ve Spickhoff*, aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinde ispat külfetine ilişkin kuralların müdahale hatalarından daha farklı kurallara tabi olması yüzünden, hastaların hekimlere karşı açtıkları davaları kazandıklarını ifade etmektedirler. AMK paragraf 630 (§ 630 h BGB) düzenlemesine göre de hastanın müdahaleye rıza göstermiş ve aydınlatılmış olduğunun ispatı hekime düşmektedir ¹²³⁸.

Hukukumuzda TMK m. 6'daki genel kurala göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat külfeti altındadır ¹²³⁹. Fakat TBK m. 112'nin "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*" hükmü ¹²⁴⁰ göz önüne alındığında, tıbbi müdahale sözleşmesinin borçlusu konumundaki hekim, kendi kusursuzluğunu ispat külfeti altına girmekte, hatta olağan koşullarda hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağına ilişkin tüm ispatın davacıdan beklendiği

¹²³⁷ DEUTSCH / SPICKHOFF, s:267, kn: 407; LAUFS, L/U, § 63 Die Selbstbestimmungsaufklärung, s:466, kn: 3; KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 822.; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155; Alman hukukunda ispat külfetine ilişkin genel bilgi ve açıklamalar için bkz. ESSER / SCHMIDT, Band I, Allgemeiner Teil, § 9 II, s: 148 vd.; ayrıca tıbbi müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğü ve buna ilişkin ispat külfeti hakkında bazı değerlendirmeler için, örneğin herhangi bir uyumsuzluk durumunda ispatı sağlamaya hizmet eden uygulamaların geliştirilmesi gibi, bkz. ESSER / WEYERS, Teil II, Besonderer Teil, § 55 I 1, s: 545.

¹²³⁸ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 312, kn: 511. Ayrıca tedavinin reddi durumunda nedenselliğin ispatına ilişkin ilave açıklamalar için bkz. GREINER; KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 822; DEUTSCH, Deutsche Sonderwege, s: 2012.

¹²³⁹ ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 246; Yine tıbbi müdahale sözleşmelerinin öğretisi ve uygulamada ağırlıklı olarak dayandırıldığı vekalet hükümlerine göre de, esasen, vekalet verenin, özen borcunun yerine getirilmediğini ispat yükü altında olduğu, sadece başarılı sonucun gerçekleşmediğini ispatlayarak bu külfetinden kurtulamayacağı, ayrıca vekilin benzer alanda iş üstlenen basiretli bir vekilin davranışı göstermediğini ve bu durumun işlerin normal akışına göre arzulan sonucun meydana gelmemesinde etken olduğunu da ispatlamasının gerektiği, vekalet veren bu ispat yükünü yerine getirmiş olduğu takdirde ise, vekilin, kusursuz olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği belirtilmektedir. YAVUZ, Cevdet, s: 547.

¹²⁴⁰ Genel anlamda TBK m.112 hükmünün uygulanmasına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. ÖZ, TBK m. 112, s: 867 vd.

haksız fiile dayanılması durumunda bile bu husus değişmemektedir ¹²⁴¹. Böylece tıbbi müdahalelerden kaynaklanan ya da daha genel bir ifadeyle hekimin sorumluluğuna ilişkin davalarda ispat külfetinin çoğunlukla yer değiştirmiş olduğu kabul edilmekte ¹²⁴², dolayısıyla hastanın göstermiş olduğu rızanın ve öncesinde buna ilişkin aydınlatmanın yapılmış olduğunun ispatı da hekime düşmektedir ¹²⁴³.

¹²⁴¹ Kusursuz sorumluluk halleri hariç haksız fiil failinin kusurlu olduğunu ispat yükü zarar görendedir. Sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki başlıca farklar için bkz. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:162, dn. 162. Haksız fiil sorumluluğunda, olağan koşullarda, hukuka aykırılığın ve hukuka aykırı eylemin işlendiğinin, kusurun, zararın ve nedensellik bağının ispatı davacıdan beklenmektedir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 776, 777, 778, 782. Borca aykırılık durumlarında da esasen kusur sorumluluğuna dayanılmakla beraber, haksız fiillerde failin sorumlu tutulabilmesi için davacı onun kusurlu olduğunu ispat etme külfeti altındayken, borca aykırılık söz konusu olduğunda, davalı konumundaki borçlu kendi kusursuzluğunu ispat külfeti altına girmektedir. Borca aykırılık durumunda ispat külfetinin yer değiştirmesinin, borçlu nun durumunu daha elverişsiz hale getirdiği, dolayısıyla ispat yüküne ait bu özellik yüzünden, borca aykırılığa dayandırılan davalarda kusur sorumluluğu ilkesinin göreceli zayıfladığından da ayrıca söz edilmektedir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s: 1187, 1188. Yazarların bu hususa ilişkin olarak örnek verdikleri Yargıtay kararına göre de: “...davalı doktorla müteveffa arasında kürtaj yapılması konusunda akdi bir bağ doğduğuna göre BK'nın 96.maddesi hükmü karşısında davalı doktor kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini kanıtlamadıkça, yaptığı işten doğan zararı tazmine mecburdur. Dosyadaki deliller davalı doktorun bu ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmasına elverişli nitelikte değildir.” Yargıtay HGK, E. 1976/ 4- 3596, K. 1978 / 696, T. 28.06.1978, YKD 1978, sayı 9, s: 1439-1441. Ayrıca bkz. Kazancı Bilgi Bankası. Sözleşmenin ihlalden ve haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukların karşılaştırılması ve bu hususa ilişkin ispat külfeti yönünden bazı açıklamalar için bkz. İNAL, s: 475 vd; Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumlulukta ispat külfeti için ayrıca bkz. KANETİ, s: 72; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 246 vd; *Deutsch* da özellikle rızanın ve aydınlatmanın ispatı ile ilişkin olarak bu hususa dikkat çekmektedir. DEUTSCH, Deutsche Sonderwege, s: 2013. Alman hukukunda tazminat taleplerinde ispat külfetine genel yaklaşım için bkz.LARENZ, Band I, § 24, s: 371 vd ve § 29, s: 516 vd; KOYUNCU, s: 79, 80; İsviçre hukukundan sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğunda ispat külfetine ilişkin bazı açıklamalar VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 69, s: 117.

¹²⁴² Tıbbi müdahale ilişkin davalarda ispat külfeti ve ispatın kolaylaştırıldığı haller hakkında detaylı açıklamalar için bkz. DEUTSCH / SPICKHOF, s: 489 vd.; LAUFS, L/U, Die Beweislast im Arzthaftungsprozess, § 107, Grundregeln, Arztrechtliche Besonderheiten, s: 896 vd.; LAUFS, Arztrecht, Passivlegitimation und Beweislast im Arzthaftpflichtprozess, s: 317 vd.; BROX / WALKER, Besonderes, s: 337, 338, kn: 21; Tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan davalarda hastanın bazı ispat kolaylıklarından yararlanabilmesi, özellikle ilk görünüş ispatı bakımından REİSOĞLU, Seza, s: 9; ALKANAT, s: 179; KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 822; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155.

¹²⁴³ DEUTSCH / SPICKHOFF, s:267, kn: 407; ZEYİN, Zafer, Die Arztliche Aufklärungspflicht, s: 1163; ZEYİN, İspat Külfeti, s: 148; JANDA, s: 340; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155; ÖZSUNAY, s: 34; BROX / WALKER, Besonderes, s: 337, 338, kn: 21; AYAN, s: 86; ŞENOCAK, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s: 250, 251; KOYUNCU, s: 79, 80, 81; ALKANAT, s: 178; ÇAVDAR, s: 759; KAHRAMAN, s: 494, 495; “Özellikle müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının gerektirdiği bütün önlemleri almalı, bu tip sonuçlar nadir de görülebilecekse hastayı aydınlatıp uymalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatın rizikoları, muhtemel hasil olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği, davalı tarafından savunulmamış ve kanıtlanmamıştır.” Yargıtay 13 HD., E. 1993/ 131, K. 1993 / 2741, T. 05.04.1993, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; *Deutsch*, bu bağlamda İngiliz ve Fransız hukuklarındaki yaklaşıma da değinmektedir. İngiliz hukukunda da ispat külfeti hekime düşmektedir. Bu konuda önem taşıyan *Chester v Afshar* kararı için bkz. *Chester v Afshar* [2004] 3 WLR 927 House of Lords, <http://www.e-lawresources.co.uk/Chester-v-Afshar.php>, Erişim T: 09.09.2018. Fransız hukukunda daha önce aydınlatılmadığının ve rızasının olmadığı ispatı hastadan beklenmekte iken, hastanın

Benzer şekilde, tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için aydınlatma koşul olduğundan, bu bağlamda aydınlatmanın yapılmış olmasından da yararlananın hekim olduğu düşünülmekte ¹²⁴⁴, bu nedenle de hasta aydınlatılmamış olduğunu iddia ettiğinde, rızanın ve buna ilişkin aydınlatmanın ispatı da hekimden

negatif bir şeyin ispatında zorluklar yaşadığı düşüncesinden hareketle yüksek mahkeme yaklaşımını değiştirerek, hastanın yeterli şekilde aydınlatılmış olduğunun ispatını hekimden beklemeye başlamıştır. Alman hukukunda ister sözleşmeye ister haksız fiile dayanılsın aydınlatmanın külfetinin her zaman için hekimde olduğu belirtilmektedir. Bkz. DEUTSCH, Deutsche Sonderwege, s:2013; Amerikan hukukuna ilişkin olarak aynı yönde görüş olarak bkz. SAATÇIOĞLU, Onur Can, Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya'daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbi Malpraktis Olgusu, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s: 198; “ *Diğer yandan, Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde ‘Rıza’ konusu düzenlenmiş ve ‘sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir ‘ düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 26.maddesinde düzenleme yapılmış ve hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı , önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kimseleri hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam baskı, tehdit eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin rızası alınır’ Bu düzenlemelerde aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Yukarıda izah edilen açıklamalar ışığında somut olaya bakılacak olursa; davacının baş ve diğ ağırsı nedeniyle davalı hastanede enjeksiyon yapıldığı ve hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu 2.İhtisas Kurulu’nun 25.11.2013 tarihli raporuna göre de: ‘ davacının sol gluteal bölgeden intramuskuler enjeksiyon yapıldığının anlaşıldığı, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arazlara sebep olabildiği, bu durumun her türlü özene rağmen oluşabilecek kusur veya ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak değerlendirildiği, enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan sağlık personelin ve enjeksiyon talimatı veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği’ açıklanmıştır. Davacıya imzalatılan Rıza Formu’nun ise davalı tarafından davalı tarafından dosyaya sunulmadığı görülmüştür. Öncelikle davalı taraftan davacıya imzalatılan celbedilmesi gerekmektedir. Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13 HD, E. 2015 / 30631, K. 2016 / 7474, T. 10.03.2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası, aynı yönde Yargıtay 13 HD, E. 2014 / 46695, K. 2016 /6790, T. 07.03.2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; “*Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca, tedavi öncesi mide şikayeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Öyle olunca rapor, dosya içeriği ile uyumsuzdur...*” Yargıtay, 13. HD., E. 2006 / 10057, K. 2006 / 13842, T. 19.10.2006, Kazancı Bilgi Bankası.*

¹²⁴⁴ AYAN, s: 86; ÇAVDAR, s: 759.

beklenmektedir ¹²⁴⁵. Mesleğinin gerektirdiği bilgi, beceri, görgü ve araç-gereçlere sahip olması nedeniyle bu ilişkide hekimin egemen taraf olduğu ¹²⁴⁶, hastanın hekim karşısında zayıf bir pozisyonda olduğu da kabul edilmekte ve ayrıca tıbbi belgelerin de hekimde bulunması nedeniyle ispat yükünün ona ait olması doğal karşılanmaktadır. Bu noktada hekimin düzenlediği yazılı belgelerin ispat açısından büyük önem taşıdığı da görülmektedir ¹²⁴⁷.

Yargıtay da bilgilendirmeye (aydınlatmaya) ilişkin ispat yükümlülüğünün hekimde olduğunu kabul etmektedir. Hekimin aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde

¹²⁴⁵ ZEYTİN, Zafer, Die Ärztliche Aufklärungspflicht, s: 1163; LAUFS, L/U, § 63 Die Selbstbestimmungsaufklärung, s: 466, kn: 3; AYAN, s: 86; ZEYTİN, İspat Külfeti, s: 148; ÇAVDAR, s: 759.

¹²⁴⁶ SÜTLAŞ, s: 38.

¹²⁴⁷ LAUFS, L/U, § 63 Die Selbstbestimmungsaufklärung, s: 466, kn: 4; ALKANAT, s: 178; ÇOBANOĞLU, s: 77, 78; *Deutsch ve Spickhoff* un bazı açıklamalarına bakıldığında, pratikte vurgulandıkları şekliyle tıbbi müdahalelerin kural olarak vücut bütünlüğüne yönelik bir ihlal ve sıklıkla sağlık üzerinde geçici de olsa bir yaralama eylemini içinde barındıkları ve bu nedenle de hukuka aykırı oldukları, rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı, ancak hastanın daha önce neye rıza göstermiş olduğu hususunda aydınlatılması gerektiği, yapılan müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan nedenler olarak aydınlatma ve rızanın hekime ispat külfeti yüklediği, kanun koyucunun da öngördüğü şekilde, ispat hukuku ve dolayısıyla ispat külfeti bakımından sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasında paralellik bulunduğu, eskiden kabul edilen hekimlerin kural olarak hastanın rızası olmaksızın müdahalede bulunmayacağı ve bu nedenle aydınlatma yükümlülüğünün ihlalini iddia eden hastanın bunu ispat etmesi yönündeki yaklaşımın zamanla hekimin aleyhine değişmiş olduğu (DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 312, kn: 511) ¹²⁴⁷, hekimin hasta ile yapmış olduğu görüşmelerin de ispat açısından kaydedilmesi gerektiği, ancak o esnada orada mevcut tanıkların ifadesiyle veya kendi içinde tutarlı olan kayıtlarla, hekim tarafından istisnasız ve kesin olarak yerine getirilen bir rutin pratik olduğunun ortaya konmasıyla bu ispatın sağlanmasının mümkün olabileceği, hasta tarafından kendi el yazısıyla doldurulmuş ve imzalanmış formların da aydınlatmanın yapıldığı yönünde ispat oluşturduğu, fakat yüksek riskli müdahaleler açısından formun imzalanmış olmasının, hastanın onu okuduğu, anladığı, kaldı ki onunla tartışıldığı yönünde bir ispat oluşturmaya yeterli olmadığı ifade edilmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 322, 323, kn: 513. Yazarlar tarafından, bu değişime işaret eden, ilki Birleşik Karallık'tan diğeri Fransa'dan iki yüksek yargı kararı örne olarak sunulmuştur. 1980 tarihli Chatterton v Gerson kararında, hastada ağrıları ortadan kaldırma amacıyla gerçekleştirilen ameliyat sonrası sağ bacağına önemli kuvvet ve duyu kaybı gelişmiştir. Mahkeme hekimin bu tür yan etkiler hakkında hastayı uarması gerektiği, ancak davalı hekimin hastaları kural olarak bu tür riskler hakkında bilgilendirmesinden yola çıkarak, dava konusu olguda da bilgilendirmenin yapılmış olduğuna sonucuna varılabileceğine karar vermiştir. Hekimin ilk operasyonda ve sonraki ilave düzeltici operasyonda, operasyonun olası sonuçları hakkında bilgi vermesi gerektiği, ameliyatın genel doğası hakkındaki bilgilendirmenin eksik kalmasının hastanın rızasını olumsuz etkilediği, şayet hasta kendisine açıklanmamış bir risk ile karşı karşıya kaldığını ortaya koyabilirse hekimin ihmalden dolayı sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Aktaran : DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 322, kn: 512; ayrıca bkz. Chatterton v. Gerson, <https://swarb.co.uk/chatterton-v-gerson-qbd-1980/>, Erişim T: 24.04.2008. 1997 tarihli Fransız Yargıtay kararında ise, poliplerin çıkarılması amacıyla gerçekleştirilen kolonoskopi sırasında hastada bağırsak perforasyonu gelişmiş, ancak daha önce bu risk hakkında aydınlatılmamıştır. Mahkeme hastanın aydınlatmanın eksik olduğunu ispat etmesi şeklinde ele alınan o güne kadarki Fransız yaklaşımından vazgeçerek hekimin hastayı aydınlatma yönünde özel bir yükümlülüğü bulunduğu ve ispat külfetinin de hekimde olduğu şeklinde bir karar vermiştir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 322, kn: 512.

bildirdiğini iddia ve ispat edemediği müddetçe meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulacağını açıklamıştır¹²⁴⁸.

¹²⁴⁸ “ Davalı doktorun, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği anlaşılmaktadır.” Yargıtay, 4. HD, E: 1977/6297, K: 1977/ 2541, T: 07.03.1977, YKD 1978/ 909, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 327; “Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon olduğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır...” Yargıtay 13. HD, E: 2008 /4519, K: 2008 /10750, T: 18.09.2008, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; “Zira davalı hastane vekili, cevap dilekçesinde, cerrahi enfeksiyon nedeniyle burun sırtına konulan protezin fistüle olduğunu ve enfeksiyonun kontrol altına alınabilmesi için ikinci ameliyatla konulan implantın çıkarıldığını iddia etmiştir. Kaldı ki, yapıldığı taraflarca kabul edilen ve yapılmak zorunda kaldığı belirtilen üçüncü ameliyata neden olunmaması.....bu tür sonuçlar nadiren görülebilecekse de hastayı aydınlatıp uyarması ve onun rızasını mutlaka alması gerekirdi. Ne var ki somut olay yönünden muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında davacının yeterli derecede aydınlatıldığı ve ona rağmen davacının tüm bunları bilerek ameliyata rıza gösterdiği hususları ileri sürüp kanıtlanabilmiş değildir.” Yargıtay, 15. HD, E. 2010 / 4538, K. 2010 / 5692, T. 25.10.2010; “Mahkemece, 30.3.2010 tarihli celsede tanık olarak dinlenen ve davacının ameliyatı sırasında anestezi uzmanı olarak görevli bulunan NÖY ‘Davacıya bu ameliyattan önce bu tür bir sonucun doğabileceğini yazılı ya da sözlü iletmemiş olabilirim sanırım ilemedim ancak bundan sonra tüm hastalara iletiyorum’ şeklinde beyanda bulunmuştur. O halde mahkemece, bu konuda ispat külfetinin davalıda olduğu hususu dikkate alınarak ve adı geçen tanık beyanı da gözetilerek tedavi yöntemi konusunda aydınlatma külfetinin yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” Yargıtay 13 HD, E.2015 / 42946, K. 2018 / 6144, T. 23.05.2018, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; “Bu ameliyatların tamamı estetik amaçlıdır. Davalı doktorun yükümlülükleri BK’nın 356 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Davalının en önemli yükümlülüğü davacıların istedikleri şekilde estetik ameliyatların gerçekleştirilmesidir. Davacıların istedikleri şekilde estetik ameliyatlarının gerçekleştirilmesi mümkün değilse, davalı doktorun bu konuda öncelikle davacıları uyurma yükümlülüğü bulunmaktadır.Uyarı yapıldığı davalı tarafından ispatlanamamıştır.” Yargıtay 15.HD, E. 2008 / 969, K. 2008 / 6813, T. 14.11.2008, GÖKCAN, s: 1129; “Ayrıca dosyaya ibraz edilen hasta yatış onam formunun davacı tarafından imzalanmış olmasına rağmen aynı tarihli tıbbi uygulamalar için bilgilendirme onam formunun davacı yerine neden yakını tarafından imzalandığının açıklaması yapılmayarak bu durum mahkemece ve bilirkişiler tarafından değerlendirilmemiştir. Bahsedilen bu formlar, davacıya yapılan ameliyatın niteliği konusunda davacıya gerekli bilginin verildiğini gösterir nitelikte değildir. Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde ‘Rıza’ konusu düzenlenmiş ve ‘Sağlık alanında herhangi bir müdahale ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir’ düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Yukarıdaki açıklamalar gözetildiğinde, hastanın salt işleme rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, risklerin de izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Kuralları’nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve ‘Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır ‘ düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda, ispat külfeti ise hekim ya da hastanededir.” Yargıtay 13.HD, E. 2016/26894, K. 2018/8072, T. 18.9.2018, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

2.Yazılı Rıza Formlarının Geçerliliği Sorunu

Esasen mevcut yasal düzenlemelerde gerek hastanın aydınlatılmasında gerek rızasının alınmasında uyulması zorunlu genel bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ayrık durumlar ¹²⁴⁹ dışında rıza ve aydınlatma bir şekle bağlı olmamakla beraber, ispat külfetinin hekimde olması nedeniyle uygulamada yazılı olarak düzenlenmiş “*aydınlatılmış onam formları*” kullanılmaktadır. Hastaya sözlü olarak açıklanan bilgiler aynı zamanda bu formda da yer almakta, hastanın bunları iyice sindirerek okuması ve gerektiğinde başkalarına da danışabilmesi için formlar yeterli bir süre öncesinden hastaya verilmektedir. Nitekim AMK da aydınlatmayı tamamlayıcı olarak hastaya yazılı formlar verilebileceğini açıkça düzenlemiştir (§ 630e BGB) ¹²⁵⁰. Ancak bu formlar sözlü olarak yapılan aydınlatmayı tamamlamakla beraber, onun yerini tutmamaktadır ¹²⁵¹.

HHY'nin 26. maddesinde mevzuatta yer alan durumlara ilaveten uyumsuzluk potansiyeli taşıyan müdahalelerde de yazılı bir rıza formu düzenlenmesi öngörülmüş olduğu gibi, rızanın şekli bahsinde değinilmiş olduğu üzere, yönetmelik ve genelgeler içinde de yazılı formu öngören düzenlemeler yer almaktadır.

Amerikan hukukundan bir görüşe göre, iyi bir rıza formunda, hastanın adı, rızanın tarihi ve verilme zamanı, tercihen tıbbi terminoloji kullanılmaksızın hastanın durumu ya da sorunu, öngörülen müdahalenin nitelikleri ve amacı, riskleri, tedavi edilmeme durumu da dahil olmak üzere alternatifleri ve bu alternatiflerin prognoz ve riskleri, uygulanacak müdahale için başarı garantisi verilemeyeceği, bilgilendirmeyi yapan ve rızayı alan hekimin adı, müdahale farklı bir hekim tarafından gerçekleştirilecek ise o hekimin kimliği, hastanın önceden tahmin edilemeyen durumların ortaya çıkması halinde hekimin müdahaleyi modifiye edebilmesi, ki müdahalenin genişletilmesi olarak da ele alınabilir düşüncesindeyiz, yönünde rıza gösterdiği (hastanın sınırlamaları, çekinceleri varsa onların da ayrıca not edilmesi gerekmektedir), hastaya soru sorma fırsatı verildiği ve sorularının cevaplandırıldığı

¹²⁴⁹ Şekil şartı öngören düzenlemelere önceki bölümlerde hukuka uygunluk nedeni olarak rıza ele alınırken rızanın şekli bahsinde ve ayrıca hekimin müdahale yükümlülüğünün kanundan kaynaklanan sınırlamaları bahislerinde değinilmiştir.

¹²⁵⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 323, kn: 514. KATZENMEIER, s: 820.

¹²⁵¹ KATZENMEIER, s: 820; DEUTSCH, Deutsche Sonderwege, s: 2012. İlave bilgi için bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 313, kn: 493.

yönünde açıklama, hastanın tıbbi müdahaleye rızası, hasta küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcinin ve bir tanığın imzasının yer alması gerekmektedir ¹²⁵².

Böylece söz uçar yazı kalır yaklaşımına uygun şekilde hem hastanın yapılan aydınlatmayı istediğinde defalarca okuyabilmesine imkan sağlanmakta hem de herhangi bir uyuşmazlık durumunda hekimin elinde yazılı bir belge delili haline gelmektedir. Ancak uygulamada sıklıkla kullanılan matbu formlara itibar edilmemesi yönünde görüşlerin olduğu da görülmektedir. Yani, basılı ve standart form tek başına yeterli olmayıp hastanın gerçekten aydınlatılmış olması ve bunun ispat edilebilmesi gerekmektedir. Forma, hastanın ilave sorularının olabileceği ve bunların yanıtlanacağına dair konulan açıklamalar da yeterli görülmemektedir ¹²⁵³.

Matbu formun hasta tarafından okunmamış olması, okunup da anlaşılmamış olması gibi olasılıklar aydınlatmanın olup olmadığı hususunda kuşkulara yol açabileceği gibi, hastalık yoktur hasta vardır kabulüne uygun olarak, hastalığın her hastada aynı şekilde ortaya çıkmayacağından, bu nedenle her hastanın özel durumuna göre form hazırlamak yerine matbu form kullanılması durumunda aydınlatmanın yerine gelmemiş olacağından söz edilmektedir ¹²⁵⁴. Bu formlarda yer alan açıklamaların hastanın korkuya kapılmasına ve bu yüzden gerekli olan bir müdahaleye rıza göstermemesine yol açabileceğinden, dolayısıyla sözlü bir aydınlatma yapılmasının ve devamında aydınlatılan hususların yazılı olarak kayıt altına alınmasının beklendiğini dile getiren, ancak esasen aydınlatmaya yönelik bazı beklentileri abartılı bulan bir görüş de mevcuttur ¹²⁵⁵. *Özsunay* da aydınlatmanın

¹²⁵² BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 94, 95; İyi bir rıza formunun nasıl olması gerektiği yönünde görüş ve öneriler için ayrıca bkz. ÖZKAN, Halid, Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Rıza Formları- Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Etkileri, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 65.

¹²⁵³ ZEYİN, İspat Külfeti, s: 148; KAHRAMAN, s: 495; ADIGÜZEL, s: 963, 964; Ayrıca bkz. DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 760, 761.

¹²⁵⁴ Öncelikle hekimin hastaya gerekli açıklamaları yapması ve hastanın sorularını uygun bir şekilde yanıtlaması, daha sonra hastanın durumuna göre özel olarak hazırlanan aydınlatma formunun hasta ile birlikte doldurularak imzalanması basamaklarını içeren bir şeklin benimsenmesi önerilmektedir. KAHRAMAN, s: 496; ADIGÜZEL, s: 963, 964; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 310; ÖZDEMİR, Hayrünisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S.3-4, 2008 (s: 374-379), s: 366,367; IŞIK YILMAZ, Berfin, Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 98, 2012, s: 407. *Deutsch*, aşılama öncesi aydınlatmaya ilişkin düzenlenmiş ve uygulanacak aşı türleri hakkında ayrıntılı açıklamalar içeren bir formun aşılacak çocuğun annesi tarafından anlaşılammış olduğu bir karardan söz etmektedir. Daha fazla açıklama için bkz. DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 760, 761.

¹²⁵⁵ MEDICUS, Besonderer Teil, s: 156; aynı yönde ÇAVDAR, s: 755.

nasıl yapılması gerektiği hususundaki açıklamalarında, bu hazır formların ancak tamamlayıcı olabileceği, ancak tümüyle itibar edilemeyeceği hususundaki yaklaşımlardan söz etmektedir ¹²⁵⁶. Yargıtay da, formun imzalanmış olmasını, tek başına aydınlatmanın yapıldığını ispat için yeterli görmemiştir ¹²⁵⁷. Formdaki

¹²⁵⁶ Buna göre, her ne kadar aydınlatma sözlü olarak yapılabilecek olsa da, uygulamada genellikle yazılı biçimin tercih edildiği, ancak kullanılan formlara karşı ciddi şüphelerin bulunduğu, bu formların hastalarda güvensizlik oluşturduğu ve sözlü aydınlatmanın yerine geçemediği, hekimin sorumluluğuna gidilmesi durumunda, hastanın hastaneye kabulü sırasında ya da ameliyattan önce sözlü olarak ayrıca aydınlatılmış olmadığı saptandığında, hastadan yalnızca bir imza alınmış olmasının, hekimin sorumluluktan kurtulmasını da sağlayamadığı, hastaya temel bilgileri içeren bir kağıt verilmesi veya kademeli aydınlatma yapılması gibi uygulamaların da yeterli ve başarılı olup olmadığı hususunda endişelerin bulunduğu, hastanın temel bilgileri içeren kağıdı okuyup okumadığının belirlenemediği gibi bu kağıdın verilmiş olmasının sözlü aydınlatmanın kısa ve yüzeysel kalmasına da yol açacağı, aydınlatma sırasında ses kayıt cihazı kullanılmasının da bir öneri olarak yer almakla beraber bunda da kuşku uyandıran noktalar bulunduğu, hastadan aydınlatılmış rızasını verdiğiine ilişkin kısa bir yazının alınmasının da herhangi bir uyumsuzluk durumunda, bu yazıya dayanarak hekimin aydınlatma ödevini tümüyle yerine getirmiş olduğunun ve hastanın aydınlatılmış rızasının bulunduğu kabulü için yeterli olmayacağı, yine alternatif olarak sunulan, hastanın hastalığının niteliği, seyri, tedavi tarzı ve tedavinin tehlikeleri hakkında yazılı olarak aydınlatılmasının ya da hastanın broşür yoluyla aydınlatılmasının da yeterli görülmediği, öğrenim düzeyi düşük olan hastaların broşürü okuyacağı ve anlayacağına da şüpheli olduğu, ayrıca broşürde yer alan bilgilerin hastanın tıbbi müdahaleye razı olmaması sonucunu doğurabileceği şeklinde açıklamalar yapılmakta ve aydınlatmanın kural olarak sözlü olması, sözlü açıklamalardan sonra durumun hasta kağıdına geçirilmesi gerektiği, önemli tıbbi müdahalelere yönelik aydınlatmalar sırasında ikinci bir hekim ve hemşirenin de hazır bulundurulması ve aydınlatmanın bu kişilerin huzurunda yapılması, bu kimselerin hazır bulunduğu da hasta kağıdında belirtilmesi, bunun ötesinde hastanelerin de bu konuya ilişkin özel organizasyonlar yapması ve süreci sıkı biçimde denetlemesi önerilmektedir. ÖZSUNAY, s: 53-55.

¹²⁵⁷ "Doktor, hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp, alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının, gerektirdiği bütün önlemleri almalı, bu tip sonuçlar nadir de olsa, görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatta rizikoları muhtemel hasil olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiğinin davalı tarafından kanıtlanması gerekir...ameliyat için rıza alınmış olması bu rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermez. Dolayısı ile aydınlatılmış bir rızadan bahsedilemez..." Yargıtay 13. HD, E. 2008/4219, K. 2008/ 10660, T. 16.09.2008; "Dosya içinde bulunan 29.03.2010 tarihli "hasta onam formu"nun "ameliyatın riskleri" başlıklı bölümün a bendinde ameliyattan sonra ilk iki hafta içinde kanama oluşabileceği geç ortaya çıkan kanamalarda tekrar hastaneye yatırılarak müdahale edilebileceği, ameliyat edilebileceği ve kan kaybı sebebiyle de kan transfüzyonu gerekebileceği hususlarının açıkça yazılmış olmasına rağmen, davacının bu komplikasyon sonrası yoğun bakımda kalabileceği, sağ tarafını gereği gibi kullanamayabileceği, dilinin kesilip, dişlerinin sökülebileceği hususlarının formda açıkça yazılmadığı, bu durumda hastanın kanama sonrası yaşadığı sağlık sorunları ile ilgili yeterince aydınlatılmadığı ve hasta onam formunun yukarıda anlatılan sözleşme hükümlerine göre yetersiz olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bu gerekçeler göz önüne alınarak talep edilen maddi tazminat miktarı konusunda gerekirse uzman bilirkişiyle de rapor alınmak suretiyle davacının tüm talepleri ile ilgili hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken" Yargıtay 13 HD, E. 2016 / 14530, K. 2018 / 7895, T. 17.07.2018, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; "Dava sırasında aldirılan Adli Tıp Kurumu raporunda özetle uygulanan bilateral fonksiyonel endoskopik sinüs cerrahisi ve alt konkaya radyo frekans uygulaması sonucunda şahısta görülen vasküler tıkanıklığın endoskopik sinüs cerrahisinde görülebilen komplikasyonlar arasında bulunduğu, davacıya uygulanan tedavinin tıp kurallarına uygun olduğu, davalının hizmet kusurunun olmadığı bildirilmiştir. Buna göre ameliyatın rizikoları, muhtemel hasil olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek

imzanın gerçekten hastaya ait olup olmadığı hususunda belirsizliğin yaşandığı kararlar da bulunmaktadır ¹²⁵⁸.

3.Yetersiz Aydınlatma İddiası Karşısında İleri Sürülebilecek Hususlar

Hekimin önüne, hastanın geçerli rızasının bulunmadığı veya aydınlatmanın ihmal edilmiş olduğu şeklinde bir iddia geldiğinde, bu yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğunu ispat külfeti altındadır. Hekimin başvurabileceği argümanlar, aydınlatmanın gerçekleşmiş olduğunu ileri sürmesi, aydınlatmanın gerekli olmadığını ileri sürmesi, aydınlatmanın mümkün olmadığını ileri sürmesi, aydınlatmanın başka bir hekimin yükümlülüğünde olduğu ileri sürmesi, hastanın her durumda onam verecek olduğunu ileri sürmesi, müdahalenin hukuka uygun olduğunu ileri sürmesi, kusurunun olmadığını ileri sürmesi, hastada zarar oluşmadığını ileri sürmesi şeklinde sıralanmaktadır. Hekimin aydınlatmanın yapılmış olduğunu ileri sürebilmesi, ortaya koyabilmesi için bunu kural olarak yazılı tıbbi kayıtlar, ses kaydı, tanık ifadeleri gibi vasıtalarla konfirme etmesi gerekmektedir. Elinde bu ispat vasıtaları olmayan hekimin de, şayet aydınlatma görüşmesi ve rıza

rıza gösterdiği davalı tarafından ispat edilememiştir. Davacıya ameliyat öncesi imzalatılan aydınlatılmış onam formu, davacının geçireceği ameliyat ve sonuçları ve oluşabilecek komplikasyonlar konusunda bir açıklama içermemekte, matbu önceden hazırlanmış belgenin hastaya imzalatılmıştır. ...” Yargıtay 13 HD., E. 2009 / 13945, K. 2010 /4346, T. 02.04.2010, GÖKCAN, s: 1253.

¹²⁵⁸ “ Mahkemece alınan 30.04.2012 tarihli ...Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu'nun ve 31.1.2.2013 tarihli ...Üniversitesi.. Bölüm Başkanlığı'nın, davalı tarafa kusur yüklemeyen raporları benimsenmek suretiyle, davanın reddine karar verilmiş ise de, davacı ameliyata girmeden önce ameliyatın riskleri hakkında hiç aydınlatılmadığını, hatta dosya arasında bulunan 29.11.2010 tarihli ‘Cerrahi Girişim İzin Formu’ altındaki imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürmektedir. Bu durumda mahkemece davacının iddia ettiği gibi ameliyattan önce, ameliyatın tüm riskleri hakkında aydınlatılıp aydınlatılmadığının tespiti açısından, Cerrahi Girişim İzin Formu altındaki imzanın davacıya ait olup olmadığının tespiti için İmza İncelemesi yaptırılması ve sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken eksik inceleme.....” Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 23130, K. 2015 / 16350, T. 21.05.2015, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; “Davacılar, davacı ...'in, davalı doktor ve hastanenin özen yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle ameliyat sonrasında kanama geçirdiğini, kanamanın durdurulmadığını ve yaşadığı süreç sonucu dilinin kesildiğini, dişlerinin söküldüğünü, yemek yiyemediğini ve konuşma zorluğu çektiğini, vücudunun sağ tarafını gerektiği gibi kullanamadığını ileri sürerek maddi ve manevi zararının tazmini istemi ile eldeki davayı açmışlardır. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, kararın davacı tarafından temyizi üzerine Dairemizce”..... Dosya içinde bulunan 29.03.2010 tarihli "hasta onam formu"nun "ameliyatın riskleri" başlıklı bölümün a bendinde ameliyattan sonra ilk iki hafta içinde kanama oluşabileceği geç ortaya çıkan kanamalarda tekrar hastaneye yatırılarak müdahale edilebileceği, ameliyat edilebileceği ve kan kaybı sebebiyle de kan transfüzyonu gerekebileceği hususlarının açıkça yazılmış olmasına rağmen, davacının bu komplikasyon sonrası yoğun bakımda kalabileceği, sağ tarafını gereği gibi kullanamayabileceği, dilinin kesilip, dişlerinin sökülebileceği hususlarının formda açıkça yazılmadığı, bu durumda hastanın kanama sonrası yaşadığı sağlık sorunları ile ilgili yeterince aydınlatılmadığı ve hasta onam formunun yukarıda anlatılan sözleşme hükümlerine göre yetersiz olduğu anlaşılmaktadır.” Yargıtay 13 HD, E. 2006/ 14530, K.. 2018/ 7895, T. 17.07.2018, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

almayı düzenli bir uygulama haline getirmiş ise, yine bir ispat şansı yakalaması mümkün olabilecektir ¹²⁵⁹.

Hekim, gerçekleşen riskin çok uzak ve atipik olduğuna ya da hastanın zaten bildiğine dayanarak aydınlatmanın gerekli olmadığını da ileri sürebilir. Hastanın şokta olması, bilincinin kapalı olması, aklını yitirmiş olması gibi durumlar hastanın aydınlatılma imkanını kısmen ya da tümüyle ortadan kaldıracaktır. Hekimin yalnızca insani nedenlere dayanarak da aydınlatma açısından bir kontrendikasyon, örneğin hastanın büyük üzüntü ve ümitsizliğe kapılacağı düşüncesi gibi, bulması mümkündür, ancak bu hallerde genellikle bir üçüncü kişiyi aydınlatma gereği doğmaktadır ¹²⁶⁰.

Her ne kadar hekim, takip ve tedavi ettiği hastayı bizzat aydınlatma yükümlülüğünde ise de, şayet zarar veren somut müdahale diğer bir uzmanlık alanına giriyorsa o zaman aydınlatma yükümlülüğü de müdahaleyi gerçekleştirecek diğer hekim üzerine kalmaktadır ¹²⁶¹. Hekimin dayanabileceği bir diğer savunmayı ise, hastanın müdahaleye her durumda rıza gösterecek olduğu savı- hipotetik rıza- oluşturmaktadır. Şayet hasta usulüne uygun şekilde aydınlatılmış olsa dahi, müdahaleye yine de rıza gösterecek olduğunun söylenebilmesi için, örneğin hastanın çok ağrısının olması ve buna mukabil müdahalenin çok az risk taşıması gibi, gerekmektedir ¹²⁶².

¹²⁵⁹ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 335- 337, kn: 533- 539.

¹²⁶⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 336, kn: 534, 535, 536.

¹²⁶¹ Bununla birlikte müdavi hekimden, hastanın aydınlatılması başka birine delege edilmiş olsa dahi, bunun gerçekleşip gerçekleşmediğini titiz bir şekilde kontrol etmesi beklenmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 334, 531.

¹²⁶² Alman öğretisinde, aydınlatma ve rızanın yerine gelmediği durumlarda hekimin başvurabileceği bir kavram olarak hipotetik rızadan söz edilmektedir. Hipotetik rızada hekim, savunmasını, hastanın tam ve kapsamlı şekilde aydınlatılmış olması durumunda da zaten aynı şekilde davranacak, müdahaleye rıza gösterecek olduğu, yani sonucun değişmeyecek olduğu savına dayandırabilecektir. Bununla birlikte, örneğin hasta eksiksiz aydınlatılmış olsaydı özürlü dünyaya gelecek çocuğu mutlak aldırırdı gibi, bireysel değer yargılarının çok önem taşıdığı hallerde böyle tahminlere, dolayısıyla hipotetik rızaya dayanılmayacağı, aynı hususun genetik araştırmalar bakımından da geçerli olduğu belirtilmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 325, kn: 518. Ayrıca yazarların değindiği hukuka uygun alternatif davranış ve gerçek karar çatışması kavramları için bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 324-330; Nitekim Alman Medeni Kanununun müdahale ve aydınlatma hatalarında ispat külfetini düzenleyen 630 h paragrafına göre de (§ 630 h BGB), şayet § 630 e'de öngörülen koşullar yerine gelememiş ise, hekimin, hasta usulüne uygun aydınlatılmış olsa dahi müdahaleye rıza göstereceğini ileri sürme imkanı vardır. Bu durum özellikle hasta geçmişte de benzeri bir müdahaleye karşı çıktığı ve aydınlatıldıktan sonra rıza göstermiş olduğu takdirde gündeme gelebilecektir. Bununla beraber hastanın yararını koruma bağlamında hipotetik rızanın ancak istisnai olarak ve ancak somut durum için geçerli olacak şekilde ele alınması gerektiği de belirtilmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 326, 327, kn: 520; Öğretimizden *Kaneti* de İsviçre Federal Mahkemesince verilmiş hipotetik rızaya

Müdahaleye ilişkin bazı açıklamalar önceden söylendiği gibi çıkmamış olsa dahi, örneğin müdahalenin açıklanandan daha uzun sürmesi gibi, bunlar hukuka uygunluğunu kaldırmayacaktır. Aydınlatmanın hekimin kusuru olmaksızın eksik kalmış olması da, örneğin hekimin hastanın kendisinin ya da başkasının yaptığı bir aydınlatma sonrası gerçekten aydınlanmış olduğunu düşünmesi ama aslında öyle olmaması gibi, bu bağlamda öne sürülecek bir savunma unsuru olabilecektir. Usulüne uygun aydınlatılmamış olan hastanın iddiaları genellikle aydınlatma eksik kalmış olmasaydı, müdahaleye izin vermeyeceği ya da alternatif bir müdahaleyi tercih edeceği şeklinde olduğu için, hekim de, tedavisiz kalması ya da alternatif müdahalenin yapılmış olması durumunda, hastanın sağlığının daha da kötüleşecek olduğunu ortaya koyarak hastada zarar oluşmadığı savına da dayanabilecektir ¹²⁶³.

4. Hastanın Algı Seviyesi ile Uyumlu Aydınlatma Sorunu

Öğretide, hastaların algıları farklılıklar gösterdiği için, hekimlerin hastanın eğilimlerini dikkate alması gerektiği ve aydınlatma sırasında yapılacak kaba filtrelemelerin etik olmayacağı, kimi hasta için sıradan bir aydınlatma fazlasıyla yeterli olacak iken, kimi hastanın bundan tatmin olmayacağı ve sorularının cevapsız kalacağı ¹²⁶⁴, aydınlatmanın soyut bir açıklama olmaması gerektiği, her hastanın aydınlatmadan beklentisinin farklı olabileceği, hekimin hasta ile yaptığı yüzyüze görüşme esnasında hastanın beklentilerini değerlendirebileceği, olağan koşullarda ortalama bir hasta kriter alınacak olmakla beraber, her hastanın normal olarak ele alınamayacağı, psişik özellikleri nedeniyle bazı hastaların farklılıklar gösterdiği ¹²⁶⁵, hekimin, hastanın kavrama ve kontrol yeteneğini haiz olduğu hususunda ve tıbbi müdahalenin şekli, anlamı, kapsamı, risklerini kavramış ve iradesini buna göre yönlendirmiş olduğu hususunda ikna olması gerektiği ¹²⁶⁶, yine hastanın rızasını sağlayacak aydınlatmayı yapmanın hekimin bilgisi, deneyimi ve yeterliliğine bağlı olduğu, hekimin hastanın neyi ne kadar anlayacağını bilerek, bilinci ve ruhsal

dayanan bir karardan söz etmektedir. Buna göre Mahkeme, hekim hastayı normal ve önemsiz riziko hakkında aydınlatmış olsaydı bile, hastanın müdahalenin yapılmasından vazgeçmeyeceği anlaşılıyorsa, hekimin aydınlatma görevinin bulunmadığını kabul etmiştir. KANETİ, s: 70; hipotetik rıza hakkında bkz. ALKANAT, s: 178.

¹²⁶³ Bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 335- 338. Aydınlatmanın yeterli şekilde yapılmamış olduğu iddiasıyla karşılaşan hekimin sorumluluktan kurtuluş imkanları hakkında benzer yönde ilave açıklamalar ve Alman hukukundan içtihatlar için ayrıca bkz. ÖZSUNAY, s:57.

¹²⁶⁴ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 266, kn: 406.

¹²⁶⁵ DEUTSCH, Aufklärung über Komplikationen, s: 759, 760 vd.

¹²⁶⁶ GEHRLEIN, s: 109, kn: 52.

durumu sağlıklı olan bir hastanın, kendi eğitim düzeyine göre, durumuyla ve gelecekte olacaklarla ilgili olarak aklında en küçük bir soru işareti kalmayacak şekilde bilgilendirilmesi gerektiği ¹²⁶⁷, tıbbi bilgiye sahip olmayan kişiler, kendilerine uygulanacak müdahalenin risklerini bilemeyecekleri için anlayacakları şekilde müdahalenin tehlikeleri, riskleri ve zararlı sonuçlarının açıkça ortaya konması ve hatta bazen hekimin uygulanacak tıbbi müdahale hususunda hastayı defalarca aydınlatması ve anladığından emin olması gerektiği ¹²⁶⁸, aydınlatmanın bizzat hekim tarafından hastanın kişiliğine özgü olarak yapılması gerektiği ve yüksek mahkemeler nezdinde de bu yaklaşımın ağırlık kazandığı ¹²⁶⁹ şeklinde görüşler bulunmaktadır. Bu da rıza gösterme yeterliğine sahip ortalama bir insanın algı seviyesinin kriter alınmadığını ve hekimden bireysel farklılıkları dikkate alarak bunlara hitap eden yoğun bir çabanın beklendiğini düşündürmektedir ¹²⁷⁰.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne uygulanabilecek kriterler bağlamında mesleki uygulama kriteri, makul hasta kriteri ve subjektif kriter şeklinde bir ayırım yapıldığı da görülmektedir. Mesleki uygulama kriterine göre mesleğinin uzmanı olan ve yıllar içinde birçok hastayı tedavi etmiş olan hekimlerin hastaya hangi bilginin ne kadar açıklanması gerektiğini bildikleri görüşünden hareket edilmektedir. Makul hasta kriterine göre yapılacak aydınlatma, makul bir hastanın bilmesi gereken risk, alternatif ve sonuçları içermeli, hasta hekimin karşısında bulunan kimse değil, belirli niteliklere sahip sağduyulu ve makul, soyut bir kişi olarak ele alınmalıdır. Subjektif kriterde ise hekimin hastanın özel durumunu dikkate alarak onun açısından risk oluşturabilecek ve kararında etkili olabilecek tüm hususları açıklaması beklenmektedir. Dolayısıyla hekimin karşısındaki somut hasta önem taşımakta, onun bireysel özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmektedir.

¹²⁶⁷ SÜTLAŞ, s: 79.

¹²⁶⁸ ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 14.

¹²⁶⁹ OEHLER, s: 15, 16.

¹²⁷⁰ Bununla birlikte Federal Yüksek Mahkeme 2016 yılına ait bir kararında, hekimin hastayı kalça protezi öncesi bacakta ve ayakta oluşabilecek felç riski hakkında aydınlatması gerekli olmakla beraber, hasta tarafından imzalanmış aydınlatma formunda, bacakta kısmi felç gibi kalıcı bozukluklara yol açacak sinir yaralanmaları olabileceğinin açıklanmış olmasının yeterli olduğunu ve hastanın bu aydınlatmadan kalıcı değil de sadece geçici bir felç durumuna yol açacağı şeklinde sınırlı bir çıkarıma varamayacağını kabul ederek tazminat talebini reddetmiştir Aufklärungspflicht vor Hüftoperation über das Risiko einer Lähmung – BGH vom 11.10.2016 – Az. VI ZR 462/15, <https://www.mahnerfolg.de/urteile/index.php/aufklaerungspflicht>, Erişim T: 20.04.2018.

Hekimlerin yeterli bilgiye sahip uzman kişiler olarak hastaya neyin, ne kadar açıklanmasını bildiği varsayımından hareket eden mesleki uygulama kriteri bakımından, mesleği uzun yıllardır uygulayan deneyimli bir hekimin dahi bazen aydınlatma için yeterli bilgiye sahip olmayabileceği ve her somut hasta açısından geçerli olacak mesleki standartlar öngörülmesinin yerinde olmadığı, makul hasta kriteri bakımından makul hasta kavramının net olarak ortaya konamayacağı, dolayısıyla farklı uygulamaların ortaya çıkabileceği, subjektif görüşün ise her hastayı ayrı ayrı dikkate alarak verilecek bilgileri de ona göre belirlediği için hastanın daha yararına olduğu, hukumuzda da daha çok subjektif kriterin benimsenmiş olduğu belirtilmektedir ¹²⁷¹. Bununla birlikte yazar, hekimin hasta ile ilgili her türlü ayrıntıyı bilmesi ve buna göre aydınlatmada bulunması şeklinde bir yaklaşımın, onu ağır bir yükümlülük altına soktuğuna da ayrıca dikkat çekmektedir ¹²⁷². Demek ki, subjektif kriterin benimsenmesi durumunda dahi, hastanın psikolojik özelliklerine kadar ince eleyip sık dokuyan bir yaklaşımın yerinde görülmediği anlaşılmaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğü hastanın önerilen tanısal veya terapötik bir girişime karşı çıktığı durumlarda da özel önem arz etmektedir. Örneğin, Federal Yüksek Mahkemenin “ *Hekim esasen hastanın aydınlatılmış iradesi hilafına onun vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunma hakkını haiz olmadığından, hastanın gerekli tıbbi müdahalelerin yapılmasına rıza göstermediği durumlarda, onu sağlığını tehdit edici zararlardan korumak için, müdahalenin aciliyeti ve gerekliliği hakkında dikkatini çekerek, direncini kırması ve rıza göstermeye ikna etmesi bağlamında hekimin yapacağı aydınlatma özellikle anlam taşımaktadır*” ¹²⁷³ şeklindeki kararı, hekimin yalnızca hastanın iradesini dikkate almış olmakla da sorumluluktan kurtulamayacağı, yani hastayı kendi iradesi ve kararıyla baş başa bırakmayıp yine de onu sağlığı açısından doğru yola sevk etmek için de gayret göstermesinin de beklendiği sonucuna götürmektedir. Hekimin ameliyata karşı çıkan bir hastayı ikna etmesi gerektiği, müdahaleye karşı çıkan hasta hastaneyi terk ettiği takdirde, hekimin bu durumun oluşturduğu tehlikeye ve zamanında gerçekleşmeyen ameliyatın sonuçlarına hastanın dikkatini çekmesi gerektiği, bu hususta ihmalkar davranmış ise,

¹²⁷¹ ÇAVDAR, s: 741- 744, ayrıca bkz. orada anılan kararlar.

¹²⁷² ÇAVDAR, s: 743.

¹²⁷³ LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherugnsaufklärung), s: 461, dn.2. (Rechtsprechung, BGH, 16.12.1953, I ZR 143/52) <https://dejure.org/>, Erişim T: 10.10.2018.

sorumluluğunun gündeme geleceği de ileri sürülmektedir ¹²⁷⁴. Dolayısıyla hekimin, hastanın yapılan aydınlatma sonrası tedaviye rıza göstermediğini ileri sürerek de her zaman sorumluluktan kurtulması mümkün olmamaktadır. Bu hususlara çalışmamızın önceki bölümlerinde de değinilmiş idi.

Öğüz, hekimin, aydınlatma yükümünü yerine getirmiş sayılması için, tanı ve tedavi yöntemlerini ve bunların doğurabileceği her türlü sakıncaları en ince ayrıntısına kadar açıklamak zorunda olup olmadığı, yoksa hastanın sadece gereği kadar aydınlatılmış olmasının yeterli olup olmayacağı, dolayısıyla aydınlatma yükümünün sınırı ya da ölçüsünün ne olması gerektiği sorusu karşısında, yapılacak aydınlatmanın hastanın durumunu kavrayıp karar vermesine elverecek ölçüde açık olması gerektiği görüşünde olmakla beraber, kişilerin psikolojik açıdan gösterecekleri farklı özellikler nedeniyle, müdahalenin her türlü olumsuz etki ve risklerini içerecek detaylı açıklanmaların hastayı korkutma ve müdahaleden kaçınmasına yol açma olasılığına dikkat çekmektedir ¹²⁷⁵. Demek ki bazı durumlarda fazla aydınlatma olumsuz etkilere de yol açabilecektir.

Bir diğer açıdan yaklaşırsak, yine çalışmamızın önceki bölümlerinde yapmış olduğumuz açıklamalarla da uyumlu şekilde, rıza ehliyeti için belirleyici olanın, kişinin irade gösterebilme yeteneği olduğu, hastanın algılama ve ayırt etme gücünün yapılmış olan aydınlatmayı kavramaya, bir müdahalenin fayda ve risklerini tartmaya ve sonuçta kendi sorumluluğunu almış şekilde karar vermeye yeterli olması gerektiği

¹²⁷⁴ LAUFS, L/U, § 62 Die therapeutische Aufklärung (Sicherungsauflklärung), s: 461, kn: 3.

¹²⁷⁵ DURAL / ÖĞÜZ, s: 109, kn: 544, 545, 546. Yazarın açıklamalarına göre “ hastasına açıklayacağı gerçeğin ne olacağı, hekimin hastası ile olan ilişkisi sonucunda onun psikolojik durumu hakkında edindiği izlenime bağlıdır. Bir başka deyişle hekim, hastaya gerçeği söyleyecektir; ancak gerçeği ne dereceye kadar söyleyeceği hastanın psikolojik durumuna bağlıdır. Bu bakımdan hekimin ilk göz önünde bulunduracağı husus , gerçeği söylerken hastayı korkutmamaktır. Aksi halde hasta, muhtemel tehlikeler kendisini sakinleştirecek biçimde değil de abartılarak korkutacak şekilde anlatılacak olursa, yapılması zorunlu bir müdahaleye rızasını vermeyebilir. Hastanın psikolojik durumunu nazara almada, katı düşüncesizce yapılacak bir açıklama, tıbbi müdahalelere karşı aşırı duyarlı olan kişiler yönünden, hekimin etik olmayan bir tutumu da sayılabilir. Bu bakımdan hekim, hastanın psikolojik durumunu, tıbbi müdahaleler karşısındaki muhtemel tutumunu göz önünde bulundurarak ya tam ve etraflı bir açıklamada bulunur ya da onu tedaviden vazgeçirmemek için, genel fakat gerçek bilgiler vermekle yetinebilir. Hekim açıklamalarına genel noktalardan başlar ve hastanın durumuna göre detaya iner, fakat gerekli gördüğü yerde detay açıklamalarına son verir. Kuşkusuz bu sınırı bulmak çok güçtür ve hekimin tecrübe ve takdiri ile hastasıyla yaptığı görüşmelerden edindiği izlenime dayanır. Ne var ki, hayati tehlikenin söz konusu olduğu hallerde hekim, artık hastanın psikolojik durumu ne olursa olsun, kural olarak gerçeği tam ve etraflı olarak açıklamak zorundadır. Bu, kişinin kendi hayatı hakkında kendisinin karar vermesi kuralının zorunlu bir sonucudur” bkz. age s: 109, kn: 546.

ifade edilmektedir ¹²⁷⁶. Hemen bu noktada HHY düzenlememize baktığımızda da, m. 4/f'de “Yeterlik ” “yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma hali” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımın, TMK m. 13’ün ayırt etme gücüne yönelik “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” tanımından yola çıkarak kaleme alınmış olduğu açıktır ve HHY’ de yer alan bu tanımın öğretimizde de eleştirilmediği görülmektedir. Hal böyle olunca, hastanın ayırt etme gücü ve rıza gösterme yeteneğini olumsuz etkileyecek böyle sayılan durumlardan biri yoksa, orta seviyede makul bir insanın kavrama yeteneğine sahip olduğu ve yapılan aydınlatmayı anlayacak kapasitede olduğu kabul edilebilir, zaten aksi takdirde mümeyyiz olarak ele alınamayacaktır. Dolayısıyla da bu yasal yeterlik tanımındaki kriterlere uyan bir hastaya orta seviyedeki makul bir insanın anlayacağı düzeyde aydınlatmanın yapılması da yeterli olmalıdır kanısındayız. Hastanın soruları varsa elbette ki cevaplanmalıdır. Somut durumundan kaynaklanan farklılıklar elbette ki dikkate alınmalıdır ¹²⁷⁷. Önemli bir hastalığın ve riskli bir müdahaleye maruz kalacak olmanın getirdiği telaş ve gerginlikle bazı hususları hemen kavrayamayabilecekleri haliyle göz önünde tutulmalıdır. Ancak yapılan tekrarlara rağmen dinleme, anlama ve algı, dolayısıyla *aydınlatılabilme* kapasitesi yetersiz olan hastalar bakımından, ortalama bir standardın yerine getirilmesi yeterli olmalıdır, aksi takdirde hastanın ayırt etme gücünün olup olmadığının sorgulanması (ve hatta duruma göre kısıtlanması) gerekebilecektir.

Elbette ki bu noktada hekimin iletişim becerileri de önem taşımaktadır. Hekim hem hastada güven oluşturabilmek, hem gerekli bilgileri net ve anlaşılır şekilde açıklayabilmek, ayrıca da hastanın psikolojik açıdan olumsuz etkilenmesine

¹²⁷⁶ GEHRLEIN, s: 109, kn: 52.

¹²⁷⁷ Örneğin çocuğu olmayan bir hastanın üreme yeteneğinin etkilenmesi ile 45 yaşında beş çocuklu bir hastanın üreme yeteneğinin etkilenmesi aynı değildir ve genç hasta haliyle çok daha fazla aydınlanmak isteyecektir. Bir sporcunun denge ve hareket işlevlerinin, bir oyuncunun dış görünüşünün, bir öğretmenin konuşma yeteneğinin, bir müzisyenin işitme fonksiyonunun vb. etkilenme olasılığı varsa çok daha endişeli, telaşlı olması, çok daha fazla soru sormaya ve bilgi almaya eğilimli olması kaçınılmazdır.

yol açmamak üzere doğru ve gerekli iletişim becerilerini haiz olmalıdır. Bunlar klinik deneyime paralel olarak zamanla kendiliğinden edinilmiş ya da eğitimle kazanılmış beceriler olabilir. Hekim gerekli bilgileri, bireysel olarak öne çıkan özellikli tıbbi durumları vurgulamayı da ihmal etmeyerek, makul bir hastanın kendi sağlık durumunu, öngörülen müdahaleye ve genel olarak sürece ilişkin hususları kavramasına imkan verecek açıklık ve anlaşılabilirlikte açıklamış ve karanlıkta kalan hususları aydınlatmış, hastanın da yapılan bu açıklamaları yeterince anladığı yönünde haklı bir izlenime ulaşırsa, artık yeterli bilgilendirme ya da aydınlatma yapılmış kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, tecrübeli ve bilgili bir hekim, hastanın kendisine anlatılanları yeterince kavramış olduğunu düşünmekte haklı ise, artık sorumlu tutulmamalıdır, zira bu yükümlülüğü sınırsız şekilde ele almak, her zaman için hastanın yeterince aydınlatılmamış olma iddialarına açık kapı bırakarak kötüye kullanımlara yol açabilecektir. Demek ki, hekim, hastanın, anlatılanları, vereceği karara etkili olacak şekilde anlamış olduğunu düşünmekte haklıysa, yeterli aydınlatmanın yapılmış olduğu kabul edilmeli, ancak hekim tüm gayretlerine ve gerektiğinde yeniden denemesine rağmen, hala hastanın anlayamamış ve aydınlanmamış olduğu kuşkusunu içinde ise, o takdirde artık, hastaya herhangi bir müdahalede bulunmaktan kaçınılmalıdır.

5. Hatalı Aydınlatma

Hekimin aydınlatmada yanlış bilgi vermesinin nedeni kendi yanlılığı da olsa, sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Örneğin hekim hastalığın tanısını yanlış koyarak bu nedenle hastayı farklı bir hastalık hakkında aydınlatmış ise bu aydınlatmanın yapılmamış sayılacağı kabul edilmektedir¹²⁷⁸. Gerçek olgulara ve bilimsel verilere dayanmayan bilgiler, aydınlatma olarak kabul edilemeyecek ve bu tür bilgiler müdahaleyi hukuka uygun kılmayacaktır¹²⁷⁹. Buna karşılık, hekim, örneğin

¹²⁷⁸ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 326; aynı yönde ERMAN, Barış, s: 121; Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesinin 2016 yılına ait bir kararında, sekiz yaşındaki bir çocuğun böbrek ameliyatı sürerken, anne – babaya ameliyatın planlandığı gibi gitmediği ve tek çare olarak çocuğun sol böbreğinin alınması gerektiği açıklaması yapılmış, ebeveyn rıza göstermiş, çocuğun böbreği alınmış, ancak böbreğin alınmasından başka alternatiflerin de söz konusu olabileceği ortaya çıkmıştır. Ameliyat sırasında ortaya çıkan öngörülemeyen durum nedeniyle yeni bir rızanın gerekli olduğu, ancak bu rıza öncesi yapılan aydınlatmanın hatalı olduğuna ve çocuğun kaybedilen böbreği için tazminat ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir. *Notwendigkeit einer erneuten Aufklärung der Eltern während Operation eines Kindes – OLG Hamm vom 07.12.2016 – Az. 3 U 122/15*, <https://www.mahnerfolg.de/urteile/index.php/notwendigkeit-einer-erneuten-aufklaerung-der-eltern-waehrend-operation-eines-kindes/>, Erişim T:14.04.2018.

¹²⁷⁹ AŞÇIOĞLU, s: 28.

aydınlatma yapılacak hususun tamamen farklı bir tıp alanına ilişkin olması gibi, şayet hastaya açıklanacak risk hakkında kendisi de bilgi sahibi değil ise ve bu şekilde bilgi sahibi olmaması mazur görülebilir, kabul edilebilir bir durumsa, sorumluluğunun gündeme gelmeyeceğinden söz edilmektedir ¹²⁸⁰.

6.Aydınlatmaya İlişkin Beklentiler Hakkında Değerlendirmelerimiz

Her ne kadar hastanın aydınlatılmasının, hekimin hastaya tıp alanındaki uzmanlık bilgilerini aktarması ve hastaya tıp dersi vermesi şeklinde algılanmaması gerektiği belirtilse de ¹²⁸¹, özellikle hastanın kültürel, toplumsal ve psişik durumunun da belirleyici olduğu yönündeki kabuller ¹²⁸² ve hekime düşen ispat külfeti de göz önünde tutulduğunda, hekimlerden beklenen aydınlatmanın, her türlü algı ve kültür seviyesinden hastanın zihninde maruz kalacağı müdahale hakkında eksiksiz bir bilgi ve netlik oluşturacak kadar ekstrem seviyelere taşınabildiğini söylemek mümkündür. Ancak böylesine sınırsız ve ucu açık bilgilendirmelerin ya da aydınlatmaların ne derece mümkün, böyle bir yükümlülüğün ne kadar yerine getirilebilir olduğu sorusunu da akla getirmektedir. Biz bu kadar geniş bir aydınlatma yükümlülüğünün rutin olarak yerine getirilebilir olmadığı düşüncesindeyiz. Hekimlerin randevu sistemiyle çalıştığı, geniş zaman dilimleri içinde az sayıda hastaya hizmet sunduğu ve özellikle müdahalelerin planlı bir şekilde gerçekleştirildiği muayenehaneler, dal merkezleri ya da hastanelerde, aydınlatmanın hasta ile uzun sohbetler haline dönüştürülmesi söz konusu olabilir. Bu koşullarda dahi hasta yine de yeterince aydınlatılmadığını ileri sürebilecektir. Ancak gün içinde çok sayıda poliklinik hastası muayene eden, üstüne ameliyat yapan, ayrıca araya giren acil olgulara müdahalede bulunan, dolayısıyla plansız ve programsız bir şekilde karşısına gelen her olguya tıbbi bakım sunmak durumunda bırakılan hekimlerin bunu yerine getiremeyeceklerinde kuşku yoktur.

¹²⁸⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 268, kn: 412. Alman Federal Yüksek Mahkemenin 2011 yılında vermiş olduğu kararda, varis ameliyatı için spinal anestezi uygulanan bir hastada, müdahale sonrası kafa içi hematomlar ortaya çıkmış, açmış olduğu dava tıbbi müdahale hatası olmadığı için reddedilmiş, hasta yeterli aydınlatmanın yapılmadığı iddiasında bulunmuş, öncelikle kafa için hematomların spinal anestezinin tipik komplikasyonu olmadığı belirtilmiş, sonradan spinal anestezinin böyle komplikasyonları olabileceği ortaya konmuş ise de müdahalenin gerçekleştiği 2003 yılı itibarıyla bilinmediği ve hekimin de ancak bildiği riskler hakkında aydınlatma yapma yükümlülüğünde olduğu kabul edildiğinden davanın reddine karar verilmiştir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 269, kn: 412; <https://www.onlineurteile.de/urteil/aerztliche-risikoaufklaerung>.

¹²⁸¹ AŞÇIOĞLU, s: 29; ÖZSUNAY, s: 32.

¹²⁸² Bkz. daha önce yapmış olduğumuz açıklamalarımız ve onlara ait dipnotlar, ayrıca BAYRAKTAR, s: 124, 128; AŞÇIOĞLU, s: 29.

Kanımızca HHY m.4’de sayılan bir nedenle algılama yeteneği kısıtlanmamış olduğu müddetçe, kişinin yani hastanın (ya da mevcut ise yasal temsilcinin), önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olduğu varsayılmalı ve hekim tarafından orta seviyede makul bir insanın anlayacağı düzeyde bir aydınlatmanın yapılmış olması yeterli kabul edilmelidir ¹²⁸³.

Her ne kadar hastaların algı seviyelerinin farklılıklar arz etmesinin onlara yapılacak müdahalelerde gösterilmesi gereken özen bakımından da farklılıklar yaratabileceği yönünde bir çıkarıma ulaşmak haliyle kabul edilemez olsa da, aydınlatma aşamasında hekimden, bazen yıllarca süren eğitimler sonrası ancak kavranabilen bilgileri, algı kapasitesi düşük beyinlerde bile herhangi bir soru işareti kalmayacak şekilde defalarca öğretme ve bilgilendirme çabasına girmesi beklenmemelidir. Kişilerin tıbbi bilgileri anlamada güçlük çekecekleri tahmin edilebilir bir durumdur. Ancak bu durum, günlük yaşamda, hukuk da dahil, profesyonel bilginin kişilere hizmet ve hatta mal olarak sunulduğu pek çok alanda geçerlidir ve hizmetten yararlananlar mutlaka bazı hususları anlamada güçlük çekeceklerdir. Bu noktada hizmet sunanlara güven duyulması kaçınılmazdır. Aksi

¹²⁸³ *Bayraktar’ın*, doğrudan aydınlatmaya yönelik değil, ancak rızanın özgür iradeye dayanması bağlamında kişinin psikolojik durumu ve bilme ve anlama kabiliyetine ilişkin olarak yaptığı ve nihayetinde hastanın aydınlatmayı kavramasıyla da ilişkilendirilebilecek açıklamalarına bakıldığında : “ *Hasta rızasını, zorlayıcı etkilerin altında kalmadan, serbestçe belirtebilmelidir. Bunun için kendisinin baskı altında kalmaması gerekir. Serbestlik ancak hekimin hastanın kararı üzerine baskı yapmaması, girilecek tıbbi müdahale hakkında yeterli açıklamaları yapması, hastanın düzenli bir psikişik duruma sahip olması ile gerçekleşir. Fakat acaba hastalıktan, çektiği acılardan kurtulmak isteyen ve bu amaçla hekime başvuran hastanın iradesinin serbest olduğu iddia edilebilir mi? Fofiers ve Duflo soruya olumsuz cevap vermektedirler. Yazarlara göre ölüm ya da hastalıktan kurtulamama korkusu içinde çırpınan hasta, tekniği, bilgisi ve objektif davranışı içinde bulunan hekim karşısında eşit durumda ve serbest değildir, böylece hastanın serbest rızasından söz etmek yanlıştır. Bizce hastanın rızası gene de serbest bir rızadır. Onun hastalıktan kurtulamama veya ölüm korkusu içinde bulunması sadece iradesini etkileyen sebepler olarak kabul edilebilir. Fakat bu korku ve psikolojik duruma rağmen hasta irade muhtariyetine, bilme ve anlama kabiliyetine sahiptir. Kişideki bilme ve anlama kabiliyeti kanunda belirtilen derecede ortadan kalkmamış ya da zayıflamamışsa, bunun dışındaki sebep ve durumların hukuk yönünden önemi yoktur. Hastanın ölüm korkusu içinde bulunması dolayısıyla irade serbestisinin yokluğu benimsenecek olursa, hayatın çeşitli olaylarının baskısı altında bulunan bireyde de bu serbestinin bulunmadığını savunmak gerekecektir. Oysa kanunda açıkça gösterilmiş olan haller dışında kişinin anlama ve isteme kabiliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Görüşümüzce ölüm korkusunun, ıztırapların ancak bir akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı yaratması halinde artık serbestiden söz edilemeyecek, diğer durumlarda ise irade ve dolayısıyla rıza serbestisi kabul edilecektir.* ” BAYRAKTAR, s: 138. Buna mukabil yazarın doğrudan aydınlatma kriterlerine ilişkin görüşleri ise “ *hasta hekim karşısında somut varlık, aydınlanmayı bekleyen kimse olarak kabul edilmelidir. Bu konuda dikkate alınacak hususlar hastanın kültürel, toplumsal ve psikişik durumu olacaktır. Hastayı muayene eden hekim, onun içinde bulunduğu psikişik durumu, özelliklerini dikkate alarak, onun tarafından anlaşılacak ve tahammül edilecek ölçüde, bilgiler verecektir.*” age, s: 128.

takdirde yaşamın herhangi bir alanında profesyonel bir hizmetten yararlananların o hizmetin sunucularına güven duymamaları ve en basit işlemler, en sıradan yaralanımlar, kullanımlar öncesinde bile karar vermeleri için uzun ve detaylı bilgilendirmeler beklemeleri gibi yaşamı çıkmaza sokan durumlar gündeme gelecektir. Bu noktada tıbbi müdahalelerde doğrudan en temel kişilik haklarının, insan yaşamının ve sağlığının etkilenmesinin söz konusu olduğu ve dolayısıyla bir malın veya hizmetin sunumunun gerçekleştiği diğer tüm ilişkilerden farklılık gösterdiği düşünülebilir ¹²⁸⁴. Ancak diğer pek çok kullanım ve yararlanımlar sırasında ortaya çıkan olumsuzluklarda da insanların yaşam, sağlık, beden bütünlüğü ve ruh bütünlüğü gibi kişilik hakları doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal edilebilmekte, ancak sıklıkla kişilerin bunları kavramalarını sağlayacak bir aydınlatma, özellikle de ortalama bir insanın anlayış kapasitesinin ötesine geçerek bireysel seviyelerine uygun, akıllarında her hangi bir soru işareti kalmayacak şekilde bir aydınlatmaya gidilmesi beklenmemektedir. Hal böyle olunca, tıbbi müdahaleler

¹²⁸⁴ Nitekim *Deutsch* ve *Spickhoff* tıbbi müdahalelere rızanın marketten ekmek almak veya dergiye abone olmak gibi durumlarla paralel değerlendirilemeyeceği örneğini vermektedirler. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 270, kn: 419. Oysa kanımızca, kişiler, edindikleri birçok eşya ve hizmet karşılığında uzun yıllar büyük zaman ve emekler karşılığı hatta bazen sağlıklarının zarar görmesi pahasına kazandıkları birikimlerini gözden çıkarmaktadırlar ve yeterince bilgi sahibi olmamaları nedeniyle beklenmedik belki de beklendik bir şekilde kayba uğradıklarında sıklıkla telafisi mümkün olmamaktadır. Ya da bir eşyanın kullanımı, ki bu bir taşınmaz dahi olabilir veya bir hizmetten yararlanma sırasında yine telafisi mümkün olmayan zararlara, ki bunlar pek çok zaman bir tıbbi müdahalede karşılaşılanlardan çok daha ciddi de olabilmektedir, uğramaları söz konusu olmaktadır. Örneğin, dikkat edilecek hususların ve tehlikelerin kullanım kılavuzunda yer aldığı, ancak kişiye açıklanmamış olduğu pek çok alet veya malzemenin kullanımında elektrik çarpmaları, yanıklar, organ yaralanmaları, duyu kayıpları, zehirlenmeler, boğulmalar ve daha büyük travmalar gündeme gelebilir. Herhangi bir tıbbi uygulamada hatasından çok daha geniş ve ölümcül olabilecek böyle zararlarda, örneğin mekanik, elektrik, ısıya ya da patlayıcı özellik gösterebilen maddelere bağlı oluşabilecek tehlikeler gibi, kullanıcılar için hazırlanmış kullanım kılavuzlarında yazanlar yeterli değildir. Hemen her mahalle marketinde dahi satılan temizlik ürünlerinin özellikle de bir arada kullanıldıkları bazı durumlarda ne kadar ölümcül etkiler ortaya çıkarabildikleri hakkında üretici, tedarikçi ve satıcı tarafından kullanıcıya birebir detaylı aydınlatma yapılmamakta, yalnızca ürün üzerinde anlaşılması güç ve çok küçük yazılar yer almaktadır. Tıbbi müdahalelere benzer şekilde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı, başta avukat- müvekkil ilişkisi olmak üzere pek çok ilişkide kişilerin yaşamalarını derinden etkileyecek riskler, hem hukuki hem cezai sorumluluklar bağlamında gündeme gelebilir ve kişilerin bunlar hakkında hekimlerden beklenen kadar olmasa da, yakın bir düzeyde aydınlatıldığı söylenemez. Elbette diğer meslek mensupları ve hizmet sunucuları içinde aydınlatma ve bilgilendirmeye bireysel olarak önem veren ve üzerine eğilenler mevcut olabilir, ancak o mesleğin tüm mensuplarına veya mal ve hizmetin tüm sunucularına yönelik bir beklenti ve yükümlülük şeklinde gündeme gelmediğini söylemek mümkündür. Tüketiciler ya da hizmetten yararlananlar için hazırlanmış broşürlerin de tıpkı aydınlatılmış onam formlarında olduğu gibi okunmamış, okunsa da anlaşılmamış olması olasılığı yüksektir. Üstelik herhangi bir ürünü ya da hizmeti pazarlayanlar ve satanlarla yararlananlar arasında doğrudan güvene dayalı bir ilişki kurulmamış iken, profesyonel bir hizmet sunucusu olan hekim ile hasta arasında böyle bir ilişkinin varlığı kabul edildiğine göre, algı düzeyi en yetersiz hastaların dahi eksiksiz aydınlatılması ve kararlarını etkileyecek en küçük detayların bile atlanmaması şeklinde bir sorgulama ve güvensizlik düşündüren yaklaşım dahi bir bakıma aradaki güven ilişkisinin sarsılması şeklinde ele alınmaya elverişlidir.

açısından getirilmiş olan, hastanın algı seviyesine uygun bir aydınlatma yükümlülüğü ve bunun ötesinde hastanın anlayıp anlamadığını test etme yükümlülüğü, hastanın doğru yolu seçmesi konusunda da ayrıca ikna edilmesi beklentisi ve yükümlülüğü, tüm bunlar tıbbi müdahale süreçlerini zora sokan, hekimin başarılı bir müdahalede bulunma yönünde sarfedeceği zamandan, gayretten, emekten, konsantrasyondan, motivasyondan çalan bir unsur haline gelmektedir ¹²⁸⁵.

Kanımızca hekimler hastaya, tıbbi terminoloji kullanmaktan özellikle kaçınarak ve tamamıyla tıp mesleği dışında kalan ortalama bir kişi tarafından anlaşılır nitelikte bazı temel bilgileri verdikten sonra, önceki bölümlerde de pek çok kez değinilmiş olduğu üzere, aydınlatmada yer alması gereken hususları içerecek şekilde, somut durum ve müdahaleye ilişkin açıklamalarda buldukları ve kararları üzerinde belirleyici olacak hususları vurgulayarak hastanın kavramasına kolaylık sağladıkları, mevcut sorulara, belirsizlik taşıyan hususları açıklayarak cevap getirdikleri takdirde, bu aydınlatmanın yeterli şekilde yapılmış olduğu kabul edilmelidir, zira insanların dinleme, anlama, muhakeme yapma özellikleri büyük değişkenlik göstermektedir ve bunlar üzerinde eğitim ve kültür seviyeleri, geçmiş yaşam deneyimleri, çevreleri ve pek çok iletişim kanallarından edindikleri çoğu zaman bilimsellikten de oldukça uzak bilgiler etkili olmaktadır. Bu durumda hekimden bu kadar bireysel detayı göz önünde tutarak aydınlatma yapmasını, kulaktan dolma yanlış bilgileri çürütmesini ve ilaveten hastanın tümüyle aydınlanmış olduğu hususunda ikna olana kadar aydınlatmaya devam etmesini beklemek bize göre yerinde değildir ve diğer hastaların sağlık hizmetinden yararlanma hakkını da tehlikeye düşürmektedir.

Bununla birlikte, aydınlatılmış rızanın tıp hukuku öğretisi ve uygulamasında giderek kazandığı önem göz önünde tutulduğunda, hekimden bu yöndeki beklentilerin artacağı da öngörülebilir. Aydınlatılmış rızanın ucu açık bir uygulama haline dönüşmesi, defansif tıbbi yönelik davranışlarla birlikte ele alındığında, gitgide tıbbi müdahalenin kendisinden de daha fazla önem taşıyan bir husus haline gelmesini, tıbbi müdahalenin niteliği ve faydasının geri plana atılması gibi sakıncalı bir durumu sonuçlayabilir. Nitekim günümüzde onlarca sayfa uzunluğundaki

¹²⁸⁵ Bkz. önceki dipnottaki açıklamalarımız.

aydınlatılmış rıza formları da bu görüşümüzü destekler niteliktedir ¹²⁸⁶. Ancak hasta “ben yeterince aydınlatılmamışım ve bu nedenle de verdiğim rıza sakatlanmıştır” dediği takdirde ¹²⁸⁷, matbu rıza formlarının hastanın aydınlatılmış olduğu yönünde, yukarıda da değinilmiş olduğu gibi, tam bir ispat oluşturamayacağı da tahmin edilebilir. O zaman hekimin kendini sorumluluktan koruma yönünde gösterebileceği en haklı davranış, yeterince aydınlandığına ikna olmadığı veya gelecekte kendisine bu yönde bir itham ile geleceğinden şüphe ettiği hastaya müdahalede bulunmamak olacaktır ve hekimlerin de bu eğilime girmeye başladıkları görülmektedir. Acil durumlarda hastanın ya da müdahalenin reddedilmesi söz konusu olamayacaksa da, zaten acil durumlar aydınlatma yükümlülüğünün yetersiz kalmasının tolere edilebildiği hatta kimi zaman, önceden de belirtilmiş olduğu üzere, aydınlatmanın yerine getirilemeyebileceğinin dahi kabul edildiği ayrık halleri oluşturduklarından, bu bağlamda eksik ve yetersiz aydınlatma tartışmalarının en azından göreceli seyrek olarak gündeme gelebileceği söylenebilir.

Kimi zaman hastanın, tıbbi durumu hakkında yeterince bilgi sahibi yapılmış, aydınlatılmış olmasına rağmen, ne planlanan müdahalelere rıza göstererek hekimle iş birliği yaptığı, ne de tedaviyi reddettiği ve bunun yanı sıra ortaya çıkacak olumsuzlukların sorumluluğunu aldığı yönünde yazılı bir kabul ve imzadan kaçındığı, yani ispat edilebilir şekilde kendi sorumluluğunu almadığı durumlar da söz konusu olmaktadır. Bilinci açık hastanın iradesine ve kendi geleceğini belirleme hakkına mutlak öncelik tanımak zorunda olduğu için tıbben gereken müdahalede bulunamayan, bununla birlikte hastanın tedaviyi reddini de ispatı sağlayacak şekilde belgelendiremeyen hekimin, bize göre göstereceği en yerinde davranış, bakımına ihtiyacı olan başka hastalara sunulacak sağlık hizmetinden çalacağı belirsiz bir süreyi bu hastayı eğitmek ve doğru yolu göstermek için harcamak yerine, durumun yol açacağı olumsuzlukları bir kez daha vurguladıktan ve tanıklar huzurunda yazılı bir tutanak ile tespit ettikten sonra, hastayı izlemekten, ona bakım sunmaktan vazgeçmek olmalıdır, zira bunun da hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ve

¹²⁸⁶ Hazır matbu form şeklindeki aydınlatılmış onam belgelerine çekinceli yaklaşan görüşlerden söz edilmiş idi.

¹²⁸⁷ *Memmer*'in dile getirdiği gibi bu durum hekimleri en tedirgin eden hususlardan birini oluşturmaktadır. *Medicus* da bunun hekim ve hukukçular arasında en tartışmalı konulardan birini oluşturduğunu ve hatta kimi zaman aydınlatma yükümlülüğünün fazlasıyla egzajere edildiğini de dile getirilmektedir. *MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155.*

tercihlerinin bir tür sonucu olduğunu söylemek bakımından bir engel bulunmamaktadır.

III. KANUNDAN KAYNAKLANAN SINIRLAMALAR

Esasen çalışmamızın üçüncü bölümünde *Hekimin Tıbbi Müdahalesine Sınırlama Getiren ve Müdahaleden Kaçınmasına Yol Açan Durumlar* başlığı altında yer alan hususların neredeyse hepsinin yasal düzenlemelerin kapsamında olduğunu, bir bakıma bu sınırlamaların tümünün kanundan kaynaklandığını söylemek mümkündür. Zaten tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmeleri için kanunla öngörülmuş bir amaca yönelmiş ve müdahalenin koşullarını belirlemiş olan yasal düzenlemelere uygun olmaları gerektiğinden önceki bölümlerde de söz edilmiş idi.

Geçerli rızası olmaksızın hastaya müdahalede bulunulamayacağı, tıbbi müdahalelerin hekimler ve kanunun tanımlamış olduğu sağlık meslek mensupları tarafından gerçekleştirileceği, tıbbi müdahalelerin koruma, tanı, tedavi gibi bir endikasyonla, tıp bilimi ve mesleğinin kurallarına uygun olarak gerçekleştirileceği şeklindeki tüm koşullar esasen çeşitli düzeydeki yasal düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kanundan kaynaklanan sınırlamalar şeklinde bir alt başlık oluşturulmuş olması ilk anda anlamsız ve gereksiz gözükebilir. Fakat yasal düzenlemelerin çizmiş olduğu genel çerçevenin ötesinde kanun koyucunun bazı özel hallere yönelik ilave bir çerçeve daha çizmeyi, daha spesifik düzenlemeler yapmayı, hastanın yaşı, müdahalenin gerçekleştirilebileceği süre, gerçekleştirecek kişi, gerçekleştirileceği yer ve diğer bazı koşullara ilişkin açık izin ya da yasaklamalar koymuş olduğu görülmektedir.

Esasen, sınırlamanın yasal düzenleme tarafından getirilmiş olduğu böyle durumlarda, bunu *hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüne ilişkin bir sınırlama* olmaktan ziyade, kanunun öngördüğü koşullar gerçekleşmedikçe müdahalede bulunmaktan kaçınma yükümlülüğü olarak ele almak daha yerinde olacaktır. Zira kanunun izin vermediği bir müdahalenin gerçekleştirilmesi yönünde bir yükümlülükten de söz edilemeyecektir. Hekimin hastaya el atmadan önce diğer pek çok genel unsurun yanı sıra bu sınırlayıcı düzenlemeleri de göz önünde tutması ve koşullar sağlanmış olmadan da müdahalede bulunmaktan kaçınması gerekmektedir.

A. Organ Nakline İlişkin Sınırlamalar

Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'a bakıldığında, 5. maddede, on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasının yasaklanmış olduğu görülmektedir. Kanun, vericinin reşit olmasını yeterli görmemiş ve 18 yaşın tamamlanmasını aramıştır. Mümeyyiz olmayan kişilerden de organ alınması yasaklanmıştır¹²⁸⁸. Bu husus HHY m. 29'da da tekrarlanmaktadır¹²⁸⁹.

Tıbbi müdahaleler için rıza kural olarak şekil şartına bağlı tutulmamış, ancak cerrahi müdahaleler için yazılı rıza aranıyor olmakla beraber, Organ Nakli Kanunu'nda ameliyat öncesi verilecek rıza açısından şekil şartlarının söz konusu olduğu, m.6 düzenlemesine bakıldığında onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanmasının zorunlu tutulduğu görülmektedir. Fakat çalışmamızın önceki bölümlerinde de açıklanmış olduğu gibi, TMK m. 23/3'ün "*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, saklanması ve nakli mümkündür*" ve Tababet Kanunu m.70'in "*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.*" hükümleri dikkate alındığında, yalnızca vericinin en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın hekim tarafından onaylanmasının

¹²⁸⁸ Ayrıca bkz. AKÜNAL, s: 20, 21; aynı yönde OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 120.

¹²⁸⁹ Her ne kadar aşağıdaki örnekler Amerikan hukukundan olsa da, mümeyyiz olmayanlardan organ alınmasına ilişkin farklı yönde kararların var olabileceğini ortaya koymaktadır. Şöyle ki: Ailesinin 17 yaşındaki Down sendromlu (mongol) çocuğun böbreğinin 32 yaşındaki ablasına verilmesi yönündeki istekleri, ablanın diyalize girme imkanı olduğu için, geçerli kabul edilmemiştir. In re Richardson 284 So.2 d 185 (Court of Appeals Louisiana 1973), <https://www.courtlistener.com/opinion/1828974/in-re-richardson/>, Erişim T: 05.05.2018; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 824, kn: 1242. Buna karşılık ancak altı yaşındaki bir çocuğun zeka seviyesine sahip zihinsel özürli kişinin bir böbreğinin erkek kardeşine nakline mahkeme izin vermiştir. Kardeşlerin ikisinin de yaşları 25 – 30 arasında olup, zira böbrek yetmezliği olan kardeş diyalizden yararlanamamaktadır, doku grubu uygun olan başka verici bulunamamıştır, hasta kardeşine psikolojik ve duygusal açıdan çok bağlıdır ve onun daha önce ölümü halinde geriye kalan zihinsel özürli kardeşin yaşamı çok zor olacaktır, kardeşinin kaybı tek böbreğinin kaybindan çok daha olumsuz etkiler yaratacaktır Strunk v. Strunk 445 S W. 2d 145 (Court of Appeals Kentucky 1969), <https://law.justia.com/cases/kentucky/court-of-appeals/1969/445-s-w-2d-145-1.html>, Erişim T: 12.05.2018; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 824, kn: 1242.

yeterli olamayacağı¹²⁹⁰, her iki hükmün de sadece verici değil, aynı zamanda alıcı tarafından da yazılı rızayı gerektirdiği görülmektedir.

Bu müdahaleler öncesinde hekime Organ Nakli Kanunu m.7 uyarınca belli hususları kapsamaması gereken aydınlatmanın yanı sıra araştırma bağlamında da özel bazı yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre hekim m. 7/c uyarınca akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmelidir. Ki bu da mümeyyiz olmayan kişinin organ vericisi olamayacağı yönündeki m. 5 düzenlemesini tamamlar nitelikte olup, akıl hastalığı ve zayıflığı olan kişilerin, verici açısından çok önemli sonuçları olan böyle bir müdahaleye bilinçsizce rıza göstererek zarar görmelerine engel olmak amacıyla, hekime, böyle bir yükümlülük getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Benzer durum m. 7/e'de de yer alıp, hekimin bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmesi gerekmektedir¹²⁹¹.

Kanununun 8. maddesi vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınmasını yasaklamaktadır. Örneğin kişinin kalbinin ya da tümüyle karaciğerinin alınması yaşamını mutlak surette sona erdirecek iken, iki böbreğinin alınması ya da tek böbrekli birinin kalan böbreğinin alınması onun mutlak ölümüne sebep olmayacaksa da bu kez kendisini diyalize bağımlı ve nakil bekleyen bir böbrek yetmezliği hastasına dönüştürecektir.

Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop da, Organ Nakli Kanunu'nun, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ ve dokuların alınamayacağını, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınamayacağını, yaşayan kişiden organ ve doku alınabilmesi için 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması gerektiğini, vericinin göstereceği rızanın geçerliliği için öngörülen şekil şartları ve organ ve doku alacak hekimlerin ayrıntılı biçimde bilgi verme ve araştırma yükümlülüğünü öngören düzenlemelerine dikkat çekmektedirler¹²⁹².

¹²⁹⁰ DURAL / ÖĞÜZ, s: 116, kn: 574, 575, 576.

¹²⁹¹ AKÜNAL, s: 21.

¹²⁹² TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 662, dn. 13.

Kanunun 12. maddesi ölüden organ ve doku alınmasına ilişkin bir düzenleme olup, buna göre, alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır. Kanımızca, kanun koyucunun hekimlerin ölüm kararı verirken objektif davranıp davranamayacakları hususunda duyduğu endişeler nedeniyle böyle bir düzenlemeye gerek görmüş olması olasıdır. Nitekim *Akünel*'in da aynı görüşte olduğu görülmektedir ¹²⁹³.

Organ Nakli Kanunu m. 14/3'te de, sağlığında, kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmiş olan kişiden, ölümünden sonra organ ve doku alınamayacağı yönünde yasaklayıcı bir düzenleme bulunmaktadır. Hekim bu durumda ölünün yakınları rıza gösterse dahi organ almaya yönelik müdahalelerde bulunamayacaktır. Kişi daha önce açıklamış olduğu rızasını, organlarını bağışlama yolundaki irade açıklamasını geri almış olduğu takdirde, yine bu husus cesedine hiçbir şekilde dokunulmasını istemediği yönünde değerlendirilebilecekse, yakınları rıza gösterse dahi organ veya doku alınması mümkün olmamaktadır ¹²⁹⁴.

Organ Nakli Kanunu'ndaki yasaklara uyulmaması halinde, koşulları yerine geldiğinde TCK m.91'de düzenlenmiş olan organ ve doku ticareti suçu ¹²⁹⁵ söz

¹²⁹³ *Akünel* da ölüm halinin tespitinin hiç bir hiçbir şüpheye yer vermeyecek biçimde ve tarafsız kişilerce yapılması gereğine dikkat çekmektedir. Vericinin yaşatılmasına ilişkin çabalar, özellikle solunum ve kalp atışlarının uzun süre yapay olarak sürdürülmesi, aktarılacak organların elverişliliğini olumsuz yönde etkilemektedir. Organ naklini gerçekleştirecek hekimlerin, aynı zamanda vericinin ölüm halinin tespitine de katılmaları bu nedenle sakıncalı olabilecek, zira organ naklini yapacak hekimlerin teknik ve mesleki hırsları bu tespiti etkileyebilecektir. Yazar, kanun koyucunun, bu görüş ve endişelerin etkisi ile, 2238 sayılı kanunda, alıcının müdavi hekimi ile oran ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almalarını yasakladığını belirtmektedir. AKÜNAL, s: 24.

¹²⁹⁴ DURAL / ÖĞÜZ, s: 119, kn: 594. Bu konuda ilave açıklamalar için bkz. AKÜNAL, s: 24, 25.

