



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

**Tıp Hukukunda Kişinin Kendi Geleceğini Belirleme
Hakkı Kapsamında Rıza**

Yüksek Lisans Tezi

Esin Bersu Gültekin

Nisan 2023



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

Tıp Hukukunda Kişinin Kendi Geleceğini Belirleme
Hakkı Kapsamında Rıza

Yüksek Lisans Tezi

Esin Bersu Gültekin

Nisan 2023

İMZA SAYFASI

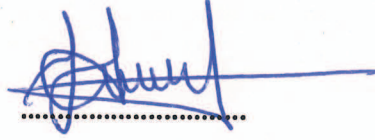
Esin Bersu GÜLTEKİN tarafından hazırlanan “Tıp Hukukunda Kişinin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Kapsamında Rıza” başlıklı bu yüksek lisans tezi Tıp Hukuku Anabilim Dalında hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

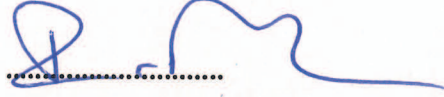
Tez Danışmanı:

Doç. Dr. Hacı KARA



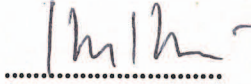
İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler: Prof. Dr. Fena İPEKEL KAYALI



İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Prof. Dr. Hakan HAKERİ



Özyeğin Üniversitesi

Tez Savunma Tarihi: 25.04./2023

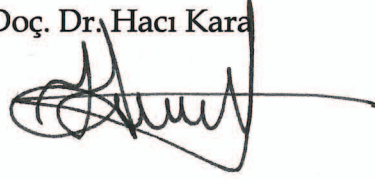
BEYANLAR

Yazım ve Kaynak Gösterme Kılavuzu Beyanı

Danışmanlığını yaptığım işbu tezin tamamen öğrencinin çalışması olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığını taahhüt ederim.

İmza

Doç. Dr. Hacı Kara



Etik İlkeler Sadakat Beyanı

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt ederim.

İmza

Esin Bersu Gültekin



ÖZET

Tıp Hukukunda Kişinin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Kapsamında Rıza

Gültekin, Esin Bersu

Yüksek Lisans Tezi, Tıp Hukuku Anabilim Dalı, Tıp Hukuku

Yüksek Lisans Programı

Danışman: Doç. Dr. Hacı Kara

Nisan 2023

Kişinin yalnızca insan oluşu ile kazandığı temel haklar, birbiri ile bağlantılı ve birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Temel hakların en temeli ve özünde diğer hakların dayanağı olan yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi kişiliğini geliştirme hakkı, farklı hakların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu kapsamda ortaya çıkan haklardan biri de uluslararası sözleşmeler ile temellenen ve Anayasa’da da yer alan sağlık hakkıdır. Sağlık hakkı; hasta odaklı hasta haklarının oluşmasına ve gelişmesine neden olmuştur. Hasta haklarının en temelini de kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı oluşturmaktadır. Bu hak hastanın özerkliği, kendi yaşamı ve vücudu hakkında karar vermesini sağlama, hastanın tüm karar süreçlerine dahil olmasını amaçlamıştır.

Bu kapsamda çalışmamızda, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının dayanağına, bu hakkın uygulamadaki görünüşü olan aydınlatılmış rızaya ve özel nitelikli bazı tıbbi müdahalelere yer verilecektir.

Anahtar kelimeler: Yaşam hakkı, sağlık hakkı, hasta hakları, kişinin kendini geleceğini belirleme hakkı, tıp hukuku, aydınlatma, rıza

ABSTRACT

Consent Within The Scope Of The Person's Right To Self-Determination in Medical Law

Gültekin, Esin Bersu

Master thesis, Department of Medical Law, Master of Medical Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Hacı Kara

April 2023

The fundamental rights that a person acquires only by being human are interconnected and complementary to each other. The right to life, which is the most basic of fundamental rights and the basis of other rights, and the right to develop one's material