¹²⁹⁵ TCK m.91: "*Organ veya doku ticareti: (1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır*";

konusu olabileceği gibi, Organ Nakli Kanunu 15. maddesinde özel cezai düzenlemelerin de yer aldığı görülmektedir. Ayrıca, her ne kadar üremeye yardımcı uygulamalar başlığı altında ele alınmaya daha elverişli olsa da, Organ Nakli Kanunu'nda yapıldığı için bu bölümde değinmeyi tercih ettiğimiz, 15.11.2018 tarih ve 7151 sayılı Kanunun 15.maddesi ile Organ Nakli Kanunu'nun anılan 15. maddesinde yapılan değişiklik sonucu ¹²⁹⁶ kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağışlanması, aşılması, bulundurulması, kullanılması ve saklanması yasaklanmış ve cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Aynı kanunla Organ Nakli Kanunu'na eklenen Ek 1. madde ¹²⁹⁷ ise yine esasen üremeye yardımcı tedavilere ilişkin olup, böylece üremeye yardımcı tedaviler de artık kısmen kanun seviyesinde bir düzenlemeye kavuşmuştur. Üremeye yardımcı tedavilerin tıbbi gereklilik durumunda ancak evli çiftlere ve kendi üreme hücreleri kullanılarak yapılmasına izin verilmiş, her türlü üreme hücresi ve embriyo donasyonu ve taşıyıcılık annelik yasaklanmıştır.

Ayrıca bkz. SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s: 188 vd; SOYASLAN, Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, s: 130, 131; AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli, s: 251 vd; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s: 252 vd.

¹²⁹⁶ Organ Nakli Kanunu m.15 : (Başlığı İle Birlikte Değişik:15/11/2018-7151/15 md.): “Hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşıl原因an, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi hükümleri uygulanır. Bu Kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağışlayan, aşıl原因an, bulunduran, kullanan, saklayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya komisyonculuğunu yapanlar veya bu fiilleri özendiren, bunlara yönlendiren veya bunlara yönelik ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden iki bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Bu Kanunun ek 1 inci maddesine aykırı fiili tespit edilen kişilerin sertifika ve izin belgeleri iptal edilir ve ilgili alanda çalışmalarına izin verilmez. Bakanlıktan izin alınmaksızın organ nakli ve üremeye yardımcı tedavi merkezi açılması yasaktır. Bu yasağa uymayanlar hakkında 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 11 inci maddesi hükümleri uygulanır. Bu Kanuna ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara aykırı şekilde faaliyet gösteren sağlık kurum ve kuruluşları hakkında fiilin niteliği ve tekerrür durumuna göre Bakanlıkça faaliyet durdurma veya faaliyet izni iptali müeyyidesi uygulanır.”

¹²⁹⁷ Organ Nakli Kanunu Ek m.1: “Doğal yollarla çocuk sahibi olunamadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hallerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hale getirilmek ve vücut içinde veya dışında döllenmesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyo anne adayına uygulanabilir. Bu yöntem sadece evli olan eşler arasında gerçekleştirilir. Bu tedavi uygulamaları, Bakanlıkça belirlenen tıbbi esaslar çerçevesinde yalnızca Bakanlıkça yetkilendirilmiş hekimler tarafından ve Bakanlıkça ruhsatlandırılan üremeye yardımcı tedavi uygulama merkezlerinde gerçekleştirilebilir. Üremeye yardımcı tedavi uygulama merkezlerinin açılması, çalışması ve denetlenmesi usul ve esasları Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle düzenlenir. Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır. Başkasına ait üreme hücresi ve/veya embriyonun kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaçla üreme hücresi ve/veya embriyo bağışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalatı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesi yasaktır.”

Yine 5171 sayılı kanunla Organ Nakli Kanunu'na eklenen Ek 2. madde ile de ¹²⁹⁸ daha önce Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde yer alan bazı düzenlemelerin kanun seviyesine taşındığı görülmektedir. Bunlar içinde canlılar arası naklin yapılacağı kişiler ¹²⁹⁹ ve Etik Komisyon'a ilişkin bazı belirlemelerin yer aldığı görülmektedir.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği 14. maddede, kadavra vericiden naklin ancak Türkiye Organ ve Doku Bilgi Sistemi (TODS)'a kayıtlı hastalara yapılabileceği ve kadavranın tüm organlarının bu sistem üzerinden dağıtılacağı, TODS'da kaydı olmayan hastalara, kadavradan organ dağıtımı ve nakli ile canlıdan organ nakli yapılamayacağı, Bakanlığın gerekli gördüğü hallerde, kadavra ve canlıdan elde edilen dokuların dağıtımının da TODS üzerinden yapılacağı, 16. maddede canlıdan organ naklinin, alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabileceği, akraba dışı canlıdan organ naklinin, naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonca maddede açıklanmış olan prosedüre uygun olarak onaylanması sonrası yapılabileceği öngörülmüştür. Etik komisyona başvurabilmek için de yine anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan belgelerin tamamlanmış olması gerekmektedir ¹³⁰⁰. Bu düzenlemelerde organ ticaretini ve ilişkili diğer yasadışı uygulamaları önleme kaygısının yer aldığı görülmektedir. Az önce de belirtilmiş olduğu gibi çok yakın tarihte Organ Nakli Kanunu'nda bu hususlara ilişkin değişiklikler olmuştur. Eşlerin verici olabilmesi için, evlilikten

¹²⁹⁸ Ek Madde 2- (Ek:15/11/2018-7151/16 md.): *“Canlıdan organ nakli; alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir. Organ nakli gereken hastalığın evlilikten sonra teşhis edildiği durumlarda eşlerin en az iki yıllık evli olması şartı aranmaz. Birinci fıkrada yer alan hususların dışında kalan canlıdan organ nakillerinin etik açıdan değerlendirmesi, organ nakli başvurusunun yapıldığı ilde oluşturulan Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonları tarafından yapılır. Organ nakli hizmeti sunan hastanelerin bulunduğu her ilde Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu kurulur. Komisyon başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren en geç 15 gün içinde, acil durumlarda ise derhâl toplanır ve oyçokluğu ile karar alır.....”*

¹²⁹⁹ Buna göre, canlıdan organ nakli alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilecek, organ nakli gereken hastalığın evlilikten sonra teşhis edildiği durumlarda eşlerin en az iki yıllık evli olması şartı aranmayacaktır.

¹³⁰⁰ Alıcı ve vericinin TC kimlik numarası, vericinin mümeyyiz olduğuna dair rapor, vericiden alınmış, en az iki tanıklı hekim onaylı muvafakat belgesi, verici ve alıcının hekim onaylı bilgilendirme formu, verici ve alıcının nâkile uygunluğunu bildiren sağlık raporu, alıcı ile vericinin yakınlığının nereden kaynaklandığını gösteren dilekçe ve mevcut ise ilgili belgeleri, alıcının ve vericinin gelir düzeyini gösteren beyanı, vericinin borcunun olup olmadığına dair beyanı, alıcının ve vericinin adres beyanı, komisyonun gerekli görmesi halinde ilgili diğer belgeler.

sonra tanısı konulan hastalıklar bakımından, iki yıllık evli olma koşulu dikkate alınmayacaktır.

Organ Nakli Merkezleri Yönergesi 8. maddede nakli yapılabilecek organlar olarak kalp, karaciğer, akciğer, kalp-akciğer, böbrek ve pankreas nakilleri düzenlenmiş, tek başına kalp veya birlikte kalp-akciğer nakli yapılabileceği, ancak akciğer naklinin tek başına yapılamayacağı öngörülmüştür. Yönergede naklin yapılacağı merkezde bulunması gereken hekim ve diğer sağlık personeli ve donanımına ilişkin saptamaların da yer aldığı görülmektedir ¹³⁰¹.

Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesinde de yine organ nakline ilişkin bazı önemli sınırlamaların yer aldığı görülmektedir. Yönergenin 10. maddesinde Kompozit Doku Nakli Merkezlerinde yapılabilecek nakiller olarak ekstremite nakli, yüz ve saçlı deri nakli, üst solunum - üst sindirim yolları nakli ve barsak nakline izin verildiği ve bu nakillerin her biri için izin verilen endikasyonların Sağlık Bakanlığınca hazırlanan ve resmi internet sitesinde yayınlanan endikasyon listesinde belirtileceği yer almaktadır. Yönergede nakil merkezlerinde çalışacak hekim ve diğer personele ve fiziki koşullara yönelik olarak da kesin saptamaların yer aldığı görülmektedir ¹³⁰². Endikasyonlar, Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel

¹³⁰¹ Örneğin Yönergenin 15. maddesinde kalp ve kalp-akciğer nakillerinin yapılacağı merkezde iki cerrah, iki kardiyolog, klinik psikolog veya psikiyatri uzmanı, anestezi ve reanimasyon uzmanından oluşan konseyin kurulması, 16.maddesinde sorumlu uzman açısından Ek-1'de yer alan kriterlere göre belli bir puanın tamamlanmış olması, naklin yapılacağı merkezde biri sorumlu uzman olmak üzere üç kardiyovasküler cerrahi uzmanının, kardiyovasküler cerrahi konusunda deneyimli anestezi ve reanimasyon uzmanının, segmentektomi, lobektomi, pnömotektomi olarak yılda en az otuz akciğer rezeksiyonu yapmış göğüs cerrahisi uzmanının, mikrobiyoloji, biyokimya, radyoloji, göğüs hastalıkları uzmanlarının, çocuğa nakil yapılacaksa çocuk kardiyoloji uzmanının, solid organ nakli konusunda deneyimli patoloji uzmanının ve diğer ilgili sağlık personelinin bulunması öngörülmüştür. İlerleyen maddelerde akciğer nakli, karaciğer nakli, böbrek nakli, pankreas nakline ilişkin düzenlemeler de benzer şekilde ayrıntılı olarak yer almaktadır. Bkz. Organ Nakli Merkezleri Yönergesi ve ekleri.

¹³⁰² Örneğin Yönergenin 14.maddesinde, ekstremite nakli yapılan merkezlerde sorumlu uzmanın plastik ve rekonstruktif cerrahi veya ortopedi ve travmatoloji alanlarının birinde uzmanlığını almış, uzman olduktan sonra yurt içi veya yurt dışında mikrocerrahi alanında en az iki yıl deneyimli ve en az 50 replantasyon veya serbest doku nakli ameliyatında aktif görev almış, bunlardan en az 25 vakayı kendisinin yapmış olduğunu ilgili kurumdan belgeleyen bir hekim olması, sorumlu uzman yardımcısının ise en az bir yıl mikrocerrahi deneyimi olan ve 25 replantasyon veya serbest doku naklinde görev almış, en az 10' unu kendisinin yapmış olduğunu ilgili kurumdan belgeleyen bir hekim olması, ayrıca merkezin bulunduğu hastanede nakil konusunda deneyimli nefroloji uzmanı, nakil konusunda deneyimli enfeksiyon hastalıkları uzmanı, radyoloji uzmanı, nakil konusunda deneyimli patoloji uzmanı, mikrobiyoloji uzmanı, nakil konusunda deneyimli anestezi ve reanimasyon uzmanı, EMG konusunda deneyimli nöroloji uzmanı, ekstremite rehabilitasyonu konusunda deneyimli fizik tedavi ve rehabilitasyon uzmanı ve fizyoterapist, psikiyatri uzmanı ve nakil konusunda deneyimli immünolog bulunması öngörülmüştür. İlerleyen maddelerde, örneğin m.16, 18, 20, diğer kompozit doku nakilleri için de benzeri düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir.

Müdürlüğünce yayınlanmış rehber niteliğinde bir listede toplanmıştır ve endikasyonların yanı sıra kontrendikasyonlar ve donör dahil etme ve dışlama kriterleri de bu rehberde detaylı şekilde ele alınmıştır. Dolayısıyla hekimler, alıcı açısından endikasyon ve kontrendikasyonları sadece kendi mesleki bilgi ve deneyimlerine göre değil, belirlenmiş olan bu kriterlere bağlı kalarak tayin etme durumundadırlar. Ayrıca organ ve doku alacakları kadavra donöre ait pek çok kriteri de göz önünde tutmaları gerekmektedir¹³⁰³.

Alman hukukunda da organ nakillerine yönelik benzer bazı sınırlamalar olduğu, Transplantasyon Kanunu'na göre organ vericisinin 18 yaşını tamamlamış ve rıza gösterme ehliyetini haiz olması, kanunun öngördüğü şekilde aydınlatılmış ve rıza göstermiş olması, tıbben verici olmaya uygun ve operasyon riskinin ötesinde bir risk taşımaması ve organın alınması nedeniyle sağlığının ciddi şekilde etkilenmemesi, alıcı bakımından da organ veya dokuların naklinin hayatta kalmasını sağlayacak, ağır bir hastalığını iyileştirecek, kötüleşmesini önleyecek, acılarını hafifletecek olması ve canlı vericiden organ alınması aşamasında, alıcı için ölmüş bir vericiden organ temin edilmesinin mümkün olmaması, böbrek, karaciğerin bir bölümü ya da regenere olamayan diğer bir organın ancak birinci ve ikinci derece akrabalar, eşler, yaşam partnerleri, nişanlı ve arada özel yakınlık bulunan kişiler arasında nakledilebileceği, hastanın daha önce takibine katılmış olan doktorların organ naklini gerçekleştiren ekipte yer alamayacağı, ölümlerden organların ancak kişinin daha önce rıza göstermiş olması halinde alınacağı, kişinin karşı çıktığı biliniyorsa organ alınamayacağı, kişinin ölmeden önceki rızası ya da karşı çıkmış olduğu hakkında bir bilgi yoksa yakınlarından öğrenileceği, ölenin yakınlarının da bilgisi yoksa, yakınların izni ile organların alınabileceği vb. düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir¹³⁰⁴.

Organ ve doku nakillerinin verici açısından herhangi bir yararının olmamasının yanı sıra organın alınması sırasında maruz kalacağı riskler, nakil ameliyatlarının majör cerrahi müdahaleler olması, alıcı açısından mutlak yararlarıyla

¹³⁰³ Bkz. Kompozit Doku Nakli Endikasyon Listesi, (Tc. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Sayı: B.10.0.THG.0.14.00.05- 200) Ayrıca donör içerme ve dışlama listesi de düzenlenmiştir.

¹³⁰⁴ Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz - TPG) in der Fassung der Bekanntmachung von 4. September 2007 (BGBl 1S 2206).

beraber pek çok riski ve bu arada başarısızlık yani nakledilen organın işlev görmemesi veya kaybının yanı sıra ölüm olasılığının göreceli yüksek olması, ayrıca kötüye kullanıma çok açık müdahaleler olmaları nedeniyle, yasal düzenlemelerin bu müdahalelere ilişkin çok sayıda sınırlama getirmiş olduğu görülmektedir. Bu düzenlemeler süreçte yer alan tüm gerçek ve tüzel kişilerle birlikte müdahaleyi gerçekleştirecek ekipteki hekimleri de haliyle sınırlamakta ve bu çerçevede hareket etmeleri zorunlu olmaktadır.

B. Gebelik Sonlandırmasına İlişkin Sınırlamalar

Nüfus Planlama Kanunu 2. maddesi ile, gebeliğin sona erdirilmesinin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı ve kanunun öngördüğü haller dışında gebeliğin sona erdirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Kanununun 5. maddesi, *“gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliyesi yapılabileceğini, on haftadan fazla gebeliklerin ise, ancak annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde, doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile”* sonlandırılabilceğini, ayrıca acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu, gebeliği sonlandırmaya yönelik müdahalenin yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken koşullar gibi hususların çıkarılacak tüzükte düzenleneceğini öngörmüştür.

Anılan tüzük Rahim Tahliyesi Tüzüğü olup, müdahale sonrası yapılacak bildirimler, müdahale için gerekli izin belgeleri, gözetim ve denetim gibi hususların yanı sıra rahim tahliyesinde acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğunun, bu müdahalenin yapılacağı yerler ve haiz olması gereken koşulların belirlenmesinin de tüzüğün amaçları içinde olduğu birinci maddesinde ortaya konmuştur. Tüzüğün 3. maddesinde *“gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarıncı”* sonlandırılabilceğini, ayrıca *“bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerin de kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle* ¹³⁰⁵

¹³⁰⁵ Rahim Tahliyesi Tüzüğü m. 2/d uyarınca, menstrüel regülasyon (MR) deyimi, vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade etmektedir.

rahim tahliyesi” yapabileceği, m.4’te “*on haftayı geçmeyen gebeliklerin kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca mesleklerini uyguladıkları yerlerde, pratisyen hekimlerce menstrüel regülasyon yöntemiyle ancak resmi tedavi kurumlarında*” sonlandırılabilceği, anestezi altında yapılacak sonlandırmaların ise, anestezi uygulanabilen resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılacağı ve söz konusu müdahalenin gerçekleştirileceği resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının muayenehanelerinde, Tüzük’e ekli (1) sayılı listede yer alan araç ve gerecin bulunmasının zorunlu olduğu öngörülmüştür.

Tüzüğün 5.maddesine bakıldığında, süresi on haftayı aşmış olan gebeliklerin olağan durumlarda sonlandırılmayacağı, ancak, Tüzük’e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından sonlandırma işleminin yapılabileceği, ayrıca bu durumun “*kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla sonlandırma nedeni hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanmasının*” da zorunlu olduğu, yapılan müdahalenin ilgili makamlara bildirilmesi gerektiği de hüküm altına alınmıştır. 10 haftayı geçen gebeliklerin ancak resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde sonlandırılmasına izin veren m.6, ayrıca bulunması zorunlu olan araç, gereç ve personeli de ek (3) sayılı listede düzenlemiştir. Tüzüğün 7, 8 ve 9. maddeleri ise acil durumlarda yapılacak gebelik sonlandırmalarına ilişkin olup ek 2 sayılı listeye benzer şekilde burada da bazı tıbbi endikasyonların 8. maddede açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir ¹³⁰⁶. Acil hallerde yapılan sonlandırma müdahaleleri için de ihbar yükümlülüğü getirilmiş, fakat bu müdahalelerin resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerin yanı sıra gebenin buralara taşınması imkanı olmadığı takdirde, muayenehane, ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılmasına izin verilmiştir. TDN m.22 ¹³⁰⁷ ise, gebelik sonlandırması öncesi iki uzman hekim tarafından düzenlenecek raporu aramaktadır.

¹³⁰⁶ Rahim Tahliyesi Tüzüğü m.8: “*Rahim tahliyesini gerektiren acil haller şunlardır: a) Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, b) Servikal internal osun açık olduğu haller, c) Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi.*”

¹³⁰⁷ TDN m.22: “*Ananın hayatını kurtarmak için yegane çare teşkil ettiği takdirde, avortman yapılması caizdir. Ciddi bir tehlikede bulunan ananın hayatı, cerrahi müdahaleyi veya gebeliğe son verebilecek bir tedaviyi zorunlu kılıyorsa, hastalığın taalluk ettiği tıp şubesinde mütehassis iki tabibin ve bu iki mütehassis temin edilemediği takdirde iki tabibin objektif ve kesin delillere dayanan raporları temin edilmedikçe bu müdahale veya tedavi yapılamaz.*”

Gebeliğin sonlandırmasına yönelik öncelikli sınırlamanın süreye ilişkin olduğu ve 10 haftayı aşmış gebeliklerin isteğe bağlı olarak sonlandırılmayacağı anlaşılmaktadır. 10 haftanın üzerindeki gebeliklerin sonlandırılmasına izin verilen tıbbi endikasyonlar ve yine gebeliğin acilen sonlandırılabilceği durumlar da Rahim Tahliyesi Tüzüğü ile açıkça düzenlenmiştir. Tüm tıbbi müdahalelerin de kural olarak bir endikasyona dayanmaları gerekmele beraber, bunlardan farklı olarak gebeliğin sonlandırılmasına yönelik endikasyonların sayılmış olması, gebeliğin bir hastalık değil fizyolojik bir durum olması ve kişileri bu müdahaleye sevk eden nedenin sıklıkla tıbbi gerekliliklerden ziyade istenmeyen bir çocuğun doğumunu engelleme isteği olması nedeniyle, geniş ve esnek konulmuş tıbbi endikasyonlarla keyfi sonlandırmaların önüne geçilmesi düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Dünya üzerinde bu husustaki uygulamalar pek çok değişkenlik göstermekle beraber, genel olarak belli bir süre sınırlamasının getirilmiş olduğu ve bunun yanı sıra, listeler halinde sınırlı sayıda sayılmamış olsa dahi, tıbbi endikasyonların yanı sıra sosyal ve psikolojik endikasyonların varlığının arandığı görülmektedir ¹³⁰⁸.

Hukumumuzdaki düzenlemeler gebelik sonlandırma işleminin, bu konuda eğitim almış pratisyen hekimlere tanınmış olan çok sınırlı yetki haricinde, acil durumlarda dahi yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca gerçekleştirilebileceğini öngörmüştür. Gebeliği sonlandırma eylemi TCK'da da özel olarak ele alınmış, m.99'da çocuk düşürtme suçu olarak düzenlenmiştir ¹³⁰⁹.

¹³⁰⁸ An Overview of Abortion Laws, Guttmacher Institute, Fifty Years, <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/overview-abortion-laws>, Erişim T: 02.04.2018; Abortion Laws A Survey Of Current World Legislation, World Health Organization Geneva, 1971, http://Apps.Who.int/Iris/Bitstream/Handle/10665/41924/A53898_Eng.Pdf;jsessionid=3065332bec1bf24c6e95e75ee00186e9?Sequence=1; Erişim T: 24.11.2017; Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, Erişim T:22.01.2014; DETTMAYER, s: 160; GÜNEY TUNALI, s: 36, 39, 42.

¹³⁰⁹ Gebelik süresi ve müdahaleyi gerçekleştiren hekimin uzmanlık alanının suçun unsurları bağlamında da önem taşıdığı görülmektedir. Anılan maddeye göre rızası olmaksızın bir kadının çocuğunun düşürtülmesi, rıza olmaksızın beden bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen diğer müdahalelerde olduğu gibi cezalandırılmıştır. Tıbbi endikasyonların ve 10 haftalık sürenin ise ikinci fıkrada yer aldığı, buna göre, rızaya dayansa bile, tıbbi zorunluluk bulunmadığı takdirde, on haftadan büyük gebeliğin sonlandırılmasının suç teşkil ettiği görülmektedir. 5. fıkrada ise 10 haftadan küçük olsa dahi gebeliğin yetkili olmayan bir kişi tarafından sonlandırılması da suç olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla müdahaleyi gerçekleştiren kişi hekim olsa dahi, gördükleri kurs sonrası pratisyen hekimlere tanınmış olan sınırlı yetki dışında, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olmadığı takdirde, gerçekleştirilen eylem yine suç teşkil edecek, üstelik de suçun nitelikli halini oluşturacaktır. TEZCAN /

C.Sterilizasyona İlişkin Sınırlamalar

Kişilerin cinsel hayatı ve üreme fonksiyonu üzerinde etkisi olan tıbbi müdahaleler de vücut bütünlüğüne ve dolayısıyla kişilik haklarına yönelmiş olduğundan, kural olarak kişinin rızasıyla ve mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹³¹⁰.

Nüfus Planlama Kanunu m.4'te “*bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için*” yapılan müdahale olarak tanımlanan sterilizasyon işleminin tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılacağı öngörülmüştür¹³¹¹. Rahim Tahliyesi Tüzüğü m.2/c'de sterilizasyon deyiminin kadınlarda tüp ligasyonu, erkeklerde vazektomiyi ifade ettiği belirtilerek m.10'da sterilizasyon ameliyatının tıbbi sakınca olmaması koşuluyla ve reşit kişinin isteği üzerine yapılacağı tekrarlanmıştır. Maddenin devamında kadınlara sterilizasyon ameliyatının, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarınca, erkeklere ise, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarıyla bu konuda Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs göyerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerce yapılacağı, 11. maddede kadınlara sterilizasyon ameliyatının, yalnızca, resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde, 12. maddede erkeklere sterilizasyon ameliyatının, uzman hekimlerce, mesleklerini uyguladıkları yerlerde, pratisyen hekimlerce yalnızca resmi tedavi kurumlarında yapılacağı öngörülmüştür. Ayrıca kadınlara yapılacak sterilizasyon ameliyatı sırasında bulunması zorunlu araç, gereç ve personel Tüzük'e ekli (4) sayılı listede, erkeklere yapılacak sterilizasyon ameliyatı sırasında bulunması gereken araç, gereç ve personel ise (5) sayılı listede sayılmıştır. Tüzüğün 13. maddesinde evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması, eşinden ayrıca izin belgesi alınmasına bağlı tutulmuştur. Rahim Tahliyesi Tüzüğü'ne ekli, sterilizasyon için izin belgesinde, eş ayrılması bir bölüm de yer almaktadır¹³¹².

ERDEM / ÖNOK, s: 340; ARTUÇ, s: 538; KIZIROĞLU, s: 176; KANBUR, Çocuk Düşürtme, s: 1242; GÜNEY TUNALI, s: 130; SOYASLAN, Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, s: 128, 129.

¹³¹⁰ DURAL / ÖĞÜZ, s: 120, kn: 599.

¹³¹¹ DURAL / ÖĞÜZ, s: 120, kn: 603.

¹³¹² Kanımızca hiç de yerinde olmayan bu düzenlemeye göre hekimin, eşi tarafından izin verilmeyen kadın ya da erkek üzerinde sterilizasyon müdahalesini gerçekleştirmemesi gerekmektedir. Oysa, vücut bütünlüğüne yönelik diğer müdahalelerden farklı olmayarak hastanın kendi rızası yeterli olmalıdır. Daha fazla çocuk sahibi olmak istemeyen bir kişinin sırf eşi istiyor diye üreme yeteneğini devam ettirmesinin, kişinin kendi geleceğini belirleme ve vücudu üzerinde tasarruf hakkıyla

Sterilizasyon için yapılacak müdahalelerin Tüzük'te açıklanmış olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu amaçla kişinin üreme yeteneğini sınırlandıracak başka bir müdahale gerçekleştirilemeyecek, örneğin gonadlar çıkarılmayacak ya da kadının rahmi alınmayacaktır. Yasal düzenlemeler, sterilizasyon için reşit kişinin kendi isteğini aramaktadır, dolayısıyla yasal temsilcilerin isteği ve rızasına dayanarak bir kişinin sterilize edilmesi mümkün değildir. Sterilizasyon işlemi acilen yapılması gereken yaşam kurtarıcı bir müdahale niteliğinde olmadığından, hastanın rızası aranmaksızın vekaletsiz iş görme ya da varsayılan rızaya dayanılarak da gerçekleştirilemez. Buna mukabil, herhangi bir tıbbi müdahalenin öngörülen veya öngörülemeyen sonucu olarak hastanın infertil ya da steril hale gelmesi söz konusu olabileceksen de, müdahalenin kişinin üreme yeteneğini etkilemek gibi bir amacının olmaması ve tıbben öngörülen sterilizasyon prosedürü uygulanmaksızın bu sonucun ortaya çıkmış olması nedeniyle, örneğin dış gebelik nedeniyle yırtılan ve cerrahi olarak onarılması mümkün olmayan tubanın çıkarılması gibi, böyle müdahalelerin sterilizasyon olarak ele alınabilmesi söz konusu değildir.

Kanunun getirdiği diğer sınırlamalar ise müdahalenin yapılacağı yerdeki koşullar ve müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin uzmanlık alanına ilişkindir. Müdahalenin gerçekleştirileceği ortama ilişkin koşullar zaten bu müdahalelerin tıbbi standartlara uygun şekilde gerçekleştirilmesinin gereğidir. Yukarıda sayılmış olan uzmanlık alanlarına ilişkin sınırlamaların da dikkate alınması gerekmektedir.

Ayrıca TCK m.101'de düzenlenmiş olan kısırlaştırma suçunun ¹³¹³ yetkisiz kişi tarafından işlenmesi suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Tüzükte tanımlanan uzmanlık alanı dışındaki hekimler de yetkisiz kişi konumunda olduklarından, hastanın rızası olsa dahi, yine kısırlaştırma suçu gündeme gelmektedir ¹³¹⁴.

bağdaşmadığı ve müdahalenin gerçekleştirilmemesi yönünde eşten gelecek taleplerin dikkate alınmasını mümkün kılan bu tür yasal düzenlemelerin yürürlükte kalmaması gerektiği kanısındayız.

¹³¹³ TCK m.101: "(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa ceza üçte bir oranında artırılır. (2) Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

¹³¹⁴ Aslında hekim dışı kişilerin Rahim Tahliyesi Tüzüğü'nde tanımlanmış olan sterilizasyon işlemi gerçekleştirebilmesi pek olası olmadığı için kısırlaştırma suçunun tüzükte tanımlanmış olan müdahaleyi de kapsayacak şekilde kişinin üreme yeteneğini ortadan kaldıran her türlü eyleme yönelik olduğunu varsaymak daha yerinde olacaktır. Kısırlaştırma suçu hakkında bilgi ve açıklamalar için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 345 vd; SOYASLAN, Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, s: 130; GÖKCAN, s: 619 vd.

D.Üremeye Yardımcı Yöntemlere İlişkin Sınırlamalar

Çocuk sahibi olmak isteyen, ancak doğal yoldan gebelik oluşamayan çiftlerde yardımcı üreme yöntemlerine ya da bir başka ifadeyle üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına başvurulabilmektedir. Üremeye yardımcı tedavi, Üreme Yönetmeliği m.4/ğ'de *“anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar”* şeklinde tanımlanmaktadır.

Üremeye yardımcı tedavilere ilişkin olarak, yakın tarihte, 5171 sayılı kanunla Organ Nakli Kanunu'na eklenen Ek 1. madde ile kanun düzeyinde önemli bazı sınırlamalar gelmiş olmakla beraber, anılan değişiklik Organ Nakli Kanunu'na yönelik olduğundan, yukarıda organ nakilleri ile ilgili bölüm içinde yer vermeyi tercih ettik.

Üreme Yönetmeliği'nde, sağlık uygulamalarına ilişkin pek çok düzenlemede yer aldığı şekilde ruhsatlar, izinler, tıbbi bakımın sunulacağı, müdahalelerin gerçekleştirileceği ortama, istihdam edilen ve müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensuplarına ilişkin koşullar ve dolayısıyla bazı sınırlamalar yer almaktadır¹³¹⁵. Yönetmeliğin 19/2. maddesinde¹³¹⁶ tedavi için başvuran adayların evli olması aranmakta, dolayısıyla aralarında evlilik bağı olmayan kişilerin takip ve tedavilerine başlanması hususunda bir sınırlamanın olduğu görülmektedir. Bu hususlar Organ Nakli Kanunu'ndaki değişiklikler ile de uyumludur. Üreme Yönetmeliği 20/1. maddesi, öngörülmuş olan tıbbi zorunluluk halleri dışında üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasaklamıştır¹³¹⁷, 28. maddede ise, Ek-17'de yer alan yaptırımlara işaret edilmektedir¹³¹⁸.

¹³¹⁵ Örneğin, yönetmeliğin 17. maddesinde personel durumuna ilişkin düzenlemeler gözden geçirildiğinde ÜYTE ünite sorumlusunun üremeye yardımcı tedavi konusunda Bakanlıkça onaylı sertifika sahibi kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olması gerektiği, laboratuvar sorumlusunun da yine üremeye yardımcı tedavi konusunda Bakanlıkça onaylı sertifika sahibi olması gerektiği belirtilmiştir.

¹³¹⁶ Üreme Yönetmeliği m. 19/2 : *“ÜYTE yaptırmak üzere başvuran adayların evli olmaları ve bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-8'deki Bilgilendirilmiş Muvafakat Formunu doldurarak birlikte işlem yaptırmaları gerekir. Eşlerin nüfus cüzdanı ve evlilik cüzdanı asılları görülmek suretiyle fotokopileri ve fotoğrafları alınır. Bu belgelerin kişilere ait olup olmadığı kontrol edilerek işlemlere başlanır.”*

¹³¹⁷ Üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasına izin verilen zorunluluk halleri 2.fıkırada, erkekler ve kadınlar için ayrı ayrı düzenlenmiş, erkeklerde bu zorunluluk halleri, cerrahi yöntemlerle

E. Cinsiyet Değiştirici Müdahalelere İlişkin Sınırlamalar

Cinsiyet değiştirme operasyonları transseksuellere uygulanan plastik cerrahi ameliyatlardır. Bu ameliyatlarda, kişinin sahip olduğu iç ve dış genital organların çıkarılarak, plastik ve rekonstruktif cerrahi teknikler kullanılarak karşı cinse ait dış

sperm elde edilmesi, kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesi, üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlarda (testislerin alınması ve benzeri) öncesi, çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi), kadınlarda ise kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesi, üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlarda (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesi, düşük over rezervi olup henüz doğurmamış veya aile öyküsünde erken menopoz hikâyesinin üç uzman tabipten oluşan sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi olarak açıklanmıştır. Maddenin devamı ise yasaklamalardan ziyade üreme hücreleri, gonad dokuları ve embriyonun dondurma, saklama, imha süreçlerine ilişkin koşul ve izinleri düzenlemektedir.

¹³¹⁸ Bunlar topluca gözden geçirildiğinde yönetmelik ile gösterilen koşullara uygun olarak ruhsat alınmaksızın kontrollü overyan hiperstimülasyon (KOH) takipleri yapılmasının, invitro fertilizasyon (İVF) ve mikro enjeksiyon (ICSI) uygulamaları için hasta hazırlanmasının, kendilerine ÜYTE uygulanacak eşlerden alınan yumurta ve sperm ile bunlardan elde edilen embriyoların yönetmelikle belirlenen esaslar dışında herhangi bir amaçla bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılmasının, eşlerin kendilerine ait hücreler dışında donör hücrelerinin kullanılmasının, adaylara ait hücrelerle elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanmasının (*Dural ve Öğüz*'ün belirtmiş olduğu gibi, bu sınırlamalar sonucu, evli kadının yumurtalarının kocasından başka bir erkeğin sperm ile döllenmesi, kocanın spermelerinin karısından başka bir kadının yumurtasını dölemesi, ayrıca kadının yumurtalarını, rahim dışında kocanın sperm ile döllenildikten sonra başka bir kadının (kiralık anne) rahmine yerleştirilmesi yoluyla gebelik elde edilmesine imkan verilmemiştir. Yazarlar bu düzenlemeyi hem ahlaki açıdan, hem de nesep ve miras hukukuna ilişkin pek çok potansiyel soruna engel olması nedeniyle isabetli görmekteyizler. DURAL / ÖĞÜZ, s: 122, kn: 611.), çoğul gebeliklerin önlenmesi amacıyla üç ya da daha fazla follikül gelişmesi halinde artifisyonel inseminasyon yapılmasının, birden fazla embriyo transfer edilmesinin (35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo, 35 yaş ve üzerinde tüm uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebileceği öngörülmüştür), cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı gonad ve/veya embriyo seçimi ve transferi yapılmasının, ÜYTE teknikleri kullanılarak oluşan çoğul gebeliklerde embriyonal ya da fetal redüksiyon yapılmasının (Ancak tıp fakültesi hastaneleri ve eğitim ve araştırma hastanelerinden alınan durum bildirir sağlık kurulu raporuna göre redüksiyon işlemi yapılabileceği öngörülmüştür.) yasaklanmış olduğu, yasakların ihlali halinde ise çeşitli idari ve cezai yaptırımların düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bununla birlikte yurt dışında bu şekilde meydana gelen gebelikler mevcut olup, tanı konulamamış fetal anomali nedeniyle Yargıtay kararına da konu olduğu da görülmektedir, şöyle ki: *“Davacı 15.02.2007 doğumlu.....’nin velisi olan anne...ile baba.....’in, 2006 yılı içinde tüp bebek yöntemi ile çocuk sahibi olmak için davalı şirkete ait Hastaneye başvurduğunu, diğer davalıların bu hastanede doktor olarak görev yaptığını, davalı hastanenin yüksek bir ücret karşılığında yaptığı çalışmalar sonucunda Kıbrıs’ta başka bir donörden alınan yumurtaların 03.04.1964 doğumlu davacı...’ye nakli yoluyla yani taşıyıcı anne yöntemi ile hamile kalmasının sağlandığını ve hamilelik sürecinin davalıların bakım ve gözetiminde ilerletildiğini, davacı Ş.’nin taşıyıcı anne yöntemi ile 42 yaşında hamile kalmasına rağmen hamilelik sırasında amniyosentez uygulaması yapılmadan sadece yumurtaları alınan donörün yaşı girilerek 3’lü test yapıldığını, davalılar tarafından hamilelik sırasında bebekle ilgili herhangi bir problem olduğunun söylenmediğini, gayet sağlıklı olduğunun söylendiğini, davacı Ş.’nin 15.02.2007 tarihinde erken doğum yaptığını ve davacı bebek...’nin 18.kromozomunun uzun kolunda bozukluk nedeniyle anomali rahatsızlığı ile %100 engelli ve özürlü olarak ömür boyu başkalarının bakımına mihnaç olarak dünyaya geldiğini...”* Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 15524, K. 2015 / 6588, T. 04.03.2015, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

genital organların oluşturulması şeklinde gerçekleştirilmektedir ¹³¹⁹. Cinsiyet değişikliği TMK’da Kişisel Durum Sicili bölümünde “Düzeltilme” kenar başlığı altında 40. maddede düzenlenmiş olup ¹³²⁰, buna göre cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini istemelidir. İznin 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 resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi gerekmektedir ¹³²¹.

F. Cerrahi Müdahalelere İlişkin Sınırlamalar

Önceki bölümlerde açıklanmış olan, belli bir alanda çalışacak ya da belli müdahaleleri gerçekleştirecek hekimlerin yetkilerine yönelik özel düzenlemeler saklı kalmak üzere, Tababet Kanunu m.3 uyarınca cerrahi veya yan dallarında uzman olmayan hekimlerin ameliyat yapamayacakları, ancak her hekimin küçük cerrahi müdahalelerde bulunabileceği öngörülmüştür. Aynı kanununun 23. maddesine göre de, genel veya lokal anestezi ile yapılan büyük ameliyatlarda her durumda uzmanlık belgesine sahip bir hekim ile diğer bir hekim tarafından yapılması gerekmekte ise de uzmana ulaşamadığı ve ameliyatın zorunlu olduğu haller ayrık tutulmuştur. Ancak gebelik sonlandırması ve sterilizasyona yönelik işlemler de cerrahi bir müdahale teşkil ettikleri için kanunun yetkilendirmiş olduğu ve az önce zikredilen uzmanlık alanlarının dikkate alınması gerekecektir.

¹³¹⁹ BAFRA, Jale, Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar, Türkiye Klinikleri Journal of Forensic Medicine and Forensic Sciences, 2004, Volume: 1, Issue: 1, s: 47.

¹³²⁰ Dural ve Öğüz, cinsiyet değişikliğinin sadece kişisel durum sicilinin düzeltilmesiyle ilişkili olarak ele alınamayacağı, kişilikle yakından ilişkili bu konunun daha kapsamlı şekilde bir kanunla düzenlenmesi gerektiği görüşündedirler DURAL / ÖĞÜZ, s: 122, kn: 612.

¹³²¹ Daha önce madde metninde yer alan “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma” halinin aranması yönündeki koşul AYM’nin 29/11/2017 tarihli ve E: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. AYM’nin bu kararı çok yerindedir, çünkü bu talepte bulunan bazı kişilerde gerçekten de doğuştan olan anomaliler nedeniyle ya da sonradan çeşitli nedenlerle ortaya çıkan sterilite ya da infertilite durumları nadiren söz konusu olabilecekse de, önemli bir bölümünde sorun fiziksel değil ruhsal nedenlerden kaynaklandığından bu kişilerin hormonal aktivitelerine ve üreme fonksiyonlarına ilişkin bir yetersizlik de söz konusu değildir. Kanun maddesi ilk haliyle korunmuş olsa idi, bu operasyonun, talep edenlerin ancak çok sınırlı bir bölümünde gerçekleştirilmesi ve üreme yeteneğini haiz önemli bir bölümün kanunun tanımış olduğu bu imkandan yararlanamaması söz konusu olacaktı.

G. Yargılama Hukuku Uyarınca Gerçekleştirilen Müdahalelere İlişkin Sınırlamalar

Çalışmamızın önceki bölümlerinde, hukuka uygunluk nedenleri bahsinde ceza yargılaması sırasında gerçekleştirilen tıbbi müdahalelere değinilmişti. Bu müdahalelerde hukuka uygunluğu kanunun verdiği yetki sağlarken, müdahale gerçekleştirilirken de kanunun çizdiği çerçevenin göz önüne alınması gerekmekte, dolayısıyla bu çerçeve de hekimin önüne kanundan kaynaklanan bir sınırlama olarak çıkmaktadır.

CMK m. 74'te, 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 gözlem altına alınması düzenlenmiştir. Her ne kadar şüpheli veya sanığın gereken olağan prosedür tamamlanmadan hekimin karşısına gelmesi pek söz konusu olamayacak ise de, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkeme kararının aranması ve bu gözlemin ancak resmi bir kurumda yapılabileceği hususları önem taşımaktadır. Gözlem süresi üç haftayı geçemeyeceği gibi, her seferinde ek süre verilmesi durumunda da, sürelerin toplamı üç ayı geçemeyecektir.

CMK m. 75'in şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin düzenlemesine göre, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilir ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir. Müdahale, savcı veya mağdurun istemi üzerine ya da resen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile yapılabilir. Hakim veya mahkeme tarafından onaylanmayan kararlar hükümsüz kalıp deliller kullanılmayacak olsa da, muayene haliyle bu aşamadan önce gerçekleşecek olduğundan hekime düşen, savcı, hakim ya da mahkeme kararının varlığını aramaktır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, iç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Bu husus kanunda ayrıca düzenlenmiş olmakla beraber, esasen hekimin giriştiği her müdahalede ilke olarak hastaya ya da ilgili kişiye zarar vermeme kaygısını taşıması zaten gerekmektedir.

Bununla birlikte olağan koşullarda hekimin karşısına gelen kişi, tanı ve tedavi gerektiren bir hasta olduğunda, müdahale nedeniyle zarar görebilmesi, müdahaleden elde edilecek faydalarla birlikte düşünüldüğünde göze alınabilecek bir risk iken, şüpheli veya sanığın kendisine yönelik böyle bir tıbbi fayda beklentisi olmadığı için bu hususun ayrıca vurgulanması tercih edilmiş olabilir. Maddede getirilmiş olan suçun üst sınırı kriterinin ise hekimin bilebileceği ve gözetmesi gereken bir husus olmadığı, muayene kararını veren savcı veya hakim sorumluluğunda olduğunu söylemek mümkündür.

Suçla 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 imkan veren CMK m.76/2 düzenlemesi de, yine hakim, mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararıyla gerçekleştirilecek olup, mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmemesi ve cerrahi müdahalede bulunulmaması koşulu bulunmaktadır. Bu muayene, mağdur kendi isteğiyle hekime başvurmuş olduğu takdirde ilgili makamın kararı aranmaksızın durumu tespiti, dolayısıyla bir bakıma tanıya yönelik olağan bir muayene şeklinde gerçekleştirilebilecekse de, kişiye zarar vermeme ve özellikle invazif işlemlerde bulunmama hususunun gözetilmesi gerekmektedir. Muayene soybağını tespiti yönelik olduğu takdirde ise yine hakim, mahkeme ya da savcı aranmalıdır.

CMK m. 77'ye göre kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılmalıdır. Muayenenin erkek bir hekim tarafından yapılması hukuka aykırılık oluşturmayacak olmakla beraber, kadın bir hekimin varlığı halinde, özellikle de genital bölgenin muayenesi ve / veya cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar söz konusu ise, kadının hemcinsi tarafından muayene edilmesinin gözetilmesi yerinde olacaktır. Bu husus ilgili yönetmeliğin 11. maddesinde de düzenlenmiştir.

Anılmış olan bu muayenelerden elde edilen örnekler üzerinde gerektiğinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Ancak CMK m. 78 uyarınca bu örnekler üzerinde soybağının tespiti veya şüpheli, sanık veya mağdura ait olup olmadığının tespiti dışında inceleme yapılması yasaklanmıştır. Örneğin kişilerin herhangi bir genetik hastalığın taşıyıcısı olup olmadıkları araştırılmayacaktır. Ayrıca savcı kararı

ile bu muayeneler yapılamayacağı gibi, hakimın kararında görevlendirdiği bilirkişiyi de belirtmesi gerektiğinden, bu görevlendirmenin de aranması gerekmektedir (CMK m. 79).

TCK m. 287' deki genital muayene suçu düzenlemesinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Buna göre yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayene gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır, ancak bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler bu uygulamanın dışında kalmaktadır¹³²². Demek ki, bulaşıcı hastalıklar nedeniyle kamu sağlığının korunması amacını güden düzenlemeler ayrı olmak üzere, TCK m. 287 ile kişilerin beden bütünlüğü ve vücut dokunulmazlığı üzerinde olumsuz etkisi olan genital muayenenin ancak hakim ve savcı kararıyla yapılacağı hükme bağlanmış ve böyle bir karar olmaksızın genital muayeneye gönderme ve yapma eylemi, suç olarak düzenlenmiştir¹³²³. Hekimin ilgili makam karar olmaksızın muayenede bulunmaması gerekmektedir.

Yine Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde de bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delillerin elde edilmesi, ayrıca, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerin beden muayenelerinin yapılması, tıbbi incelemelerde bulunmak üzere vücuttan, kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması, moleküler genetik incelemeler ile şüpheli ve sanığın kimliğinin tespiti için gerekli fiziki özelliklerin tespitine ilişkin usul ve

¹³²² TCK m.287'nin düzenlenmesindeki çıkış noktasının, geçmiş yıllarda bekaret ya da kızlık muayenesi adıyla bilinen hymen muayenesinin, ebeveyn, nişanlı, eş, erkek arkadaş, okul ve yurt müdürleri, işverenler, tutuklu ve mahkumların buldukları kurumların sorumluları, kolluk kuvvetleri, nerdeyse hemen herkes tarafından talep edilebilir hale gelmesi nedeniyle, ciddi bir insan hakkı ihlali olan bu durumun önlenmesinin amaçlanması olduğu ifade edilmiştir. ÜNVER, Yener, Adliye Karşı Suçlar (TCK m.267-298), Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, Kasım 2012, s: 443; ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Yasasında Genital Muayene Suçu, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, Eylül 2011, s. 49.

¹³²³ Genital muayene suçu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 1215 vd; HAKERİ, Tıp Hukuku, s 826; ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar (TCK m.267-298), s:443-458; DÜLGER, İbrahim, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, Tıp Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s 1260; ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Genital Muayene Suçu, s: 49- 64; KANBUR, Mehmet Nihat, Genital Muayene Suçu, (Türk Ceza Kanunu m.287), Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 16, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s: 7-29; SOYASLAN, Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, s: 132; ÖZKAYA, Nesrin, Genital Muayene Suçu, Tıp Hukuku Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2012, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Legal Yayıncılık, s: 47-61.

esaslar düzenlenmekte ve haliyle müdahale gerçekleştirilirken bu kuralların dikkate alınması gerekmektedir ¹³²⁴.

Soybağına ilişkin davalara yönelik TMK m. 284 ve HMK m. 292 düzenlemeleri yapılacak incelemelerin uyumsuzluğunun çözümü bakımından zorunlu olmasını ve kişi için tehlike oluşturmamasını koşul olarak aradığından bu hususların dikkate alınması ve elbette ki hakim kararının bulunması gerekmektedir.

H. Personel, Fiziksel Koşullar ve Donanıma İlişkin Çeşitli Sınırlamalar

Sağlık mevzuatında yer alan çok sayıda düzenlemede, örneğin Fizyoterapi ve Bunlara Benzer Müesseseler Hakkında Nizamnamede ¹³²⁵, Özel Hastaneler Yönetmeliğinde ¹³²⁶, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte ¹³²⁷, Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliğinde ¹³²⁸, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde, Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliğinde, Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliğinde ¹³²⁹, Üreme Yönetmeliği'nde, Terapötik Aferez Merkezleri Hakkında Yönetmelikte ¹³³⁰, Kalıtsal Kan Hastalıklarından Hemoglobino-pati Kontrol Programı ile Tanı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinde ¹³³¹, Madde Bağımlılığı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinde ¹³³², Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliğinde ¹³³³, Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelikte, Yoğun Bakım Ünitelerinin Standartları Genelgesinde, Organ Nakli Merkezleri Yönergesinde, Elektrokonvülsif Tedavi Uygulama Yönergesinde, Doku Tipleme Laboratuvarları Yönergesinde, Kompozit

¹³²⁴ Hekimin, karşısına ceza yargılaması sürecinde muayene edilmesi gereken böyle bir kişi geldiğinde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesini düzenleyen yönetmelik 4.maddesi, şüpheli veya sanığın dış beden muayenesini düzenleyen 5. maddesi, şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasını düzenleyen 6. maddesi, mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesini düzenleyen 7. maddesi, mağdur ve diğer kişilerin vücudundan örnek alınmasını düzenleyen 8. maddesi, soybağının araştırılmasına yönelik 9. maddesi, kadının muayenesine yönelik 11. maddesi, moleküler genetik incelemeler ile ilgili 12. maddesi ve yine moleküler genetik incelemelerde bilirkişi incelemesi ile ilgili 13. maddesi, ilginin rızasını düzenleyen 18. maddesinin göz önünde tutulması ve yapılacak muayenelerin bu düzenlemelerin çizdiği çerçeveye uygun olması gerekmektedir.

¹³²⁵ Fizyoterapi ve Bunlara Benzer Müesseseler Hakkında Nizamname, RG T: 12.10.1957, S:9730.

¹³²⁶ Özel Hastaneler Yönetmeliği, RG T: 27.03.2002 S: 24708.

¹³²⁷ Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, RG T: 15.02.2008, S: 26788.

¹³²⁸ Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği, RG T:4.12.2008, S:27074.

¹³²⁹ Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği, RG T: 25.01.2013 S: 28539.

¹³³⁰ Terapötik Aferez Merkezleri Hakkında Yönetmelik, RG T: 10.03.2010, S: 27517.

¹³³¹ Kalıtsal Kan Hastalıklarından Hemoglobino-pati Kontrol Programı ile Tanı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, RG T: 24.10.2002 S: 24916.

¹³³² Madde Bağımlılığı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, RG T: 29.12.2013, S: 28866.

¹³³³ Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği, RG T: 05.07.2005, S: 25866.

Doku Nakli Merkezleri Yönergesinde, Acil Servis Tebliği'nde, Yataklı Sağlık Tesislerinde Yoğun Bakım Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliğde, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Konusunda Eğitim Verecek Merkezlerin Nitelikleri, Tespiti, Çalışma Usul ve Esasları ile Eğitim Programı ve Sertifika Verilmesine Dair Tebliğde vb. diğer bir çok düzenlemede, belli sağlık kurum ve kuruluşlarında, tanı ve tedavi merkezlerinde çalışacak veya belli müdahalelerde bulunacak hekimlerin uzmanlık alanları ve sahip olmaları gereken diğer nitelikler, diğer sağlık personeli ve sahip olmaları gereken nitelikler, müdahalelerin gerçekleştirileceği kurum, kuruluş, mekanın sahip olması gereken fiziksel, teknik özellikler, bulunması zorunlu tıbbi cihaz, alet, malzeme gibi hususlara ilişkin belirlemeler yer almaktadır. Ruhsat ve izinlerin alınabilmesi, öngörülen tıbbi faaliyetlerin yapılabilmesi ve nihayetinde amaçlanan tıbbi müdahalelerin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi için, düzenlemelerin öngördüğü koşulların yerine gelmiş olması lazımdır. Müdahalenin gerçekleştirileceği mekanın fiziki koşullarının, teknik donanım ve malzemenin yetersizliği ya da öngörülen standartlara uygun olmayışı, hekimlerin gereken nitelikleri haiz olmaması gibi, aranan koşulların yerine gelmemiş olması öncelikle amaçlanan tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilebilmesi için gereken ruhsat ve izinlerin alınmasına ve hekimlerin ilgili pozisyonlarda istihdam edilmelerine engel teşkil edeceği gibi, koşulların sonradan yitirildiği durumlarda da, öngörülen koşullar yeniden sağlanıncaya kadar faaliyetin durmasına ya da durdurulmasına yol açacak veya yasal düzenlemelerde öngörülen idari ve cezai yaptırımlar gündeme gelebilecektir. Müdahaleyi gerçekleştiren hekimlerin de bu tür yasal düzenlemelerin getirdiği sınırlamaları dikkate almaları ve koşullar yerine gelmemiş olduğu takdirde müdahalede bulunmaktan kaçınmaları gerekmektedir¹³³⁴.

¹³³⁴ "O halde Mahkemece, davacının davalı klinikteki doğumuna ilişkin tüm belgeler, raporlar ve bütün kayıtlar getirilerek, davalı kliniğin olay tarihi itibarıyla ne tür hastalara bakacağı, hangi branşlarda faaliyet izni olduğu, kaç doktor çalıştırdığı, kadın doğum uzmanı çalıştırıp çalıştırmadığı, kadın doğum branşında faaliyet izni olup olmadığı hususları araştırılarak tüm dosya birlikte gönderilip" Yargıtay 13 HD., E: 2014 / 15838, K. 2014 / 35065, T. 10.11.2014, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

IV. TIBBİ DURUMDAN KAYNAKLANAN OBJEKTİF NİTELİKLİ SINIRLAMALAR

Tıbbi durumdan kaynaklanan objektif nitelikli sınırlamalardan söz ettiğimizde, hekimi tıbbi müdahalede bulunmaktan alıkoyan nedenler, hastanın veya yakınlarının müdahaleye rıza göstermemesi, tedaviyi reddetmesi, tedaviye uyumsuzluğu veya kanunun getirdiği bir sınırlama değil, hastanın içinde bulunduğu tıbbi durumun özellikleri ya da müdahalenin gerçekleştirileceği ortamdan, mevcut ekipmandan kaynaklanan elverişsizlikler gibi gerekli tıbbi standardın sağlanmasına ilişkin koşullar bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bir bakıma hukuki kurallar, gereklilik ve kaygılar göz önünde tutulmaksızın esasen pozitif bilimsel gerçekliklerin, tıp biliminin ilke ve kurallarının belirleyici olduğu durumlar söz konusu olmaktadır.

Her hekimin bir tıbbi müdahaleye girişmeden önce kendi kendine ya da hastaya ekip olarak el atıyorlarsa kendi aralarında öncelikle göz önünde tutması / tutmaları gereken hususlar müdahalenin endike olup olmadığı, kontrendikasyon bulunup bulunmadığı, müdahale için mesleki bilgi ve eldeki imkanların yeterli olup olmadığı, bir başka ifadeyle gerekli tıbbi standardın sağlanıp sağlanamayacağı ve alınan kararın hastanın somut durumuna uygunluğu olmalıdır. Hukuken optimum koşullar sağlanmış ve hatta hekime her tür sorumluluktan muafiyet getirilmiş olduğu varsayılsa dahi, yine de bilimsel ve etik açıdan doğruluğu koruyabilmek adına bu unsurların belirlediği sınırların dikkate alınması gerekmektedir.

Bu konuya ilişkin bir uyuşmazlık gündeme geldiği takdirde de, çözüm için bilirkişi görüşüne gereksinim duyulacağı, zira tıp biliminin ilkelerinin belirleyeceği olması nedeniyle hakimnin hukuk bilgisi ve genel yaşam deneyimlerine dayanarak yeterli bir kanaate varamayacağı ortadadır ¹³³⁵.

A. Müdahalede Endikasyon Bulunmaması

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bahsinde, genel nitelikteki hukuka uygunluk nedenlerinin yanı sıra tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için aranan diğer unsurlardan biri olarak endikasyonun bulunması gerektiğinden, hastalıktan

¹³³⁵ Benzer yönde görüş için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 105; REİSOĞLU, Seza, s: 16; KANETİ, s: 73.

koruma, hastalığın tanısı, takibi, tedavisi, rehabilitasyonu, acıların hafifletilmesi gibi bir tıbbi endikasyonun varlığı halinde gerçekleştirilen müdahalenin hem tıp biliminin kurallarına uygun hem de hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmiş olacağından söz edilmişti.

Endikasyon, bir müdahalenin tıp verileri açısından gerekli veya zorunlu görülmesi olarak tanımlanmakta ve tıbbi müdahalede bulunmanın haklı sebebi olarak ele alınmaktadır ¹³³⁶. Buna göre, bir kimseye tıbbi müdahalede bulunabilmek için ön koşul olarak o kişide tedavi edilecek bir hastalığın varlığına işaret eden, ona tıbbi yardımda bulunulmasının gerekli olduğunu gösteren bir bulgu mevcut olmalıdır. Endikasyonu olmaksızın gerçekleştirilen müdahaleler neticesinde hekimin hem haksız fiil hem sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilecektir ¹³³⁷.

Modern tıpta özellikle cerrahi alanındaki ilerlemelere bağlı olarak endikasyon kavramı daha da önem kazanmıştır ve geliştirilen her yeni teknikle birlikte endikasyonlar da yeniden sorgulanmaktadır ¹³³⁸. Gerek tanı gerek tedavi yöntemlerinin seçiminde endikasyonun özellikle aranması gerekmekte ve endikasyonun sınırlarını tanımın yanı sıra hastalığın prognozu da belirlemektedir. Endikasyonun esasen hastanın müdahaleden olan faydalarının tartılmasına,

¹³³⁶ LAUFS, s: 17, kn: 29; GÖKCAN, s: 134; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 401.

¹³³⁷ UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 416, kn: 3. Her ne kadar İdarenin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğuna dayanan bir davanın konusu olsa da, hastaya endikasyonsuz şekilde diyaliz uygulaması dikkat çekici bir örnek oluşturmaktadır: “ Dava dosyasının incelenmesinden, davacıardan Ö.İ'nin, Sağlık Bakanlığı Av. CG Devlet Hastanesinin 20.09.2001 tarih ve 9036- 4737 sayılı sağlık raporu doğrultusunda, durumun hayati aciliyeti sebebiyle özel bir diyaliz merkezinde sekiz ay diyaliz tedavisi gördüğü, tedavinin davacıya acı vermesi, vücudunun yorgun düşmesi ve durumunda düzelme olmaması üzerine kendi isteğiyle tedaviyi sona erdirdiği, tedavinin kesilmesinden sonra hiçbir olumsuz gelişme yaşamayan davacının, gereksiz yere özel merkeze yönlendirildiğinden şüphelenerek konunun araştırılması için Bağ- Kur Genel Müdürlüğüne şikayette bulunduğu.....Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinin 24.09.2003 tarih ve 7617 sayılı raporunda, Tip 2 DM + hipertansiyon + diyabetik nefropati tanısı konulduğu, davacının bu tanıdan hemodiyaliz tedavisi görmesinin gerekmediği sonucunun çıktığını ve soruşturma üzerine görevli doktorlar hakkında yasal işlemlerin yapıldığının duyulduğunu belirterek, uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini amacıyla” Danıştay, 10 D., E. 2007 / 896, K. 2007 / 899, T. 12.03.2007, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

¹³³⁸ UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 416, kn: 1. Örneğin kardiyolojide kullanılan ileri yöntemlerde endikasyonun konu olduğu bir Yargıtay kararında: “ Mahkemece her ne kadar alınan ...raporu işaret edilmek suretiyle, davanın reddine karar verilmiş, alınan raporda da kişiye PTCA + Stent işlemi uygulama endikasyonunun tıbben doğru olduğu belirtilmiş ise de , müteveffa ...'nin özel durumu, hasta geçmişi değerlendirilmek suretiyle, PTCA+ Stent işlemi uygulamanın doğru bir karar olup olmadığı irdelenmemiştir” Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 18595, K. 2015 / 11384, T. 09.04.2015, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

dengelenmesine ilişkin bir mesele olduğuna dikkat çekilmekte, amaçlanan önlemin tehlikesi, müdahalenin riski ve ağırlığı, başarı öngörülere ve tedavinin amacının karşılıklı bir denge içinde olması gerektiği ileri sürülmektedir. Böylelikle bazı müdahalelerde hekimler, şayet endikasyonu varsa, hastalığın önemi ile kıyaslandığında çok da anlamlı sayılmayan yeni sorunlara ve yan etkilere yol açabilecek bir durumun ortaya çıkmasını, örneğin bir mide kanserinde tüm midenin çıkarılması gibi, göze almaktadırlar ¹³³⁹.

1. Cerrahi Müdahalelerde Operabilite

Bu bağlamda cerrahi müdahaleler açısından operabilite kavramı da önem taşımaktadır. Operable (Almanca=operabel), hastanın yapılan muayeneler sonucunda planlanan cerrahi müdahaleyi atlatabilecek durumda olduğu ve aynı zamanda hastanın geçireceği ameliyatla şifaya kavuşacağı veya sıkıntılarının azalacağı anlamına gelmektedir. Eğer planlanan ameliyatlardan anlamlı bir terapötik başarı beklenmiyorsa, hekimin konservatif tedavi yöntemlerine veya yalnızca palyatif önlemlere bağlı kalması önerilmektedir ¹³⁴⁰. Dolayısıyla operabilite kriterleri mevcut olmayan veya kaybedilmiş olan bir hastada o cerrahi müdahale açısından endikasyonun bulunmadığı da söylenebilecektir.

2. Tıbbi Endikasyonu Olmayan Müdahaleler

Tıbbi müdahalelerin çoğunda hekimin tedavisi, tıp biliminin objektif unsurlarına göre şekillenmekte, hekim karşısına gelen hastayı değerlendirdikten sonra tanısal ve terapötik endikasyonları koyarak uygulayacağı müdahaleleri ve izlem sürecini belirlemektedir. Ancak bazı durumlarda hastalar, hekimin onları değerlendirmesini ve endikasyon koyarak gerekli müdahalede bulunmasını gerektirecek bir şikayetle değil, belli bir müdahale talebiyle müracaat etmektedirler ¹³⁴¹. Hiç de nadir olmayarak kişilerin hekimden tıbbi endikasyonu olmayan müdahale taleplerinde bulunmaları da söz konusu olmaktadır. İşte bu gibi durumlarda, hekimin hastanın talebi ve rızası doğrultusunda, bu müdahaleleri gerçekleştirmesinin ne ölçüde hukuka uygun olduğu, ne zaman sınırlandırılması gerektiği sorusu akla gelmektedir. Zira, yaşam ve vücut bütünlüğünün korunması sadece üçüncü kişi ve

¹³³⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 416, kn:2, 3.

¹³⁴⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 416, kn: 3.

¹³⁴¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 137.

devlete karşı değil, kişinin kendisine karşı da söz konudur. Kişiler yaşam ve vücut bütünlüğünün ihlali niteliğindeki eylemlere ancak hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde rıza gösterebilirler. Bu hakların ihlali durumunda kişinin rızası pek çok zaman hukuka aykırılığı kaldırmamaktadır. Dolayısıyla tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda izin verilen haller dışında rızanın bulunmasının hukuka uygunluğu sağlayamayacağı, sadece rızaya dayanılarak kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmektedir ¹³⁴².

Hekim, sağlık hizmeti sunulan kişi ve yakınlarından gelebilecek talepleri, bilimsel bilgiye uyumluluğu temelinde değerlendirerek geri çevirme hakkına sahip olsa da, bunun genel bir kural olarak ele alınması mümkün değildir, zira tıbbi endikasyonu bulunmayan pek çok müdahale genel anlamda bir hukuka uygunluk sorunu ve tartışması ortaya çıkmaksızın, ülkemizde ve diğer birçok ülkede gerçekleştirilmektedir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde, endikasyon, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli unsurlardan biri olarak irdelenirken de bu müdahalelerden söz edilmiş idi.

Hastanın hekimin önüne tıbbi endikasyonu olmayan bir müdahale talebiyle gelmesi en sıklıkla estetik ameliyatlardan bakımından gündeme gelmektedir. Doğuştan veya sonradan ortaya çıkan önemli şekil ve fonksiyon bozukluklarını düzeltmeyi amaçlayan plastik ve rekonstrüktif ameliyatlardan ayrılmak üzere ¹³⁴³, güzelleşme amaçlı estetik ameliyatlardan doğrudan tedavi amacına yönelik değildirlerdir, dolayısıyla tıbbi endikasyonları bulunmamaktadır ¹³⁴⁴. Ancak hastanın dış görünüşüne ait bozukluklar onu psikolojik açıdan rahatsız ediyorsa, bu gibi durumlarda sosyal ve psikolojik endikasyonların varlığı kabul edilmektedir ¹³⁴⁵. Bir oyuncunun güzel

¹³⁴² GÖKCAN, s: 43.

¹³⁴³ Doğuştan ya da sonradan ortaya çıkan anomaliler ve malformasyonlar örneğin ayak anomalileri, kepçe kulaklar, şaşılık, yaralanmalar vb. plastik cerrahi açısından tıbbi endikasyonlara örnek gösterilebilir. UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 323, kn: 30.

¹³⁴⁴ UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 322, kn: 29. Avusturya sigorta hukukunda kozmetik amaçlı müdahaleler yalnızca anatomik ve işlevsel hastalık durumlarını bertaraf etmeye yöneldiğinde tedavi amacı taşıdıkları kabul edilmektedir. Örneğin burundaki şekil bozukluğu solunum zorluğuna, burun akıntısına, başağrısına, alında basınç hissine yol açıyorsa, tedavi gerektiren bir normalden sapma olarak kabul edilebilir. RISAK, E.Martin, Der Krankheitsbegriff und der Anspruch auf Krankenbehandlung nach österreichischem Recht, Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung, (Hrsg von JABORNEGG, Peter/ RESCH, Reinhard / SEEWALD, Otfried), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, s: 22.

¹³⁴⁵ LAUFS, Arztrecht, s: 18, kn: 29; UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, s: 416, kn:5; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 401, 402, 403, 405; GÜNEY TUNALI, s: 75; Yine örneğin Alman hukukuna göre, estetik operasyonların yanı sıra , aile planlaması nedeniyle isteğe bağlı kısırlaştırma,

olmadığı takdirde ekmeğini kazanamayacak olması, bir transseksüelin genetik yapısıyla uyumlu bir görünüme kavuşması için cinsiyet değiştirme operasyonuna ihtiyaç göstermesi gibi durumlarda tıbbi değil, ancak psikolojik veya sosyal endikasyonlar gündeme gelmektedir. Hekimin böyle durumlarda, sınırlarını belirlerken, müdahalenin ahlaka uygun olup olmadığı ve somut hasta için uygun ve doğru olup olmadığını tartması gerekmektedir ¹³⁴⁶.

Örneğin tıbbi açıdan gerekli olmamakla beraber kişinin sırf kendini psikolojik olarak daha iyi hissedebilmesi için burun düzeltme, göz kapağı kaldırma, göğüs büyütme, botoks vb. estetik amaçlı uygulamalar psikolojik endikasyonlarla gerçekleştirilebilmektedir. Ya da örneğin göz hastalıkları uzmanlarınca, tedavinin yanı sıra güzelleşme amacıyla da yapılan radial keratotomi gibi ameliyatlarda tıbbi bir endikasyona psikolojik bir endikasyon eşlik edebilmektedir ¹³⁴⁷. Cinsiyet değişikliği de, esasen tıbbi endikasyonu bulunmayan, ancak dolaylı olarak tedavi amacına yönelmiş olduğu için izin verilen müdahalelere örnek teşkil etmektedir ¹³⁴⁸.

Tıbbi endikasyon taşımayan müdahalelerde hastanın rızası, müdahale kişinin sağlığını ciddi bir şekilde etkilemediği ve toplum içinde kabul edilemeyecek sonuçlara yol açmadığı müddetçe hukuka uygunluğu sağlamaktadır ¹³⁴⁹. Bununla birlikte, tıbbi endikasyon taşımayan müdahalenin risk ve tehlikelerinin arttığı oranda bunlara izin verilmemesi, tehlikeler ameliyat veya medikal tedavi vb. müdahale sırasında ortaya çıktığı takdirde ise, müdahalenin hastaya zarar vermeyecek şekilde sona erdirilmesi gerektiği ifade edilmektedir ¹³⁵⁰. Ancak herhangi bir psikolojik ve sosyal endikasyonu da olmaksızın gerçekleştirilen, örneğin bir yabancı dili daha iyi konuşabilmek için dilin uzattırılması, ilgi uyandırmak için dilin ortadan kestirilerek çatal dil haline getirilmesi, vücuduyla ilgili hiçbir sorunu olmayan bir mankenin reklam filmlerinde oynayacağı için estetik ameliyatlara yaptırması gibi uygulamaların

isteğe bağlı sezaryen, canlılardan organ nakli, kan bağı, ilk üç ay içinde gebeliğin sonlandırılması gibi tıbben endike olmayan bir müdahalenin talep edilmesi söz konusu olduğunda, ahlaka aykırı olmaması koşuluyla böyle müdahalelerin gerçekleştirilmesi mümkündür (§ 228 StGB uyarınca). Ancak hekimin bu tür müdahaleler öncesi, hastayı çok iyi bir şekilde aydınlatması, bununla beraber yine de vicdanına sinmediği takdirde müdahalede bulunmaktan kaçınması gerektiği de düşünülmektedir. DETTMEYER, s: 227

¹³⁴⁶ UHLENBRUCK, L /U, § 81 Weisungsrecht und Befolgungspflicht des Patienten, s: 558, kn: 2, 5.

¹³⁴⁷ LAUFS, Arztrecht, s: 18, kn: 29; UHLENBRUCK, L/U, § 51 Die Pflicht zur Indikationsstellung, Der Arztvertrag s: 417, kn:5.

¹³⁴⁸ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 418, kn: 2.

¹³⁴⁹ ERMAN, Barış, s: 203; YENİDÜNYA, s: 66.

¹³⁵⁰ PETEK, s: 185; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 408; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 127.

hukuka aykırı olduğu düşünülmemektedir ¹³⁵¹. Dilin kesilmesi kadar abartılı bir müdahale olmamakla beraber, dış görünümünü daha da güzelleştirerek, kazancını artırmaya çalışan bir fotomodelin geçirdiği ameliyatların, ne fiziksel ne de ruhsal bir anomalinin düzeltilmesine katkı sağlamadığı için, hukuka aykırı olacağı görüşünün yanı sıra, hastanın psikolojik durumundaki bozukluklar nedeniyle talep ettiği endikasyonsuz müdahalelerin de gerçekleştirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir ¹³⁵².

Alman hukukundan bir görüşe göre, taze hücre tedavisi ¹³⁵³, bir ekstremitenin gerekli olmayan amputasyonu, saf kozmetik amaçlı ameliyatlara, bir küçüğün ya da genç erişkinin sterilizasyon istemi, geriye döndürülemez ölüm süreci nedeniyle yaşama bağlayan önlemlerin kesilmesi, ağır özürlü yenidoğanlarda yapılan tedaviler, gebelik sonlandırmaları hekimin tıbbi endikasyon olmadığı için kaçınılabileceği müdahalelere örnek olarak gösterilmektedir ¹³⁵⁴. Kanımızca böyle durumların bazılarını, endikasyon yokluğundan ziyade, somut durumda hasta için fayda beklentisinin olmaması ya da hekimin vicdanıyla çelişmesi gibi nedenlerle gerekçelendirmek daha yerinde olacaktır.

Laufs'a göre de hekim hastanın iradesine uygun ancak tıbbın kurallarına uygun olmayan bir müdahalede bulunmamalıdır. Örneğin hekimin, hastanın kendi kendine koyduğu anlamsız tanıya itibar ederek bütün dişlerini söktüğü olguda hastanın rızası geçerli kabul edilmemiştir ¹³⁵⁵. Tedavi açısından anlam taşımayan bir

¹³⁵¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 408.

¹³⁵² WAGNER, MÜKoBGB, BGB § 630 a, kn: 127.

¹³⁵³ Pek çok ülkede yasak olmakla beraber Almanya'da uygulanmasına izin verilen taze hücre tedavisinde doğmadan önce öldürülmüş hayvan fetuslarından alınan hücrelerden hazırlanan ekstraktlar insanlara enjekte edilerek erken yaşlanma, depresyon, kronik organ yetmezlikleri, disk hasarları, alerjiler, cinsel problemler ve kanserde ilave tedaviye yönelik faydalar fayda beklenmekte, ancak etkisi olmadığı ve enfeksiyon riski taşıdığı şeklinde olumsuz yaklaşımlar da bulunmakta ve yapılan tedavinin bilimsel etkinliğinin ortaya konmamış olduğu ileri sürülmektedir. <https://www.ndr.de/ratgeber/gesundheit/Frischzellen-Therapie-Unwirksam-und-gefaehrlich,frischzellentherapie100.html>, Erişim T: 24.10.2017.

¹³⁵⁴ DETTMEYER, s: 214.

¹³⁵⁵ NJW 1978, 1206; aktaran LAUFS, Arztrecht, s: 18, kn: 29; Anılan karar : *“Dava konusu olayda hasta yıllardır yapılan tüm araştırmalara rağmen nedeni bulunamayan şiddetli baş ağrısından yakınmaktadır ve sonunda kendisi bunun dişlerindeki dolgulardan kaynaklandığına kanaat getirmiştir ve dişlerini çektirmek istemektedir. Onu takip eden diş hekimi tıbben bunun doğru olmadığı görüşündedir, ancak hastayı ikna edememiş ve onu davalıya yönlendirmiş ve öncesinde de telefonda bilgilendirmiştir. Davalı da dişlerin çekilmesine gerek olmadığını saptamış, hastaya açıklamış ancak hasta dişlerinin çekilmesi konusunda ısrar etmiştir. Davalı da ertesi gün endikasyon olmadığını bilmesine rağmen hastanın isteğine uyarak bazı dişlerini çekmiştir. Bir süre sonra hasta tekrar gelmiş ve kalan dolgulu dişlerinin de çekilmesini istemiştir. Ortaya çıkan bir yanlış anlama sonucu hekim,*

işlem tıbbi müdahale olarak değil, ancak hukuka aykırı bir eylem olarak ele alınabilecektir¹³⁵⁶.

Hastanın hekimden açıkça endikasyonu bulunmayan bir müdahaleyi talep etmesinin hastanın müterafik kusuru olarak ele alınmadığı da göz önünde tutulmalıdır. Hekimin konumu ve mesleki bilgisine dayanarak hastayı uyarması ve endikasyonu bulunmayan müdahaleyi gerçekleştirmekten kaçınması gerekmektedir¹³⁵⁷.

Hiçbir tıbbi endikasyonu olmadığı halde, hekimlerden sıklıkla talep edilen müdahalelerden biri de kızlık zarı kontrolü ve onarımlarıdır. TTB Kızlık Zarı Kontrolü ve Onarımında Hekim Tutumu Bildirgesinde, kızlık zarı kontrolünün, rutin ya da sağlık sorununa bağlı tıbbi muayenenin bir parçası olmadığı, hekimlerin, kızlık zarı kontrolü ve onarımı talebini reddetme hakkı olduğu, cinsel saldırı sonucu gelen adli durumlar hariç, kızlık zarı kontrolü taleplerinin geri çevrilmesi ve genital muayene sonuçlarının raporlandırılmaması gerektiği, talepte bulunan hastanın kendisi olsa dahi, hekimin kadını aydınlatarak işlemi reddedebileceği yer almaktadır. Ayrıca bu türden istemlerin, toplumsal kaynakları göz önünde bulundurarak adil dağılımı sağlamak adına da geri çevrilebileceği öne sürülmektedir¹³⁵⁸. Bunun ötesinde, kanunda öngörülmüş koşulları yerine gelmeden gerçekleştirildiğinde,

sadece dolgulu olanları değil, önceden çekmiş olduğu üç dişe ilaveten on bir diş daha çekmiş ve hastanın üst çenesinde diş kalmamıştır. Hastada hiçbir iyileşme olmadığı gibi artık protez kullanmak zorunda kalmıştır. Yerel mahkeme davalının müdahalelerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak değerlendirmiş ve yaralama nedeniyle özgürlüğü bağlayıcı ve adli para cezasına hükmetmiştir. Davalı kararın yeniden incelenmesini istemiş, mahkeme hekimlerin sterilizasyon, estetik ameliyatlara gibi iyileşme amacı taşımayan müdahaleleri de gerçekleştirdikleri ve endikasyon olmaksızın gerçekleştirilen her müdahalenin yaralama olarak ele alınıp alınmayacağı hususlarını da tartışmıştır. Somut olguda olduğu gibi, tıbben hiçbir anlamı ve faydası olmadığı bilinen ve hastanın bilgisizliği ve çaresizliği yüzünden talep ettiği bir müdahalenin gerçekleştirilmesini hukuka uygun bulmamıştır. Mahkeme hastanın rızasının ayırt etme gücüne haiz olmadığını belirterek geçersiz kabul etmiştir. Zira hasta kendisine defalarca dişlerle başağrısı arasında bir ilişki olmadığı anlatılmış olmasına rağmen, içinde bulunduğu tuhaf ruh durumu ve cehaleti nedeniyle gerçeği kavrayabilecek durumda olmadığı ve hekim de bunun ayırımında olduğu halde tıbbi endikasyonu olmayan müdahaleyi gerçekleştirmiştir.” Detaylar ve kararın devamı için bkz. Bundesgerichtshof, Urt. v. 22.02.1978, Az.: 2 StR 372/77, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1978-02-22/2-str-372_77/, <https://dejure.org/Erişim> T: 20.02.2018. Buna karşılık *Saymen ve Elbir*, mağdurun zarara razı olmasının müterafik kusur olarak ele alınacağı görüşündedirler ve bir kişinin dişçiye giderek hiç lüzum olmadan dişlerini söktürmesi ve sonradan dişçiden tazminat talep etmesi durumunda, dişçinin sorumlu olmayacağını belirtmektedirler. SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s: 502.

¹³⁵⁶ LAUFS, Arztrecht, s: 18, kn: 29.

¹³⁵⁷ DETTMEYER, s: 230.

¹³⁵⁸ Türk Tabipleri Birliği, Kızlık Zarı Kontrolü ve Onarımında Hekim Tutumu Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 16.

çalışmamızın önceki bölümünde değinilmiş olan TCK m. 287'deki genital muayene suçunun da gündeme gelebileceği unutulmamalıdır.

Endikasyonu olmayan müdahale taleplerinin hastadan değil de hekimin çalıştığı sağlık kurumundan gelmesi durumunda da, hekimin geri ödeme kurumları ya da çalıştığı hastane gibi kurumların bilimsel bilgiyle gerekçelendirilmeyen istemlerini reddetme ya da uygulamama hakkına sahip olduğu TTB Hekim Hakları Bildirgesinde yer almaktadır ¹³⁵⁹.

3. Endikasyonun Kişinin Durumuna Bağlı Olarak Değişkenlik Göstermesi

Endikasyon değerlendirilirken kişinin durumuna göre, yani olgudan olguya önemli farklılıklar olabilir. Örneğin, sporcuların güçlerini ve başarılarını yapay olarak arttırmaya yönelik ilaç uygulamaları olan dopingde tıbbi endikasyon bulunmazken ve böyle müdahaleler meslek kurallarına ve ahlaka aykırı kabul edilirken, aynı ilaçlar yaşlı insanların vücut kapasitelerini ve yaşam konforlarını arttırmak amacıyla kullanıldığında tıbbi tedavi niteliği arz etmektedir. Yaralı veya hasta bir sporcuya uygulandığında ise bunun hukuka uygun bir müdahale olup olmadığı tartışmalı olmakla beraber, başka bir tıbbi alternatif mevcut değilse, istisnai olarak sadece kısa süreli ve sınırlı olarak uygulanabileceği düşünülmektedir ¹³⁶⁰. Yine menopoz sonrası kadınlarda östrojen hormonu ya da analogları kullanılarak başta kemik erimesi olmak üzere hızlı yaşlanma sürecinin durdurulmasına yönelik önlemler ya da bunların prostat kanserli erkeklerde kullanılması tıbbi endikasyona dayanmaktayken, aynı hormonların abartılmış bir feminen görünüme kavuşma amacıyla kullanılması endikasyonu bulunmayan müdahalelere örnek teşkil edebilecektir. Böyle örnekleri elbette ki çoğaltmak mümkündür.

4. İsteğe Bağlı (Elektif) Sezaryen Sorunsalı

İsteğe bağlı (elektif) sezaryenler, endikasyon tartışmaları bağlamında en dikkat çeken müdahalelerden birini oluşturmaktadır. Gebeler, çok sıklıkla endikasyonu bulunmayan, isteğe bağlı (elektif) sezaryen yönünde talepte

¹³⁵⁹ TTB Hekim Hakları Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010; *İnal* da ilgili mercilerden gelen talepler dışında bu muayenelerin yapılması yönünde bir yükümlülük olmadığına dikkat çekmektedir. İNAL, s: 825.

¹³⁶⁰ LAUFS, Arztrecht, s: 21, kn: 31.

bulunmaktadırlar ¹³⁶¹. Tıbbi endikasyon olmadığı gerekçesiyle sezaryen yapılamayıp sonrasında normal doğum esnasında bebekte herhangi bir nedenle zarar ortaya çıktığı takdirde, hekimlere, doğum sezaryenle gerçekleştirilseydi bu olumsuzlukların yaşanmayacağı yönünde isnatlarda bulunulmaktadır ¹³⁶².

¹³⁶¹ DETTMEYER, s: 230.

¹³⁶² DETTMEYER, s: 230. "Her ne kadar ATK raporunun ayrıntılı bilgi vermekten uzak ve soyut ifadeler içermekte olduğu gerekçesiyle yerel mahkemenin ret kararı Yargıtay tarafından bozulmuş olsa da, konuyla ilgili bir örnek teşkil etmesi nedeniyle: " Davacılar, davacılarından ÇB'nin gebelik sürecini Özel .. Hastanesinde, davalı doktor A.G.'nin kontrolünde geçirdiğini ve müşterek çocukları küçük B'nin 19.08.2009 tarihinde davalı doktor tarafından dünyaya getirildiğini, doktor tarafından normal doğuma karar verildiğini, davacı Ç.'nin normal doğum yapması için doğumhanede uzun süre bekletildiğini, en son sezaryen ile küçük B.'nin anne karnından alınarak derhal ... Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne sevk edildiğini, bebeğin 28 gün boyunca yoğun bakım ünitesinde kaldığını.....nedeni ile doğum sırasında oksijensiz kaldığını, bedenen ve ruhen özürli olarak doğduğunu, başkalarının desteğine ve bakımına muhtaç hale geldiğini, hastane sürecinde sıkıntı yaşadıklarını.....ileri sürerektazminatın ...davalılardan tahsiline karar verilmesini istemişlerdir. Davalılar davacıların iddialarının tıbbi bir tespite dayanmadığını, hekimin normal doğuma karar vermesinin tıp kurallarına uygun olduğunu, normal doğum esnasında anne ve bebeğin hayati tehlikesinin bulunması nedeniyle sezaryene geçildiğini, davalı doktorun yaptığı tıbbi girişimlerin , tıp gereklerine uygun ve tamamen doğru yöntemler olduğunu, hastane koşullarının ise yeterli olduğunu savunarak davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar tarafından temyiz edilmiştir.....Somut olayda, mahkemece, İstanbul Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'ndan 03.04.2013 tarihli rapor alınmıştır. ATK Raporunda sonuç olarak: ' mevcut tıbbi belgelere göre normal doğum kararının doğru olduğu, saat 10 ve 12'de çekilen NST'lere göre çocuk kalp sinsin düştüğünü gösteren bulguların olmadığı, çocuk kalp sesinin düşmesi üzerine sezaryene alınmasının doğru olduğunu, ameliyata alınmasında bir gecikmenin olmadığı, doğum eyleminde egebenin uygun takip edildiği ve Dr. AG'ye kusur atfedilemeyeceği' mütalaa olunmuştur. Mahkemece ATK raporu hükme esas alınarak bebeğin doğumu için önce normal doğum kararı verildiği kararı verildiği halde sonradan gelişen durum üzerine sezaryen kararı verilerek davacı ÇB'nin ameliyata alınmasında davalı doktorun herhangi bir kusurunun bulunmadığı, küçük B'de zor doğum ve doğum sırasında oksijensiz kalması nedeniyle birtakım özürlerin meydana geldiği, bebeğin kalp atışlarının yavaşlaması üzerine annenin acilen sezaryene alınmasına ilişkin doktor kararının tıp kurallarına uygun olması nedeniyle diğer davalı şirketin hizmet kusurundan da söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa ki ATK Raporu'nda, davacı Ç.'nin normal doğum için doğumhaneye alınmasından sezaryen ameliyatına kadar geçen sürecin, hastadaki bulgular da dikkate alınarak olağan olup olmadığı, bebek hareketlerinin azlığı şikayeti ile gelen davacının normal doğuma alınmasının tıp kurallarına uygun olup olmadığı, davalı tanıklarının beyanlarına göre normal doğum için bebeğin başının doğum kanalına girmediğinin farkedimesine rağmen bir süre daha bekletilmesinin mutad olup olmadığı, davacının sezaryene alınması koşullarının hangi aşamada olduğu, doktorun bu noktada bir gecikmesinin bulunup bulunmadığı, yine davalı tanıklarının beyanlarından anlaşıldığına göre davalı doktorun hem poliklinik hastalarına bakıp hem de doğumhane ile ilgilenmesi durumunda hastalarına ve eldeki davada davacıya yeterli ve özenli bir takip bulunup bulunamayacağı.....hususlarında yeterli irdeleme yapılmadığı gibi, ATK raporu ayrıntılı bilgi vermekten uzaktır ve soyut ifadeler içermektedir. Hal böyle olunca rapora itibar edilip hüküm kurulamaz." Yargıtay 13 HD., E. 2014/5060, K. 2014 / 41618, T. 25.12.2014, Kazancı Bilgi Bankası. "Davacılar, davacı ...'nin hamilelik dönemi boyunca davalı doktora muayene için gittiğini ve sezaryen doğumda sakınca görülmeyle evrakları imzaladığını, ancak davalı doktorun inisiyatif kullanarak normal doğum yaptırdığını, bebeğin sağ omzunda ve sağ kolunda zorlamaya dayalı işlevsizlik meydana geldiğini, doğumdan kaynaklı sakatlığın devam ettiğini,....." Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 40425, K. 2015 / 34618, T. 26.11.2015, Kazancı Bilgi Bankası.

"Davacılar, davalı Özel Tıp Merkezinde davacı N.Ç.'nin kız çocuğu dünyaya getirdiğini, davalı doktorun yanlış teşhis, tedavi ve doğum yöntemleri nedeniyle bebeğin boyun kısmında aşırı zorlanma sonucu sinir sistemi tahrip olduğunu, beyinde hasar oluştuğunu, kusurlu davalıların zararı gidermesi

UHK m.153'e 04.07.2012 tarih ve 6354 sayılı Kanun ile eklenen '*Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir. Gerekli tedbirlerin alınmasına rağmen, doğumu takiben anne veya bebekte meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan dolayı hekim sorumlu tutulamaz.*' şeklindeki 3.ve 4. fıkra hükümleri ile de doğumun sezaryen ile yapılabilmesi için tıbbi endikasyonun aranması gerekli olmuştur ¹³⁶³. Anılan

gerektiğini ileri sürerek,.....Somut olayda, dosyada bulunan Adli TıpKurumu 3. İhtisas Kurulu'ndan alınan 28.03.2008 tarihli raporda; ' normal doğuma karar verilip sonradan sezaryene karar verilmesinde sağlık personelinin kusuru bulunmadığı' belirtilmiştir. Bu Rapor' a karşı, davacılar tarafından yapılan tedavilerin tıbben uygun olup olmadığı, doktor ve çalışanların eylemlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, doğum sırasında yapılan işlemlerin doğru olup olmadığının tespiti yönünde itirazlarda bulunmuşlardır." Yargıtay 13 HD., E. 2014 / 12038, K. 2014 / 38357, T. 03.12.2014, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

"Davacılar, Davalı Sivas Anadolu Hastanesinde 13.8.2007 tarihinde K. K. isimli çocuklarının dünyaya geldiğini, doğumun davalı R. Y. tarafından gerçekleştirildiğini, doğumun sezaryen ile yapılması gerekirken önce suni sancı iğnesi vurulduğunu, daha sonra da vakum uygulanmak suretiyle doğumun gerçekleştirildiğini, davalı hastane yetkililerinin bu uygulamayı yaparken onamını almadıklarını, ayrıca doğum yapılırken Yeşim'in büyük acı gerektiğini, halen fiziksel ve psikolojik olarak da iyileşemediğini..." Yargıtay 13. HD, E. 2013/ 31720, K. 2014 / 6920, T. 11.03.2014, Kazancı Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Yargıtay 13 HD, E. 2015 / 34114, K. 2018 / 4160, T. 04.04.2018, Yargıtay Karar Arama İnternet Bilgi Bankası; Yargıtay 13 HD, E. 2016 / 13824, K. 2018 / 3709, T. 29.03.2018; Yargıtay 13. HD, E. 2015 / 15355, K. 2017 / 2174, T. 22.02.2017, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; Yargıtay 13. HD, E. 2015 / 32270, K. 2016 / 24095, T. 22.12.2016; Yargıtay 13 HD, E. 2014 / 12357, K. 2015 / 15386, T. 14.05.2015, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; Yargıtay 13 HD, E. 2014 / 10961, K. 2014 / 29245, T. 25.09.2014, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

¹³⁶³ İndüksiyon başarısızlığı, sefalopoelvik disproporsiyon, ilerlemeyen eylem, fetal distress, ablasyo plasenta, plasenta previa, umbilikal kord prolapsusu, obstrüktif benign ve malign tümörler, aktif genital herpes enfeksiyonu, abdominal serklaj, yapışık ikiz, makat prezentasyonu, mükerrer sezaryen, konjenital majör fetal anomaliler, servikal karsinoma, vaginal kolporafi öyküsü, büyük vulvar kondilom, HIV enfeksiyonu gibi durumlar sezaryen doğumun tıbbi endikasyonuna örnek olarak gösterilebilir. SCOTT, James R, PORTER, T Flint, (Çev. GÜVEN, Süleyman), Sezaryenle Doğum, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, 10.Baskı, Ed. GIBBS, Ronald S. / KARLAN, Beth Y: / HANEY, Arthur F. / NYGAARD, Ingrid (Cev. Ed. AYHAN, Ali), Wolters Kluwer, Lippincott Williams & Wilkins, Güneş Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2010, s: 492; "*Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 18.07.2012 tarihli raporunda 'müteveffanın ölümünün uterus atoni kanaması ve gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelmiş olduğu, öncesinde sezaryen ameliyatı olan kişinin doğumunun sezaryenle yapılma endikasyonunun doğru olduğu, kişinin ölümüne neden olan uterus kanamasının öngörülemez ve önlenemez bir durum olduğu.....' bildirilmiştir. Mahkemece Adli Tıp Kurumu Raporu esas alınarak..."* Yargıtay 13 HD., E. 2015 / 4466, K. 2016 / 9071, T. 30.03. 2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; Her ne kadar esasen endikasyonun varlığına yönelik tespitler değil, normal doğum esnasında omuz takılan olgularda yapılması gereken manevralarda kusur ve eksikliğin bulunup bulunmadığı hususunda yeteli açıklama içermeyen ATK 2. İhtisas Kurulu raporuna dayanarak verilen yerel mahkeme kararının Yargıtay tarafından bozulmasını örnekleyen bir karar olsa da, aynı zamanda endikasyona yönelik değerlendirme açısından uygun bir örnek olması nedeniyle: "*Davamızda doğum sırasında ve sonrasında arızanın meydana gelmesinde ve küçüğün sakat kalmasında davalı doktorun kusurlu olup olmadığının saptanması gerekir. Mahkemece Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu'ndan alınan 17.02.2014 günlü Raporda ' davacının davalı doktor tarafından normal spontan yolla doğum yaptırıldığı, doğan bebeğin sol kolunda brakial pleksus zedelenmesi meydana geldiği, kişide doğum öncesi, doğumun normal yollar dışında gerçekleşebileceğine dair herhangi bir bulguya rastlanmadığı, sezaryen endikasyonunun bulunmadığı, doğum eyleminde uzama veya aksaklık bildirilmediği, söz konusu*

değişikliği getiren kanun maddesinin iptali için AYM'ye yapılan başvuru ise reddedilmiştir¹³⁶⁴

Kanımızca normal doğum yapmaktan korkan, hatta hiçbir neden olmasa bile böyle bir deneyim yaşamak istemeyen kadın, gerekli aydınlatmayı takiben rıza göstermiş olduktan sonra isteğe bağlı sezaryen yoluyla doğum yapabilmelidir. Bununla birlikte bu düzenlemenin, özellikle doğum öncesi sezaryen yönünde açık bir talebi bulunmayan ve tıbben de sezaryen endikasyonu bulunmayan gebelerin, normal doğum sırasında öngörülemeyen bir olumsuzlukla karşılaştığı takdirde, neden sezaryen yapılmadığı yönündeki iddia, şikayet ve davalarına karşı hekimi koruyucu bir işlev gördüğünü de söylemek mümkündür. Bu bağlamda “*Güç doğumlarda tabip, anayı ve çocuğu kurtarmaya gayret eder. Bu gibi hallerde tabip, ailevi mülahazalar ve sair tesirlere kapılmaksızın, ilmin ve fennin icaplarını yerine getirir.*” şeklindeki TDN m.23 hükmünün de göz önünde tutulması gerekmektedir.

bulgularla kişiye normal doğum yaptırılmasının doğru bir yaklaşım olduğu, küçükte saptanan brakial pleksus lezyonunun normal doğum eylemi sırasında tüm özenin gösterildiği durumlarda dahi bebeğin vaginal yoldan çıkartılması sırasındaki manevralara bağlı olarak görülebildiği ve öngörülemeyen ve önlenemeyen bir komplikasyon olarak nitelendirildiği, davalı doktora ve ilgili hastaneye kusur yüklenemeyeceği’ mütalaa edilmiştir.” Yargıtay 13 HD., E. 2015 / 4087, K. 2016 / 7357, T. 09.03.2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

¹³⁶⁴ AnayasaMahkemesi, Esas Sayısı : 2012/103, Karar Sayısı : 2013/105, Karar Günü : 3.10.2013, R.G. Tarih-Sayı : 17.12.2014-29208. “.....Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Bunların yanında hastasının zarar görmemesi ve tedavinin olumlu sonuçlanması için, bilimsel tüm kuralları yerine getirmek, hastanın durumunu ivedi bir şekilde saptamak, mevcut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak ve uygun tedaviyi ivedi bir şekilde belirleyip uygulamak zorundadır. Bu nedenle tedavi yönteminin belirlenmesi temel olarak hekimin görevidir. Bu seçimi yaparken bilimsel kanaatine göre belirleyeceği en güvenilir yolu seçmesi gerekir. Hekimin sahip olduğu bu haklar, aynı zamanda hastanın özgürce bilimsel ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafından tedavi edilme hakkının da yansımasıdır. Dolayısıyla tedavi yöntemini belirleyecek olan hekim, hasta tarafından bilimsel görüşüne aykırı teşhis ve tedaviye zorlanamaz.....Dava konusu kural ile doğumun gerçekleşmesinin iki yönteminden birinin tıbbi zorunluluk kavramına göre hekim tarafından tercih edilmesi öngörülmektedir. Kuralın sınırladığı husus, anne adayının kendi isteği ile doğum yöntemini belirlemesi ve hekime bunu dayatabilmesi ile hekimin de tıbbi zorunluluk olmaksızın bu ameliyatı yapmasıdır. Kural ile hekime, tedaviye ilişkin bilimsel görüşünü ileri sürme ve uygulama konusunda yasal bir dayanak sağlanmıştır. Sezaryen ameliyatını sağlık hizmetlerinden yararlanmaya engel olmayacak biçimde, tıp bilimine göre belirlenecek nedenlerle sınırlayan, bilimin gerekleri dışında herhangi bir yöntem dayatmayan dava konusu kuralın, kadının maddi ve manevi varlığını geliştirmeye engel olduğu söylenemez.....” <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/>, Erişim T: 15.02.2018.

B. Müdahalenin Kontrendike Olması veya Tıbben Zorlayıcı Bir Nedenin Ortaya Çıkması

Kontrendikasyon *contra* ve *endikasyon* kelimelerinden köken almakta olup, endike olmayan, karşı endikasyon anlamına gelmektedir. Endikasyon, tıbben gerekli olan ya da bir müdahalenin yapılmasını haklı kılan unsur olarak ele alındığına göre, kontrendikasyonu da müdahalenin yapılmamasını gerektiren sebep ya da tıbben müdahaleden kaçınılması gereken durum olarak tanımlamak mümkündür ¹³⁶⁵. Bir başka şekilde kontrendikasyon, hastaya zarar verebileceğinden dolayı, bir ilacın, bir prosedürün, bir cerrahi müdahalenin uygulanmaması gereken özel durum olarak tanımlanmaktadır. Kontrendikasyonlar göreceli ve mutlak kontrendikasyonlar olarak ayrılmaktadır. Göreceli kontrendikasyon durumunda, planlanan müdahalenin riskleri ve sakıncaları olmakla beraber, eğer o müdahaleden beklenen faydalar olası riskler karşısında ağır basmakta ise, müdahalenin gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Mutlak kontrendikasyonda ise bir girişim ya da kullanılacak ajan yaşamı tehdit eden bir durum ortaya çıkarabileceği için bu kategorideki bir müdahaleden, tedaviden kesinlikle kaçınılması gerektiği belirtilmektedir ¹³⁶⁶. Bununla birlikte sadece yaşamı tehdit eden durumlar değil, ciddi ve telafisi zor yan etkiler ortaya çıkması ya da yapılacak müdahalenin tıbben ileri derecede anlamsız olması durumunda da mutlak kontrendikasyonların varlığı kabul edilmektedir ¹³⁶⁷.

¹³⁶⁵ Bkz. “*Contraindication: Any special symptom or circumstance that renders the use of a remedy or the carrying of a procedure inadvisable, usually because of risk*” Stedman’s Medical Dictionary for the Health Professions and Nursing, Wolter Kluwer Health, Lippincott Williams & Wilkins, Seventh Edition, USA, 2012, s: 391; “*Contraindication: Any condition which renders a particular line of treatment improper or undesirable*”, Dorland’s Pocket Medical Dictionary, 28 th Edition, Saunders Elsevier, Philadelphia, 2009, s: 195.

¹³⁶⁶ Bazı tedaviler alerjisi olanlarda, yüksek tansiyonu olanlarda, gebelerde istenmeyen ya da tehlikeli etkiler ortaya çıkarabilmektedir Yüksek tansiyonlu kişilerde bazı dekonjestan ilaçlar mutlak kontrendikasyon oluşturmaktadır. Bazı ilaçların bir arada kullanılmaması, örneğin kan sulandırıcı olarak warfarin kullanan bir kişinin eş zamanlı olarak aspirin kullanması göreceli bir kontrendikasyon oluşturmaktadır. MedlinePlus, US National Library of Medicines, <https://medlineplus.gov/ency/article/002314.htm>, Erişim T: 08.01. 2018.

¹³⁶⁷ Örneğin akne tedavisinde kullanılan isotretinoin, doğumsal anomalilere yol açtığı için gebelikte mutlak kontrendikedir. MedlinePlus, US National Library of Medicines, <https://medlineplus.gov/ency/article/002314.htm>, Erişim T: 08.01. 2018; Örneğin erken doğumun durdurulması için uygulanacak tokoliz tedavisinde ciddi preeklampsi, ciddi plasental ablasyon, ciddi kanama, korioamnionit, fetal ölüm, yaşarla bağdaşmayan fetal anomali, ciddi fetal büyüme geriliği, maternal kardiyak aritmiler mutlak kontrendikasyon olarak sayılmaktadır. Bunların bir kısmı anne açısından tehlike, bir kısmı fetus açısından tehlike, bir kısmı her ikisi açısından tehlike oluştururken, yaşarla bağdaşmayan fetal anomali ise her halükarda ölecek olan bir fetusun daha sağlıklı hale gelmesi için gebeliği ileri haftalara kadar sürdürme gayretindeki anlamsızlık ve anneye boşu boşuna tedavi başlamama endişesidir. Tokoliz tedavisinin göreceli kontrendikasyonları ise hafif kronik hipertansiyon, hafif plasental ablasyon, stabil previa, maternal kardiyak hastalık, hipertirodizm,

Bir tıbbi müdahaleye ilişkin göreceli ya da mutlak kontrendikasyonların belirlenmesinde esasen hukuki unsurlardan ziyade tıp biliminin ilkeleri belirleyici olmaktadır. Hekimler görmüş oldukları teorik ve pratik eğitimler sırasında profilaksi, tanı, tedavi, palyasyon, her ne amaçla olursa olsun gerçekleştirecekleri müdahalelerin kontrendikasyonlarını öğrenmekte, yeni olgularla karşılaştıkça deneyimleri artmakta, yeri geldiğinde bilimsel rehber ve diğer kaynaklardan da yararlanmaktadırlar.

Kontrendikasyonlar her hasta için aynı ölçüde geçerli kabul edilmemelidir, zira hastanın somut durumu, mevcut hastalıkları, özgeçmiş ve soygeçmiş verileri, kullandığı ilaçlar gibi çeşitli unsurlar kontrendikasyonların belirlenmesinde rol oynamaktadır¹³⁶⁸. Bir tıbbi müdahalede için kontrendikasyon en baştan mevcut olduğu gibi, sonradan müdahalede esnasında da ortaya çıkabilir; hasta organizmasının vermiş olduğu bir reaksiyon ya da beklenmedik bir olay artık o

kontROLSUZ diabetes mellitus, fetal distress, fetal anomali, hafif intrauterine büyüme geriliği, 4 cm'den fazla dilate olmuş serviks şeklinde sayılmaktadır. CAREY, J.Chris / GIBBS, Ronald S., Preterm Eylem ve Postterm Doğum, (Çev. HİMMETOĞLU, Özdemir / CELTEMEN, Baran), Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, 10.Baskı, Ed. GIBBS, Ronald S. / KARLAN, Beth Y: / HANEY, Arthur F. / NYGAARD, Ingrid (Cev. Ed. AYHAN, Ali), Wolters Kluwer, Lippincott Williams & Wilkins, Güneş Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2010, s: 175. Örneğin açık yarayla gelen bir hastada yaralanma ile başvuru arasında 6 saatten fazla bir zaman geçtiyse, aktif enfeksiyon varsa, ısırik gibi mikrobial bulaş ihtimali yüksek bir yaraysa, yarada aşırı doku gerilimi yaratacak büyük doku kayıpları varsa, yabancı cisim, cansız doku görünümü ve perfüzyon bozukluğu varsa yaranın kapanması kontrendikedir. JONES, Thomas R. / FRITZ, David (6. Basının revizyonu)(çev. GÜNGÖR, Faruk / ŞAŞMAZ, İkbal), Yara Bakımı, Acil Tıp, Güncel Tanı ve Tedavi, Lange, Ed. STONE, C.Keith / HUMPHRIES, Roger, L. ,(Çev. Ed. SATAR, Salim / GÜNEYSEL, Özlem / BEKTAŞ, Fırat), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2012, (467- 487), s. 475; " Nitekim davacıların yakınının myelografide Ultravist 300 isimli preparatın verilmesine bağlı oluşan kontrast madde alerjisine bağlı kardiyopulmoner arrestten öldüğünde kuşku bulunmamaktadır. Dava dosyasında mevcut Adli Tıp Kurumu Baştabipliğinin 15 Mayıs 1995 gün ve karar no 913 sayılı raporlarında özetle; Ultravist ampulü çoğu zaman hafif ve orta derecede geçici ve alerjik reaksiyonlar oluşturabileceği ama zaman zaman ağır ve hayatı tehdit eden reaksiyonlar, periferik vazodilatasyon, hipotansiyon, taşikardi, nefes darlığı, nöroloji komplikasyonları....ölümle sonuçlanabilecek bir tablo oluşturabileceği, prospektüste gerekli uyarının bulunduğu, Ultravist isimli preparatın osmolaritesinin beyin omurilik sıvısında kullanımı için elverişli olmadığı, bu nedenle myelografi tetkiki için uygulanmasının doğru olmadığı, hastaya uygulanmasının tıbbi hata olduğunun kabulü gerektiği, ölümden görevlilerin kusurlu olduğu.....dile getirilmiştir. Mevcut bilgi ve belgelerle davacıların yakınlarının, idarenin ajanlarının hizmeti iyi kuramamaları ve gerekli testler yapılmadan hastaya verdikleri preparatın oluşurduğu kontrast madde alerjisine bağlı kardiyopulmoner arrestten öldüğü kanıtlanmıştır." AYİM 2 D, E. 1995 / 597, K. 1996 / 1146, T. 25.12.1996, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.¹³⁶⁸ "Adli Tıp 1.İhtisas Kurulu'nun 30.03.2005 tarihli raporunda sonuç olarak küçüğün ölümünün genel anestezi uygulanması sırasında gelişen akciğer ödemeine bağlı solunum yetmezliğinden ileri geldiği, yine aynı dosyada alınan Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun 19.10.2005 tarihli raporunda ' küçüğün operasyona hazırlanmasında gerekli tetkik ve incelemelerin yapılmış olup seçilen anestezi metodunun yerinde olduğu, kullanılan anestezi maddelerinin de uygun doz ve nitelikte oldukları, her ne kadar 45 dakika süren operasyonlarda entübe edilerek ventilasyon sağlanmasının tercih edilen bir uygulama olmasına rağmen maske ile ventilasyonun kısa süren operasyonlarda tercih edildiği, ancak bu tür uygulamanın da anestezi prosedüründe kontrendike olmadığı mütalaa edilmiştir." Yargıtay 13 HD., E. 2009 / 1774, K. 2009/ 7756, T.04.06.2009, GÖKCAN, s: 1258.

müdahaleyi kontrendike hale getirebilir. Ayrıca kontrendikasyondan farklı olarak müdahaleyi kesmeye zorlayıcı nedenler de söz konusu olabilir ¹³⁶⁹. Böyle durumları sınırlı sayıda örneklemek mümkün değildir, her hastada, her tür müdahale esnasında gündeme gelebilir. Hekimin, bir tedavinin, müdahalenin, ameliyatın seyri sırasında sona erdirmeye zorlayıcı nedenlerin varlığını fark etmesi, müdahalelerin sona erdirmesini gerektiren en temel, en olağan neden olarak ortaya çıkmaktadır. Tedaviye son vermeyi gerektiren zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde tedavinin kesilmesinin sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olduğu da dile getirilmektedir ¹³⁷⁰. Esasen bu durumun hukuki açıdan pek fazla tartışılacak bir yönü

¹³⁶⁹ Örneğin diseksiyon yapılacak ameliyat alanında genişlemiş bir damar ağı varsa o bölgeye dokunmamak, şayet mevcutsa alternatif teknik kullanmak, yoksa cerrahiye son vermek gerekebilir; kırık olan bölgede kontrolsüz hareketlere yol açacak müdahalede bulunmamak gerekir; çalışılan cerrahi alanda ileri derecede yapışıklık var ve bunları açmak ciddi organ yaralanmalarına yol açacak ise bu müdahaleden kaçınmak gerekir, kan veya kan ürünü nakli reaksiyona yol açıyorsa derhal durdurmak gerekir, vücuda uygulanan herhangi bir tüp, kateter veya herhangi bir cihazın yerinde olmadığı fark edildiğinde o yolla yapılan müdahaleyi kesmek, yeniden doğru yerleştirme yapılana kadar müdahalede bulunmamak gerekir, uygulanan ilaç hipersensitivite oluşturduysa hemen kesmek gerekir, arrest gelişen bir hastada tüm diğer tüm müdahaleleri durdurup yaşam desteğine başlamak gerekir vb.

¹³⁷⁰ Örneğin intravenöz bir sitostatik ilaç enjeksiyonunda, enjeksiyon yerindeki belirtiler damar yolunun doğru açılmamış olduğunu, verilen ilacın doku arasına sızdığını gösteriyorsa hekimin hemen müdahaleyi durdurması zorunluluğu örnek olarak verilmektedir. UHLENBRUCK, L/U, § 58 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 437, kn: 2. Kanımızca *Uhlenbruck*'un bu isabetli örneğini genişletirsek daha uygun olacaktır. Damar yolunun doğru açılmamış olduğunun fark edildiği hastalarda yalnızca sitostatik değil tüm sıvı ve ilaç enjeksiyon ve infüzyonlarını durdurmak gerekmektedir. Yargıtay'ın bir kararına konu olayda ise, her ne kadar tedavinin kesilmesini ve başka bir müdahalede bulunulmasını gerektiren olay doğrudan tedavinin yol açmış olduğu bir etki ya da yan etki olmayıp, klinik tabloyu baskılayarak asıl sorunu düzeltmeye yönelik müdahalede gecikilmesi ise de, bu hususun zorlayıcı bir neden olarak ele alınmasının da yanlış olmadığı kanısındayız. Bu karar ayrıca müdahalenin tıp kurallarına uygun olmasının arandığı yönünde de örnek teşkil etmektedir. “*Davacı, davalıya ait hastanede geçirdiği anjiyo sonucu sağ bacak damarında yırtılma gerçekleştiğini,..... mahkemece hastaya uygulanan prosedürlerin tıp kurallarına uygun olup olmadığı hususunda bilirkişi raporu alınmış, raporda hastanın anjiyodan sonra şikayetleri her geçen gün artarak devam ettiği halde iğne tedavisinin derhal kesilip hastanın ameliyata alınması gerektiği, ancak davalı tarafından bu hususta ihmal gösterildiği tespit edilmiş, dava konusu olay nedeniyle Samsun Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturma kapsamında temin edilen Adli Tıp Kurumu raporunda davacıya yapılan anjiyografinin ve tüm uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğunu beyan etmiştir. Bu noktada mahkemece*” Yargıtay 13 HD., E. 2011/ 15395, K. 2012 / 1074, T. 25.01.2012, GÖKCAN, s: 1245; Yine bir diğer kararda malignitelere yönelik kemoterapilerde bleomisin en korkulan yan etkisi akciğer fibrozis ortaya çıkmış olmasına rağmen tedavinin derhal kesilmediği ve devamında hastanın kaybedildiği iddiasıyla açılan bir davanın söz konusu olduğu görülmektedir: “*Adli Tıp Genel Kurulundan alınan 21.06.2007 tarihli raporda HO'da Hodgkin lenfoma saptandığı ve bu hastalığa yönelik olarak verilen ilaçlar ve dozlarının uygun olduğu, kişide gelişen akciğer fibrozisi ve akciğer enfeksiyonunun tedavinin beklenen komplikasyonları içerisinde bulunduğu.....davacılar ölenin hastalığının tedavisi sırasında Bleomycin adlı ilacın ölümcül etkisinin ortaya çıkmasına rağmen ilaca devam edildiğinden ölümün ortaya çıktığını, yanlış ilaç verildiğini ileri sürerek eldeki davayı açmış olmalarına göre hükme esas alınan Adli Tıp genel Kurulu raporu davacıların iddialarını tam olarak karşılamadığından yeterli değildir. Bu haliyle rapor*” Yargıtay 13 HD., E. 2012 / 10903, K. 2012/ 16138, T. 20.06.2012, GÖKCAN, s: 1270.

olmamakla beraber, müdahalenin tıp biliminin ilke ve kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi kapsamında ele alınabilecek bir unsur olduğunu söylemek mümkündür. Mevcut bir kontrendikasyonu ya da müdahaleyi sona erdirmeye zorlayıcı bir nedeni gözden kaçıran ve müdahaleye başlayan ya da kesmeyip devam ettiren hekim, haliyle tıp biliminin ilke ve kurallarına uygun davranmamış olacaktır.

C. Gerekli Tıbbi Standardın Sağlanamadığı Haller

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de dile getirilmiş olduğu gibi, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için tıp bilimi ve mesleğinin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun şekilde gerçekleştirilmiş olması aranmakta ve bu husus tıbbi müdahalenin bir unsuru olarak da görülmektedir¹³⁷¹. Tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarından tıbbi standart olarak da söz edilmekte ve o an için geçerli olan bilimsel bilginin yanı sıra hekimin tedavi için gerekli klinik deneyimi de tıbbi standart içinde ele alınabilmektedir¹³⁷².

1. Tıbbi Standarda Bağlı Kalma Zorunluluğu

Hekim tedavi özgürlüğü uyarınca uygulayacağı tanı ve tedavi yöntemini seçmekte özgür olsa da, seçtiği ve yaptığı tüm müdahaleler tıp biliminin ilke ve kurallarına, tıbbi standartlara uygun olmalıdır¹³⁷³. Çok ayırık haller dışında, tıbben kabul edilmeyen ya da kanıtlanmamış yöntemlere başvurulmamalıdır. Hekimin özgürlüğü ona ancak tıbbi standart içindeki yöntemlerden birini uygulama imkanı vermektedir. Hekimin seçimi kural olarak bu yöntemlerle sınırlı kalmalıdır. Kendi düşüncesi farklı yönde bile olsa, diğerlerine üstünlüğü açıkça ortaya konmuş yöntem ya da yöntemleri uygulamaktan kaçınmamalıdır; aksi takdirde davranışları tıbbi hata olarak ele alınabilir ve hastanın rıza göstermiş olması da durumu değiştirmez¹³⁷⁴.

¹³⁷¹ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 97, 99; AYAN, s:12; ÇİLİNGİROĞLU, s: 33; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6; GÖKCAN, s: 136; YILMAZ, s 6; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s :38; SÜTLAŞ, s: 82.

¹³⁷² LAUFS, L/U, § 39 Der Arzvertrag s: 18, kn: 16.

¹³⁷³ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 97; LAUFS, L/U, § Die Elemente der Rechtfertigung arztlichen Handelns, s: 57, kn: 2; DURAL / ÖĞÜZ, s: 112, kn: 556; ÜNVER, Tıbbi Standart, s: 37; ÇAKMUT, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s: 6; ÇAKMUT, Hekim Tarafından Tutuklu, s: 235, 236; ÇAKMUT, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s : 38; GÖKCAN, s:136, 137, AYAN, s:12; ÇİLİNGİROĞLU, s: 33; YILMAZ, s 6; SÜTLAŞ, s: 82; ZENGİN, s:43; KAYA, Mine, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 100, Yıl: 2012, s: 51, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-100-1181>, Erişim T: 12.10. 2016.

¹³⁷⁴ TANDOĞAN, Cilt II, s: 417; ÖZDEMİR, s: 43; LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 18, kn: 16.

Tıbbi müdahalenin standarda uygun olup olmadığı belirlenirken aynı koşullarda makul bir hekimin göstereceği davranışın göz önünde tutulması gerekmektedir¹³⁷⁵. Yöntem seçimi konusundaki özgürlük objektif özen yükümlülüğü ile beraber ele alınmalı, gösterilmesi gereken özen de o an geçerli olan tıbbi standarda göre belirlenmelidir¹³⁷⁶. Dolayısıyla hekimin tıp bilimi ve uygulamasının genel kabul görmüş kurallarını bilmesi, tıp alanındaki yenilikleri ve gelişmeleri izlemesi de gerekmektedir¹³⁷⁷.

2. Yaygın Kabul Görmeyen Yöntemlerin Uygulanabilirliği

Kimi zaman genel kabul görmüş klasik bir yöntemden ayrılmayı haklı çıkaran ayırık durumlar da gündeme gelebilir. Hekimin tedavi serbestliği ilkesi uyarınca, klasik tıbbı girmeyen bir yöntemin seçimi, sırf bu nedenle hatalı bir uygulama sonucunu doğurmayacaktır¹³⁷⁸. Bununla birlikte fayda ve riskleri tam olarak ortaya konamamış böyle yöntemlere hekimin güvenmemesi gerektiği düşünülmektedir¹³⁷⁹.

Hekimlerin yalnızca belirli bir azınlığı tarafından uygulanan bir yöntemden hasta için diğer yaygın yöntemlere kıyasla daha belirgin fayda bekleniyorsa, yani somut durum bu yöntemi seçmeyi haklı gösteriyorsa, hasta bu hususta detaylı şekilde aydınlatıldıktan ve açık rızası alındıktan sonra uygulanabilir¹³⁸⁰. Yine, genel kabul görmüş yöntemlerden somut hasta için fayda beklentisinin olmadığı durumlarda, kimi zaman deneme aşamasındaki umut vaat eden tıbbi müdahalelerin de, ağır yan etkiler oluşturma ve hastanın durumunu daha da kötüye götürme olasılığı

¹³⁷⁵ JANDA, s: 320; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 26.

¹³⁷⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 131; Alman uygulamasında da hekimlerden objektif tıbbi standardın beklendiği vurgulanmaktadır. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 99; *“Doktorlar tarafından yapılan ameliyatlara beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilemeyeceğinden, meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz. Yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin kabulü için ölçü, zararı meydana getirenin subjektif niteliklerine bakılmaksızın yalnız orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutlak ihtimamdan ibarettir.”* Yargıtay 13 HD., E. 1974 / 2637, K. 1974 / 2492, T. 14.10.1974, Kazancı Bilgi Bankası. Kaneti de anılan karara dikkat çekmektedir. KANETİ, s: 66.

¹³⁷⁷ AYAN, s.90; BAYRAKTAR, s.148-149; KAYA, s: 52.

¹³⁷⁸ JANDA, s: 320.

¹³⁷⁹ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 118.

¹³⁸⁰ TANDOĞAN, Cilt II, s: 417; ÖZDEMİR, s: 43; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 131.

bulunmuyorsa, hastanın aydınlatılmış ve rıza göstermiş olması koşuluyla uygulanması söz konusu olabilir ¹³⁸¹.

Tedavi amaçlı deneysel uygulamaların sonuçları henüz yeterince değerlendirilmiş olmadığından, en azından yapılan laboratuvar ve hayvan araştırmalarında zararlı olmadığına ortaya konmuş olması ve bilinen yöntemlere göre başarı şansının daha fazla olması ¹³⁸², ayrıca hastanın ya da yasal temsilcilerinin bu yöntem hakkında klasik tıbbi müdahalelere kıyasla çok daha detaylı bir aydınlatmayı takiben rıza vermiş olmaları aranmaktadır. Bu hastalarda özen yükümlülüğü ağırlaşmakta, çok daha yakından izlenmeleri, komplikasyonlara karşı uyanık olunması, beklenmedik bir yan etki ortaya çıktığında tedavinin kesilmesi ve hastanın da bu şekilde yönlendirilmesi gerekmektedir ¹³⁸³. Bununla beraber deneysel aşamada bulunan bir müdahale önceden uygulanmış ve başarılı bir sonuç da elde edilememiş ise, bu müdahalenin tekrar edilmesi, büyük bir hata olarak ele alınmaktadır ¹³⁸⁴.

TDN m.11 ¹³⁸⁵ hükmü ile de kişiler üzerinde deneme amacıyla ne cerrahi ne de kimyasal, fiziksel ve biyolojik ajanların kullanıldığı bir müdahalenin yapılamayacağı öngörülmüş olmakla beraber, bir hastada klasik yöntemlerin faydalı olmadığına ortaya konduğu hallerde, hayvanlar üzerinde yeterince denenmiş ve hastaya faydası dokunacağı ya da en azından geleneksel tedavi yöntemlerine göre daha olumsuz bir sonuca yol açmayacağı muhtemel olan ya da evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar verme olasılığı bulunmayan ve hastayı kurtarmasına kesin gözüyle bakılan tedavi yöntemlerinin uygulanmasına izin verilmiştir.

¹³⁸¹ UHLENBRUCK, L/U, § 44 Der Inhalt des Arztvertrages, s: 388, kn: 9.

¹³⁸² AYAN, s. 13; BAYRAKTAR, s: 164.

¹³⁸³ GÖKCAN, s: 41; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 118, 119.

¹³⁸⁴ DETTMEYER, s:

¹³⁸⁵ TDN m.11: "Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla kimyevî, fizikî veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez. Klâsik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde daha önce, mutata tecrübe hayvanları üzerinde kafi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağına ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağına muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir."

HHY 27. maddesinde, alışılmamış tedavi usullerinin uygulanmasına ilişkin düzenlemede de benzer şekilde, klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi yöntemlerinin hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde yeterli derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı etkilerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi yöntemleri yerine başka bir tedavi usulü uygulanabileceği, ancak bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması gerektiği öngörülmüştür.

Yaşamsal tehlikenin mevcut olduğu durumlarda da, başarısı henüz ortaya konmamış yöntemlerden kaçınılması gerekmektedir. Hekim, uyguladığı tedavi yönteminin yetersiz kaldığını fark ettiğinde, daha etkili bir başka yöntemin olup olmadığını araştırmalı ve gerektiğinde de tedaviyi durdurmalıdır ¹³⁸⁶.

3. Uzmanlık Alanının Etkisi

Uzmanlık alanı da tıbbi standardı belirleme açısından önemli olup, önceden de dile getirilmiş olduğu gibi, pratisyen hekimlerin ya da herhangi başka bir branştan uzman hekimlerin, belli uzmanlık alanlarına giren müdahaleleri gerçekleştirmeleri bakımından genel olarak bir engel bulunmamakla beraber, hastanın ilgili uzmana yönlendirilmesinin mümkün olduğu durumlarda, bunu tercih etmeyip hastaya el attıkları takdirde artık ilgili branş düzeyinde bir standardı da sağlamaları gerekmektedir ¹³⁸⁷.

4. Ortalama Standardın Üstündeki Yeteneklerin Uygulanması Sorunsalı

Hekimin ortalama standardın altına indiği durumlarda, sorumluluğunun doğacağı açık olmakla beraber, bazen, uyması gereken tıbbi standart belirlenirken yalnızca ortalama seviyede bir hekimden beklenen standarda mı bağlı kalmasının, yoksa yaygın olarak kabul gören standart müdahalenin haklı sakıncaları olduğunu öngörmüş ve daha güvenli yollardan haberdar ise, daha üst seviyedeki bilgi ve

¹³⁸⁶ ÖZDEMİR, s: 43.

¹³⁸⁷ JANDA, s: 315; GÖKCAN, s: 97; Simpson v. Davis davasında, hasta üzerinde endodontik bir işlem gerçekleştiren diş hekimi, bu müdahalelerin kural olarak uzmanlar tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle, uzmanların göstereceği tıbbi standartlara tabi tutulmuştur. BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 30.

beceriye mi uygulamasının gerektiği ve bunu yapmadığı takdirde sorumlu tutulup tutulmayacağı sorunsalı da mevcuttur. Üst bir bilgi ve beceri düzeyine sahip bir hekimin, bu standardı uygulaması gerektiği ve yapmadığı takdirde sorumlu olacağı yönünde bir yargı kararından söz edilmekle beraber ¹³⁸⁸, elinden gelenin en iyisini yapmaya çalışan hekimin bu müdahalesi sonucu hastada bir risk geliştiği takdirde, genel kabul görmüş yöntemden neden saptığını açıklama durumunda kalması ve bu yüzden sorumluluğu da gündeme gelebilir. Dolayısıyla elden gelenin en iyisi yapılırken hastanın ilave risklerle karşı karşıya bırakılmaması gerektiği de düşünülmektedir ¹³⁸⁹.

5. Fiziksel ve Teknik İmkanlar

Muayenehane, tıp merkezi, hastane gibi hekimin sağlık hizmeti sunduğu ortamın mekan, malzeme ve teknik donanımı yani fizik koşulları da önem taşımaktadır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde belli müdahaleler bakımından gerçekleştirilecekleri ortamın fiziksel koşullarını açıkça düzenleyen yasal düzenlemelerden söz edilmiş ve örnekler verilmişti. Ancak yasal düzenlemelerle açıkça hüküm altına alınmış olmasa dahi belli bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi ve ayrıca ortaya çıkabilecek komplikasyonlarla baş edilebilmesi için gereken koşullar esasen tıp biliminin ve mesleğinin ilke ve kurallarına göre belirlenecektir.

Bu koşullardaki olası yetersizlikler daha en başından hastanın kabul edilmeyip başka bir kuruma sevkini gerekli kıldığı takdirde, aksi davranışta bulunmak ve hastaya el atmak üstlenme kusuruna yol açabilecektir ¹³⁹⁰. İlerleyen

¹³⁸⁸ Bkz. Toth v. Cmty. Hosp. at Glen Cove, 22 N.Y.2d 255 (1968), ikiz prematüre bebeklere küvöz içi yüksek doz verilmesi nedeniyle birinin sol diğerinin her iki gözünde görme kaybı gelişen olguda, hekimin o gün için çocuk doktorları arasında kabul edilen standart uygulamadan saparak yüksek doz oksijen uygulaması ve bu nedenle görme kaybının ortaya çıkması söz konusu olmakla beraber, bu uygulama ile bebeklerde ağır beyin hasarı önlenmiş ve hayatta kalmışlardır. <https://www.leagle.com/decision/196827722ny2d2551245>, Erişim T: 20.04.2018, BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 35.

¹³⁸⁹ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 37. Alman hukukunda bu konudaki tartışmalar için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 101.

¹³⁹⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 43 Die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 380, kn: 2; JANDA, s: 320. Her ne kadar örnek idarenin hizmet kusuruna ilişkin olsa da, hastane enfeksiyonlarına engel olmak amacıyla ameliyathenenin kapatılmadığı ve hastaların ameliyatlarına devam edildiği olguda Danıştay, hizmet kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmesini yerinde görmemiştir. “...Dava dosyasının incelenmesinden, Sağlık Bakanlığına bağlı İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi Kalp Damar Cerrahisi Kliniğinde 1997 yılı Eylül ayında yapılan ameliyatlardan sonrasında toplam 6 hastanın enfeksiyon nedeniyle öldüğü, şikayetler ve konuya ilişkin yayınlar

bölmelerde ele alınacağı üzere, nasıl ki hekim uzmanlık alanı dışında kalan veya tekniğine vakıf olmadığı bir müdahale talebi ile karşılaştığında, tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğünün sınırlarına dayanıyorsa, aynı şekilde nesnel koşulların, tedaviler, ameliyatlar, anestezi uygulamaları için gerekli kalite standardını karşılamadığı hallerde de müdahalelerin üstlenilmemesi gerekmektedir¹³⁹¹. Her ne kadar ilk anda, hekimin önceden tahmin edeceği bir husus gibi görülmesi de, ameliyatta kullanılan kalitesiz malzemenin yol açabileceği sorunlar ve dolayısıyla bir müdahaleye girişmeden önce sürekli göz önünde ve kontrol altında tutulması gereken bir unsur olduğunu ortaya koyan Yargıtay 13. HD kararı¹³⁹² yanı sıra bir Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararı¹³⁹³ da mevcuttur. Danıştay da kalitesiz malzeme kullanılmasını kusur olarak görmüştür¹³⁹⁴.

üzerine Sağlık Bakanlığınca yaptırılan soruşturma kapsamında düzenlenen 17.10.1997 tarih ve 912-14 sayılı müfettiş raporunda; söz konusu klinik ameliyathane ve yoğun bakım çalışanlarının ifadelerinde, enfeksiyon çıkmasından takriben 3 ay öncesine kadar ameliyathane ve yoğun bakım ünitelerinin havasının dezenfekte edilmediği (formollenmediği) nin ve bu durumdan klinik şefinin haberdar olduğunun belirtildiği, Kalp Damar cerrahisi kliniğinde 10.09.1997 tarihinde ilk mediastinit vakası ve ardından ikinci enfekte vakasının ortaya çıkmasından sonra klinik şef yardımcısının, klinik şefine 'enfeksiyon var, ameliyathaneyi kapatalım' önerisine rağmen ameliyathane ve yoğun bakım ünitelerinin kapatılmayarak açık kalp ameliyatlarına devam edildiği ve dört hastanın daha hastane enfeksiyonu kapmasına neden olduğu sabit görülen klinik şefi hakkında kamu davası açılarak yargılanması gerektiği sonucuna varıldığı..." Danıştay 10 D, E. 2002/ 5068, K. 2002/ 1257, T. 26.04.2002, GÖKCAN, s: 1460.

¹³⁹¹ UHLENBRUCK, L/U, § 43 Die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 380, kn: 1; aynı yönde LAUFS, Arztrecht, s: 276, kn: 483; "olayın bronkospazma bağlı olduğu düşünüldüğünde neden bronkospazmın bu denli tedaviye yanıtız ve ölümcül seyrettiğini anlamanın güç olduğu, bu konuda da çocuk hastalıkları bir hekimden görüş alınmasının uygun olacağı, hastanenin yoğun bakım ünitesi bulunmadığı anlaşıldığından, yoğun bakım ünitesi bulunmayan bir hastanede ameliyat yapılmasının sakıncalı olduğu, sonuç kısmında da mevcut kayıtlara dayanarak hastanın....." Yargıtay 13 HD., E. 2009 / 1774, K. 2009 / 7756, T. 04.06.2009, GÖKCAN, s: 1258.

¹³⁹² " Mahkemece aldırılan 31.03.2006 tarihli Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu raporunda; ' 1- Hastaya yapılan Fako ameliyatı ve yapay lens konulması işleminin tıbbi ve fenne uygun olduğu, 2- halihazırda bugün için bu tür yapay lenslerin piyasalardan toplatıldığı artık satılmadığı ve ameliyatlarda kullanılmadığı, göze konulduktan sonra saydamlığını yitiren bu tür yapay lenslerin ameliyatla çıkarılıp yerine başka yapay lens konulabileceği, adı geçen lensteki bu arızanın dış kaynaklı fabrikasyon imalat hatasından kaynaklandığı ' bildirilmiştir. Mahkemece bu rapora itibar edilerek davalıların ameliyatta tıbbi kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davalılar lenste fabrikasyon imalat hatası bulunduğu dair gerekçeye itiraz etmediklerine göre davacıya takılan lensin ayıplı olduğu anlaşılmaktadır. Davalılar tarafından davacıya ameliyatla takılan lensin riskleri konusunda uyarıda bulunduğu, yani aydınlatılmış rızasının alındığı ya da hasta tarafından özellikle bu lensin takılması konusunda izin verildiği iddia ve ispat edilmediğine göre" Yargıtay 13 HD., E. 2007 / 2942, K. 2007 / 6736, T. 15.05.2007, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

¹³⁹³ "Dosya içeriği ve toplanan delillere göre, davacının 28.02.2001 tarihinde davalı doktor tarafından diğer davalı hastanede ameliyat edildiği, sonrasında karnında şikayetlerinin sürdüğü, en son olarak da 11.02.2002 tarihinde diğer bir hastaneden başka bir doktor tarafından ameliyat edildiği ve alınan parçanın patolojik incelemesi neticesinde, yabancı cisimle birlikte pamuk elyafının tespit edildiği anlaşılmaktadır.....İkinci ameliyat sonrasında çıkarılan numunenin incelendiği, bunun sonucunda İTÜ Makine Fakültesi Tekstil Mühendisliği Bölümü Tekstil ve Konfeksiyon Kalite Kontrol ve Araştırma Laboratuvarının 01.03.2002 tarihli raporunda, yabancı cisimlerle birlikte 4 adet pamuk elyafının

Hastalığın henüz tanı aşamasında hekim, yeterli araç gereç ve diğer tıbbi imkanlara sahip olmaması nedeniyle güvenilir bir tanıya ulaşamıyorsa, tıbbi müdahale sürecini gerektiği kalitede sürdürebileceğini garanti edemiyorsa, daha en başından hastayı başka bir hekim ve hastaneye yönlendirmelidir ¹³⁹⁵. Tedavi süreci boyunca da devamlı kendisinin ve ortamın imkanlarının hastanın tedavisini başarıyla sürdürmeye yetip yetmediğini kontrol etmeli, kendi kişisel yeteneklerinin ve mevcut imkanların yetersizliğini fark ettiğinde de tedaviyi sona erdirerek hastayı refere etmelidir ¹³⁹⁶. Yüksek riskli gebelerin de sevk edilmesi gerektiği belirtilmektedir ¹³⁹⁷.

Hukukumuzda Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 13.maddesinde, köylük bölgelerde sağlık ocağı hekimlerinin tedavi edemedikleri vakaları, güç olması muhakkak bulunan doğumları sağlık merkezine, hastaneye sevki gereken acil vakaları hastaneye yollayacakları, sağlık merkezinde tedavisi mümkün olmayan hastaların veya uzman müdahalesini gerektiren doğumların hastanelere veya doğumevlerine sevk edileceği öngörülmüştür.

belirlendiği anlaşılmaktadır.... Her ne kadar Yerel Mahkemece direnme kararında, davacıda tespit edilen pamuk elyafının hangi ameliyat sırasında bırakıldığı, bunda davalı yanın kusuru bulunup bulunmadığı gibi konular da ayrıca rapor alınması gerekliliğine değinilmişse de, dosya içerisinde bulunan raporlar neticesinde, davacının karnında pamuk elyafının tespit edildiği, davacı tarafın şikayetlerinin davalı taraf tarafından yapılan ameliyat sonrasında ortaya çıktığı, ameliyat yapıldığı dönemde hastanede kullanılan gazlı bezlerin sıvı çektiğinde lime lime oldukları, abseye sebep olan yabancı cismin gazlı bez kalitesindeki düşüklüğe veya imalat hatasına bağlı olduğu hususları belirlendiğine göre, tek başına kalitesiz malzeme kullanılması dahi davalı yanın kusurlu olduğunu göstereceğinden, mahkemece burada artık bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek bulunmamaktadır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 13-2010 / 717, K. 2011 / 129, T. 13.04.2011, GÖKCAN, s: 1183.

¹³⁹⁴ “Çorlu Devlet Hastanesinde sezaryen ile gerçekleştirilen doğum sonrası 18.07.2002 tarihinde taburcu edildiği, 22.07.2002 tarihinde dikişlerin alınmasından sonra dikiş yerleri açılarak iç organlarının bir kısmının dışarı çıktığı, bunun üzerine davacının tekrar ameliyata alındığı ve iki adet dren takıldığı, drenlerin çıkarılması için yapılan tıbbi müdahale sırasında, drenlerden birinin koparak davacının vücudunda kaldığı, kalan drenin çıkarılması için yeniden ameliyat edildiği, dava dosyasında yer alan ve davalı idarece düzenlenen inceleme raporundan, dikişlerin kullanılan ipliklerin kalitesiz ve standart dışı olması nedeniyle koptuğunun anlaşıldığı, bu durumda idarece yürütülen sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesi sonucunda davacının duyduğu elem ve ıstırap nedeniyle 10.000 TL manevi tazminat isteminin kabulü.....” Danıştay 10 D., E. 2009 / 994, K. 2009 / 622, T. 04.02.2009, GÖKCAN, s: 1388.

¹³⁹⁵ UHLENBRUCK, L/U, § 43 Die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 380, kn: 2; JANDA, s: 320. HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 578.

¹³⁹⁶ UHLENBRUCK, L/U, § 58 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 437, kn: 4. Hastanın başak bir hekime refere edilmesi durumunda uzmanlık alanlarına göre değişkenlik gösterebilecek olmakla beraber, yatay işbirliği de gözetilerek, refere eden ve edilen hekimlerin sorumluluklarına yönelik açıklamalar için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 92, 93.

¹³⁹⁷ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 113; Benzer açıklamalar için MEDICUS, Besonderer Teil, s. 155.

a. Objektif Tıbbi Standardın Sağlanabilirliği

Kural olarak her sağlık kurum ve kuruluşunun en iyi tıbbi standarda sahip olması gerektiği, hastanın da taraf olduğu sözleşmeye dayanarak, en modern aletlerin kullanılmasını talep etme hakkının olduğu kabul edilmektedir. Ancak hastanın bu hakkını sınırsız şekilde algılamamak gerekir. Ekonomik nedenlerden ötürü piyasaya çıkan her yeni aletin ve cihazın muayenehaneye veya hastaneye alınması ne mümkün ne de zorunludur. Maddi imkanların da hesaba katılması gerektiğinden, her zaman için mutlaka en yeni ve en pahalı aletlerin bulundurulması beklenemeyecektir. Örneğin sıradan bir devlet hastanesinin standardı genellikle bir üniversite hastanesinden daha düşük olmaktadır. Önemli olan eski araçlarla da amaçlanan tedavinin mümkün olup olmadığı ve gerekli tıbbi standardın sağlanıp sağlanmadığıdır ¹³⁹⁸. Fakat burada hastanın aydınlatılması önem taşımaktadır. Üst düzey bir teknik standart sağlanmadığı takdirde, hastalara mutlaka bu durumun açıklanması ve bu teknik standarda sahip başka bir meslektaşına ya da sağlık kurum ve kuruluşlarına işaret edilmesi ve tercihin hastaya bırakılması gerektiği de belirtilmektedir ¹³⁹⁹.

b. Hekimin Fiziksel ve Teknik Yetersizlikler ile Personelin

Yetersizliklerinden Sorumlu Olması

Sağlık hizmeti ve tıbbi bakım sunumunda, tüm unsurların düzenleyicisi ve sorumlusu olarak nihayetinde hekim kabul edilmektedir. Dolayısıyla yükümlülük ve görev alanı içindeki diğer unsurların eksikliğinden kaynaklanan bir zarar durumunda da hekimin sorumluluğu ön plana çıkmaktadır. Özellikle Amerikan hukuku kaynaklı geminin kaptanı öğretisine göre ¹⁴⁰⁰ ameliyat esnasında ortaya çıkan olumsuzluklar

¹³⁹⁸ Tıbbi standardın sağlanmasında ekonomik imkanların da etkili olduğu Alman hukukunda da dile getirilmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 99; " Davacı, 02.03.2002 tarihli kaza sonrası dirseğinde oluşan kırık nedeniyle davalı doktor tarafından ameliyat edildiğini ve kırığın tellerle bağlandığını, ancak sonrasında tellerin çıkararak deriyi delmeye başladığını, ağrılar oluştuğunu, iki ay sonra tellerin davalı doktor tarafından ameliyatla çıkarıldığını.....Dava konusu olayda davalı doktorun, davacı hastasını ameliyat etmesi sonrasında daha iyi sonuca gidebilecek materyali kullanmadığı ve kullandığı telleri de erken çıkardığı anlaşılmaktadır...." Yargıtay 13 HD., E.2009 /3105, K. 2009 / 11489, T. 13.10. 2009, GÖKCAN, s: 1197. "O nedenle vekil konumunda olan ve doğumu gerçekleştiren / tedaviyi yapan doktorun bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmesi gerekir." Yargıtay 13 HD., E. 2011/ 18256, K. 2012 / 12455, T. 15.05.2012, GÖKCAN, s: 1338.

¹³⁹⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 55 Die Pflicht zur anwendung der medizinischen Technik, s: 430, 431, kn: 2, § 44 Der Inhalt des Arztertrages, s: 387, kn: 6.

¹⁴⁰⁰ Geminin kaptanı öğretisi tıbbi malpraktis hukukunda, kontrolü altındaki yardımcı şahıslarının ve asistanlarının eylemlerinden ameliyatı yapan cerrahın sorumlu tutulduğu bir prensiptir. Ameliyatı

nedeniyle ameliyat ekibinin başındaki cerrahın sorumluluğuna gidildiğinden söz edilmektedir ¹⁴⁰¹. Örneğin ameliyathanenin jeneratörü olmadığı için elektrik kesilmesi durumunda hasta masada kalsa dahi, gerekli önlemlerin alınmamış olduğunu gözetmeksizin ameliyata girişen cerrah özen eksikliği nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. İstenmeyen bu olay gerçekleşmemiş olsaydı ameliyatın cerrah tarafından başarıyla gerçekleştirilecek olması sonucu değiştirmeyecektir ¹⁴⁰². Buradan şöyle bir çıkarıma da varmak mümkündür ki, hekimin mesleki yetkinliğinin tam olması ve kendi gerçekleştirdiği müdahaleler bakımından kusursuz hareket etmiş olması yeterli değildir. Hekim içinde bulunduğu ortama, yani müdahaleyi icra edeceği sağlık kurumunun koşullarına güvenmediği, istenmeyen bir durumun ortaya çıkmaması için ya da beklenmedik şekilde ortaya çıkan komplikasyonlarla tıbben mücadele edebilmek için tüm önlemlerin alınmış olduğundan emin olmadıkça, müdahaleden kaçınma hususunda tereddüt etmemesi gerekmektedir.

Sonuçta hekim, hastayı üstlenirken, tıbbi standardı sağlamak konusunda, yeterli bilgi, tecrübe, donanım ve ekibe sahip olup olmadığını değerlendirmek durumundadır. Hekim bu standardın sağlanamayacağını anladığı takdirde, hastayı imkanların yeterli olduğu bir diğer kuruma yönlendirmelidir. Yeterli bilgi, deneyim, araç, gerece sahip olmaksızın müdahaleye giriştiği takdirde, hatalı tıbbi uygulama nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilecektir ¹⁴⁰³.

D. Tıbbi Müdahalelerin Gerçekleştirilmesi Bağlamında İmkansızlık Hali

1. İmkansızlık Kavramı

Borcu sona erdiren nedenlerden kabul edilen ifa imkansızlığı, borcun doğumundan sonra ifanın elde edilemez hale gelmesi olarak açıklanmaktadır ¹⁴⁰⁴.

yapan cerrahın bu kişileri kontrol etme yükümlülüğü ve talimat verme yetkisi olduğundan, onların eylemlerinden de sorumlu tutulmaktadır. Bu öğretiy özellikle ameliyat esnasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda gündeme gelmektedir. Captain of the Ship Doctrine, Law and Legal Definition, <https://definitions.uslegal.com/c/captain-of-the-ship-doctrine/>, Erişim T: 02.02.2018. Bununla birlikte son yıllarda bu öğretinin de zayıfladığı yönünde bazı görüşler bulunmaktadır. “*Captain of the Ship Doctrine*” Continues to Take on Water, AORN Journal 2001 October, 74 (4), 525-528, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11665386>, Erişim T: 02.02.2018.

¹⁴⁰¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 149, 150; HANCI, s: 170.

¹⁴⁰² SÜTLAŞ, s: 45.

¹⁴⁰³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 578; UHLENBRUCK, L/U, § 43 Die ärztliche Haftung wegen Übnahmeverschuldens, s: 380, kn: 2; JANDA, s: 320.

¹⁴⁰⁴ SAYMEN / ELBİR, 2. Cilt, s: 870; DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s: 7; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 459; ÖZ, Turgut, Borçların Sona Erme Halleri, TBK m. 131-137, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu,

İmkansızlık doğal bir olay ya da bir kişinin fiili şeklinde maddi bir sebepten ya da hukuki bir sebepten kaynaklanabilir ¹⁴⁰⁵. Maddi imkansızlıkta edim gerçekten ortadan kalkmıştır, yok olmuştur. Hukuki imkansızlıkta ise edimin gerçekleştirilmesi fiilen mümkün olmakla beraber, ifanın konusunu teşkil edebilmesi emredici

Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s: 1071, kn: 1; VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 68, s: 93; *Gündoğdu'* ya göre imkansızlık, mantık olarak imkan eksikliği olarak tanımlanabilir. Günlük hayatta gerçekleşebilecek olaylar imkan dahilinde kabul edilebilecek, böylece imkansızlık da, bir şeyin meydana gelebilmesi için gerekli şartların mevcut olmaması olarak ifade edilebilecektir. Öncelikle doğa kurallarıyla bağdaşmayan durumlar imkansızlık yaratacak olmakla beraber, aynı zamanda toplumun bilgi düzeyi ve içinde bulunulan ortam ve zamanın şartları, bilim ve teknolojinin gelmiş olduğu düzey de belirleyici olmaktadır. İmkansızlık kavramının birçok türünden söz edilmektedir. İmkansızlığın ortaya çıktığı ana göre baştaki ve sonraki imkansızlık, neden olan olaya göre gerçek ve hukuki imkansızlık, sorumluluğa göre kusurlu ve kusursuz imkansızlık, edimin etkilenme oranına göre kısmi ve tam imkansızlık, süresine göre sürekli ve geçici imkansızlık olarak çeşitli ayrımlara tabi tutulabilmektedir. GÜNDOĞDU, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, XI Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s: 84, 90. İmkansızlık hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. age, s: 82 vd; Borcun ifasına engel olan imkansızlığı, borcun doğmasına engel olan imkansızlıktan ayırmak gereklidir, çünkü imkansızlık en baştan mevcut olduğu takdirde, ifa imkansızlığı değil, borç ilişkisinin hükümsüzlüğü söz olmaktadır. Bu bağlamda önem taşıyan husus, borcun konusundaki imkansızlığın borç ilişkisinin hükümsüzlüğüne yol açması için, objektif olması yani hiç kimse tarafından yerine getirilememesidir. Fakat borç borçlu tarafından yerine getirilememekle beraber başkaları tarafından yerine getirilmesi mümkün ise o takdirde subjektif bir imkansızlıktan söz edilmektedir. Borç yüklenilirken mevcut subjektif imkansızlığın, sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağı, borçlunun sözleşmeyi yaptığı sırada ifayı gerçekleştiremeyeceğini bilmesi gereken durumlarda TBK m.112' ye göre sorumlu tutulacağı da belirtilmektedir. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 457, 459. İlave bilgi ve açıklamalar için bkz. VON TUHR / PETER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR I, § 31, s: 263; REİSOĞLU, s: 279; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 450; ERGÜNE, Mehmet Serkan / KURŞUN, Ali Suphi, Kesin Hükümsüzlük, TBK. 27, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faru / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 130- 134, kn: 31-38; *Dural* da başlangıçtaki ve sonraki imkansızlık ayrımında sözleşmenin yapıldığı anın esas alındığını belirterek, borçlunun edimi sözleşme yapılırken zaten imkansız idiye ya da ifa zamanında mümkün olmayacağı açık olarak belli ise, başlangıçtaki imkansızlıktan, edim, sözleşmenin kurulduğu zaman mümkün, fakat kuruluşun sonra imkansızlaşmışsa sonraki imkansızlıktan söz etmektedir. DURAL, İmkansızlık, s: 75; Ayrıca bkz. GÜNDOĞDU, s: 91 vd; İmkansızlık hakkında Alman hukukundan açıklamalar için bkz. KAISER, Dagmar, Leistungstörungen, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, s: 309; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 173; FIKENTSCHER, § 43, s: 191 vd; BROX / WALKER, Allgemeines, s: 212, kn: 10, s: 213, kn. 11, 12; (Yazarlar tarafından doğaüstü güçler ve büyü yardımıyla hastanın iyileştirilmesi vaadi başlangıçtaki imkansızlığa örnek gösterilmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 73) Günümüz tıbbi uygulamaları göz önüne alındığında sözleşmeyi en başından hükümsüz kılacak imkansızlık durumları için kişinin yaşlanmasının durdurulması, kopmuş bir omurilik dikilerek felç olan kişinin eski sağlıklı yaşantısına kavuşturulması, doğuştan olmayan bir organın sonradan büyüyüp gelişmesinin sağlanması, bir erkeğin gebe kalmasının sağlanması gibi örnekler verilebilir. Gelecekte böyle uygulamalar belki mümkün olacaktır, ancak günümüz koşullarında sözleşmeyi en baştan imkansız dolayısıyla geçersiz kılacak niteliktedir.

¹⁴⁰⁵ SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s: 40; DURAL, İmkansızlık, s: 8,9, 15 vd; VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 68, s: 94; OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 568; ÖZ, TBK m. 131-137, s: 1071, kn: 2; ÖZ de maddi, hukuki ve ekonomik imkansızlık şeklinde bir ayrım yapmaktadır. ÖZ, TBK. m.112, s: 890, kn: 39; *Medicus'un* da gerçek ve ekonomik imkansızlık şeklinde bir ayrıma gittiği görülmektedir. Ayrıca ilave açıklamalar için de bkz. MEDICUS, Allgemeiner Teil, s:170, 171, 172 ; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s: 1339; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:139, 140, 459 vd; REİSOĞLU, s: 279; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 457.

nitelikteki bir kanun hükmüyle yasaklanmıştır. Hukuki imkansızlık ve maddi imkansızlık birebir örtüşmeyebilir, hukuki imkansızlık bazen daha geniş bazen daha dar kapsamlı olabilir. Fizik ve mantık kurallarına göre imkan dahilinde olan bir olay hukuken imkansız sayılabileceği gibi, mantıken imkansız sayılabilecek bir olayın hukuken olası kabul edilmesi de mümkündür ¹⁴⁰⁶.

İmkansızlık objektif ve subjektif imkansızlık olarak da ayrılmaktadır. Objektif imkansızlık, yalnızca sözleşmenin tarafları değil, her kim olursa olsun herkes için aynı sonucu doğuran bir yerine getirilemezlik durumudur. Oysa subjektif imkansızlıkta yalnızca sözleşmenin tarafları ya da taraflardan birinin edimi yerine getiremeyecek olması söz konusudur, dolayısıyla aynı edimin bir başkası tarafından yerine getirilmesi mümkün olabilir ¹⁴⁰⁷. Subjektif imkansızlığın varlığı halinde, sözleşme geçerli olarak doğmuş kabul edilmekte, ancak borçlu kusurlu olduğu takdirde alacaklıya ifa yerine bir tazminat vermek zorunluluğunda kalmaktadır. İmkansızlık sözleşmenin devamında da ortaya çıkabilir. Borçlunun imkansızlığın ortaya çıkmasında kusuru olabileceği gibi, kusursuz bir imkansızlık durumu da söz

¹⁴⁰⁶ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s: 172; Bu noktada felsefi anlamda imkansızlık ve hukuki anlamda imkansızlık şeklinde bir ayrımın yapıldığı da görülmektedir. Buna göre felsefi anlamda imkansızlıkta, bir olayın fizik ve mantık kurallarına veya doğa kanunlarına göre gerçekleştirilemeyecek olması söz konusu iken, hukuki imkansızlığın bazen daha geniş bazen daha dar kapsamlı olduğu, fizik ve mantık kurallarına göre imkan dahilinde olan bir olayın hukuken imkansız sayılabileceği ya da tersine mantıken imkansız sayılabilecek bir olayın hukuken olası kabul edilebileceği ifade edilmektedir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s: 1212. *Dural'a* göre de, mantıki ya da felsefi imkansızlıkta, mantık kurallarının bir edimin yerine getirilmesini mümkün görmediği haller söz konusudur. Mantığın imkansız saydığı hususları hukuk da imkansız kabul eder. Çünkü edimin yerine getirilmesi herkes için imkansız olmaktadır. Bu imkansızlık çoğunlukla bir doğa kanunundan kaynaklansa da, bazen doğa kanunları bir engel teşkil etmemekle beraber, yine de edimin yerine getirilmesi fiilen imkansız olabilir. Okyanusun en derin yerine düşen bir yüzüğün çıkarılması veya Galata kulesinin satılıp mülkiyetinin devredilmesinin borçlanması gibi. Bunlardan birincisi fiili ikincisi hukuki imkansızlığa örnek teşkil edebilir. Mantıki ya da fiili imkansızlık bağlamında, günlük hayat tecrübelerine göre pratik yönden fiilen yapılamayacak bir hususu imkansız saymak yerinde olacaktır. Bazen de edimin yerine getirilmesine ne mantık ne de fizik kuralları engel olurken, bunu yasaklayan bir hukuk normu varsa, bir başka deyişle kanunun cevaz vermediği bir durumsa, örneğin 10 kg esrarın teslimi, hava hakkı gibi kanunun cevaz vermediği bir aynı hakkın kurulması, benzer şekilde ithal ve ihraç yasakları gibi, hukuki bir imkansızlıktan söz edilebilir. Yine yazara göre, bazı hallerde edim mantıki anlamda imkansızlaşmaz, fakat yerine getirilmesi borçludan beklenemeyecek derecede ağırlaşabilir. Savaş, doğal afetler ve hükümetlerin aldıkları ekonomik tedbirler, savaş sonrası ortaya çıkan ekonomik krizler vb. buna yol açabilir. Borcun yerine getirilmesi o kadar masraflı olur ki, artık borçludan bunu istemek, onun ekonomik olarak çok kötü duruma düşmesine yol açar. Bu gibi durumlarda bir tür hukuki imkansızlık da olmakla birlikte ekonomik imkansızlık olarak da adlandırılmaktadır. Bunların yanı sıra daha detaylı açıklamalar için bkz. DURAL, İmkansızlık, s : 8 vd, s: 17 vd.

¹⁴⁰⁷ SAYMEN / ELBİR, 1. Cilt, s: 41; DURAL, İmkansızlık, s: 80, 81; ÖZ, TBK m.112, s: 888, kn: 37; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:173, 174; NOMER, s. 338; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 173.

konusu olabilir ¹⁴⁰⁸. Ağırlıklı görüş kusursuz imkansızlığın borcu sona erdirdiği yönündedir ¹⁴⁰⁹. Nitekim TBK m. 136'ya göre de, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa borç sona ermektedir ¹⁴¹⁰. Borçlunun kusurlu olduğu imkansızlık halinde ise, az önce de ifade edilmiş olduğu gibi, zararın tazmin edilmesi gündeme gelecektir ¹⁴¹¹.

2. Tıbbi Müdahalelerde İmkansızlık

Her ne kadar Borçlar Hukukunun ifa imkansızlığına ilişkin ilke ve düzenlemelerinin tıbbi müdahaleler bağlamında birebir uygulanmasının mümkün olmayabileceği kanısında olsak da, tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesi bağlamında imkansızlıktan söz edildiğinde, bunun hukuki imkansızlıktan ziyade maddi imkansızlık olarak algılanmasının daha yerinde olduğunu görmekteyiz ¹⁴¹².

¹⁴⁰⁸ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s: 1338 vd; DURAL, İmkansızlık, s: 109; TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 453, 455 vd; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:139; 460 ; REİSOĞLU, s: 280; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 124; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 178, 179, 221; VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 68, s: 93 ve § 71, s: 131 vd.

¹⁴⁰⁹ OĞUZMAN / ÖZ, s: 570; VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 71, s: 131; SAYMEN / ELBİR, 2. Cilt, s: 872; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:139, 460; DURAL, İmkansızlık, s: 109; TUNÇOMAĞ, I.Cilt, s: 453; REİSOĞLU, s: 279; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, Borçlar, s: 124; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 179; İmkansızlığın borcu sona erdirebilmesi için olayda bulunması gereken şartlar, imkansızlığın, sözleşmenin doğumundan sonra meydana gelmiş olması, imkansızlığın temerrüden önce meydana gelmiş bulunması, imkansızlığın doğumunda borçlunun kusurlu bulunmaması, kusursuz imkansızlık hallerinde borçlunun sorumlu olacağına dair sözleşmesel veya yasal bir hüküm bulunmaması olarak açıklanmaktadır. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s. 462.

¹⁴¹⁰ TBK m. 136'nın devamına bakıldığında *"karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür."*

¹⁴¹¹ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:173, 174, 175, 460; BROX / WALKER, Allgemeines, s: 211, 212; Bu noktada, başlangıçtaki imkansızlığın objektif ya da subjektif nitelikte olması borçlunun sorumluluğu bakımından büyük önem taşıırken, sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan kusurlu imkansızlıkta, imkansızlığın objektif ya da subjektif olmasının borçlunun sorumlu tutulabilmesi bakımından önem taşımadığı da belirtilmektedir. Başlangıçtaki subjektif imkansızlık da borçlunun kusurundan ileri gelmiş ya da borçlu böyle bir imkansızlığı bilerek ya da bilmesinin gerekli olmasına rağmen sözleşmeyi yapmış ise yine sorumluluğu gündeme gelecektir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s: 1214. Benzer yönde açıklamalar için VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 68, s: 94, 99; İmkansızlık kavramı, türleri ve sonuçlarına ilişkin daha fazla açıklama için bkz. ÖZ, TBK m. 112, s: 885- 903; ÖZ, TBK m. 131-137, s: 1071 vd; KILIÇOĞLU, s: 838 vd ve s: 1060 vd; EREN, s: 1062 vd; SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 14, 15, 16; Alman hukukundan görüş ve açıklamalar için bkz. LARENZ, Band I, § 8, s: 97 ve § 21, s: 305 vd; BROX / WALKER Allgemeines, s: 210 vd; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 169 vd; İsviçre hukukundan açıklamalar için VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 68, s: 93 vd; Avusturya hukukundan açıklamalar için bkz. KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 42 vd.

¹⁴¹² Bununla birlikte hukuki imkansızlık olarak değerlendirmeye elverişli sorunların da gündeme gelmesi mümkündür. Kanunların bir müdahale açısından bir uzmanın yetkisini açıkça tanımlamış

İmkansızlık hali, ister hekimin kusuru bulunmaksızın ortaya çıkmış, yani kusursuz bir imkansızlık olsun, ister hekimin kusuruna dayansın, artık hasta üzerinde tıbbi müdahalenin gerçekleştirilemeyeceği konusunda kuşku duyulmamalıdır. Nitekim *Oğuzman* ve *Öz*'ün, borçlunun kusuru bulunsa da bulunmasa da, her türlü imkansızlığın borcu sona erdireceği yönündeki görüşü de bu düşüncemizi desteklemektedir ¹⁴¹³. Borçlunun imkansızlığı alacaklıya bildirme yükümünün ¹⁴¹⁴, özellikle hastanın kendine uygun başka bir sağlık kurumu ve hekimi arayabilmesi ve

olduğu hallerde, örneğin küretaj yapılması gereken bir ölü bebek vakasının, kadın doğum uzmanının bulunmadığı bir hastaneye yatışının kabul edilmesi gibi, hukuki bir imkansızlıktan söz edilmesi mümkündür. Bir müdahale için bulunması zorunlu fizik ve teknik koşullar bir yasal düzenlemede açıkça tanımlanmış ve somut müdahalenin gerçekleştirilmesinin planlandığı aşamada yerine gelmemiş veya mevcut iken ortadan kalkmış olduğu takdirde yine bir hukuki imkansızlığın söz konusu olduğu söylenebilecektir; Bu bağlamda *Eren*'in dile getirdiği ahlaki (manevi) ve psikolojik imkansızlık kavramı da önem taşımaktadır. Bu durumda borçlu esasen kaynağını vicdan muhasebesinde bulan bir zorunluluk hali içindedir. Bulaşıcı hastalığın yaygın olduğu bir bölgede hekimden günlük muayenelerini yapmasını istemek de böyle bir imkansızlığa örnek gösterilmektedir. EREN, s: 1066. Yazar, eşi veya çocuğu ölüm döşeğinde bulunan bir kemancıdan konser vermesinin beklenmesi, damadın ölünceye kadar oturma hakkını borçlandığı kayınpeder ve kayınvalidenin kızından boşanmış olması gibi durumları da ahlaki imkansızlığa örnek göstermektedir. Bkz age. Ayrıca, *Serozan*'ı, hekimin faaliyetlerinden söz edilmesinin, doğrudan tıbbi müdahaleler bağlamında değil, diğer işlere ve faaliyetlere de uyarlanabilecek olması varsayımından hareketle tercih edildiğini tahmin ettiğimiz bir örneği de mevcuttur. Bu örneğin, ifa engelleri ile ilişkili bir çok unsuru çalışmamızın özü ve amacıyla birebir örtüşmüyor olsa da, ilginç bir raslantı olduğu ve genel olarak imkansızlık konusuna ışık tutacağı şüphesiz olduğu için bazı bölümlerini birebir alıntılarını tercih ettik: *"İfa engellerinin geçit resmini bir örnek olay çevresinde izleyelim. Her kilitli kapıyı açan bir kod ya da şifre işlevi görebilir bu örnek olay: Hasta A doktor B'yi tedavisi için evine çağırıyor. 1) B kapıyı çaldığında kimse açmıyor: yerine göre ya alacaklı temerrüdü (BK 106) veya alacaklı yüzünden (zamansal) imkansızlık (Kural yok, kuram var!) 2) A, B'yi beklerken evine uğrayan komşusu tıp profesörüne tedavi olup iyileşiyor: Alacaklı yüzünden sonraki imkansızlık. (Kural yok, kuram var!) 3)A, B gelmeden kendiliğinden iyileşiyor:Amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesi (Zweckerreichung) nedeniyle sonraki imkansızlık (Kural yok, kuram var!) 4) A, B gelmeden ölüyor: Amacın ortadan kalkması(Zweckfortfall) yüzünden sonraki imkansızlık. (Kural yok, kuram var!)5) Doktor B, A'nın evine gelirken alkollü olarak araç sürüp kaza yapıyor ve A'yı tedavi demez duruma düşüyor: Borçlu yüzünden sonraki imkansızlık.(BK 112)6) Doktor B, A'nın evine gelirken alkollü başka bir sürücünün kendi arabasına çarpması yüzünden A'yı tedavi edemez duruma düşüyor: Borçlunun elinde olmayan nedenle sonraki imkansızlık (BK 136)......11) B, aslında dahiliyecisi de değil veteriner: Baştan(konuda) subjektif imkansızlık ve buna bağlı olarak a)B'nin garanti sorumluluğunu veya b) kusur sorumluluğunu gerektiren sonraki imkansızlık. Değişik bir görüşe göreyse, baştan (konuda) objektif imkansızlık ve hileli davranış (culpa in contrahendo) nedeniyle güven zararının tazmini (Kural yok, kuram var!) 12) A'nın eşi, doktor B'ye telefon edip onu çağırdığında A ölmüş bulunuyor. A'nın eşi bu acı gerçeği bilebilecek durumda değil: Baştan (konuda) imkansızlık; butlan (BK 27) Bir görüşe göre kıyasen sonraki imkansızlık (BK 112/ 136)" SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), § 11, s: 130, 131, kn: 1.*

¹⁴¹³ OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 570. İmkansızlığın kusursuz ya da kusurlu olması durumunda, hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirememesi nedeniyle sorumlu olup olmayacağı, tazmin yükümlülüğünün gündeme gelip gelmeyeceği ise çalışma konumuzun dışında kalan, sorumluluk hukukuna ilişkin bir husus olduğu için ele alınmamıştır.

¹⁴¹⁴ Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 574; ÖZ, TBK m. 131- 137, s: 1083, kn: 28; DURAL, İmkansızlık, s: 131, 132; VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR II, § 71, s: 131.

göreceli acil durumlarda kendince gerekli önlemleri alıp organizasyonları yapabilmesi bakımından önem taşıdığını düşünmekteyiz ¹⁴¹⁵.

İmkansızlık teşkil edebilecek durumları, tıbbi müdahaleler bağlamında bazı örneklerle açmaya çalışacak olursak, az önce değinmiş olduğumuz başlangıçta var olan objektif maddi imkansızlık durumları bir yana, hekimin imkanları tümüyle yetersiz olan küçük ve ilkel bir sağlık kuruluşunda, örneğin bir sağlık ocağı veya poliklinikte ve /veya gerçekleştirme konusunda herhangi bir bilgi ve deneyimi olmadığı ileri ve özellikli bir müdahale gerektiren hastanın kabul edilmesi halinde, başlangıçtaki maddi subjektif imkansızlıktan söz etmek mümkündür, zira yeterli donanıma sahip bir kurumda ve yeterince ehil bir hekim tarafından aynı müdahale kolayca gerçekleştirilebilecektir. Başlangıçtaki bu imkansızlık durumunun ayırımına varılmaması ve hastaya bildirilmemesinde, kusurun varlığını kabul etmek yerinde olacağı gibi ayrıca hastaya el atıldığı takdirde üstlenme kusuru oluşturacağına da kuşku duyulmamalıdır.

Başlangıçta hukuka ve tıbbın ilkelerine uygun koşullarda başlamış bir süreçte, beklenmeyen ve öngörülemeyen bir şekilde, sıklıkla hastanın somut tıbbi durumunun gerektirdiği müdahale ile hekimin ve/ veya kurumun imkanlarının bağdaşmaması söz konusu olabilir. Örneğin bir kisti çıkarmak için başlanmış bir ameliyatta, önceden tahmin edilemeyen ve edilmesi de gerekmeyen bir şekilde pek çok organa yayılmış bir tümör olduğu saptanırsa, gerekli cerrahi teknik bilgi ve yetenekleri haiz olmayan ekip o ameliyatı sürdüremez ve en zararsız şekilde hastayı kapatmak durumundadır. Ya da örneğin hiçbir yakınması ve eşlik eden patolojisi olmayan genç bir hastada aort yırtılırsa o konuda deneyimi olmayan ekibin uygun müdahalede bulunması imkansızdır ve süreç büyük ihtimalle hastanın ölümüyle sonuçlanacaktır. Bazen de beklenmedik zamanda araya giren fakat bir anda sağlık kurumunun mevcut tıbbi donanım ve personel kapasitesinin tükenmesine ya da sınırlara dayanmasına yol açan çok sayıda yaralanma, zehirlenme vb. gibi acil vakaların toplu olarak başvurusu gibi hadiseler ise sonradan ortaya çıkan imkansızlık durumlarını teşkil edebilir. Mevcut ameliyathane masaları dolu, ameliyathane sürmekte iken serviste izlenen stabil hastada acil cerrahi durum ortaya

¹⁴¹⁵ Nitekim Oğuzman ve Öz'e göre de bu durumda tazmin edilecek zarar, borçlu imkansızlığı ilk uygun zamanda bildirseydi ve/veya zararı azaltıcı tedbirleri alsaydı, alacaklının uğramayacağı zarardır. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 575.

çıkarsa, gereken müdahalenin yapılması yine imkansız olacaktır. Acil serviste zincirleme trafik kazası sonrası getirilmiş on tane ağır travmalı hasta varken hekimin o saate planlanmış acil olmayan bir müdahaleyi öne alması mümkün değildir ¹⁴¹⁶. Keza hiçbir hastanın ameliyatının usulüne uygun şekilde gerçekleştirilip sona erdirilmesi ve derlenmenin sağlanması yeni gelen başka bir hasta için aceleye getirilip eksik bırakılamayacağına, yoğun bakımda yatan hiçbir hasta yeni gelen bir başkasına yer açmak için yoğun bakımdan çıkarılamayacağına, yatarak izlenmesi gereken hiçbir hasta başka bir hastaya yer açmak için erkenden taburcu edilemeyeceğine, yeni gelen bir hasta için mutlak bakıma ihtiyaç duyan önceki hastaların gözden çıkarılmaları söz konusu olamayacağına ve hekim dahil her sağlık personelinin ne kadar yüklenmeyi göze alacak olsalar dahi, fiilen belli bir kapasitenin ötesinde iş yapmaları beklenemeyeceğine göre tıbbi müdahaleler açısından imkansızlık halinin varlığının ve müdahalede bulunma yükümlülüğünü sınırladığının kabul edilmesi gerekmektedir. Aynı şey teknik imkanlar, ilaç ve malzeme açısından da söylenebilir. Eldeki imkanlar tükenmişse kapsamlı bir tıbbi müdahaleye girişilemeyeceği kuşkusuzdur, fakat bu durumun öngörülmemiş ve gereken tedariklerin önceden yapılmamış olması sorun teşkil edebilir. Dolayısıyla kusursuz imkansızlıktan söz edebilmek için önceden öngörülebilir ve önlenebilir durumlar olmaması gereklidir ¹⁴¹⁷. Örneğin Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği ¹⁴¹⁸, Acil Servis Tebliği ve ekleri gibi düzenlemeler sürekli el altında bulunması ve eksikliği durumunda tamamlanması gereken donanımı belirlemektedir. Bu tür alet, cihaz, malzeme ve ilaçlar bakımından şayet tedariklerini imkansız kılacak derecede büyük bir afet durumu söz konusu olmadıkça yokluklarının veya işlevsizliklerinin gündeme gelmemesi gerekmektedir.

¹⁴¹⁶ Kusursuz imkansızlığı doğuran sebeplerin olağanüstü haller ve mücbir sebepler olarak ayrıldığından söz edilmekte ve olağanüstü haller, borçluya yüklenemeyen, önceden öngörülemeyen ve borçlu bakımından borcun ihlalini kaçınılmaz duruma sokan haller ve sebepler olarak tanımlanmaktadır. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:220. Ayrıca olağanüstü hal veya fevkalade hal ve umulmazlık “ *Fevkalade hal, bir borcun ifası şartlarından tevellüt eden ve bu ifaya mani olan borçluya gayri kabili isnat bir hadise*” şeklinde de tanımlanmaktadır. bkz. SAYMEN / ELBİR, Cilt I, s: 730. Örneklere çalıştığımız acil durumlar ve benzeri tabloların öğretide yapılan bu tanımla uyumlu şekilde olağanüstü hal olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.

¹⁴¹⁷ Bununla birlikte, olağanüstü bir hali ileri sürerek borçlunun borcundan kurtulabilmesi için ispat edilmesi gereken koşullar, borcun ifasına engel olan olayın doğumunda borçlunun kusurunun bulunmaması, bu olayın borcun ihlalini, borçlu açısından kaçınılmaz bir duruma sokması, borçlu için böyle bir olayın meydana geleceği önceden bilinemez olması ve olay ile borcun ifa edilemeyeşi arasında bir nedensellik bağı olması şeklinde açıklanmaktadır. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:222.

¹⁴¹⁸ Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği, RG T: 07.12.2006, S: 26369.

Alman hukukundan *Laufs*'a göre de, sadece mümkün olan yerine getirilebilir. “*Nemo ultra posse obligatur*” kimseden imkansız başarıması beklenemez ilkesi uyarınca, hastayı kabul etme yönünde kapasite tükenmiş ise, örneğin bir hastane tümüyle doluysa, cerrahinin uygulanmasına elvermeyecek şekilde aşırı yüklenme durumu varsa, son limitlere gelinmiş ise, gereken tıbbi yardımın sağlanması mümkün olmayacağı için, acil hastayı dahi kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır ¹⁴¹⁹.

Esasen imkansızlık hükümlerinin bir sonucun garanti edilemediği tıbbi müdahalelere ne derece uyarlanabilir olduğu hususunda da tartışmaların varlığından, aksi durumda zaten tıbbi müdahalelere eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekeceğinden de söz edilmektedir ¹⁴²⁰.

Kısmi imkansızlık ve aşırı ifa güçlüğü ¹⁴²¹ durumlarında ise, tıbbi müdahalenin gerekli tıbbi standarda uygun olarak gerçekleştirilmesi büyük ölçüde mümkün olmayacağından, özellikle acil olmayan elektif ve planlanmış müdahalelerden kaçınılması, koşullar tıbbi açıdan güvenli olmadıkça hastaya el atılmaması gerekmektedir. Kendisinden basiretli bir vekilin davranışları beklenen hekimin esasen ifade büyük güçlükler çıkabileceğini öngörmesi ve hastanın reddi dahil uygun önlemleri alması gerektiği de söylenebilir. İmkansızlık durumu geçici ise ¹⁴²² hasta koşullar elverişli hale gelinceye kadar bekletilebilir. Acil hastalarda ise en gerekli acil önlemler olabildiğince alınarak sevkini uygun şekilde sağlanması doğru yaklaşım olacaktır da, sevk, mevcut imkanlarla müdahalede bulunmaktan daha fazla risk taşıdığı takdirde, hekim mesleki özerklik ve tedavi özgürlüğüne dayanarak somut hastanın en yararına olacak kararı verebilmelidir.

¹⁴¹⁹ LAUFS, s: 76, kn: 139. Alman hukukunda imkansızlık durumunda, sözleşmesel karşılıklılığın korunduğu, yapılacak ödemenin kararlaştırılan edimin gerçekleştirilmesine bağlı tutulduğu da belirtilmektedir. Tıbbi müdahale de herhangi bir sebepten imkansız hale geldiğinde artık ne hasta edim yerine getirilmesini ne de hekim kararlaştırılmış olan ücreti talep edebilecektir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 71.

¹⁴²⁰ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 71, 72. Daha fazla açıklama için age.

¹⁴²¹ Bu konuda genel bilgi ve açıklamalar için Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, Cilt I, s: 576 ve 578; ÖZ, TBK 131-137, s: 1087, kn: 1 vd; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt II, s: 1218, 1347; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:177, 467 vd.; DURAL, İmkansızlık, s: 90, s: 128 vd, s: 177 vd; REİSOĞLU, s: 282; MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 179; KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 48.

¹⁴²² Geçici imkansızlık için bkz. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:176; REİSOĞLU, s: 281.

Edim alacaklının kusuru ile de imkansız hale gelmiş olabilir. Bu durumda da borçlunun borcundan kurtulabileceğinden söz edilmektedir ¹⁴²³. Nadiren de olsa hastanın kendi kusurlu eylem ve davranışları nedeniyle, kendini, en azından kısmen ve geçici olarak tıbben müdahale edilemez hale getirmesi söz konusu olabilir. Özellikle hekimce verilen ilaç kullanım dozları, belli bir süre gıda alınmaması, belli konularda perhiz yapılması, belli davranışlarda bulunmaması gibi talimatlara uyulmadığında, müdahaleyi tıbben imkansız ve anlamsız kılan kontrendikasyon tabloları ortaya çıkabilir.

3. Acil Hastaların Müdahalesiz Bırakılmama Zorunluluğu

İmkansızlık durumunda dahi acil hastanın müdahale edilmeden, ortada bırakılmaması gereklidir. Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 39. maddesinde, acil olarak gelen hastalara yeterli personel veya donanımın olmadığı, ilgili birimin veya boş yatağın bulunmadığı, hastanın sağlık güvencesi olmadığı ve benzeri sebeplerle gerekli acil tıbbi müdahaleden kaçınılamayacağını hüküm altına alan bir düzenleme yer almaktadır. Ancak düzenlemenin devamına bakıldığında ¹⁴²⁴ hasta ya da

¹⁴²³ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Cilt II, s:460, dn: 64; Ayrıca kusursuz imkansızlık için bkz. age s: 219 vd; benzer yönde DURAL, İmkansızlık, s: 111 ve borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlığın (kusursuz imkansızlığın) genel şartları ve sonuçları hakkında detaylı görüş ve açıklamalar için bkz. age. s: 119 vd; Alman hukukundan açıklamalar için bkz. MEDICUS, Allgemeiner Teil, s: 224; Avusturya hukukundan KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 47.

¹⁴²⁴ Özel Hastaneler Yönetmeliği m. 39 (Değişik:RG-23/7/2008-26945): "Özel hastanelerde, acil sağlık hizmeti verilmesi ve acil vakaların hastanın sağlık güvencesi olup olmadığına veya ödeme gücü bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kabul edilmesi ve gerekli tıbbi müdahalenin kayıtsız-şartsız ve gecikmeksizin yapılması zorunludur. (Ek cümle:RG-11/7/2013-28704) Hizmet bedelinin tahsiliyle ilgili işlemler, acil müdahale ve bakım sağlandıktan sonra yapılır. Özel hastane, acil olarak gelen hastalara yeterli personeli veya donanımı olmadığı, ilgili birimi veya boş yatağı bulunmadığı, hastanın sağlık güvencesi olmadığı ve benzeri sebepler ile gerekli acil tıbbi müdahaleyi yapmaktan kaçınmaz.(Değişik fıkra:RG-27/5/2012-28305) Acil servise başvuran hastalara, yoğun bakım hizmeti dâhil olmak üzere gerekli ilk müdahalenin yapılması, tedavinin devamı için gerekiyorsa hastanın yatışı yapılarak tedavisinin ve eğer gelişirse komplikasyonların tedavisinin tamamlanması esastır. Hastanın tıbbi durumunun gerektirdiği uzman tabip, tıbbi donanım, müdahale, bakım ve tedavi için gerekli şartların hastanede sağlanamaması durumunda ise, gerekli ilk müdahalenin yapılmış olması kaydıyla, başka bir sağlık kuruluşuna usulüne uygun şekilde sevki sağlanabilir. Acil hastaların ihtiyaç durumunda nakledileceği sağlık kuruluşunun belirlenmesi ve nakil işlemleri Acil Komuta Kontrol Merkezi'nin yönetiminde ve koordinasyonunda yapılır. (Değişik fıkra:RG-22/3/2017-30015) Acil Komuta Kontrol Merkezi, 11/5/2000 tarihli ve 24046 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinde düzenlenen hizmet akışı çerçevesinde en uygun hastaneye hastanın naklini sağlar. Hasta nakil süreci, Ulusal Sağlık Sistemi (USS) üzerinden elektronik ortamda takip edilir. Hastanın durumunun yoğun bakım gerektirmesi halinde nakil, ulaşım süresi göz önünde tutulmak şartıyla, öncelikle boş yoğun bakım yatağı en fazla olan uygun bir hastaneye sağlanır. (Değişik fıkra:RG-22/3/2017-30015) Tüm yataklı tedavi kurumları, Bakanlıkça belirlenen esaslar ve USS çerçevesinde; Sağlık Afet Koordinasyon Merkezi (SAKOM) tarafından Olay Yönetim Sistemi'nde (OYS) tanımlanan olay ile ilişkili olarak ambulans veya kendi imkânları ile gelen başvuruların kimlik, tanı, servis ve tedavi gibi vakıa bilgilerini, boş, dolu ve toplam yatak durumlarını, servislerin seviye

yaralının başvurduğu kurumda yalnızca ilk acil müdahalenin yapılmasının zorunlu olduğu ve devamında hastanın usulüne uygun şekilde imkanların elverişli olduğu başka sağlık kurumlarına sevkedilebileceği de görülmektedir. Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği de, özellikle 14 ve 15. maddeleri, benzeri düzenlemeler içermektedir.

Hekim uzmanlık alanı ne olursa olsun, ya da uzman olmasa dahi, acil durumda gelen hastayı muayene etmek yükümlülüğündedir. Ancak ilk müdahalelerin ardından uzmanlık gerektiren bir durum söz konusu olduğunda hastanın uzman hekim tarafından görülmesi ve gerektiğinde başka bir hastaneye sevkı sağlanacaktır. İlk müdahale yapılmadan hastanın uzman hekim için bekletilmesi veya sevk edilmesi durumunda da sorumluluk gündeme gelebilir ¹⁴²⁵. Hastalar sırf hastanede yer olmadığı ileri sürülerek doğrudan başka kurumlara sevk edilmemelidirler. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 57 uyarınca da “*Ağır ve acil müdahaleyi gerektiren hastalar müracaatları halinde yataklı tedavi kurumlarına sosyal güvencesine bakılmaksızın derhal kabul edilir. Gereken her türlü tıbbi müdahaleler zamanında yapılır, işlemleri daha sonra tamamlanır.*” Ayrıca sevklerin de gelişigüzel yapılmaması ve hastanın yönetmelik ve ASKOM kararları dahilinde tıbbi durumuna uygun hastaneye nakli olarak kendisini kabul edecek en uygun hastaneye nakledilmesi gerekmektedir ¹⁴²⁶.

Acil bir durum ya da tedavi gerektiren akut bir sorun mevcut olduğu takdirde, koşullar stabilize oluncaya kadar hekimin tıbbi bakımı sürdürme yükümlülüğü bulunmaktadır. Gerekli ilk müdahaleler yapıldıktan sonra şayet hastaların çeşitli nedenlerle o kurumda izlenmeleri uygun değilse, koşulları elverişli olan yerlere sevklerinin yapılması yerinde olacaktır. Ayrıca hasta uygun bir hekime sevk edilmediği takdirde de, önceki hekimin öngörülebilir komplikasyonlar açısından sorumluluğu devam edebilecektir ¹⁴²⁷.

bilgilerini, fiilen çalışan nöbetçi hekim listelerini ve ambulansla acile getirilen hastaların tanı ile tedavi bilgilerini, güncel ve doğru olarak komuta kontrol merkezine vermekle yükümlüdür.”

¹⁴²⁵ YENİDÜNYA, s: 70.

¹⁴²⁶ Örnek olarak İstanbul İli Askom Kararları,

http://istanbulsaglik.gov.tr/w/sb/ash/belge/mevzuat/Askom_Kararları, Erişim T: 26.11.2018.

¹⁴²⁷ Longman versus Jasiek (III. App.1980) davasında, çene cerrahisinde uzman bir diş hekimi, opere ettiği bir hasta ile ilişkisini sona erdirmiş ve sonradan enfeksiyon gelişen hastayı aile hekimine refere etmiştir. Aile hekimi enfeksiyon ile başa çıkmada başarılı olamamış ve hasta da diş hekimini, ameliyat sonrası uygun bakımı sağlamamış ya da kendisini uygun şekilde bir çene cerrahına refere etmemiş olduğu için dava etmiştir. Diş hekimi, hastayı uygun şekilde refere etmiş olsaydı, önlenilecek olan komplikasyonlar nedeniyle sorumlu tutulmuştur. Bu olgu, hastayı sadece refere etmiş olmanın

Gerçekten de kimi zaman yalnızca ilk acil önlemlerin alınması sayesinde yaşama tutunabilecek hastaların elverişli bir kurum aramak için geçen süre zarfında kaybedildikleri göz önünde tutulduğunda gerekli asgari acil müdahalenin yapılması kaçınılmazdır, ancak eldeki imkanlar tükenmişse elbette ki hastanın o kurumda daha fazla tutulamayacağı ve sevk edilmesi gerektiği konusunda da kuşku yoktur. Bununla birlikte, ilkyardımın *“herhangi bir kaza ya da yaşamı tehlikeye düşüren durumda, sağlık görevlilerinin yardımı sağlanıncaya kadar, hayatın kurtarılması ya da durumun daha kötüye gitmesini önleyebilmek amacıyla olay yerinde, tıbbi araç gereç aranmaksızın mevcut araç ve gereçlerle yapılan ilaçsız uygulamalar,”* ilkyardımcının ise *“ilkyardım tanımında belirtilen amaç doğrultusunda, hasta veya yaralıya tıbbi araç gereç aranmaksızın mevcut araç ve gereçlerle ilaçsız uygulamaları yapan ilkyardım eğitimi alarak ilkyardımcı belgesi almış kişi”* şeklinde tanımlandığı (İlkyardım Yönetmeliği m. 4 / d ve e) ¹⁴²⁸ ve sıklıkla sağlık çalışanı olmayan bu kişilerin dahi eldeki imkanları değerlendirerek insan yaşamı ve sağlığına önemli katkılar sunabildiği göz önüne alındığında, hekimin her koşulda herhangi bir ilkyardımcıdan çok daha bilgili olduğu varsayılabilir olduğundan, eldeki mevcut imkanları değerlendirme ve kullanma bakımından da çok daha yaratıcı ve etkili olabileceği tahmin edilebilir ¹⁴²⁹. Nitekim bilginin ve teknik imkanların genel anlamda çok daha sınırlı olduğu geçmiş dönemlerde sahra koşullarında sunulmuş olan sağlık hizmetleri göz önünde tutulduğunda, asgaride bile olsa bazı müdahalelerin yapılabileceği düşünülebilir. Demek ki, az önceki açıklamalarımızla da uyumlu şekilde, nerede olursa olsun, hasta ya da yaralı, daha elverişli bir yere transportu sağlanana ya da o yerdeki imkansızlık durumu ortadan kalkana kadar müdahalesiz bırakılmamalı ve eldeki imkanların en efektif şekilde değerlendirilmesi yönünde çaba sarfedilmelidir. Elbetteki böyle afet ya da beklenilmeyen olağanüstü durumlarda ortaya çıkan olumsuzluklarda hekimin içinde bulunduğu koşullar dikkate alınarak sorumluluğun hafifletilmesi ve muafiyetler getirilmesi kaçınılmaz olmalıdır. İlerleyen bölümlerde bu hususa da değinilecektir.

sonradan ortaya çıkabilecek bir terk suçlamasından hekimi korumaya yeterli kabul edilmediğini ortaya koymaktadır. Refere eden hekim sadece hastayı refere edilen hekimin yeterliliği hakkında aydınlatmamış olmaktan değil, sevkini hemen gerçekleştirilmemiş olması nedeniyle ortaya çıkabilecek gecikmeden de sorumlu tutulmaktadır. BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 17.

¹⁴²⁸ İlkyardım Yönetmeliği, RG T. 29.07.2015, S. 29429.

¹⁴²⁹ LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 12.

E. Hasta İçin Tıbbi Müdahaleden Fayda Beklentisinin Olmaması

Bir tıbbi müdahale tümüyle hukuka uygun ve gerekli diğer unsurlar da yerine gelmiş olsa dahi, müdahalede bulunmanın gerekli olup olmadığı hususunda nihayetinde karar verecek olan hekimdir ve yapacağı müdahalenin sonuçlarının hasta için doğruluğu bakımından çelişkiler yaşadığı ve hastaya faydalı olamayacağını öngördüğü ya da insan vücuduna gereksiz yere el atma düşüncesinin onu kararsızlığa sürüklediği durumlarda, müdahaleden kaçınma veya sürdürmeme hakkı bulunmaktadır. Tedavi özgürlüğü de hekime hastanın tedavisini (hastaya müdahaleyi) sürdürme ya da reddetme hakkı tanımaktadır ¹⁴³⁰.

Böyle zamanlarda, tıbbın genel kurallarının ötesinde hastanın içinde bulunduğu somut durum ön plana çıkmakta ve belirleyici olmaktadır. Bir başka ifadeyle, genel olarak o müdahale belli bir klinik tablonun varlığında yaygın şekilde ve başarılı sonuçlar alınarak uygulanmakta iken, somut hastada aynı şekilde faydalı olacağı kuşkuludur ya da hastanın durumuna göre beklenen fayda ile ortaya çıkması muhtemel olumsuz etkiler tartıldığında, beklenen fayda bu olumsuz etkilerin göze alınmasına yetmeyecek derecede azdır. Böyle durumlarda hastaya müdahaleden imtina edilebilir. Hiçbir hekimin, etkisiz ve boşuna olduğu, sonuçsuz kalacağı anlaşılan bir tedaviyi sürdürme yükümlülüğünün bulunmadığı ve buna zorlanamayacağı düşünülmektedir ¹⁴³¹.

Keza “ *primum non nocere (önce zarar verme- zuerst einmal nicht schaden - first, do not harm)*” ilkesi de ¹⁴³², bir tıbbi müdahaleye girişen hekimin dikkatini, öncelikle o müdahalenin yol açabileceği olası zararlara çekme amacı gütmektedir. Hekimin hastaya el atarken yarardan ziyade zarar oluşturabileceği riskli durumlarda öncelikle bu dengeyi göz önünde bulundurması gereklidir ¹⁴³³.

¹⁴³⁰ UHLENBRUCK, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 419, kn: 3.

¹⁴³¹ Barber v. Superior Court of State of California; Nejd v. Superior Court of State of California. California. Court of Appeal, Second District, Division 2., Wests Calif Report. 1983 Oct 12;195:484-94, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648259>, Erişim T: 24.06.2017; MEMMER, s: 2; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 446.

¹⁴³² Yararlılık ilkesi, hekimin hasta aleyhine ortaya çıkabilecek zararları engelleme ve hastayı koruma, meydana gelebilecek zararlar ile beklenen yararlar arasında denge kurma prensibine dayanmaktadır. Zarar vermeme ilkesi uyarınca da hekimin hastaya zarar verecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir. TACİR, s: 51.

¹⁴³³ SMITH, Cedric M. Origin and uses of *primum non nocere*—above all, do no harm!. The Journal of Clinical Pharmacology, 2005, 45.4: 371-377; GIFFORD, Ray W. *Primum non nocere*. JAMA, Cilt: 238.7, Yıl: 1977, s: 589-590; Tıp etiği açısından konuya yaklaşıldığında dört temel ilkenin olduğu görülür.

1. Şifa Umudu Kalmamış Hastalar

Ölmekte olan kişilerde tedavinin sona erdirilip erdirilemeyeceği hususu hekimin karşısına çıkan sıkıntılı durumlardan biridir. Esasen tıbbi açıdan makul olmayan bir tedavinin sonlandırılması ya da sınırlandırılması yönündeki kararlar iyi hekimlik uygulamaları kapsamında ele alınmakla beraber, bunun ne zaman böyle olduğunun saptanması bir başka deyişle zamanlaması sorun teşkil edebilir. Bir başka ifadeyle, hekimin, yaşamı uzatan tedavilere başlamama ya da başlanmış olan tedaviyi sonlandırma hakkı hatta yükümlülüğü ne zaman gündeme gelmektedir ? ¹⁴³⁴.

Bugün için şifaya kavuşturulamayan hastaların neredeyse tüm semptomlarının kontrol altına alınmasını, en ağır durumdaki hastaların bile uzun süre bir tür bitkisel hayat şeklinde yaşatılmasını sağlayacak yoğun bakım imkanları bulunmaktadır ¹⁴³⁵. Bu durumda yaşamı uzatıcı bir müdahaleye hiç başlanmaması ya da başlanmış bir müdahalenin devam ettirilmemesi erken bir ölüme imkan verilmesi anlamına da gelecektir. Uygulanması düşünülen tedavi, tıbbi açıdan şifaya yönelik başarı vaat etmiyorsa ve hastanın öleceği artık öngörülebiliyorsa, tedavinin sonlandırılmasının ötanazi olarak ele alınıp alınamayacağı da tartışmalı bir husustur. Bu durum pasif ötanazi ya da ölüme yardım olarak görülebilmektedir ¹⁴³⁶.

Bunlar özerklik, yarar, zarar vermeme ve adalet ilkeleridir. Mesleklerini icra sırasında hekimler bu ilkeleri gözetme durumundadırlar. SÜTLAŞ, s: 48; Tıp etiğinde yararlı olma ilkesinin mutlak yararlı olmak ve yarar ile zararın dengelenmesi şeklinde iki ayrı ilkeyi kapsadığından söz edilmektedir. Tıbbi müdahaleler gerçekleştirilirken yararlı eylemlerin yanında istenmeyen zararlı eylem ve sonuçların da ortaya çıkma olasılığı zarar vermeme ilkesi bağlamında yarar ve zararın dengelenmesini gerektirmektedir. Yaşamın pek çok alanında olduğu gibi tıbbi müdahaleler esnasında da yardım etmeye çalışılan kimseye zarar verme riski ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle hekimlerin de yarar ve zarar vermeme ilkelerini bir arada göz önünde tutmaları gerekmektedir. Hipokrat geleneğinde de, hastalara en az zarar ile net tıbbi yararı sağlamanın tıbbi ahlaki yükümlülük olduğu belirtilmektedir. METİN, s: 133. Ayrıca Bkz. AYDIN, Erdem, Tıp Etiğinde Temel İlkeler, www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/ilkeler.doc, Erişim T:20.12.2017; NAMAL, s: 14; TACİR, s:51.

¹⁴³⁴ MEMMER, s:2.

¹⁴³⁵ MEMMER, s: 2; NAMAL, s: 11; aynı yöne açıklamalar OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1318.

¹⁴³⁶ Ölüme yardım bakımından aktif ve pasif, doğrudan ve dolaylı, hastanın kendisinin karar verdiği, başkalarının karar verdiği, gönüllü ve gönüllü olmayan şeklinde ayrımlar yapılmaktadır. Gönüllü ve dolayısıyla hastanın kendi kararına dayanan ölüme yardım dendiğinde, ilgili kişinin iradesine uygun olarak yaşamı kısaltan önlemlere başvurulması ya da yaşamın uzatılmasını sağlayan önlemlerden kaçınılması anlaşılmaktadır. Kişinin kendisi artık, dikkate alınır bir irade açıklaması yapabilecek durumda değilse ya da onun iradesi hilafına bir davranış söz konusu ise gönüllü olmayan ve başkalarının kararına dayanan bir ölüme yardım gündeme gelmektedir. MEMMER, s: 2; ayrıca bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Serozan'a Armağan, s: 1319; Ötanazi kavramı, türleri ve ötanaziyi destekleyen ve karşı çıkan yaklaşımlar bakımından detaylı açıklamalar için bkz. NAMAL, s: 11- 43; ALTUNKAŞ, s: 59-99.

kişilik haklarına aykırı olarak onursuz ve sonsuz bir sürece çevirme yükümlülüğü bulunmadığı da ifade edilmektedir ¹⁴³⁸. Bununla beraber, yazar, açık bir irade beyanında bulunamayacak bilinci kapalı hastalarda henüz oturmamış olan bir ölüm sürecinde ise nasıl davranılması gerektiği yönünde bir açıklık olmamakla beraber, genel olarak, hastanın daha önceden tedaviye açıkça karşı koymuş olduğu bilinmiyorsa, bu olgularda yaşam lehine davranılması gerektiği görüşündedir ¹⁴³⁹.

Uhlenbruck, şifa imkanı bulunmayan kötü seyirli hastalıklarda, hastaya acı ve sıkıntı verdiği ölçüde, tamamlayıcı takip ve tedavilerden kaçınılmasını, yapılacak müdahalelerin sadece acıları azaltmaya yönelik önlemlerle sınırlanmasını önermekte, örneğin uzak metastazlar yapmış bir kolorektal karsinomda veya bronş kanserinin yayılımlarında yalnızca palyatif tedavi konseptinin uygulanabilir olduğu yönünde bulgulardan söz etmektedir. Bu durumda hekimin abartılı yöntemlerle hastaya yük olmaktan kaçınması, sadece geri kalan yaşamını belirli bir kalite içerisinde sürdürebilmesine elverişli önlemlerle yetinmesi önerilmektedir ¹⁴⁴⁰.

Tıbbi müdahalelerin amacının illa ki şifaya kavuşturmak değil, aynı zamanda acıları hafifletmek de olduğu göz önünde tutulduğunda, şayet hekim, terminal dönemde ya da iyileşme umudu bulunmayan hastalarda uygulayacağı tedavilerin, onu şifaya kavuşturmayacağı ve gereksiz acı vereceği görüşünde ise, yalnızca hastanın acılarını hafifletecek, yaşam kalitesini yükseltecek önlemlerle de takibe devam edebilir ¹⁴⁴¹. Bununla birlikte, vurgulanması gereken husus, hastanın ölümüne yol açan nedenin tıbbi müdahalenin yapılmaması değil, artık tedaviye cevap vermeyen hastalığının olmasıdır ¹⁴⁴². Uygulanan ağrı kesici tedavilerin yaşamı kısaltabilecek olan yan etkilerinin ise göz ardı edilebileceği belirtilmektedir ¹⁴⁴³.

¹⁴³⁸ MEMMER, s: 2.

¹⁴³⁹ MEMMER, s: 2.

¹⁴⁴⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 43 Die ärztliche Nachsorge und Kontrollpflicht, s: 434, kn: 2.

¹⁴⁴¹ MEMMER, s: 2.

¹⁴⁴² NAMAL, s: 14,15.

¹⁴⁴³ MEMMER, s: 2; TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirgede sözü edilen çifte etki kavramı, iyi sonuç elde etmek niyetiyle yapılan bir eylemin önceden öngörülebilir kötü sonucunun ortaya çıkması ya da eylemin iyi ve kötü olarak değerlendirilebilir iki sonucu içermesi olarak açıklanmaktadır. Ağrıyı, acıyı dindirmek gibi, iyi etki elde etmek niyetiyle yapılan bir eylemin ölümü hızlandırmak, yaşamı sonlandırmak gibi önceden bilinen ancak niyetlenilmeyen kötü etkiyi yaratması çifte etkiye örnek oluşturmaktadır. Bu eylemin etik açıdan insan öldürmek olarak değerlendirilmemesi, hastanın ağrı ve acısını kesmek amacıyla ağrı kesiciler uygulanırken, istenmeyen sonuç olan ölümü hızlandırma etkisinin göz önünde tutulmaması, ancak hastaya uygulanacak olan tedavi nedeniyle ortaya çıkabilecek istenmeyen etkiyi önlemek için gerekli tıbbi

Hekim her ne kadar yaşam beklentisi olmayan hastanın ağrısını, acısını azaltacak müdahalelerde bulunabilecek olsa da, Hipokratik geleneğe de uygun şekilde, hastanın ölümüne yol açacak müdahalelerden kesinlikle kaçınmalıdır ¹⁴⁴⁴. Bu bağlamda intihara yardımın da hem etik olarak ¹⁴⁴⁵ uygun görülmediği hem de TCK bağlamında suç ¹⁴⁴⁶ oluşturduğu hatırd tutulmalıdır ¹⁴⁴⁷. Alman hukukunda, kendi özgür iradesiyle intihara karar vermiş olan hastanın iradesi hilafına onu kurtarmak için tıbbi müdahalede bulunulamayacağı yönünde görüşler olmakla beraber, hekimlerin intihar sürecine katılmaları ve yardım etmeleri ise yasaklanmıştır ¹⁴⁴⁸

önlemlerin de alınması gerektiği ifade edilmektedir. TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirge, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 29.

¹⁴⁴⁴ LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 59, kn: 10; SÜTLAŞ, s: 98; aynı yönde İNAL, s: 824, 825, 827.

¹⁴⁴⁵ İntihara yardım ya da yardımcı intihar ifadesiyle, hekimin hastanın, ölümünü kolaylaştıracak eylemi yapması için hastaya intihar etme yolları hakkında bilgi (etkin ilaç, ölümcül doz gibi) ya da intihar etme araçları (ilaç, karbon monoksit gazı, vb.) sağlayarak kişinin yaşamının başka bir yardıma ihtiyacı kalmaksızın sona erdirilmesi durumu anlaşılmaktadır. Bu durumda, ölmek için yardım isteyen hastaya tıbbi, psikolojik ve sosyal danışmanlık sağlanması, palyatif bakımın geliştirilmesi ile ilgili ulusal düzenlemeler yapılması, kötü prognozu olan ve yaşam niteliği çok düşük olan hastaların onurlu ölüm tercihine saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Hastanın onurlu ölümüne yardım konusunda etik açıdan bilgi sağlamak savunulabilir ise de, hekimlik açısından ölümcül eylemin savunulmaması gerektiği de belirtilmektedir. TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirge, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 30.

¹⁴⁴⁶ TCK m. 84 : “1. Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2. İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 3. Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 4. İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.” İntihara yönlendirme suçu hakkında detaylı bilgi için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 194 vd; ÖZBEK / DOĞAN / KANBUR / BACAĞSIZ / TEPE, s: 170 vd.

¹⁴⁴⁷ SOYASLAN, Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, s: 128; OKTAY ÖZDEMİR, Serozan’a Armağan, s: 1319; Bununla birlikte, örnek her ne kadar hekimin eylemine yönelmemiş ise de, *Tekinay, Akman, Burcuoğlu* ve *Altop* tarafından, zarar görenin rızasının tazminatta indirim ya da tazminatın kalkmasına yol açabileceği hususuna ilişkin örnekte, kişinin merhamet duyguları içinde hastanın ölümüne yardımcı olmasına göreceli müsamahalı yaklaşmaktadırlar. Örnek şöyledir: “*Kanser sancıları içinde kıvrınmakta olan A, yanbaşında duran eski dostu B’ye zehirli bir ilaç vermesi için yalvarıyor. B de A’nın ıstırabına ve yalvarışlarına dayanamayarak ona bu ilacı uzatıyor. Bu takdirde ölenin karısı B’ye karşı tazminat davası açarsa, B’nin hukuka aykırı bir davranışta bulunmasına rağmen, yargıç tazminata hükmetmekten kaçınabilir. Buna karşı zehir içmeyi A’ya tavsiye eden eğer bizzat B ise, durum biraz farklıdır. Bu takdirde B ne kadar temiz duygularla hareket etmiş olursa olsun kuvvetli ihtimalle tazminata mahkum edilecek, fakat tazminatın miktarı indirilecektir. Kısaca zarar görenin muvafakati üzerine tazminatın tamamen kaldırılması veya kısmen azaltılması her özel durumun gereklerine göre kabul ve reddedilebilir*” TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Cilt I, s: 800, 801.

¹⁴⁴⁸ Alman hukukunda intihar hukuken yasaklanmış değildir, bu nedenle intihar girişiminin, dolayısıyla teşvik ve yardımın da cezalandırılabilir olmadığı belirtilmektedir. Ancak bu husus tartışmalı olup, hekimin bir intihar olgusuyla karşılaştığında müdahaleden kaçınması genel yardım yükümlülüğünün ihlali olarak ele alınabileceği gibi, hastayı takip eden hekim açısından ise, yaşamı kurtarma yönündeki garantör pozisyonundan dolayı, ihmal suretiyle öldürme suçu da gündeme gelebilecektir. Ayrıca hastanın intihara girişmesine altta yatan bir psikopatoloji yol açmış olabileceği gibi, hasta bilincini

AİHM'in de, Sözleşmenin kimseye üçüncü bir kimsenin yardımıyla ölme hakkı vermediğini kabul ettiği ve intihara yardımı cezalandırılabilir bulunduğu ifade edilmektedir ¹⁴⁴⁹.

Terminal döneme ulaşmış olsa dahi, son ana kadar hastanın genel vücut bakımının yapılması, hava yollarının açık tutulması ve yeterli sıvı alımı ve beslenmenin sağlanması ise yerine getirilmesi gereken temel bakım kriterleri olarak kabul edilmektedir, ancak, parenteral beslemenin bu kapsamda ele alınıp alınamayacağı tartışmalıdır ve tedavi gibi beslenmenin de sonlandırılabilirliği yönünde görüşler bulunmaktadır ¹⁴⁵⁰.

TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirgede, yaşamı destekleyen tedavilerin zamansız ölümün yanı sıra beklenen ölümü ertelemek amacıyla da kullanıldığı, ancak bu tedavilerin aynı zamanda makul bir insanın yaşamak istemeyeceği bir hayatı dayatmakta ve hastanın ağrı ve acı çekme sürecini uzatmakta olduğu, kronik hastalığın seyrinde hastaya yaşam desteği sağlanması öngörülüyorsa hastanın bu konudaki görüşünün sorgulanması ve karar verme yeterliğini yitirdiği olası durumlar için isteğini açıklamasının sağlanması, hastanın iradesinin bulunmadığı durumlarda vekiline yaşamı destekleyen tedavilerin hastaya olan yararının ayrıntılarıyla açıklanması ve kararlarının sorgulanması, tıbbi yararsızlık söz konusu olduğunda ventilatör desteğinin kesilmesi, yapay beslenme / sıvı desteğinin sonlandırılması,

kaybedip karşı koyamayacak aşamaya geldiğinde de yaşamının kurtarılmasına yönelik müdahalede bulunulması beklenmektedir. Bununla beraber intihara girişen hastayı kurtarmak için el atmanın, tıp hukukunun kimsenin iradesine hilafına tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacağı genel ilkesine ters düştüğü ve böyle durumlarda hekimin garantörlüğünün de reddedildiği ifade edilmektedir. LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, *Arztrecht*, 7. Auflage 2015, kn: 19,20,21,22; Bununla birlikte Federal Mahkemenin hastanın somut durumu ve yaşama döndürmeye yönelik müdahalelerden fayda görüp görmeyeceğini dikkate alarak hekime müdahalede bulunup bulunmama hususunda takdir yetkisi verdiği çok detaylı gerekçelendirilmiş dikkat çekici bir kararı da bulunmaktadır. (Wittig vakası) BGH, 04.07.1984, 3 StR 96/84, <https://dejure.org/>, Erişim T: 20.08.2018. Ancak bu konuda bir görüş birliği bulunmadığı, BGH'nın farklı yönlerde verilmiş böyle kararlarının hekim için koruyucu bir etki oluşturmadığı da belirtilmektedir. LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, *Arztrecht*, 7. Auflage 2015, kn: 22, 23, 25.

¹⁴⁴⁹ DÖLLING, Dieter, *Zur Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen*, Humaniora, Medizin- Recht-Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, KERN, Bernd- Rüdiger / WADLE, Elmar / SCHROEDER, Klaus-Peter / KATZENMEIER, Christian (Hrsg), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, s: 780.

¹⁴⁵⁰ MEMMER, s: 2; ULSENHEIMER, Klaus, *Grenzen der Behandlungspflicht, Behandlungseinschränkung, Behandlungsabbruch*, Referate bei der Sitzung des Arbeitskreises "Ärzte und Juristen", AWMF (Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften) 1996, http://www.awmf.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/aej9601.pdf, s: 2.

hastanın yaşam kalitesi çok düşük ise ve yaşam desteği sağlandığında dahi bu kalite yükseltilemeyecek ise resusitasyon uygulanmaması, özellikle yoğun bakım çalışanlarının yaşayabileceği etik ikilemlerle baş etmelerine yardımcı olacak *yaşamı destekleyen tedavilerin başlanması ya da sonlandırılmasına ilişkin ulusal ölçütler* belirlenmesi ve bu ölçütler hazırlanırken, yaşamı destekleyen tedavilerle elde edilecek olan tıbbi yararın sadece hasta yönünde değil, toplum yönünde de gözetilmesine ilişkin öneriler yer almaktadır ¹⁴⁵¹. Bildirgede ayrıca boşuna tedavi ve canlandırmama ile ilgili önerilere de yer verilmiştir. Buna göre, hastaya önerilen ya da durumu için mümkün olabilen tedavinin yararsız ya da etkisiz olduğu, yaşamın niteliğine çok az katkı sağladığı, beklentilere cevap verme olasılığı taşımadığı ve makul yaşam şansı tanımadığı durumlarda, yapılacak müdahaleler tıbbi açıdan yararsız (boşuna) tedavi olarak değerlendirilmektedir. Özellikle terminal dönemde agresif yaşam destek tedavilerinin hastanın durumunu düzeltme şansı taşımadığı ve fizyolojik bir yarar sağlamadığı, aksine ilave ağrı, acı çekmesine ya da sıkıntı çekme süresinin uzamasına neden olduğu durumlarda, öngörülen tedavinin yapılmamasının etik açıdan savunulabilir olduğu, hastaya önerilecek her tıbbi müdahale açısından, getirebileceği yarar ile verebileceği zarar, oluşturacağı riskler ve katlanılacak külfetin tartılması ve bir denge sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Canlandırmama yani resusitasyona ilişkin olarak hastanın önceden bu yönde bir beyanı olabileceği gibi, tıbben yararsız olduğu durumlarda hekim tarafından da *canlandırmama (do not resuscitate)* ¹⁴⁵² kararı verilebileceği, ancak hekimin bu karar hakkında önceden hasta ve yakınları ile tartışmış olmasının yerinde olacağı, hastanın tıbbi durumu bilimsel açıdan değerlendirildikten sonra canlandırmanın hastaya getireceği tıbbi bir yarar bulunmadığı anlaşılıyorsa, canlandırmama istemine saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir ¹⁴⁵³.

Almanya'da ilk kez 1979'da hekimler, hukukçular ve teologlar, daha önce İsviçre Bilimler Akademisi tarafından yapılan çalışmaları da göz önünde tutarak, Ölüm Yardım Yönetmeliği üzerinde çalışmalar başlatmışlar ve 1993'te Federal

¹⁴⁵¹ Türk Tabipleri Birliği Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirge, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 27.

¹⁴⁵² Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. BAŞTÜRK, Engin, Do - Not - Resuscitate (DNR) Talimatının Temel Etik İlkeler Açısından Değerlendirilmesi, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 11, S 1, s: 12-21.

¹⁴⁵³ TTB Yaşamın Sonuna İlişkin Etik Bildirge, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 28, 29.

Tabip Odası yönetim kurulunca Ölüm Refakat Yönetmeliği kabul edilmiş, bu düzenleme üzerinde çalışmalar ve revizyonlar devam etmiştir ¹⁴⁵⁴. Düzenleme, hasta artık iradesini açıklayacak durumda olmadığına hekimin sözleşmesel yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde ve medikal veya teknik araçlarla sürdürülen bir tedavinin kesilip kesilmemesi hususunda başvurmaya elverişli bir rehber niteliğindedir ¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. UHLENBRUCK, L/U, § 58 Die Pflicht zum Behandelsabbruch, s: 439, kn:5; Richtlinien für die Sterbehilfe, Deutsches Ärzteblatt, Heft 14 vom April 1979; <https://www.aerzteblatt.de/archiv/144908/Bundesaerztekammer-Richtlinien-fuer-die-Sterbehilfe>, Erişim T: 24.10.2017; Düzenlemenin son şeklinin giriş bölümü bu konuda genel ve kapsayıcı bir bakış oluşmasını sağlamaktadır. Buna göre: Hekimin görevi, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını göz önünde tutarak yaşamı ve sağlığı korumak ve yeniden tesis etmek, acıları gidermek ve ölmekte olan kişiye ölüm anında yardım etmektir. Dolayısıyla hekimin yaşamı devam ettirme yönündeki yükümlülüğü her koşulda söz konusu değildir. Diğer hallerde makul olan tanı ve tedaviye yönelik müdahalelerin artık önerilmediği ve sınırlamaların olduğu durumların varlığı söz konusudur. Bu durumlarda palyatif önlemler ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda karar verilirken ekonomik düşüncelerden hareket edilmemesi gerekmektedir. Tıbbi müdahalelerin diğer amaçlarından bağımsız olarak hekim, her durumda temel bir bakımı sağlama yükümlülüğündedir. İnsan onuruyla bağdaşır koşullarda konaklama, ilgi, vücut bakımı, acıların, nefes darlığının, bulantı hissini azaltılması, açlık ve susuzluk duygusunun tatmini bu temel bakımın kapsamındadır. Bir müdahalenin türü ve derecesi tıbbi endikasyona göre hekim tarafından belirlenir. Hastanın iradesinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Hekim hastanın bakımında yer alan ekip arkadaşlarıyla uzlaşma arayışında olmalıdır. Aşık olan ölüm süreci yaşamda tutucu yapay önlemlerle uzatılmamalıdır. Şayet hastanın iradesi de bu yönde ise, ölüm sürecine, bazı müdahalelerden kaçınılarak, başlanmış olan bazı tedaviler sınırlandırılarak ya da sona erdirilerek, imkan sağlanabilir. Yapay gıda ve sıvı ile besleme de bu kapsamdadır. Buna karşın hastanın öldürülmesi onun iradesine dayanarak gerçekleştirilse dahi suçtur. Hekimin intihara yardım yükümlülüğü ve görevi de yoktur. Bu ilkeler hekim için bir oryantasyon oluşturmali, ancak somut durumda hekim kendi sorumluluğunu taşımalıdır. Butün kararlar somut durumun koşulları göz önünde tutularak verilmelidir. Şüpheli durumlarda etik danışmanlık yararlı olabilir. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt | Jg. 108 | Heft 7 | 18. Februar 2011, http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Sterbebegleitung_17022011.pdf, Erişim T: 24.10.2017; ayrıca bkz. LAUFS, Arztrecht, s: 164, kn: 304 vd.

¹⁴⁵⁵ UHLENBRUCK, § 58 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 439, kn: 5. Bunun yanı sıra, Alman ve Amerikan hukuklarında geçerli bir uygulama olarak kabul edilen hasta vekaletinden çalışmamızın önceki bölümlerinde de söz edilmiş idi. Hasta bilinci kapalı ya da sorumluluğunu almış şekilde açıkça irade açıklamasında bulunabilecek durumda değilse, hekimin öncelikli olarak hastanın tedavinin devamı ya da kesilmesi hususunda bir kişiyi açıkça yetkilendirmiş, vekalet vermiş olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Kişinin bilincinin kapalı ya da ayırt etme gücüne sahip olmadığı, dolayısıyla sağlık durumu ile ilgili olarak karar verme yetisinin bulunmadığı ya da kaybedildiği hallerde, başka bir kimseyi bu hususta yetkilendirmesi, ona vekalet vermesi mümkündür. İlave açıklamalar için bkz. Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, <https://www.wegweiser-demenz.de/informationen/rechte-und-pflichten/vollmacht-und-testament/vorsorgevollmacht.html>, Erişim T: 24.10.2017. Ancak bu vekaletin geçerli olması için vesayet mahkemesinin de onayına ihtiyaç bulunduğu ve örneğin beyin hasarıyla seyreden bir sendrom durumunda, vesayet mahkemesinin hastanın tedavisinin ya da beslenmesinin kesilmesi yönündeki talepleri muhtemelen onaylamayacağından söz edilmektedir, UHLENBRUCK, L/U, § 58 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 440, kn: 7. Bunun yanı sıra hasta üçüncü bir kişiye sağlığı hakkında karar vermesi için bir vekalet vermek yerine hekimler ve hastaneler açısından bağlayıcı kabul edilen bir hasta vasiyeti ya da talimatı düzenlemeyi de tercih etmiş olabilir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde, hasta talimatına ilişkin de açıklamalar yapılmış idi. Şayet böyle bir

2.Tedaviye Cevap Vermeyen Olgular

Her ne kadar müdahalenin hastaya fayda sağlamayacağı kanısı sıklıkla terminal evre malign hastalıklar, ileri evre demans ve diğer nörolojik hastalıklar, çeşitli nedenlerle uzun süredir yoğun bakımda yatan ve ağır sistemik bozukluklar gelişmiş hastalar gibi yaşam beklentisinin düşük olduğu olgular açısından gündeme gelse de, yaşamsal bir risk içinde olmayan ve mevcut tıbbi durumun çok ciddi bir sağlık sorunu oluşturmadığı olgularda da tıbbi müdahalenin yapılıp yapılmaması yönünde belirsizlikler ortaya çıkabilmektedir. Burada öne çıkan husus, hastanın artık şifaya kavuşamayacağı ve yaşamını sürdüremeyeceği yönündeki umutsuzluk değil, yapılması düşünülen müdahaleden fayda beklenmemesi, tıbbi bakımdan istenen sonuca ulaşma, başarılı olma olasılığının yok ya da çok düşük olmasıdır. Hastanın beklenti ve ümitleri sürmekle beraber, hekimin gözünde tablo aynı derecede ümit verici olmayabilir. Hekimin bu durumlarda hastaya el atmaktan, onu izlemekten tümüyle vazgeçmesinin, bir anlamda fayda sunamayacağına inandığı hastayı reddetmesinin mi ya da tıbbi müdahalede bulunmak kendine anlamsız gelse dahi, hastayı yine de müdahalede bulunmayı tercih edecek başka hekimlere refere etmesinin mi daha doğru olduğu bir sorunsal teşkil edebilir.

Örneğin yaşamsal açıdan hiçbir sakıncası olmayıp buna karşılık sosyal bakımdan büyük önem taşıyan infertilite olgularında başvuru yardımcı üreme tekniklerinin uygulanması sırasında benzeri sorunlar gündeme gelebilmektedir. Gebelik oluşma olasılığı yok denecek kadar az olan veya yapılan çok sayıda deneme ile herhangi bir sonuç elde edilememiş olguların tedavisine daha ne kadar devam edileceğinin kararı hekimleri zor durumda bırakmaktadır¹⁴⁵⁶. Yine travma ya da doğuştan veya edinilmiş bazı hastalıklar nedeniyle başta hareket olmak üzere bazı

hasta talimatı (hasta vasiyeti) mevcut ise, hekim hastanın burada yazılı olarak dile getirmiş olduğu istekleriyle bağlıdır ve bunları göz önünde tutmaktan imtina ederse, hastanın kararıyla değil kendi kararıyla müdahalede bulunduğu için yaralama suçundan dolayı cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir (§ 223 StGB) UHLENBRUCK, L/U, § 58 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 441, kn: 8.

¹⁴⁵⁶ Çünkü çiftlere, özellikle kadına uygulanan hormonal tedaviler organizma üzerinde çeşitli yan etkiler oluşturmakta, kadının yumurtalık rezervlerinin tükenmesini kolaylaştırmakta, çiftlerin zaman ve paraları ister istemez harcanmakta ve genel bir kaynak israfına yol açmaktadır. Özellikle de bu çiftlerin önceden sahip oldukları ortak veya birine ait çocukları da mevcut ve istenen gebelik yalnızca bazı toplumsal beklentileri karşılama amacı gütmekte ise, fayda beklentisi olmayan böyle müdahalelerin de kanımızca sona erdirilmesi gerekmektedir. Infertilite tedavilerinde esasen tıbbi endikasyon bulunmayıp böyle müdahaleler psikolojik ve sosyal endikasyonlara dayanmakta ise de, tıbben sonuç elde etme beklentisi kalmamış olgularda, anlamsız bir tedaviye devam etme çabası etik olarak da yerinde gözükmemektedir.

yeteneklerin yitirilmiş olduğu olgularda, yıllarca rehabilitasyon uygulamalarına devam edilmekle beraber, kalıcı bir sonuç alınamayan olgularla hiç de nadir olmayarak karşılaşmaktadır. Bu tür olgularda tedaviye devam edilsin mi yoksa hasta kendi haline mi bırakılsın sorunsalı seyrek olmayarak gündeme gelmektedir. Böyle örnekleri çoğaltmak mümkündür ve sıklıkla da boşuna tedavi teşkil ettikleri düşünülmektedir.

Fizyolojik bir etki oluşturmayacak olan tedavi, etkili olması büyük olasılıkla beklenmeyen tedavi, sadece düşük düzeyde, anlamlı olmayan bir sonuç doğuracak olan tedavi, yararlı olmaktan ziyade külfetli olma olasılığı daha yüksek olan tedavi, denenmemiş olduğu için tümüyle tartışmalı olan tedavi, etkililik, potansiyel yarar ve potansiyel yük hesaplandığında tedaviyi sonlandırma ya da tedaviyi başlatmamayı gerektiren tedavilerin tümünün yararsız tedavi kavramı altında ele alınabileceği düşünülmektedir ¹⁴⁵⁷.

Nitekim TDN m. 20'ye göre, tabip ve diş tabibi, hastaya faydasızlığını bildiği bir ilacı, aynı şekilde, mali durumları elverişli olmayan hastalara, mutlak zorunlu olmadıkça, pahalı teselli ilaçları vermemeli, hastaya gereksiz veya füzuli masraflar yaptırmamalı, faydası olmayacağına ve hastanın mali gücünün yetmeyeceğini bildiği bir tedaviyi tavsiye etmemelidir ¹⁴⁵⁸. HMEK'nın gereksiz harcama yaptırma yasağı başlıklı 30.maddesinde de, hekimin, hastasının parasal durumu ne olursa olsun, kesin zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçlar ve yöntemler öneremeyeceği, hastaya gereksiz harcamalar yaptıramayacağı ve yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi veremeyeceği öngörülmüştür.

3. Ağır Özürlü Yenidoğanlar

Ağır özürlü yenidoğanlara ne ölçüde müdahale edilmesi gerektiği noktasında da sorunlar olduğu, böyle çocukların da tıbbi müdahale yükümlüğüne sınır teşkil ettiği ileri sürülmektedir ¹⁴⁵⁹. Tıbbın bu kadar gelişmediği önceki dönemlerde ağır

¹⁴⁵⁷ ACAR, Volkan H., Yararsız Tedavi (Futile Treatment), Türkiye Biyoetik Dergisi, 2016 Volume: 3, No: 2, s: 75, İngilizce'de futile treatment olarak adlandırılan yararsız tedavi kavramı hakkında daha detaylı bilgi ve öneriler için bkz. age.

¹⁴⁵⁸ Öğretide de bu hükme dikkat çekilmektedir. Bununla birlikte yazar, hekimin, hastanın mali gücünün ne olduğu ya da olacağı hususunda tam olarak fikir sahibi olamayacağı için, hükmü bu haliyle uygulamanın adaletsiz sonuçlara yol açabileceği, dolayısıyla her hastanın tedavi alternatifleri konusunda eksiksiz olarak bilgilendirilip tercihin onlara bırakılması gerektiği görüşündedir. ÇAVDAR, s: 749.

¹⁴⁵⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 421, kn: 13.

özürlü çocuklar doğumdan kısa bir süre sonra ölüyorlardı. Ancak tıptaki ilerlemeler artık böyle çocukların da yaşamda kalmasına imkan vermektedir. Ortaya çıkan sorunsal ise, tıbben mümkün olsa dahi, böyle çocukları yaşatmaya yönelik müdahalelerin yapılmasının hukuken de gerekli olup olmadığı, bir başka ifadeyle hekimin bu müdahalelerden kaçınıp kaçınamayacağı noktasındadır ¹⁴⁶⁰.

Taşıdıkları anomalinin, özrünün türüne ve ağırlığına göre değişkenlik göstermekle beraber, esasen günümüz koşullarında da böyle çocukların bir bölümü doğumdan kısa süre sonra ölmektedir ¹⁴⁶¹. Bununla beraber, yaşamla bağdaşır nitelikteki anomalilerde, sunulan uygun tıbbi bakımın da eşliğinde, yenidoğanın yaşama tutunması, bebeklik ve hatta çocukluk dönemlerini dahi atlatarak yaşama devam etmesi de mümkündür. Yenidoğanlarda karşılaşılan eksikliklerin, özürlerin olgudan olguya değişkenlik göstermesi ve keskin çizgilerle ayırmanın mümkün olmaması nedeniyle, hangi yaşamın kurtarmaya değer olduğunun kararının kim tarafından verilmesi gerektiği gibi hususlar sorun teşkil etmektedir ¹⁴⁶².

Bakımlarının büyük külfet getirmesi ve devamında asla normal bir birey haline gelemeyeceklerini bilmenin getirdiği umutsuzluk ve benzeri duygular nedeniyle, kimi zaman böyle çocukların ebeveynlerinin tercihleri, onların yaşamlarını sürdürmeye devam etmeleri yönünde olmayabilir. Ancak bütün yaşamların eşit değerde olmasının bir sonucu olarak, ağır özürlü yenidoğanların da her birey kadar yaşam hakkına sahip oldukları, böyle çocuklar bakımından da, diğer kişilerin tedavisine ilişkin kurallara uyulması gerektiği ifade edilmektedir. Yeni doğmuş ve yaşama kabiliyeti olan çocuk da ceza hukukunun koruması altında olup, nasıl ki yetişkinlerin kendi yaşamlarının sona erdirilmesine yönelik talepleri ve rızaları geçerli kabul edilmiyorsa, özürlü çocuğun anne babasının da bu yöndeki rızalarının geçerli kabul edilemeyeceği, iyi niyetle, yani çocuğun acı çekmesini önlemek ve gelecekteki yaşamında karşılaşılabilecek güçlüklerle engel olmak amacıyla olsa dahi, özürlü çocuğun yaşamının sona erdirilmesine yönelik aktif bir müdahalede bulunulmasının mümkün olmadığı, fakat yeni doğmuş çocuğun hayatının ne

¹⁴⁶⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 443.

¹⁴⁶¹ Bu bağlamda geçmişte, kişiliğin kazanılması için doğan çocuğun insan biçiminde olmasının gerekli olup olmadığı ve ağır anomalili doğan çocukların kişilik kazanmalarıyla ilgili bazı görüşler için bkz. DURAL / ÖĞÜZ, s: 19, kn: 89, 90, s:20, kn: 91 vd. ve ayrıca OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY, s: 12.

¹⁴⁶² UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 422, kn: 14.

pahasına olursa olsun kurtarılmasına yönelik bir hukuksal yükümlülüğün de bulunmadığı belirtilmektedir ¹⁴⁶³.

Bunun tam tersine, hekimin, ebeveynleri tarafından yaşamda tutulmak istenen ağır özürlü bir yenidoğanı tedavi etmekten ne ölçüde kaçınabileceği ya da başlanmış bir müdahaleyi kesip kesemeyeceği de yine tartışmalı bir husustur. Alman hukukunda, çocuğun ebeveyni tedaviye devam edilmesini istediği müddetçe, tıbben anlamsız bile olsa, hekimin sözleşme gereği tedaviyi sürdürme yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmektedir. Şayet hekim çocuğun tedavisini anlamsız görüyorsa ve ebeveynin tedavinin devamını ısrarla talep etmeleri karşısında onların iradesi hilafına tedaviyi sona erdirmek istiyorsa, vesayet mahkemesine başvurarak karar aldırması gerekecek, tedaviye ancak bu şekilde son verebilecektir. Aynı şey anne ve babanın tedavinin devamı ya da kesilmesi hususunda fikir birliğine varamamaları durumunda da geçerlidir ¹⁴⁶⁴. Hukukumuzda ise böyle bir uygulama bulunmayıp, yalnızca TMK m. 195/ 1’de, anne ve babanın tedavinin devamı veya sona erdirilmesi hususunda anlaşamadıkları hallerde hakime başvurulması yönünde bir düzenleme mevcuttur ¹⁴⁶⁵.

Down sendromu da göreceli sık karşılaşılan bir kromozom anomalisidir ve sıklıkla kalp anomalileri gibi ilave patolojiler eşlik etmektedir ¹⁴⁶⁶. Down veya benzer genetik bozukluklarda, eşlik eden patolojilerin tedavisinden ne ölçüde kaçınılabileceği gibi hususlar da sorun teşkil edebilir. ABD’de Baby Doe vakası ağır özürlü yenidoğanlara uygulanacak müdahaleler hakkındaki tartışmalarda bir dönüm noktası olmuştur. Bu vakayı irdeleyen bir çalışmada, engelli yenidoğanlarda tedaviyi sonlandırma şeklindeki uygulamaların 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar yaygın olduğundan, ki zaten az önce de dile getirilmiş olduğu gibi, tıptaki gelişmeler bu çocukların yaşatılmalarına göreceli yakın zamanlarda imkan vermeye başlamıştır, özellikle öjenist yaklaşımların etkisiyle engellilerin hayatta tutulmamasının hem içinde yaşadıkları toplum ve ülke hem de insanlık için faydalı bir uygulama olarak

¹⁴⁶³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 444.

¹⁴⁶⁴ UHLENBRUCK, L/U, § 58 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 438, kn:3.

¹⁴⁶⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 451.

¹⁴⁶⁶ Zira Down kalp anomalileri gibi ilave patolojilerin sıklıkla eşlik ettiği bir sendrom olup mevcut anomaliler ameliyat ile düzeltilmediği takdirde ölüm genellikle kaçınılmaz olmaktadır. Bkz. SUMMAR, Karen / LEE, Brendan, İnsan Genetiği- Down Sendromu ve Kromozom Sayı Anomalileri, (Çev. ULUCAN, Korkut / GENCER, Haşim), Nelson Pediatri, Cilt 1, (Ed. KLIEGMAN, Robert M. / SCHOR, Nina F. / St GEME, Joseph W, BEHRMAN, Richard E.- Çev. Ed. AKÇAY, Teoman), Elsevier, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2015, s: 399-404.

görülmüş ve engelli bireylerin kendilerine, ailelerine ve topluma yük olarak kabul edilmiş olduklarından, 1970'lerden önce bebeklerin tedavi planında yalnızca aile ve hekimlerin karar verici olduğundan, ancak ilerleyen dönemlerde aile ve hekimlerin ötesinde hastane yönetimleri, biyoetik komiteleri, yasa koyucular, medya ve kamuoyunun da sürece dahil olduğundan, yenidoğan uzmanlarının günümüzde ne yapabileceklerinin yanı sıra ne yapmaları gerektiğini de tartıştıklarından ve bu tür tartışmaların özellikle 1982 ABD doğumlu Doe olarak anılan bebekle gündeme geldiğinden söz edilmektedir ¹⁴⁶⁷.

Bu vakayla birlikte ön plana çıkan ve hukuken cevap aranması gereken sorular, ağır özürlü yenidoğanlara uygulanacak tıbbi müdahaleler bağlamında,

¹⁴⁶⁷ ABD'de "Hopkins Vakası" olarak adlandırılan ve tartışma yaratan Down sendromlu olgularda, 1963'te doğan Down sendromu ve duodenal atrezisi olan bebeğin ailesi bebeğin beslenmesinin sağlanabilmesi için yapılabilecek cerrahi müdahaleyi reddetmiş, kliniğin başhekimisi buna önce karşı çıkmış ise de sonradan mahkemenin müdahale yetkisi olmadığını öğrenmiştir. Bebek, altı gün içerisinde hayatını kaybetmiştir. 1971'de başka bir Down sendromlu yenidoğanın ailesi de cerrahi müdahaleyi reddetmişti ve bebek 13 gün içerisinde ölmüştür. Tedaviyi red sebebi ailenin geri kalanı için mali ve duygusal yük oluşturma olasılığı olarak açıklanmıştır. Bebeğe bakan hekimin görüşü ise, konunun yargıya intikal etmesi durumunda dahi ailenin rızası hilafına bir kararın alınamayacağı şeklinde olmuştur. Tartışmaları asıl gündeme taşıyan Bebek Doe da Down sendromlu ve özofagus atrezili (yemek borusu gelişmemiş) bir olgudur. Yenidoğan çocuğun Down sendromlu olduğu ve ileri derece zeka özürlü olacağı gerekçesiyle, hekimler tarafından aileye, özofagus atrezisine yönelik operasyonun yapılmaması önerilmiş ve tıbbi bakımın kesilmesi tercih edilmiştir. Bu esnada hastane memurlarının başvurusuyla çocuk mahkemesince bir vasinin görevlendirildiği, mahkemeden karar çıkarıldığı, temyiz mahkemesinin davaya bakmayı reddettiği vb. bir süreç devam ederken bebek Doe dehidratasyon ve pnömoni nedeniyle ölmüştür. Devamında ABD başkanı dahil pek çok devlet mekanizmasının sürece dahil olması ve bu tür anomalili çocuklara yönelik ayrımcılığın önlenmesi amacıyla yeni düzenlemelerin yürürlüğe sokulmasının ardından 1983'de bu kez spina bifida, mikrosefali ve hidrosefalisi olan bebek Jane Doe dünyaya gelmiş, bebeğin ailesi cerrahi tedavi değil yalnızca palyatif bakım uygulanmasını istemişlerdir. Mesleki kariyerini yaşama hakkı davalarına adanmış bir avukatın sürece el atarak New York Temyiz Mahkemesi vasıtasıyla ailenin kararının bozulması için gösterdiği çabalar yeni tartışmaları ve dava süreçlerini ortaya çıkarmıştır. Her ne kadar bebek Jane Doe o aşamada herhangi bir ileri tedavi yapılmaksızın hastaneden çıkarılmış ise de süreç CAPTA adıyla anılan kanunun yürürlüğe girmesiyle sonuçlanmıştır. Bir süre sonra da bebeğin ailesi düzeltici cerrahi tedavilere rıza göstermiştir. CAPTA yasalarına göre "tıbbi endikasyonu olan tedaviyi sonlandırma" ancak şu şartların sağlanmasıyla mümkündür: a) Bebek kronik ve geri döndürülemez biçimde koma halindeyse, b) Verilecek tedavi ölümü uzatıyorsa, bebeğin hayatını tehdit eden şartları iyileştirmek ya da düzeltmekte etkili olmuyorsa ve bebeğin yaşamını sürdürmesi açısından boşunaysa, c) Tedavi açık biçimde boşunaysa ya da tedavinin kendisi insanlık dışı şartlarda sürdürülebiliyorsa. Bu şartlar haricinde yasa mevcut en iyi tedavi yönteminin uygulanmasını öngörüyordu. Anılan kanunların yürürlüğe girmesi de tartışmaları sona erdirmememiştir, zira bu kanunların da pek çok eksik yönü olduğu görülmüştür. Hukukun böyle süreçlere nereye kadar el atması gerektiği, karar veremeyen bireyin adına kimin karar vereceği, en yüksek fayda yaklaşımı, hasta bireyin en yüksek faydasının çatışması, karar vermek üzere bioetik komiteler kurulması gibi hususlar tartışılmalı, siyasi ortamın etkisiyle zaman içinde değişiklikler olsa da bu tür sorunsalların gündeme taşınmasını sağlayan olgular olarak Doe vakaları önemini korumuştur. İLİKAN RASİMOĞLU, C ., Baby Doe Vakası Özelinde Engelli Yenidoğanlara Dair Etik Sorunların Tarihi, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 19, 2018, s: 18, 19, 25-28.

tedavinin meşru kılınabilir bir şekilde kısıtlandırılabilmesi /sonlandırılabilmesi bir bebek grubu var mıdır ve şayet varsa, buna ilişkin kararı alma hakkı kimdedir noktasında toplanmaktadır ¹⁴⁶⁸. Örneğin anne babanın iradesine dayanarak, anensefalik (beyni gelişmemiş) bir çocuğun ya da beyni az gelişmiş ve kolları bacakları olmaksızın dünyaya gelen bir çocuğun ölüme terk edilebileceği kabul edilse dahi, sadece kolları olmayan bir çocuk için ne yapılması gereklidir? ¹⁴⁶⁹

Bu bağlamda, her ne kadar ilişkin oldukları uyumsuzluk anomalili doğmuş çocuğun tedavisine devam edip etmeme değil, anomalinin gebelik esnasında saptanamamış, aileye bildirilmemiş ve gebeliğin sonlandırılmamış olması hususunda olsa da, Yargıtay kararlarına konu olan ve çocuğun muhtemelen zihinsel açıdan etkilenmemiş olduğu bazı anomaliler, ailelerin şayet bilselerdi çocuklarının doğumunu hangi durumlarda istemeyecekleri, dolayısıyla külfet olarak görebilecekleri hakkında bir fikir oluşmasına kısmen de olsa yardımcıdır ¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁸ İLİKAN RASİMOĞLU, s: 23.

¹⁴⁶⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 422, kn: 14.

¹⁴⁷⁰ “ Davacılar, davacı G'nin.....tamamen sağlıklı bir bebek beklerken, bebeğin sol kol altındaki kemiğinin olmadığı ve sol elinin prematüre olup, bilek yerine dirsekte bulunduğu görüldüğünü,davacı G'nin kendi öz evladını 6 ay boyunca kucağına alamadığını, halen psikolojik tedavi gördüğünü, küçük D'nin bu sakatlığının bütün hayatını etkileyecek olduğunu, anne, baba, anneanne ve dedenin de büyük elem ve acı duyduklarını, davalının özen borcuna aykırı davranarak aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediğini.....” Yargıtay 13 HD., E. 2006 / 13122, K. 2006 / 16638, T. 21.12.2006, Kazancı İnternet Bilgi Bankası; “Davacılar vekili hamile olan davacı Zeynep'in.....gebeliğinin sonuna kadar davalı doktorun kontrolünde kaldığını, ultrasonografi aracılığıyla muayenesinin rutin şeklinde yapıldığını, 17.12.2007 tarihinde sezaryenle doğum yaptığını, ancak bebeğin iki bacak ve sol kolunun tamamen noksan olarak %90 fiziksel engelli olarak doğduğunu.....davalı doktorun bu davranışı ile kürtajı engelleyerek bebeğin sakat olarak doğumuna neden olduğunu,.....ileri sürerek, bebeğin yaşam boyu sürecek tedavi ve ilaç masrafları, özel bakım ve özel ulaşım giderleri, bebeğin ömür boyu çalışamayacak olması nedeniyle doğmuş ve doğacak gelir kaybı, anne ve babanın ileride destekten yoksun kalacak olmaları nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı, annenin hayatı süresince bebeğe bakacak olması nedeniyle doğmuş ve doğacak gelir kaybı olarak fazlası saklı kalmak üzere toplam 10.000 TL maddi tazminat ile anne ve babanın her biri için 25.000 TL, bebek için de 50.000 TL manevi tazminatın davalılardan tahsilini istemiş, 14.03.2011 tarihli dilekçesi ile maddi tazminat talebini 588.052, 64 TL çıkarmıştır.” Yargıtay 13 HD., E. 2011 / 9457, K. 2012 / 8303, T. 27.03.2012, GÖKCAN, s: 1166; “Davacılar, davacı A'in hamileliğinin bütün aşamalarının davalı doktorun kontrolünde geçtiğini.....dünyaya gelen bebeğin sol bacağından dizden aşağısının olmadığını, sağ bacağından kemiğe kadar çorap sıkıştırması şeklinde bantlı olduğunu, her iki elinin yumak şeklinde olup parmaklarının gelişmemiş olduğunu, bu hali nedeniyle birçok ameliyatlara geçirdiğini.....” Yargıtay 13 HD., E.2008 / 9942, K. 2009 / 2262, T.24.02.2009, GÖKCAN, s: 1186. “ Davacılar vekili, müvekkillerinin davalı ...AŞ. tarafından işletilen ve diğer davalıların hekim olarak görev yaptıkları Hastaneye 02.04.2003 tarihinde başvurarak çocuk sahibi olmak istediklerini, buna ilişkin tedaviye başlandığını, tedavinin küçük Y.'nin doğduğu 22.02. 2004 tarihine kadar devam ettiğini, yapılan tedavi süresince sağlıklı bir çocuk sahibi olmak için..... bütün incelemelere ve bebeğin sağlıklı olduğunu söylemelerine rağmen, sakat doğumu engelleme imkanları var iken bunu engellemediklerini, gerekli özeni göstermediklerini ve sonuçta iki kolu bilekten, bir bacağı dizden yok olan sakat bir çocuğun doğumuna sebebiyet verdiklerini ileri sürerek” Yargıtay 13 HD., E. 2015 / 26176, K. 2015 / 30143, T. 15.10.2015, Kazancı Bilgi Bankası; “ 05.01.2005 tarihinde 38 haftalık

Çocuğun zihinsel açıdan etkilenmediği, kısmi malformasyonlar şeklindeki olgular protezlerle ve rehabilitasyonla yaşama tutunabilirler, zira yaşamda sonradan ortaya çıkan travmalar nedeniyle de kişiler ekstremitelerini (kollarını, bacaklarını) veya onları kullanma yetilerini kaybedebilmekte ve engelli olarak yaşama devam etmektedirler. Bu anomalilerin büyük bölümü henüz gebelik esnasında saptanmış olsa dahi yine de gebeliğin sonlandırılmayacak olduğu, en azından hukukumuz düzenlemeleri uyarınca, Rahim Tahliyesi Tüzüğü ek 2 sayılı listeye göre, gelecek nesiller açısından ağır maluliyet teşkil etmediği kabul edilen olgulardır. O takdirde doğum öncesi sonlandırma endikasyonu bulunmayan bir başka deyişle ağır bir maluliyet oluşturmadığı kabul edilen olgulara doğum sonrası dönemde de, normal bireylerde olduğu gibi, yaşam ve sağlıkları açısından tıbbi endikasyonlu müdahalelerin yapılması gerektiği söylenebilir. Yine örneğin yarı damak dudak ve kalp anomalisinin gebelik sırasında saptanamamış ve gebeliğin sonlandırılmamış olması nedeniyle dava konusu olmuş olguya ¹⁴⁷¹ benzeyen durumlar gündeme geldiğinde, doğum sonrası dönemde yaşama tutunması için her türlü müdahalenin yapılması hususunda kuşku duyulmamalıdır. Anne ve babanın buna benzer bir olguya müdahale edilmesine, örneğin kalp ameliyatına veya damak greft operasyonlarına karşı çıkmaları gibi bir varsayımda, hekimin büyük sıkıntı yaşayacağı ve hakimden karar aldırma durumunda kalacağı öngörülebilir.

Buna mukabil ağır anomalilerle doğmuş ve şayet bir şekilde anne karnındayken yeterince erken dönemde saptanmış olması durumunda, kanunen de sonlandırılmasına izin verilen ağır maluliyet oluşturan çocukların yaşamlarının kendileri ve aileleri açısından büyük zorluk ve külfet teşkil edeceğini tahmin etmek güç değildir. Böyle ağır özürlü çocukların yaşamda tutulmasının bir zorunluluk

normal gebelik tespit edildiği, gebenin’de sezaryen ile doğum yaptığı, doğan bebekte sağ femur hipoplazisi, sağ tibia agenizisi, ayak bileği, tarsal kemik ve falankların gelişmemiş olduğunun tespit edildiği, genel olarak gebelik USG tetkiklerinde gebeliğin 17 ile 27 haftaları arasında bu tür uzuv eksikliğinin tespit edilmesinin beklendiği, olayda’de Kadın Doğum uzmanı olarak çalışan hekimin, kişiyi gebeliğinin 18, 22, 29 ve 36 haftalarında gebelik muayenesi yaptığının anlaşıldığı, bebekte görülen anomalinin yukarıda belirtilen gebelik haftalarında’nde kadın doğum uzmanı olarak çalışan hekim tarafından görülmesi ve ailenin bilgilendirilmesinin gerektiği...” Yargıtay 13 HD., E. 2015 / 8692, K. 2016 / 6591, T. 03.03.2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

¹⁴⁷¹ “ Davacı, damak ve dudak yarığı ile kalp hastalığı olan bir bebek dünyaya getirdiğini, davalıların hamilelik sürecinde kendisini takip ve muayene eden doktor ile anlaştığı hastane olduğunu, eğer bebeğindeki rahatsızlık 10 hafta içerisinde belirlense idi kürtaj olabileceğini ve bu derece maddi ve manevi zararlara uğramayacağını, tanı koyamadıkları için davalıların ihmali ve kusurlu davranışları sonucuzararın davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.” Yargıtay 13 HD., E. 2012/ 4848, K. 2012/ 10254, T. 16.04.2012, GÖKCAN, s: 1166.

olarak algılanmaması gerektiği ve buna yönelik önlemlerden imtina edilebileceğini söylemek mümkündür. Ölüme yol açacak aktif bir müdahalede bulunulması elbette ki söz konusu edilemez. Anne babanın bu yönde bir talepleri olsa dahi, çocuğun ölümüne yönelik aktif bir müdahalede bulunulması aktif ötanazi teşkil edecek ve buna izin verilmeyen ülke hukuklarında haliyle kasten öldürme suçunu sonuçlayacaktır. Ancak anne baba ağır özürlü çocuğun yaşamda tutulmasını sağlayacak müdahalelere rıza göstermediği takdirde, kanımızca hekimin de müdahalede bulunmak için hakimden izin almasına veya bu çocukların koruma altına alınmasına gerek duyulmamalıdır. Böylesine ağır özürlü çocuğun yaşamını idame ettirecek, bakımını üstlenecek kişilerin iradesinin dikkate alınmaması doğru bir yaklaşım değildir. Tıbbi endikasyonlarla yasal temsilcilerin iradelerinin optimum örtüştüğü noktada çözüme gidilmelidir.

Çözüme ulaşmaya çalışırken, kanımızca mevcut anomalinin çocuğun zihinsel gelişimini ne ölçüde etkilediği dikkate alınabilir. Santral sinir sisteminin ağır anomalilerinde ya da genel olarak ağır motor ve mental retardasyonla seyreden sendromlarda çocuğun normal bir gelişim göstererek normal bir birey haline gelme ve gerçek anlamda bir kişilik ve farkındalık kazanma olasılığı sıklıkla çok düşüktür. Böyle sendromlarda, ağır metabolik bozukluklar, pek çok malformasyon ve sistemik hastalıklar birlikte görülmektedir ¹⁴⁷². Böyle ağır anomaliler gebelik sırasında saptanmış olduğu takdirde ve elbette ki annenin isteği ve rızasıyla henüz dünyaya gelmeden sonlandırılabilir. Hekim hatası nedeniyle bu imkanın kaçırıldığı ve anomalili çocuk sahibi olduğu iddiasıyla açılan davalarla da sık olarak

¹⁴⁷² "Davacı hamileliği sırasında davalı doktorun kontrolünde olduğunu, 2003 yılında yapılan testlerde bebekte Down sendromu olması nedeniyle tahliyenin önerildiğini ve gerçekleştirildiğini, akabinde 2004 yılında yeniden hamile kaldığını, bu süre zarfında da aynı doktorun kontrolü altında bulunduğunu, diğer davalı doktor MS tarafından da ultrasonografi incelemeleri yapıldığını, davalı doktor tarafından sorun olmadığını açıklanmasına ve son muayenede de sağlıklı bir çocuk olacağını kendilerine bildirilmesine karşın 15.04.2005'de gerçekleşen doğum sonrasında microsefali, mikrognati, kafa arka kemik düzlüğü, düşük kulak, yüksek damak, burun kökü basıklığı, böbrekte hidronefroz, ayakta neckerbottomfeet (rocker bottom feet), beyincikte küçüklük ve sıvı geldiği vb. bulunduğunu ve halen hemşire gözetiminde bakıldığını Bu aşamalardan sonra davacı kadın 15.04.2005 tarihinde doğum yapmış, doğum sonrası Hacettepe Üniversitesinde yapılan muayene sonrası düzenlenen epikriz raporunda, küçükte santral sinir sistemi maldevelopmanı, multiple konjenital anomali tanısı konulmuştur.....Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunca da, muayenesinde görmediği, şuur açık koopere değil, çevreyle ilgisiz, anneyi tanıma, nazogastrikle besleniyor, trakeostomi, mikrosefali, oturamadığı, yürüyemediği, ekstremiteletin dismetrik, alt ekstremiteletin oransız kısa, 4 ekstremite spastik, cvs üfürüm, solunum sesleri kaba, epilepsi olduğu muayene sonucu açıklanmıştır." Yargıtay 13 HD. E. 2010 / 7997, K. 2011 / 5581, T. 11.04.2011, GÖKCAN, s: 1174. Görüldüğü gibi, kimi zaman böyle ağır anomaliler de söz konusu olabilmektedir.

karşılaşılmaktadır. Böyle çocuklar dünyaya geldiğinde, doğum sonrası dönemde, bu bozukluklar ve yol açtığı komplikasyonlarla aktif mücadele edilmediği, çok ileri bir bakım ve tedavi sunulmadığı takdirde bir süre sonra yaşamlarının sona ermesi beklenen bir durumdur. Hal böyle olunca yaşam kalitesi ve insan onuruyla bağdaşacak minimum önlemlerle yetinilmesi ve doğal sürecin spontan seyrine bırakılması bir öneri olarak görülebilir.

Anne ve Yenidoğan Hakları Barselona Deklarasyonunda, yaşarla bağdaşmayan anomalili bir fetüsün varlığında gebe kadın istediği takdirde, gebeliğin ülke kanunları çerçevesinde sonlandırılabilceği, fetus doğduğu takdirde ise, yenidoğana gereksiz tedavi yöntemlerinin uygulanmaması gerektiği, ayrıca immatüritesi en düşük viyabilite sınırının altında olan yenidoğani hayatta tutabilmek için çaba gösterilmemesi, ayrıca bu olgularda yargıya varırken doğumun gerçekleştiği bölgenin coğrafi, sosyal ve ekonomik koşullarının da dikkate alınması gerektiği yönünde öneriler yer almaktadır ¹⁴⁷³.

Sorun teşkil edebilecek bir başka durum ise, genetik bir bozukluğu olmamakla beraber gebelik veya doğum sırasında örneğin, prematürite, perinatal asfiksi vb. nedenlerle, bundan sonra normal yaşam süremeyecek şekilde etkilenmiş bebeklerdir ¹⁴⁷⁴. Bu durum ister öngörülemeyen bir komplikasyon, ister herhangi bir tıbbi uygulama hatası sonucu ya da açıklanamayan bir nedenle ortaya çıkmış olsun, nihayetinde çocuk tıbbi açıdan irreversible bir şekilde etkilenmiştir. Şayet bu çocuklara rehabilitasyon ve diğer tedavilerin sunulmaması, yalnızca temel palyatif bakımla yetinilmesi şeklinde bir öneri sunulduğu takdirde, benzer durumdaki büyük çocuklar ve yetişkinler için yapılan rehabilitasyon uygulamaları da anlamsız hale gelebilecektir. Büyük çocuk ve yetişkinlerde, olumsuz duruma yol açan neden sonrası, ki en sıklıkla iskemik değişiklikler ve santral sinir sistemi travmaları rol oynamaktadır, önceden kazanılmış bilgiler, beceriler, duygulanımlar gibi zihinsel fonsiyonların en azından kısmen de olsa korunmuş olma olasılığı mevcut olduğundan bunların geri döndürülmesi söz konusu olabileceksede, henüz hiç işlenmemiş hiçbir şey öğrenmemiş bir beyne ne kazandırılabilceği hususunda kuşklar ağır basabilir. Hangi yaşamın korunmaya değer olduğu, yaşam kalitesinin ne olduğu gibi hususlar,

¹⁴⁷³ ATASAY, Begüm / ARSLAN, Saadet, Anne ve Yenidoğan Hakları Barselona Deklarasyonu, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 12, Yıl: 2001.

¹⁴⁷⁴ Bkz. HAGER, in STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 827.

içinde yaşanan coğrafya, toplum, aile ve zamana göre değişkenlik göstereceğinden, somut durumun özellikleri dikkate alınmaksızın her olguyu kapsayacak genellemeler yapmanın doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Belki yakın bir gelecekte ortaya çıkacak yeni gelişmeler, örneğin kök hücre çalışmaları, zarar görmüş nöral dokunun onarılmasını, dolayısıyla beyin hasarlarının geriye döndürülmesini sağlayabilecek ve tedavisi mümkün olduğu için de böyle olgular tartışma konusu olmaktan çıkarak konulan tıbbi endikasyonlara uygun şekilde müdahalede bulunulacaktır.

V. HEKİM KAYNAKLI SUBJEKTİF UNSURLAR ve SINIRLAMALAR

Hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüne yönelik sınırlamalar hastadan, kanundan ya da tıbbi durumdan kaynaklanabileceği gibi hekimden de kaynaklanabilir. Hekimin bir müdahaleyi gerçekleştirme konusunda yetkili olmaması, kendini mesleki olarak yetersiz hissetmesi ya da hasta olması, meşgul olması, o an için başka bir konuyla ilgilenme zorunluluğunda olması, sağlık hizmeti sunulacak yerde bulunmaması veya hiçbir neden olmaksızın sadece tıbbi bakım sunmak veya belli bir hastayı kabul etmek istememesi gibi özel durumlar ayrık olmak üzere, hekim kaynaklı sınırlamaların büyük bölümünün esasen yine hastanın sağlık durumuna ve geleceğine ilişkin kendi kararları, tutum ve davranışları, güven ilişkisini sarsabilecek hareketleri, kanunun hekimin önüne koyduğu sınırlamalar, somut tıbbi durumla ilişkili nedenlerin dolaylı sonuçları şeklinde olduğu, bir başka deyişle, hekimin tıbbi müdahaleden kısmen ya da tamamen kaçınma ve hastayı üstlenmeme ya da reddetme durumlarının büyük ölçüde, tıbbi müdahaleye sınırlama getiren diğer hallerle ilişkili ve onların bir gereği ve sonucu olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Bu diğer hallerin bir bölümünde yasal sorumluluktan uzak durmak kaygısıyla defansif tıp uygulamalarına yönelimin de rol oynadığı söylenebilir.

Ancak vurgulanması gereken husus, acil durumlar, resmi ve insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, kural olarak bir hastaya sağlık hizmeti sunmak ve tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlü olmadığıdır. Ki bu da hekimin mesleki özerkliğinin bir sonucudur. Nitekim TDN m.18'e göre, "*tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir*" ve m.19'a göre de, "*tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir.*" HMEK m. 25'e göre de, hekim "*tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına*

karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir.” Hekimin mesleki deneyimine güvenmemesi, tıbbi müdahaleden hasta için fayda beklentisi içinde olmaması, müdahalenin vicdani kanaatiyle çelişmesi, hasta ile arasındaki güven ilişkisinin sarsılmış olması gibi pek çok farklı durumun böyle bir çerçeve düzenlemenin kapsamında ele alınabileceğini söylemek mümkündür.

Biz bu bölümde konuyu ele alırken, önce hekimin mesleki yetki ve yeterliliğine ilişkin sorun ve eksiklikler nedeniyle tıbbi müdahaleden ya da hastayı üstlenmekten kaçınabileceği ve kaçınması gerekli halleri gözden geçirip, ardından da hekimin çeşitli nedenlerle müdahalede bulunmayı ya da hastayı reddedebileceği diğer durumlara değinmek istedik.

A.Hekimin Müdahaleyi Gerçekleştirme Bakımından Yetkili Olmaması

1.Uzmanlık Alanının Etkisi

Hukuka uygun tıbbi müdahalenin unsurlarından birinin de müdahalenin yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmesi olduğunu önceki bölümlerde ele almıştık. Hukukumuzda, bir müdahalenin açıkça belli bir uzman tarafından yapılmasının öngörüldüğü yasal düzenlemeler dışında, bu konuda genel olarak bir kısıtlama ve yasaklamanın olmadığı izlenmektedir. Pratisyen hekimler ya da başka bir alanda uzmanlaşmış hekimler de, herhangi bir uzmanlık alanına ilişkin müdahalede bulunabilirler¹⁴⁷⁵.

Bununla beraber, uzmanlık, yine de göz önünde bulundurulması gereken esaslı unsurlardan biridir. Alman ve Amerikan hukukundan görüşlere göre, bir pratisyenden beklenen tıbbi standart bakım ile bir uzmandan beklenen arasında farklılıklar bulunmaktadır. Yeri geldiğinde hastayı ilgili uzmana refere eden bir pratisyenden yalnızca bir pratisyenin uyması gereken tıbbi standart beklenecek iken, uzman gibi çalışan bir pratisyenden aynı bir uzmanda olduğu gibi çok daha yüksek

¹⁴⁷⁵ Almanya’da ciddi hastalık ve yaralanmaları, durumu ağır hastaları takip edecek olan hekimlerin özel bazı eğitim ve belgelendirmelere tabii olacağı yönünde bir kural bulunmadığı belirtilmektedir. SCHMID, Die Grenzen der Therapiefreiheit, NJW 1986, 2339.

bir standart, o alanda uzman hekimlerin göstereceği ortalama düzey beklenecektir
1476.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, belli uzmanlık alanlarına özgü müdahalelerin çoğunun, bu alanda uzmanlık eğitimi almamış hekimler tarafından gerçekleştirilebilmesi söz konusu değildir, keza mümkün de değildir. Pek çok tıbbi müdahale özel bir bilgi ve deneyim gerektirmektedir. O alanda uzmanlaşmış kişiler kendi hocalarından, kıdemlilerinden aldıkları uzun teorik ve pratik eğitimler sonrası müdahaleleri sayısız kez uygulayarak beceri kazanmışlardır. Kanun açık bir yasaklama getirmemiş olmakla beraber, ilgili branş dışındaki hekimlerin, daha önce uygulamamış ve hakkında da bilgi ve deneyim sahibi olmadıkları pek çok müdahaleyi hastada ciddi zararlar oluşturmaksızın gerçekleştirebilmeleri ve elde ettikleri bulguları doğru değerlendirmeleri mümkün değildir. Tıbbın temel ilkelerinden olan ve önceki bölümlerde de değindiğimiz “*primum non nocere*” de göz önünde tutulduğunda, hekimlerin genel tababet uygulamaları dışında kalan, özel uzmanlık gerektiren müdahaleleri yapmaktan kaçınmaları gerekmektedir ¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁶ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 30; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 100, 102.

¹⁴⁷⁷ *Bayraktar*'ın tümüyle katıldığımız görüşleri de şöyledir: “*İhtisası gerektiren konularda bazı istisnalar dışında, mütehassis olmayan hekimin faaliyet gösterebilmesi, kanaatimizce bugünkü tıp bilimine uymamaktadır. Yaşadığımız günün tıbbi, çeşitli bölümlere ayrılmış ve her bölümde büyük gelişimlere ulaşılmıştır. Bu ileri düzey, her bölümü ayrı bir bilim dalı haline getirmiş, tıbbi birbirinden ayrı birçok parçalara bölmüştür. Artık mütehassis olmayan bir hekimin bütün hastalıkları yeterince bilme imkanı kalmadığı gibi, belirli bir dalda ihtisas yapmış bir hekimin de diğer bir dalı gerektiği gibi tanınmasına imkan bulunmamaktadır. Bu durumda mütehassis olmayan hekimlerin veya başka bir konuda faaliyete girişen mütehassis hekimin yanlış teşhis ve tedavide bulunma ihtimali ortaya çıkacaktır. Bugün her tıp dalında büyük cerrahi ameliyeler kadar önem taşıyan ve ihtisası gerektiren birçok teşhis ve tedavi tarzı bulunmaktadır. Görüşümüze göre tıp biliminin gerekli gördüğü ve insan hayatına, sağlığına doğrudan doğruya bağlı tedavi ve müdahalelerin mutlaka mütehassis hekimler tarafından yapılması gerekir. Klasik tıp bilimi ve hekimlik bugün artık sadece ihtisas hekimliğini hazırlayıcı bir bilim dalı haline gelmiştir.*” BAYRAKTAR, s: 177; Hekimin, tecrübesi ve uzmanlığının dışında bir diğer uzmanlık alanında müdahaleye girişmemesi gerektiği konusunda bkz. İNAL, s: 205; “*Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin ‘uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması’ söz konusu değildir. Bu nedenle genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanlarda tıbbi müdahalede bulunurken, doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı bir hale gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur.*” Yargıtay 4 HD., E. 1990 / 5104, K. 1991 / 429, T. 06.05.1991, PETEK, s: 179; “*..... Tıp Fakültesi KBB Anabilim dalında yapılan ameliyata ait ayrıntılı ameliyat notu bulunmadığının, dolayısıyla ameliyatı ayapna ekipteki hekimin uzman olup olmadığının anlaşılmadığının, davacının doktorun bilerek veya bilmeyerek öğrenme amacıyla burun orta kemiğini çıkardığı iddiası bakımından , kendi muayenelerinde de septum ön kısmındaki dört köşeli kıkırdağın anatomik yerinde bulunmadığının saptanması nedeniyle , bu konuda kesin kanaatin söylenemeyeceğinindava dosyasında bulunan hasta dosyasında , ameliyat sırasında uygulanan teknik (ameliyat epikrizi) ve ameliyat sonrası uygulanan teknik konusunda ayrıntılı bilgi bulunmadığının, bu nedenle perforasyonun bir komplikasyon mu yoksa ameliyat tekniği ve bakım*

Bu husus cerrahi müdahaleler bakımından özellikle önemlidir. Bir ameliyatı usulüne uygun şekilde gerçekleştirebilmek için gerekli olan bilgi ve mesleki deneyim göz önüne alındığında, bir cerrahın da başka bir branşın alanına giren bir ameliyatı yapması çok ayırık haller dışında olası değildir. Her ne kadar hangi ameliyatın hangi anabilim dalına mensup cerrah tarafından yapılacağına ilişkin olarak, kanunun yetkiyi açıkça belirttiği müdahaleler dışında, esasen bir belirleme ve sınırlama olmasa da, cerrahi müdahalelerin gerektirdiği özel anatomik bilgilerin yanı sıra dokuların özellikleri, uygulanması gereken teknik, alet ve malzemeleri tanıma ve doğru şekilde kullanabilme, karşılaşılabilecek komplikasyonlara karşı her an hazır olma ve başa çıkabilme zorunluluğu nedeniyle, diğer branştan cerrahların çoğunlukla böyle bir risk almaktan kaçındıkları bilinmektedir ¹⁴⁷⁸. Keza, yetkinlik dışı faaliyet yasağını düzenleyen, HMEK m. 18' e göre de, “*hekim tıbbi görevlerini yerine*

eksikliği hatası mı olduğu konusunda bir kanaat bildirmenin mümkün olmadığınin.....” Danıştay 10 D., E. 2000/ 1184, K. 2002 / 1249, T. 26.04.2002, GÖKCAN, s: 1436.

¹⁴⁷⁸ Bazı farklılıklar söz konusu olabileceksa ülkemiz Tıp Fakültelerindeki Cerrahi Tıp Bilimleri yapılanmasına bakıldığında Ağız, Yüz ve Çene Cerrahisi Anabilim Dalı, Anesteziyoloji ve Reanimasyon Anabilim Dalı, Beyin ve Sinir Cerrahisi Anabilim Dalı, Çocuk Cerrahisi Anabilim Dalı, Genel Cerrahi Anabilim Dalı, Göğüs Cerrahisi Anabilim Dalı, Göz Hastalıkları Anabilim Dalı, Kadın Hastalıkları ve Anabilim Dalı, Kalp ve Damar Cerrahisi Anabilim Dalı, Kulak, Burun ve Boğaz Anabilim Dalı, Ortopedi ve Travmatoloji Anabilim Dalı, Plastik, Rekonstruktif ve Estetik Cerrahi Anabilim Dalı, Üroloji Anabilim Dalı olarak ayrılmakta olduğu, ayrıca Tıbbi Patoloji Anabilim Dalının da Cerrahi Tıp Bilimleri içinde yer aldığı görülmektedir. <http://cerrahpasa.istanbul.edu.tr/bolumler/cerrahi-tip-bilimleri/>, Erişim T: 13.02.2018; <http://www.tip.hacettepe.edu.tr/bolumler/bolumler.php>, Erişim T: 13.02.2018; http://www.med.ege.edu.tr/d-1561/cerrahi_tip_bilimleri.html, Erişim T: 13.02.2018.) Diğer Eğitim ve Araştırma Hastanelerinde yapılanma bakımından bazı farklılıklar olmakla birlikte genel ayırım Tıp Fakültesi uygulamalarına benzerlik göstermektedir. (Ayrıca Uzmanlık dalları ve süreleri için bkz. Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği Ek-1, http://www.yok.gov.tr/web/guest/icerik/-/journal_content/56, Erişim T: 13.02.2018.) Her ne kadar ekli olduğu eser, tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortasına ilişkin ve kendisi de esasen branşların sigorta bağlamında oluşturdukları risk gruplarına ilişkin olsa da, geniş bir yelpazeden hem dahili hem cerrahi uzmanlık alanlarını örneklemiş olduğu için ayrıca bkz. Ek 1-Risk grupları Tablosu, ULUĞ CİCİM, İlknur, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ve Uygulamadaki Sorunlar, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s: s: 299- 303 ; Bunca farklı cerrahi branş olduğu ve bir cerrahi müdahalede bulunan hekimlerin, el attıkları organ veya sistemlerin anatomik yapısı, uygulanacak cerrahi teknik, kullanılan aletlerin, dikiş materyallerinin özellikleri, dokuların verdiği farklı cevaplar vb. sayısız unsur hakkında ancak yıllar içinde kazanılan çok detaylı bilgi ve beceri birikimini haiz olmaları gerektiğinden, kanımızca bu bilgidan yoksun olan başka branştan bir cerrahın hastaya el atmaması, hatta kanunda zikredilen uzmana ulaşamadığı ve ameliyatın zorunlu olduğu ayırık hallerde dahi, hastaya el atma kararını verirken büyük titizlik göstermesi, gereksiz bir özgüven içinde atak davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Vücudun tümüne yönelik çalışan örneğin bir genel cerrahi uzmanının, plastik ve rekonstruktif cerrahi uzmanının, kalp ve damar cerrahi uzmanının genel cerrahi prensiplere uygun şekilde acil koşullarda diğer bazı ameliyatları gerçekleştirebileceği varsayılsa dahi, örneğin bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanının ya da bir üroloji uzmanının hastaya zarar vermeksizin bir beyin ameliyatı, göz ameliyatı, kulak ameliyatı ya da bir kulak burun boğaz uzmanının kalp ameliyatı yapması olası değildir ve üstlenme kusuru oluşturacağı hususunda da kuşku yoktur.

getirirken, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlar dışında özel bilgi, beceri gerektiren bir girişimde bulunamaz.”

AMK § 630 h 5 ise, yeterli olmayan bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş tıbbi müdahale sonrası hastada bir zarar ortaya çıktığı takdirde, buna doğrudan o yetersizliğin yol açtığı varsayılacağını açıkça ortaya koymuştur¹⁴⁷⁹. Dolayısıyla, tıbbi müdahalenin, gerekli tıbbi bilgilerin ve yeteneklerin uygulanmasına imkan bırakmayacak şekilde hekimin uzmanlık alanının dışında kalması, hekimin o müdahaleden kaçınmasının haklı nedeni olarak görülmektedir¹⁴⁸⁰. Böylece bir hekimin yükümlülüğü genel olarak mesleki ilişkinin doğasına göre şekillenecektir. Bir uzman hekim kendi alanıyla ilgili sorunlarda müdahalede bulunma yükümlülüğü altında iken, ilgili olmayan diğer alanlarda, mevcut patolojik durum, acil ve hatta yaşamsal tehlike oluştursa dahi, böyle bir yükümlülük altında olmadığı belirtilmektedir¹⁴⁸¹. Her ne kadar bu görüş, hekimin acil durumlarda hastaya müdahalede bulunmaktan kaçınmayacağı yönündeki genel kabul ile örtüşmüyor olsa da, hekimin uzman olmadığı bir alanda müdahalede bulunmayabileceğini de ortaya koymaktadır¹⁴⁸².

2. Uzmanlık Dışı Acil Durumlara Müdahale

Bu bağlamda, kanımızca, acil müdahalede bulunma yükümlülüğünü de her hekimin yapabileceği kabul edilen temel acil müdahalelere sınırlı olarak düşünmek gereklidir. Yoksa hekimin hastanın durumu acildir diyerek, yeterli olmadığı özellikle de invazif müdahalelere kalkışması öncelikle yararlılık ve hastaya zarar vermeme

¹⁴⁷⁹ KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag, s: 822; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 104.

¹⁴⁸⁰ https://www.anwalt.de/rechtstipps/die-behandlungspflicht-des-arztes-zahnarztes_076119.html, Erişim T: 08.07.2016. Ancak bazı durumlarda bir müdahalenin hangi aşamadan sonra bir uzmanlık alanına dahil olduğunun belirlenmesi bakımından sınırlar ve kriterler net olmayabilir. Örneğin bir lokal anestezi uygulamasının herhangi bir hekim ya da diş hekimi tarafından uygulanmasında sakınca görülmezken, anestezi uygulaması genişleyip bir genel anestezi uygulaması haline dönüştüğünde artık anestezi uzmanları tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 103. Kanımızca aynı husus spinal ve epidural gibi bölgesel anesteziler için de geçerli kabul edilebilir.

¹⁴⁸¹ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 3; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 42; Sözleşme serbestliği ilkesi esasen hekimler açısından da geçerli olup, sözleşmeye taraf olup olmayacakları ve kiminle sözleşme kuracakları hususunda özgürce karar verebilirler ve sözleşmeye taraf olmaya da zorlanamazlar. Acil durumlarda hekimin hastaya müdahalede bulunma ve yaşamsal fonksiyonlarını koruma zorunluluğu olsa da, acil durum ortadan kalktıktan sonra tedaviyi sürdürmek zorunluluğu bulunmamaktadır. JANDA, s: 124.

¹⁴⁸² Yazarlara göre, özgür bir toplumda bireyler, olumlu bir eylem gerçekleştirmeyi kabul anlamına gelecek bir imada bulunmadıkları sürece, istemedikleri yükümlülüklerin altına girmeye zorlanamazlar. BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 3.

ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Kanımızca hekim bu durumlarda yetkin bir meslektaşı ya da acil bakım ekibinin el atacağı ana kadar, hastanın durumunun daha kötüye gitmesine engel olmak üzere, gerektiğinde temel yaşam desteğini de kapsayacak şekilde kanama kontrolü, kırık tespiti, şoka yönelik önlemler gibi ilkyardım müdahalelerini ve şayet yapabilecek olduğu takdirde ileri yaşam desteği ve diğer acil müdahaleleri gerçekleştirerek, gerekli ilaç ve sıvı tedavilerini düzenleyerek hastayı en azından bulunduğu seviyede tutmaya gayret etmelidir.

İlk anda acil olmayan koşullar içinde, hastayı başında reddetmeyip üstlenmiş olan hekimin de, hastalığın kendi kapasitesi ve uzmanlık alanı dışında olduğunun ayrımına varması halinde, kendi faaliyetini sınırlandırması, hastayı başka bir hekime yönlendirmesi gerekmektedir. Aksi halde, hekim, belli bir müdahalenin kendi yeterliliğinin, mesleki becerisinin ötesinde bulunduğunu kavrayamamış ve hastayı konsülte etmemiş ya da izlenmesi için o konuda uzman bir hekime yönlendirmemiş olduğu için, üstlenme kusuru gündeme gelebilecektir ¹⁴⁸³.

3. Konsültasyon İstemi

Hekimin kendi uzmanlık alanı dışında kalan veya kendini yeterli görmediği hususlarda konsültasyon istemesi bir hak ve aynı zamanda yükümlülük olarak görülmektedir. TDN m.24'e göre, hasta, konsültasyon yapılmasını arzu ederse, müdavi hekimin bu talebi kabul etmesi, kendisi konsültasyona lüzum gördüğünde de, durumu hastaya bildirmesi gerekmektedir. Bu teklifin hasta tarafından kabul edilmemesi halinde, hekimin de hastayı bırakabileceği kabul edilmektedir. Konsültan hekim ise, m.27 uyarınca, kanaatini bildirmekle yetinmeli ve tedaviye doğrudan müdahale etmemelidir. Ancak m. 28 uyarınca konsültan ve müdavi hekim arasında görüş ayrılığı olur ve hasta, konsültan hekimin görüşünü tercih ederse, bu görüşte olmayan müdavi hekimin de hastayı terk edebileceği öngörülmüştür. TDN m.29, ancak hastanın ısrarlı talebi olması durumunda konsültan hekimin ona el atmasına

¹⁴⁸³ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 226, kn: 353; UHLENBRUCK, L/U, § 43 Die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 380, kn: 2; SCHOLZ, kn: 12; JANDA, s: 315; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 29; Pittman v. Gilmore davasında (Detaylar için bkz. Pittman v Gilmore, 556 F.2d 1259 (1977), Minnie E. PITTMAN, Plaintiff-Appellee, v. James O. GILMORE, M.D., Defendant-Appellant, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, August 3, 1977, <https://www.leagle.com/decision/19771815556f2d125911619>, Erişim T: 02.02.2018.); İki günden beri kanlı öksürük öyküsü olan bir hastada, durumun ciddiyetini değerlendirmeyen ve hastayı belki de hayatının kurtulmasını sağlayabilecek bir göğüs cerrahına refere etmeyen pratisyen hekim, mahkeme tarafından konsültasyon istemede ihmal nedeniyle sorumlu tutulmuştur. BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 29.

izin vermektedir. HHY m.9 da hastanın hekimini seçme ve değiştirme hakkı ile de ilişkili olarak başka hekimlerin konsültasyonunu isteme hakkını kabul etmektedir. Yine HHY m. 18 uyarınca da hasta, şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilecektir. Alman öğretisinde de benzer görüşler dile getirilmektedir ¹⁴⁸⁴.

Hekimler genellikle izlemekte oldukları hastada kendi uzmanlık alanları dışında kalan yeni bir şikayet, bulgu, patoloji ya da komplikasyon ortaya çıktığında ya da bu hususlar uzmanlık alanları dahilinde olsa dahi, görüşlerini sınamak ya da pekiştirmek amacıyla bir diğer uzmanın görüş ve önerilerine gereksinim duyduklarında konsültasyon istemektedirler. Anılan düzenlemelerde de hüküm altına alınmış olduğu gibi, bu yönde bir talebin hastadan gelmesi de mümkündür. Hekimin konsülte ettiği konu uzmanlık alanı dışında olduğu takdirde, konsültan hekimden gelen önerileri genel olarak dikkate alması beklenir. Hasta bu önerilerle bağlı kalmak istemediği takdirde, hekimin mevcut bilgi donanımıyla hastayı güvenli bir şekilde izlemesi mümkün olmayabilir. Nasıl ki hekim kendi yapmış olduğu önerileri dikkate almayan, işbirliğinde bulunmayan hastayı izlemekten kaçınma hakkına sahipse aynı yaklaşım konsültan hekimin önerilerinin dikkate alınmaması durumunda da geçerli kabul edilmelidir. Daha farklı bir durum ise, müdavi hekim ile konsültan hekimin görüşlerinin uyuşmaması halinde gündeme gelebilir. Hekim aklına yatmayan bir öneriyi kabul etmek ve uygulamak zorunda olmamakla beraber, ileride hastada bir olumsuzluk ortaya çıktığı takdirde, konuda uzman olan hekimin görüşünü neden dikkate almadığını gerekçelendirmek durumunda kalabilir. Ayrıca hasta tercihini konsültan hekimin görüşü yönünde kullanmış olduğu takdirde, hekimin kendi öngördüğü tedavi planını hastaya zorla dayatması söz konusu olamayacağına göre, yine hastayı izlemekten vazgeçmesi yasal düzenlemelerin de öngörmüş olduğu üzere en yerinde yaklaşım olacaktır.

Hastanın muayenesini yapan hekim gerekli tedavinin kendi uzmanlık alanının ve yeteneklerinin dışında kaldığını saptadığında doğru olan davranış, hastanın başka bir hekime refere edilmesidir ve ilk hekim uygun ve zamanında bir sevk gerçekleştiğinden emin olmalıdır. Örneğin hastanın Tabipler Birliğine ya da onu tedavi etme hususunda yetersiz ve gönülsüz bir hekime sevk edilmesi yerinde

¹⁴⁸⁴ SCHOLZ, kn: 12.

değildir. Buna mukabil, hasta da uygun şekilde yapılmış bir sevk işlemine karşı çıkamayacağı gibi, sevk eden hekimin onu tedavi etmek konusunda sürmekte olan bir yükümlülüğü olduğunda da ısrar edemeyecektir ¹⁴⁸⁵.

B.Hekimin Müdahaleyi Gerçekleştirme Hususunda Kendini Yeterli Görmemesi ve Üstlenme Kusuru

Yukarıda da söz edildiği gibi, bazı tıbbi müdahalelerin ancak belli bir uzmanlık dalına mensup hekimler tarafından gerçekleştirilebileceği ilgili yasal düzenlemelerde açıkça öngörülmüştür. Bunun dışında uzmanlık dallarına ait müdahalelere ilişkin herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bununla birlikte hekimlere, belli bir uzmanlık eğitimi sırasında öğretilen, dolayısıyla pratisyen ve diğer uzmanlık dallarından hekimlerin bilgi ve deneyim sahibi olmadıkları pek çok müdahalenin ancak bu daldaki uzmanlar tarafından gerçekleştirilebileceği, diğer hekimlerin ise hastaya el atıp bu tür müdahaleleri gerçekleştirmeleri durumunda üstlenme kusurunun söz konusu olacağı ortadadır ¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸⁵ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 7.

¹⁴⁸⁶ Esasen devletin denetiminde diploma ve ruhsat alarak tıp mesleğini uygulama hakkını elde eden bir hekimin, bu hakkı alıncaya kadar kurallaşmış tıp bilgilerini öğrendiği ve uygulayabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle tıp lisans ve uzmanlık eğitimlerinin süreleri uzun tutulmuştur. Hekimin uzmanlık aldıktan sonra da tıp bilimindeki gelişmeleri takip etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hekimin bilgi düzeyinin sınırını ülkemizde tıp biliminin ulaştığı düzey oluşturmaktadır. Hekim verilen diploma ve izin ile ülkede tıp biliminin eriştiği düzeydeki bilgilere sahip olduğu kabul edilmekte ve bu şekilde başvuran hastalara devlet güvencesi verilmektedir. HANCI, s: 164, 165; Tababet Kanunu'nun ekinde yer alan Tıpta Uzmanlık Ana Dalları ve Eğitim Sürelerine Dair Çizelge'de (Ek-1), Acil Tıp, Adli Tıp, Ağız, Yüz ve Çene Cerrahisi, Aile Hekimliği, Anatomi, Anestezi ve Reanimasyon, Askeri Sağlık Hizmetleri, Beyin ve Sinir Cerrahisi, Çocuk Cerrahisi, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları, Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları, Deri ve Zührevi Hastalıkları, Enfeksiyon Hastalıkları ve Klinik Mikrobiyoloji, Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon, Fizyoloji, Genel Cerrahi, Göğüs Cerrahisi, Göz Hastalıkları, Halk Sağlığı, Hava ve Uzay Hekimliği, Histoloji ve Embriyoloji, İç Hastalıkları, Kadın Hastalıkları ve Doğum, Kalp ve Damar Cerrahisi, Kardiyoloji, Kulak, Burun ve Boğaz Hastalıkları, Nöroloji, Nükleer Tıp, Ortopedi ve Travmatoloji, Plastik, Rekonstruktif ve Estetik Cerrahi, Radyasyon Onkolojisi, Radyoloji, Ruh Sağlığı ve Hastalıkları, Spor Hekimliği, Sualtı Hekimliği ve Hiperbarik Tıp, Tıbbi Biyokimya, Tıbbi Ekoloji ve Hidroklimatoloji, Tıbbi Farmakoloji, Tıbbi Genetik, Tıbbi Mikrobiyoloji, Tıbbi Patoloji, Üroloji Anabilim Dalları, Tıpta Uzmanlık Yan Dalları, Bağlı Ana Dalları ve Eğitim Sürelerine Dair Çizelge'de ise (Ek -3) , Algoloji, Askeri Psikiyatri, Cerrahi Onkoloji, Çevre Sağlığı, Çocuk Acil, Çocuk Endokrinolojisi, Çocuk Enfeksiyon Hastalıkları, Çocuk Gastroenterolojisi, Çocuk Genetik Hastalıkları, Çocuk Göğüs Hastalıkları, Çocuk Hematolojisi ve Onkolojisi, Çocuk İmmunolojisi ve Allerji Hastalıkları, Çocuk Kardiyolojisi, Çocuk Metabolizma Hastalıkları, Çocuk Nefrolojisi, Çocuk Radyolojisi, Çocuk Romatolojisi, Çocuk Ürolojisi, Çocuk Yoğun Bakımı, El Cerrahisi, Endokrinoloji ve Metabolizma Hastalıkları, Epidemiyoloji, Gastroenteroloji, Gastroenteroloji Cerrahisi, Geriatri, Harp Cerrahisi, Hematoloji, İmmünoloji ve Allerji Hastalıkları, İş ve Meslek Hastalıkları, Jinekolojik Onkoloji Cerrahisi, Klinik Nörofizyoloji, Nefroloji, Neonatoloji, Perinatoloji, Romatoloji, Sitopatoloji, Temel İmmunoloji, Tıbbi Mikoloji, Tıbbi Onkoloji, Tıbbi Parazitoloji, Tıbbi Viroloji, Yoğun Bakım ve Gelişimsel Pediatri yan dalları sayılmaktadır. Adı geçen anabilim dalları ve yan dalların bir bölümünün temel bilimler kapsamında olup ilgili uzmanların hasta üzerinde doğrudan müdahalede bulunmaları söz konusu olmasa dahi, hasta ile doğrudan temasta olan klinik branşların çeşitliliği göz önüne alındığında da, ilgili

Fakat kimi zaman bu durumlardan daha farklı olarak bir uzman hekimin yine kendi uzmanlık alanındaki bir müdahaleyi, hatta genel tababet kapsamında ele alınabilecek bir müdahaleyi üstlenmemesi de gündeme gelebilir. Hekimin kendi uzmanlık alanına ait ancak göreceli az sayıda meslektaş tarafından alınmış belli bir eğitim sürecini ve deneyimi takiben doğru ve güvenilir şekilde uygulanabilecek bir müdahale olması nedeniyle bu konuda kendini kısmen bilgisiz ve deneyimsiz hissetmesi söz konusu olabileceği gibi, bazen de alışkın olduğu bir müdahale olmakla beraber, sebepleri ortaya çok da net konulamayacak bir şekilde hekim belli bir hastada o müdahaleyi gerçekleştirmek konusunda kendini yetersiz veya gönülsüz hissedebilir. Hasta ile karşılıklı ilişkide yaşanan bir uyumsuzluk, hekimin mesleki geçmişinden kalan olumsuz bir deneyim, yakın zamanda yaşanmış bir komplikasyon, bir meslektaşla açılmış dava öyküsü ya da tam olarak tanımlanamayan başka bir neden hekimi bazen böyle bir güvensizlik ve yetersizlik hissine sürüklemiş olabilir. Hekim yorgunluk, hastalık gibi kişisel bir nedenle de o an için tıbbi müdahalede bulunmayı göze alamayabilir. Bunun illaki bilimsel olarak gerekçelendirilmesi şart değildir. Keza, herhangi bir acil durum bulunmaksızın, yeterli uzmanlığı olmamasına rağmen veya uzmanlığı olsa bile, o konudaki bilgi ve deneyim eksikliği ya da yorgunluk, hastalık gibi kişisel bir sebeple, müdahaleyi gereğince uygulayamayacağını öngörmesine rağmen yine de üstlenmesi özen yükümlülüğünün ihlali olarak da ele alınabilir ¹⁴⁸⁷. Nitekim yukarıda da değinilmiş olduğu gibi, AMK paragraf 630 h 4. fıkrasına göre (§ 630 h Abs 4 BGB) hekim gerçekleştirdiği müdahale bakımından yetersiz ise, yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlığa yönelik ortaya çıkan zarara bu yetersizliğin yol açmış olduğu kabul edilecektir.

Hekimlerin mesleklerini icra ederken uymaları gereken tıbbın temel etik ilkeleri de göz önünde tutulduğunda, hastaya yararlı olamayacağını öngördüğü ya da zarar vermekten çekindiği durumlarda hekim, tedavi özgürlüğüne dayanarak tıbbi müdahaleyi reddedebilmelidir. Bu hekim için bir hakkın kullanılmasından öte bir yükümlülük olarak da ele alınmaktadır. Böylece hekimin belli bir tıbbi yöntemi

alandaki eğitim almamış bir uzmanların özel bilgi, beceri ve deneyim gerektiren spesifik müdahaleleri gereğince yerine getirip getiremeyecekleri, dolayısıyla hastaya el attıklarında üstlenme kusurunda bulunup bulunmayacakları titizlik ve şüphe ile yaklaşılması gereken bir husustur.

¹⁴⁸⁷ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 226, kn: 353. Hekimin hastalık, yorgunluk, dinlenme ihtiyacı gibi kişisel nedenlerle hastayı her zaman için üstlenemeyeceği kabul edilmekle beraber, özellikle acil durumdaki hastaya başka birilerinin müdahalede bulunacağından emin olması gerektiği de belirtilmektedir. Hastanın gerekli tıbbi bakıma ulaşması ile hekimin yardım yükümlülüğü de sona erecektir. LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 15, 16.

uygulayamayacağı yönünde kuşkuya düştüğü hallerde müdahalede bulunmaktan kaçınabileceği hatta kaçınması gerektiği söylenebilecektir.

Hekimin, kişisel olarak ya da elindeki donanım bakımından yeterli olmamasına rağmen hastayı üstlendiği durumlarda üstlenme kusuru gündeme gelmektedir. Hekim, gerekli mesleki deneyime henüz ulaşmamış olduğu için ya da bir girişimi örneğin ileri bir cerrahi tekniği uygulama konusunda yalnızca az sayıda hekimin belli yetkinlik ve beceri seviyesine ulaşmış olmaları nedeniyle kişisel olarak o müdahale açısından yetersiz kalabilir. Benzer durum bir hekimin uzmanlık alanının sınırlarına dayandığı durumlarda da gündeme gelebilir. Artık daha ileri müdahaleleri gerçekleştirmemesi ve hastayı yönlendirmesi gerekmektedir¹⁴⁸⁸. Objektif standardın subjektif yollarla genişletilmesi ve üstlenilmiş olan hastanın tedavisine yanlış yöntemlerle devam edilmesi hatalı davranışlar olarak ele alınmaktadır¹⁴⁸⁹.

Hekim herhangi bir müdahale ya da ameliyatı üstlenmeden önce, standartlara uygun şekilde gerçekleştirmek için gerekli teorik ve pratik yetenek ve bilgiye sahip olup olmadığını gözden geçirmelidir¹⁴⁹⁰. Bir hastanın bakımı özel bilgi ve deneyimi gerektirdiği durumlarda da, hasta ilgili uzmana ve hastaneye yönlendirilmediği takdirde, hekim incelikleri ve gelişme koşulları hakkında bilgi sahibi olmadığı bir hastalığın tedavisine giriştiği takdirde, mesleğin başındaki bir hekimin, bir asistanın ya da artık yeterince kalifiye olmayan bir hekimin bir müdahaleye kalkışması halinde de üstlenme kusuru söz konusu olacaktır. Ayrıca, hastalık, düşkünlük, yorgunluk, ileri yaş ve bedensel engeller hekimin bir müdahaleyi güvenilir şekilde gerçekleştirmesine engel teşkil edebilecektir¹⁴⁹¹. Yine hekimin izin verilen çalışma saatlerinin ötesinde faaliyet göstermesi durumunda, özellikle de ortaya yorgunluk ve aşırı yüklenmenin tipik sonucu şeklinde bir olumsuzluk ortaya çıktığında hekimin üstlenme kusuru gündeme gelebilecektir¹⁴⁹².

¹⁴⁸⁸ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 226, kn: 353; HEYERS, Johannes, Einführung in das Arzthaftungsrecht, Bonner Rechtsjournal, Ausgabe 02/2012, s:135; UHLENBRUCK, L/U, § 43 die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 380, kn: 2; SCHOLZ, kn: 12; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 100, 103; Benzer yönde MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155; LAUFS, Arztrecht, s: 276, kn: 483.

¹⁴⁸⁹ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 100.

¹⁴⁹⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 43 die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 380, 381 kn: 2,3; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 226, kn: 353.

¹⁴⁹¹ UHLENBRUCK, L/U, § 43 die ärztliche Haftung wegen Übernahmeverschuldens, s: 380, 381 kn: 2,3.

¹⁴⁹² DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 226, kn: 353.

Yine benzer bir görüş olarak, hekim yalnızca yeterli teorik ve pratik mesleki bilgiye ve mekan ve ekipman bakımından gerekli donanıma sahip olması durumunda müdahalede bulunmalıdır. Elindeki imkanların yetersiz olduğunu öngörebileceği durumlarda müdahaleye giriştiği takdirde, üstlenme kusuru şeklinde bir tıbbi hata gündeme gelecektir ¹⁴⁹³. Hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü bu noktada sınıra dayanmaktadır. Bu husus özellikle mesleğe yeni başlayan hekimler açısından önemlidir. Ancak bazen yoğun iş yüküne, yorgunluğa veya kişisel sağlık sorunlarına rağmen hasta bakmaya devam eden deneyimli hekimlerin de üstlenme kusurunda buldukları görülmektedir ¹⁴⁹⁴.

Hastanın temel hakkı ve hekimin de temel yükümlülüğü, hastalığın tanısının konup tedavinin sağlanması olduğuna göre, hekim, bunu gerçekleştirmek için bilgilerini güncel tutacak şekilde kendini geliştirmeli, ayrıca kullanmakta olduğu tıbbi alet ve cihazların işlevlerine aşina olmalıdır. Bir müdahaleye başlamadan önce, hastaya uygun bakımı sağlayıp sağlayamayacağını sorgulamalıdır. Eğer uygulayacağı müdahale hususunda bilgisiz ise, bu hizmeti verecek kadar yetkin değilse ya da elinde yeterli imkanlar yoksa, yani kişisel veya teknik bakımdan yetersizlikler söz konusu olduğu takdirde, hastanın üstlenilmeyip daha nitelikli ve donanımlı hekim ve hastanelere yönlendirilmesi gerekmektedir. Üstlenme kusurları yalnızca hukuki değil cezai sorumluluğa da yol açabilmektedir ¹⁴⁹⁵. AMK düzenlemelerinde de pek çok yerde üstlenme kusuruna özellikle vurgu yapılmış olduğu belirtilmektedir ¹⁴⁹⁶.

Hastayı önceden üstlenmiş olan hekimin de, hastalığın takibi sırasında, gerekli müdahalelerin kendi yetenekleri, deneyimi ve kapasitesinin ötesinde olduğunun, kendisinin yeterli standardı sağlayamayacağını ayırmasına varması

¹⁴⁹³ "...Mahkemece, olayın meydana geldiği tarihte davalı hastanede gerçekten bir sağlık personeli, ekipman yetersizliği yada bahsedildiği gibi uzman doktor bulunmadığı ve gerektiği halde hastaya müdahalede bulunulmadığı gibi iddialar üzerinde durulmadan ve bu hususta uzman bilirkişilerden rapor alınmadan, murisin tedavi gördüğü hastalığın acı çektiren süreçleri olan bir hastalık olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Somut olayda davacıların tazminat talep etmelerinin dayanağı hastanın ölmüş olması değil ölümünden önce davalı hastane tarafından gerekenlerin yapılmamış olduğuna dair iddialarıdır. Bu durumda mahkemenin görevi, davalı tarafından hastanın ölümünden önceki günlerde hastaya yeterli özenin gösterilip gösterilmediği, gerekli müdahalelerin yapıp yapılmadığı konusunda” Yargıtay 13 HD, E. 2015 / 29668, K. 2016 / 3202, T.08.02. 2016, Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

¹⁴⁹⁴ JANDA, s: 315.

¹⁴⁹⁵ JANDA, s: 315; SÜTLAŞ, s: 71; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 578; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 116, 117.

¹⁴⁹⁶ DEUTSCH, Deutsche Sonderwege, s: 2012.

halinde, faaliyetini sınırlandırması, başka ifadeyle kendi olanaklarının sınırına ulaştığı takdirde, artık başka hekimlere danışması ¹⁴⁹⁷, konsültasyon istemesi, gerektiğinde hastayı konunun uzmanı hekime ya da o konuda daha fazla bilgi ve deneyim sahibi meslektaşına ve imkanları daha geniş bir sağlık kurumuna yönlendirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yine üstlenme kusuru gündeme gelecektir ¹⁴⁹⁸.

HMEK m. 25'e göre de *"Hekim ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiği ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir."* Ancak bu koşullarda tedaviyi bırakacak hekimin, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatması ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirmesi gerekmektedir. İkinci hekim bulunmadan hastayı bırakamayacağı gibi, tedaviyi üstlenen meslektaşına da hasta hakkında tüm bilgileri aktarması gerektiği unutulmamalıdır.

C.Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaçınma ve Hastayı Ret Hakkını Kullanması

Gerek tıbbi müdahalenin uzmanlık alanı dışında kalması gerek kendini o müdahaleyi yapma hususunda yetersiz hissetmesi durumunda, esasen hekimi sınırlayan temel neden hastaya zarar vermeme ve üstlenme kusurunda bulunmama kaygısıdır. Oysa kimi zaman hekim, kendi yetki ve yetenekleri bakımından bir engel bulunmaksızın, belli bir hastayı takip etmekten ya da belli bir müdahaleyi gerçekleştirmekten kaçınabilir, acil durumlar dışında, bir tıbbi müdahale

¹⁴⁹⁷ " Kadın Hastalıkları ve Doğumevi görevlilerinin kusurlarının olup olmadıklarının tespiti ile ilgili Yüksek Sağlık Şurasından rapor tanzimi istenmesi üzerine , YSS'nin 7-8. Mayıs 1998 tarih ve 9725 sayılı kararıyla , miadında ağırlı gebe G.K.'yı klinik travayının takip edilmesi gerektiği halde, doktor S.K.'nin bu takipte ÇKS'nin takibi ve ÇKS'deki bozulmaların fetal distressi tespit edememesi, fetal monitörizasyonda ortaya çıkan tekrarlayan uzun süreli deselasyonları değerlendirmemesi ve Eğitim Hastanesi çalışma sisteminde kendisinden daha sorumlu ve etkili klinik şeflerine ' danışmaması' sebebiyle kusurlu bulunduğu ve kusur oranının 4/ 8 olduğuna, " Danıştay 10 HD., E. 1998 / 5580, K. 2001 / 582, T. 15.02.2001, GÖKCAN, s: 1398.

¹⁴⁹⁸ DETTMAYER, s:7; UHLENBRUCK, L/U, § 58 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 437, kn: 2; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 578. Kimi zaman uzman bir hekimin de hastanın durumundan şüphe etmesi ve başka bir uzmandan görüş istemesi gerekebilir. Örneğin vücudunun sol yarısında şiddetli ağrıdan yakınan bir hastayı gören ortopedi uzmanının, sorunun kendi uzmanlık alanıyla ilgili olmayabileceği, bir kalp krizininin belirtisi olabileceğini de düşünerek dahiliye uzmanından görüş alması gerektiği belirtilmektedir. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 103.

sözleşmesine taraf olmak istemeyebilir ¹⁴⁹⁹. Hastanın hekimi seçme hakkına karşılık teşkil eden hekimin hastayı seçme hakkı, acil durumlar saklı kalmak üzere, onun da belli koşullarda hastayı geri çevirmesine imkan tanımaktadır. Hastanın hekimi seçme hakkı olduğu gibi, hekimin de hastayı seçme hakkı olduğu ifade edilmektedir ¹⁵⁰⁰.

Hiç kimsenin belli bir işi, belli bir mesleği icra etmeye zorlanamayacağı Anayasa ile güvence altına alınmıştır ¹⁵⁰¹. Bu hususun Alman hukuku bakımından da geçerli olduğu (AMK § 305) belirtilmektedir ¹⁵⁰². Borçlar hukukunda hakim olan özerklik ve sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, herkes sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin tarafını belirleme bakımından serbestçe karar verebilir ¹⁵⁰³. Sözleşme serbestisi kural olarak hekimler için de geçerli olup, her icabı kabule, her hasta ile sözleşme kurmaya, her hastayı tedaviye zorlanamayacakları kabul edilmektedir ¹⁵⁰⁴. Nitekim *Laufs*, *Katzenmeier* ve *Lipp* de, hastaya tanınmış olan hekimi seçme hakkının, hekim bakımından da haklı sebeplerin varlığı halinde müdahalenin üstlenilmemesi şeklinde karşılık bulduğunu, acil durumlar ve kanunun getirdiği zorunluluklar dışında hekimin tıbbi bakım almak için başvuran her hastayı üstlenmek gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmektedirler ¹⁵⁰⁵.

Alman hukukunda, Almanya'da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları § 1, hekimin mesleğin icrasında özgür olduğunu, özellikle hasta ile arasında olması gerekli güven ilişkisinin mevcut olmadığı kanınıdaysa, acil yardım yükümlülüğü saklı kalmak üzere, § 7 uyarınca hastaya bakmayı reddedebileceğini öngörmektedir. Bu düzenlemenin 2. bölüm, 7. paragrafı uyarınca da hekimler, acil

¹⁴⁹⁹ DETTMAYER, s: 213; SCHOLZ, kn: 9.

¹⁵⁰⁰ LAUFS, L/U, § 3 Die Freiheit des ärztlichen Berufs, s: 17, kn: 13; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 92, kn: 125; NEUEFEIND, s: 15; LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7.Auflage 2015, kn:1.

¹⁵⁰¹ Anayasa m.18/1: Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Anayasa m.48/1: "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.

¹⁵⁰² BROX / WALKER, Allgemeines, s: 27, kn: 2,3, s: 28, kn: 4 vd.

¹⁵⁰³ Sözleşme serbestisi (özgürlüğü) konusunda bkz. önceki bölümlerde yapmış olduğumuz açıklamalar ve oradaki dipnotlar.

¹⁵⁰⁴ WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 42; REİSOĞLU, Seza, s: 8. Ancak hekim önceden aranıp bir hastaya çağrılmış ve o da telefonda hastaya müdahale öncesi bir takım tavsiye ve talimatlarda bulunmuşsa artık o hastaya bakması gerektiği belirtilmektedir. UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s:419, kn: 3. Ayrıca hizmeti sunan kişi tekel olduğunda veya sunulan mal ve hizmetler kamu hukukuna tabi olduğunda sözleşme serbestliği ilkesi geçerli olamayacaktır. JANDA, s: 123. Yine bkz. önceki bölümlerde yapılmış açıklamalar ve atıflar.

¹⁵⁰⁵ Bkz. LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 1. Ancak afetler, genel tehlikeler ve acil durumlarda herkesten beklenen genel yardım yükümlülüğü hekim açısından da geçerlidir. Bkz age; Sigortalı hastalara (Kassenpatient) sağlık hizmeti sunulması da kamu hukukuna dayanan bir yükümlülük teşkil etmektedir. BROX / WALKER, Besonderes, s:329, kn: 4.

durumlar ve özel yasal yükümlülükler haricinde, bir tıbbi müdahaleyi reddetme bakımından özgürdürler, fakat hastayı başka bir hekime yönlendirirken de yeni hekimi, saptamış oldukları bulgular, yapmış oldukları müdahaleler hakkında bilgilendirmeleri gereklidir (MBO- Ä § 7 / 7) ¹⁵⁰⁶. Böylece hekimlerin hastaya müdahalede bulunma yükümlülüğünün söz konusu olmadığı, bilakis kural olarak sözleşme kurma serbestisinin (özgürlüğünün) kabul edildiği görülmektedir ¹⁵⁰⁷. Demek ki, durum acil değilse, ayrıca kamu hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük teşkil etmedikçe, hekim hastalarını serbestçe seçebilecek, çeşitli nedenlerle yeni hastalara bakmayı reddedebilecektir ¹⁵⁰⁸.

Sözleşme özgürlüğü, hukukumuzda, serbest ya da özel bir sağlık kuruluşunda çalışan hekimler için, acil durumlar dışında mutlak kabul edilmekte iken, kamu kuruluşlarında çalışan hekimler bakımından, acil durumların ötesinde, bir kamu görevlisi olarak kamu hizmeti sunuyor olmaları nedeniyle, hastaya bakma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak haklı nedenlerin varlığı halinde ve hastanın aynı

¹⁵⁰⁶ http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf, Erişim T: 17.11.2017; SCHOLZ, kn: 9.

¹⁵⁰⁷ Bununla beraber hekimin genel yardım yükümlülüğü uyarınca acil müdahaleleri gerçekleştirme gerekmekte olup, aksi takdirde yardım yükümlülüğünü yerine getirmeyen her vatandaş için geçerli olduğu üzere § 323 c StGB uyarınca cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

¹⁵⁰⁸ DETTMAYER, s: 213. Fakat sigortalı hastalara bakmak üzere sözleşme yapmış hekimin (Kassenarzt) hasta tarafından talep edilen bir müdahaleyi reddetmesinin yalnızca haklı sebeplerin varlığı halinde mümkün olacağına işaret edilmektedir. Sözleşmeli hekim (Kassenarzt), kamu hukuku açısından, hastaların bakımına katılma yükümlülüğündedir. Hasta hekim arasındaki güven ilişkisinin sarsılmış olması, hastanın sigortalı olduğunu belgeleyememesi, hastanın hekimin önerilerine, talimatlarına sürekli aykırı davranması, sürekli şikayetçi, tartışma ortamı yaratan, kalitesiz davranışlar sergilemesi ve keyfi reçete yazdırma istekleri gibi durumlar ise hekimin hastayı reddetmesinin haklı sebeplerini oluşturabilecektir. DETTMAYER, s: 214. SCHOLZ, kn: 9; WAGNER, MÜKoBGB, BGB § 630 a, kn: 43; *Brox ve Walker'a* göre de, sözleşmeli hastalara (Kassenpatient) sağlık hizmeti sunulması kamu hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüktür. BROX / WALKER, *Besonderes*, s: 329, kn: 4; Alman Sosyal Güvenlik Kanununun 5. kitabı 95. paragraf uyarınca sosyal güvence kapsamında hastalara bakmak üzere sözleşme yapmış bu hekimler, kanun ve yapmış oldukları sözleşme hükümleri uyarınca, tam ya da kısmi zamanlı olarak, güvence altındaki sigortalı hastalara tedavi sunma hususunda hem yetkili hem de yükümlüdürler. Bu yükümlülük, sözleşmeye taraf olmuş hekimlerin, haklı nedenlerin bulunmaması durumunda, kendilerine bu konuda verilmiş izinleri kaybetmeyi göze almadıkları sürece, sosyal güvenceli (sigortalı) hastaları reddetmelerinin çok sınırlı hallerde gündeme gelebileceğini göstermektedir. Almanya'da sosyal güvence kapsamındaki hastalara hizmet sunmakla görevli hekim dernekleriyle sosyal güvenlik kurumunun yapmış olduğu Federal Çerçeve Sözleşmesi 7.bölüm 13.paragrafın, sözleşmeli hekimin, elektronik sağlık kartını ibraz etmediği müddetçe, 18 yaşını doldurmuş sigortalının tedavisini reddetme yetkisine sahip olduğu, ancak bunun, tedavi zorunluluğunun olduğu akut durumlar ve kişisel olmayan yararlanımlar bakımından geçerli olmadığını, bunun dışındaki hallerde ise, hekimin sigortalının tedavisini sadece haklı nedenlerle reddedebileceğini öngören hükmü, tedavi yükümlülüğüne ilişkin sınırlamaları ortaya koyan düzenlemelerden birini teşkil etmektedir. https://www.anwalt.de/rechtstipps/die-behandlungspflicht-des-arztes-zahnarztes_076119.html, ErişimT: 08.07.2016; <https://www.krahnert-medizinrecht.de/behandlungspflicht-fuer-aerzte-patienten/>, Erişim T: 08.07.2016.

standartta tıbbi müdahalesinin başka bir hekim tarafından gerçekleştirilmesinin güvenceye alınması koşuluyla kamuda çalışan hekimlerin de hastayı reddedebilecekleri kabul edilmektedir ¹⁵⁰⁹.

TDN m. 18 uyarınca tabip ve dış tabibi acil yardım, resmi ve insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere mesleki ve şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilirler. HMEK m. 25 de, hastanın başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, bakım ve tedavisinin üstlenilmeyebileceğini öngörmüştür. Hekim Hakları Bildirgesine göre de, hekim, tıbbi kriterler dışında hiçbir özellik ya da kritere göre ayırım yapmadan, TDN ve HMEK ile de uyumlu olarak, belli koşulların oluşması halinde sağlık hizmeti sunmayı reddedebilir, ancak reddedilecek hastanın acil bir girişim gerektirmiyor olması, başka bir hekime yönlendirilebiliyor ve bu yüzden sağlığının olumsuz etkilenmiyor olması da göz önünde tutulmalıdır ¹⁵¹⁰. Dolayısıyla hastaya müdahalede bulunma zorunluluğu getirilmiş ayrık haller dışında, hekimin, hastayı ve müdahaleyi üstlenme yükümlülüğünün olmadığı görülmektedir.

Her ne kadar hekim hastasını seçmekte, onun tedavisini kabul edip etmemekte özgür ise de, TMK m.2'nin getirdiği hakkın kötüye kullanımı yasağı uyarınca, örneğin tek bir hastanenin bulunduğu veya belli bir uzmanlık alanında faaliyet gösteren başka bir hekimin bulunmadığı yerde hastanın tedavisinin reddedilmemesi gerekmektedir. Aksi takdirde hakkın kötüye kullanımı söz konusu olacaktır ¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁹ HAKERİ; Hakan, Sağlık Çalışanının Hizmetten Çekilme Hakkı ve Sağlık Bakanlığı Genelgesi, <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-saglik-calisaninin-hizmetten-cekilme-hakki-ve-saglik-bakanligi-genelgesi-72-64-3266.html>, Erişim T: 28.09.2016.

¹⁵¹⁰ TTB Hekim Hakları Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010.

¹⁵¹¹ ÖZDEMİR, s. 74, 75, dn. 13; Alman öğretisinde de benzer açıklamalar yapılmakta olup, örneğin köydeki tek hekim keyfi olarak hastayı reddedemeyecektir, yine hekimin kronik bir hastayı uygun olmayan bir zamanda terk etmemesi gerekmektedir. SCHOLZ, kn: 9; Hekimlerin durumu ağır hastaya tedavi ve sağlık hizmeti sunmaktan kaçınmayacağı da ifade edilmektedir. Yazar bu hususa ilişkin, bir sözleşmenin yapılmasından kaçınılmasının ahlaka aykırı bir durum olarak ele alınabileceğini, bu şekilde ahlaka aykırılığın mesleki bir mükellefiyete aykırı davranıştan da meydana gelebileceğini, örneğin bir doktorun haklı bir sebep olmaksızın ağır bir hastayı tedaviden kaçınmasının da böyle bir durum teşkil ettiğini, bununla birlikte tıbbi müdahalenin derhal gerekip gerekmediği ve bu müdahalenin başka bir yoldan sağlanıp sağlanamayacağını da önem taşıdığını, doktorun sorumlu tutulabilmesi için, ayrıca tedaviden kaçınması sonucu hastanın zarara uğrayacağını bilebilecek durumda da olması gerektiğini, bu hususun Alman ve İsviçre hukuklarında da savunulduğunu ve hukukumuzda da kabul edilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedir. TUNÇOMAĞ, I. Cilt, s: 163.

Hekim hastayı en başından kabul etmeyebileceği gibi, başlangıçta el atmış ve tıbbi bakım sunmakta olduğu bir hastayı da sonradan takip etmek istemeyebilir ya da hastayı tümüyle reddetmemekle beraber başlamış olduğu bazı müdahaleleri, tedavileri sürdürmek istemeyebilir ¹⁵¹². TDN 19. maddesinde, tabip ve diğ tabibinin mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabileceği hüküm altına alınmakta, ancak bunun için hastayı, diğ bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkan verecek yeterli bir süre öncesinde haberdar etme koşulunu da getirmektedir. Bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sağlığının zarara uğraması muhtemel olan hastanın, onun takibini üstlenecek başka bir hekim bulunmadığı sürece terk edilemeyeceği öngörülmüştür. Ayrıca HMEK m. 25 düzenlemesinin de bu bağlamda göz önünde tutulması gerekmektedir. Yine TTB Hasta Hakları Bildirgesine göre hasta, sağlık hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması hakkına sahiptir. Hekim, tedavisinin sürdürülmesi tıbben gerekli olan hastayı, yeni düzenlemeleri yapması için yeterli olanak ve desteği sağlamadan bırakmamalıdır. Hekim Hakları Bildirgesine göre de, hasta bırakılmadan önce, tıbbi gereksinimiyle uyumlu nitelikteki bir başka hekime yönlendirilebiliyor olması ve bu yönlendirmenin onun sağlığını tehlikeye atmıyor olması gibi koşulların dikkate alınması, ayrıca hem hasta hakkında edinilen tıbbi bilgilerin hastayı izleyecek meslektaşına aktarılması hem de hastanın hizmet sunmayı reddetme nedeni ve olanakları konusunda, bunun yanı sıra yönlendirmenin sağlığını olumsuz etkilemeyeceği hususunda bilgilendirilmesi de gerekmektedir ¹⁵¹³.

Hekimin, bir hastayı üstlendiği takdirde, artık hem sözleşmesel olarak hem de meslek hukuku anlamında ona tıbbi bakım sunma ve bu bakımın gereğince yerine getirilmemesi nedeniyle hasta zarar gördüğünde de, bu zararı tazmin yükümlülüğü altına girdiği, bir başka deyişle hastayı üstlenmekle onun yaşamını ve sağlığını korumak adına garantör pozisyona geldiği kabul edildiğinden ¹⁵¹⁴, hastanın tıbbi bakımı kesilirken veya yarım bırakılırken, hekimin onun ortada kalmaması ve sağlığının zarar görmemesi için önlem almada ihmalkar ve özensiz davranmaması çok önemli bir husustur. Hekimin garantör pozisyonu kimi zaman hasta ile yapmış

¹⁵¹² DETTMAYER, s: 213; SCHOLZ, kn: 9.

¹⁵¹³ Türk Tabipleri Birliği Hasta Hakları Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 13

¹⁵¹⁴ ESSER / WEYERS, Band II, Besonderer Teil, § 55 I 1, s. 542; LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 2.

olduğu bir telefon görüşmesiyle dahi başlayabilir. Bu aşamada arada bir tıbbi müdahale sözleşmesinin kurulmuş olup olmamasının önemi da yoktur, belirleyici olan hastanın hekimin koruması altına girmiş olmasıdır. Hekimin garantör pozisyonu, sözleşmenin sona ermesi veya hastanın başka bir hekim tarafından izlenmeye başlamasıyla sona ermektedir. Bununla birlikte hekim, acil olmadıktan ve gecikmesinde sakınca bulunmadıktan sonra hasta ile arasındaki tedavi ilişkisini her zaman için sona erdirebilecektir ¹⁵¹⁵.

Amerikan hukukundan görüşlere göre de, özgür bir toplumda bireyler, bir eylem gerçekleştirmeyi taahhüt anlamına gelecek bir davranışta bulunmadıkları sürece, istemedikleri yükümlülüklerin altına girmeye zorlanamayacaklardır ¹⁵¹⁶. Ayrık durumlar dışında, hekimler, istemedikleri hastaları tedavi etmek mecburiyetinde değildirler. Dolayısıyla daha önceden hasta kabul etmekte olduğu halde, artık istemeyen veya bakım sunmayı reddeden bir hekim kural olarak herhangi bir zorunluluk altında değildir ve mesleki bir ilişkiye girmemiş olmaktan ötürü sorumluluğu da söz konusu olmamaktadır. Fakat başlamış bir hekim-hasta ilişkisi mevcut ise, sona erdirilmeden önce, tedavinin başka bir hekimle sürdürülmesini sağlayacak önlemler de dahil olmak üzere, hastanın bilgilendirilmesi gereklidir. Tedaviye devam edecek yeni hekimin mutlaka o anda ulaşılır olması şart değildir. Önemli olan sona erdirmenin haklı ve makul şekilde yapılmış, hastaya alternatif bakım alma konusunda gerekli yardımların sunulmuş olmasıdır ¹⁵¹⁷. Hastanın sağlık hizmetini ya da tıbbi bakımı başka bir hekimden alma imkanını kullanabilmesinde, kendisine tanınmış olan süre, ilk hekimin ona bu hususta yardımcı olması, tıbbi durumu ve tedavisinin ileriki dönemdeki seyri hakkında yapılan aydınlatma gibi hususların da etkili olduğu ifade edilmektedir ¹⁵¹⁸.

Hekimlerden farklı olarak hastanelerin hastayı tümüyle reddetmelerinin söz konusu olamayacağı, tedavinin tıbben anlamsız ve gereksiz olması gibi ayrık bir durum olmadığı müddetçe hastayı kabul etmeleri gerektiği ileri sürülmektedir ¹⁵¹⁹. Amerikan hukukundan örnek olarak gösterilen, California mahkemelerince verilmiş

¹⁵¹⁵ LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, *Arztrecht*, 7. Auflage 2015, kn: 5.

¹⁵¹⁶ BOUMIL / ELIAS / MOES, s:2 , 3.

¹⁵¹⁷ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 24.

¹⁵¹⁸ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 16.

¹⁵¹⁹ JANDA, s: 221; SCHOLZ, kn: 9.

Leach v Drummond Medical Group kararında ¹⁵²⁰ hekim hastayı reddedebilecek olsa dahi, benzer hizmetlerin sağlanabileceği en yakın hastanenin yüz mil uzakta yer alması da göz önünde tutularak, hastanenin hastaya tıbbi bakım sunmayı külliyen reddedemeyeceğine hükmedilmiştir ¹⁵²¹.

1.Hastanın Reddinde Ayrımcılık Yasağı

Hastanın cinsiyet, ırk, etnik köken, yaşlılık, engellilik, cinsel tercihler, din, hayat görüşü gibi özelliklerine dayanarak sözleşme yapmaktan kaçınılamayacağı belirtilmektedir ¹⁵²². Nitekim yeni mezun hekimlerin ettiği yeminde de, ki esasen Hipokrat yemininin günümüze uyarlanmış şeklidir, tıbbi kriterler dışında, din, milliyet, ırk, siyasi görüş, sosyal konum gibi hiçbir özellik ya da kriterine göre ayırım yapmadan hizmet sunmanın hekimlik mesleğinin temel değerlerinden olduğu vurgulanmakta ve bu yemin Almanya’da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları’nın da başlangıcında yer almaktadır ¹⁵²³. TDN m.2 uyarınca da hekim, hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlâki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevki ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir. HHY. m.5/ c uyarınca, sağlık hizmetinin verilmesinde hastaların ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farkları dikkate alınmaz. HMEK m. 7 uyarınca hekim, görevlerini her durumda hastaları arasındaki siyasi görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür. TTB Hekimlik ve İnsan Hakları Bildirgesinde hekimler, herkesin, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir özelliğe göre ayrıma uğramadan ve

¹⁵²⁰ Davacılar, bir medikal gruba ait hastanedeki bazı hekimlerden memnun kalmayarak lisans merkezine bir sürü şikayet içeren bir dilekçe yazmışlar, bundan haberdar olan medikal grup da davacılar artık arada düzgün bir hekim-hasta ilişkisi sürdürülmesinin mümkün olmadığını ve bu ilişkiyi sona erdireceklerini belirtmişlerdir. Hastalar pek çok iddia öne sürerek dava açmışlar, dava yerel mahkemece reddedilmiş, ancak karar temyizde bozularak, hekimin tek başına tedaviyi reddedebileceği ancak tüm bir grubun yani hastanenin aynı imkana sahip olmadığı belirtilmiştir. BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 23.

¹⁵²¹ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 23.

¹⁵²² DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 92, kn: 125; JANDA, s: 123, 124; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 42.

¹⁵²³ Gelöbnis. (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, <http://www.bundesaeztekammer.de>, Erişim T: 20.02.2018.

toplumsal cinsiyet eşitliği göz önüne alınarak bütün haklardan ve özgürlüklerden yararlanması gerektiğini kabul etmektedirler ¹⁵²⁴.

2. Acil Durumlarda Müdahale Zorunluluğu

Hekimin mesleki özerkliği ve sözleşme serbestliği acil yardıma ihtiyaç gösteren hastanın müdahalesiz kalmasını sonuçlamamalıdır, dolayısıyla hekimin acil durumlarda gerekli tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınmayacağı kabul edilmektedir ¹⁵²⁵. Hekimlerin acil müdahalede bulunma yükümlülüklerinden söz ederken, bununla kurtarma yükümlülüğü arasındaki farka da değinmek gereklidir. Kişiler ortaya çıkan beklenmedik hastalıklar veya mevcut hastalığın hızla gösterdiği kötüleşmeler nedeniyle normal çalışma saatleri dışında da tıbbi müdahale ve bakıma ihtiyaç gösterebilirler. Ortaya çıkan böyle beklenmedik durumlarda yapılması gereken, olağan sağlık hizmeti sunulacak aşamaya kadar geçecek zamanda hastaya ihtiyaç duyduğu temel bakımın sağlanmasıdır. O an için görevli olan hekimin yükümlülüğü, yalnızca elindeki imkanlar ölçüsünde genel bir bakımın yerine getirilmesidir ¹⁵²⁶. Somut tıbbi duruma göre değişkenlik göstermekle beraber, kimi zaman, hastalığındaki beklenmedik bir kötüleşme nedeniyle aciliyet kesbeden önceden takibine başlanmış olan hastanın, öncelikle onun durumunu en iyi bilen müdavi hekimine ulaştırılması en doğru yaklaşım olsa da, gecikmenin sakınca yaratacağı durumlarda ona en yakın olan hekimin müdahalede bulunması uygun görülmektedir ¹⁵²⁷. Buna mukabil, ülke çapında organize olmuş acil kurtarma ve hasta transport hizmetlerinde ise, hasta hastaneye ulaştırılana kadar, yaşama döndürülmesi ve yaşamsal vücut fonksiyonlarının yeniden tesisi ve sürdürülmesi söz konusudur ¹⁵²⁸.

¹⁵²⁴ Türk Tabipleri Birliği Hekimlik ve İnsan Hakları Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği, Ankara 2010, s:7.

¹⁵²⁵ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 419, kn: 3; DETTMAYER, s: 214 ÖZDEMİR, s. 74, 75; SCHOLZ, kn:10; WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 44; https://www.anwalt.de/rechtstipps/die-behandlungspflicht-des-arztes-zahnarztes_076119.html, Erişim T: 08.07.2016; Bu durumda illa ki hasta ile bir sözleşme kurma zorunluluğu şeklinde algılanmamalıdır. O an için hasta bekletileniyorsa ve başka bir hekimin tıbbi bakımı altına sokulamıyorsa gerekli acil müdahale yapılmalıdır. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 44; LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 7, 8, 13; REİSOĞLU, Seza, 9; İNAL, s: 819.

¹⁵²⁶ LAUFS, Arztrecht, s: 77, kn: 142; JANDA, s: 111.

¹⁵²⁷ Daha fazla açıklama ve örnek için bkz. LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 13, 14.

¹⁵²⁸ LAUFS, Arztrecht, s: 77, kn: 142; JANDA, s: 111;

Alman hukukunda, Federal Hekimlik Kurallarına ve Almanya’da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları’na göre de, hekimler mesleğin icrasında ve müdahalede bulunup bulunmama hususunda serbest olsalar da, acil müdahalede bulunma, acil tıbbi bakım sunma ve icap yükümlülükleri bulunmaktadır (MBO-Ä § 26) ¹⁵²⁹. Serbest çalışıp da acil nöbet sistemine dahil olmuş her muayenehane hekiminin, acil durum çağrılarında cevap verme yükümlülüğü olduğu, yine belli bir ortamda görevli hekimlerin, örneğin gemide çalışan hekimler, işyeri hekimleri vb. bakımından da böyle bir garantör pozisyonun olduğu kabul edilmektedir. Ancak klinisyenler açısından garantörlük, hasta kendilerine ulaşmadığı, karşısına gelmediği sürece kural olarak gündeme gelmemektedir ¹⁵³⁰. Fakat hekim kendi davranışı ile hastada zararlı sonuçlar ortaya çıkmasına yol açmış ise, bu tehlikelerin azaltılması ve hastanın kurtarılmasına yönelik önlemlerin alınması bakımından yine garantör pozisyonunda olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hekimin garantör fonksiyonu ile ilişkili olmaksızın, Alman Ceza Kanunu § 323 c uyarınca, acil durumlarda herkesten beklenen yardım yükümlülüğünü yerine getirmemesi

¹⁵²⁹ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 419, kn: 3; (Muster-) Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997, <http://www.bundesärztekammer.de>, Erişim T: 10.01.2018; Bu bağlamda, Alman acil sağlık sistemi uygulamasından kısaca söz edilecek olursa, her hekim tabip odasına üye olma zorunluluğundadır. Hekimler muayenehanelerinde pratisyen veya uzman olarak serbest şekilde çalışabilecekleri gibi bir sağlık kurumuna bağlı olarak da çalışabilirler. Serbest çalışan bu hekimlerin (niedergelassene Ärzte), normal vizite saatleri dışında nöbet yükümlülükleri bulunmaktadır (Notfalldienst). Acil yükümlülüğü olarak adlandırılan bu hizmette, hekimler tabip odalarınca belirlenmiş bir düzene uygun olarak, normal vizite saatleri dışında tıbbi yardıma ihtiyaç gösteren hastaları kabul etmekte ve olağan koşullar sağlanıncaya kadar onlara geçici bir sağlık hizmeti sunmaya çalışmaktadırlar. Bu hizmet sırasında hekimden eksiksiz bir tıbbi bakım beklenmemekte ve amaç hastanın rutin hizmete kavuşana kadarki bu süreyi olabildiğince tıbbi destek olarak geçirmesinin sağlanması ise de, hastanın ilkyardım ve acil yaşam desteği gerektirdiği durumlarda bunların yerine getirilmesi ve tıbbi durumuna göre hızla en uygun hastaneye ulaştırılması da bu uygulamanın kapsamında yer almaktadır. Bu düzenlemeler yapılırken, hakkaniyete uygun olması için, hekimin aynı zamanda sigortalı hastalara bakmak üzere sözleşmeli bir hekim konumunda olup olmadığı, aynı zamanda hastanede bir icap yükümlülüğünün olup olmadığı, uzman olması nedeniyle genel tababete yabancılaşmış olup olmadığı ve bu yükümlülüğü yerine getirmesine engel olacak ya da zorlaştıracak diğer kişisel nedenler de göz önünde tutulmaktadır. Hastanede çalışan hekimlerin tıbbi bakım sunmak üzere hazır durumda bulunmaları ise Bereitschaftsdienst olarak adlandırılmaktadır. Hekimlerin acil nöbetler için gerekli bilgiler bakımından kendilerini güncel tutma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte acil nöbeti tutan hekimlerin mesleki bilgileri yetersiz kaldığında hastayı daha bilgili uzmanlara ve hastanelere yönlendirmeleri ve kurtarma hizmetlerinden yardım istemeleri de söz konusu olabilmektedir. Acil kurtarma hizmetleri ise itfaiyede olduğu gibi, devlet tarafından organize edilmekte ve bir kaza ya da ani gelişen bir hastalık sonrası acil tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde yaşamı tehlikeye giren ya da ciddi sağlık zararları riski altında olan kişilere hızla müdahale edilmesi ve uygun sağlık kurumuna transportu sağlanmaktadır. Acil kurtarma hizmetleri bir kamu hizmeti olup, sorumluluk da kamu hukuku kurallarına göre belirlenmektedir. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 42, kn: 58, s: 616 vd; LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 7, 8 ve oradaki dipnotlar.

¹⁵³⁰ LAUFS, Arztrecht, s: 75, kn: 139; LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 9.

nedeniyle de cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir ¹⁵³¹. Ancak yoldan geçerken karşılaştığı ya da rastlantısal olarak orada bulunduğu bir acil duruma elindeki kısıtlı imkanlarla müdahale eden hekimden beklenen özen yükümlülüğü ile profesyonel acil sağlık hizmeti sunumu ile görevli hekimden beklenen aynı olmayacaktır ¹⁵³². Profesyonel acil sağlık hizmeti sunan hekimden, karşısına gelmiş olan acil hastaya elindeki imkanların elverdiği herhangi bir müdahaleyi değil, tıbbi durum bakımından gerekli olan müdahaleyi yapması beklenmekte ve yerine getirilmesi gereken özen yükümlülüğü de buna göre belirlenmektedir ¹⁵³³.

¹⁵³¹ LAUFS, Arztrecht, s: 76, kn: 140, 141. LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 11. Her ne kadar Amerikan hukukundan bir görüş, acil serviste çalışan bir hekimin, burada karşısına gelen hastayı tedavi etme yükümlülüğü bulunurken, evine giderken vuku bulan bir olayda durmadığı ve yoldan geçen birine müdahalede bulunmadığı için sorumluluğunun gündeme gelmeyeceğini ileri sürse de (BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 3), böyle bir davranışın hukukumuz ve Alman hukukundaki düzenlemelerle bağdaşmadığı görülmektedir. Yardım yükümlülüğünün çok geniş yorumlanmasının da, akut olmayan herhangi bir duruma müdahaleden kaçınma halinde, anılan yükümlülüğü ihmal sonucuna götürebilme sakıncasından söz edilmektedir. Bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 617, 620. Alman Hukukunda, esasen kişilerin, kendileri için önemli bir tehlike veya ihlal oluşturmadığı takdirde, acil durumda bulunanlara genel yardım yükümlülüğünden kaçınmaları suç oluşturmaktadır. Kişileri ilkyarımda bulunmaya teşvik etmek üzere, getirilmiş muafiyet ve ayrıcalıklar söz konusudur. Sağlık çalışanlarının eylemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması bağlamında artan gereklilikler, yükselen beklentiler ve bu nedenle yaşanan sıkıntılar yüzünden, acil yardıma yönelik spontan reaksiyonların olumsuz etkilenerek azalma eğilimine girdiği belirtilmektedir. Dolayısıyla hekimler bakımından da (ayrıca diğer sağlık profesyonelleri), beklenmedik acil durumlara, örneğin bir yere giderken karşılaştıkları bir kaza gibi, yaptıkları müdahalelerin o an için ellerinde mevcut imkanlara göre değerlendirilmesi şeklinde bir yol tercih edilmiştir. Her ne kadar hekimden daha yüksek bir standart, yani koşulların el verdiği ölçüde tıp mesleğine uygun bir eylem ve faaliyet beklenmekte ise de, göstermesi gereken özen belirlenirken elindeki imkan ve donanımın da göz önünde tutulması gerekmektedir. Müdahale edilecek hasta ya da yaralının durumu acil, eldeki donanım sınırlı ve zamana karşı yarışıldığı için, olağan koşullarda hata ve kusur olarak değerlendirilebilecek durumlar, bu tür kısıtlı koşullarda kusur ve özensizlik olarak kabul edilmemekte, kısaca hekimin acil koşullarda gerçekleştirdiği müdahalelerde özen ve sorumluluk kriterlerinin aşağı çekilmesi, sorumluluğun ağır kusur ile sınırlanması, aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğünün hafiflemesi ya da tümüyle kalkması şeklinde kendini gösteren bazı ayrıcalıklar bulunmaktadır. Bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 617, 618.; Garantör pozisyonundaki bir hekimin yükümlülükleri ile herkesten beklenen yardım yükümlülüğü birbirine karıştırılmamalıdır. Herkesten beklenen yardım yükümlülüğü esasen tıbbi bir yükümlülük de olmayıp o sırada gereken herhangi bir yardım da olabilir. Ancak tıbbi yardımın gerektiği durumlarda, bunu tıp dışı kişilere kıyasla çok daha iyi gerçekleştirebilecek konumda olan hekimden de bu hususta elinden geleni yapması beklenmektedir. Garantör olarak yükümlülüklerini yerine getirmeyen hekim haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen genel hüküm olan § 823 Abs.2 BGB uyarınca sorumlu tutulacaktır. Genel yardım yükümlülüğünü ihmal ise suç olarak Ceza kanununda (§ 323c StGB) düzenlenmiştir. LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 11, 12; ABD’de de, acil durumlardaki sorumluluğun hafifletilmesine, sorumluluk kriterinin yumuşatılmasına yönelik olarak Good Samaritan Kuralları olarak tabir edilen bazı muafiyetlerin getirildiği ifade edilmektedir Bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 617, 620; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 156-160.

¹⁵³² WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 105. Bakınız öncesi dipnottaki açıklamalar.

¹⁵³³ LAUFS / KATZENMEIER / LIPP, Arztrecht, 7. Auflage 2015, kn: 11, 12.

Yasal düzenlemelerimizin hekime acil durumdaki hastaya müdahale yönünde yüklediği yükümlülükler göz önünde tutulduğunda ¹⁵³⁴, aksi yöndeki bir davranış yüzünden, yani kabul edilebilir haklı bir gerekçesi olmaksızın acil durumdaki hastanın müdahalesiz kalması nedeniyle ölmesi veya sakat kalması durumunda,- hekimin, hukuki sorumluluğun yanı sıra- meydana gelen neticeye göre, TCK m. 83 uyarınca kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ¹⁵³⁵, TCK m. 85 uyarınca taksirle öldürme, m.88 uyarınca kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi, TCK m. 89 uyarınca taksirle yaralama ve kamuda çalışan hekimler bakımından TCK m. 257 uyarınca görevi kötüye kullanma suçları nedeniyle cezai sorumluluk gündeme gelebilecektir ¹⁵³⁶. Ayrıca, Alman hukukundakine benzer şekilde, hukukumuzda da, TCK m. 98'de ¹⁵³⁷ düzenlenmiş olan yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu yer almaktadır.

Hekimler olağanüstü olaylar karşısında, toplumun sağlığını korumak amacıyla devletçe yapılacak davete uymak ve kendilerine verilen ödevi yerine getirmekle de yükümlüdürler ¹⁵³⁸. TTB Hekimlerin Toplumsal Sorumlulukları Bildirgesinde “*Hekim olağandışı durumlarda sağlık hizmetlerinin örgütlenmesi ve sunumu konularında eğitim almalı, olağandışı durum öncesi, sırası ve sonrasında yürütülen çalışmalara katılmalıdır.*” ifadesiyle de hekimlere olağandışı durumlarda sağlık hizmeti sunma yönünde etik bir ödev de yüklenmiştir ¹⁵³⁹. Böyle olağanüstü

¹⁵³⁴ TDN m.3 ve 18 düzenlemelerinin yanı sıra HMEK m.10 düzenlemesinin de bu noktada tekrar hatırlanması gereklidir.

¹⁵³⁵ İhmal suretiyle icra suçlarında, belli bir neticenin gerçekleşmesini önleme yükümlülüğünde olan failin, kendisi bu neticeye neden olmamakla beraber, ortaya çıkmasına engel olmadığı için, ihmali davranışla suç işlediği kabul edilmektedir. İhmal suretiyle icra suçlarında failin sorumlu tutulabilmesi için, neticeye engel olma yönünde bir yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. Bu yükümlülük kanundan, sözleşmeden ya da daha önce gerçekleştirilmiş bir hareketten kaynaklanmaktadır. YENİDÜNYA, s: 73.

¹⁵³⁶ YENİDÜNYA, s: 73 vd.

¹⁵³⁷ Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi TCK m. 98: “(1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolünür ”; Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s: 320 vd.

¹⁵³⁸ ÖZDEMİR, s. 74, 75, dn. 13; *Reisoğlu*, hekimin zorunlu hallerde hastaneye davet edilebileceğinden, resmi hekimlerin davete uymaya mecbur oldukları gibi, serbest hekimlerin de hayati tehlike halinde davete uyacaklarından, aksi takdirde durum savcılığa iletilerek acele tedbir alınmasının isteneceğinden söz etmektedir. REİSOĞLU, Seza, s: 8.

¹⁵³⁹ TTB Hekimlerin Toplumsal Sorumlulukları Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010.

durumlarda da hekimin, yardımına ihtiyaç gösteren zor durumdaki hasta ve yaralılarından yardımını esirgememesi gerektiği söylenebilir.

3. Hekimin Hastayı Reddetmesine Yol Açan Nedenler

Hekimin hastayı reddetmesi pek çok sebeple gündeme gelebilir. Hastanın tedavi ücretini ödememesi, randevulara gelmemesi veya randevu zamanlarına uygun davranmaması, geçmişte hekimin önerilerine ve tedavi planlarına uymamış olması, tıbben dayanağı olmayan ya da ekonomik olmayan müdahalelerin yapılması hususunda ısrar etmesi, hekimi rencide etmesi, tehdit etmesi, çirkin dedikodular yayması, sosyal güvenlik kurumu ödemeleri ile ilgili uygun olmayan davranışlarda bulunması, hekime karşı dava açmış olması gibi çeşitli nedenler hekimin hastaya el atmama, takip etmeme yönündeki kararına yol açabilir ¹⁵⁴⁰. Yine hastanın hukuken yasaklanmış veya ahlaka aykırı bir müdahalede talebinde bulunması veya tedavinin başarıya ulaşacağı yönünde garanti istemesi durumunda, hekimin tıbbi müdahale sözleşmesini kurmaktan, hastaya bakmaktan kaçınabileceği belirtilmektedir ¹⁵⁴¹.

Vekil açısından müvekkil ile işbirliğinin önem taşıdığı bir güven ilişkisinin var olması nedeniyle, görülecek bazı işlerin vekilin ruhsal ve ahlaki kişiliğini, vicdanını derinden etkileyeceği, yaşamını, itibarını, sağlığını tehlikeye düşürebileceği hallerde, kendisini görülecek iş için yeterince yetenekli bulmadığında, meslek ahlakına ve vicdanına aykırı durumlarla karşılaştığında, işin amacına elverişli bulmadığı talimatlarla bağlı kalmak istemediğinde, hatta güvenini sarsan herhangi bir durumda sözleşmeyi sona erdirebileceği belirtilmektedir ¹⁵⁴². Bu hususların bir kısmını, örneğin hekimin kendisini görülecek iş için yeterince yetenekli bulmaması gibi, çalışmamızın önceki bölümlerinde ele almıştık. Bu bölümde, tıbbi müdahalenin hekimin vicdanıyla çelişmesi, hastanın tıbbi müdahale sürecinde hekimle işbirliği yapmaması, hastanın ücret ödememesi, hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin sarsılmış olması, diğer hastaların haklarının korunması, enfeksiyon taşıyıcılığı şeklinde bir sınıflama yapma yoluna gittik.

¹⁵⁴⁰ BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 16; HAKERİ; Hakan, Sağlık Çalışanının Hizmetten Çekilme Hakkı ve Sağlık Bakanlığı Genelgesi, <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-saglik-calisaninin-hizmetten-cekilme-hakki-ve-saglik-bakanligi-genelgesi-72-64-3266.html>, Erişim T: 28.09.2016;

https://www.anwalt.de/rechtstipps/die-behandlungspflicht-des-arztes-zahnarztes_076119.html, Erişim T: 08.07.2016.

¹⁵⁴¹ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 421, kn: 9.

¹⁵⁴² TANDOĞAN, Cilt II, s: 616, 324.

a.Tıbbi Müdahalenin Hekimin Vicdanıyla Çelişmesi

Genel olarak bazı tıbbi müdahale türlerini gerçekleştirmek ya da belli bir hastada belli bir müdahaleyi gerçekleştirmek hekimi vicdanen rahatsız edebilir. Vicdan kişinin kendini yargılama gücü olarak tanımlanmaktadır. Hekim davranışlarını her türlü yabancı ve dış etkenlerden uzak, olabildiğince nesnel şekilde irdeleyerek iyi, doğru ve yerinde olduklarını söyleyebildiği takdirde, vicdanına uygun davrandığı düşünülebilecektir ¹⁵⁴³.

TDN m. 6'nın "*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdanî ve meslekî kanaatına göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.*" hükmünün yanı sıra HMEK m.6 uyarınca da "*hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder*" . Hatta TDN, hekimin rapor düzenleme aşamasında dahi vicdanına kulak vereceğini öngörmüştür ¹⁵⁴⁴.

Almanya'da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları'nın, hekimlerin genel mesleki yükümlülüklerine ilişkin 2. paragraf 1.fıkrasında, hekimlerin mesleklerini vicdanlarına ve etiğin ve insanlığın gereklerine uygun olarak yerine getirecekleri, 2.fıkarda da yine hekimlerin mesleklerini vicdanlı ve kendilerine duyulan güveni sarsmayacak şekilde icra edecekleri öngörülmüştür. Anılan düzenlemenin 3. fıkrasına göre ise mesleğin vicdana uygun şekilde icrası, özellikle mesleki kalifikasyonu ve geçerli tıbbi bilgininin, bir başka deyişle tıbbi standardın göz önünde tutulmasını da gerektirmektedir. Mesleğin vicdan ve onurla icra edileceği hekimlik yemininde de yer almaktadır ¹⁵⁴⁵.

Gebelik sonlandırmalarının vicdani açıdan hekimi en fazla rahatsız eden, en tartışmalı müdahalelerden biri olduğundan söz edilmektedir. Bu husus "*Bir gebe kadına çocuk düşürmesi için ilaç vermeyeceğim*" şeklinde Hipokrat yemininde bile

¹⁵⁴³ SÜTLAŞ, s:41.

¹⁵⁴⁴ TDN m.16: Tabip ve dış tabibi bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmi metodları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fenni kanaata ve şahsi müşahadesine göre rapor verir.

¹⁵⁴⁵ "*Ich werde meinen Beruf mit Gewissenhaftigkeit und Würde ausüben.*" Gelöbnis, (Muster-) Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte.

http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf, Erişim T: 20.02.2018.

yer almıştır ¹⁵⁴⁶. Hekimin vicdaniyla ters düştüğü takdirde, yasal koşulları gerçekleşmiş bir gebelik sonlandırması işlemi yapmakla yükümlü olmadığı, tedavi özgürlüğü uyarınca, böyle bir müdahaleden kaçınabileceği kabul edilmektedir. Örneğin Almanya'da Faaliyet Gösteren Hekimler İçin Meslek Kuralları § 14'te hekimin bir gebeliği sonlandırma veya sonlandırmama hususunda zorlanamayacağı hüküm altına alınmıştır ¹⁵⁴⁷. Yine Gebelik Çatışması Kanunu § 12'ye göre de kimse rahim tahliyesi yapmaya yükümlü tutulamayacaktır. Ancak kadının yaşamının kurtarılması ya da sağlığının uğrayacağı ağır bir zararın önlenmesi için gebeliğin sonlandırılması gerekiyorsa bu takdirde müdahaleden kaçınılamayacağı da hüküm altına alınmıştır ¹⁵⁴⁸. İsteğe bağlı olmayıp, tıbben gerekli olan bir gebelik sonlandırılması işleminin gerçekleştirilmemesi yüzünden hasta zarar gördüğü takdirde, hekimin göstermiş olduğu ihmal nedeniyle sorumlu tutulabileceği öğretimizde de dile getirilmektedir ¹⁵⁴⁹.

Tedavi Amaçlı Düşüklere İlişkin Oslo Bildirgesinde hekimin tıbbi endikasyonu bulunan bir sonlandırma işlemi dahi yapmayabileceği öngörülmüştür. Bildirgede, tedavi amaçlı düşüklerin kanunun verdiği izin uyarınca ve izin verilen yerlerde uzman bir hekim tarafından yaptırılacağı, fakat hekim, kendi inançlarının düşük yaptırmaya izin vermediğini düşündüğü takdirde, hastanın tıbbi bakımının yetkili bir meslektaş tarafından sürdürülmesini sağlamak koşuluyla müdahaleden çekilebileceği yer almaktadır ¹⁵⁵⁰.

Prenatal (doğum öncesi) tanı bağlamındaki büyük ilerlemeler de hekimin vicdaniyla çelişen bazı müdahalelerin daha sık şekilde gündeme gelmesine yol açmaktadır. Zira, hekimin bir yandan genetik danışman olarak danışan anne ve babaya karşı yükümlülükleri bulunurken diğer yandan fetusu da gözetme durumunda olduğu kabul edilmektedir. Amniyotik sıvı ve kordon kanı incelemeleri, koryon

¹⁵⁴⁶ “Tedavi yöntemini, yetenek ve aklın emrettiği hasta yararına en uygun şekilde uygulayıp zararlı ve düşmanca işlemden sakınacağım: hiç kimseye zarar vermeyeceğim gibi soranlara da bunu öğretmeyeceğim. Kadınlara çocuk düşürtmek için alet ve ilaç önermeyeceğim.” TEZ, s: 237; “Nie werde ich, auch nicht auf eine Bitte hin, ein tödlich wirkendes Gift verabreichen oder auch nur einen Rat dazu erteilen; geicherweise werde ich niemals einer Frau ein fruchtabtreibendes Zäpfchen geben.” Der Hippokratische Eid. DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 1309, kn: 2167.

¹⁵⁴⁷ LAUFS, L / U, s: 40.

¹⁵⁴⁸ Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz - SchKG), <https://www.gesetze-im-internet.de/beratungsg/BJNR113980992.html>, Erişim T: 07.06. 2017.

¹⁵⁴⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 445.

¹⁵⁵⁰ <http://www.didb.saglik.gov.tr/teskilat/mevzuat/OSLO.html>, Erişim T: 22.03.2000.

biyopsileri gibi prenatal (doğum öncesi) tanı imkanlarındaki gelişmeler ¹⁵⁵¹, gebeliğin devam edip etmeyeceği yani embriyonun yaşayıp yaşamayacağı hususunda karar verme durumunu da beraberinde getirmiştir. Artık embriyodaki / fetustaki pek çok bozukluklar, hastalıklar ortaya konabilmektedir. Prenatal tanının konması, genetik danışmanlık ve ebeveynin bilgilendirmesi aşamalarındaki eksiklikler nedeniyle gebeliğin sonlandırılmadığı durumlarda ise hekimin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Hatta gebeliğin sonlandırılmasına yönelik imkanları gözden kaçıran bir hekim, ki bu durum istenmeden dünyaya gelen çocuk (wrongful birth- wrongful child- das Kind als Schaden) olarak da ifade edilmektedir, ihmal suretiyle gebeliğin kaybına yol açan bir hekimden çok daha ağır hukuki yaptırımlar ile karşılaşabilmektedir ¹⁵⁵². Başta Down olmak üzere prenatal tanısı konamamış kromozomal anomali ve diğer genetik hastalıklar nedeniyle açılan davalarla sıklıkla karşılaşılmaktadır ¹⁵⁵³. Dolayısıyla hekimler, bir yandan özürli bir fetusa yaşam hakkı daha doğrusu yaşama kavuşma hakkı tanımayarak gebeliği sonlandırma, diğer yandan böyle çocukların dünyaya gelmesi neticesi ortaya çıkacak maddi ve manevi zararlar nedeniyle sorumluluk kaygısı arasında vicdani ikilemlerde kalmaktadırlar.

TTB Yaşamın Başlangıcına İlişkin Bildirgede prenatal tanının fetüsün yapısal, kromozomal ve genetik anormallikler açısından değerlendirilmesine olanak sağlayan bir dizi teknik işlemi kapsadığı, ileri tıp teknolojisinin gelişimiyle paralellik gösteren prenatal tanı tekniklerinin kullanılmasında asıl amacın fetüsün sahip olduğu

¹⁵⁵¹ Bakınız özellikli müdahalelerden prenatal tarama ve tanı testleri bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalarımız.

¹⁵⁵² DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 421-428, kn:664- 672; UHLENBRUCK, L/U, § 50 Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 412, kn: 12; LAUFS, L/U, § 6 Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns, s: 61, kn: 14. Ayrıca bkz. ŞENOCAK, İstenmeden Dünyaya Gelen; BÜYÜKAY; HIRSCH; RIEDEL; HAGER, in: STAUDINGER / Eckpfeiler (2005), s: 825; ayrıca bkz. KOZIOL / WELSER, Bürgerliches Recht II, (2001), s: 288.

¹⁵⁵³ Bkz. UHLENBRUCK, L/U, § 39 Der Arztvertrag, s: 335, , kn: 55; Ayrıca bkz. ŞENOCAK; İstenmeden Dünyaya Gelen, BÜYÜKAY; HIRSCH; RIEDEL; Ayrıca bkz. "Hasta İçin Müdahaleden Fayda Beklentisinin Olmaması" bahsindeki açıklamalarımız. Tanısı konamamış Down sendromu nedeniyle ülkemizde de çok sayıda dava açılmaktadır: "Samsun İdare Mahkemesince, davacılarından A. V.'nin ilk gebeliğinde Down sendromlu bebek dünyaya getirdiği ve bebeğin yaşamını yitirdiği, dava konusu olayda ise, ikinci gebeliğin 12. haftasında Bafra Devlet Hastanesine başvurduğu, gerekli testlerin yapılması için Samsun Doğum ve Çocuk Bakımevi Hastanesine sevk edildiği, burada yapılan ve neticesi bakımından % 60 güvenilirliğe sahip olan triple (üçlü) test sonucunun normal sınırlar içinde çıktığı, bununla birlikte Bafra Devlet Hastanesinde kendisini takip eden doktor tarafından, önceki gebeliğinde Down sendromu bulunması sebebiyle % 95-98 güvenilirliğe sahip olan amniosentez testini yaptırmaması gerektiği yolunda davacıya uyarılarda bulunulduğunun ve davacının anılan testi iradi olarak yaptırmadığının sabit olması, ayrıca ilgili doktorun tavsiyede bulunmak dışında hastayı test yapmaya zorlamasının mümkün olmaması karşısında, dava konusu olayda hizmet kusuru bulunmayan idarenin" Danıştay, 10 D., E. 2007 / 4318, K. 2007 / 5846, T. 30.11.2007, GÖKCAN, s: 1397.

hastalıkların, sakatlıkların önlenmesi ve önlenemediği durumlarda da erken müdahale edilmesi olduğu, ancak prenatal tanı testlerinin fetus, anne, aile, toplum, kimin yararına yapıldığı, elde edilecek yarar için katlanmak durumunda kalınan zararın dengelenmesinin tarafsızca olup olmadığı, maliyet hesaplarının hakkaniyetli olup olmadığı, ırk, cinsiyet, zeka ve fiziksel özür ayrımcılığının yapılıp yapılmadığı şeklinde etik kaygıların mevcut olduğu ifade edilmektedir ¹⁵⁵⁴.

Fetusun yararının vicdani tartışmaya yol açtığı durumlardan nadir biri de annenin beyin ölümüdür. Uygun sezaryen zamanı gelene kadar beyin ölümü gerçekleşmiş bir gebe kadının kan dolaşımını ve vital fonksiyonlarını sürdürme zorunluluğu gündeme gelebilir ¹⁵⁵⁵. Pek çok ülkede teologlar, hekimler ve hukukçular tarafından yaygın şekilde kabul edilen görüşe göre, geri dönüşsüz beyin ölümü bireyin ölümü ile eşdeğer tutulmaktadır. Beyin ölümüyle birlikte vücudun kan dolaşımı devam etse dahi kişilik sona ermektedir. Kişiliğin ölüm sonrası dönemde korunması bağlamında, organik ölümü geciktiren ve uzatan müdahaleler temelde yasaklanmış olmakla beraber, bir fetusun yaşamı söz konusu olduğunda, hekimin mevcut çıkarları terazinin kefelerine koyması ve şüphe durumunda annenin ölme hakkı karşısında fetusun yaşam hakkına öncelik tanıması gerektiği, bununla beraber fetusun özürlü olmasının ise anneyi yaşamda tutacak önlemlerden vazgeçilmesi için istisnai bir haklı durum oluşturduğu belirtilmektedir ¹⁵⁵⁶.

Kimi zaman yardımcı üreme teknikleri de hekimde vicdani çelişkilere yol açabilir. Aile planlaması, çiftlerin ve bireylerin istedikleri sayıda, istedikleri zamanda ve aralıklarla çocuk sahibi olmaları şeklinde tanımlanmaktadır. Aile planlamasının amacı yalnızca çocuk sayısının kısıtlanması olmayıp, aynı zamanda çocuk sahibi olamayan ailelere bu konuda yardımcı olunması da aile planlaması kapsamındadır

¹⁵⁵⁴ Bu kaygılar göz önünde bulundurularak, prenatal tanı testlerinde doğru sonuçlara ulaşabilmek için spesifik risk değerlendirme standartlarının oluşturulması, çiftlerin gebelik kontrolleri sırasında prenatal tanı testlerinin önemi, yararları, olası zararları ve riskleri konusunda ayrıntılı olarak aydınlatılması, testlerin cinsiyet tayini amacıyla yapılmaması, girişimsel olmayan tanı testlerinden başlanarak ve endikasyon kurallarına kesinlikle uyularak planlanması, önerilen her bir prenatal testin anne ve bebeğe yakın gelecekte ve sonrasında getirebileceği olası yararların, zararların, risklerin ayrıntılı, yazılı bilgilendirme formu kullanarak açıklanması ve aydınlatılmış onamlarının elde edilmesi önerilmektedir.

¹⁵⁵⁵ UHLENBRUCK, L/U, § 39 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 438, kn: 4.

¹⁵⁵⁶ UHLENBRUCK, L/U, § 39 Die Pflicht zum Behandlungsabbruch, s: 437, kn: 2.

¹⁵⁵⁷. Dolayısıyla kişiler kendi özgür iradeleriyle ve geleceklerini belirleme hakkına dayanarak, diledikleri zaman, diledikleri kadar çocuk sahibi olabilirler ve bunun için tıbbi yardım da talep edebilirler. Her ne kadar nüfus artışının ekolojik dengelerin bozulması başta olmak üzere, ekonomik ve toplumsal yönlerden çok büyük sakıncaları olsa da, bugün için kişilerin rızası olmaksızın doğurganlıklarının sınırlandırılması söz konusu değildir. Bununla birlikte yüksek doğurganlık ve nüfus artışının olumsuz etkileri yalnızca çevre ve toplum üzerine olmayıp sık gebelik ve doğumların kadın ve çocuk sağlığı üzerinde de tıbbi bakımdan pek çok sakıncaları mevcuttur. Spontan gebelikler karşısında, halihazırdaki toplumsal ve hukuki koşullar içinde hekimin verebileceği azami tepki, ancak sakıncaları vurgulayan bir danışmanlıktan ve öneri sunmaktan ibaret olabilir. Ancak vicdanına sinmediği durumlarda üremeye yardımcı tedavileri uygulama ve çiftleri izleme durumunda kalmamalıdır ¹⁵⁵⁸.

TTB'nin Yaşamın Başlangıcına İlişkin Bildirgesinde yardımcı üreme tekniklerine ilişkin diğer önerilerin yanı sıra ¹⁵⁵⁹ bu tekniklerin elektif tıbbi

¹⁵⁵⁷ Aile planlaması hakkında bilgi için bkz. Aile Planlaması, Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Halk Sağlığı Anabilim Dalı, <http://www.halksagligi.hacettepe.edu.tr/diger/toplumayonelik/ap.pdf>, Erişim T: 20.02.2018; Daha detaylı bilgi için bkz. ÖZYURDA, s: 3; 4; (Ed. HATCHER, Robert A / KOWAL, Deborah / GUEST, Felicia Jane / TRUSSELS, James / STEWART, Felicia / Stewart Gary K./ BOWEN, Sylvia / CATES, Williard - Çev. Ed. AKIN DERVİŞOĞLU, Ayşe), Kontraseptif Yöntemler: Uluslararası Basım, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul 1990; ÖZVARIŞ, Şefkat Bahar, Türkiye'de Aile Planlamasının Durumu, Günümüzde Kontrasepsiyon, Ed: GÖKMEN, Oya / ÇİÇEK, Nedim, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2001, s: 1-6; ÖZVARIŞ, Şefkat Bahar, Üreme Sağlığı ve Aile Planlaması, Aile Planlamasında Temel Bilgiler, İkinci Baskı, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul 2002, s: 1-4.

¹⁵⁵⁸ Örneğin, önceden de çok sayıda ve bakımsız çocukları bulunan yüksek riskli gebelik yaşında ve sistemik hastalıklı bir kadın, belki bir erkek çocuk daha doğurabilir umuduyla son yumurtalık rezervlerini de bir yardımcı üreme tekniğinde kullanmak için başvuruyorsa; kendince çocuk yapma arayışı içindeki infertil yaşlı koca ile evlendirilen 17 yaşındaki sağlıklı genç kadın, boşuna tedavilere maruz kalacaksa, taşıdıkları genetik bozuklukların gelecek nesillere aktarılmasını yalnızca sağlıklı bireylerle evlenerek ve çiftleşerek basitçe çözebilecek durumda iken illa ki ortak çocuk sahibi olmak isteyen birbiriyle akraba ve hastalık taşıyıcısı karı kocaya yönelik yardımcı üreme tekniği uygulamaları, bir de üstüne toplumda kaynak aktarılması gereken onca ciddi sağlık sorunu varken, hekimlerin vicdanını rahatsız edebilir.

¹⁵⁵⁹ Teknolojinin getirdiği tıbbi gelişmeler önceden öngörülemez toplumsal sonuçlar doğurmaktadır. Hekimler yardımcı üreme tekniklerinin yarattığı insani sorunları göz önünde tutarak bu yöntemlere karşı eleştirel bir uzaklığı korumalıdır. Toplumda cinsiyet eşitliğinin bozulmaması, çocuk haklarının korunması ve kaynakların adil dağılımını da gözetecek bir yaklaşımın benimsenmesi için; 1. Çocuk sahibi olmak isteyen her çift, söz konusu yöntemin anne ve bebeğe yararları, olası zararları, riskleri, alternatif üreme teknikleri, bunların yararları ve tehlikeleri konusunda aydınlatılmalıdır. 2. Yeni üreme tekniklerinin her biri için şekillerle desteklenen bilgilendirme formları hazırlanmalıdır. Çift, formu incelemeleri için tanınan sürenin sonunda soru sormaya cesaretlendirilerek bilgilerin anlaşıldığından emin olunmalıdır. 3. Her çifte yardımcı üreme teknikleri kullanılarak oluşturulacak embriyonun sağlıklı gelişmesi, sağlıklı doğması ve sağlıklı büyümesi hakkında danışmanlık sağlanmalıdır. Girişimde bulunurken, ileri yaş anneliklerinin çocuk açısından doğuracağı psikososyal sorunlar göz önünde bulundurulmalıdır. 4. Yardımcı üreme teknikleri elektif tıbbi uygulamalardır; bu tekniklerden yararlanmak için yapılan başvurularda kaynakların adil dağılımı

uygulamalar olduğu ve bunlardan yararlanmak için yapılan başvurularda kaynakların adil dağılımı ilkesinin de göz önünde tutulması gerektiği yer almaktadır. Böyle müdahalelerde açık tıbbi endikasyon da bulunmayıp daha ziyade psikolojik endikasyonlara dayanıldığından, hekimin vicdanen rahatsızlık duyduğu durumlarda, mesleki özerkliğine dayanarak hastayı, daha doğrusu başvuran kişileri reddedebileceği kanısındayız.

Hekimin vicdanına sinmeyebilecek durumların sınırsız sayıda örneklenmesi mümkündür; her tür hasta, her tür müdahale bağlamında gündeme gelebilir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de değinmiş olduğumuz, fayda beklentisi kalmamış olgular için tedavinin devam edip etmemesi yönünde karar verirken de hekimin, hastanın rızası ve tıbbi endikasyonun yanı sıra kendi vicdanından etkilenmesi de kaçınılmaz olacaktır.

b. Hastanın Tıbbi Müdahale Sürecinde Hekimle İşbirliği Yapmaması

Hekim ile girdiği ilişki içinde ve daha genel anlamda sağlık hizmeti alırken, hastanın yükümlülükleri ve uyması gereken kurallar çalışmamızın önceki bölümlerinde ele alınmış idi. Hastanın bu yükümlülüklerinin bazılarının yalnızca kendi sağlık durumu ile ilişkili olduğu, dolayısıyla bunları yerine getirmediğinde sorumluluğuna gidilmeyeceği görülmektedir. Bu yükümlülüklerin ihlali, ancak hastanın kendi hastalığının tanı, takip ve tedavisini aksatacak, bu da nihayetinde kendisinin zarar görmesini, ayrıca bazı durumlarda hekime karşı talepte bulunabilme imkanının ortadan kalkmasını veya hekimin ona bakım sunmaktan kaçınmasını sonuçlayabilecektir. Hastanın tıbbi müdahale süreçlerinde hekim ile işbirliği yapmaması, katlanma yükümlülüğünü yerine getirmemesi gibi davranışlar, böyle kural ve yükümlülükler arasında yer almaktadır. Nitekim *Deutsch* ve *Spickhoff* da hastanın hekimle iş birliği yapma, konsültasyonlara katılma, ilaçları kullanma, diyet yapma vb. hususlarda hukuki bir yükümlülüğü olmadığını, esasen bunların yalnızca kendi yararına davranış teşkil ettiğini belirtmektedirler¹⁵⁶⁰. Oysa sağlık kurumunun kurallarına uymadığında, hekimin ve diğer hastaların haklarını ihlal niteliğindeki

ilkesi göz önünde tutulmalıdır. TTB Yaşamın Başlangıcına İlişkin Bildirge, Yardımcı Üreme Teknikleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010, s: 25.

¹⁵⁶⁰ DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 112, 113.

davranışlarda bulunduğu, ücret ödemediğinde vb. hastaya bazı yaptırımların uygulanması, hukuki ve hatta cezai sorumluluğu gündeme gelebilir.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde hastanın tanı ve tedavi aşamalarında sağlık durumuyla ilgili belirti ve bulguları hekime doğru ve eksiksiz biçimde bildirme yükümlülüğünden söz edilmişti. Hasta hekim tarafından sorulan sorulara doğru ve eksiksiz cevap vermeli, örneğin önceden geçirdiği hastalıklar, kazalar, travmalar, sağlığının bozulması ile ilişkili olabilecek beslenme, hormonal aktiviteler, diğer fizyolojik olaylar vb. konularda bilgi saklamamalıdır. Hastanın doğru ve eksiksiz bilgi verme yükümlülüğü yalnızca tanı değil, tedavi sürecinde de devam etmektedir. Tedavinin başarıya ulaşması için hekim tarafından yapılan uyarılar dikkate alınmalı, örneğin ilaçların ortaya çıkardığı etkiler ve yan etkiler konusunda hekime bilgi verilerek, doz ayarlaması veya ilaç değişikliği gibi alternatiflerin uygulanmasına olanak sağlanmalıdır. Hastanın hekime doğru şekilde bilgi vermemesi veya çeşitli nedenlerle bazı hususları gizlemesi tanı ve tedavi sürecinde aksaklıklara yol açabilir ¹⁵⁶¹.

Aynı şey hastanın katlanma yükümlülüğü açısından da söz konusu olup, bu durum sadece hasta üzerinde uygulanacak basit bir fizik muayeneyi değil, tanı konulması için gerekli olan laboratuvar tahlilleri, görüntüleme yöntemleri, endoskopik incelemeleri, cerrahi müdahaleleri vb. kapsamaktadır. Bu yükümlülük elbette ki hekimin önerdiği her tanı veya tedavi yönteminin mutlaka kabul edilmesi gerektiği yönünde algılanmamalıdır. Örneğin hastanın riskli bir cerrahi müdahaleye rıza göstermemesi, illaki işbirliği ve katlanma yükümlülüklerinin ihlal edildiği şekilde değerlendirilmemelidir. Hekim hastayı bu müdahalenin hangi sebeple yapılması gerektiği ve yapılmadığı takdirde ortaya çıkabilecek riskleri ve mevcut alternatif yöntemleri de açıklayarak aydınlattıktan sonra hasta, kendi geleceğini belirleme hakkına dayanarak farklı yöntemler arasında tercihte bulunabilir. Ancak hasta yapılan aydınlatma sonrası tanı ve tedavisine ilişkin yöntemlerden hiç birinin uygulanmasını kabul etmiyor ve tıbben gerekli işbirliğini göstermemekte ısrar ediyor ise, bu davranışın tıbbi olarak savunulacak bir yönü olmadığı kanaatinde olan hekimin, tedaviyi üstlenmekten haklı şekilde vazgeçebileceği ve yöntemin

¹⁵⁶¹ GÖKCAN, s: 84. Ayrıca bakınız hastanın yükümlülükleri bahsinde yapılan açıklamalar ve dipnotlar.

uygulanmamasından doğabilecek risklerden de sorumlu tutulmaması gerektiği kabul edilmektedir ¹⁵⁶².

Ayrıca hekim hastaya sağlık durumu ile ilgili tavsiyelerde bulunabilir ve hasta bu tavsiyelere de uymakla yükümlüdür. Örneğin hastanın kontrol için çağrıldığı tarihte gelmesi, şeker hastasının diyet yapması, bel fıtığı, artroz vb. olan hastanın ağır taşımaması, önerilen ilaçların zamanında kullanılması gibi tavsiyelere hastanın uyması gereklidir ¹⁵⁶³. Tavsiyelere uyulmaması durumunda da hekimin hastayı izlemeyi reddedebileceği kabul edilmektedir ¹⁵⁶⁴.

California Temyiz Mahkemesinin, 1982'de, bütün uyarılara rağmen sağlığı için işbirliğine yanaşmayan ve antisosyal davranışlarda bulunan Brenda Payton'a hekim tarafından tedavi sağlamanın reddedilmesine ilişkin olarak verdiği Payton v Weaver kararında, hayatını sürdürebilmek için diyalize girmesi gereken ağır böbrek yetmezliği hastası Brenda ile kooperasyon kurulamadığı, hastanın randevulara ve hekimin talimatlarına uymadığı, alkol ve ilaç bağımlılığında kurtulma tedavisine katılmadığı rapor edilmiştir. Hekim hastayı bırakacağını makul bir şekilde bildirmiş, hasta alternatif bir tedaviyi organize edememiş ve tedavisine devam edilmesi için mahkemeden karar aldırarak istemiş, taraflar tedavinin devamı konusunda bir anlaşma yapmışlar, ancak bu anlaşma da hasta tarafından ihlal edilmiştir; bu kez hekim, hastayı kabul etmeye gönüllü başka bir diyaliz merkezi bulunamamış olmakla beraber, mahkemeden hasta ile ilişkinin sona erdirilmesi yönünde karar çıkartmıştır ¹⁵⁶⁵.

Hastanın işbirliğinde bulunmamasının bazen farklı nedenleri olabileceği de akılda tutulmalıdır. Örneğin hasta bir ilacı kusma, baş ağrısı gibi yan etkilerle karşılaşmış olduğu için kullanmıyor olabilir. Hastanın ilaç tedavisine ilişkin olarak

¹⁵⁶² GÖKCAN, s: 84, 85; DEUTSCH / SPICKHOFF, s: 112, 113, s: 340; Ancak bu bağlamda, hastanın avantaj ve dezavantajları hakkında herhangi bir fikir ve iddia sahibi olamayacağı somut bazı müdahaleler yönünden kendi geleceğini belirleme hakkına ve bu yöndeki kararlarına dayanılmasının söz konusu olamayacağı, hastanın bu hakkının böyle durumlarda sona erdiği ve hekimin tedavi serbestliğinin başladığı belirtilmektedir. Örneğin hastanın müdahalelerde kullanılan dikiş materyali hakkında bir tercihte bulunması beklenemeyecektir. SCHOLZ, kn: 6.

¹⁵⁶³ GÖKCAN, s: 85.

¹⁵⁶⁴ HAKERİ; Hakan, Sağlık Çalışanının Hizmetten Çekilme Hakkı ve Sağlık Bakanlığı Genelgesi, <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-saglik-calisaninin-hizmetten-cekilme-hakki-ve-saglik-bakanligi-genelgesi-72-64-3266.html>, Erişim T: 28.09.2016.

¹⁵⁶⁵ Payton vs Weaver, 1982; <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/131/38.html>, Erişim T: 30.11.2016; BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 22.

hekimin açıklamalarının yanı sıra ilaç üreticilerinin paketler içinde yer alan tavsiye ve açıklamalarını göz önünde bulundurmakla da yükümlü olduğu, ilaç paketlerindeki açıklamaların hekimlerden ziyade hastalar için hazırlanmış olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla hasta bu açıklamalardan da etkilenmiş olabilir. Hekimin hastanın böyle bir nedene dayanarak tedaviyi kesip kesmediğini araştırması ve hastayı işbirliğine teşvik etmesi gerektiği düşünülmektedir ¹⁵⁶⁶.

Kanımızca da hekimin hastanın durumunu anlaması, tanı koyabilmesi ve izleyen süreci planlayabilmesi için fizik muayene ve gerekli gördüğü diğer tanı yöntemlerine hastanın rıza göstermesi ve katlanması gereklidir. Zira hekimin hastayı muayene etmeden tedavi düzenlemesi de onun sorumluluğuna yol açan bir durum teşkil etmektedir. HMEK m.23'te de hekimin, acil olgular gibi zorunlu durumlar dışında, hastayı bizzat muayene etmeden tedaviye başlayamayacağı öngörülmüştür. Hastanın yeterli şekilde aydınlatıldıktan sonra bazı muayenelere rıza gösterip bazılarını göstermemesi durumunda, hekim, elde edebildiği bulgularla yaklaşık bir tanı koyabilir ve en azından hastanın o an için rahatlamasını sağlayacak ve durumunun daha kötüye gitmesini engelleyecek bir tedavi planlayabilirse, hastanın da bu eksiklikler nedeniyle ortaya çıkabilecek riskleri üstlenmiş olması durumunda, onu mevcut koşullarda izlemeye devam etmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak hastanın bu nedenle tanısında ve tedavisinde ortaya çıkabilecek eksiklik ve aksaklıklar yönünden aydınlatılmış ve risklerini kabul etmiş olması gerektiğini tekrar vurgulamakta yarar vardır. Bununla beraber hasta hiçbir muayene yöntemini kabul etmediği takdirde hekimin o hastayı üstlenmekten kaçınması gerektiği düşüncesindeyiz. Burada göz önünde tutulacak kriter hastaya öncelikle zarar vermeme ilkesi olmalıdır. Zira, tanısız yöntemlerin yeterli şekilde uygulanamamış olması nedeniyle, durumunun ne olduğu açıkça ya da hiçbir şekilde kavranamamış bir hastaya el atılması, ona fayda sağlayamayacağı gibi, belirgin zarar verme riskini de taşımaktadır. Aynı husus ilerleyen takip ve tedavi süreçleri bakımından da geçerli olup, hasta titiz bir şekilde öngörülen bazı tarih ve saatlere uymadığı, bazı bulguları düzenli olarak kontrol edip ya da ettirip kayıt altına almadığı ve gerektiğinde hekime bildirmediği, kimi zaman rahatsız edici, hatta acı verici nitelikteki ilaç alımlarını yerine getirmediği, enjeksiyonlara katlanmadığı, yaşamsal aktivitelerine ilişkin çeşitli kısıtlamalara riayet etmediği, hijyen önlemlerini yerine getirmediği vb. takdirde,

¹⁵⁶⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 485.

hekimin düzenlediği takip ve tedavi yararsız, anlamsız ve hatta kimi zaman hastaya zarar veren bir sürece dönüşebilir. Hekimden de böyle yararsız ve hatta zarar verme riski taşıyan süreçleri devam ettirmesi beklenmemelidir. Hastanın daha fazla zarar görmemesi için gereken önlemleri alarak aradaki ilişkiyi sona erdirebilecektir.

c. Hastanın Ücret Ödememesi

Hasta ile hekim arasında kurulan tıbbi müdahale sözleşmesinde hastanın borçlanmış olduğu asıl edim, hekim tarafından kendisine uygulanan tıbbi müdahaleler karşılığında öngörülmüş olan ücreti ödemektir. Ücretin ödenmesi, özel sağlık hizmetinden yararlanmak isteyen hastalar bakımından en başta gelen yükümlülüğü oluşturmaktadır. Ücret, hasta ile hekim veya sağlık kurumu arasında kararlaştırıldığı biçimde ödenmelidir. Sosyal güvencesi olan hastaların veya yasal temsilcilerinin ise, hastaneye ücretin ilgili sosyal güvenlik kurumu tarafından ödenmesini sağlamak için gereken bilgi veya belgeleri sunma yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁵⁶⁷. Çalışmamızın önceki bölümlerinde, hastanın ücret ödeme yükümlülüğü bahsinde hem hukumuz hem Alman hukuku bağlamında bu konuya ilişkin açıklamalar, ayrıca sağlık hizmetlerinin finansmanı ve sağlık sigortalarına da kısmen değinecek şekilde yapılmış olduğundan, tekrara düşmemek adına bu bölümde yeniden açıklama yapılmamıştır.

Her ne kadar sağlık hizmetlerinin sunumunda hastanın ekonomik durumunun dikkate alınmayacağı ve sağlık hizmetlerinin herkes tarafından kolayca ulaşabilir olması, yasal düzenlemeler ve mesleki etik kurullarla öngörülmüş olsa da, hekim-hasta ilişkisinin tıbbi müdahale sözleşmesine dayandırıldığı özel sağlık hizmetlerinde, hasta ya da bağlı olduğu sosyal güvenlik kurumu veya daha seyrek olmakla beraber özel sigorta şirketi tarafından bir ücretin ödenmesi söz konusu olmadığı takdirde, hekim ya da özel sağlık kurumu açısından hasta ile böyle bir sözleşmesel ilişkiye girilmesinin geçerli bir sebebi ve anlamı kalmamaktadır. Kamu sektörü dışında çalışan bir hekimi (ya da sağlık kurumunu) hastaya sağlık hizmeti sunmaya ve bir ilişkiye taraf olmaya sevk eden temel neden, sunulan sağlık hizmeti karşılığında, hasta ya da ilgili bir diğer gerçek ya da tüzel kişi tarafından ödenecek olan ücreti kazanmaktır. Hekim özel bir sağlık kuruluşunun çalışanı olduğu takdirde ücret genellikle o kuruluşa ödenmekte iken serbest çalışan hekimler sunmuş

¹⁵⁶⁷ GÖKCAN, s. 86.

oldukları sağlık hizmeti ve tıbbi bakım karşılığında doğrudan hastadan ücret talep edebilmektedirler. Elbette ki, hastanın ekonomik durumunun kötü olması ona bir kez el atıldıktan sonra artık sunulan sağlık hizmetinin eksik ya da niteliksiz olmasını kesinlikle haklı çıkaramaz, ancak tıbbi bakımın yalnızca hekimin bizzat gerçekleştirdiği müdahalelerden ibaret olmayıp, kimi zaman tamamlayıcı pek çok tetkikin gerektiği ve bunların da parasal bir bedeli olduğu dikkate alındığında, hastanın istenen tetkikleri yaptıramaması dolaylı olarak eksik ve niteliksiz bir takip ve müdahale sürecine yol açabilir.

Hasta tarafından daha önceki muayene ücretlerinin ödenmemiş olması durumunda ya da daha genel olarak parası olmaması durumunda, bir başka deyişle, ücretin ödenmediği ya da ödenemeyeceğinin, yani karşı edimin yerine getirilmeyeceğinin bilindiği durumlarda özel olarak çalışan bir hekimin hastayı reddedebileceği ifade edilmektedir ¹⁵⁶⁸. Acil durumlarda hastaya müdahalede bulunulması yönündeki yükümlülük hatta zorunluluktan ise, çalışmamızın önceki bölümlerinde etraflıca söz edilmiş olduğundan yalnızca bu açıklamalara işaret etmekle yetiniyoruz.

Hekimin tedavi özgürlüğünün sınırlarından birisinin masraf bakış açısı olup olamayacağı noktasında da tartışmalar bulunmaktadır. WHO, 1992 yılında Roma’da yaptığı toplantıda, sağlık hizmetlerinin belli bir toplumun sahip olduğu mali, insani ve maddi kaynaklarla sınırlı olduğunu belirtmiştir. Bu noktada bir denge kurulması gerekmektedir. Önleyici tedbirler noktasında masraflar göz önünde

¹⁵⁶⁸ HAKERİ, Hizmetten Çekilme Genelgesi; HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 431; Almanya’da Baden-Württemberg Dış Hekimleri Odası Yönetmeliğinin 2014 versiyonundaki bir düzenlemeye göre (§ 2 Abs. 5) şayet, müdahaleden olan çıkarların değerlendirmesi sonucunda, hekimden böyle bir müdahalede bulunması beklenemeyecek ise o müdahaleyi üstlenmekten kaçınabileceği kabul edilmektedir.

https://www.anwalt.de/rechtstipps/die-behandlungspflicht-des-arztes-zahnarztes_076119.html, Erişim T: 08.07.2016; Özel sektörde hizmet sözleşmesiyle çalışan bir hekim, hasta ile kurulan sözleşmenin tarafı olmadığı ve esasen ücret kendisine ödenmediği için, doğrudan bu konunun muhatabı olmamakla ve sıklıkla ücretini ödemeyen ya da SGK veya özel sigortadan provizyonu gelmeyen hastaya kayıt açılmadığı için acil olmayan, olağan poliklinik koşullarındaki hasta kural olarak hekimin karşısına gelememekle beraber, hiç de nadir olmayacak şekilde sağlık kuruluşları ve hastane kabul birimleri, ki genellikle yönetimlerin de bilgisi dahilinde, ücret ödemeyen ya da ödeyemeyen hastaları tümünden kapıdan çevirmek yerine, görüşme adı altında hekimin karşısına gelmelerini sağlayarak, hasta tıbbi bakım sunulmadan geri gönderildiği takdirde sorumluluğu hekime bırakma şeklinde bir çözümü benimsemiş yoluna gitmektedirler. Bu hususun önemli bir sorun ve hekimin müdahaleden kaçınması için haklı sebep teşkil ettiğini düşünmekle beraber, esasen hekimler ve hastane yönetimleri arasında bir konu olduğu için çalışmamızda yer vermeyi ve tartışmayı tercih etmemekteyiz.

bulundurulabilirken, tedavi alanında bu bakış açısının sınırlı etkisi olması gerektiği, sırf masrafı fazladır diye tedaviden kaçınılamayacağı düşünülmektedir ¹⁵⁶⁹. Bununla birlikte TTB Hekimlerin Toplumsal Sorumlulukları Bildirgesi “*Sağlık hakkının gereklerinden biri, toplumsal kaynakların akılcı kullanılmasıdır; eldeki kaynaklar ancak bu ilkeyi dikkate alarak en adil biçimde dağıtılabilecek, gereksinime göre en geniş çapta ve yüksek nitelikte hizmet sunulabilecektir. Aynı yaklaşımla, hekimin bireysel olarak, hizmet sunumunda kullanılan araçları doğru endikasyonda, biçimde ve miktarda kullanmaktan, reçete yazarken akılcı ilaç seçim ölçütlerini dikkate almaya uzanan sorumlulukları da bulunmaktadır.*” diyerek hekimlere tıbbi bakım süreçlerinde toplumsal kaynakları akılcı kullanma yönünde etik bir ödev de yüklemiştir ¹⁵⁷⁰.

d. Hekim ile Hasta Arasındaki Güven İlişkisinin Sarsılmış Olması

Başarılı bir takip ve tedavi süreci için gerekli olan hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin sarsılmış ya da kaybolmuş olduğu hallerde de hekimin haklı nedenle müdahalede bulunmayı ya da tümüyle hastayı reddedebileceği öne sürülmektedir ¹⁵⁷¹.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirtildiği gibi, ağırlıklı olarak sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bu ilişkinin devamında kişisel karakter ağır basmakta ve güven unsuru sözleşmenin hem kurulmasında hem devam ettirilmesinde önem taşımaktadır. Taraflar arasındaki güvenin böylesine önemli olmasından dolayı, bu güvenin sarsılmış olması da, tarafların sözleşmeyle bağlı kalmamalarının haklı sebebini oluşturmaktadır, dolayısıyla hekim de hasta da diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirebilmektedirler ¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 135.

¹⁵⁷⁰ Türk Tabipleri Birliği Hekimlerin Toplumsal Sorumluluğu Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010; Sağlık hizmetlerinin sunumunda sınırlı kaynakların kullanımına özellikle sosyal sağlık sigortaları bağlamında yaklaşımlar için bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 110 (Relativierung durch das Wirtschaftlichkeitsgebot des Sozialversicherungsrechts, kn: 110-115); ayrıca bkz. NEUMAYR, Matthias, Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot, Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung, (Hrsg von JABORNEGG, Peter/ RESCH, Reinhard / SEEWALD, Otfried), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, s: 147-164.

¹⁵⁷¹ TANDOĞAN, Cilt II, s: 614; DETTMEYER, s: 213; AŞÇIOĞLU, s: 33; AKİPEK ÖCAL, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, s: 50; ÖZDEMİR, s: 77; https://www.anwalt.de/rechtstipps/die-behandlungspflicht-des-arztes-zahnarztes_076119.html, Erişim T: 08.07.2016.

¹⁵⁷² TANDOĞAN, Cilt II, s: 614; DETTMEYER, s: 213; AŞÇIOĞLU, s: 33; ÖZDEMİR, s:77, dn:12; MEDICUS, Besonderer Teil, s: 155.

Aradaki sözleşmenin, hukukumuzda vekaletle dayandırılması da bu görüşü desteklemektedir, zira TBK m. 512 uyarınca vekalet veren ve vekil her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebileceklerdir. *Tandoğan*'a göre de, bir avukatın ya da hekimin çalışmasındaki yüksek derecedeki kişisel nitelik, müvekkile olan güvenin kaybolması veya başka nedenlerle artık işi yapmaya uygun hissetmeme halinde, vekilin vekalet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmesine imkan vermektedir¹⁵⁷³. Alman hukukunda bu ilişki kanunda yer alan bir sözleşme tipinde olsa da, temelde hizmet sözleşmesine dayanmakta, karşılıklı güvenin büyük önem taşıdığı böyle yüksek nitelikli hizmetlerde, bu güven yitirilmiş olduğu takdirde, ilişkinin devamının da anlamı kalmamaktadır.¹⁵⁷⁴

İstanbul 1. İdare Mahkemesince verilmiş karara konu olayda, bir aile hekimi, devamlı sorunlar yaşadığı ve hakaretine maruz kaldığı hastasının listeden çıkarılması için sağlık müdürlüğüne başvurmuş, sağlık müdürlüğü ise bu talebi reddetmiştir. Bu karar aleyhine açılan davada, mahkeme, *“sağlık hakkı, kişinin toplumdan, devletten sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesini, sağlıkla ilgili devlet olanaklarından yararlanmasını, yaşamını sağlıklı bir şekilde sürdürebilmesini sağlayan en temel insani hak olup, tedavi edecek olan tabiplerin de hastaların arzu, şikâyetleri gözetilerek tıbbi kurallar çerçevesinde teşhis ve tedavisini yerine getirmek zorunda olduğu, yukarıda anılan nizamnamede belirtildiği üzere mesleki veya şahsi sebeplerle tedavinin bitirilmesinden tamamlanmasından önce hastasını bırakabileceği, ancak bu durumda hastasının sağlık açısından tehlikeye düşmemesi, hastalık haklarının korunması gerekmektedir. Dava konusu uyuşmazlıkta, aile hekimi davacı ile hastası arasında karşılıklı yaşanan diyaloglardan ve bu hususta tutulan tutanaktan, hekim-hasta arasında olması gereken güven ilişkisinin ve duygusunun zedelendiği, bu durumun sağlıklı ve düzenli bir muayeneye engel olacağı, çalışma barışı ve düzenine zarar vereceği, hastanın kendisini muayene eden hekime güveninin olmaması halinin tedavide olumsuz sonuçlar doğurup ileride telafisi imkânsız zararlara sebebiyet vereceği açık olup, bu doğrultuda davalı idarece davacının haklı kabul edilebilecek olan başvurusunun değerlendirilip ilgili hastanın mağduriyet oluşmayacak şekilde aynı aile sağlık merkezi içerisinde bir başka hekim ile değiştirilmesi mümkün iken aksi yönde tesis*

¹⁵⁷³ TANDOĞAN, Cilt II, s:11.

¹⁵⁷⁴ Ancak haklı nedenler mevcut değilse, sözleşmenin uygun olmayan zamanda sona erdirilmiş olması tazminatı gerektirebilecektir. ESSER / WEYERS, Band I, Besonderer Teil, § 30 4, s: 249.

olunan işlemdede hukuka uyarlık görülmemiştir ¹⁵⁷⁵.” diyerek hasta hekim arasındaki güvenin kaybının aradaki ilişkiye olumsuz etkilerini derli toplu bir şekilde ortaya koymuş ve hekimin acil olmayan hallerde hastayı reddedebileceğini de kabul etmiştir ¹⁵⁷⁶.

Sağlık Bakanlığının 12.05.2012 tarihli Çalışan Güvenliği Genelgesinin Hizmetten Çekilme başlıklı 6. maddesinde sağlık çalışanlarının, sağlık hizmeti sunumu esnasında şiddete uğramaları halinde, acil verilmesi gereken hizmetler hariç olmak üzere hizmetten çekilme talebinde bulunabilecekleri öngörülmüştür. Ancak bunun da bazı koşulları olup, hizmetten çekilme talebi, kurum tarafından belirlenen yöneticiye sözlü veya yazılı olarak bildirilecek ve yönetici, olayı derhal değerlendirerek çekilme talebinin uygun olup olmadığı hakkında karar verecektir. Talep uygun bulunduğu takdirde, hastanın sağlık hizmetinin devamına yönelik tedbirler güvenlik tedbirleriyle birlikte alınacaktır. Hastanın sağlık hizmetini devam ettirecek yeni sağlık çalışanı belirlenecek, bunun mümkün olmaması halinde hastanın hizmet alabileceği başka bir sağlık kurumuna sevki sağlanacak ve tedavinin aksatılmamasına özen gösterilecektir ¹⁵⁷⁷. Hekimin kendisine sözlü veya fiziksel saldırıda bulunmuş bir hastayı dahi, aynı uzmanlık alanındaki bir başka hekimin tedavisi sağlanarak reddedebileceği öngörülmektedir ¹⁵⁷⁸. Genelge sağlık çalışanının şiddete uğraması halinde hizmetten çekilme talebinde bulunmasını düzenlemiş, bunun dışında hizmetten çekilme talebi için haklı neden sayılabilecek başka herhangi bir duruma değinmemiştir. Şiddet ise, genelgede kişinin fiziksel ve psikolojik açıdan zarar görmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel olan sözlü veya fiili hareketler olarak tanımlanmaktadır. Sağlık çalışanının şiddete uğramasında dahi, hizmetten çekilme talebini yöneticiye iletmesi ve onun kararını beklemesi gerekmektedir ki, bu kanımızca kabul edilemeyecek bir durumdur. Acil durumdaki hastaya müdahalede bulunmaktan kaçınılamayacağı ve hastanın reddedilemeyeceği yönündeki genel kabul bile, özellikle belirgin fiziksel şiddete ve travmaya uğramış bir hekim ya da diğer bir sağlık çalışanı açısından mutlak bir zorunluluk olmamalıyken, hatta fiili şiddet sırasında haklı savunmaya dayanarak karşı koyması

¹⁵⁷⁵ İstanbul 1. İdare Mahkemesi, E: 1007/ 743, T: 11.04.2012.

¹⁵⁷⁶ HAKERİ, Hizmetten Çekilme Genelgesi.

¹⁵⁷⁷ Sağlık Bakanlığı Çalışan Güvenliği Genelgesi, 14.05.2012,

<https://www.saglik.gov.tr/TR,3282/calisan-guvenligi-genelgesi-14052012.html>, Erişim T: 10.10.2017

¹⁵⁷⁸ HAKERİ, Hizmetten Çekilme Genelgesi.

da tümüyle hukuka uygun olacak iken, aciliyeti dahi bulunmayan bir hastaya müdahaleden kaçınılmasının başka bir kişi ya da makamın onayına bağlı olması şeklindeki bir düzenlemeyi tümüyle kabul edilemez bulmaktayız.

TTB Hekim Hakları Bildirgesine göre de, hekim, sözlü ya da fiziksel bir şiddet söz konusu olduğunda, ayrıca kendisine başvuran ya da hizmet sunmakta olduğu kişi ile daha önceden var olan kişisel bir ilişkisi nedeniyle mesleki yargılarının etkilenebileceğinden kaygılanıyor ise, hizmet sunmayı reddedebilecek olmakla beraber, yine hastanın acil durumda olmaması, hastanın kendisine sağlık hizmeti sunabilecek başka bir hekime erişebilir durumda olması ve yönlendirmenin sağlığını tehlikeye atmıyor olması koşullarının varlığına özen göstermesi gerektiği de ifade edilmektedir ¹⁵⁷⁹. Hukuki bağlayıcılığı olmayıp etik bir söylem niteliği taşısa da, bildirgenin, hastanın gözetilmesine yönelik özenin gösterileceği hususunda hekimin sağduyusuna güvenmiş ve hizmetten çekilmesi için herhangi bir izin öngörmemiş olmasının yol gösterici bir yaklaşım olarak ele alınması gerektiği kanısındayız.

Hastanın hakaretleri ve haksız şikayeti nedeniyle kişilik hakları saldırıya uğrayan hekimin açtığı tazminat davası kabul edilmiştir ¹⁵⁸⁰. Her ne kadar hekim

¹⁵⁷⁹ TTB Hekim Hakları Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010.

¹⁵⁸⁰ "Dava, hakaret ve haksız şikayet nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, doktor olarak çalıştığı yere gelen davalının oğluna ait bir günlük istirahat raporunu kaybettiklerini, tekrar verilmesini isteyince okul idaresinin resmi yoldan istemesi gerektiğini belirttiğini, bu sözler üzerine davalının davacıya 'sen nasıl doktorsun, seni doktordan sayan yok' sözleri ile hakaret etmek suretiyle kişilik haklarına saldırıda bulunduğu, bu sözlerden dolayı hakareten mahkum olup hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini, ayrıca valiliğe şikayet edildiğini, 2010 yılı Ağustos ayında müfettiş soruşturması geçirdiğini, suç unsuru bulunmadığından dosyanın işlemde kaldırıldığını belirterek 5000 TL manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Davalı ise hakaret etmediğini, davacının hasta haklarına aykırı davrandığını, oğlunun numara yaptığını söylediğini, bu nedenle davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece davalının hakareti ve şikayet konusu hususların gerçekleri yansıtmadığı, hak arama sınırlarını aşacak şekilde şikayet etmesi nedeniyle davanın tümünden kabulüne verilmiştir. Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir. Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse, BK'nın 49.maddesi uyarınca manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hakim hukuka ve hakkaniyete göre hüküm vereceği TMK'nın 4.maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşırtakdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır." Yargıtay 3.HD, E.2012/ 461, K. 2012 / 9864, T. 11.04.2012, GÖKCAN, s: 1101.

lehine hükmedilen tazminatın fazla olduğundan bahisle miktarın indirilmesi gerektiği yönünde bir karar verilmiş olsa da, hastaların haksız şikayet ve hakaretlerinin hekimin kişilik haklarına saldırı oluşturduğu açıktır. Hekim dava açma yoluna dahi gittiği bir hastayı takip etmekten de evleviyetle kaçınabilecektir. Ayrıca bu kararda hekimden hukuka uygun olmayan bir rapor düzenleme işleminin talep edilmiş olduğu da dikkat çekmektedir.

Hekimler gerçeğe uygun olmayan rapor, reçete vb. belge düzenleme, yine sigortalı bir hasta adına sigortasız başka bir hastaya müdahalede bulunma ve tedavi düzenleme talepleriyle sıklıkla karşı karşıya kalmaktadırlar. Talepte bulunan zor durumda olsa ve kendince haklı sebepleri olsa dahi, hekimlerin tıbbın kurallarına ve hukuka uygun olmayan böyle talepleri karşılama ve bu hususlarda ısrarcı olan hastayı takibe devam etme gibi bir yükümlülükleri bulunmadığı hususunda kuşku duyulmamalıdır.

Hastanın internet, sosyal medya gibi kitle iletişim araçlarıyla, hekimin kişilik haklarını, itibarını zedeleyen, gerçeğe aykırı paylaşımlarda bulunması da açıkça aradaki güven ilişkisinin sarsılmasına yol açabilecek bir davranış olarak ele alınabilecektir¹⁵⁸¹.

Aradaki güven ilişkisinin sarsılması durumunda müdahalenin ya da hastanın reddi hekim bakımından kabul edilmekteyse de, sağlık kurumları bakımından geçerli olmamaktadır. Acil servisteki aksaklıklar ile çeşitli makamlara şikayette bulunan bir hastaya ve ailesine, yöneltmiş olduğu iddialar nedeniyle artık arada iyi bir hasta hekim ilişkisinin sürdürülemeyeceği düşüncesiyle, tıbbi hizmet sağlanmayacağını bildiren özel hastanenin bu ret kararı, mahkeme tarafından, hastayı yasal haklarını kullanmaktan alıkoyduğu gerekçesiyle, yerinde görülmemiştir. ABD Mahkemelerince verilmiş bu karara göre, hekimlerin bağımsız olarak hastayı reddetme hakları bulunsa da, bir grup ya da hastane olarak külliye hastanın reddedilmemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁸².

¹⁵⁸¹ Bkz. WAGNER, MüKoBGB, BGB § 630 a, kn: 63.

¹⁵⁸² California mahkemelerince verilmiş Leach v Drummond Medical Group kararında, davacılar bir medikal gruba ait hastanedeki bazı hekimlerden memnun kalmayarak lisans merkezine bir sürü şikayet içeren bir dilekçe yazmışlar, bundan haberdar olan medikal grup da davacılara artık arada düzgün bir hekim-hasta ilişkisi sürdürülmesinin mümkün olmadığını ve bu ilişkiyi sona erdireceklerini belirtmişlerdir. Hastalar pek çok iddia öne sürerek dava açmışlar, dava yerel mahkemeye

e. Diğer Hastaların Haklarını Koruma Kaygısı

Hekimlerin tüm bilgi, ilgi ve zamanlarını tek bir hastaya yönelmeleri mümkün olmayıp, hizmet sundukları tüm hastaların yararını gözetme, sağlık hizmetini adalet ve hakkaniyete uygun şekilde verme durumundadırlar. HHY 6. maddesinde, hastanın adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde, sağlıklı yaşamının teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahip olduğu ve bu hakkın, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerdiği düzenlenmiştir. Demek ki hekim, sağlık hizmetini sunarken hastalar arasında dengeli bir dağıtım olmasını da göz önünde tutma durumundadır.

Sırada bekleyen çok sayıda hasta olması ve hekimden daha uzun çalışmasının beklenemeyeceği hallerde ¹⁵⁸³, sonradan gelen hastaların, acil durumda olmadıkları takdirde, kabul edilmemesi ve başka bir tarihe ya da başka bir hekime yönlendirilmesi en yerinde davranış olacaktır. Nitekim Alman hukukunda, mevcut hastaların yeterli şekilde bakımının tehlikeye girecek olması, hekimin yeni hastaları kabul etmemesinin haklı nedeni olarak görülmektedir ¹⁵⁸⁴.

Fakat bu noktada öncelikli hastaların da gözetilmesi gereklidir ¹⁵⁸⁵, zira hastaların HHY m. 10'a göre ¹⁵⁸⁶ öncelik sırasının belirlenmesini isteme hakkı da

reddedilmiş, ancak karar temyizde bozularak, hekimin tek başına tedaviyi reddedebileceği ancak tüm bir grubun yani hastanenin aynı imkana sahip olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca bu davada, benzer hizmetlerin sağlanabileceği en yakın hastane yüz mil uzakta yer almaktadır. BOUMIL / ELIAS / MOES, s: 23. Leach v. Drummond Medical Group. Inc. (1983), Civ. No. 6262. Court of Appeals of California, Fifth Appellate District. June 24, 1983.] PAULA J. LEACH et al., Plaintiffs and Appellants, v. Drummond Medical Group, Inc., et al., Defendants and Respondents, <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/144/362.html>, Erişim T: 20.11.2017.

¹⁵⁸³ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 12: "Poliklinik muayene başlama ve bitiş saatleri baştabiplikçe belirlenerek duyurulur ve belirlenen saatler içerisinde kesintisiz olarak sürdürülür. Polikliniklerde bakılacak günlük hasta adedi branşlara, tabip sayısına ve hizmetin gereğine göre baştabip tarafından tespit edilebilir."

¹⁵⁸⁴ https://www.anwalt.de/rechtstipps/die-behandlungspflicht-des-arztes-zahnarztes_076119.html, Erişim T: 08.07.2016.

¹⁵⁸⁵ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 11 : "Polikliniklere başvuran hastalara sıra numarası verilir. Muayene buna göre yapılır. Ağır, acil, yaşlı hastalarla sakatlar ve adli vak'alar için sıra gözetilmez. Adli vak'alara, poliklinikte ve diğer gerekli işlemlerin tamamlanmasında, geçici ve kesin raporların düzenlenmesinde öncelik tanınır. Tüberkülozlu hastaların (acil vak'alar hariç) verem savaşı dispanserlerinden sevk edilmiş olmaları icap eder. Ayrıca yataklı tedavi kurumlarına, sağlık ocaklarından, koruyucu sağlık hizmeti yapan kuruluşlardan (verem savaş, ana çocuk sağlığı, trahom

bulunmaktadır. Acil servislerde ise bu hususun özel önem taşıması nedeniyle triyaja ve alan kodlamasına yönelik açık düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda Acil Servis Tebliği'nin ilgili düzenlemelerinin (m. 8 ve 9) ve bu tebliğde değişiklik yapan (Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ) tebliğin 7.maddesi ¹⁵⁸⁷ ve ek- 7 düzenlemelerinin öncelikle göz önünde tutulması gerekmektedir.

Özel muayenehanede, randevu sistemiyle ve hastaya geniş zaman dilimleri ayırarak çalışan hekimler açısından belki böyle bir zamansal sıkıntı ortaya çıkmayacaktır. Ancak genel olarak hekimler, sağlık kurum ve kuruluşlarında yoğun bir iş yükü altına çalışmakta, çok sayıda hasta görmekte ve asli edimleri olan tanı ve tedaviye yönelik işlemlerin yanı sıra, diğer yan edimlerini de yerine getirme durumunda kalmaktadırlar. Bunlardan biri de aydınlatma yükümlülüğü olup, kimi zaman bir asli edim olarak da ele alınmaktadır. Yan edim olarak ele alındığında dahi taşıdığı önem, hatta bazen tanı ve tedaviden bile daha ön planda ve sorumluluğa yol açar nitelikte olması da göz önünde tutulduğunda, ayrı haller dışında, aydınlatmaya da yeterli bir zaman ayrılması kaçınılmazdır. Kanunun açıkça yazılı bir rıza ve dolayısıyla aydınlatmayı öngördüğü hallerin ötesinde, örneğin HHY'nin 26. maddesinde, mevzuatta yer alan durumlara ilaveten uyuşmazlık potansiyeli taşıyan

dispanserleri gibi) sevk edilen hastalarla, daha küçük bir tedavi kurumu, müdavi tabib veya müessese tabibi tarafından tıbbi bir zorunluluk icabı gönderilen hastalara polikliniklerde öncelik verilir."

¹⁵⁸⁶ HHY m.10: "Sağlık kuruluşunun hizmet verme imkanlarının yetersiz veya sınırlı olması sebebiyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, hastanın, öncelik hakkının tıbbi kriterlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini istemek hakkı vardır. Acil ve adli vak'alar ile yaşlılar ve özürlüler hakkında öncelik sırasının belirlenmesinde ilgili mevzuat hükümleri uygulanır."

¹⁵⁸⁷ Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul Ve Esasları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ m. 7: "Aynı Tebliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. "(1) Acil servislerde etkin bir hizmet sunumu için renk kodlaması uygulanır. Triyaj işlemi başvuru sırasında hasta kayıt işlemi öncesi yapılır. Triyaj uygulaması için muayene, tetkik, tedavi, tıbbi ve cerrahi girişimler bakımından öncelik sırasına göre kırmızı, sarı ve yeşil renkler kullanılır. Renk kodlamasına ilişkin uygulama esasları Ek-7'de gösterilmiştir. Ayrıca; a) Acil servise başvuran hastalara sağlık personeli tarafından etkin triyaj yapılır, sarı alan muayenesi gerekmeyen hastalardan öncelikle acil serviste poliklinik muayenesi olması gerekenlere 'Yeşil Alan 1' kodu verilir, acil serviste genel tabip muayene polikliniklerinde bakılır. b) Sarı ve kırmızı alan hastası olarak nitelenmeyen ve poliklinik muayenesi gerektiren hastalar için acil servis alanı dışında ve yakın yerleşiminde olmak koşuluyla, 'Yeşil Alan 2' kodu ile mesai kaydırma veya vardiya branş poliklinikleri oluşturulur. Yapılan triyaj ile branş muayenesi olması gereken hastalar bu polikliniklere yönlendirilir. c) Triyaj uygulaması esnasında kırmızı alan hastalarının triyaja ve kayda dahil edilmeden, doğrudan kırmızı alana geçirilmesi, sarı alan hastalarının triyaj sonrası doğrudan sarı alana ve sarı alan tabibinin bilgisine gönderilmesi esastır. ç) Acil servise başvuran hastaların eş zamanlı sayı artışı olduğu ve bekleme süresinin uzadığı durumlarda, sorumlu idareci tarafından ek mekân ve ek insan kaynağı acil servis dışı hizmet birimlerinden sağlanarak, acil servis imkânları hemen artırılır."

müdahalelerde de yazılı bir rıza formu düzenlenmesi öngörülmüş bulunmaktadır¹⁵⁸⁸. Bu düzenleme gereği, rutin poliklinik muayeneleri ve ilişkili işlemler dışında neredeyse her müdahale için yazılı rıza gerekebileceği yönünde bir sonuca varmak mümkündür. Rızanın geçerli olması da hastanın aydınlatılmış olması şartına bağlı olduğuna göre, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması beklenemez. Hastanın aydınlatılmasına, somut olayın özelliğine göre değişmekle beraber, haliyle belli bir süre ayrılması gerekeceğinden, her hasta için rutin anamnez ve muayene, tanıya yönelik diğer tetkik ve müdahaleler, bunlardan elde edilen bulguların değerlendirilmesi, tedaviye yönelik planlama, aydınlatma ve rıza alma, ayrıca bunların kayıt altına alınması süreçleri bir bütün olarak ele alındığında, hekimin bakabileceği hasta sayısına bir sınırlama getirilmesi kaçınılmazdır. Hekime, bakacağı hasta sayısını sınırlandırma ve yeni gelen hastaların bakımını reddetme hakkının tanınması gerekmektedir. Bununla beraber muayene olan hastaların da hekimi gereksiz şekilde meşgul etmemeleri ve kendilerinden sonra gelenlerin haklarına saygı duymaları gerektiği açıktır. Acil olmayan hastaların muayenesi için randevu sisteminin getirilmesi, hasta sayısının yoğun olduğu merkezlerde daha çok sayıda hekimin çalışması, delege edilebilir eylemleri yerine getirebilecek yardımcı sağlık çalışanlarının hekimin iş yükünü azaltması, hasta bekleme salonları ile muayene ve tıbbi müdahalelerin gerçekleştirildiği oda ya da bölümlerin göreceli uzak konumlandırılması ve en az bunlar kadar önemli olarak, aciliyet olmadığı veya önceden organize edilmiş bir randevuları olmadığı takdirde, hastaların o gün için hekim tarafından kabul edilmemelerinin ve muayenelerinin başka bir güne planlanmasının, uymaları, katlanmaları gereken tamamen olağan bir durum olduğunu idrak etmelerinin sağlanması gibi çözümler yararlı olabilir.

Hekim ve hastanenin imkan ve kapasitesi karşısında hastaların tıbbi yararlarının açıkça çatışması da söz konusu olabilir. Hekimin ve sağlık kurumunun imkan ve kapasitesinin, özellikle ameliyathane ve yoğun bakım gibi kritik

¹⁵⁸⁸ HHY m.26 (Başlığı ile birlikte değişik:RG-8/5/2014-28994): “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir.”

konumlarda, hasta sayısı karşısında yetersiz kalması durumunda, hangi kriterlere dayanılarak hastalara öncelik verileceği önemli bir sorundur, zira böyle kararlar kimi zaman bir hasta için yaşamın, diğeri için ölümün tercih edilmesi gibi keskin ayrımlara da yol açabilir. Böyle durumlarda hekim tercihini hangi hastalardan yana kullanıp hangilerine müdahalede bulunmaktan kaçınabilecek veya imkan varsa öteleyebilecektir? Zira her zaman örneğin triyajda olduğu gibi göreceli net kriterler bulunmamaktadır.

Yoğun bakım, kısmen veya tamamen yitirilmiş organ veya sistem fonksiyonlarının olumsuz etkileri ortadan kaldırılıncaya kadar hastaların desteklenmesi, hastalığı oluşturan bu nedenlerin tedavi edilmesi, hastanın hayatta kalmasının sağlanması için uygulanan yöntemlerin tamamı ¹⁵⁸⁹; bir ya da daha fazla organ veya organ sistemlerinde oluşan, ciddi işlev bozuklukları veya yetmezliklerinin ve altta yatan nedenlerin izlem, tanı ve tedavisi ile bu işlevlerin sürdürülmesi için uygulanan yöntemlerin tümü; ve yoğun bakım üniteleri de, bir ya da daha fazla organ veya organ sistemlerinde ciddi işlev bozukluğu nedeniyle yoğun bakım gereksinimi olan hastaların iyileştirilmesini amaçlayan, yerleşim biçimi ve hasta bakımı açısından ayrıcalık taşıyan, ileri teknolojiye sahip cihazlarla donatılmış, 24 saat yaşamsal göstergelerin gözlemi ve hasta tedavisinin yapıldığı klinikler ¹⁵⁹⁰ olarak tanımlanmakta ve bu ünitelerde, organizmanın geçirdiği ağır bir hastalık, zehirlenme, travma veya ameliyattan dolayı önceden tahmin edilmesi mümkün olmayan komplikasyonlarla yaşamlarının sınırına gelmiş ve çeşitli destekleyici tıbbi araçların yardımına ve 24 saat yüksek kalitede bakıma gereksinim duyan hastaların izlendiği belirtilmektedir ¹⁵⁹¹. Esasen ülkemizde tüm yoğun bakım ünitelerinin yatak kapasiteleri bilinmekte ve hastaların boş ve elverişli olan ünitelere sevklerinin nasıl gerçekleştirileceği de tebliğde detaylı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır ¹⁵⁹². Ülke

¹⁵⁸⁹ ÇELİK, Sevim, Yoğun Bakım Ünitesinde Hasta Kabul ve Taburculuk Kriterleri, Yoğun Bakım Hemşireliği Dergisi 2007;11(2):96-101, s: 96;

¹⁵⁹⁰ Yoğun Bakım Ünitelerinin Standartları Genelgesi (2008 / 53), <https://www.saglik.gov.tr/TR,10979/yogun-bakim-unitelerinin-standartlari-genelgesi-200853.html>, Erişim T: 10.01.2018.

¹⁵⁹¹ ÇELİK, Sevim, s:96.

¹⁵⁹² Bkz. Yataklı Sağlık Tesislerinde Yoğun Bakım Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ (RG T: 20.07.2011, S: 28000) m.22 (Değişik:RG-29/5/2013-28661): "(1) Yoğun bakım servislerinden hasta sevk ve nakli yapılırken aşağıdaki ilkelere riayet edilir:a) Yoğun bakım servislerinde yatan hastaların sevk ve nakillerinin 112 Komuta Kontrol Merkezi aracılığı ile yapılması esastır. Sağlık tesisi tarafından hastanın sevk edileceği sağlık tesisi belirlenemiyorsa sevk ve nakil işlemleri, İl Ambulans Servisi Başhekimliği Komuta Kontrol Merkezinin koordinasyonunda

çapında yoğun bakım yatak sayısı bakımından yetersizlik olmadığı da bilinmektedir. Bununla birlikte hasta kabul ve taburculuk kriterlerinin açıkça ortaya konamamış olması nedeniyle sınırlı olan yoğun bakım yatak kapasitesinin, bu tarz bir bakıma tam ihtiyacı olmayan, izlemi alternatif bakımlarla da yürütülebilecek ya da yoğun bakımdan fayda beklentisi olmayan hastaların yatırılması nedeniyle, etkili şekilde kullanılmadığından söz edilmekte, açık ve net kriterlerin belirlenmesi ve bunlara uyulması önerilmektedir ¹⁵⁹³. Yaşamın başında ve sonunda teknolojinin yoğun kullanımı, kaynakların adil dağılımı açısından da sorun yaratabilecektir ¹⁵⁹⁴.

f. Hastanın Enfeksiyon Taşıyıcılığı

Hekimler ve diğer sağlık çalışanları, mesleki uygulamaları sırasında, solunum, temas ve kan yoluyla bulaşabilen ve kimi zaman ölümcül hastalıklara da yol açan çeşitli enfeksiyon etkenleriyle karşılaşmaktadırlar. Özellikle hastaların kan ve kontamine vücut sıvılarıyla temas etme ihtimali olan hekim ve diğer sağlık personelinin hepsi günlük çalışma ortamında kan yoluyla bulaşan hastalıklar açısından yüksek risk altındadır. Her ne kadar hekimlerle toplum arasında, kişilerin sağlıklarının korunacağına ve hastalıklarının iyileştirileceğine dair bir sözleşmenin var olduğu kabul edilmekte ise de ¹⁵⁹⁵, hekimlerin, kendilerini, yakınlarını, ekibindeki

geçleştirilir. Hasta nakillerinde Acil Sağlık Hizmetleri Çağrı Kayıt ve Operasyon Yönetim Sistemindeki güncellenmiş en son veriler esas alınarak planlama yapılır. Hastanın sevk ve nakli için belirlenen sağlık tesisi hastayı kabul etmekle yükümlüdür.b) Hastanın, nakledildiği sağlık tesisi tarafından acil serviste bekletilmeden, tıbbi durumunun gerektirdiği seviyedeki yoğun bakım servisine doğrudan yatışının yapılması esastır.c) Hastanın sevk ve nakil kararı; sorumlu uzman tabip tarafından, gerekiyor ise ilgili dal uzmanları ile de konsültasyon sağlanarak verilir ve sevk prosedürüne uygun olarak sevk edilir. Hasta, stabilize edildikten sonra gerektiğinde ilgili sağlık personeli refakatinde tıbbi durumunun gerektirdiği en uygun şartlar sağlanarak 112 ambulans ekiplerine teslim edilir. Hastanın sevk gerekçesi sağlık tesisi tarafından 112 Komuta Kontrol Merkezine detaylı olarak bildirilir.ç) Hastaya ait gerekli bilgi ve belgeler, adli vakalar için düzenlenen raporlar epikriz ile birlikte sevk evrakına eklenir. Yenidoğanların sevklerinde Ek-7'deki Yenidoğan Sevk ve Nakil Formu kullanılır.d) İlde sağlık tesisleri arasında yapılan nakiller Acil Sağlık Hizmetleri Koordinasyon Komisyonu (ASKOM) İl Sevkleri Değerlendirme ve Denetleme Komisyonunda, iller arasında gerçekleştirilen sevkler Bölge ASKOM Toplantılarında değerlendirilir. Tespit edilen sorun ve aksaklıklarla ilgili gerekli tedbirler alınır ve lüzumu halinde sonuçları raporlanarak Bakanlığa bildirilir.e)Yoğun bakımlarda hasta kabulünü engelleyen arıza, enfeksiyon ve bunun gibi hizmet kesintileri, anında İl Ambulans Servisi Komuta Kontrol Merkezine telefon ve faks ile ve akabinde yazılı olarak müdürlüğe bildirilir. Her türlü teknik bakım ve tadilat işlemlerinin sağlık tesisinin hizmet sunumunu aksatmadan gerçekleştirilebilmesi için gerekli tedbirler alınır.f) Afet durumlarında yoğun bakım hastalarının nasıl tahliye edileceği Hastane Afet Planında (HAP) ayrıntılı bir şekilde tanımlanır ve fiili tatbikatları yapılır.”

¹⁵⁹³ ÇELİK, Sevim, s: 97-100.

¹⁵⁹⁴ Sağlık hizmetlerinin sunumunda sınırlı kaynakların kullanımı için bkz. önceki bölümlerdeki açıklamalarımız ve oradaki dipnotlar.

¹⁵⁹⁵ Bkz. CİVANER, Murat, Hekimin Bulaşıcı Hastalık Taşıyan Hastaya Sağlık Hizmeti Sunma Ödevi: Nereye Kadar? Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku- Tarihi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 3, Yıl: 2007, s: 170.

sağlık çalışanlarını ve diğer hastaların sağlıklarını korumak gerekçesiyle, enfeksiyon taşıyıcısı hastaları reddetmeye eğilimli olduklarından söz edilmektedir. Hastalığın doğrudan fiziksel etkilerinin yanı sıra, etkene maruz kalmış olmanın bilinci ve kimi zaman mevcut belirsizliklerin de etkisiyle tabloya eklenen psikolojik sorunlar ve yaşamsal değişiklikler de göz önüne alındığında, hekim ve diğer sağlık çalışanları üzerinde yarattığı etkinin ne kadar olumsuz olduğunu tahmin etmek güç değildir ¹⁵⁹⁶. İşte bu durumda hekimin, öncelikle kendisinin ve yakınlarının yaşam ve sağlığını tehlikeye atarak, bulaşıcı hastalık taşıyan bir hastaya sağlık hizmeti sunma yükümlülüğünün olup olmadığı ve bunun sınırı ya da kriterinin ne olduğu sorusu akla gelmektedir. Bu soruya net bir yanıt bulmak mümkün değildir, somut duruma göre değişiklik gösterebilecek ve etki edebilecek birçok unsur bulunmaktadır ¹⁵⁹⁷.

Hastanın reddi bağlamında öne çıkan sorunlu durumlardan birini virüs taşıyıcısı, özellikle de HIV ile enfekte hastalar oluşturmaktadır ¹⁵⁹⁸. HIV pozitif hastalara karşı, özellikle sağlık ekibinin enfeksiyon korkusu nedeniyle, birtakım önyargıların ortaya çıktığından ve bu hastaların sağlık hizmetine ulaşmada zorluklar yaşadıklarından, hatta ayrımcılıkla karşılaştıklarından söz edilmektedir ¹⁵⁹⁹. Her ne

¹⁵⁹⁶ 2002 yılında Uzak Doğu'da ortaya çıkan SARS salgınından etkilenenlerin %30'unun, hastalanan kişilerin tedavisinde yer alan sağlık çalışanları ve onların aileleri olduğu, etkenin bulaş yolu ve engellenmesi için yapılması gerekenlerin anlaşılmasına kadar geçen sürede çok sayıda sağlık çalışanının hastalığa yakalandığı, hastalananların ve ölenlerin, üst düzey hastane yöneticileri de dahil olmak üzere, büyük oranda sağlık çalışanlarından oluştuğu, dolayısıyla, özellikle yeni ortaya ortaya çıkan ve tedavisi henüz bulunamamış bu tür salgınlarda hekimlerin kendileri ve yakınlarını korumak amacıyla hastaları reddetmeye eğilimli oldukları, ayrıca kan yoluyla bulaşan enfeksiyon etkenlerine maruz kalanların sonucun netleşmesine kadar geçen sürede yaşadıkları tedirginlik ve anksiyete yarattığı belirtilmektedir. CİVANER, s: 167 vd.

¹⁵⁹⁷ İlave görüş ve açıklamalar için CİVANER, s: 166, 167.

¹⁵⁹⁸ Kan ve kontamine vücut sıvılarıyla temas sonucu bulaşan HIV yanısıra Hepatit B (HBV), Hepatit C (HCV), Hepatit D (delta, HDV) virüsleri gerek sıklık gerekse yarattıkları uzun süreli olumsuz etkiler nedeniyle, özel bir öneme sahiptir Kan yoluyla bulaşan hastalıklar açısından bulaştırma riski taşıyan vücut sıvıları kan, genital sekresyonlar, plevra, perikard, periton, serebrospinal, sinovyal ve amnion sıvılarıdır. Feçes, idrar, ter, tükürük, balgam, burun sekresyonları ve kusma materyalinin ise bu hastalıklar açısından gözle görülür miktarda kan içermedikleri takdirde bulaştırma riski taşımadıkları belirtilmektedir. Sağlık personeline bulaşma açısından günlük uygulamada en sık karşılaşılan yollar, hastalarda kullanılan iğnelerin ele batması, kanla kontamine kesici aletlerle yaralanma veya enfekte kan ya da diğer vücut sıvılarının mukozalara sıçraması olarak açıklanmaktadır. Günlük hasta bakımı dahil, el sıkışma, karşılıklı konuşma, aynı odada bulunma gibi olağan faaliyetler sırasında bulaşma söz konusu olmamaktadır. AKOVA, Sağlık Personeline Kan Yoluyla Bulaşan İnfeksiyon Hastalıkları ve Korunmak için Alınacak Önlemler, Sağlık Çalışanlarının Sağlığı I.Ulusal Kongresi Bildiri Kitabı, Ankara Tabip Odası, Ankara 1999, s: 49.

¹⁵⁹⁹ KIZILKAYA DOĞRU, s: 83, 84; CİVANER, s: 167; İngiltere ve ABD'de yapılan çalışmalarda sağlık çalışanlarının AIDS karşısında korku ve endişe duydukları ve sağlık çalışanlarının AIDS'ten korunması için gerekli desteğin olmaması, AIDS'li hastanın kan ve vücut sıvılarıyla temas korkusu, HIV kapmaları halinde kendilerine destek olacak kimsenin olmadığını düşünmeleri, AIDS'li biri için kendimi neden riske atayım şeklinde korku ve endişeleri öne sürdüklerinden, benzer şekilde hekimlerin de HIV pozitif

kadar hekimler mesleki özerklikleri uyarınca, acil durumlar dışında, herhangi bir hastadan farklı olmayarak, HIV veya Hepatit virüsü taşıyan bir hastaya da çeşitli nedenlere dayanarak, tıbbi bakım sunup sunmama hususunda özgür olsalar da, hastaya tıbbi müdahalede bulunulmaması açısından, virüs taşıyıcısı olmasının, tek başına haklı sebep teşkil edemeyeceği ve her hastanın yüksek riskli bir taşıyıcısı gibi varsayılarak uygun önlemlerin alınması gerektiği belirtilmektedir ¹⁶⁰⁰. Esasen meslekle ilişkili enfeksiyon tehlikesi, hiçbir zaman için, virüs taşıyıcısının tedavisinin reddedilmesini gerektirecek kadar ağır görülmemekte, her ne kadar müdahaleler esnasında enfekte hastadan virüsün bulaşma riski bulunsa da, koruyucu eldivenler giymek, laboratuvar çalışmalarında ve enjeksiyonlarda daha dikkatli davranmak suretiyle, uygun korunma ve hijyenik önlemlerle çok da yüksek olmayan bu riskin üstesinden gelinebileceği ¹⁶⁰¹, ancak beklenen fayda ve olası tehlike açısından bir denge kurulmaya çalışıldığında, hasta açısından yaşamsal bir endikasyon taşııyorsa, ortopedi ameliyatları gibi cerrahi ekibin yaralanma riski yüksek müdahalelerden kaçınılabileceği de istisnai olarak kabul edilmektedir ¹⁶⁰².

Her hastanın virüs taşıyıcısıymış gibi ele alınması yaklaşımının önemi, sadece virüsü taşıyan hastaların müdahalesiz kalmaması kaygısından değil, bunun ötesinde bu virüslerle enfekte hastaların erken dönemde seronegatif, yani antikor testlerinde henüz bulgu vermeye başlamamış olmasından da kaynaklanmaktadır. Böyle seronegatif hastalara yapılan müdahaleler esnasında yanıltıcı bir güven duygusu nedeniyle koruyucu önlemlerin göz ardı edilmesi riski vardır. Bu nedenle her hastada koruyucu önlemlere maksimum dikkat göstererek hareket etmek daha yerinde gözükmetedir ¹⁶⁰³.

kişilere tıbbi bakım sunmaya isteksiz olduklarından söz edilmektedir. KIZILKAYA DOĞRU, s: 74, 78; HIV (AIDS) korkusu nedeniyle sağlık sisteminde yaşanan ayrımcılık örnekleri olarak enfeksiyon korkusuyla bakımın istismar edilmesi, izin almadan HIV testi yapılması, hastanın endişe ve isteklerinin göz ardı edilmesi, medya ve polise bilgi verilmesi, kayıtlarda hastanın etiketlenmesi, bilgilerin gizliliğinin korunmasında yetersizlik gibi durumlardan söz edilmektedir. TERZİOĞLU, Füsün, HIV/Aids İle İlgili Damgalama ve Ayrımcılık: Hemşireler İçin Müdahale Stratejileri, Hacettepe Üniversitesi HIV/ AIDS Tedavi ve Araştırma Merkezi, www.hatam.hacettepe.edu.tr/72/3_57-62.rtf, s: 6, Erişim T: 24.04.2018.

¹⁶⁰⁰ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 420, kn: 5,6; CİVANER, s: 170, 174.

¹⁶⁰¹ UHLENBRUCK, L/U, § 41 Der Abschluss des Arztvertrages, s: 372, kn: 8; Alınması gereken korunma önlemleri için Bkz. AKOVA, s: 49 vd.

¹⁶⁰² UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 420, kn: 6. Cerrahların HIV (+) hastaların operasyonlarını reddetmelerine ilişkin bazı etik tartışmalar için bkz. ÇOBANOĞLU, s: 74.

¹⁶⁰³ AKOVA, s: 50.

Ancak korunma önlemlerinin eksiksiz yerine gelmesinde hekimin bireysel çabaları yeterli olamayacaktır; tıbbi müdahalelerin gerçekleştiği kamu ya da özel sağlık kurumunun önlemlerin alınmasında gösterdiği titizlik ve hassasiyet de önemlidir. Kanımızca hekim ve diğer sağlık çalışanlarının enfeksiyonlara karşı koruyacak önlemlerin yeterli şekilde alınmadığı, uygun malzemelerin bulunmadığı ve cerrahi ekibin, diğer bireylerinin istenmeyen yaralanmalarına yol açmayacak ölçüde deneyimli kişilerden oluşturulamadığı durumlarda hekimin kendini ve ekibini korumak adına diğer invazif müdahalelerden de ¹⁶⁰⁴ kaçınabileceğini düşünmekteyiz.

Her ne kadar tedbir açısından, her hastanın enfekteymiş gibi ele alınması önerilse de, hekim ve sağlık personelinin invazif müdahalelerde bulunacakları hastaların taşıdığı riskleri önceden bilmeleri operatif süreci doğru şekilde planlayıp yönetebilmeleri açısından yine de anlam taşımaktadır. Dolayısıyla hastanın HIV ya da diğer virüs pozitifliğine ilişkin önemli bilgileri onlardan saklaması, böyle bir enfeksiyon taşıdığından, özellikle de kendisine bu konuda sorular yöneltilmiş olduğu halde, hekime hiç söz etmemiş olması veya tarama testlerine rızasını esirgeyerek tıbbi durumunun öğrenilmesine engel olmasının, hekim-hasta arası ilişkide güven kaybına yol açacağı ve hekimin müdahaleden kaçınması ve aradaki sözleşmeyi sona erdirmesi için haklı sebep teşkil edeceği belirtilmektedir ¹⁶⁰⁵.

Bu noktada hastanın virüs tarama testlerine rıza göstermemesi durumunda testin yapılıp yapılamayacağı da sorun teşkil eden hususlardan biridir. Kan alımının yalnızca HIV taraması için mi, yoksa genel bir analiz amacıyla mı olduğunun ayrımı önem taşımaktadır. Şayet hastadan sadece HIV taraması amacıyla kan alınıyor ise, hastanın bu konuda aydınlatılması ve rızasının alınması gerektiği, ancak bu kan analizi genel muayenenin bir parçası ise o takdirde muayeneye yönelik olarak verilmiş rızanın yeterli olacağı ¹⁶⁰⁶, hasta HIV-antikör testinin yapılmasını reddettiği takdirde, testin artık yapılmaması gerektiği, aksi takdirde hastanın kendi geleceğini belirleme ve kişilik hakkının ihlal edilmiş olacağı, cezai ve hukuki sorumluluğa da

¹⁶⁰⁴ Amerikan Hastalık Kontrol Merkezi (CDC) invaziv işlemleri ameliyathane, acil servis, poliklinik veya muayenehane koşullarında doku, kavite ya da organlara cerrahi müdahale veya major travmatik yaralanmaların tamiri, kardiyak kateterizasyon ve anjiyografi, vaginal veya sezeryanla doğum ya da kanamanın oluşabileceği diğer obstetrik işlemler olarak tanımlamaktadır. AKOVA, s: 51.

¹⁶⁰⁵ UHLENBRUCK, L/U, § 52 Die ärztliche Behandlungspflicht, s: 420, kn:5, 6; Hastanın enfeksiyon taşıyıcısı ya da hasta olduğunun hekim tarafından bilinebilmesi ve gerekli önlemleri alınabilmesi için yerine getirmesi gereken işbirliği yükümlülüğü hakkında bkz.CİVANER, s: 173.

¹⁶⁰⁶ UHLENBRUCK, L/U, § 49 Die ärztliche Untersuchungspflicht, s: 406, kn: 13.

yol açabileceği, testin hekimin ya da sağlık personelinin ameliyat esnasında korunması amacıyla gerçekleştirilmiş olmasının dahi bu durumu değiştirmeyeceği, ancak resmi makamların HIV testinin yapılması yönünde bir kararının varlığında, ilgili kişinin rızasının aranmasına gerek olmadığı belirtilmektedir ¹⁶⁰⁷. Elbette ki, kişilerin HIV testine karşı çıkmalarının altında yatan nedenin büyük olasılıkla etiketlenme ve ayrımcılık, kimi zaman sağlık hizmetinden mahrum kalma korkusu olduğunu tahmin etmek güç değildir, ancak bu endişe ve korkular diğer yandan hem hekim ile olan ilişkide güvenin sarsılmasına hem de HIV tanısının konamaması nedeniyle bu kez hastanın bu nedenle kötüleşmesine ve yaşamını kaybetmesine de yol açabilmektedir ¹⁶⁰⁸.

Kanımızca bu testin kişiye planlanan bir dizi tanısal ya da terapötik müdahalenin tarama veya yine tanıya yönelik bir parçası olarak yapıldığı durumlarda, kişinin seçici olarak rıza göstermemesi ve bu nedenle test sonucunun bilinmemesi (örneğin ameliyat öncesinde yapılan rutin kan sayımı, biyokimya, kanama, pıhtılaşma ve virüs tarama testleri gibi), süreç içinde gerek hastanın kendi takibi, gerek müdahalede bulunacak sağlık çalışanlarının ve diğer hastaların korunması bakımından önemli eksiklik ve sakıncalara yol açacak ise, tıbbi müdahale sürecinin bu bilginin eksikliğinde uygun şekilde devam ettirilemeyeceği kanısında olan hekim hastanın müdahalesini sona erdirmek isteyebilir. Buna mukabil test yalnızca HIV pozitifliğini araştırmak amacıyla izole bir analiz olarak gerçekleştiriliyorsa (örneğin tekrarlayan enfeksiyonlar, halsizlik kilo kaybı şikayetleriyle başvurmuş ve geçmişinde kan nakli, multipl seks partneri öyküsü olan bir hastada şüphe üzerine tanı koymak amacıyla) rıza gösterilmediği takdirde yapılmaması gerekmektedir. Fakat kişinin HIV pozitif olması durumunda, bunun bilinmemesinin ailesi, yakın çevresi ve toplum üzerine olumsuz pek çok etkileri söz konusu olabilecektir.

Nitekim AIDS, toplum sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri nedeniyle Bulaşıcı Hastalıklar Surveyans ve Kontrol Esasları Hakkında Yönetmelik Ek III'de bildirim

¹⁶⁰⁷ UHLENBRUCK, L/U, § 49 Die ärztliche Untersuchungspflicht, s: 407, kn: 15; Bu bağlamda gündeme gelebilecek paradoksal durumlar için bkz. CİVANER, s: 173, 174.

¹⁶⁰⁸ Bkz. KIZILKAYA DOĞRU, s: 60 vd; ORAN, Nazan Tuna / ŞENUZUN, Fisun, Toplumda Kırılması Gereken Bir Zincir: HIV/AIDS Stigması ve Baş Etme Stratejileri, Uluslar arası İnsan Bilimleri Dergisi, Cilt:5 Sayı:1 Yıl:2008, <https://www.j-humansciences.com/ojs/index.php/IJHS/article/viewFile/340/279>, Erişim T: 29.05.2018, s: 1-16.

esas bulaşıcı hastalıklar arasında düzenlenmiştir ve UHK 64. maddesine göre bildirimini yapılması gerekmektedir. Hekimin bulaşıcı hastalık tanısı koyduğu ya da taşıyor olabileceğini düşündüğü kişiyi ihbar etme yükümlülüğü bulunduğu, zira hekimin öncelikle toplum sağlığını düşünmekle yükümlü olduğu da belirtilmektedir¹⁶⁰⁹. Hal böyle olunca da hekimin şüpheli HIV durumlarının takipçisi olması gerektiğinin de ayrıca söylenmesi mümkündür.

Hekim sağlık hizmeti sunarken hastanın kişilik haklarını ihlal eden davranışlardan kaçınma yükümünde olmakla beraber, HIV pozitif hastalara yönelik olumsuz tepkilerin önlenmesinde hekimin bireysel çabaları yeterli değildir ve organize bir algı ve davranış değişikliğine gereksinim göstermektedir. Bununla birlikte hekimin ciddi bir sağlık sorunu olan HIV / AIDS bağlamında toplumun, diğer hastaların, kendisinin ve ekibinin sağlığını da göz ardı etmemesi gereklidir.

Hekimlerin karşılaşabileceği enfeksiyon etkenleri elbette ki HIV ve hepatit virüslerinden ibaret değildir. Yine kan ve vücut sıvılarıyla bulaşma riski olan başka virus ve bakterilerin yanı sıra, temas ve solunum yoluyla damlacık enfeksiyonu şeklinde de birçok viral ve bakteriel ajana maruziyet söz konusu olmaktadır¹⁶¹⁰.

TTB Hekim Hakları Bildirgesinde bulaşıcı bir hastalık söz konusu olduğunda, çalışma ortamında rutin korunma araçları bulunmuyor ve o hastalığın bulaş riski tıbbi uygulama ile anlamlı biçimde artıyor ise, hekim kendisini ve üçüncü kişileri koruma gerekçesiyle hastayı uygun olanakların bulunduğu yerlere yönlendirebileceği, ayrıca böyle bir durumda hekimin çalışma ortamının olumsuzluklarının en kısa zamanda düzeltilmesi için gerekli girişimlerde bulunması gerektiği de belirtilmektedir. Rutin korunma önlemlerinin yetersiz kaldığı, enfeksiyon zincirinin henüz tam olarak tanımlanmamış olduğu bulaşıcı hastalıkların

¹⁶⁰⁹ KIZILKAYA DOĞRU, s: 66.

¹⁶¹⁰ CİVANER, s: 166 vd; SALMAN, Emrah / KARAHAN, Zeynep Ceren, Sağlık Çalışanlarında Enfeksiyon Riskleri ve Korunma: 1-Kan ve Vücut Sıvıları Yoluyla Bulaşan Enfeksiyonlar, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası 2014, (67) 2, <https://www.researchgate.net/publication/290468955/download>, Erişim T: 10.06.2018; ÖZARAS, Reşat, Sağlık Çalışanlarının Hastane Enfeksiyonlarından Korunması, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Hastane Enfeksiyonları: Korunma Ve Kontrol, Sempozyum Dizisi No:60 , Ocak 2008; s.255, 256; Enfeksiyöz hastalıklarla savaşım aşamaları ve standart risk düzeyi ölçütleri ve bu düzeylere göre önerilen davranış modelleri için bkz. CİVANER, s: 170- 174; enfeksiyonlar ve bulaşma yolları hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz.ÇALANGU, Semra / ERAKSOY, Haluk / DİLMENER, Murat / ÇAĞATAY, Atahan, İnfeksiyon Hastalıkları, BÜYÜKÖZTÜRK, Kemalettin / ATAMER, Tanju / DİLMENER, Murat / ERZENGIN, Faruk / KAYSI, Abdülkadir / ÖKTEN, Atilla, İç Hastalıkları, Cilt I, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007, s: 1097- 1429.

varlığı halinde, böyle bir duruma ilişkin kesin kurallar getirmek güç olmakla birlikte, hekimin mesleki bilgi ve becerisi dolayısıyla hala toplumun diğer üyelerine göre etkin girişimde bulunabilecek tek kişi olduğu, ayrıca tıp mesleği ile toplum arasında bulunan geleneksel sözleşmenin gereği olarak da hekime sorumluluk düştüğü dile getirilmektedir ¹⁶¹¹. Kanımızca tam da bu noktada hekimin, kendi kişisel korunmasını da gözeterek ve ayrıca toplumun geri kalan bireyelerine faydalı olmayı da sürdürmek adına, enfekte hastalara bireysel olarak müdahale etmekten, bir başka deyişle birebir temastan kaçınması ve daha ziyade yönlendirici ve koordine edici bir rol benimsemesi yerinde gözükmektedir.

E. Defansif Tıp Uygulamaları ve Yol Açtığı Sorunlar

Defansif tıp, hekimlerin, bir hastanın tanısını koyarken veya tedavi ederken kendilerini sorumluluktan korumak amacıyla ileri tedaviler, testler ve prosedürler talep etmeleri ¹⁶¹², tıbben herhangi bir gerekliliği olmamasına rağmen, hastalardan ek araştırmalar istemeleri ya da yüksek riskli hastalara müdahaleden kaçınmaları şeklinde ortaya çıkan davranışlar olarak tanımlanmaktadır ¹⁶¹³.

Tıptaki her ilerlemeye yeni spesifik riskler eşlik etmekte, riskli girişimlerin standart uygulamalar haline gelmesiyle birlikte hastanın herhangi bir başarısızlığı kabullenmeye yatkınlığı azalmakta, özen eksikliği ve kötü tıbbi uygulamalara ilişkin iddialar artmaktadır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı doğrultusunda, onu, yeni ortaya çıkan bu müdahaleler ve risklerini anlaması gibi göreceli güç tıbbi karar verme süreçlerine dahil edebilmek amacıyla açıklamalar yapmanın da hekime ilave yük oluşturduğu ifade edilmektedir ¹⁶¹⁴.

Böylece hekimler mesleklerini uygularken, hastanın kendi taşıdığı riskler ve tanısız ve terapötik aşamalarda ortaya çıkabilecek risklerin ötesinde, medikolegal faktörleri de hesaba katma durumundadırlar. Hukuka uygunluğu sağlama kaygısı, tanıya yönelik çok fazla şeyin yapıldığı, tedaviye yönelik olarak da çok az şeye

¹⁶¹¹Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010.

¹⁶¹² SUMMERTON, Nicholas, Trends in Negative Defensive Medicine Within General Practice, British Journal of General Practice, July 2000, 50, s: 565.

¹⁶¹³ Hekimlerin defansif tıp uygulamalarına yönelmelerindeki en önemli nedenin kendilerini tıbbi uygulama hatası iddiası ile açılan davalardan korumak olduğu ve bu hususun 1970'li yıllardan itibaren, özellikle ABD'de yapılan çalışmalarla ortaya konduğundan da ayrıca söz edilmektedir <http://www.acibadem.edu.tr/defansif-tip>, Erişim T: 18.08.2017.

¹⁶¹⁴ LAUFS, Arztrecht, s: 16, kn: 27.

cesaret edildiği bir defansif tıp durumuna ilerleme tehdidini ortaya çıkarmaktadır¹⁶¹⁵. Fakat bu defansif tıp uygulamaları da, hastalarda fiziksel ve ekonomik zararlara, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde aksaklıklara yol açabilmektedir¹⁶¹⁶. Hem tanıya hem tedaviye yönelik gereksiz ve aşırı uygulamaların¹⁶¹⁷ pek çok olguda masrafları ölçsüz şekilde yükselttiği de belirtilmektedir¹⁶¹⁸.

Tıbbi uygulamalar esnasında hekimlerin yasal sorumluluk olasılığından kaçınmak için tıbben gerekli sayılmayan ve kendilerini güven altına alma refleksi ile ortaya koydukları davranışlar pozitif defansif tıbbi uygulamalar olarak ele alınmaktadır. Hasta kayıtlarını daha detaylı tutma ve tıbbi uygulama hakkında daha fazla bilgilendirme yapma¹⁶¹⁹, fazladan tetkik isteme, fazladan ilaç yazma, fazladan konsültasyon isteme, endikasyonsuz hasta yatırma, görüntüleme tekniklerini daha sık kullanma pozitif defansif tıbbi uygulamalara örnek olarak gösterilmektedir¹⁶²⁰. Böyle davranışlar her zaman için hastaların vücut bütünlüğü üzerinde önemli zararlar oluşturur nitelikte olmasalar dahi, en azından zaman kaybına ve sağlık hizmetini finanse eden hasta, devlet, sağlık sigortaları bakımından maddi külfete yol açmaktadırlar¹⁶²¹. Bununla birlikte kimi zaman hastaların sağlık ve vücut bütünlüğü üzerinde olumsuz etkiler meydana getirmeleri de mümkündür. Bu yöntemler, hasta açısından ilave tehlikeler taşıdığı ve ileri derecede acı verici oldukları takdirde bir tıbbi uygulama hatası olarak da ele alınabilecektir¹⁶²². Bu tür müdahalelere ancak devamında bir tedavi imkanının olduğu hallerde başvurulmalıdır. Özellikle yaşlı kişilerde hem ileri yaşın ve hastanın içinde bulunduğu durumun hem de hastalığın

¹⁶¹⁵ LAUFS, Arztrecht, s: 16, kn: 26.

¹⁶¹⁶ <http://www.acibadem.edu.tr/defansif-tip>, Erişim T: 18.08.2017.

¹⁶¹⁷ Überdiagnostik ve Übertherapie terimlerinin Almanca'dan aşkın ya da aşırı tanı ve aşkın ya da aşırı tedavi şeklinde çevirisinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

¹⁶¹⁸ UHLENBRUCK, L/U, § 50 Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 412, kn:11; Elbette ki, sırf masrafların çokluğu düşüncesiyle, yüksek harcama gerektiren bir hastalığın tedavisinin yapılmaması düşünülemez. Önleyici tedbirler bakımından masraflar dikkate alınabilecekken, tedavi alanında bu bakış açısının etkisi sınırlı kalacaktır. Devletin ekonomik nedenlerle getirdiği sınırlamaların amacı da esasen aşırı harcamaların önüne geçmek ve bir bakıma da defansif tıbbi önlemek olsa da, hastanın yüksek hukuksal yararlarının söz konusu olduğu hallerde, ekonomik nedenlerle tıbben gerekli standardın altına inilmesinin kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. HAKERİ, Tıp Hukuku, s: 135, 136.

¹⁶¹⁹ Esasen bu uygulamanın, diğer defansif tıp uygulamalarından farklı olarak olumlu bir davranış olduğu ve hasta haklarına yönelik herhangi bir ihlal oluşturmadığı görülmektedir.

¹⁶²⁰ YILMAZ, Kerem, s:185, 186 vd.

¹⁶²¹ YILMAZ, Kerem, s: 186.

¹⁶²² UHLENBRUCK, L/U, § 50 Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 412, kn:11.

türü göz önünde tutulduğunda, hekimin anlamsız ve eziyet oluşturan yöntemlerden uzak durması gerektiği düşünülmektedir ¹⁶²³.

Defansif tıp uygulamaları kimi zaman da negatif uygulamalar yani hastadan ya da müdahaleden kaçınma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hekimlerin yasal sorumluluk riskini bertaraf etmek için hastalardan ya da tıbbi müdahalelerden kaçınma ya da asgari düzeyde uygulama şeklindeki davranışlara negatif defansif tıp uygulamaları denmektedir ¹⁶²⁴. Negatif defansif tıp uygulamaları, tedavi imkanı olduğu halde riskli hastaları sevk etme, agresif ve şikayetçi olma olasılığı yüksek olan hasta ve hasta yakınlarından kaçınma, karmaşık medikal problemleri olan hastalardan kaçınma ve komplikasyonu yüksek tedavilerden kaçınma olarak açıklanmaktadır ¹⁶²⁵. Negatif defansif tıp uygulamalarının hem birey hem de toplum sağlığı açısından olumsuz etkilerinin yanı sıra ¹⁶²⁶, hukuki sorumluluk ve hasta hakları bağlamında daha fazla risk taşıdıkları da belirtilmektedir. Hekim hastaya hizmet sunmaya elverişli bilgi ve imkanlara sahip olmasına rağmen hastanın somut durumu nedeniyle kendisinin daha fazla yasal sorumluluk riski altında olduğunu sezmekte ve bu nedenle pasif davranmakta ya da müdahaleden kaçınmaktadır. Bu şekilde hastanın daha en başından sağlık hizmeti alma hakkının ihlal edildiği ve hekimin kendine düşen görevi yerine getirmediği düşünülmektedir ¹⁶²⁷.

Günümüzde hukuk ve tıp tarihte örneği görülmemiş bir yoğunlukta iç içe geçmiş haldedirler. Hukuksal kriterler tıbbi klinik uygulamalara gittikçe daha fazla eşlik etmektedir. Hekimin sunduğu sağlık hizmeti, hastayı aydınlatma yükümlülüğü, kayıt tutma yükümlülüğü, sosyal güvenlik ve iş hukukundan kaynaklananlar dahil çok sayıda hukuki kurala bağlanmış durumdadır. Hastanın yararına da olsa hekimlik çok yoğun bir hukuki kontrol ağı tarafından sarılmıştır ki bunun da güven unsurunu zayıflattığı, tıba eşlik eden bir hukuki kontrolün varlığı gerekli olmakla beraber, bu durumun hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eksiksiz bir hukuki organizasyon haline gelmesine yol açmaması gerektiği ¹⁶²⁸ ve sağlık hizmetlerinde bir ilerleme sağlanması isteniyorsa, hukukçuların hekimlere yine hukuki zeminde ancak

¹⁶²³ UHLENBRUCK, L/U, § 50 Die Pflicht zur Diagnosestellung, s: 412, kn:11.

¹⁶²⁴ YILMAZ, Kerem, s: 198.

¹⁶²⁵ YILMAZ, Kerem, s: 199.

¹⁶²⁶ SUMMERTON, s: 565.

¹⁶²⁷ YILMAZ, Kerem, s: 198.

¹⁶²⁸ LAUFS, L / U, s: 57, kn: 2; LAUFS, Arztrecht, s: 15, kn:23, 24.

vicdanları ve meslek etiğine göre karar verme özgürlüğünü tanımaları gerektiği düşünülmektedir ¹⁶²⁹.

Kanımızca da hekimleri defansif tıbbı iten, hukukun tıbbi uygulamalara fazlaca müdahil olması ¹⁶³⁰ ve sağlık hukuku alanındaki algı değişiklikleridir. Artık bir hastaya el atarken hekimlerin ilk kaygısı ona faydalı olmak, şifaya kavuşturmak yerine sorumlu tutulmamaktır. Hekim mevcut durumda hastaya doğru tanı koymak, doğru tedaviyi planlamak açısından mesleki verilere ve vicdanının sesine kulak kabartmaktan ziyade, kimi zaman yalnızca sorumlu tutulmamak kaygısıyla hareket etmektedir. Hekimin, yapılan her tıbbi müdahalede, tanı tam olarak konulamazsa sorumluluğu gündeme gelir mi, tedavi sırasında olumsuz bir durum ortaya çıkarsa gereken tüm önlemleri almış olduğunu nasıl ispat edebilir gibi sorular ve kaygılar içinde kendini güvence altına almak için, klinik deneyiminin ötesinde dayanabileceği ve ispat vasıtası olarak kullanabileceği objektif veri ve sonuçlara gereksinimi bulunmaktadır ve bu da hekimi daha fazla tanısal yöntemlere başvurmaya, tedavi sırasında daha fazla parametreyi kontrol edebilmek için daha fazla laboratuvar, görüntüleme, elektrofizyolojik vb. yöntemler istemeye sevk etmektedir. Nedenleri araştırılarak çözümler bulunması yerine pozitif defansif uygulamaları önlemek saikiyle harcamalara kısıtlamalar getirmek ise, hekimin hastanın tanı, takip ve tedavisi sırasında mesleki açıdan kendini daha da güvensiz hissetmesini sonuçlayarak, bu kez negatif defansif uygulamalara yönelmesi, müdahalede bulunmaktan kaçınması ve hatta hastanın takibini tümünden reddetmesi için haklı neden oluşturabilecektir.

Tıbbi uygulama hataları nedeniyle zarar görenlerin, bu zararların tazminini istemesi doğaldır. Ancak bazı ülkelerde olduğu gibi, bu hataların nedenlerini araştırıp bunlara yönelik önlemlerin alınması ve zarar ortaya çıktığında devlet, sigorta

¹⁶²⁹ LAUFS, Arztrecht, s: 29, kn: 28.

¹⁶³⁰ Hekim hasta ilişkisinin sıkı bir şekilde kanuni düzenlemeler altına alınması, hekimin tümüyle kanuna bağlı kalarak hareket etmesine, bu da mesleki etiğin deforme olmasına yol açabileceği gibi, yasal düzenlemeler amacına ters düşerek ayak bağı gibi de etki gösterebilir. Alman Medeni Kanununa hasta haklarına ilişkin eklemeler yapılması bakımından getirilen benzer öneri ve değerlendirmeler için bkz. KATZENMEIER, Christian, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, Eine kritische Betrachtung des Patientenrechtegesetz- Regierungsentwurfs, MedR (2012) 30, s: 579; ABD'deki avukatların agresif tutumlarından söz eden görüş için bkz. İNAL, s: 192.

şirketleri veya işverenlerin kurduğu fonlar tarafından tazmin edilmesi ¹⁶³¹, hekimler ve onları mesleki uygulamalara karşı bireysel olarak sigortalayan şirketler tarafından karşılanmasına kıyasla, defansif tıp uygulamalarının önlenmesi bakımından daha yerinde bir çözüm oluşturabilir ¹⁶³². Yüksek tazminatlar karşısında sigorta şirketlerinin hekimleri sigortalama hususunda isteksiz davrandıkları ve yüksek primler talep ettikleri bilinmektedir. Ayrıca teminatları aşan yüksek tazminatların da endişe verici olduğu görülmektedir. Bu hususlara yapıcı çözümler getirilmez ise, yurt dışında olduğu gibi, pek çok hekimin mesleğini icra edemeyecek ya da mesleğe devam ederken büyük güçlüklerle karşılaşacak olduğundan endişe edilmektedir ¹⁶³³.

¹⁶³¹ EKMEN, Azmi, Avrupa Birliği Ülkelerinde Malpraktis Sigortası Uygulamaları, T.C. Sağlık Bakanlığı Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, dosyasb.saglik.gov.tr/.../1492,arastirma---ab-de-malpraktis-sigortasi-uygulamalari, Erişim T: 15.05.2018, s: 3, 4.

¹⁶³² Bu bağlamda TTB, Malpraktis Bildirgesinde, malpraktis sigorta uygulamalarına yönelik olarak da eleştiriler getirmekte, sigorta uygulamasının malpraktisi önleyici etkisinin olmadığını, bu uygulamayla, hekimler ve hasta-hekim arasında güven ilişkisinin zedeleneceğini, korunmacı tıp uygulamalarının ve dolayısıyla gereksiz sağlık harcamalarının artacağını, tıp uygulamalarının Amerika Birleşik Devletleri örneğinde olduğu gibi sigorta ve hukuk şirketlerince yönlendirilmesine zemin hazırlanacağını, yüksek riskli girişimleri uygulamaya istekli hekimlerin azalacağını belirterek, esasen sağlık hizmetinden kaynaklanan zararları azaltmanın yolunun, sigortacılık yaklaşımıyla risk gerçekleştikten, yani zarar oluştuğundan sonra zararın maddi olarak tazmin edilmesi değil, sağlık hizmetlerinin devlet tarafından örgütlenmesi ve finanse edilmesi, gereksinime göre hizmet sunumu için önkoşul olan uygun nitelikteki altyapının sağlanması, mezuniyet öncesi ve sonrası eğitime tüm ülke çapında uygun niteliklerin kazandırılması, sağlık çalışanlarının çalışma koşullarının iyileştirilmesi, sağlık hizmetinden kaynaklanan zararın, sağlık hizmeti sunan bütün kurumların maddi katkıda bulunduğu bir kamusal yapı tarafından tazmin edilmesi, hataya yol açan nedenlerin derinlemesine soruşturularak tekrarının önlenmeye çalışılmasından geçtiğini belirtmektedir. TTB Malpraktis Bildirgesi, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010. Bununla birlikte zorunlu tıbbi mesuliyet sigorta uygulamasını destekleyen fakat aynı zamanda hekimlerde yarattığı endişeden söz eden görüş için bkz. İNAL, s. 191, 193.

¹⁶³³ GÜLER, Mehmet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 9; ayrıca bkz. SAATÇIOĞLU, s: 194- 196. Yazarın şu değerlendirmesi de dikkat çekicidir: *"ABD uygulaması pek çok olumlu ve olumsuz taraflar barındırmaktadır. Tıbbi malpraktis konusundaki farkındalık düzeyi, tereddüte mahal vermeyecek şekilde yüksektir. Ancak sistemin yapısı, dava açmayı gerektirmeyecek hallerde bile hastaları dava açmaya iter niteliktedir. İşte tam bu noktada hasta haklarından yana olan denge bozulmaktadır. Hekimler, yaptıkları mesleğin gereği olarak, hızlı ve doğru karar vermek zorundadırlar. Fakat verdikleri her kararın - kimi zaman kötü niyetle bile olsa - aşırı istemler ile dava konusu edilebileceğini bilmek, verilen hizmetin niteliğini düşürebilecektir. Daha az karar veren, kolayca kaçan ve kalıplaşmış tedaviler dışına çıkma cesaretini gösteremeyen bir hekim zümresinin oluşumuna katkı sağlanması olası hale gelecektir."*

SONUÇ

Yüzlerce hatta hekimliğin kadim zamanlarından beri belki de binlerce yıldır süregelen paternalistik modelde hekimler, sahip oldukları derin ve kapsamlı tıbbi bilginin ve mesleklerine tanınmış olan insan vücuduna el atma yetkisinin getirdiği ayrıcalıkla, kendilerini hastaların yaşamı ve sağlığı hakkında en doğru kararları verebilecek kişiler olarak görmüşler, uygulamaları sırasında hemen yalnızca tıbbın bilimsel ve etik kurallarını bağlayıcı kabul ederek hastaya sağlık hizmeti sunmuşlardır. Her meslek bağlamında gündeme gelebilecek çürük elma ve beşer şaşar durumları elbette hekimler için de geçerlidir, ancak bu ayrık haller bir yana, hastanın yaşamının ve sağlığının üstünlüğüne olan inanış, ne pahasına olursa olsun yaşam ve sağlığın korunması, kurtarılması ve sürdürülmesini hekimin misyonu kılmış ve onlar bu amaçla hasta için doğru bildiklerini, kimi zaman hastaya rağmen, uygulamaya devam etmişlerdir.

“Önce Allah sonra doktor” diyerek hekime bahşedilmiş olan bu yarı tanrısal konum karşısında hastalar, biraz da kaderci bir yaklaşımla, yaşam kurtaran bu üstün insanların kararları ve uygulamaları ve dolayısıyla kimi zaman da uğradıkları zararlar karşısında çok da fazla sorgulayıcı olmamışlardır. Buna mukabil hekimler de, belki de bu karşılıklı benimsenmiş davranış kalıplarının ve günümüze kıyasla, teknolojinin tıbbı göreceli az dahil olması nedeniyle, mesleki uygulamalara genel anlamda çok daha fazla vakıf olabilmenin getirdiği alışkanlık, rahatlık ve güven duygusuyla, tıbbi müdahalede bulunmamayı ve daha genel anlamda hastaları üstlenmemeyi, reddetmeyi pek akıllarına getirmemişler ve hekim ile hastanın her karşılaşması genellikle, koşulların elverdiği bir tıbbi bakımın iyi ya da kötü ifasıyla sonuçlanmıştır.

Ancak geride bıraktığımız 20. yüzyılın ortalarından itibaren, bilimde, teknolojiye, insan haklarında, iletişimde yaşanan hızlı gelişmeler, çalışmamız içinde

yeri geldiğinde değinmiş olduğumuz gibi, hekim - hasta arası ilişkide de büyük değişikliklere yol açmış ve hukuk insan yaşamının her alanını olduğu gibi bu hususları da detaylıca kapsama ve düzenleme gereği duymuştur.

Kuşkusuz, her değişiklik olumlu ve olumsuz etkilerini beraberinde getirmektedir. Her ne kadar kimi zaman kaçınılmaz şekilde subjektif değerlendirmelerimiz olmuş ise de, çalışmamızın amacı bu değişikliklerin olumlu ya da olumsuz yönlerini irdelemek değil, günümüz koşullarında, hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüne ilişkin sınırlamaları genel hatlarıyla ortaya koymak ve yeri geldiğinde belli ölçüde katkı sunmak idi. Dolayısıyla çalışmamızı bir kez daha gözden geçirdiğimizde:

Hastaya tıbbi bakım ve sağlık hizmeti sunmak amacıyla hekim ile hasta arasındaki, en basit bir muayeneden en kapsamlı ameliyatlara kadar uzanan her tür ilişkinin esasen bir tıbbi müdahale olduğunu söylemek mümkündür. Bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak ya da olumsuz etkilerini en aza indirmek için, en basit tanı ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her türlü faaliyet tıbbi müdahale olarak ele alınmaktadır. Bir başka deyişle hekimin mesleki faaliyeti temelde tıbbi müdahalelerin icrasından oluşmaktadır.

Tıbbi müdahalelerin koruma, tanı veya tedavi amacına yönelmiş olması gerekliliği bir yandan yasal düzenlemelerde ngrlmş olduğu gibi, bu husus tıbbi açıdan da endikasyon olarak adlandırılmakta ve hastalıktan korunmak, hastalığın tanısını koymak ve tedavi etmek üzere tıbbi müdahalenin yapılmasını haklı ve gerekli kılan sebep olarak açıklanmaktadır.

Böylece tıbbi müdahaleleri çeşitli kriterlere dayanarak, ancak en genel haliyle korumaya yönelik, tanıya yönelik ve tedaviye yönelik tıbbi müdahaleler şeklinde bir ayrıma tutmak mümkün ise de, bazı müdahaleler, örneğin estetik amaçlı müdahaleler, organ ve doku nakilleri, gebelik sonlandırmaları, sterilizasyon ve kastrasyon, remeye yardımcı tedaviler, prenatal tarama ve tanı testleri, cinsiyet değişikliğine yönelik müdahaleler gibi, her zaman için böyle bir amaca yönelmiş olmamaları, ya da en azından bu amaçlara doğrudan değil ama dolaylı bir şekilde yönelmiş olmaları nedeniyle, özellik göstermektedirler.

Hekim için anlam ve önem taşıyan husus esasen hastanın tıbbi durumu ve bunun yanı sıra hekimden olan beklenti ve talepleri ile, tüm bunların hangi müdahalelerle ne ölçüde karşılanabilir olduğudur. Hekimler mesleklerini icra ederken genellikle bunun hukuki niteliği hakkında fikir yürütmezler. Oysa ki, aradaki ilişkinin hukuki niteliğini belirlemek önemlidir ve karşılaşma anında hekim ile hastanın içinde buldukları konum ve pozisyona, karşılaşma şekillerine göre değişkenlik göstermektedir. Hekim, devlete ait bir sağlık kurumunda kamu görevlisi statüsünde çalışmaktaysa, sunduğu sağlık hizmeti, dolayısıyla gerçekleştirdiği müdahaleler de kamu hizmeti niteliğinde olmakta, esasen bu durum tıbbi açıdan önemli bir farklılık yaratmamakla beraber, hukuki açıdan hem hizmetin sunulması hem de gündeme geldiği takdirde sorumluluk bakımından idare hukukunun kavram ve ilkelerine dayanılmaktadır.

Özel hukukta gündeme gelen, bir başka deyişle muayenehanesinde serbest olarak ya da özel bir sağlık kurumunda çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişki ise, hukuki niteliği itibarıyla en sıklıkla sözleşme şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hukukumuzda, hekimlik sözleşmesi, tedavi sözleşmesi, teşhis ve tedavi sözleşmesi ya da daha seyrek kullanılan ama bizim tercih ettiğimiz şekliyle tıbbi müdahale sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmeye, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı ayırık haller dışında, genellikle vekalet hükümleri uygulanmaktadır. Alman hukukunda ise vekaletin ivazsız olması, tıbbi müdahalelerin hizmet sözleşmesine dayandırılmasını sonuçlamıştır. Hekim özel bir sağlık kurumunda çalıştığında ise, kural olarak hasta ile sözleşme kuran taraf sağlık kurumu olmakta ve hekim de sağlık kurumunun ifa yardımcısı konumunda bulunmaktadır. Bununla birlikte hastane bünyesinde çalışan hekimin kendisinin bir şirket kurmuş olduğu ayırık durumlarla da karşılaşmaktadır. Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise, bir tıbbi müdahale hatası iddiasıyla açılan davalarda, sağlık kurumunu taraf, hekimi ise sadece ifa yardımcısı olarak görmek ve yalnızca olası haksız fiiline dayanmak yerine, onu da sözleşmenin tarafı olarak gördüğü ve hastane ile birlikte sözleşmesel sorumluluğuna gitme eğiliminde olduğu görülmektedir.

Borçlar hukukunda hakim olan sözleşme serbestliği ilkesi kural olarak hekimler için de geçerli olmakla beraber, TBK m. 6 yanı sıra TBK m. 503 düzenlemesi de göz önünde tutulduğunda, hasta, hekim tarafından derhal

reddedilmeyip kendisiyle ilgilenildiği takdirde, aralarında bir sözleşmenin kurulmuş olduğu varsayılmaktadır. Serbest çalışan hekimler açısından bu kabul yerinde olmakla beraber, hekimin bir sağlık kurumunda, o kurumun istihdam ettiği bir kişi, bir ifa yardımcısı sıfatıyla faaliyet göstermesi durumunda, sözleşme, belirtilmiş olduğu gibi, hasta ile sağlık kurumu arasında kurulmuş olduğundan, bu durumda sözleşmenin tarafı konumunda olmayan hekim açısından sözleşme serbestliği ilkesinin nasıl uygulanabileceği sorun teşkil edebilir. Zira acil bir durum söz konusu değilse, hekim mesleğin icrasında özerktir, hastayı kabul etme ve tıbbi bakım sunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Böylece, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin, önceden sağlık kurumunca yapılmış olan muayene kaydı açma, fiş kesme gibi işlemlerden bağımsız olarak, karşılıklı geldikleri aşamada başlamış olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır.

Hekim karşısında sözleşmenin tarafı sıklıkla hastanın kendisi olmakla beraber, hastanın reşit ve de mümeyyiz olmadığı durumlarda yasal temsilcilerin de üçüncü kişi yararına sözleşme akdetmeleri söz konusu olabilir.

Tıbbi müdahale sözleşmelerinde taraflar arasındaki güven unsurunun taşıdığı önem nedeniyle, bu güven herhangi bir sebeple yitirilmiş olduğu takdirde, acil durumlar ve ağır bir hastanın tedavisiz bırakılmaması yönündeki zorunluluklar bir yana, taraflar aradaki sözleşmeyi istedikleri zaman sona erdirebileceklerdir. Bununla birlikte bu hak kullanılırken de dürüstlük kurallarının göz önünde tutulması gerekmektedir. Özellikle hasta, haklı nedenler olmaksızın, uygun olmayan şekilde ve zamanda ortada bırakılması nedeniyle bir zarara uğradığı takdirde, hekimin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Ancak hastalar her zaman belli bir şikayetle ve tıbbi bakım alma beklentisiyle hekimin önüne gelemezler. Hastanın özgür iradesine dayanarak sözleşme kurma yetisini kaybetmiş olduğu böyle durumlar, en sıklıkla, aniden ortaya çıkan bir hastalık ya da mevcut hastalığın aniden kötüleşmesi şeklinde veya beklenmedik bir kaza veya başka bir travma nedeniyle bilinci kapanmış ve de yasal temsilcisi olmayan ya da yanında bulunmayan hastalar bağlamında gündeme gelebilir, kısaca hekimin müdahalede bulunması gereken bir hasta mevcut olmakla birlikte, karşısında sözleşmenin tarafı olarak muhatap alacağı kimse bulunmayabilir. Böyle durumlarda hekim vekaletsiz iş gören olarak hastaya müdahalede bulunabilecektir. Vekaletsiz iş

görme durumu, daha seyrek olarak, bir ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunda da ortaya çıkabilir.

Çalışma konumuz hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğünün sınırları olduğuna göre, amacımız bir anlamda da hekime bu sınırları belirlemede yardımcı olmaktır. Hal böyle olunca, öncelikle tıbbi müdahale sözleşmesine taraf olmuş bir hekimin müdahalesine, ya da hastanın rıza gösterememesi nedeniyle sözleşmenin kurulamadığı durumlarda vekaletsiz iş gören hekimin müdahalesine ilişkin sınırlar belirlenmeye çalışılırken, haksız fiilde bulunan hekimin müdahalesine ilişkin sınırları belirlemek yönünde bilinçli bir öngörüden bahsedilmesi mümkün değildir, zira bir eylemin haksız fiil olduğu söylenebiliyorsa, sınırlar koymanın ötesinde o eylemin ya da müdahalenin zaten gerçekleştirilmemesi gereklidir. Ancak tıbbi müdahaleler aynı zamanda hastanın yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü gibi değerlerine yönelik bir ihlal niteliği taşıdıklarından, bu bağlamdaki hukuka aykırı eylem ve davranışlar, sözleşmenin ihlali ile birlikte, aynı zamanda bir haksız fiil de teşkil edebilecektir.

Tıbbi müdahale sözleşmesine taraf olan hekim ve hastanın sözleşmeden kaynaklanan hakları ve yükümlülükleri bulunmakla birlikte, bu hak ve yükümlülükler yalnızca sözleşmeye özgü olmayıp, arada böyle bir sözleşmesel ilişki kurulmamış olsa dahi yine de geçerli kabul edilmektedir. Elbette ki, hekim ve hastanın karşılaştıkları andaki koşullar, aciliyetin varlığı, zamanla yarışılması, hastanın bilinç durumu, hekimin elindeki imkanlar vb. çok çeşitli unsurlar bu hakların ne derece talep edilebilir ve yükümlülüklerin yerine getirilebilir olduğu üzerinde belirleyici olacaktır.

Ayrıca hekim haklarının, keza bunların bir bölümü zaten hastaya karşı ileri sürülebilecek nitelikte değildir, hasta hakları baz alınarak gerekçelendirilemeyeceği ve hasta haklarının getirdiği sorumlulukları azaltmayacağı, hekim ve hastanın hakları ve yükümlülüklerinin karşılıklı ve birbirini tamamlayıcı işlev gördükleri, taraflar arasında kurulan ilişki süresince karşılıklı ileri sürülebilecek ve talep edilebilecek oldukları ifade edilmektedir. Bu hak ve yükümlülüklerin ihlali, yeri geldiğinde tarafların sorumluluğuna gidilmesine yol açabileceği gibi, bazen de kendisinin bir takım taleplerde bulunmasına engel olacak ya da aradaki ilişkinin sona erdirilmesinin de haklı nedenini oluşturacaktır.

Bu noktada hekimin mesleğini serbestçe icra etme hakkı olarak da adlandırılan mesleki özerkliği ve bunun bir uzantısı şeklindeki tedavi serbestliği de önem taşımaktadır. Buna göre, hekimlerin, diğer bazı profesyonel mesleklerde de olduğu üzere, mesleğin icrasında bağımsız olup, baskı, dayatma ve yönlendimelerin etkisi altında kalmadan tıbbi faaliyetlerini özerk bir şekilde sürdürebilecekleri kabul edilmektedir. Yine bu ilkenin doğal bir uzantısı olan tedavi serbestliği ya da özgürlüğü ilkesine göre de, tedavinin gerekli olup olmadığı yönünde kararı hekim verecektir, hiç bir hekim vicdani kanaatiyle çelişen bir yöntemi ya da belli bir tedaviyi uygulamaya zorlanamayacaktır ve hekim kendisine uygun gelen tanı ve tedavi yöntemini seçme bakımından özgürdür. Dolayısıyla hekim hastanın tedaviye ihtiyacı olmadığını ya da tedaviden fayda görmeyeceğini düşündüğü durumlarda bu özgürlüğüne dayanarak hastayı üstlenmeyebilecektir.

Hekimin tedavi özgürlüğü, ona baskılardan uzak şekilde, somut hastanın en yararına olacak, en olumlu etkileri yaratacak önlemleri alma imkanı vermektedir. Hekime tanınmış bu hakkın, bir başka deyişle özgürlüğün ve takdir yetkisinin, hastanın iyileştirilmesinin rasyonel olarak kavranamayan birçok etkene bağlı olabilmesinden, her hastanın özelliklerinin değişkenlik göstermesinden, ayrıca hekim-hasta arasındaki güven ilişkisine hekime takdir alanı bırakmaksızın müdahale edilmesinin yerinde olmadığı düşüncesinden kaynaklandığı belirtilmektedir.

Ancak hekimin mesleki özerkliği ve tedavi serbestisinin sonsuz ve sınırsız bir takdir alanı olarak görülmesine imkan yoktur elbette. Bir yandan tıp biliminin, birtakım esneklikleri olmakla beraber, esasen uyulması zorunlu ilke ve kuralları, hekimi tıbbi müdahaleler esnasında belli kalıplara uymaya, belli davranışlarda bulunmaya zorunlu tutarken, diğer yandan da müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanması için, yine anılan tıbbi ilkelerle birlikte hukuki kavram, ilke ve yaklaşımların da göz önünde tutulması, belli koşulların sağlanması gerekmektedir. Demek ki, hukuk ve tıbbın ilke ve kuralları, sıklıkla birbirini tamamlayıcı ve pekiştirici bir işlev ve uyum içinde hekimin tıbbi müdahalelerine sınırlar ve çerçeveler oluşturmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenleri, hukuk kurallarının yasakladığı eylemin yapılmasına ya da buyurduğu eylemin yapılmamasına ve dolayısıyla korudukları değerlerin çiğnenmiş olmasına karşın, davranışın hukuka aykırılığını engelleyen

olgular olarak tanımlanabilir. Tıbbi müdahaleler, bir hastalığın önlenmesi, tanısı veya tedavisi amaçlarına yönelik olsalar da, kişinin bedensel ve kimi zaman da ruhsal bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen faaliyetler olmaları sebebiyle, yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık gibi kişilik hakkı değerlerine yönelik bir ihlal ve saldırı niteliği taşımaktadırlar. Tıbbi müdahalede bulunurken amaç, kişiye bir zarar verilmesi değil, tam tersine onun sağlığının korunması ya da bozulmuş sağlığının düzeltilmesi olsa da, bu amaç, gerçekleştirilen eylemin hukuka aykırılığını ve taşıdığı kişilik hakkını ihlal niteliğini ortadan kaldırmak için yeterli değildir ve başka birtakım unsurların varlığı aranmaktadır.

Kanunda sayılmış ve öğretide kabul edilen genel nitelikte çeşitli hukuka uygunluk nedenleri bulunmakla beraber, bunların büyük bölümü tıbbi müdahalelere uygulanmaya elverişli değildir. Tıbbi müdahaleler bağlamında ilgili kişinin yani hastanın rızası, üstün özel yarar, üstün kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Öğretide vekaletsiz iş görme ve varsayılan rızadan da hukuka uygunluk nedeni olarak söz edilmekle beraber esasen bunların da hastanın üstün özel yararı kapsamında ele alınması mümkündür.

Rıza tıbbi müdahaleler açısından en önemli hukuka uygunluk nedenidir ve kural olarak her tıbbi müdahalenin hastanın rızasıyla, küçük ve kısıtlı hastalarda ise yasal temsilcisinin rızasıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Rıza, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesi için ön koşul olarak aranmaktadır. Ancak istisnai olarak bazı müdahalelerin rıza olmaksızın da hukuka uygun şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olabilir. Kamu sağlığını korumaya yönelik müdahaleler ve toplum için tehlike oluşturan akıl zayıflığı, akıl hastalığı, bağımlılığı olan kişilerin kısıtlanması ve tedavileri bağlamında üstün kamusal yarar, ceza ve hukuk yargılama süreçlerinde yapılması gereken muayene ve tahliller veya tutuklu ve hükümlülere uygulanması gereken müdahaleler bağlamında kanunun verdiği yetki, acil ve zorunlu hallerde ve ameliyatın genişletilmesi gereken durumlarda bilinci kapalı hastalara yapılacak müdahaleler bağlamında üstün özel yarar hukuka uygunluk nedenlerine dayanılabilir. Üstün özel ve kamusal yarara dayanarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalelere de esasen izin veren ya da imkan tanıyan bir yasal düzenlemenin olduğu da göz önünde tutulduğunda birden fazla hukuka uygunluk nedeninin bir arada ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Rıza aranmaksızın, diğer

hukuka uygunluk nedenlerine dayanarak gerçekleştirilen müdahalelerde illa ki rızanın bulunmadığı şeklinde yanlış bir kanıya da varılmamalıdır. Kişinin elbette ki bu müdahalelere rıza göstermesi mümkündür, önemli olan rıza bulunmasa dahi, müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilecek olmasıdır.

Tıbbi müdahaleye rıza ülkemiz ve diğer ülke hukuklarında çeşitli yasal düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır. Rıza olmaksızın gerçekleştirilen müdahaleler, hastada tıbbi açıdan herhangi bir olumsuz etki ortaya çıkarmamış, hatta hasta fayda görmüş olsa dahi, kasten gerçekleştirilmiş bir haksız fiil ve yaralama olarak ele alınmakta, hukuki sorumluluğun yanı sıra cezai sorumluluğa da yol açabilmektedir.

Rıza, ancak, hukuka, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması ve eylemin gerçekleştirilmesinden önce verilmiş olması koşuluyla hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla kişinin rızasının her durumda müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkartacağı sonucuna varılmamalıdır. Kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek vb. üzere rıza verebilir. Bu noktada kişinin ölümüne, doğrudan sakat kalmasına ya da toplumun değer yargılarıyla ciddi şekilde ters düşecek sonuç ve görünümlere yol açacak müdahaleler için gösterilen rıza hukuka uygunluğu sağlayamayacaktır.

Rızanın esasen müdahaleye maruz kalacak hasta tarafından gösterilmesi gerekmektedir beraber, küçük ve kısıtlı olan hastalarda rıza yasal temsilciden alınmaktadır. Fakat burada küçüğün ve kısıtlının yaşı ya da kısıtlanmasına neden olan durumun ayırt etme gücünü ne derece etkilediği vb. çeşitli hususlar da önem taşıdığından, ayrıca somut durumda öngörülen tıbbi müdahalenin gerekliliği, aciliyeti, kişinin yaşamı üzerinde oluşturabileceği etkilerin büyüklüğü, yasal temsilcilerin karar ve davranışlarının dürüstlük kurallarına uygunluğu gibi unsurlar da etkili olacağından kesin belirlemelere gidilmesi yerinde değildir. Ancak bilinci açık ve tam ehliyetli bir hastanın yalnızca kendisinin göstereceği rızanın geçerli olacağı tartışmasız şekilde kabul edilmesi gereken bir kuraldır.

Tıbbi müdahalarda rıza kural olarak şekil şartına bağlanmamış ve örtülü rızaya dahi itibar ediliyor olsa da, özel yasal düzenlemelerde öngörülmüş olan, yazılılık, belli bazı formların doldurulmuş olması, rızanın tanık huzurunda

açıklanmış olması, diğer kişilerin de onayı, öncesinde yapılacak aydınlatmanın içeriği gibi göz önünde tutulması ve uyulması gereken bazı şekil şartları vardır. Ayrıca rızanın müdahaleyi hukuka uygun kılabilmesi için haliyle müdahaleden önce verilmiş olması gerekmektedir. Sonradan gösterilen icazet ise rızanın yerini tutmamakla beraber yeri geldiğinde tazminattan feragat olarak değerlendirilebilir.

Yaklaşık olarak geçtiğimiz yüzyılın ikinci yarısına kadar uzanan bir dönemde, hastanın genel olarak sağlık durumu ve kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında detaylı bilgi sahibi yapılmasına gerek duyulmaksızın vermiş olduğu rıza yeterli kabul edilmiştir. Ancak günümüzde çok ayırık durumlar dışında rızanın geçerli olması kural olarak hastanın aydınlatılmış yani bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır.

Aydınlatma (bilgilendirme), hastanın tıbbi durumu ve kendisine uygulanacak müdahaleler hakkında bilgi sahibi yapılması şeklinde tanımlanabilir. Geçerli bir rıza için, kişinin rıza gösterirken herhangi bir yanılgıya düşmemiş, iradesinin sakatlanmamış olması gereklidir. Bu da ancak neye, niçin, ne şekilde, ne ölçüde rıza gösterdiğini bilmesi ile mümkün olacağından, bilgilendirilmiş rıza ya da aydınlatılmış onam, hastanın iradesini, herhangi bir yanılgıya düşmeden, yeterince bilgi sahibi olduktan sonra özgürce ortaya koymasını sağlamaktadır. Bu nedenle rızanın hekim tarafından yapılmış bilgilendirmeyi ya da aydınlatmayı takiben açıklanmış olması, hukuken geçerliliğinin en önemli koşulu olarak ele alınmaktadır. Aydınlatma yapılırken hekim tarafından hastaya, yapılacak tıbbi müdahalenin anlamı, türü, biçimi, kapsamı, özellikleri, önemi, yarar ve sakıncaları, yan etkileri ve riskleri, olası komplikasyonları, sonuçları hakkında bilgi vermesi, tedavi alternatiflerini belirterek, olası sakıncalarını açıklaması, müdahale gerçekleştirilmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz sonuçları anlatarak onu tıbbi müdahale hususunda serbestçe karar verecek düzeyde bilgi sahibi yapması beklenmektedir.

Aydınlatma da yönelmiş olduğu amaca göre kendi içinde türlere ayrılmakta, ancak türü ve amacı ne olursa olsun, hakim görüşe göre, hastanın yeterince bilgi sahibi olmasını sağlayacak açıklamaları içermesi gerekmektedir. Bununla birlikte yeterli bir aydınlatmanın objektif kriteri olmadığı için, belirsiz ve gri alanları barındıran, ucu bucağı olmayan bir yükümlülüğe dönüşme tehlikesi de bulunmaktadır.

Aydınlatmanın türüne göre değişmekte beraber hastanın anlatılanları anlayıp özümsemesine, düşünüp karar vermesine yetecek bir süre öncesinde ve kural olarak hastayı takip eden ve/veya planlanan müdahaleyi gerçekleştirecek hekim tarafından yapılması gerekmektedir.

Hastanın bilinci kapalı, dolayısıyla rıza açıklayacak durumda olmadığı takdirde, şayet bilinci açık olsaydı rıza gösterirdi diye bir varsayımda bulunarak, yani hastanın varsayılan rızasına dayanarak müdahale gerçekleştirilebilecek olsa da, bu tahminleri yaparken ortalama bir insanın yaklaşımı değil, somut hastanın bireysel tutum, davranışlar ve beklentilerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

Henüz Türk hukukunda oturmuş olmamakla beraber, hastanın gelecekte iradesini açıklayamayacak duruma düşebilmesi öngörüsüyle, kendisine yapılacak tıbbi müdahale ve takiplere yönelik kararları vermek üzere üçüncü bir kişiyi yetkili kılması şeklindeki hasta vekaleti veya kendisine yapılacak somut müdahalelere önceden izin veren veya bunları reddeden, yazılı vasiyete benzer nitelikte bir talimat düzenlemesi şeklindeki uygulamalar da hastanın iradesine ulaşamadığı takdirde, hekime yardımcı olmaktadır ve uygulamaların hukukumuzda da zamanla yaygınlaşacağı tahmin edilebilir. Yine de kötüye kullanımlara yol açmamak adına konuya ihtiyatla yaklaşılması yerinde olacaktır.

Hekimin hukuka aykırı bir müdahaleyi gerçekleştirmemesi gerektiği konusunda kuşku yoktur. Ancak rıza veya ayırık hallerde tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılacak üstün özel yarar, üstün kamusal yarar, kanunun verdiği yetki gibi diğer nedenlerin yanı sıra başka birtakım unsurların da bulunması gereklidir ki, bunlar da, hekimin tıbbi müdahalede bulunma yetkisi, tıbbi müdahalenin hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmiş olması, ki bu husus tıbbi açıdan bir endikasyonun varlığı şeklinde karşılık bulmaktadır, ve müdahalenin tıp biliminin ilke ve kurallarına uygun şekilde gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Ülkemizde hekimlik yapabilmenin koşulları Tababet Kanunu'nda, tıp fakültesi mezunu olmak, mesleğin icrasına engel hali bulunmamak ve özel çalışan hekimler için tabip odasına kayıtlı olmak şeklinde tanımlanmıştır. Bunun ötesinde sağlık mevzuatındaki bazı düzenlemelerde yer alan hekimin uzmanlık alanına ilişkin açık belirlemeler dışında, genellikle uzmanlıkla ilgili çok keskin sınırlamaların

olmadığı görülmektedir. Fakat açık hukuki sınırlamalar olmamakla beraber, günümüz koşullarında belli bir uzmanlık alanının kapsamında yer alan müdahalelerin, o uzmanlık alanı dışındaki hekimler tarafından, hasta için tehlike oluşturmadan ve ilgili standartlara uygun şekilde gerçekleştirilmesi hemen hemen imkansız olduğu gibi, özel bilgi, beceri ve deneyim gerektiren spesifik bazı müdahalelerin, o konuda eğitim almamış olduğu takdirde, ilgili uzman tarafından dahi hakkıyla ve usulünce gerçekleştirilememesi söz konusu olabilir. Bununla birlikte müdahaleyi gerçekleştirmek bakımından, ayrı haller dışında, kişinin hekim olması öncelikli kuraldır.

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için gerekli unsurlardan biri de kanunen öngörülmüş bir amaca yönelmiş olmasıdır. Yasal düzenlemeler, tıbbi müdahalelerin yönelmesi gereken bu amaçları hastalıklardan korunma, hastalığın tanı ve tedavisi olarak açıklamaktadır. Bunun yanı sıra hem infertil çiftlerin çocuk sahibi olmaları hem de istemeyen çiftlerin daha fazla çocuk sahibi olmamaları amacıyla gerçekleştirilen müdahaleler de kanunun öngördüğü aile planlaması amacına yönelmektedirler. Bu husus aslında tıptaki endikasyon kavramının bir yansımasıdır. Endikasyon, bir tıbbi müdahalenin tıp verileri açısından gerekli veya zorunlu görülmesi olarak tanımlamakta ve tıbbi müdahalede bulunmanın haklı nedeni olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, tıp bilimi bakımından bir kimseye tıbbi müdahalede bulunulmasının ön koşulu o kişiye tıbbi yardımda bulunulmasının gerekli olduğunu gösteren bir nedenin, bir bulgunun varlığıdır. Her tıbbi müdahalenin kural olarak bir endikasyona dayanması gerekmekte ve endikasyon, belirli bir tanı ve tedavi sürecinin uygulanabilmesi için, hekimin bu tedbirini haklı kılan bir nedenin bulunması şeklinde açıklanmaktadır. Ancak bazen çok açık bir tıbbi gereklilik olmasa dahi, psikolojik hatta sosyal endikasyon olarak adlandırılabilir bir takım haklı sebeplerle de tıbbi müdahalelerin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.

Ancak tıbben ve hukuken hastaya el atmayı gerekli ve haklı kılan bir nedenin varlığı müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli olmayıp ayrıca tıp biliminin ilke ve kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi de gerekmektedir. Bir müdahalenin tıp biliminin ilke ve kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmiş olup olmadığı belirlenirken de öncelikle tıp biliminin o ülkede o gün için ulaşılmış olduğu objektif

tıbbi standart kriter olarak alınmakta, yine uzmanlık alanı, farklı yöntemlerin varlığı, teknolojik ilerlemelerin etkisi gibi çeşitli unsurlar da etkili olmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında “*Hekimin karşısına gelen her hastaya sağlık hizmeti ve tıbbi bakım sunma, dolayısıyla tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü var mıdır?*” ve “*Hekim tıbbi bakım sunduğu hastada gerçekleştireceği müdahalelerin boyutu ve sınırlarını neye göre belirlemelidir?*” sorularına cevap bulmaya çalıştığımızda, öncelikle hekimin karşısına gelen her hastaya sağlık hizmeti ve tıbbi bakım sunmakla yükümlü olmadığını söyleyebiliriz. Fakat bir şekilde mesleğini icra etmeye devam ettiği sürece, toplumla arasında mevcut olduğu varsayılan güven ilişkisinin gereği olarak tıbbi yardımına ihtiyaç duyan, özellikle de acil müdahale gerektiren hastayı, keyfi şekilde orta yerde bırakmama, başına gelebilecek olumsuzlukları göz ardı ederek çaresiz şekilde kendi haline terk etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Buna mukabil, başlanmış bir izlem, tıbbi bakım ve müdahale sürecinde de hekimin göz önünde tutması gereken pek çok unsur vardır. Hastaya bir kere el atmış bulununca, mesleki özerklik ve tedavi özgürlüğüne dayanarak dilediği gibi takdir yetkisini kullanamaz, dilediği gibi müdahalede bulunamaz. Şunu söylemek mümkündür ki, hem hukuka ve tıba uygun, hem de tarafları tatmin edecek, mutlu kılacak, başarılı bir tıbbi müdahale süreci aslında hekim ve hastanın iç içe geçmiş haklarının, yükümlülüklerinin ve özgürlüklerinin hassas bir dengede kurulabilmesi, oturtulabilmesi ve sürdürülebilmesine bağlıdır. Dolayısıyla her somut durumun bireysel farklılıklarının da varlığı göz önünde tutulduğunda kesin belirlemelerin yapılmasının, kesin kuralların getirilmesinin ne olası ne de doğru olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte genel ve özet bir yaklaşım ve bakış açısı oluşturmak üzere, hekimin tıbbi müdahalesine sınırlama getiren ve bunun yanı sıra müdahaleden kaçınmasına yol açan ya da açabilecek durumları hasta kaynaklı sınırlamalar, kanundan kaynaklanan sınırlamalar, tıbbi durumdan kaynaklanan objektif nitelikli sınırlamalar, hekimden kaynaklanan subjektif unsurlar ve sınırlamalar olarak kategorize etmek uygun olabilir.

Hasta kaynaklı sınırlamalar içinde, öncelikle hastanın tedaviyi ret veya durdurma hakkını kullanması sıklıkla gündeme gelmektedir. Önceleri hastanın sağlığının en üstün değer “*salus aegroti suprema lex*” kabul edilmesi nedeniyle,

toplumun genel bakış açısı ve hekimin mesleki yaklaşımına göre hastanın sağlığı açısından gerekli olan bir müdahaleye karşı çıkması gayet mantıksız bir durum olarak görülmekte ve neredeyse rızası hilafına dahi olsa şifaya kavuşturacak müdahalelerin yapılması makul karşılanmaktaydı. Oysa artık hastanın iradesi, pek çok zaman onun sağlığının da önüne geçerek, dikkate alınması gereken en önemli unsur haline gelmiş, hatta kanunun öngördüğü ayrık haller dışında tümüyle bu irade doğrultusunda hareket edilmesi gerekli olmuştur.

Kendi geleceğini belirleme hakkı ve beden bütünlüğünün dokunulmazlığı kapsamında hastanın, kural olarak, rızası olmaksızın herhangi bir tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacağı ve hekimin ona el atmaktan kaçınması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla hasta, istediği zaman tedaviye izin verebileceği gibi, istediği zaman da başlanmış olan tedaviyi durdurabilecek ya da kesebilecektir. Hastanın bu kararına yol açan nedenin hekim ve diğer kişilerin gözünde makul ve mantıklı olması önemli değildir; hekime düşenin, bu reddin sonuçları konusunda hastanın dikkatini çekmekten başka bir şey olamayacağı ve hastanın kararına uyması gerektiği belirtilmekle beraber, tedavinin reddine sağlık kurumu ve ekibin yetersizlikleri veya olumsuz davranışları ya da müdahalenin yüksek maliyetinin de yol açabileceğinin unutulmaması ve uygun önlemlerin alınmasına da dikkat çekilmektedir. Hasta alternatifleri değerlendiremeyecek kadar acil ve ağır bir durumda olmadığı takdirde, kendine koşulları açısından en elverişli tercihi yapacaktır.

Hastanın tedaviyi reddinin yaşamsal tehlike yaratmadığı durumlarda önemli bir sorun yaşanmazken, yaşamı tehdit eden durumlarda hekim ciddi ikilemde kalmaktadır. Bununla beraber, hastanın özgür iradesini etkileyecek şekilde baskı, ikna ve zorlama yapılmaması gerektiği de düşünülmektedir. Devamında yaşamın kaybını sonuçlayacak kararlar hekime ve üçüncü kişilere mantıksız gelse dahi, hastanın değer yargıları, yaşama yüklediği anlam ve beklentileri farklı olabilir. Kimi zaman, vücut bütünlüğünün bozulmaması, güzel bir görünümün kaybolmaması, başkalarına muhtaç olmamak, heves edilen bazı faaliyetlerin gerçekleştirilmesi yönündeki arzu, başkalarının acıma duygularına muhatap olmamak vb. çeşitli duygu ve düşünceler hastanın tedaviyi reddetmesine yol açabilir. Kimi zaman da hasta kısa fakat yaşam kalitesi yüksek bir hayatı sağlayacak önlemlere rıza gösterirken, yaşamı

göreceli uzatan ancak yan etkileri vb. gibi nedenlerle yaşam kalitesini düşüren müdahaleleri reddedebilir.

Açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan kişilerin de beslenme ve tıbbi müdahaleleri reddi sorun teşkil eden bir durumdur. Fakat bilinçleri yerinde olduğu sürece, yaşamsal tehlike doğsa dahi, iradeleri aleyhine beslemeye yönelik eylemler ve tıbbi girişimlerde bulunulmaması gerektiği belirtilmektedir. Bilinçlerinin kapandığı bir aşamada ise önceki açıklamaları ve yaklaşımları da dikkate alınarak iradeleriyle uyuşur bir çizgide hareket etmek üzere hekime bir takdir alanı bırakıldığı düşünülecek olsa da, somut durumun özelliklerine göre bir tedavi süreci planlanması daha yerine olacaktır.

Tutuklu ve hükümlüler ise daha özellikli bir grubu oluşturmaktadır. Her ne kadar öncelikli uygulanması gereken Biyotıp Sözleşmesi'nin hükümleriyle ters düşer nitelikte olsa da, hekime tıbbi müdahale yükümlülüğü getiren CİK düzenlemelerinin göz ardı edilmesi idarenin hukuki sorumluluğunun yanı sıra hekimin de cezai sorumluluğuna yol açabilecektir.

Tedaviyi ret hakkı terminal dönemdeki hastalar bağlamında da gündeme gelebilir. Hasta, acı veren ancak yaşamını uzatmaktan başka işe yaramayan müdahaleleri reddedebilir veya başlanmış müdahaleye son verilmesini talep edebilir. Tıbbi müdahalelerin amacının mutlaka şifaya kavuşturmak değil, aynı zamanda hastanın acılarının azaltılması olduğu da dikkate alındığında, hekimin hastayı takip yani tıbbi müdahale yükümlülüğü devam etmekle beraber, hastanın göstermiş olduğu rıza ile uyumlu şekilde, tedavinin şekli değişmekte ve bir anlamda sınırlanmaktadır.

Yoğun bakım hastalarının önemli bir bölümü travma ya da ani başlayan bir hastalık, ya da mevcut bir hastalığın ani kötüleşmesi nedeniyle beklenmedik şekilde yoğun bakıma ihtiyaç gösteren hastalardan oluşmaktadır. Bu hastaların bir bölümünde uygulanan tedaviler fayda göstermeyebilir ve hastanın ne kadar süre yoğun bakımda kalacağına öngörülemediği belirsiz bir period ortaya çıkabilir. Bilinci kapanmış ve bir şekilde iletişim kuramayan ve iradesini açıklayamayan böyle hastaların yoğun bakım izlemlerinin ne kadar sürdürüleceği hususunda bir karara varmaya çalışırken önceki düşünce ve açıklamalarının dikkate alınması yerine olabilir. Fakat hastanın uygulanan tedavi ile yaşama tutunması, şifa bulması umudu

varsa, tercih yaşamdan yana kullanılmalı ve koşullar hastayı sağlığına kavuşturacak şekilde zorlanmalıdır.

Kimi zaman da hasta, rızasıyla başlanmış olan bir tedaviyi sonradan reddedebilir, başlanmış olan müdahalenin sona erdirilmesini isteyebilir. Hekim bu durumun hasta için büyük tehlike yarattığını ve çok mantıksız olduğunu düşünse dahi onun ret kararını dikkate almak ve buna uygun davranmak zorundadır. Ancak hastanın bu kararı tıbbi konulardaki bilgisizliğinden kaynaklanmış olabileceğinden, hekimin öncelikle hastayı, tedaviyi reddetmesinin yol açacağı olumsuz etki ve sonuçlar hakkında aydınlatmış olması, doğruyu göstererek onu ikna etmeye çalışması da beklenmektedir.

Bu bağlamda en fazla zorluğu hastanın tıbbi müdahaleyi reddettiği ve hekimin de buna mukabil müdahale edilmediği takdirde onun öleceğini bildiği olgular teşkil etmektedir. Ancak hekim gerekli aydınlatmayı yapmış, özellikle tedavinin yapılmaması durumunda hastalığın seyri açısından beklenen riskler ve sonuçlara işaret etmiş ise, hasta, özgür iradesine dayanarak, sorumluluğunu almış olarak kendisi ile ilgili kararı verecektir. Tıbbi açıdan ne kadar gerekli ve acil olursa olsun, hastanın karşı çıkmasına rağmen müdahalede bulunmak, hiçbir şekilde hukuka uygun kabul edilmemektedir. Hasta gerektiği şekilde aydınlatılmış olup, kendi özgür iradesiyle tedaviyi reddettiği takdirde, bu ret sonucu ölüm gerçekleşmiş olsa dahi, artık hekimin sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği belirtilmekte ise de, nadiren, hastanın psikolojik açıdan instabil olduğu bazı durumlarda vermiş olduğu kararlara daha sorgulayıcı ve temkinli yaklaşılması da gerekebilir.

Ancak hekimin mümkün olduğunca hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının gözetmesi, vasi ya da hastadan sorumlu kişi rolüne girmemesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Hastanın özerkliğinin, özgür iradesinin ve kendi geleceğini belirleme hakkının kazanmış olduğu önem karşısında, kanımızca da bu düşünce gayet yerindedir. Ayırt etme gücüne sahip reşit kişilerin doğal olarak kendi yaşam ve sağlıklarını olumsuz etkileyen hareketlerden kaçınacakları, kendi yararlarını ve çıkarlarını ihlal eden davranışlarda bulunmama yönünde iradelerini kullanacakları ve başkalarına mantıksız gelse dahi kendileri için en doğru kararları alacakları varsayılabilir. Bu genel kabul karşısında hekimin onların kendilerine zarar verecek davranışlarda bulunup bulunmayacağı hususunda kapsamlı tahminlerde bulunması ve

sınırsız bir öngörüyle olumsuz süreçlere engel olmaya çalışmasının, onun garantör pozisyonunu fazlasıyla aşan bir beklenti olacağı ve böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı kanısındayız.

Bilinci açık bir hastanın bazen tedaviyi tümüyle reddetmeyip yapılacak tıbbi müdahalelere kısmen izin vermesi de söz konusu olabilir; hasta, kendisine uygulanacak her türlü tıbbi müdahaleyi değil, yalnızca belirli bir müdahaleyi de reddedebilir. Hekim hastanın isteklerini göz önüne alma ve buna uygun hareket etme durumundaysa da, kısmen gösterilen rıza, bir başka deyişle rızanın kısmen esirgenmiş olması, planlanan müdahalenin başarısını düşürecek, müdahale, hastanın sağlığını riske sokmadan ve hekimin sorumluluğuna yol açmadan, tıbben gerektiği şekilde gerçekleştirilemeyecek ise, örneğin kan nakline izin vermeyen hastalarda ameliyatın taşıyacağı riskler gibi, hekim de haklı olarak müdahaleyi bu şekilde gerçekleştirmeyi reddedebilecektir, hatta reddetmesi gerekmektedir.

Tedavinin reddinin örtülü yapılması geçerli olmayıp, açık ve hatta yazılı şekilde kayıt altına da alınmış olması gerekmektedir, yoksa hasta ispat kolaylıklarından yararlanabilecektir.

Hastanın reddetmesi nedeniyle tıbbi müdahaleyi gerçekleştiremeyen hekimin, bu yükümlülüğünü neden yerine getirmemiş olduğunun ispatına yönelik kendisini güvence altına alması için, hastaya tıbbi müdahalede bulunulmamasının olumsuz sonuçlarının açıklanmış ve hastanın bu olumsuz sonuçlardan haberdar olarak, kendi özgür iradesiyle müdahaleye rıza göstermemiş olduğunun yazılı ve hasta tarafından imzalanmış şekilde kayıt altına alınmış olması gerekmektedir.

Demek ki, ayırt etme gücüne sahip, reşit ve bilinci açık bir hastanın tedaviyi reddetmesi veya başlangıçta rıza göstermiş olduğu bir tedavinin sonradan kesilmesini istemesi veya bilinci kapalıyken başlanmış olan bir tedavinin bilinci açılıp kendine gelince devam ettirilmemesini istemesi gibi durumlar, hastanın bu talebi mantıksız ve kendisine zarar verecek nitelikte, hatta ölümüne yol açacak olsa dahi, hekim açısından mutlak bir sınırlama teşkil etmektedir.

Ayırt etme gücüne sahip, reşit bir kişinin, bazen kronik bir hastalığın öngörülebilir sonucu bazen de beklenmedik şekilde ortaya çıkan akut bir hadise nedeniyle bilincinin kapanması söz konusu olabilir. Bu hastaların bir kısmının bilinci

günler, haftalar vb. belli bir süre sonra açılrsa da, bazı hastaların bilinçlerinin açılıp açılmayacağı, şifaya kavuşup kavuşamayacakları ya da ne kadar yaşam beklentisi olacağı hususunda bir tahmin ve öngöründe bulunmak mümkün olmayabilir. Koma, bitkisel hayat gibi böyle durumlara sıklıkla solunum başta olmak üzere diğer yaşamsal fonksiyon bozuklukları da eklendiğinden hastalar genellikle yoğun bakım koşullarında ve yaşam destek ünitelerine bağlı olarak izlenmektedirler. Hastanın iradesine ulaşılmasının mümkün olmadığı böyle hallerde hasta yakınlarından gelen tedaviyi sonlandırma talepleri de hekim açısından zorluk yaratmaktadır.

Hekim böyle durumlarda öncelikle bilinci kapalı kişinin iradesine ulaşmayı deneyebilir. Bazen kişiler, ileride kronik hastalıklarının beklenen sonucu olarak ya da herhangi bir başka nedenle bilinçlerinin kapanma olasılığı karşısında, kendilerine bazı tıbbi müdahalelerin uygulanması ya da uygulanmamasına yönelik isteklerini açıklamış olabilirler. Bu durum en sıklıkla da kötü seyirli ölümcül bir hastalığın beklenen son aşamasına yönelik gündeme gelmektedir. Ancak hukukumuzda hastanın rıza gösteremeyecek hale gelebileceği durumları öngörerek kendi tedavisine rıza ya da ret konusunda karar verme hususunda üçüncü bir kişiye vekalet vermesi ya da yazılı bir hasta talimatı düzenlemesi şeklindeki uygulamalar henüz işlevsellik kazanmış olmadığından hekimin hastanın önceden yapmış olduğu beyanlarına ilişkin olarak yakınlarının görüşü ve açıklamalarını da dikkate alarak varsayılan rızasına ya da tedaviyi ret yönündeki iradesine ulaşması ve bu iradenin mevcut tıbbi durum ile örtüşüp örtüşmediğini sınıyarak onun en yararına olan karara varmaya çalışması gerekmektedir. Bununla beraber hastanın tedaviyi ret yönündeki iradesinin ağırlık kazandığı durumlarda da, eğer hasta yakınlarının bu iradeyle ters düşecek şekilde tedavinin devamı yönünde talepleri mevcut ise, bu da tedaviye başlamayan veya kesen hekimin zor durumda kalabileceği bir diğer durumu oluşturmaktadır.

Olağan servis koşullarında ya da kurum dışında izlenen hastalarda palyatif önlemlerle devam edilebilecek olsa da, yoğun bakım hastaları açısından, yaşam desteğinin sürdürülmesi ya da kesilmesi ve yoğun bakım koşullarında izlenmeye devam kriterlerinin açık şekilde ortaya konması belirsizlikleri büyük ölçüde ortadan kaldıracak ve hekimlerin hukuki açıdan daha güvende ve vicdanen daha rahat hissetmelerini sağlayacaktır.

Tedaviye devam ya da ret kararı bilinci açık ya da kapalı olsun, her zaman bu şekilde reşit ve mümeyyiz, dolayısıyla yasal temsilcisi bulunmayan hastalar bakımından değil, rıza gösterecek durumda olmayan küçükler, yaşlı demansif hastalar, zihinsel özürlü kişiler gibi, hastanın küçük veya kısıtlı olduğu hallerde yasal temsilcileri veya onlara bakmakla yükümlü kimselerin tedaviye rıza göstermemesi şeklinde de gündeme gelebilir. HHY m. 24'e göre, kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde tıbben gerekli olan müdahaleyi gerçekleştirmek, TMK 346 ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararı alınmasına bağlıdır.

Biyotıp Sözleşmesi m.6/3 de, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetiştikine, ancak temsilcisinin ve kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabileceğini ve m.8 de, acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahalenin derhal yapılabilmesini öngörümüştür. Ancak, bu kimselere tıbbi müdahale elbette sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.

Ortada mevcut bir hastalık dolayısıyla tedavi yönünde bir zorunluluk olmayan, ancak sağlığın korunması bakımından çok önemli koruyucu özelliği olan rutin aşılar rıza göstermeyen ebeveynin davranışı karşısında başlayan yargılama sürecinin nihayetinde AYM'ye bireysel başvuruya kadar uzandığı olguda ise AYM, küçüğün yasal temsilcilerinin rızaları hilafına aşı uygulanması ile AY 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda UHK'nin konuyla ilişkilendirilen maddelerinin tartışma konusu yapılmış olması nedeniyle zikredilen karara ulaşılması hukuken yerinde olsa da, rutin aşı programlarının birey ve toplum sağlığı, dolayısıyla üstün kamusal yarar açısından taşıdığı önem ve arada aşılanmamış bireylerin bulunmasının toplumsal bağışıklık açısından yaratacağı sakınca göz önünde tutulduğunda, halk sağlığı açısından isabetli olmadığı ve yasal düzenlemelerin rutin aşı programlarının devamlılığını sağlayacak şekilde revize edilmesinin yerinde olacağı kanısındayız.

Demek ki, küçüğün veya kısıtlı kişinin yasal temsilcisi rıza göstermiyorsa, tıbbi müdahalenin yapılabilmesi ancak mahkemeye başvurarak hakimden karar alınması sonrası mümkündür. Karar almak için yeterli zamanın olmadığı acil

durumlarda ise, HHY m. 24/ 7'ye göre, rıza aranmaksızın müdahale gerçekleştirilebilecektir. Acil durumda yasal temsilciden rıza alınması gerektiği düzenlenmemiştir. Böylece küçük ve kısıtlılara tıbbi müdahalede bulunmak için kural olarak yasal temsilcinin rızası gerekli olsa da, bu rızayı aramak ya da yasal temsilci rıza göstermediğinde mahkemen karar almak için harcanacak zaman, küçük ya da kısıtlının yaşamını kaybetmesine ya da sağlığının geri dönüşü olmayacak biçimde zarar görmesine yol açacak ise, hekim tıbben gerekli müdahaleyi gerçekleştirebilecektir. Bu düzenlemelerin imkan vermesine rağmen, acil müdahalede bulunmayan hekim açısından, hastanın ölmesi ya da ciddi zararlara uğraması durumunda, sorumluluk gündeme gelebilecektir.

Ayırt etme gücüne sahip küçük de müdahaleyi reddedebilir. Tedavinin küçük tarafından reddedilmesi, küçüğün tedavisinin yasal temsilciler ya da ona bakmakla yükümlü olan kişiler tarafından reddedilmesinden farklı bir durumdur. Yasal temsilciler küçüğün tedavi olmasını istiyor ve rıza gösteriyorken, henüz reşit olmamış ancak ayırt etme gücüne sahip küçüğün tedaviye karşı çıkması, rıza göstermemesi söz konusudur. Henüz ayırt etme gücüne ulaşmamış küçükler müdahalede bulunmak için yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç vardır. Bu çocukların tıbbi müdahaleye tek başlarına rıza göstermelerinin mümkün olmaması benzeri, müdahaleyi reddetmeleri de dikkate alınmamaktadır. Ancak yaş ilerlemiş, ayırt etme gücüne ulaşmış küçüklerin iradelerinin dikkate alınması gereklidir. Bu çocuklar ve gençler, tıbben gerekli ancak geciktirilmesinde sakınca olmayan bir tedaviyi reddettikleri takdirde bunun ileri bir zamana ertelenmesi problem oluşturmasa da, yaşamı tehdit eden hastalıklarda nasıl davranılacağı hususu bir problem teşkil etmektedir ve bu konuda bir görüş birliğine varılmamış olduğu da görülmektedir. Ancak kanımızca, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması, aynı zamanda yaşamını doğru yönlendirecek deneyim ve olgunluğa ulaştığı anlamına gelmediğinden, şayet müdahalenin yapılmaması telafisi zor hatta imkansız zararlara yol açacak ise, küçüğün iradesi ile uyuşmasa dahi müdahalede bulunmak daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Gebeliğin sonlandırılmasının reddi, fetusun da işin içinde olması nedeniyle sorun teşkil eden bir durum gibi ele alınabilecek olsa da, kadının rızası olmadığı takdirde gebeliğin sonlandırılmayacağı ortadadır ve ayrıca çocuk düşürme suçu

olarak da düzenlenmiştir. Gebe kadının rıza verme yeteneğinin ister akıl maluliyeti nedeniyle bulunmadığı, ister gebeliğin yarattığı acil durumlar nedeniyle bilincinin kapanması yüzünden ortadan kalktığı hallerde, gebeliğin rıza aranmaksızın sonlandırılması hukuken mümkün ise de, bilinci açık gebenin rızası olmadığı takdirde gebelik sonlandırılmaz. Aynı şey mümeyyiz küçüğün rıza göstermemesi durumunda da geçerlidir. İfade edilmiş olduğu gibi, gebe kadının bir akıl maluliyeti nedeniyle ayırt etme gücüne sahip olmadığı ve bu nedenle rızasının da aranmayacağı yahut yaşamı ve yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil hallerden farklı olarak, gebelik ne şekilde oluşursa oluşsun, gebenin rızası olmaksızın, yalnızca yasal temsilcilerin rızasına dayanarak sonlandırılması mümkün değildir. Kadının bilinci kapanmadan önce gebeliğin sonlandırılmasına açıkça karşı çıktığı, rıza göstermediği biliniyorsa, bilinci sonradan kapandığında da müdahalede bulunulmaması gerektiği söylenebilecektir.

Gebenin önceden yapmış olduğu bir irade beyanı bulunmayıp kendisi de yaşamsal tehlike içinde olmakla beraber, fetusu korumak saikiye yasal temsilcilerin müdahaleye karşı çıkmaları durumunda ise, annenin yaşamının sona erdiği hallerde fetusun yaşamı da ister istemez sona ereceği için, rıza gösterilmemesinin pratikte de bir anlamı kalmayacaktır.

Ancak gebeliğin sonlandırılmasını zorunlu kılan yaşamsal bir tehlikenin mevcut olmadığı olağan durumlarda, küçük ve mümeyyiz gebe, gebeliğinin sona erdirilmesini isterken, yasal temsilcilerin gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermemeleri halinde, hekim muhtemelen müdahalede bulunmayı göze alamayacaktır. Yasal düzenleme, veli değil de vasinin bulunduğu durumlarda sonlandırma için ayrıca hakimnin iznini aramakta ise de, tıbbi bir gereklilik de yokken, yasal temsilcilerin izinleri aranmaksızın doğrudan hakimnin kararı ile sonlandırma işleminin yapılması olası gözükmemektedir.

Bununla beraber, çocuk düşürtme suçunu düzenleyen TCK m.99'un 6. fıkrasında suç sonucu oluşan gebeliklerin 20. haftaya kadar sonlandırılmasına imkan veren bir düzenleme yer almaktadır. Gebeliğin suç sonucu oluştuğunu ortaya koymak erişkin kadınlar bakımından her zaman kolay olmamakla beraber, küçükte göreceli kolay saptanabilen hallerde, anılan düzenleme, küçük gebenin rızasıyla gebeliğin

sonlanmasına imkan sağlasa da aileden ve yasal temsilcilerden gelecek tepkiler hekimi caydırabilir.

Gebe kadının tıbbi tedaviyi reddetmesi de özellikli durumlardan birini oluşturabilir. Gebe kadın üzerinde yapılacak tüm müdahalelerin, fetusun kurtarılmasına yönelik olanlar dahil, onun rızasıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kadının müdahaleye rıza göstermemesi fetusun ya da hem kendinin hem fetusun hayatını tehlikeye sokacak olsa bile, hekim rıza olmaksızın müdahalede bulunamaz. Her ne kadar çocuk, sağ ve tamamıyla doğmak koşuluyla anne rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip ise de, henüz gebelik sırasında, annenin vücudunun bir parçasını teşkil etmektedir. Fetusun kurtarılmasına ya da zarar görmesinin engellenmesine yönelik her türlü müdahale de öncelikli olarak anneye yönelmiş olacağından, onun rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Doğumun şekli belirlenirken de, gebe kadının gösterdiği rızanın dikkate alınmasının gerekmektedir. Ki bu bağlamda özellikle sorun yaratan durumlardan birini, ister kendi ister çocuğun sağlığı açısından gerekli olsun, sezaryen ile doğumun reddi oluşturmaktadır. Kadının kendisi ve doğacak bebeğin yaşamı tehlikede olsa dahi, istemediği takdirde sezaryen ameliyatının ya da vakum, forceps gibi diğer operatif doğumların yapılamayacağı kabul edilmektedir. Ancak hekimin kendini sorumluluktan korumak için, HHY düzenlemesi ile de uyumlu şekilde, gebe kadının tedaviyi reddettiğini yazılı şekilde kayıt altına alması, gerektiğinde tutanakla da tespit etmesi gerekmektedir. Ancak hekimin de, tüm aydınlatmalara rağmen en başından operatif müdahaleleri açıkça reddeden bir hastanın izlemine devam etmek zorunda olmadığı, onu üstlenmemesi gerektiği söylenebilecektir.

Hastanın vermiş olduğu rızanın kapsamı da hekimin gerçekleştireceği müdahaleye yönelik bir çerçeve çizmekte, bir sınırlama teşkil etmektedir. Her ne kadar insan vücudunun müdahaleler karşısında vereceği tepkilerin önceden açıkça tahmin edilmesi, öngörülmesi, dolayısıyla yapılacak müdahalenin türü ve şeklinin de önceden açıkça ortaya konması mümkün olmasa da, tarafların hekimin hasta yararına bir tıbbi müdahalede bulunması hususunda karşılıklı rızalarının örtüşmesi ile arada bir sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir. Ancak hastanın hekime onu sağlığına kavuşturacak tıbbi müdahalelerin yapılması için gösterdiği rıza belirsiz, ucu açık bir irade beyanı olmayıp, HHY'nin "*Rızası Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi*

Tutulmama” başlıklı 22/1 maddesinde de düzenlenmiş olduğu gibi, yasal istisnalar hariç olmak üzere, kimsenin rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulmaması gerekmektedir. Dolayısıyla aydınlatma esnasında hastaya, kendisine ne işlem yapılacağı açıklandıysa, rıza hangi müdahale için verildiyse, rızanın çizdiği çerçeveye uyumlu olacak şekilde ancak o müdahalenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Müdahale ile ilişkili rutin işlemler de haliyle gerçekleştirilebilecektir.

Ancak, hastanın göstermiş olduğu rıza hekimin gerçekleştireceği müdahalenin sınırlarını çizmekte ise de, bu çerçeve, müdahalenin tıbbin gereklerine uygun şekilde gerçekleştirilmesine imkan vermediği takdirde, hekimin de artık müdahaleyi tıbbi kurallara uygun olmayan bu haliyle gerçekleştirmemesi gerektiğini, müdahalede bulunma yükümlülüğünün ortadan kalkacağını söylemek mümkündür.

Beklenmedik şekilde ortaya çıkan acil durumlarda bilinci kapalı veya bir şekilde rıza gösterme yeteneği ortadan kalkmış olan hastada, haliyle rızanın belirlediği bir çerçeve de olamayacağı için, yapılacak acil müdahalenin sınırlarını artık yalnızca tıbbi endikasyonlar ve standartlar çizecek ve tıbbi parametreler dışında göz önünde tutulması gereken bir unsur bulunamayacak olsa da, ameliyatın ya da daha genel bir söyleyişle müdahalenin genişletilmesi hususundan ayrıca ve özellikle söz edildiğinde, bunun diğer zorunlu ve acil müdahalelerden bazı farklılıklar taşıdığını, daha önce bir cerrahi müdahaleye usulünce rıza gösterilmiş bir rıza mevcut iken, hastanın somut durumundan kaynaklanan ya da cerrahi teknik açısından ortaya çıkan elverişsizlikler yüzünden müdahalenin genişletilmesi yönünde bir zorunluluğun gündeme gelmesini ve hastanın o esnada anestezi altında olması vb. nedenlerle bu yeni duruma rıza vermeye elverişli bulunmamasını anlamak gereklidir. Demek ki önceden çizilmiş bazı sınırlar olup, bunların aşılması söz konusudur.

Esasen hekimin ameliyatın genişleme ya da başka bir cerrahi yönleme geçiş olasılığını öngörebileceği hallerde, hastayı önceden bu konuda aydınlatması ve rızasını alması gerekmektedir. Hastanın vermiş olduğu bir izin yoksa, bu genişletmenin yapılamayacağı ortadadır, aksi davranış hastanın yararına olsa dahi hekimin sorumluluğunu sonuçlayacaktır. Bu nedenle hekimin hastayı riske sokmaksızın operasyona son vermesi ve hastanın rızasını alma yoluna gitmesi gerekmektedir. Ancak önceden tahmin edilemeyen, bu nedenle hastaya

açıklanmamış bir nedenle ameliyatın genişletilmesi gereği ortaya çıktığı takdirde, tıbbi durumun aciliyetinin yanı sıra, uygulanan anestezi yöntemi de önem taşımaktadır. Lokal anestezi altındaki hastalarla iletişim kurulması ve rızalarının alınabilmesi ya da tedaviyi reddettiklerinin saptanması mümkün olsa da, genel anestezi altındaki hastanın uyandırılması, aydınlatılması, rıza göstermesi ve sonra yeniden anestezi verilerek ameliyata devam edilmesi pek mümkün olamayacağı için hastanın varsayılan rızasına dayanarak operasyona devam edilmesi daha makul görülmektedir. Regional (bölgesel) anestezi uygulamalarında da hasta sıklıkla uyanık olsa da, yine de ameliyat masasında içinde bulunduğu koşullar ve üstüne beklenmedik bir durumun yarattığı panik ve telaş da eklendiğinde, ayrıca karar vermesi için gereken sürenin düşünmeye elvermeyecek kadar kısa olduğu ve herhangi bir yakınıyla vb. görüş alışverişi yapma imkanı olmadığı da düşünüldüğünde, bunun ne kadar özgür iradeyle verilmiş ve sağlıklı bir karar olacağına da şüphe ile yaklaşmak gerekir. Önceden öngörülemeyen, dolayısıyla hastaya da açıklanmamış olan ancak gerekli genişletme yapılmadığı takdirde, hastanın yaşamını ve sağlığını büyük risk altına sokacak olan beklenmedik durumlarda, cerrahın ameliyatı uygun şekilde genişletebilmesi gerekmektedir. Esasen net bir yaklaşım belirlemenin mümkün olmadığı ve somut duruma göre hareket etmenin en yerinde davranış olacağı anlaşılmaktadır.

Acil durum olarak ortaya çıkan, ancak müdahaleye maruz kalacak kişinin artık ölmüş olması nedeniyle özellikli bir düzenleme olan Organ Nakli Kanunu m. 14'e göre, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yakınları yoksa, sağlam doku ve organlarının, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11. maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, vasiyet ve rıza aranmaksızın nakledilebilecektir. Bu durum ölünün yakınlarının rızasını hemen tümüyle etkisiz hale getirdiği ve onlar açısından ağır manevi yıkıntıya yol açabilme riski taşıdığı gibi, kişi dokunulmazlığı ilkesine de ters düşecektir.

Bunun ötesinde, kişinin eş, çocuk, anne baba ve kardeşlerinin ölüm anında yanında bulunmaması durumunda orada mevcut herhangi bir yakınının muvafakatinin organ alınması için yeterli görülmüş olması, ölmüş kişinin bedeni üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkisinin hasbelkader orada bulunan bir yakınının

hiçbir şekilde bağlı tutulmamış muvafakatine bağlanması da yerinde bir düzenleme değildir. Vericinin sağlığında onun rıza beyanı sıkı şekil şartlarına bağlı kılınmış iken, ölmesiyle birlikte, koşullar birdenbire gevşetilmektedir. Bu düzenlemenin, ölüm halinde organların hızla bozulacak ve beklenen tıbbi faydayı sağlayamayacak olması nedeniyle, zaman kaybına yol açmamak için acilen alınabilmesine imkan tanıma saikiyle ihdas edildiği anlaşılrsa da, ne ölen kişinin ve ne de yakınlarının değer yargılarının tam olarak bilinmesi imkansızdır ve rıza gösterecek durumda olsalardı haliyle başka birilerinin hayatının kurtarılmasını isteyecekleri ve organları bağışlayacakları yönünde bir varsayımda bulunulmaması gerekir. Bunu açıkça isteyen kişi zaten sağlığında bunun için gerekli önlemleri alacaktır. Hasta yakınları, ölenin vasiyeti veya kendilerinin rızası olmaksızın onun organlarının alındığını sonradan öğrendiklerinde, şayet bu müdahale vicdanları ve inançlarıyla bağdaşmıyor ise hissedecekleri manevi acının çok büyük olacağını tahmin etmek güç değildir.

Hastanın yeterli ve ispat edilebilir şekilde aydınlatılmasının ve rıza göstermesinin mümkün olmadığı haller de hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüne sınırlama teşkil edebilir. Son yıllarda öğreti ve uygulamada gittikçe ağırlık kazanan yaklaşımlara bakıldığında, rıza almak ve hastayı yeterli şekilde bilgilendirmek (aydınlatmak) suretiyle bu rızanın geçerli olmasını sağlamanın, bir bakıma, tıbbi müdahaleyi doğru, hatasız ve hastanın en fazla yararına olacak şekilde gerçekleştirmenin de ötesinde, hekimin, en fazla üzerinde durması ve titizlik göstermesi gereken husus haline geldiği söylenebilir. Zira, bir müdahale hastanın geçerli rızası olmaksızın gerçekleştirildiğinde, o müdahale çok önemsiz bir zarara yol açmış ya da hastada hiçbir zarar ortaya çıkmamış hatta hasta fayda görmüş olsa dahi, hekimin hukuki ve hatta cezai sorumluluğuna da yol açabilmektedir.

Rıza ve bilgilendirme (aydınlatma) ile ilgili uyuşmazlıklar, rızanın varlığı ya da yokluğundan ziyade, hastaya, bir müdahaleye rıza göstermeden önce, makul bir insanın ihtiyaç duyacağı düzeyde bir aydınlatmanın yapılmış olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Ayrık haller dışında tıbbi müdahaleye açıkça karşı koymamış olan hastanın müdahaleye rızasının var olduğunu söylemek mümkün ve ilave ispat vasıtalarına genellikle gerek kalmaz iken, sorunlar sıklıkla, yeterli aydınlatmanın yapılmış olup olmadığı, yani hastanın rızasının geçerli olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Esasen yapılması gereken aydınlatmanın genişliği, hekimler ve hukukçular arasında en tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır. Hekimin tıbbi müdahalede ihmali ya da hatası olduğunu ispat edemeyen hastaların, bir şekilde müdahale hakkında yeterince aydınlatılmadıkları, bu nedenle de göstermiş oldukları rızanın geçerli olmadığı iddiasına dayanma yoluna gittikleri görülmektedir.

Hekim tarafından gerekli ve yeterli aydınlatmanın yapılmamış, hatta hiç aydınlatma yapılmamış olması da, elbette ki her zaman olasılık dahilindedir, ancak böyle olgulardan yola çıkarak net kriterler olmaksızın, genel bir yaklaşımla, her hekimi ve tıbbi müdahaleyi kapsayacak şekilde aydınlatmaya ilişkin beklentilerin yükseltilmesi olumsuz etkilere de yol açmaktadır. Bu beklentilerde çığa gittikçe yükselmekte, buna karşılık tıp dışı kişilerin tıbbi konuları kavramalarının, esasen her profesyonel mesleğin dışında olan kişilerin o mesleğe özgü hususları kavramalarının, pek de kolay olmadığı gerçeği ve kişilerin kavrama ve algılarına yönelik objektif kriterlerin bulunmayışı göz ardı edilmektedir. Bu durum, hekimlerin dikkat ve enerjilerini tedavi edici faaliyetlerden uzaklaştırarak hemen tümüyle aydınlatmaya yoğunlaşmalarına yol açmakta, yaşam kurtarıcı, şifaya kavuşturucu misyonlarını köreltmekte, hastaya yardımcı olmaya yönelik motivasyonlarını düşürmekte ve defansif davranmalarına yol açmakta, dolayısıyla hastaya sunulan tıbbi bakım süreçlerini de olumsuz etkilemektedir. Bununla birlikte öğretilerde ve uygulamada, hakim görüşün, açıklanmış olduğu gibi, hastanın bilgilendirilmesinin, aydınlatılmasının hekimin temel yükümlülüklerinden olduğu ve ihlalinin de çoğu zaman bir tıbbi müdahale hatasından daha ağır bir sorumluluğa yol açtığı yönünde olması nedeniyle, aydınlatılmış rızanın dolayısıyla aydınlatmanın ispatı da hekimin göz önünde tutması gereken en önemli hususlardan birini oluşturmaktadır.

Hekim, hastayı yeterince aydınlatmamış olduğu yönünde bir iddia ile karşılaştığında, başvurabileceği çeşitli argümanlar bulunmakla beraber, ispatı açısından zorluklar ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla bu noktada hekime düşen ispat külfeti de büyük önem taşımaktadır. Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan ya da daha genel bir ifadeyle hekimin sorumluluğuna ilişkin davalarda ispat külfetinin çoğunlukla yer değiştirmiş olduğu kabul edilmekte, dolayısıyla rızanın ve buna ilişkin aydınlatmanın ispatı da hekimden beklenmektedir. Yargıtay da, hekimin aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun

olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat edemediği müddetçe meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulacağını belirtmiştir.

Hekim ve hastanelerin ispatı sağlamak üzere sıklıkla başvurdukları yazılı rıza formlarının da (aydınlatılmış onam formu), geçerliliğine kuşkuyla yaklaşılmaktadır. Bu formların hekim tarafından hastaya yüzyüze sözlü olarak yapılmış bir aydınlatmanın yerini tutmadığı, yalnızca tamamlayıcı işlev gördüğü, yani, basılı ve standart formun tek başına yeterli olmayıp hastanın gerçekten aydınlatılmış olması ve bunun ispat edilebilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Hekim, anlam ve önem taşıyan tüm bilgileri hastaya yazılı ve sözlü olarak açıklamış olsa dahi ayrıca hastanın algı seviyesi de göz önünde tutulması gereken bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Hastaların algılamaları farklılıklar gösterdiği için, hekimlerin hastanın eğilimlerini dikkate alması gerektiği, bir hasta için sıradan bir aydınlatma fazlasıyla yeterli olacak iken, kimi hastanın bundan tatmin olmayacağı ve sorularının cevapsız kalacağı, ayrıca psikik özellikleri nedeniyle bazı hastaların farklılıklar gösterdiği, hekimin, hastanın kavrama ve kontrol yeteneğini haiz olduğu hususunda ve tıbbi müdahalenin şekli, anlamı, kapsamı, risklerini kavramış ve iradesini buna göre yönlendirmiş olduğu hususunda ikna olması gerektiği, ayrıca hastanın önerilen tanısal veya terapötik bir girişime karşı çıktığı durumlarda da aydınlatmanın özel önem taşıdığı ileri sürülmektedir. Kanımızca TMK, HHY gibi yasal düzenlemelerdeki tanımlara göre mümeyyiz ya da yeterli kabul edilen, üstelik fiil ehliyeti olup her türlü hukuki işlemi gerçekleştirebilecek konumda olduğu kabul edilen bir hastaya, orta seviyedeki makul bir insanın anlayacağı düzeyde aydınlatmanın yapılmasının yeterli olmalıdır. Hastanın soruları varsa cevaplanması, somut durumundan kaynaklanan farklılıkların, bazı iletişim engellerinin dikkati alınması elbette ki gerekli olabilir. Ancak yapılan tekrarlara rağmen dinleme, anlama ve algı, dolayısıyla *aydınlatılabilme* kapasitesi yetersiz olan hastalar bakımından, ortalama bir standardın yerine getirilmesi yeterli kabul edilmelidir, aksi takdirde hastanın ayırt etme gücünün olup olmadığının sorgulanması ve hatta kısıtlanması gerekebilecektir.

Hastanın aydınlatılmasının, hekimin hastaya adeta bir tıp dersi gibi uzmanlık bilgilerini aktarması şeklinde algılanmaması gerektiği de ifade edilmiş olmakla beraber, her türlü algı ve kültür seviyesinden hastanın zihninde maruz kalacağı

müdahale hakkında eksiksiz bir bilgi ve netlik oluşturacak kadar ekstrem seviyelere taşınabildiği de göz önüne alınırsa, böylesine sınırsız ve ucu açık bilgilendirmelerin ya da aydınlatmaların ne derece mümkün, böyle bir yükümlülüğün ne derece yerine getirilebilir olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır.

Günde çok sayıda poliklinik hastası muayene eden, üstüne ameliyat yapan, ayrıca araya giren acil olgulara müdahalede bulunan, dolayısıyla karşısına gelen her olguya tıbbi bakım sunmak durumunda bırakılan hekimlerin böyle geniş bir aydınlatma yükümlülüğünün gereklerini yerine getiremeyeceklerinde kuşku yoktur. Üstelik insanların dinleme, anlama, muhakeme yapma özellikleri büyük değişkenlik göstermektedir ve bunlar üzerinde eğitim ve kültür seviyeleri, geçmiş yaşam deneyimleri, çevreleri ve pek çok iletişim kanallarından edindikleri çoğu zaman bilimsellikten de oldukça uzak bilgiler etkili olduğundan öncelikle bunların çürütülmesi gibi bir faaliyet de gerekebilmektedir. Hekim ya da bu konuda özel olarak yetiştirilmiş sağlık çalışanlarının rotasyon şeklinde sadece aydınlatma işini yapmakla görevlendirilmeleri belki bir alternatif çözüm olabileceksede, bu aydınlatmanın da elbette ki bir sınırı olacağı kuşkusuzdur.

Kanımızca hekimler hastaya, özellikle tıbbi terminoloji kullanmadan, tıp mesleği dışında kalan ortalama bir kişi tarafından anlaşılır nitelikte bazı temel bilgileri verdikten sonra, tıbbi standartlara uygun olarak, aydınlatmada yer alması gereken hususları, somut durum ve müdahaleyle ilişkili şekilde açıkladıkları ve kararları üzerinde belirleyici olacak hususları vurgulayarak hastanın kavramasına kolaylık sağladıkları, mevcut soruları, belirsizlik taşıyan noktaları açıklığa kavuşturdukları takdirde, bu aydınlatmanın yeterli şekilde yapılmış olduğu kabul edilmelidir. Tüm bunlardan sonra, hasta hala aydınlanamadıysa veya hekim onun aydınlandığına ikna olamadıysa, vereceği rızanın da geçerli olmaması olasılığı karşısında tıbbi müdahalede bulunulmaması en doğru yaklaşım olacaktır.

Bazı durumlarda yasal düzenlemeler de hekimin tıbbi müdahalesine yönelik açık sınırlamalar oluşturmaktadır. Esasen hekimin tıbbi müdahalesine sınırlama getiren ve müdahaleden kaçınmasına yol açabilen hallerin neredeyse hepsinin yasal düzenlemelerin kapsamında olduğunu, bir bakıma bu sınırlamaların tümünün kanundan kaynaklandığını söylemek mümkün olsa da, yasal düzenlemelerin çizmiş olduğu genel çerçevenin ötesinde kanun koyucunun bazı özel hallere yönelik ilave

bir çerçeve daha çizmeyi, daha spesifik düzenlemeler yapmayı tercih ettiği görülmektedir. Bu müdahaleler bir hastalığın tanı ve tedavisine yönelik, bir bakıma açık tıbbi endikasyonu bulunan müdahalelerden ziyade, ya organ ve doku nakilleri gibi üçüncü bir kişinin tedavisine yönelmiş, ya gebeliğin sonlandırılması gibi geniş sosyal boyutu olan, ya da cinsiyet değişikliği, üreme işlevlerine yönelik müdahaleler gibi psikolojik ve sosyal endikasyonlara dayandığı düşünülen, bir bakıma özellikli sayılabilecek müdahalelerdir ve kanun koyucunun kesin sınırlamalar getirirken bazı kötüye kullanımların önüne geçme kaygısı da taşımış olduğu düşünülebilir.

Ayrıca usul hukuku uyarınca gerçekleştirilen bazı müdahalelere getirilen sınırlamaların da, yargılama işlevi yerine getirilirken kişilerin gereksiz müdahalelere maruz kalarak zarar görmelerini, ayrıca kuralsız ve keyfi şekilde delil oluşturma çabalarının yol açabileceği karmaşayı önleme kaygısından kaynaklandığı söylenebilir.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında personel, fiziksel koşullar ve donanıma ilişkin çeşitli öngörü ve sınırlamalar ise, sağlık hizmetlerinin sunumunda kriterleri belirlemek, hizmetin tıbbi standartlara uygun olarak verilebilmesini sağlamak bakımından önem taşımaktadır.

Tıbbi durumdan kaynaklanan objektif nitelikli sınırlamalarda ise tıp biliminin ilke ve kuralları ön plana çıkmaktadır. Hastanın içinde bulunduğu tıbbi durumun özellikleri ya da müdahalenin gerçekleştirileceği ortamın, mevcut ekipmanın elverişsizlikleri gibi gerekli tıbbi standardın sağlanmasına ilişkin hususlar bir sınırlama teşkil edebilmektedir. Hekimin girişeceği her müdahale öncesinde endikasyonun bulunup bulunmadığı, ayrıca kontrendikasyonun bulunup bulunmadığı, müdahale için eldeki imkanların yeterli olup olmadığı, gerekli tıbbi standardın sağlanıp sağlanamayacağı ve nihayetinde alınan müdahale kararının hastanın somut durumuna uygunluğunu gözden geçirmesi gerekmektedir.

Tıbbi müdahaleler açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak da ele alınan endikasyon, bir müdahalenin tıp verileri açısından gerekli veya zorunlu görülmesi olarak tanımlanmakta ve tıbbi müdahalede bulunmanın haklı sebebi olarak ele alınmaktadır. Müdahalenin gerçekleştirilmesi için hastada tedavi edilecek bir

hastalığın varlığına işaret eden, ona tıbbi yardımda bulunulmasının gerekli olduğunu gösteren bir bulgunun mevcut olması gerekmektedir.

Hekim karşısına gelen hastayı değerlendirirken aşama aşama tanı ve tedavi endikasyonlarını belirleyerek gereken müdahaleleri yapacaktır. Ancak kişiler hekime doğrudan tıbbi endikasyonu olmayan bir müdahale talebiyle de başvurabilirler. Bazı branşlarda göreceli sık karşılaşılan böyle talepleri hekim, bilimsel bilgiyle uyumluluğu temelinde değerlendirerek geri çevirme hakkına sahip olsa da, bunun genel bir kural olarak ele alınması da yerinde gözükmemektedir, zira tıbbi endikasyonu bulunmayan pek çok müdahale açısından, psikolojik ya da sosyal endikasyon diyebileceğimiz, yapılmasını haklı kılan bir neden bulunmaktadır. Hekimin böyle durumlarda, sınırlarını belirlerken, müdahalenin ahlaka uygun olup olmadığı ve somut hasta için uygun ve doğru olup olmadığını tartması gereklidir.

Kişiler yaşam ve vücut bütünlüğünün ihlali niteliğindeki eylemlere ancak hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde rıza gösterebilirler. Bu hakların ihlali durumunda kişinin rızası pek çok zaman hukuka aykırılığı kaldırmamaktadır. Hekim, müdahalenin kişinin sağlığını ciddi bir şekilde etkilemediği ve toplum içinde kabul edilemeyecek sonuçlara yol açmadığı kanıdaysa, müdahaleyi gerçekleştirebilir, aksi durumdaysa, konumu ve mesleki bilgisine dayanarak hastayı uyarması ve endikasyonu bulunmayan müdahaleyi gerçekleştirmekten kaçınması gerekmektedir.

Endikasyon belirlenirken genel kurallara bağlı kalmak da her zaman doğru değildir. Aynı tedavi için bir grup hastada endikasyonun varlığı kabul edilirken, başka bir grup hastada ya da münferit bir olguda tümüyle endikasyonsuz hale gelmesi de olasıdır.

Açık tıbbi endikasyon bulunmayan olgularda isteğe bağlı sezaryen yapılıp yapılamayacağı da endikasyon tartışmalarına yol açan ve gündemi meşgul eden konulardan biridir ve AYM kararlarına dahi yansımıştır. Tartışmalar özellikle annede ya da bebekte beklenmeyen bir komplikasyon gelişen normal doğumlar sonrasında gündeme gelmektedir. Her ne kadar endikasyonları belirlemede katkı sağlayacak rehberler geliştirilmiş olsa da, bunlara birebir kalınması mümkün değildir ve önerilmemektedir. Bu bağlamda, UHK'da sezaryenlerde tıbbi endikasyon aranması gerekliliği yönünde yapılan değişikliğin bir yandan elektif sezaryenlerin önünü

kapatarak kadınları istemedikleri halde normal doğuma zorlamak gibi olumsuz sayılabilecek etkilerinin yanı sıra diğer yandan da, özellikle doğum öncesi sezaryen yönünde açık bir talebi bulunmayan ve tıbben de sezaryen endikasyonu bulunmayan gebelerin, normal doğum sırasında öngörülemeyen bir olumsuzlukla karşılaştığı takdirde, neden sezaryen yapılmadığı yönündeki iddia, şikayet ve davalarına karşı hekimi koruyucu bir işlev gördüğünü de söylemek mümkündür.

Kanımızca normal doğum yapmaktan korkan, hatta hiçbir neden olmasa bile böyle bir deneyim yaşamak istemeyen kadın, gerekli aydınlatmayı takiben rıza göstermiş olduktan sonra isteğe bağlı sezaryen yoluyla doğum yapabilmelidir. Ancak ifade edildiği gibi, neden sezaryen yapılmadığına yönelik şikayet ve dava yoluna giden hastaların büyük bölümü de sezaryene karşı çıkıp devamında normal doğum esnasında komplikasyon gelişenlerden çıkmaktadır. Hastanın tedaviyi reddinin ispata elverişli şekilde kayıt altına alınması bu noktada büyük önem taşımaktadır. Ancak isteğe bağlı sezaryenin bir alternatif olarak önerilebilirliği, bunun bir endikasyon olarak ele alınıp alınamayacağı sorunsalının çözümüne de ihtiyaç göstermektedir.

Bir müdahalenin kontrendike olması hekimin karşısına en sıklıkla çıkan sınırlamalardan biridir. Kontrendikasyonu, hastaya zarar verebileceğinden dolayı, bir ilacın, bir prosedürün, bir cerrahi müdahalenin uygulanmaması gereken özel durum olarak tanımlamak mümkündür. Kontrendikasyonlar her hasta için aynı ölçüde geçerli kabul edilmemelidir, zira hastanın somut durumu, mevcut hastalıkları, özgeçmiş ve soygeçmiş verileri, kullandığı ilaçlar gibi çeşitli unsurlar kontrendikasyonların belirlenmesinde rol oynamaktadır. Kontrendikasyonların belirlenmesinde esasen hukuki unsurlardan ziyade tıp biliminin ilkeleri belirleyici olmaktadır.

Kontrendikasyonlardan farklı olarak müdahaleyi kesmeye zorlayıcı nedenler de söz konusu olabilir. Bunlar bir müdahalenin yapılmasına engel teşkil etmekten ziyade ortaya çıktıkları ya da fark edildikleri anda müdahaleye derhal son verilmesini ya da farklı bir yönetime geçilmesini gerektiren durumlar olarak ele alınabilirler.

Tıbbi müdahalelerin tıp biliminin ilke ve kurallarına yani tıbbi standarda uygun şekilde gerçekleştirilmesi de gerekmektedir. Bu tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için de aranan unsurlardan biridir. Gerekli tıbbi standardın sağlanamamış

ise hekimin müdahaleden kaçınması gereklidir. Tıbbi standart belirlenirken aynı koşullarda makul bir hekimin göstereceği davranış göz önünde tutulmaktadır. Bazen ortalama standardın üstündeki yetenekleri haiz bir hekimin bunları uygulamaya koyması gerekip gerekmediği sorunsalı da gündeme gelebilir. Zira elinden gelenin en iyisini yapmaya çalışırken hastanın ilave risklerle karşı karşıya bırakılmaması da gerekmektedir.

Hastanın somut durumuna göre kimi zaman genel kabul görmüş yöntemlerin dışına çıkılması illa ki tıbbi standarttan sapma olarak görülmemelidir. Ancak yararsızlığı açıkça ortaya konmuş ya da taşıdığı riskler beklenen faydaya göre çok yüksek olan yöntemlere haliyle başvurulmaması gereklidir.

Sağlık hizmeti sunulan ortamın altyapısı, malzeme ve teknik donanımı yani fizik koşulları da önem taşımaktadır. Bu koşullardaki yetersizlikler ölçüsünde hastanın kabul edilmeyip başka bir kuruma yönlendirilmesi gerekliliğine rağmen, aksi yönde davranarak hastaya el atmak üstlenme kusuruna yol açabilecektir. İllaki en yeni, en modern tekniklerin kullanılması diye bir koşul yoktur, eski araçlarla da gerekli tıbbi standardın sağlanması mümkün olabilir. Bununla birlikte hastanın daha modern imkanlara sahip hekim ve kurumlar hakkında aydınlatılması ve tercih fırsatı verilmesi gereklidir.

Tedavi süreci boyunca da koşulların tedaviyi başarıyla sürdürmeye yetip yetmediği kontrol edilmeli, herhangi bir yetersizlik ortaya çıkarsa, tedavi sona erdirilerek hasta refere edilmelidir. Hekim sağlık hizmeti ve tıbbi bakım sunumunda fiziksel, teknik ve personele ilişkin tüm unsurların düzenleyicisi kabul edildiğinden, bunlara ilişkin yetersizliklerden de sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla kendi mesleki yetkinliğinin tam olması ve bizzat kusursuz hareket etmiş olması yeterli değildir. İçinde bulunduğu ortama, yani müdahaleyi icra edeceği sağlık kurumunun koşullarına güvenmedikçe ve tüm önlemlerin alınmış olduğundan emin olmadıkça, müdahaleden kaçınma hususunda tereddüt etmemelidir.

Kimi zaman müdahalelerin gerçekleştirilmesi ya da daha genel olarak sağlık hizmetinin sunulması bakımından bir imkansızlık hali de söz konusu olabilir. İmkansızlık ister kusurlu ister kusursuz olsun, artık hasta üzerinde tıbbi müdahalenin gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Fakat borçlunun imkansızlığı alacaklıya bildirme

kaçınılması, yapılacak müdahalelerin sadece acıları azaltmaya yönelik önlemlerle sınırlanmasını önerilmektedir. Genel yaklaşım, hastanın, şifaya kavuşturmayacak ve gereksiz acı verecek tedaviler yerine yaşam kalitesini yükseltecek önlemlerle takip edilmesidir. Ancak hastanın ölümüne yol açacak müdahalelerden kesinlikle kaçınılmalıdır.

Bazen yaşamın sona ermesiyle ya da ciddi bir sağlık sorunu ile ilişkili olmaksızın da anlamsız tedaviler ve bunlara devam edip etmeme sorunu gündeme gelebilir. Hastanın artık şifaya kavuşamayacağı ve yaşamını sürdüremeyeceği yönündeki umutsuzluktan değil, uygulanan tedavinin hastaya fayda etmemesi sorun teşkil etmektedir. Bu durumda yararsız tedavi gündeme gelmektedir ve haliyle de insan organizması üzerinde yararsız ve anlamsız müdahalelerin yapılması ne tıbbi, ne etik ve ne de hukuki açıdan savunulabilir bir husus değildir.

Ağır özürlü yenidoğanlara ne ölçüde müdahale edilmesi gerektiği de hekimleri ikileme bırakan önemli bir husustur. Geçmiş dönemlerde ağır özürlü çocuklar genellikle doğumdan kısa bir süre sonra ölmekte iken, tıptaki ilerlemeler onların yaşamda kalmasına artık büyük ölçüde imkan vermektedir. Ancak bu çocukları yaşamda tutan müdahalelerin yapılması bir başka ifadeyle yaşatılıp yaşatılmamaları yanı sıra, karşılaşılan eksikliklerin, özürlerin olgudan olguya değişkenlik göstermesi ve keskin çizgilerle ayırmanın mümkün olmaması nedeniyle, hangi özrün ağır olarak nitelendirileceği, hangi özre sahip çocukların yaşatmaya değer hangilerinin olmadığı gibi çok ağır bir sorunsal gündeme gelmektedir. Böyle çocukların aileleri açısından oluşturduğu zorluk ve külfetin yanı sıra umutsuzluk duygusu da göz önünde tutulduğunda, aile ya da bakmakla yükümlü kişilerin iradelerinin de mutlaka dikkate alınması, tıbbi endikasyonlarla yasal temsilcilerin iradelerinin optimum örtüştüğü noktada çözüme gidilmesi gerekmektedir. Tıbbi endikasyonlar konulurken de, kanımızca mevcut anomalinin çocuğun zihinsel gelişimini ne ölçüde etkilediği dikkate alınabilir. Santral sinir sisteminin ağır anomalilerinde ya da genel olarak ağır motor ve mental retardasyonla seyreden sendromlarda çocuğun normal bir gelişim göstererek normal bir birey haline gelme ve gerçek anlamda bir kişilik ve farkındalık kazanma olasılığı sıklıkla çok düşüktür. Sıklıkla pek çok patolojinin de eşlik ettiği böyle olgularda, doğum sonrası dönemde, komplikasyonlarla aktif mücadele edilmediği, çok ileri bir bakım ve tedavi

sunulmadığı takdirde bir süre sonra yaşam da kendiliğinden sona ermektedir. Hal böyle olunca yaşam kalitesi ve insan onuruyla bağdaşacak minimum önlemlerle yetinilmesi ve doğal sürecin spontan seyrine bırakılması bir öneri olarak görülebilir.

Tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilmesine yönelik sınırlamalar hekimin kendisinden de kaynaklanabilir. Aslında bunların bir bölümü kişisel olarak hekimin kendisinden ziyade yine hastadan, tıbbi durumdan ve hatta kanundan kaynaklanan sınırlamaların etkisiyle ortaya çıkmaktadır. Ancak vurgulanması gereken husus, acil durumlar, resmi ve insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, hekimin kural olarak bir hastaya sağlık hizmeti sunmak ve tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlü olmadığıdır.

Hekimin yetkisiz olması esasen, bir müdahalenin açıkça belli bir uzman tarafından yapılmasının öngörüldüğü yasal düzenlemeler ayrık olmak üzere, genel bir kısıtlama oluşturmamakta, pratisyenler ve diğer branştan uzmanlar için bir yasaklama bulunmamaktadır. Ancak bir pratisyenden beklenen tıbbi standart bakım ile bir uzmandan beklenen arasında farklılıklar bulunmakta, hastayı ilgili uzmana referans etmeksizin kendisi müdahale eden pratisyenden ya da başka branştaki uzmandan, o alana ilişkin standardın sağlanması beklenmektedir. Aslında, belli uzmanlık alanlarına özgü müdahalelerin çoğunun, bu alanda uzmanlık eğitimi almamış hekimler tarafından gerçekleştirilebilmesi pek söz konusu değildir, keza mümkün de değildir. Cerrahi operasyonlar başta olmak üzere, birçok müdahale özel bir bilgi ve deneyim gerektirmektedir ve branş dışı hekimlerce hastada ciddi zararlar oluşturmaksızın gerçekleştirilebilmeleri ve ortaya çıkacak komplikasyonlarla başa çıkılması da mümkün değildir. Dolayısıyla hekimin uzmanlık alanının bir sınırlama teşkil ettiği söylenebilir.

Esasen bu husus acil durumlar için de geçerlidir. Her hekimin yapabileceği kabul edilen temel müdahalelerin yerine getirilmesi zorunlu olmakla beraber, hekimin, hastanın durumu acildir diyerek, yeterli olmadığı bir alanda, özellikle de invazif müdahalelere kalkışması öncelikle yararlılık ve hastaya zarar vermeme ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Kanımızca hekim acil durumlarda yetkin bir meslektaşı ya da acil bakım ekibinin el atacağı ana kadar hastanın durumunun daha kötüye gitmesine engel olmak üzere, gerektiğinde temel yaşam desteğini de kapsayacak şekilde kanama kontrolü, kırık tespiti, şoka yönelik önlemler gibi

ilkyardı m müdahalelerini ve şayet yapabilecek olduğu takdirde ileri yaşam desteği vb. diğer acil müdahaleleri gerçekleştirerek, hastayı en azından bulunduğu seviyede tutmaya gayret etmelidir.

Hekimin kendi uzmanlık alanı dışında kalan veya kendini yeterli görmediği hususlarda konsültasyon istemesi bir hak ve aynı zamanda yükümlölük olarak görölmektedir. Hekimler genellikle bir diğer uzmanın görüş ve önerilerine gereksinim duyduklarında konsültasyon istediklerinden sıklıkla bu önerilere uymaktadırlar, ancak müdavi hekim ile konsültan hekimin görüşlerinin uyuşmaması da olasıdır. Hekim aklına yatmayan bir öneriyi kabul etmek ve uygulamak zorunda değildir, ancak konsültan uzman hekimin görüşünü neden dikkate almadığını gerekçelendirmek durumunda kalabilir. Hasta tercihini konsültan hekimin görüşü yönünde kullanmış olduğu takdirde de, hekimin kendi öngördüğu tedavi planını hastaya zorla dayatması söz konusu olamayacağına göre, hastayı izlemekten vazgeçmesi yasal düzenlemelerin de öngörmüş olduğu üzere yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Kimi zaman bir uzman hekimin yine kendi uzmanlık alanındaki bir müdahaleyi, hatta genel tababet kapsamında ele alınabilecek bir müdahaleyi üstlenmemesi de gündeme gelebilir. Müdahale çok özel bir bilgi ve deneyim gerektireceği gibi, bazen de hasta ile karşılıklı ilişkide yaşanan bir uyumsuzluk, hekimin mesleki geçmişinden kalan olumsuz bir deneyim, bir komplikasyon, açılmış bir dava öyküsü ya da herhangi bir neden, ona bir güvensizlik ve yetersizlik duygusu yaşatabilir, hekim bunu illa ki gerekçelendirmek durumunda değildir. Hastaya yararlı olamama ya da zarar verme endişesi taşıyorsa, mesleki özerkliği ve tedavi özgürlüğüne dayanarak tıbbi müdahaleyi reddedebilmelidir. Bu hekim için bir hakkın kullanılmasından öte bir yükümlölük olarak da ele alınmaktadır. Hekim bir tıbbi yöntemi uygulama yönünde kuşkuya düşüyor ve güvensizlik hissediyorsa, müdahalede bulunmaktan kaçınabilecektir.

Hekimin, kişisel olarak ya da elindeki donanım bakımından yeterli olmamasına rağmen hastaya el atması, müdahalede bulunması durumunda üstlenme kusuru gündeme gelmektedir. Hekim herhangi bir müdahale ya da ameliyatı üstlenmeden önce, standartlara uygun şekilde gerçekleştirmek için gerekli teorik ve pratik yetenek ve bilgiye, ayrıca yeterli personel, malzeme ve teknik imkana sahip

olup olmadığını gözden geçirmelidir. Özel bilgi ve deneyimi gerektiren bir hasta, ilgili uzmana ve hastaneye yönlendirilmediği takdirde, mesleğin başındaki bir hekimin, bir asistanın ya da artık yeterince kalifiye olmayan bir hekimin bir müdahaleye kalkışması halinde vb. üstlenme kusuru söz konusu olacaktır. Ancak hasta yönlendirilirken, gerekli önlemlerin alınıp bilgilendirmelerin de yapılması gerekmektedir.

Kimi zaman hekim, kendi yetki ve yetenekleri bakımından bir engel bulunmaksızın, belli bir hastayı takip etmekten ya da belli bir müdahaleyi gerçekleştirmekten kaçınabilir; hastayı en başından kabul etmeyebileceği gibi, başlangıçta el atmış ve tıbbi bakım sunmakta olduğu bir hastayı da artık takip etmek istemeyebilir ya da hastayı tümüyle reddetmemekle beraber, bazı müdahalelere girişmeyebilir veya başlamış olduğu bazı müdahaleleri, tedavileri sürdürmek istemeyebilir.

Borçlar hukukunda hakim olan özerklik ve sözleşme serbestisi ilkesi kural olarak hekimler için de geçerli olup, acil durumlar, kamu hizmetinin ifası ve kanunun getirdiği bazı zorunluluklar saklı kalmak üzere, her icabı kabule, her hasta ile sözleşme kurmaya, her hastayı tedaviye zorlanamayacakları, haklı sebeplerin varlığında, kamuda çalışan hekimlerin dahi, hastanın aynı standartta tıbbi müdahalesinin başka bir hekim tarafından gerçekleştirilmesini güvenceye alarak, hastayı reddedebilecekleri kabul edilmektedir. Bununla birlikte, örneğin tek bir hastanenin bulunduğu veya belli bir uzmanlık alanında faaliyet gösteren başka bir hekimin bulunmadığı yerde hastanın tedavisinin reddedilmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturabilecekse de, kanımızca, özellikle de şiddete uğrama vb. gibi durumlarda, hekim hastaya tıbbi bakım sunma durumunda bırakılmamalıdır. Hekimlerden farklı olarak hastanelerin hastayı tümüyle reddetmelerinin söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir.

Hastanın seçiminde ve reddinde ayrımcılık yasağı vardır; cinsiyet, ırk, etnik köken, yaşlılık, engellilik, cinsel tercihler, din ve hayat görüşüne dayanarak ayrımcılık yapılması pek çok yasal ve hekimlerin mesleğe başlarken yaptıkları yemin de dahil etik düzenlemeler ile yasaklanmıştır.

Beklenmedik acil durumlar ortaya çıktığında da hekimin hastayı reddetmeyip müdahalede bulunması gerekmektedir. Uzman hekimler kendi uzmanlık alanları ile ilgili acil durumlara müdahaleden kaçınamayacak olmakla beraber, mevcut durum diğer uzmanlık alanlarını ilgilendirdiği ve kendilerinin yıllarca bu alanlardan uzak kalmış, genel tababete yabancılaşmış olmaları nedeniyle, müdahaleler hakkında yanlış karar verme tehlikesi de bulunduğundan, hastayı yaşamda tutacak temel müdahaleleri yapma ve akut sıkıntıları hafifletme yükümlülükleri bulunmakta, kapsamlı bir tedavinin beklenmemektedir. Acil hastaya haklı gerekçesi olmaksızın müdahale edilmemesi yüzünden ölür veya sakat kalırsa, hukuki ve/ veya cezai sorumluluk gündeme gelebilecektir. Bu bağlamda hekimin acil yardım yükümlülüğü ile ülke çapında organize olmuş acil sağlık hizmetlerinin ayrımı önemlidir. Ülke çapında organize olmuş acil kurtarma ve hasta transport hizmetlerinde ise, hastanın yaşamsal vücut fonksiyonlarının yeniden tesisi, sürdürülmesi ve en hızlı şekilde hastaneye transportu söz konusudur. Beklenmedik acil duruma elindeki kısıtlı imkanlarla müdahale eden hekimden beklenen özen yükümlülüğü ile profesyonel acil sağlık hizmeti sunumu ile görevli hekimden ve ekipten beklenen de aynı olmayacaktır.

Hekim, tıbbi müdahalenin vicdanıyla çelişmesi, hastanın işbirliği yapmaması, hastanın ücret ödememesi, hasta ile arasındaki güven ilişkisinin sarsılmış olması, diğer hastaların haklarını koruma kaygısı, enfeksiyon taşıyıcılığı gibi çeşitli nedenlerle de hastayı reddetmeyi tercih edebilir. Bunları sınırlı sayıda düşünmemek gerekir. Aslında hekimin hastayı huzurlu ve güvenli bir şekilde içine sinerek izlemesine engel olan herhangi bir durum hastanın reddini sonuçlayabilir.

Tıbbi müdahalenin hekimin vicdanıyla çelişmesi de hekimin bir müdahaleyi ve gerektiğinde hastayı reddetmesinin haklı sebebi olabilir. Tedavi özgürlüğü uyarınca hekim vicdanına sinmeyen müdahaleleri yapmaya zorlanamaz. Gebelik sonlandırmaları vicdani açıdan hekimi en fazla rahatsız eden, en tartışmalı müdahalelerdendir. Tıbben kabul edilen bir endikasyona dayansa dahi, vicdani ikilemde kaldıkları takdirde hekimlerin gebelikleri sonlandırmayabilecekleri kabul edilmektedir. Kanımızca annenin yaşamı ve sağlığı açısından zorunlu olduğu takdirde bu müdahalenin gerçekleştirilmesi gereklidir. Kimi zaman yardımcı üreme teknikleri de hekimde vicdani çelişkilere yol açabilir. Hekim, tıbbi endikasyonu da

olmayan böyle müdahaleleri istemediği takdirde reddedebilmelidir. Yine fayda beklentisi kalmamış olgular için tedavinin devam edip etmemesi yönünde karar verirken de hekim, hastanın rızası ve tıbbi endikasyonun yanı sıra kaçınılmaz şekilde vicdanından etkilenecektir.

Hastanın tıbbi müdahale sürecinde hekimle işbirliği yapmaması da hekimin hastayı takip etmekten kaçınması için haklı neden oluşturabilir. Hastanın işbirliğinden kaçınması, eksik bilgi verme, bilgi saklama, katlanma yükümlülüğüne uymama, tavsiyelere uymama gibi pek çok hususu da kapsamaktadır ve tanı ve tedavi sürecinde aksaklıklara da yol açabilir, bu durumda da hekim böyle başarısız bir müdahale ve tedavi sürecini devam ettirmek istemeyebilir. Hekim, hastanın işbirliği yapmamasının arkasında bilgi eksikliği ve yanlış bilgiden kaynaklanan farklı bir nedenin olup olmadığını araştırıp gerekli önlemleri almasına ve hastayı işbirliğine teşvik etmesine rağmen, hasta tedaviyi anlamsız ve başarısız kılacak davranışları sürdürdüğü takdirde, hekimin de o hastayı izlemekten kaçınabileceği kabul edilmektedir.

Hastanın ücret ödememesi de hekimin hastayı kabul etmemesi ve takibe devam etmemesi bakımından haklı bir sebep oluşturabilir. Hasta ile hekim arasında kurulan tıbbi müdahale sözleşmesinde hastanın borçlanmış olduğu asıl edim, hekim tarafından kendisine uygulanan tıbbi müdahaleler karşılığında öngörölmüş olan ücreti ödemektir. Sağlık hizmetlerinin sunumunda hastanın ekonomik durumu bir kriter olmamakla beraber, hekim-hasta ilişkisinin tıbbi müdahale sözleşmesine dayandırıldığı özel sağlık hizmetlerinde, verilen tıbbi bakımın karşılığı olan ücret hastanın kendisi veya diğer bir kaynak tarafından ödenmediği takdirde, hekim ya da özel sağlık kurumu açısından hasta ile böyle bir sözleşmesel ilişkiye girilmesinin geçerli bir sebebi ve anlamı kalmamaktadır.

Hastaya bir kez el atıldıktan sonra, onun ödeme gücünün sınırlı olması, sunulan sağlık hizmetinin eksik ya da niteliksiz olmasını kesinlikle haklı çıkaramaz, ancak tıbbi bakımın yalnızca hekimin bizzat gerçekleştirdiği müdahalelerden ibaret olmayıp, kimi zaman tamamlayıcı pek çok tetkikin gerektiği ve bunların da parasal bir bedeli olduğu dikkate alındığında, hastanın istenen tetkikleri yaptırılmaması dolaylı olarak eksik ve niteliksiz bir takip ve müdahale sürecine yol açacağı için, hekim de göz göre göre hastayı bu şekilde üstlenmeyi kabul etmeyebilir. Hasta

tarafından daha önceki muayene ücretlerinin ödenmemiş ve bundan sonrakilerin de ödenmeyeceğinin, yani karşı edimin yerine getirilmeyeceğinin bilindiği durumlarda özel olarak çalışan bir hekimin hastayı reddedebileceği ifade edilmektedir.

Hekimin tedavi özgürlüğünün sınırlarından birisinin masraf bakış açısı olup olamayacağı noktasında da tartışmalar bulunmaktadır. Önleyici tedbirler noktasında masraflar göz önünde bulundurulabilirken, tedavi alanında bu bakış açısının sınırlı etkisi olması gerektiği, sırf masrafı fazladır diye tedaviden kaçınılamayacağı düşünülse de, tıbbi bakım süreçlerinde toplumsal kaynakları akılcı kullanma yönünde hekimlere yüklenmiş etik bir ödev de bulunmaktadır.

Hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin sarsılmış olması da hekimin tıbbi müdahaleden ve hastayı izlemekten kaçınmasının haklı sebebinin oluşturmaktadır. Aradaki sözleşmenin, hukukumuzda vekaletle dayandırılması da, müvekkile olan güvenin kaybolması veya başka nedenlerle artık işi yapmaya uygun hissetmemesi halinde vekilin, vekalet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirmesine imkan vermektedir. Hastanın randevulara gelmemesi veya randevu zamanlarına uygun davranmaması, geçmişte hekimin önerilerine ve tedavi planlarına uymamış olması, tıbben dayanağı olmayan, ekonomik olmayan, hukuka ve ahlaka aykırı müdahalelerin yapılması hususunda ısrar etmesi, hekimi rencide etmesi, çirkin dedikodular yayması, hekime karşı dava açmış olması, tehdit etmesi, şiddet içeren davranışlarda bulunması vb. çeşitli nedenler hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin sarsılmasına yol açabilir.

Hekimin sözlü veya fiziksel şiddetle karşılaşmış olması kanımızca güveni sarsan en önemli nedendir ve hastanın koşula bağlı olmaksızın reddedilebilmesi gereklidir. Her ne kadar hekimin kendisine sözlü veya fiziksel saldırıda bulunmuş bir hastayı dahi, aynı uzmanlık alanındaki bir başka hekimin tedavisi sağlanarak reddedebileceği öngörülmüş olsa da, bu hususta çok daha farklı düzenlemelerin getirilmesi gerektiği açıktır. Çok daha kapsamlı ve detaylı şekilde ele alınması gerektiğini düşündüğümüz bu hususun bir başka çalışmaya konu edilmesi planlanmaktadır.

Hekimin hastayı reddetmesine kimi zaman diğer hastaların haklarını koruma kaygısı da yol açabilir. Hekimlerin tüm bilgi, ilgi ve zamanlarını tek bir hastaya

yönelmeleri mümkün olmayıp, hizmet sundukları tüm hastaların yararını gözetme, sağlık hizmetini adalet ve hakkaniyete uygun, dengeli bir dağıtım gözeterek verme durumundadırlar. Ancak sağlık kurum ve kuruluşlarında hekimler yoğun bir iş yükü altına çalışmakta, çok sayıda hasta görmekte ve tanı ve tedavinin yanı sıra hastayı aydınlatma, kayıt tutma vb. pek çok yükümlülükleri yerine getirmektedirler ve haliyle tüm bu faaliyetler için de ayrı ayrı zamana ihtiyaç duymaktadırlar. Bu faaliyetlerin bazılarının önemsiz olmayıp göz ardı edilmesi mesleğin gereği gibi icra, borcun gereği gibi ifa edilmemesini sonuçlayacağından illaki bir sınır konulması, hekime, bakacağı hasta sayısını sınırlandırma ve yeni gelen hastaların bakımını reddetme hakkının tanınması gerekmektedir.

Sırada bekleyen çok sayıda hasta olması ve hekimden daha uzun çalışmasının beklenemeyeceği hallerde sonradan gelen hastaların kabul edilmemesi ve başka bir tarihe kaydırılması ya da başka bir hekime yönlendirilmesi en yerinde davranış olacaktır. Fakat bu noktada çok yaşlı, ağır durumda vb. öncelikli hastaların da gözetilmesi gereklidir.

Acil olmayan hastaların muayenesi için randevu sisteminin getirilmesi, hasta sayısının yoğun olduğu merkezlerde daha çok sayıda hekimin çalışması, delege edilebilir eylemleri yerine getirebilecek yardımcı sağlık çalışanlarının hekimin iş yükünü azaltması ve hasta bekleme salonları ile muayene ve tıbbi müdahalelerin gerçekleştirildiği oda ya da bölümlerin göreceli uzak konumlandırılması gibi çözümler yararlı olabilir.

Sorun sadece hastaların ilk muayene ve değerlendirmelerinin yapıldığı poliklinik bazında değil, tüm hizmetler bağlamında gündeme gelebilir. Hekim ve hastanenin imkan ve kapasitesinin yetersizliği karşısında hastaların tıbbi yararlarının açıkça çatışması ve önceliğin neye göre belirleneceği önemli bir sorunsaldır. Hasta kabul ve taburculuk başta olmak üzere, tercih durumunda kalan hekimlerin başvuracağı objektif kriterlerin belirlenmiş olması mutlak çözüm sağlamasa bile, en azından bir dayanak noktası teşkil edebilecektir.

Enfeksiyon taşıyıcılığı da kimi zaman hastanın, en azından belli bazı müdahalelerin reddine yol açabilecek sorunlu durumlardan biridir. Virüs taşıyıcısı, özellikle de HIV ile enfekte hastalar en tartışmalı olguları teşkil etmektedir. Hastanın

virüs taşıyor olması, korunma önlemlerine uyulduğu takdirde üstesinden gelinebilir bir risk olarak ele alınmakta, dolayısıyla ona tıbbi müdahalede bulunulmaması açısından tek başına haklı sebep olarak kabul edilmemektedir. Sadece virüs taşıyan hastaların müdahalesiz kalmaması kaygısından değil, bunun ötesinde erken dönemde karşılaşılan seronegatif sonuçların gereksiz bir güven duygusu yaratabilmesi nedeniyle de, her hastanın taşıyıcıymış gibi varsayılması önerilmektedir. Bununla birlikte, ortopedi ameliyatları gibi cerrahi ekibin yaralanma riski yüksek olan müdahalelerde hasta açısından yaşamsal bir endikasyon taşııyorsa, hekimin ameliyatı yapmaktan kaçınabileceği de istisnai olarak kabul edilmektedir

Fakat hasta HIV ya da diğer virüs pozitifliğine ilişkin önemli bilgileri saklamış ve tarama testlerini yaptırmayarak tıbbi durumunun öğrenilmesine engel olmuş ise, oluşan güven kaybı nedeniyle hekimin müdahaleden kaçınması ve aradaki sözleşmeyi sona erdirmesi için haklı sebep teşkil edebilecektir.

Başta HIV olmak üzere, virüs taşıyıcılarına karşı olan önyargılar nedeniyle bu hastaların sağlık hizmetine ulaşmada bazı sorunlar yaşayabilecekleri yadsınamaz bir durum olmakla beraber, bunun çözümünün toplumsal bilinçlendirmenin yanı sıra kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının, istihdam ettikleri çalışanlarının müdahaleler sırasında hastalardan geçebilecek etkenlere karşı korunmasına yönelik tüm önlemleri almalarıyla mümkün olabileceğini, dolayısıyla sağlık çalışanlarını enfeksiyonlara karşı koruyacak önlemlerin yeterli şekilde alınmadığı, uygun malzemelerin bulunmadığı ve cerrahi ekibin, diğer bireylerinin istenmeyen yaralanmalarına yol açmayacak ölçüde deneyimli kişilerden oluşturulmadığı durumlarda, hekimin kendini ve ekibini korumak adına özellikle invazif müdahalelerden kaçınabileceğini düşünmekteyiz. Bunun ötesinde, hekimlerin kan, vücut sıvıları, damlacık enfeksiyonu gibi yollarla karşılaşılabilecekleri çok sayıda başka enfeksiyon etkeni de vardır. Ayrıca salgın gibi olağanüstü durumlarda, her ne kadar hekimin mesleki bilgisi nedeniyle enfeksiyonlarla başa çıkmayı toplumun diğer bireylerine göre çok daha etkin şekilde gerçekleştireceği kabul edilse dahi, onun kendi varlığını devam ettirmesinin olağanüstü durumlarda taşıdığı önem de göz önünde tutulduğunda, aktif müdahaleden ziyade koordine edici pozisyonda olması daha uygun olacaktır.

Hekimlerin, kendilerini sorumluluktan korumak amacıyla tanı ve tedavi aşamalarında hastalardan tıbben gerekli olmamasına rağmen ileri araştırmalar istemeleri ve prosedürler eklemeleri ya da yüksek riskli hastalara müdahaleden kaçınmaları şeklinde ortaya çıkan davranışlar defansif tıp uygulamaları olarak ele alınmaktadır. Defansif tıp uygulamaları nedeniyle zamansal ve ekonomik kayıpların yanı sıra gereksiz ve endikasyonsuz müdahaleler nedeniyle bedensel zararlar ve hastanın sağlık hizmetlerinden yararlanmasında aksaklıklar ortaya çıkmaktadır.

Defansif tıp uygulamalarının temelinde hekimin sorumluluk kaygısı yatmaktadır. Hastaya doğru tanı koyabilmek için hekim, klinik deneyiminin ötesinde dayanabileceği ve ispat vasıtası olarak kullanabileceği objektif verilere gereksinim duymakta ve bu da onu daha fazla tanısız yönetime başvurmaya itmektedir. Benzer şekilde komplikasyon çıkmaya elverişli yüksek riskli hastalar ve müdahalelerden kaçınılması ya da sorun çıkarmaya elverişli yakınmacı ya da agresif tutumlu hastaların reddi ya da minimal önlemlerle geçiştirilmesi gibi negatif defansif uygulama niteliğindeki davranışlar hekimin sorumlu tutulma kaygısından kaynaklanmaktadır ve çözümü de doğaldır ki hekimin bu kaygısı ve korkusuna çözüm üretilmesinden geçmektedir.

Tıbbi uygulama hataları nedeniyle zarar görenlerin, bu zararların tazminini istemesi doğaldır. Ancak çözüm olarak hekimlere yönelik rastgele talepler yerine, öncelikle tıbbi uygulama hatasının gerçekten mevcut olup olmadığını saptayacak özel mahkemeler veya hakem komiteleri oluşturulması ve tıbbi uygulama hatasının varlığı ortaya konduğu takdirde de, önceden çeşitli kaynaklardan oluşturulmuş fonlarla giderimin sağlanması şeklinde öneriler getirilebilir.

Kanımızca, karşılıklı güvenin vazgeçilmez olduğu çok özel bir ilişki olan hekim- hasta ilişkisinin herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesi gibi ele alınmaması gereklidir. Bir kimse başka kişilerin güvenliğiyle ilgili ödevler yükleyen bir sözleşme ilişkisine kendi isteğiyle girdiği takdirde ve o kişiler bu ödevlerin yerine getirileceği hususunda haklı bir inanç taşıyorlarsa, artık yalnız bu ilişkiden ötürü değil, toplumsal yaşamın dayanağı olan güven ve inançtan dolayı da bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Ki bu da hekimin garantör konumuna ve işlevine karşılık gelmektedir. Dolayısıyla da bu güven ilişkisinin korunması çok önemlidir. Bu noktada, tıba eşlik eden bir hukuki kontrolün varlığı gerekli olmakla beraber,

hekimlerin fazlaca yoğun bir hukuki kontrol ağı tarafından sarılmış olmasının ve hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eksiksiz bir hukuki organizasyon haline gelmesinin güven unsurunu zayıflattığı görülmektedir.

Hekimin, hastanın yaşamını ve sağlığını her şeyden üstün tutması ve onu bir baba gibi koruyup gözetmesi yaklaşımı etrafında şekillenen paternalistik hekim modelinin aslında hekimin garantör konumu ve işleviyle uyum içinde olduğu, onunla bütünleştiği de doğrudur. Oysa hastaya yeterince aydınlatılmadığı iddialarında her zaman bir açık kapı bırakma eğilimindeki uygulamalar, hastayı kurtarmak ve iyileştirmek için elinden geleni ardına koymayan hekim modelini zedelenmekte, özveri ve fedakarlık isteyen garantör konumunda adeta bir indirgenme ortaya çıkmaktadır. Hastanın iradesine saygı duyulması ve kendi geleceğini belirleme hakkının korunması hususunda kuşku olmamakla beraber, tıbbi müdahale nedeniyle bir zarar görüp görmemesinden bağımsız olarak, yeterince aydınlatılmadığı, bu nedenle rızasının sakatlanmış ve kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edilmiş olduğu yönünde sınırları açıkça ortaya konmamış bir iddia ve talep imkanı sağlanması, hekimin hastayı kurtarmak, şifaya kavuşturmak için yeri geldiğinde cesurca kararlar almasına, özveriyle çalışmasına engel oluşturabilir, ürkeklik derecesinde bir ihtiyatla hastadan uzaklaşmasına yol açabilir. Bu bakımdan hassas bir denge kurulması ve sürdürülmesi gerektiği kaçınılmazdır.

Bunun ötesinde hekim hasta ilişkisinin zaman zaman müşteri memnuniyeti benzeri yaklaşımlar altında değerlendirilmesi, hekimlerin de hastayla girdikleri ilişkiye bu kalıplar içinde yaklaşmayı benimsemelerini, tutum ve davranışlarında bu hareket noktasını referans almalarını sonuçlayabilir.

Halbuki Kaneti'nin ifade ettiği gibi: *“Tıp bilimi kesinsizliklerle dolu olup, sürekli bir oluşum içindedir. Değişik öğretiler ve çeşitli tartışmaların arasında, uygulamada izlenecek çözümlerde tam bir birlik yoktur. Hekim çok sık olarak kişisel değerlendirmeler yapmak ve kararlar almak zorundadır. Sorumluluğun katı ölçülere bağlanması hekimi çekingenliğe yakın bir ihtiyata, yalnızca kolay çözümleri uygulamaya yöneltebilir. Oysa hekimliğin ilerlemesi, zor vakaların tedavisi, belirli bir atılganlık ve yüreklilik ister.”*

Yine öğretilerde dile getirilmiş olduğu gibi, tıptaki gelişmeler çok hızlıdır ve hukukun buna yetişmesi zaten mümkün değildir. Hastaların hekimin özen eksikliğine

karşı korunması gerekli olmakla beraber, onları en etkin biçimde koruyacak bir sorumluluk sistemi, hekimlerin mesleği yürütmedeki cesaretini kırabilir.

Bazı kavramlar, bazı hizmetler, bazı profesyonel faaliyetler oldum olası mevcuttur ve insanlığın payandasını oluştururlar. Güvenlik, adalet ve tıp da insanlık tarihi boyunca varolmuş böyle kadim faaliyetlerdir ve uygulayıcıları tarafından özümsemiş, nesilden nesile aktarılan ve zedelenmemesi gereken bazı davranış kalıpları vardır. Sunucularının küsmeden, korkmadan, kendilerinden beklenen fedakarlıkla ve kimi zaman da gözü karartarak hizmeti sunmaya devam etmeleri için dışarıdan yapılan müdahalelerde daha hassas davranılması gerekebilir. Zira, koruma duygusu ve fedakarlığa dayanan özleri bir kez zarar gördüğünde artık eskisi gibi uygulanması mümkün olmayabilir.

Taşıdığı mutlak önem ve anlam nedeniyle vazgeçilmez olan tıp mesleğinin uygulayıcılarının da sorumluluk kaygısı ve korkusu nedeniyle kendilerini baskı altında hissetmeleri ve meslekten soğumalarının toplum için yaratacağı tehlike göz önünde tutulduğunda, hekimleri mesleklerini icra ederken ikilemde bırakmayacak, hukuken daha güvende hissetmelerini sağlayacak uygulamalara işlerlik kazandırılması yönünde gerekli önlemler alınmalıdır. Genel nitelikteki bu kaygı, öneri ve temennilerin yanı sıra, daha spesifik önerilerimizi de, sağlık kurumlarının yönetimlerinde, bünyelerinde çalışan hekimlerin mesleki özerkliğine ve tedavi serbestliğine müdahale eden uygulamalarının önlenmesi, tedaviye cevap vermeyen, ancak bilinci kapalı olduğu için iradesine de ulaşamayan hastalar bakımından ikilemde kalan hekimler için, tedaviye devam etme veya sona erdirme kararlarını verirken kısmen de olsa yardımcı olacak objektif kriterlerin belirlenmesi ve hukuki uyumsuzluk süreçlerinde dikkate alınması için gerekli düzenlemelerin yapılması, yoğun bakım üniteleri için objektif hasta kabul ve çıkış kriterlerinin belirlenmesi ve işler hale getirilmesi, yine hukuki uyumsuzlukların çözümünde bu kriterlerin dikkate alınması yönünde gerekli düzenlemelerin yapılması, doğum öncesi dönemde saptanmış fetal anomali ve hastalıklarda gebelik sonlandırma kriterlerinin revize edilmesi ve yasal düzenlemelerde daha açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınması, özürlü yenidoğanlara yapılacak müdahaleler ve tedaviye devam etme veya kesme yönünde hekime yardımcı olacak objektif kriterlerin belirlenmesi ve hukuki uyumsuzlukların çözümünde bu kriterlerin dikkate alınması için gerekli

düzenlemelerin yapılması, hastanın bireysel olarak yeterli şekilde aydınlatılmış olup olmadığını ortaya koymak üzere, örneğin etkili bir aydınlatma sürecinin gerçekleştirilmesine yönelik objektif kriterler belirlenerek kontrol listeleri hazırlanması, aydınlatma süreci ilerlerken her iki tarafça da doldurularak ve somut tıbbi durumu da dikkate alan aydınlatma ve açıklamalar da eklenerek, her iki tarafça yazılı şekilde kayıt ve imza altına alınması ve hukuki bir uyuşmazlıkta, aydınlatmanın yapıldığının ispatı bakımından işlerlik kazandırılması, ayrıca tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan davalarda olası tazminatların karşılanması için alternatif uygulamalara yönelik yasal düzenlemeler yapılması, tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüyle görevli ihtisas mahkemeleri oluşturulması, bu uyuşmazlıklarda başvurulacak bilirkişililerin ve hatta öncesinde başvurulacak arabulucuların taşımaları gereken niteliklere ilişkin kriterlerin yüksek tutulması ve uygulamaların titizlikle denetlenmesi, tıbbi uygulamala hatalarına ve defansif tıp uygulamalarına yol açan nedenlerin, hekimlerin çeşitli nedenlerle hissettikleri psikolojik baskılar da dahil, kaynağında tespit edilerek bertaraf edilmesine yönelik önlemlerin alınması şeklinde dile getirebiliriz. Bir yandan tıp hukuku alanında dünyada yaşanan hızlı değişim ve gelişmeler, diğer yandan ülkemiz uygulamalarında yaşanan bazı sorunlar bir arada değerlendirildiğinde, gözümüzden kaçan daha nice sorun olduğunun ve bunlara yönelik sayısız çözüm önerilerinin üretilmesi ve detaylandırılmasının gerekli olduğunun da ayrıca farkındayız. Ancak mevcut durumu iyileştirmeye yönelik girişimlere bir an önce başlanmasının, en azından süreçlerin daha komplike hale gelmesine ve tarafların daha fazla zarar görmesine engel olacağı kanısındayız.

KAYNAKÇA

Kitap ve Süreli Yayınlar

ABAOĞLU, Cihat / ALEKSANYAN, Vahe, Teşhiste Temel Bilgi, Propedötik, İkinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1982.

ACAR, Volkan H., Yararsız Tedavi (Futile Treatment), Türkiye Biyoetik Dergisi, Cilt:3, Sayı: 2, Yıl: 2016, s: 74-84.

ADIGÜZEL, Sibel, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:19, Yıl:5, Ekim 2014, s: 943-995.

AKCA, Nesrin / YILMAZ, Ali / IŞIK, Oğuz, Sağlık Çalışanlarına Uygulanan Şiddet: Özel Bir Tıp Merkezi Örneği, Ankara Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, Yıl: 2014, s: 1-12.

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 22.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Medeni Hukuk, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, III. Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Hasta- Hekim Hakları ve Yükümlülükleri, Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları (Ed.BAHAR SAYIN, Hediye), Eskişehir 2016.

AKOVA, Murat, Sağlık Personeline Kan Yoluyla Bulaşan İnfeksiyon Hastalıkları ve Korunmak İçin Alınacak Önlemler, Sağlık Çalışanlarının Sağlığı I.Ulusal Kongresi Bildiri Kitabı, Ankara Tabip Odası, Ankara 1999, s: 48-54.

AKSU, M. Feridun, Maternal Mortalite, Morbidite Tanım, Epidemiyoloji, Türkiye ve Dünya'da Durum Ve Maternal Mortalite'yi Düşürmek İçin Yapılması Gerekenler, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Maternal Mortalite ve Morbidite Sempozyumu, 23 Haziran 1999, İstanbul, s: 9-16.

AKTUĞLU, Kemal / HANCI, Hamit, Acil Servislerde Şiddet Tehdidi, Mevzuat Dergisi, Sayı: 17, Yıl: 2, Mayıs 1999.

AKÜNAL, Teoman, 2238 Sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s: 19-30.

ALİKAŞİFOĞLU, Ayfer, Ambigüus Genitalia’ya Klinik Yaklaşım, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Cilt 12, Sayı 4, Yıl: 2013, s: 141-145.

ALKANAT, B. Murat, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 5, Yıl: 2002, s: 177- 180.

ALTUNKAŞ, Aysun, Ötanazinin Türleri ve Ötanazinin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, III. Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık Ankara 2017.

ARIBAL, Dikmen, Propedötik, Hasta Yakınmaları, Belirtiler, Muayene Bulguları ve Tanı, Pelikan Kitabevi, Ankara 2015.

ARPACI, Abdülkadir, Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 5- 14.

ARSLANTAŞ, Ali, Tıbbi Dokümantasyonun Hukuksal Yönü, Tıbbi Dokümantasyon, TC Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2495, Açık Öğretim Fakültesi Yayını No:1466, s: 38-49.

ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.

ATAAY, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 5. Basım, Der Yayınları, İstanbul 1995.

ATASAY, Begüm / ARSLAN, Saadet, Anne ve Yenidoğan Hakları Barselona Deklarasyonu, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 12, Yıl: 2001, s: 457- 459.

ATICI, Elif, Hasta- Hekim İlişkisi Kavramı, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 1, Yıl: 2007, s: 45-50.

ATICI, Elif, Hasta- Hekim İlişkisini Etkileyen Unsurlar, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 91-96.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.

AYAN, Serkan, Ödeme, TBK m. 99, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 843-866.

AYBAY, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 12.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.

AYDIN, Erdem, Doğum Hekimliği Maternal-Fetal Tıpta Etik ve Yasal Boyut. (Ed. Bekaş, Sinan), Medikal Network, Ankara 2004, s:164-172.

AYDIN, Murat, Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, Yıl: 2011, s: 69-100.

AYDIN, Murat, Organ ve Doku Nakli ve Organ ve Doku Naklinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s: 209- 276.

AYDIN, Nizamettin, Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 22, Aralık 2008, s: 297-326.

AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, Hukuki Kurum Rızanın Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt: VI, Sayı: 2, Yıl: 2009, s:135- 164.

BAFRA, Jale, Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar, Türkiye Klinikleri Journal of Forensic Medicine and Forensic Sciences, Cilt:1, Sayı: 1, Yıl: 2004, s: 47-54.

BAMBERGER, Heinz Georg / ROTH, Herbert / HAU, Wolfgang / POSECK, Roman, Beck’sche Online Kommentar BGB, MÜLLER- ENGELS, Gabrielle, 47. Edition, Stand: 01.08.2018.

BAŞTÜRK, Engin, Do - Not - Resuscitate (DNR) Talimatının Temel Etik İlkeler Açısından Değerlendirilmesi, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 2003, s: 12-21.

BAYRAK, Samet, Olgularla Tıbbi Bilirkişilik, Akademisyen Kitabevi, Ankara 2018.

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul 1972.

BAYRAKTAR, Köksal, Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s: 52- 60.

BEERS, Mark H. / PORTER, Robert S. / JONES, Thomas V./ KAPLAN, Justin L. / BERKWITS, Michael, The Merck Manual, Tanı / Tedavi El Kitabı, 18. Edisyon, (Çev. Ed. SOLAKOĞLU, Zeynep), Merck Araştırma Laboratuvarları, Yüce Yayım, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2008.

BGE 105 II, 284 cons 6, JdT 1980, 172. aktaran TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s: 420.

BHAT, Pavat / DRETTLER, Alexandra / GDOWSKI, Mark / RAMGOPAL, Rajeev / WILLIAMS, Dominique, Washington Manual Tıbbi Tedavi El Kitabı, 35.Baskı (Çev. Ed. TUNÇKALE, Aydın), Lippincott Williams & Wilkins, Wolter Kluver Health, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2018.

BICKLEY, Lynn S./ SZILAGY, Peter G., Bates Fizik Muayene ve Anamnez Alma Kılavuzu, 11. Baskı, (Çev. Ed. KARAN, Mehmet Akif), Lippincott Williams & Wilkins, Wolters Kluwer, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2015.

BICKLEY, Lynn, S., Bates'in Fizik Muayene ve Anamnez Cep Kılavuzu, (Çev. Ed. BÜYÜKGEBİZ, Oğuzhan), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2016.

BOUMIL, Marcia M / ELIAS, Clifford E /MOES,Diane Bissonnette, Medical Liability in a Nutschell, 2 nd Edition, Thomson- West 2003.

BOZKURT, Enver, İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 13-17.

BOZOKLAR, Ata, Organ Nakli Koordinasyon Sistemi ve Sağlık Bakanlığı Uygulamaları, A'dan Z' ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, II.Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s: 281-287.

BRADSHAW, Karen D., Bölüm 18 Anatmik Bozukluklar, Williams Jinekoloji (Ed. HOFFMAN, Barbara L. / SCHORGE, John O. / SCHAFFER, Joseph I. / HALVORSON, Lisa M. / BRADSHAW, Karen D. / CUNNINGHAM, Gary F.- Çev. Ed. YILDIRIM, Gökhan), Mc Graw Hill Companies, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2016, s: 481-505.

BRENNER, Paul F / MISCHELL, Daniel R, Doğum Kontrolü: Kontrasepsiyon, Sterilizasyon ve Gebeliğin Sonlandırılması, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, 6. Baskı, (Ed. SCOTT / James R / DiSAIA Philip J, HAMMOND / Charles B, SPELLACY / William N, Çev. Ed. EREZ, Selçuk) , JB Lippincott Company, Philadelphia 1990.

BROX Hans / WALKER, Wolf- Dietrich, Grundrisse des Rechts, Allgemeines Schuldrecht, 32. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2007.

BROX, Hans / WALKER, Wolf- Dietrich, Grundrisse des Rechts, Besonderes Schuldrecht, 34. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2010.

BURCHARDT, Monika, Vertretung Handlungsunfähiger Volljähriger Patienten durch Angehörige, Göttinger Schriften zum Medizinrecht Band 9, Universitätsverlag Göttingen 2010.

BUSCHE, Jan, Die Begründung von Schuldverhältnissen, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

BÜKEN, Nükhet Örnek, Etik ve Hukuk Açısından Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 33-42.

BÜYÜKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım, Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

BÜYÜKBAYRAM, Ayşe / OKÇAY, Hale, Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddeti Etkileyen Sosyo- Kültürel Etmenler, Psikiyatri Hemşireliği Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: 2013, s: 46-53.

BÜYÜKÖZTÜRK, Kemalettin / ATAMER, Tanju / DİLMENER, Murat / ERZENGİN, Faruk / KAYSI, Abdülkadir / ÖKTEN, Atilla, İç Hastalıkları, Cilt I, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007.

BÜYÜKÖZTÜRK, Kemalettin / ATAMER, Tanju / DİLMENER, Murat / ERZENGİN, Faruk / KAYSI, Abdülkadir / ÖKTEN, Atilla, İç Hastalıkları, Cilt II, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007.

“Captain of the Ship Doctrine” Continues to Take on Water, AORN Journal 2001 October, Vol: 74 Issue: 4, p: 525-528.

CAREY, J.Chris / GIBBS, Ronald S., Preterm Eylem ve Postterm Doğum, (Çev. HİMMETOĞLU, Özdemir / CELTEMEN, Baran), Danforth’s Obstetrik ve Jinekoloji, 10.Baskı, Ed. GIBBS, Ronald S. / KARLAN, Beth Y: / HANEY, Arthur F. / NYGAARD, Ingrid (Cev. Ed. AYHAN, Ali), Wolters Kluwer, Lippincott Williams & Wilkins, Güneş Tıp Kitabevleri, İstanbul 2010.

CECILE, Russell, İç Hastalıkları Cilt I, (Çev. ÇETİNGİL, Ali İsmet / YENSON, Mutahhar / POLVAN, Necmettin / ABAOĞLU, Cihat / UNAT, Ekrem Kadri / BİLGİR, Metine / SAKA, Osman), İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.

CECILE, Russell, İç Hastalıkları Cilt II, (Çev. ÇETİNGİL, Ali İsmet / YENSON, Mutahhar / POLVAN, Necmettin / ABAOĞLU, Cihat / UNAT, Ekrem Kadri / BİLGİR, Metine / SAKA, Osman), İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Talebe Cemiyeti Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.

CİVANER, Murat, Hekimin Bulaşıcı Hastalık Taşıyan Hastaya Sağlık Hizmeti Sunma Ödevi: Nereye Kadar? Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku- Tarihi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 3, Yıl: 2007, s: 166-175.

CHATTON, Milton J, Tıbbi Tedavi El Kitabı, 3.Baskı, (Çev. URGANCIOĞLU, İrfan), Tıp Teknik Kitabevi, İstanbul 1977.

CHIU, Tor Wo, Stone’s Plastic Surgery Facts and Figures, Third Edition, Cambridge University Press, New York, Cambridge 2011.

COŞAR, Ahsen, Hasta Hakları, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 7-18.

CUNNINGHAM, Gary F, Gebelik Sonlandırılması, İlk Trimester Gebelik Kaybı, Williams Jinekoloji (Ed. HOFFMAN, Barbara L. / SCHORGE, John O. / SCHAFFER, Joseph I. / HALVORSON, Lisa M. / BRADSHAW, Karen D. / CUNNINGHAM, Gary F.- Çev. Ed. YILDIRIM, Gökhan), Mc Graw Hill Companies, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2016, s: 171- 197.

CUNNINGHAM, Gary F. / LEVENO, Kenneth J. / BLOOM, Steven L. / SPONG, Catherine Y./ DASHE, Jodi S./ HOFFMAN, Barbara L. / CASEY, Brian M./ SHEFFIELD, Jeanne S., Prenatal Diagnosis, (s: 283- 305), Labor, Physiology of Labor, Normal Labor, Delivery, Vaginal Delivery, (s: 536-555), Williams Obstetrics, 24th Edition, Mc Graw Hill, USA 2014.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, Kamu Görevlilerinin Yükümlülükleri ve Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul 2007.

ÇAKMUT, Özlem, Hastanın Tedaviyi Durdurma veya Reddetme Hakkı, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009, Girne, KKTC Bildiri Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

ÇAKMUT, Özlem, Hekimler Tarafından Tutuklu veya Hükümlülere Tıbbi Olmayan Nedenlerle Zorla İlaç Verme, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VI, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 231-250.

ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, Cilt 1, İstanbul 2007.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Türk Ceza Yasası'nda Genital Muayene Suçu, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2011, s: 49- 64.

ÇALANGU, Semra / ERAKSOY, Haluk / DİLMENER, Murat / ÇAĞATAY, Atahan, İnfeksiyon Hastalıkları, BÜYÜKÖZTÜRK, Kemalettin / ATAMER, Tanju / DİLMENER, Murat / ERZENGİN, Faruk / KAYSI, Abdülkadir / ÖKTEN, Atilla, İç Hastalıkları, Cilt I, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007, s: 1097- 1429.

ÇAVDAR, Pelin, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, , Cilt: 22, Sayı: 3, Yıl: 2016, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s: 735- 768.

ÇELİK, Faik, Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl 2006, (Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), s: 71-81.

ÇELİK, Sevim, Yoğun Bakım Ünitesinde Hasta Kabul ve Taburculuk Kriterleri, Yoğun Bakım Hemşireliği Dergisi 2007; Cilt 11, Sayı 2, s: 96-101.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

ÇOBANOĞLU, Nesrin, Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009.

DEĞERLİ, Ünal, Müşahede Alma, Cerrahi Semiyoloji (Ed. DEĞERLİ, Ünal / EMRE, Ali), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 1986, s: 1-4.

DEĞERLİ, Ünal, Semptom, Tanı, Ayırıcı Tanı, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2015.

PORTER, Robert S. / KAPLAN, Justin L. / HOMEIER, Barbara P., The Merck Manual, Hasta Belirtileri, Pratik Tanı ve Tedavi Rehberi, (Çev. Ed. TURFANER SİPAHİOĞLU), Merck Araştırma Laboratuvarları, Yüce Yayım, İstanbul 2014.

DEMİR, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 3, Yıl: 2008, s: 225- 252.

DEMİR, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 153- 160.

DEMİR, Mehmet, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

DEMİROĞLU, Cem'i, İç Hastalıkları Ders Notları, Ankara 1985.

DERYAL, Yahya, Hasta Hakları (İlkeler- Normlar- Yaptırımlar), Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul 2007.

DERYAL, Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişilik, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara 2004.

DETTMEYER, Reinhard, Medizin & Recht, Rechtliche Sicherheit für den Arzt, 2. Auflage, Springer Medizin Verlag, Heidelberg 2006.

DEUTSCH, Erwin / SPICKHOFF, Andreas, Medizinrecht, 7. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2014.

DEUTSCH, Erwin, Deutsche Sonderwege für Arzthaftung, NJW 2012, 2009, beck-online.

DEUTSCH, Erwin, Die Aufklärung über mögliche Komplikationen durch den Impfarzt, Humaniora, Medizin- Recht- Geschichte, Festschrift für Adolf LAUFS zum 70. Geburtstag, KERN, Bernd- Rüdiger / WADLE, Elmar, SCHROEDER / Klaus-Peter / KATZENMEIER, Christian (Hrsg), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, s: 753-765.

DİLMENER, Murat / BOZFAKIOĞLU, Yavuz / DEĞERLİ, Ünal / Tanı ve Tedavi, 7.Baskı, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007.

DOODY, J. Kevin, İnfertil Çiftin Tedavisi, Williams Jinekoloji (Ed. HOFFMAN, Barbara L. / SCHORGE, John O. / SCHAFFER, Joseph I. / HALVORSON, Lisa M. / BRADSHAW, Karen D. / CUNNINGHAM, Gary F.- Çev. Ed. YILDIRIM, Gökhan), Mc Graw Hill Companies, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2016, s: 559-523.

DOĞAN, Cahid, Tedaviyi Kabul Etmeme ve Durdurma Hakkı, Kadir Has Üniversitesi, II.Sağlık Hukuku Sempozyumu (İstanbul 2009), İstanbul 2011.

DOĞAN, Murat, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Ankara 2009, s: 41- 60.

Dorland's Pocket Medical Dictionary, 28 th Edition, Saunders Elsevier, Philadelphia 2009, s: 195.

DÖLLING, Dieter, Zur Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen, Humaniora, Medizin- Recht- Geschichte, Festschrift für Adolf LAUFS zum 70. Geburtstag, KERN, Bernd- Rüdiger / WADLE, Elmar / SCHROEDER, Klaus-Peter / KATZENMEIER, Christian (Hrsg), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, s: 767- 780.

DÖNMEZ, Burcu, TCK' da Çocuk Düşürtme Suçu, Mukayeseli Hukuk ve AİHM'in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Yıl: 2007.

DUGOFF, Lorraine, (Çev. ŞAHİN, Feride), Prenatal Tanı, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, 10.Baskı, Ed. GIBBS, Ronald S. / KARLAN, Beth Y: / HANEY, Arthur F. / NYGAARD, Ingrid (Cev. Ed. AYHAN, Ali), Wolters Kluwer, Lippincott Williams & Wilkins, Güneş Tıp Kitabevleri, İstanbul 2010.

Durable Power of Attorney for Health Care,
<http://med.wmich.edu/sites/default/files>, <https://www.uwmedicine.org/patient-care/Documents/Durable-Power-Attorney-Health-Care.pdf>.

DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

DURAL, Mustafa, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s: 249- 258.

DURAL, Mustafa, Hekimin Sorumluluğu ve Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s: 153-156.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

DÜLGER, İbrahim, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008, Türk Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.

EKMEN, Azmi, Avrupa Birliği Ülkelerinde Malpraktis Sigortası Uygulamaları, T.C. Sağlık Bakanlığı Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, dosyasb.saglik.gov.tr/.../1492,arastirma---ab-de-malpraktis-sigortasi-uygulamaları

EKŞİ, Ali / ZOGHI, Mehdi, ÇERTUĞ, Agah, Hastane Öncesi Acil Bakımda Temel ve İleri Yaşam Desteği, KitapAna Yayıncılık, İzmir 2015.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.

ERGÜN, Yılmaz, İncelemeden Tanıya, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2005.

ERGÜNE, Mehmet Serkan / KURŞUN, Ali Suphi, Kesin Hükümsüzlük, TBK. 27, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 109-156.

ERMAN, Barış, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

ERMAN, Hasan, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 38, Sayı 1-4, Yıl: 1973, s: 601- 619.

ERSOY, Nermin, Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku- Tarihi Dergisi, Cilt:3, Sayı: 1, Yıl: 1995, s:1-5.

ERTEKİN, Cemalettin, Travmaya Genel Yaklaşım, Dahili – Cerrahi – Adli Aciller El Kitabı, (Ed. SEVER, Mehmet Şükrü / YAZICI, Halil), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2018, s: 374- 379.

ESSER, Josef / SCHMIDT, Eike, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband I, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 7. Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1992.

ESSER, Joseph / WEYERS, Hans Leo, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 7. Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.

FEYZİOĞLU, Metin, Açlık Grevi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt : 43, Sayı: 1-4, 1993, s:157.

FIKENTSCHER, Wolfgang, Schuldrecht, Sechste Auflage, de Gruyter Lehrbuch, Walter de Gruyter, Berlin, New York 1976.

FISCHER, Gerfried, Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, (Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu), Yıl: 2006, s: 17-29.

FLUME, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zwitter Band, Das Rechtsgeschäft, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1965.

GEHRLEIN, Markus, Grundwissen Arzthaftungsrecht, Verlag C.H.Beck, München, 2013.

GENÇCAN, Ömer Uğur, Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Hukuki Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 201- 211.

GENZEL, Herbert, Die einzelnen Vertragstypen der Krankenhausbehandlung, § 93, Handbuch des Arztrechts, 2. Auflage, (Ed. LAUFS, Adolf / UHLENBRUCK, Wilhelm), C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999.

Gelöbnis. (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, <http://www.bundesaerztekammer.de>.

GIFFORD, Ray W. Primum non nocere. JAMA, Cilt: 238. Sayı:7, Yıl: 1977, s: 589-590.

GİRİTLİOĞLU, Hakan, Hasta Haklarının Korunmasında ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 19-26.

GOLDSTEIN, MK / VALLONE, RP / PASCOE, DC / WINOGRAD, CH, Durable power of attorney for health care. Are we ready for it?, Western Journal of Medicine, Volume 155, Issue 3, 1991 Sep, s: 263–268.

GOSHORN, Eric C. / KAN Justin A./ VICARIO, Salvator J. (Çev YÜCEL, Murat / YÜRÜMEZ, Yusuf), Temel ve İleri Kardiyak Yaşam Desteği, Acil Tıp – Güncel Tanı ve Tedavi, Lange, (Ed. STONE, C.Keith / HUMPHRIES, Roger, L. Çev. Ed. SATAR, Salim / GÜNEYSEL, Özlem / BEKTAŞ, Fırat), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2012.

GOJAYEVA, Alvina, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 28-69.

GÖÇMEN, Erkin/ GÖÇMEN, Ali, Hasta Hakları Kavramı ve Hasta Hakları Yönergesi Üzerine, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:78, Sayı:1, Yıl: 2004/1, s: 128-142.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

GÖNENÇ, Fulya İlçin, Kişiliğin Korunması ve Ötanazi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, III. Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2017.

Grand Chamber Judgment, Jalloh v. Germany, European Court Of Human Rights, Press release 421(2006),11.07.2006, Jalloh v Germany (App no 54810/00) ECHR 11 July 2006, <http://www.hr-dp.org/contents/534>.

GRANT, Robert T. / CHEN Constance M., Cosmetic Surgery, Lange, Mc Graw Hill, New York, 2010.

GRÄBL, Nicole Monika, Medizinische Selbstbestimmung mit besonderem Augenmerk auf Patientenverfügungen, Bachelorarbeit, Medizinischen Universität Graz Institut für Pflegewissenschaft, Graz, 2016.

GREINER, Hans Peter, Haftungsbegründete Kausalität, Medizinrecht 3. Auflage, SPICKHOFF, Andreas (hrsg), Beck'sche Kurz- Kommentare, CH Beck Verlag, München 2018.

GUNTHER, Daniel F., DIEKEMA, Douglas S., Attenuating Growth in Children with Profound Developmental Disability, A New Approach to an Old Dilemma, Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine, Volume 160, Issue 10, 2006, s. 1013-1017.

GÜLALP, Betül / KARCIOĞLU, Özgür / KÖSEOĞLU, Zikret / SARI, Azade, Dangers faced by emergency staff: experience in urban centers in southern Turkey (Tehlikelerle karşılaşan sağlık personeli: Türkiye'nin güney kent merkezlerinden deneyimler), Ulusal Travma ve Acil Cerrahi Dergisi, Yıl: 2009, Cilt: 15, Sayı: 3, s: 239-242.

GÜLAN, Aydın, Kamu Hizmeti Kavramı, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-3, Yıl: 1988, s: 147-159.

GÜLEL, İlhan, Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1,Sayı:5, Yıl: 2011 / 4, s: 585- 644.

GÜLER, Mehmet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008.

GÜLLÜOĞLU, Yasemin, Türk Hukukunda Hasta Hakları Kavramı (Hukuki Nitelik ve Sonuçları), T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Dan. HATEMİ, Hüseyin), İstanbul 2008.

GÜLŞEN, Recep, Hekimlerin Çocuk Düşürmede Oluşan Cezai Sorumluluğu, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 183- 200.

GÜLŞEN, Recep, Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s: 1209-1228.

GÜNDAY, Rezzan, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

GÜNDOĞDU, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, XI Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

GÜNEY TUNALI, Işıl, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

GÜRAN, Sait, Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s: 77-86.

GÜRLER, Meryem, Afetlerde Acil Yardım ve Triyaj, Ambulans ve Acil Bakım Teknikerleri (Paramedik) için Temel Konular ve Tedavi Yaklaşımları, EMA Tıp Kitabevi, İstanbul 2016.

GÜRSU, Güler / KEÇİK , Abdullah, Plastik Cerrahi, Temel Cerrahi, Cilt II (Ed. SAYEK, İskender), Güneş Kitabevi, Ankara, 1991, s: 1329- 1354.

HAGER, Johannes, Das Recht der unerlaubten Handlungen, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

HAKERİ, Hakan, Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları, Tıp Hukuku Dergisi, Sayı:2, Yıl: 2012, Legal Yayıncılık, s: 1-9.

HAKERİ, Hakan, Hekimin Yükümlülükleri, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi, II.Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku Temel Bilgiler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukukunun Genel Kavramları, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul 2007, s: 65-95.

HALVORSON, Lisa M., İnfertil Çiftin Değerlendirilmesi, Williams Jinekoloji (Ed. HOFFMAN, Barbara L. / SCHORGE, John O. / SCHAFFER, Joseph I. / HALVORSON, Lisa M. / BRADSHAW, Karen D. / CUNNINGHAM, Gary F.- Çev. Ed. YILDIRIM, Gökhan), Mc Graw Hill Companies, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2016 s: 506- 528.

HAMDY, Freddie C. / BASLER, Joseph W. / NEAL, David E. / CATALONA, William, Testicular Cancer, Spermatic Cord and Scrotal Cancer, Management Urologic Malignancies, Churchill Livingstone, London, Edinburgh, New York, Philadelphia, St Louis, Sydney, Toronto 2002, s: 413- 478 ve s: 479- 495.

HANCI, Hamit, Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

HANYALOĞLU, Ayşe Gül, Malpraktis, Hekimler için Hukuksal Yaklaşım ve Sigorta Rehberi, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul 2011.

HART, Dieter, Vertrauen, Kooperation und Organisation, Probleme der Zusammenarbeit, der Übergabe und an Schnittstellen im Arzthaftungsrecht, Humaniora, Medizin- Recht- Geschichte, Festschrift für Adolf LAUFS zum 70. Geburtstag, KERN, Bernd- Rüdiger / WADLE, Elmar, SCHROEDER / Klaus-Peter / KATZENMEIER, Christian (Hrsg), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, s: 843-879.

HATCHER, Robert A / KOWAL, Deborah / GUEST, Felicia Jane / TRUSSELS, James / STEWART, Felicia / Stewart Gary K./ BOWEN, Sylvia / CATES, Williard / Kontraseptif Yöntemler: Uluslararası Basım, (Çev. Ed. AKIN DERVİŞOĞLU, Ayşe), İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul 1990.

HATIRNAZ EROL, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara 2009.

HATIRNAZ EROL, Gültezer, Sağlık Çalışanlarının Hukuki Sorumluluğu ve Hukuk Yargılama Süreci Tamamlanmış Dava Örnekleri, Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012.

HAVUTÇU, Ayşe, Hasta Hakları ve Hasta Tasarrufu, Prof.Dr. M. İlhan ULUSAN'a Armağan (Ed. ALTOP, Atilla / WELSER, Rudolf / BELLİCAN, Cüneyt / URAL ÇINAR, Nihal / GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s: 402- 416.

HEYERS, Johannes, Einführung in das Arzthaftungsrecht, Bonner Rechtsjournal, Ausgabe 02 / 2012, s: 135 -148.

HIRSCH, Christine, Arzthaftung Bei Fehlgeschlagener Familienplanung, Manzsche Verlags- und Universitaetsbuchhandlung, Wien 2002.

HUBER, Peter, Der Inhalt des Schuldverhältnisses, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

IŞIK YILMAZ, Berfin, Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 98, 2012 (389-410).

İLHAN, Mustafa / ÖZKAN, Seçil / KURTCEBE, Özlem / AKSAKAL, Nur, Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde Çalışan Araştırma Görevlileri ve Intörn Doktorlarda Şiddete Maruziyet ve Şiddetle İlişkili Etmenler, Toplum Hekimliği Bülteni, Cilt: 28, Sayı: 3, Eylül-Aralık 2009, s:15-22.

İLHAN, Mustafa Necmi / ÇAKIR, Mustafa / TUNCA, Müzeyyen Zeynep / AVCI, Emine / ÇETİN, Emel / AYDEMİR, Önder / TEZEL, Asuman / BUMİN, Mehmet Ali, Toplum Gözüyle Sağlık Çalışanlarına Şiddet: Nedenler, Tutumlar, Davranışlar, Gazi Medical Journal(Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi), Yıl 2013, Cilt: 24, Sayı: 1, s: 5-10.

İLİKAN RASİMOĞLU, C ., Baby Doe Vakası Özelinde Engelli Yenidoğanlara Dair Etik Sorunların Tarihi, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:19, Yıl: 2018, s: 15-40.

İMAMOĞLU, Hülya, Hasta Vasiyeti, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, III.Ulusal Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, (Ed. TACİR, Hamide / ALTUNKAŞ, Aysun), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

İNAL, Tamer, Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

İPEKYÜZ, Filiz Yavuz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

JANDA, Constanze, Medizinrecht, 3. Auflage, UVK Verlagsgesellschaft, Konstanz und München, 2016.

JONES, Thomas R. / FRITZ, David (6. Basımın Revizyonu)(Çev. GÜNGÖR, Faruk / ŞAŞMAZ, İkbal), Yara Bakımı, Acil Tıp, Güncel Tanı ve Tedavi, Lange, Ed. STONE, C.Keith / HUMPHRIES, Roger, L. ,(Çev. Ed. SATAR, Salim / GÜNEYSEL, Özlem / BEKTAŞ, Fırat), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2012, s: 467- 487.

KADIGİL, Sera, Engelli Haklarında Yeni Bir Olgu, Ashley Tedavisi, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012.

KAHRAMAN, Zafer, Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl: 2016, s: 479-510.

KAHVECİ, Nalan, Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı / Sorumsuzluk Anlaşması / Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, TBK m.114-116, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 905- 941.

KAISER, Dagmar, Leistungsstörungen, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

KANBUR, Mehmet Nihat, Genital Muayene Suçu, (Türk Ceza Kanunu m.287), Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 16, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s: 7-29.

KANBUR, Mehmet Nihat, Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s: 1229- 1258.

KANETİ, Selim, Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s: 60-75.

KAPANCI, Kadir Berk, Müteselsil Sorumluluk, TBK m. 61-62, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürülük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s: 425-496.

KARA KILIÇARSLAN, Seda, Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

KARAHACIOĞLU, Ali Haydar / PARLAR, Aynur, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Bilge Yayınevi, Ankara 2012.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1995.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeler, Genişletilmiş 6.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003.

KATOĞLU, Tuğrul, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1, Yıl: 2006, s: 157-193.

KATZENMEIER, Christian, Der Behandlungsvertrag- Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, 817, s: 818, beck-online

KATZENMEIER, Christian, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, Eine kritische Betrachtung des Patientenrechtegesetz- Regierungsentwurfs, MedR (2012) 30, s: 576- 583.

KAYA, Mine, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 100, Yıl: 2012, s: 45-82.

KAYSI, Abdülkadir, Genel Bilgiler, Giriş, Anamnez Alma, Fizik Muayene, İç Hastalıkları (Semiyojoloji), (Ed. KAYSI, Abdülkadir), Alfa Yayıncılık, 10 Baskı, İstanbul 2016.

KESKİN, Necla / YAPÇA, Gamze / TAMAM, Lut, Transseksüalizm: Klinik Özellikleri ve Yasal Konular, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry 2015;7(4), (436-447).

KESKİNCİ KAPTAN, Derya, Hekimin Sorumluluğu Davalarında Objektif İspat Yükü, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, Roche Müstahzarları Sanayi AŞ; İstanbul 2009.

KICALIOĞLU, Mustafa.: Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

KILIÇ, Seval, Hukuku Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2012, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Legal Yayıncılık, s: 83- 101.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş, 21.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

KIZILKAYA DOĞRU, Ezgi, Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Hakları, Açlık Grevi ve AIDS / HIV, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

KİRKİT, Ecem, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

KIZIROĞLU, Serap Keskin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Özel Sayı, Cilt 19, Sayı: 2, Yıl 2013.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Bası'dan 5. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

KOÇ, Acar / YÜCE, Tuncay / KALAFAT, Erkan, Fetal Tanısal Invazif Girişimler, Endikasyonları, Tekniği ve Riskleri, Türkiye Klinikleri Dergisi, Jinekoloji ve Obstetrik, Prenatal Tanı Özel Sayısı (Ed. HAS, Recep), Cilt 10, Sayı 1, Yıl 2017.

KORNBLATT, Jillian, The Ashley Treatment: The Current Legal Framework Protects the Wrong Rights, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Volume 10 | Issue 2, Article 12, 2009, s: 773-800.

KOTTKE, Melissa A. / ZIEMAN, Mimi, Bölüm 33 Abortus Yönetimi, (Çev. ALTUNYURT, Sabahattin / OLGAN, Şafak), Te Linde, Operatif Jinekoloji, 10. Baskı, (Ed. ROCK, John A. / JONES, Howard W.- Çev. Ed. YILDIRIM, Yusuf / GÜLTEKİN, Emre), İzmir Güven Kitabevi, İzmir, 2013, s: 776 - 797.

KOYUNCU, Adem, Das Arzthaftungsrecht In Deutschland- Ein Überblick, Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı (Ed. DOĞAN, Hanzade/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / NAMAL, Arın), Cilt: I, Sayı: I, Ekim 2008, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2009, s: 73- 82.

KOZIOL, Helmut / WELSER, Rudolf, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, 12. Neu bearbeitete Auflage (Auf Grundlage der von Dr. Helmut Koziol und Dr. Rudolf Welser gemeinsam herausgegebenen 1-10.Auflage), Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Wien 2001.

KÖBLER, Gerhard, Vom Arzt im Recht zum Arztrecht, Humaniora, Medizin-Recht- Geschichte, Festschrift für Adolf LAUFS zum 70. Geburtstag, KERN, Bernd-Rüdiger / WADLE, Elmar / SCHROEDER, Klaus-Peter / KATZENMEIER, Christian (Hrsg), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, s: 156-172.

KURŞAT, Zekeriya, İrade Bozuklukları, TBK m. 30- 39, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 157-218.

KURT, Ekrem, Hekimlik Sözleşmeleri, T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul , 2011, s: 59- 75.

KURT, Gülşah, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi, No: 1, Ceza Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

KÜÇÜK, Tefik Sönmez, Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 4, Yıl: 2015, s:297- 322.

LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14.Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987.

LAUFS, Adolf / KATZENMEIER, Christian / LIPP, Volker, Die Ärztliche Hilfespflicht, Arztrecht, 7.Auflage, C.H. Beck, München 2015.

LAUFS, Adolf / UHLENBRUCK, Wilhelm, Handbuch des Arztrechts, 2.Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1999.

LAUFS, Adolf, Arztrecht, 5. Auflage, Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift, Heft 29, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993.

LILIE, Hans, Organ Ticareti Suçu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008, Türk Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s: 359- 366.

MADAZLI, Rıza, Antenatal Tarama, (s: 1-6), Fetal Anöploidi Taraması,(s: 137- 158), Gebelikte Tarama ve Öngörü (Ed. MADAZLI, Rıza), İstanbul Tıp Kitabevleri, İstanbul 2017.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, TCK ve Sağlık Mevzuatımızda Organ Nakli ve Organ Bağışından Kaynaklanan Sorunlar, A'dan Z' ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, II.Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s: 293-298.

MANGIONE, Salvatore, Fizik Teşhisin Sırları (Çev. Ed. BAŞLAR, Zafer), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2002.

MARKMAN, James F. / BRAYMAN, Kenneth L. / NAJI, Ali / OLTHOFF, Kim M. / SHAKED, Abraham, BARKER, Clyde F., Karın İçi Organların Transplantasyonu, (Çev. SÖZBİLEN, Murat / YAZICI, Pınar), Sabiston, Textbook of Surgery, Cilt 1, (Ed. TOWNSEND, Courtney M./ BEAUCHAMP, R. Daniel / EVERS, B.Mark / MATTOX, Kenneth L., - Çev. Ed. ULUSOY, Ali Naki / TOPGÜL, Koray), Saunders, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2010, s: 699-755.

MARTINEK, Michael, Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschaeftfuehrung ohne Auftrag, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

MEDICUS, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1992.

MEDICUS, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1991.

MEMMEL, Lisa / GILLIAM, Melissa, (Çev. DURSUN, Polat) Kontrasepsiyon, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, 10. Baskı, Ed. GIBBS, Ronald S. / KARLAN, Beth Y. / HANEY, Arthur F. / NYGAARD, Ingrid (Çev. Ed. AYHAN, Ali), Wolters Kluwer, Lippincott Williams & Wilkins, Güneş Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2010.

MEMMER, Michael, Wann endet die Behandlungspflicht des Arztes? Imago Hominis, Cilt:9, Sayı: 1, Yıl: 2002, s: 51- 59.

METİN, Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, XI Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

MURPHY, Ellen et al., AORN (Association of Perioperative Registered Nurses) Journal, Cilt 52, Sayı: 4, Ekim 1990, s: 863-866.

MÜLLER- GLÖGE, Rudi, § 611, Münchener Kommentar, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II (§§ 607- 704), 3. Auflage, Red. WESTERMAN, Harm Peter, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997.

NAHMMACHER, Kathrin / CLAUSEN, Tilman, Der Chefarztvertrag mit umfangreichen, rechtlichen und steuerlichen Erläuterungen, C.F. Müller, 2013.

NAMAL, Arın, Pro ve Contra Argmanlarla Etik Açısından Ötanazi, Kadir Has Üniversitesi, III. Uluslararası Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

NEUEFEIND, Wolfgang, Arzthaftungsrecht, Ein Überblick für Rechtsanwender, Ärzte und Patienten, 2. Auflage, Tectum Verlag, Marburg 1997.

NEUMAYR, Matthias, Der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot, Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung, (Hrsg von JABORNEGG, Peter/ RESCH, Reinhard / SEEWALD, Otfried), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, s: 147-164..

NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

OEHLER, Wolfgang, Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler (Çev. ÜNVER, Yener), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku

Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları
Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt: VI, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 15-28.

OEHMICHEN, F / BALLMER, P.E. / DRUML, C / JUNEK, R / KOLB, C /
KÖRNER, U. / PAUL, N.W. / ROTHÄRMEL, S. / SCHNEIDER, G / WEIMANN,
A und das DGEM Steering Committee, Ethische und rechtliche Gesichtspunkte der
Künstlichen Ernährung, Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Ernährungsmedizin
(DGEM),Aktuel Ernährungsmedizin, 2013, Sayı: 38, s: 112–117.

OĞUZ, N.Yasemin, Hasta Hakları Alanındaki Gelişmeler ve Değişen Değerler,
Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku- Tarihi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, Yıl: 1997, s:
50-55.

OĞUZ, Yasemin, Hekim Andı ve Benzeri Metinler, www.yeseminyalim.com.

OĞUZ, Yasemin N., Klinik Uygulamada Hekim- Hasta İlişkisi, Türkiye Klinikleri
Dergisi, Tıp Etiği- Hukuku - Tarihi, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl: 1995, s: 59-65.

OĞUZ, Yasemin N., Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün Eleştirel Çözümlemesi,
<http://t.ogren-sen.com/dogru/2661/index.html>.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II,
10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I,
10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY, Saibe, Kişiler Hukuku, 6. Baskı,
Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak
Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler,
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, Prof. Dr.Özer
Seliçi'nin Anısına Armağan (Ed. PİRİM, Ceren Zeynep), Cilt:11, Sayı: 145-146,
Eylül- Ekim 2016, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s: 229- 242.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin
Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Prof. Dr. Rona Serozan'a
Armağan, Cilt II, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2010, s: 1315- 1351.

OLZEN, Dirk, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse, J. von Staudingers Kommentar
zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler
des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

ORAN, Nazan Tuna / ŞENUZUN, Fisun, Toplumda Kırılması Gereken Bir Zincir: HIV/AIDS Stigması ve Baş Etme Stratejileri, Uluslar arası İnsan Bilimleri Dergisi, Cilt:5 Sayı:1 Yıl:2008, s: 1-16,

ORENSTEIN, Walter A. / PICKERING, Larry K., Koruyucu Önlemler- İmmünizasyon Uygulamaları (Çev. KUZDAN, Canan), Nelson Pediatri, Cilt 1, (Ed. KLIEGMAN, Robert M. / SCHOR, Nina F. / St GEME, Joseph W, BEHRMAN, Richard E.- Çev. Ed. AKÇAY, Teoman), Elsevier, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2015, s: 881- 895.

ÖĞÜZ, Tufan, Know-How Sözleşmesi, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

ÖZ, Turgut, Borcun İfa Edilmemesi, TBK m.112, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 867- 903.

ÖZ, Turgut, Borçların Sona Erme Halleri, TBK m. 131-137, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s:1037- 1090.

ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. İstanbul 1989.

ÖZ, M. Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Kazancı Hukuk Yayınları: 87, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 1990.

ÖZ, Turgut, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, TBK m. 129, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s: 1011- 1036.

ÖZARAS, Reşat, Sağlık Çalışanlarının Hastane Enfeksiyonlarından Korunması, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Hastane Enfeksiyonları: Korunma Ve Kontrol, Sempozyum Dizisi No:60 , Ocak 2008, s.255- 257.

ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayıncılık, İstanbul 1996.

ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

ÖZBİLEN, Arif Barış, Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s: 99-124.

ÖZCAN, Burcu / ÖZEL, Çağlar, Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt: 10, Sayı:1, Yıl: 2007, s: 49- 73

ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XII, Sayı: 3-4, Yıl: 2008, s: 374-379.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s:148-166.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa, Üreme Merkezlerinin Hukuki Sorumluluğu, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s: 453- 471.

ÖZDİLEK, Ali Osman, Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, <http://www.hayad.org.tr/tipta-yanlis-uygulama-malpraktis-sebebiyle-hekimin-hukuki-sorumlulugu>

ÖZEL, Çağlar, Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği, Ankara Barosu II.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 241-252.

ÖZKAN, Halid, Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Rıza Formları- Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Etkileri, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 61-71.

ÖZKARA, Erdem, Türkiye’de Ötanazi Uygulaması ve Ötanaziye Yaklaşım, Ankara Barosu II.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 493-509.

ÖZKAYA, Nesrin, Genital Muayene Suçu, Tıp Hukuku Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2012, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Legal Yayıncılık, s: 47-61.

ÖZLÜ, Tefvik, Karşılıklı Hak ve Sorumluluklar Bağlamında Hekim- Hasta İlişkisi, A'dan Z' ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, II.Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.

ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, Kasım 2007, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 269-292.

ÖZSUNAY, Ergun / ELVER, Nazan, Hekimin ve Hastanenin Hukuksal Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.

ÖZSUNAY, Ergun, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s: 31-58.

ÖZSUNAY, Ergun, Üremeye Yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8. Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s: 57- 82.

ÖZTÜRK, Bahri (Ed.), Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ÖZTÜRK, Bahri, Otanazi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008, Türk Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s: 104-108.

ÖZVARIŞ, Şefkat Bahar, Doğurganlığın Düzenlenmesi, Aile Planlanmasında Temel Bilgiler, 2. Baskı, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul 2002.

ÖZVARIŞ, Şefkat Bahar, Türkiye'de Aile Planlamasının Durumu, Günümüzde Kontrasepsiyon, (Ed: GÖKMEN, Oya / ÇİÇEK, Nedim), Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2001.

ÖZVARIŞ, Şefkat Bahar, Üreme Sağlığı ve Aile Planlaması, Aile Planlamasında Temel Bilgiler, 2. Baskı, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul 2002.

ÖZYURDA, Ferda, Aile Planlaması, Aile Planlaması Ders Kitabı, Hacettepe Taş Kitapçılık, Ankara, 1992.

PANFILOW, Dimitrije E., Cosmetic Surgery Today, Thieme, Stuttgart, New York, 2005.

PAPADAKIS, Maxine A. / Mc PHEE, Stephen J. / RABOW, Michael W., Güncel Tıbbi Tanı ve Tedavi 2016, Lange, 54. Baskı,(Çev. Ed. MÜFTÜOĞLU, Ekrem / KADİROĞLU, Ali Kemal / KARA, İsmail Hamdi), Mc Graw Hill Education, Akademisyen Tıp Kitabevi, Ankara, 2016.

PETEK, Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, 2006, (177-239).

PETERS, Frank, Werkvertrag, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

PETERSON, B. Herbert / POLLACK Amy E. / WARSHAW, Jeffrey S, Bölüm 27 Tubal Sterilizasyon, (Çev. ERTOPÇU, Kenan), Te Linde, Operatif Jinekoloji, 10. Baskı, (Ed. ROCK, John A. / JONES, Howard W.- Çev. Ed. YILDIRIM, Yusuf / GÜLTEKİN, Emre), İzmir Güven Kitabevi, İzmir, 2013, s: 609- 628.

PIGNONE, Michael / SALAZAR, René, (Çev. ERTEM, Melikşah), Hastalıkların Engellenmesi ve Sağlığın Geliştirilmesi, Güncel Tıbbi Tanı ve Tedavi 2016, Lange, 54. Baskı (Ed. PAPADAKIS, Maxine A. / Mc PHEE, Stephen J. / RABOW, Michael W- Çev. Ed. MÜFTÜOĞLU, Ekrem / KADİROĞLU, Ali Kemal / KARA, İsmail Hamdi), Mc Graw Hill Education, Akademisyen Tıp Kitabevi, Ankara, 2016, s: 1-19.

PILATZ, Adrian / ZIEGERT, Carsten / SEICHTER, Jürgen, Sterilization bei Einwilligungsunfähigen: Medizin, Recht und Ethik, Deutsches Arzteblatt 2008; 105 (21): A-1131 / B-975 / C-955.

POLAT, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

PORTER, Robert S. / KAPLAN, Justin L. / HOMEIER, Barbara P., The Merck Manual, Hasta Belirtileri, Pratik Tanı ve Tedavi Rehberi, (Çev. Ed. TURFANER SİPAHİOĞLU), Merck Araştırma Laboratuvarları, Yüce Yayım, İstanbul, 2014.

PRITCHARD, Jack A/ MC DONALD, Paul C / GANT, Norman F, Williams Doğum Bilgisi, 17. Baskı, Prentice –Hall International Inc., Appleton-Century-Crofts, (Çev. YILMAZ, İsmail /AYDEMİR) Vedat, Güneş Kitabevi, Ankara 1989.

QUAAS, Michael / ZUCK, Rüdiger / CLEMENS, Thomas, Die Therapiefreiheit des Arztes, § 2 Verfassungs- und Europarechtliche Vorgaben, Medizinrecht, 3. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2014.

QUELLETTE, Alicia R., Growth Attenuation, Parental Choice, And The Rights Of Disabled Children: Lessons From The Ashley X Case, Houston Journal of Health Law & Policy, Volume: 8, 2008, s. 207-244.

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.

REİSOĞLU, Seza, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s: 1-18.

RESCH, Reinhard, der Anspruch auf Krankenbehandlung im Hinblick auf so genannte Außenseitermethoden und neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden- Die Rechtslage in Österreich, Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung, (Hrsg von JABORNEGG, Peter/ RESCH, Reinhard / SEEWALD, Otfried), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchandlung, Wien 2007, s. 57-74.

REYHANİ YÜKSEL, Sera, Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu, Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 2 (Özel Sayı), Yıl: 2015.

RICHARDI, Reinhard, Dienstvertrag, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin, 2005.

RIEDEL, Ulrike, Kind als Schaden, Die höchstrecterliche Rechtsrechung für Arzthaftung für den Kindesunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes, 3. Auflage, Mabuse- Verlag, Frankfurt am Main, 2012.

RISAK, E.Martin, Der Krankheitsbegriff und der Anspruch auf Krankenbehandlung nach österreichischem Recht, Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung, (Hrsg von JABORNEGG, Peter/ RESCH, Reinhard / SEEWALD, Otfried), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchandlung, Wien, 2007, s: 19-56.

ROCK, John A. / JONES, Howard W., Te Linde, Operatif Jinekoloji, 10. Baskı, (Çev. Ed. YILDIRIM, Yusuf / GÜLTEKİN, Emre), İzmir Güven Kitabevi, İzmir 2013.

ROSENAU, Henning, Aktif Ötanazi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008, Türk Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s:109-123.

ROSENAU, Henning, Die Stellung des Sachverständigen im Medizinrechtlichen Verfahren , VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 377-391.

SAKELLARI, Evanthia, Patient's Autonomy And Informed Consent, Icus Nurs Web Journal, Issue: 13, January - March 2003.

SALMAN, Emrah / KARAHAN, Zeynep Ceren, Sağlık Çalışanlarında Enfeksiyon Riskleri ve Korunma: 1-Kan ve Vücut Sıvıları Yoluyla Bulaşan Enfeksiyonlar, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası 2014, (67) 2, s: 43-49.

SANFILIPPO, Joseph S. / ROCK, John A., Bölüm 28, Benign Over Hastalıklarında Cerrahi, (Çev. DOĞAN, Aşkın), ROCK, John A. / JONES, Howard W., Te Linde, Operatif Jinekoloji, 10. Baskı, (Çev. Ed. YILDIRIM, Yusuf / GÜLTEKİN, Emre), İzmir Güven Kitabevi, İzmir, 2013, s: 629- 647.

SARI, Nil, Highly Valued Virtues of Classical Ottoman Turkish Medical Ethics a View from Past to Future -Türkçe Tıp Yazmalarına Göre Osmanlı Hekiminden Beklenen En Değerli Erdemler Dünden Geleceğe Bir Bakış, Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı (Ed. DOĞAN, Hanzade/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / NAMAL, Arın), Cilt: I, Sayı: I, Ekim 2008, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2009, s: 1-16.

SAVAŞ, Halide, Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 3, Yıl: 2007.

SAVAŞ, Halide, Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10-17 Eylül 2011, İstanbul Barosu Yayınları, Nisan 2012.

SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

SAYEK, İskender, Temel Cerrahi Cilt I-II, Güneş Kitabevi, Ankara 1991.

SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halid Kemal, Türk Borçlar Hukuku I , Umumi Hükümler, 1. Cilt, İsmail Akgün Matbaacılık ve Kitapçılık Müesseseleri, İstanbul 1958.

SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halid Kemal, Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, 2. Cilt, İsmail Akgün Matbaacılık ve Kitapçılık Müesseseleri, İstanbul 1958.

SCARAMUZZINO, Fabio Massimo, İtalya’da Hekimlerin Sorumluluğu ve “Consenso Informato” (Bilgilendirilmiş Rıza), (Çev. AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt: VI, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 29-42.

SCHIEMANN, Gottfried, Das Rechtsgeschäft, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

SCHLUND, Gerhard / ULSENHEIMER, Klaus, Handbuch des Arztrechts, 2.Auflage, (Ed.LAUFS, Adolf / UHLENBRUCK, Wilhelm), C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München 1999.

SCHLUND, Gerhard, Handbuch des Arztrechts, 2. Auflage, (Ed. LAUFS, Adolf / UHLENBRUCK, Wilhelm), C.H. Beck’sche Verlagbuchhandlung, München 1999.

SCHMID, Die Grenzen der Therapiefreiheit, NJW 1986, 2339.

SCHMIDT- KESSEL, Martin, Gläubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

SCHMIDT- MATHIESEN / Heinrich, HEPP, Hermann, Gynäkologie und Geburtshilfe, Lehrbuch für Studium und Praxis, 9.Baskı, Schattauer, Stuttgart, 1998.

SCHMIDT- RECLA / Adrian, NOACK, Josephine, Alman Hukukunda Hekimin Tazminat Sorumluluğu, VII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Schoendorff v. Society of New York Hosp., 105 N.E. 92, 93 (N.Y. 1914), Court of Appeals of New York, 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92, Decided April 14, 1914; <https://biotech.law.lsu.edu/cases/consent/schoendorff.htm>

SCHOLZ, Karsten, MBO-Ä 1997 § 7, Behandlungsgrundsätze und Verhaltensregeln, Medizinrecht 3. Auflage, SPICKHOFF, Andreas (hrsg), Beck’sche Kurz-Kommentare, CH Beck Verlag, München 2018.

SCHROTH, Ulrich, Almanya’da Organ Naklinin Hukuki Şartları, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s: 313- 327.

SCHWARTZ, Andreas Bertalan, Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt, (Çev. DAVRAN, Bülent), İstanbul Üniversitesi Yayınları, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948.

SCOTT, James R, PORTER, T Flint, (Çev. GÜVEN, Süleyman), Sezaryenle Doğum, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, 10.Baskı, Ed. GIBBS, Ronald S. / KARLAN, Beth Y: / HANEY, Arthur F. / NYGAARD, Ingrid (Cev. Ed. AYHAN, Ali), Wolters Kluwer, Lippincott Williams & Wilkins, Güneş Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2010.

SEÇER, Öz, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, TBK m. 512- 514, s :2185- 2239, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -2, Özel Borç İlişkileri (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.

SEROZAN, Rona, Kanun ve Uygulanması Hakkında Genel Bilgiler, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 1-14.

SEROZAN, Rona (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

SEROZAN, Rona, Sebepsiz Zenginleşme, TBK m. 77- 82, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 611- 720.

SERT, Selin, Türk Hukukunda Kadın Doğum Hastalıkları Hekimlerinin Gerçekleştirdiği Müdahaleler ve Hekimlerin Yükümlülükleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt: I, Yıl: 2105, s: 149- 164.

SEZGİN, Ali, Yargı Kararlarında Kamuda Çalışan Doktorlar ve Diğer Sağlık personelinin Hukuki Sorumluluğu, T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul , 2011, s: 203-214.

SILBERNAGL, Stefan / LANG, Florian, Beyin Dolaşım Bozuklukları, İnme, Patofizyoloji Atlası (Çev. İZBIRAK, Doğan), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2005.

SMITH, Cedric M. Origin and uses of primum non nocere—above all, do no harm!. The Journal of Clinical Pharmacology, Cilt: 45, Sayı: 4, Yıl: 2005, s: 371-377.

SOMER, Pervin, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, I.Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

SOMER, Pervin, Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s:133- 151.

SONAT, K. Ali, Tıbbi Müdahalelerde İradi Temsilci Tayini, Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Roche Tebliğler Kitabı, İstanbul 2009.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.

SOYASLAN, Doğan, Hekimlerin Ceza Hukuku Yönünden Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s: 119- 137.

SPRIGGS, Merle, Ashley's Interests Were Not Violated Because She Does Not Have The Necessary Interests, The American Journal of Bioethics, Volume:10, Issue: 1, January 2010, s: 52-54.

Stedman's Medical Dictionary for the Health Professions and Nursing, Wolter Kluwer Health, Lippincott Williams & Wilkins, Seventh Edition, USA, 2012, s: 391.

STEIN, G.L., Ashley's case: the ethics of arresting the growth of children with serious disability, Journal of Social Work in Disability and Rehabilitation, Volume: 9, Issue:2, 2010, s: 99-109.

SUKYASYAN, Aram, Muayene (Genel Prensipler) ve Dış Belirtiler, İç Hastalıkları Ders Notları (Ed. DEMİROĞLU, Cem'i), İstanbul 1985.

SUMMAR, Karen / LEE, Brendan, İnsan Genetiği- Down Sendromu ve Kromozom Sayı Anomalileri, (Çev. ULUCAN, Korkut / GENCER, Haşim), Nelson Pediatri, Cilt 1, (Ed. KLIEGMAN, Robert M. / SCHOR, Nina F. / St GEME, Joseph W, BEHRMAN, Richard E.- Çev. Ed. AKÇAY, Teoman), Elsevier, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2015, s: 399- 404.

SUMMERTON, Nicholas, Trends in Negative Defensive Medicine Within General Practice, British Journal of General Practice, July 2000, s: 565-566.

SÜTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, Çiviyazıları, İstanbul 2000.

ŞENOCAK, Zarife, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları, Tıbbi Standartlar ve İspat, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008, s: 241-254.

ŞENOCAK, Zarife, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

ŞENOCAK, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 50, Sayı: 4, Yıl: 2001, s: 64-80.

ŞİŞLİ, Zeynep, Birinci Basamakta Çalışan Hekimlerin Dinlenme Hakkı Bağlamında Aile Hekimliğinde Nöbet Uygulaması, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi | Turkish Journal of Family Practice, Cilt: 18, Sayı: 3, Yıl: 2014, s: 162- 168.

TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, III. Ulusal Sağlık Hukuku, Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, 1.Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

TAŞKIN, Ahmet, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, Yıl 2006, s: 230- 261.

TAUPITZ, Jochen, Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten: Aktuelle Kontroversen im deutschen Recht- Hastanın Kendi Hakkında Karar Verme Hakkı: Alman Hukukunda Güncel Tartışmalar, Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, (Ed. DOĞAN, Hanzade/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami / NAMAL, Arın), Cilt: I, Sayı: I, Ekim 2008, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2009, s: 43-52.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 5. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 5. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

TEMEL, Erhan, Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, Ankara Barosu II.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara ,2009, s: 223-239.

TERZİOĞLU, Füsun, HIV/AIDS İle İlgili Damgalama ve Ayrımcılık: Hemşireler İçin Müdahale Stratejileri, Hacettepe Üniversitesi HIV/ AIDS Tedavi ve Araştırma Merkezi, www.hatam.hacettepe.edu.tr/72/3_57-62.rtf.

TEZ, Zeki, Tıbbın Gizemli Tarihi, 3. Baskı, Hayykitap, İstanbul 2017.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

THOMPSON, Mayra J., Laparoskopik Sterilizasyon, Minimal İnvazif Cerrahi, Williams Jinekoloji (Ed. HOFFMAN, Barbara L. / SCHORGE, John O. / SCHAFFER, Joseph I. / HALVORSON, Lisa M. / BRADSHAW, Karen D. / CUNNINGHAM, Gary F.- Çev. Ed. YILDIRIM, Gökhan), Mc Graw Hill Companies, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2016, s:1095- 1184.

THORNE, Charles H. / CHUNG, Kevin C. / GURTNER, Geoffrey C / MEHRARA, Babak J. / RUBIN, J.Peter / SPEAR, Scott L, Grabb and Smith's Plastic Surgery, Seventh Edition, Lippincott Williams & Wilkins, Wolters Kluwer Health, Philadelphia, 2014.

TOWNSEND, Courtney M. / BEAUCHAMP, R. Daniel / EVERS, B.Mark / MATTOX, Kenneth L., Sabiston Textbook of Surgery, Cilt I, (Çev. Ed. ULUSOY, Ali Naki / TOPGÜL, Koray), Saunders, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2010.

TOWNSEND, Courtney M. / BEAUCHAMP, R. Daniel / EVERS, B.Mark / MATTOX, Kenneth L., Sabiston Textbook of Surgery, Cilt II, (Çev. Ed. ULUSOY, Ali Naki / TOPGÜL, Koray), Saunders, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2010.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Cilt, Genel Hükümler, İkinci Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965.

TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AIHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi), Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008, Türk Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s: 1025-1074.

TÜREL, Ömer / DEĞERLİ, Ünal / ERBİL, Yeşim, Dahili ve Cerrahi Kritik Sorunlar ve Çözümler, Nobel Kitabevi, İstanbul 1994.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlü ve Tutuklulara Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında İnceleme Raporu, 24. Dönem 5. Yasama Yılı, 2015.

Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2010.

TÜZÜNER, Özlem, Soy bağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 62, Yıl: 2013, s:1139-1166.

UĞURLU, Cemil, Hipokrat, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, Cilt: 50, Sayı: 2, Yıl: 1997, s: 67-78.

ULRICH, Lawrence, The Case of Karen Quinlan, The Patient Self Determination Act: Meeting Challenges in Health Care, <http://academic.udayton.edu/lawrenceulrich/315quinlanme.htm>

ULSENHEIMER, Klaus, Grenzen der Behandlungspflicht, Behandlungseinschränkung, Behandlungsabbruch, Referate bei der Sitzung des Arbeitskreises “Ärzte und Juristen”, AWMF (Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften), 1996, http://www.awmf.org/fileadmin/_migrated/content_uploads/aej9601.pdf

ULUĞ CİCİM, İlknur, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ve Uygulamadaki Sorunlar, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s: 275-311.

ULUSAN, İlhan, Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 43, Sayı:1-4, Yıl:1977, s: 101-130.

ULUSAN, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984.

ULUSAN, İlhan, Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, Ek Bölüm ile Güncelleştirilmiş 2.Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Cilt, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

ÜNVER, Yener / KAYA, Suzan, Alman Tıp Hukukunda Hasta Talimatı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

ÜNVER, Yener, Adliyeye Karşı Suçlar (TCK m.267-298), Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, Ankara 2012.

ÜNVER, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul 2007, s:118- 158.

ÜNVER, Yener, Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Özel Sayısı: 2, İstanbul 2007.

ÜNVER, Yener, Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku, Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis), Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yayın No: 16, İstanbul, 2008.

ÜNVER, Yener, Tıbbi Standart, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s:37-59.

ÜNVER, Yener, Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl: 2009, s: 173- 230.

ÜNVER, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:2, Yıl 2006, s: 227-288.

ÜNVER, Yener, Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihteki Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, (Ed. ERDEMİR / ÖNCEL / NAMAL / ERDEM / DOĞAN), İstanbul, 2005.

VAN NAGELL, John R. / GERSHENSON, David M., Bölüm 49 Over Kanseri: Etiyoloji, Tarama ve Cerrahi, (Çev. YILDIRIM, Yusuf / ŞAHİN, Refaettin / KARAGÖZ, Gürhan), Te Linde, Operatif Jinekoloji, 10. Baskı, (Çev. Ed. YILDIRIM, Yusuf / GÜLTEKİN, Emre), İzmir Güven Kitabevi, İzmir, 2013, s:1307- 1339.

VIEWEG, Klaus, Schadenersatzrecht, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

VON TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1974.

VON TUHR, Andreas / PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, (Erste Lieferung), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1974.

VON TUHR, Andreas / PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1979.

VOPPEL, Reinhard, Familienrecht, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005.

WAGNER, Gerhard, BGB § 630a, Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 7. Auflage (hrsg SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina), Verlag C.H.Beck, München 2016, kn (1-163).

WASSON, John H. / WALSH, B. Timothy / LABRECQUE, Mary C. / SOX, Harold C. / PANTELL, Robert, Genel Semptomlar Rehberi, (Çev. Ed. DEĞERLİ, Ünal), Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2008.

WOO, Jason/ ARMSTRONG, Y. Alicia / Mc KAY, Trent, Jinekolojik Hastalıklar, (Çev. EVSEN, Mehmet Sıddık / İÇEN, Mehmet Sait), PAPADAKIS, Maxine A. / Mc PHEE, Stephen J. / RABOW, Michael W., Güncel Tıbbi Tanı ve Tedavi 2016, Lange, 54. Baskı,(Çev. Ed. MÜFTÜOĞLU, Ekrem / KADİROĞLU, Ali Kemal / KARA, İsmail Hamdi), Mc Graw Hill Education, Akademisyen Tıp Kitabevi, Ankara, 2016, s: 745- 778.

WOOLF, H Steven / GROL, Richard / HUTCHINSON, Allen / ECCLES, Martin, GRIMSHAW, Jeremy, Potential Benefits, Limitations and Harms of Clinical Guidelines, BMJ. 1999 Feb 20; 318(7182), s: 527–530.

WRIGHT, Kristen P./ JOHNSON, Julia V., (Çev. KOÇ, Önder, TIRAŞ, Bülent), İnfertilite, Danforth's Obstetrik ve Jinekoloji, 10.Baskı, Ed. GIBBS, Ronald S. / KARLAN, Beth Y: / HANEY, Arthur F. / NYGAARD, Ingrid (Çev. Ed. AYHAN, Ali), Wolters Kluwer, Lippincott Williams & Wilkins, Güneş Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2010, s: 705-715.

YAKINCI, Cengiz / KARABİBER, Hamza, Çocuklarda Anamnezden Tanıya, Akademisyen Kitabevi, Ankara 2016.

YARARBAŞ, Kanay / ILGIN RUHİ, Hatice, Prenatal Tanı (Prenatal Diagnosis-Medical Education), Türkiye Klinikleri Journal of Medical Sciences, Cilt: 26, Sayı: 6, Yıl: 2006, s: 666-674.

YASİN, Melikşah, Sağlık Hizmetlerinin Özelleştirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Roche Tebliğler Kitabı, İstanbul 2009.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

YAVUZ, Fatih, Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.

YENİDÜNYA, Caner, Hekimin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Roche Tebliğler Kitabı, İstanbul 2009.

YILDIRIM, Ramazan, İdarenin, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 193-215.

YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

YILMAZ, Battal, Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s:167- 180.

YILMAZ, Kerem, Defansif Tıp, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, Ceza Davalarında Bilirkişi Olarak Hekim, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s: 409-452.

YÜCE, Melek Bilgin, İfa Zamanı, TBK m.90-96, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -1, Genel Hükümler (Ed. SEROZAN, Rona/ ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, Emre / DEVELİOĞLU, Murat), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s: 757- 842.

YÜKSEL ORHUN, Mercan, Ağrı Çeken Hastanın Rıza Ehliyetine İlişkin Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı'nın Çeviri ve Değerlendirmesi (5 U 463/14 Sayı ve 01.10.2014 Tarihli Karar), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2016, s: 350- 380.

YÜREĞİR, Özge Özalp / BÜYÜKKURT, Selim / KOÇ, Filiz / PAZARBAŞI, Ayfer, Prenatal (Doğum Öncesi) Tanı, Çukurova Üniversitesi, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, 2012, Cilt 21, Sayı 1, s: 80-94,
<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/arsiv/article/view>.

ZENGİN, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

ZEYTİN, Zafer, Die Arztliche Aufklärungspflicht Nach Dem Türkischen Recht, Humaniora, Medizin- Recht- Geschichte, Festschrift für Adolf LAUFS zum 70. Geburtstag, KERN, Bernd- Rüdiger / WADLE, Elmar / SCHROEDER, Klaus-Peter / KATZENMEIER, Christian (Hrsg), Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, s: 1143-1165.

ZEYTİN, Zafer, Hasta Hekim İlişkisinde Aydınlatma Yükümlülüğü, VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2011 (Ed. HAKERİ, Hakan / ROSENAU, Henning), Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

ZEYTİN, Zafer, Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı, İstanbul 2007, s: 96-117.

ZEYTİN, Zafer, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukta Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul, 2005.

İnternet Kaynakları

Abortion Laws A Survey Of Current World Legislation, World Health Organization Geneva, 1971, <http://Apps.Who.Int/Iris/Bitstream/Handle/>

Abortion Policies, A Global Review, The Population Policy Data Bank, Population Division of the Department of Economics and Social Affairs of the United Nations Secretariat, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>.

An Overview of Abortion Laws, Guttmacher Institute, Fifty Years, <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/overview-abortion-laws>.

Ankara Üniversitesi Üreme Sağlığı Teşhis Tedavi Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi, <http://usaum.ankara.edu.tr/>.

Aufklärungspflicht vor Hüftoperation über das Risiko einer Lähmung – BGH vom 11.10.2016 – Az. VI ZR 462/15, Vers R, 2017 ,100, <https://www.mahnerfolg.de/urteile/index.php/aufklaerungspflicht>.

AYDIN, Erdem, Tıp Etiğinde Temel İlkeler, www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/ilkeler.doc.

Barber v. Superior Court of State of California; Nejdil v. Superior Court of State of California. California. Court of Appeal, Second District, Division 2., Wests Calif Report. 1983 Oct 12;195: 484-494, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648259>.

Bartling v. Superior Court, California. Court of Appeal, Second District, Division 5, Wests Calif Report. 1984 Dec 27; 209: 220-7, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648164>, <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/163/186.html>.

BAUER, Hartwig, Autonomie des Arztes, https://www.researchgate.net/publication/242573624_Die_Autonomie_des_Arztes, s: 166-190.

BGE 101 II 177,34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1975 i.S. P. und L. Gautschi gegen Kanton Zürich und Mitbeteiligte, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_

BGH 1 StR 357/94 - Urteil vom 13. September 1994 (LG Kempten), Rechtsprechung, <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/94/1-357-94.php>.

BGH vom 22.03.2016 – Az. VI ZR 467/14, <https://www.mahnerfolg.de/urteile/index.php/beweisfragen-bei-missglueckter-rechtswidriger-operation/>.

BGH, 04.07.1984, 3 StR 96/84, <https://dejure.org/>.

BGH, Urt. v. 22.02.1978, Az.: 2 StR 372/77, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1978-02-22/2-str-372_77/.

Captain of the Ship Doctrine, Law and Legal Definition, <https://definitions.uslegal.com/c/captain-of-the-ship-doctrine/>.

Chatterton v. Gerson: Qbd 1980, <http://Swarb.Co.Uk / Chatterton-V-Gerson-Qbd-1980/>

Chester v Afshar (2004) 3 WLR 927 House of Lords, <http://www.e-lawresources.co.uk/Chester-v-Afshar.php>.

ÇEKER, Mustafa, Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tbbimudahaleler.rtf.

Dünya Tabipler Birliği Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi, http://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/malta_bildirge.html.

Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi, http://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/tokyo_bildirge.html

Dünya Tabipleri Birliği Helsinki Bildirgesi İnsanlar Üzerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalarla İlgili Etik İlkeleri, <http://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2013/helsinki.pdf>

GÜRSOY, Gençay, Doktorun Yeri, Tıpta Bugünden Geleceğe, <http://doctormuratbas.blogspot.com/2014/09/doktorun-yeri-tipta-bugunden-gelecege.html>

HAKERİ, Hakan, Sağlık Çalışanının Hizmetten Çekilme Hakkı ve Sağlık Bakanlığı Genelgesi, <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-saglik-calisaninin-hizmetten-cekilme-hakki-ve-saglik-bakanligi-genelgesi-72-64-3266.html>

Hekime Yönelik Şiddet, Türk Tabipleri Birliği, <http://www.ttb.org.tr>
<https://atudhaber.blogspot.com/2013/06/hipokrat-yemini.html>

<http://cerrahpasa.istanbul.edu.tr/bolumler/cerrahi-tip-bilimleri/>

http://www.ttb.org.tr/haberarsiv_goster.php?Guid

http://istanbulsaglik.gov.tr/w/sb/ash/belge/mevzuat/Askom_Kararları

<http://ohsad.org/sgk-ozel-saglik-hizmeti-sunucularindan-saglik-hizmeti-satin-alim-sozlesmesi-2/>

<http://plastik-rek-cerr.uludag.edu.tr/plastikcerrahi.htm>

<http://ruessmann.jura.uni-sb.de/Lehre/SS96/Uebung/Hausarb2/arztver.htm>

<https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/>

<https://www.onlineurteile.de/urteil/aerztliche-risikoaufklaerung>

<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/krankenkasse.html>

<http://www.acibadem.edu.tr/defansif-tip>

http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf

<http://www.bundesaerztekammer.de/recht/berufsrecht/muster-berufsordnung-aerzte/muster-berufsordnung/>

<http://www.didb.saglik.gov.tr/teskilat/mevzuat/OSLO.html>

<http://www.dkv.com/>

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>

<http://www.hastahaklari.org/lizbon.htm>

<http://www.heilpraktiker-ausbildung.net/was-macht-ein-heilpraktiker>

<http://www.istanbulhalksagligi.gov.tr/koruyucu-hekimlik/14>

http://www.kbv.de/media/sp/BMV_Aerzte.pdf

http://www.med.ege.edu.tr/d-1561/cerrahi_tip_bilimleri.html

<http://www.saglikhakki.org/hastahak-ic.htm>

http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/emekli/saglik_hakkindan_yararlanma

<http://www.tip.hacettepe.edu.tr/bolumler/bolumler.php>

<http://www.tip hukuku.org.tr/icerik.php?gid=21&cat=18>

<http://www.tonv.org.tr/tr/>

<http://www.who.int/suggestions/faq/en/>

<https://acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/view.php?id=52892>

<https://dejure.org/gesetze/BGB/1631c.html>

<https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/fullarticle/205567>

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1018815&Site=COE&direct=true>

https://www.anwalt.de/rechtstipps/die-behandlungspflicht-des-arztes-zahnarztes_076119.html

https://www.gesetze-im-internet.de/b_o/BJNR018570961.html

<https://www.gesetze-im-internet.de/heilprg/HeilprG.pdf>

<https://www.krahnert-medizinrecht.de/behandlungspflicht-fuer-aerzte-patienten/>

<https://www.krankenkassen.de/gesetzliche-krankenkassen/krankenkassen-liste/>

<https://www.leagle.com/decision/19771815556f2d125911619>

<https://www.mahnerfolg.de/urteile/index.php/notwendigkeit-einer-erneuten-aufklaerung-der-eltern-waehrend-operation-eines-kindes/>

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1114973/>

<https://www.ndr.de/ratgeber/gesundheit/Frischzellen-Therapie-Unwirksam-und-gefaehrlich,frischzellentherapie100.html>

<https://www.saglikaktuel.com/d/file/ek-11.pdf>

<https://www.saglikaktuel.com/d/file/endikasyonlistesi.pdf>

In Re Quinlan 70 N.J. 10 (1976) 355 A.2d 647 In The Matter Of Karen Quinlan, An Alleged Incompetent. The Supreme Court Of New Jersey. Argued January 26, 1976. Decided March 31, 1976, <https://www.uta.edu/philosophy/faculty/burgess-jackson/>

In re Richardson 284 So.2 d 185 (Court of Appeals Lousiana 1973), <https://www.courtlistener.com/opinion/1828974/in-re-richardson/>

In the Matter of Quinlan, An Alleged Incompetent, The Supreme Court of New Jersey, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (1976).

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi,

https://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf.

Kazancı İnternet Bilgi Bankası.

Leach v. Drummond Medical Group. Inc. (1983), Civ. No. 6262. Court of Appeals of California, Fifth Appellate District. June 24, 1983,
<https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/144/362.html>

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması,
<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>.

Medizinrecht von A bis Z: Berufsrecht der Ärzte,
https://www.infokrankenhausrecht.de/Rechtsanwalt_Arztrecht_Medizinrecht_Berufsrecht_Berufsrecht_01.html

MedlinePlus, US National Library of Medicines,
<https://medlineplus.gov/ency/article/002314.htm>

Notwendigkeit einer erneuten Aufklärung der Eltern während Operation eines Kindes – OLG Hamm vom 07.12.2016 – Az. 3 U 122/15,

O'Brien v. Cunard S.S. Co., Limited, Missouri Law Review Volume 57 Issue 2 Spring 1992, <https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer>

Organ Nakli Merkezleri Yönergesi, <https://www.saglikaktuel.com/d/file/organnak--yonerge.pdf>

ÖZLÜ, Tefvik, TTD Etik Kurulu, Hasta Hakları, <https://docplayer.biz.tr/13654820-Ttd-etik-kurulu-hasta-haklari-hazirlayan-prof-dr-tevfik-ozlu.html>.

ÖZLÜ, Tefvik, TTD Etik Kurulu, Hasta Sorumlulukları,
<http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/2152011144824-Hastasorumluluklari.pdf>

Patienten- Testament (nach Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck), <http://www.skf-meppen.de/patienten-testament>

Payton v. Weaver, 1982; <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/131/38.html>

Pflichten von Arzt und Patient, <http://www.rechtspraxis.de/arzt/vetragspflicht.htm>

Pittman v Gilmore, 556 F.2d 1259 (1977), United States Court of Appeals, Fifth Circuit, August 3, 1977, <https://www.leagle.com/decision/>

Public Health Trust of Dade County v. Wons, 541 So.2d 96 ,Fla.,1989. March 16, 1989. <http://jehovah.to/gen/legal/blood/wons.htm>

Richtlinien für die Sterbehilfe, Deutsches Ärzteblatt, Heft 14 vom April 1979; <https://www.aerzteblatt.de/archiv/144908/Bundesaerztekammer-Richtlinien-fuer-die-Sterbehilfe>

Sağlık Bakanlığı Çalışan Güvenliği Genelgesi, 14.05.2012, <https://www.saglik.gov.tr/TR,3282/calisan-guvenligi-genelgesi-14052012.html>

Schwangerschaftsabbruch nach § 218 Strafgesetzbuch, <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=98262.html>

Strunk v. Strunk 445 S W. 2d 145 (Court of Appeals Kentucky 1969), <https://law.justia.com/cases/kentucky/court-of-appeals/1969/445-s-w-2d-145-1.html>.

Stamford Hospital v. Vega, Atl. Rptr. 1996 April 16; 674, (821-834), <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648307>.

T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>.

Toth v. Cmty. Hosp. at Glen Cove, 22 N.Y.2d 255 (1968), <https://www.leagle.com/decision/196827722ny2d2551245>.

TÜRKMEN, Hafize Öztürk, Hekim -Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar, <http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492511-113.pdf>

Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, <https://www.wegweiser-demenz.de/informationen/rechte-und-pflichten/vollmacht-und-testament/vorsorgevollmacht.html>

WEAR, Stephen, Informed Consent, Patient Autonomy and Clinician Beneficence within Health Care, 2 nd Edition, Georgetown University Press, 1998, <https://books.google.com.tr/books>.

WERMUTH, W.S., Necessity of Consent to Operations, August 9, 1913; <http://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/215693>.
www.tarihbilimi.gen.tr/makale/hammurabi-kanunlari

www.ttb.org.tr/kutuphane/etik_bldgeler2010.pdf

Yoğun Bakım Ünitelerinin Standartları Genelgesi (2008 / 53),
<https://www.saglik.gov.tr/TR,10979/yogun-bakim-unitelerinin-standartlari-genelgesi-200853.html>

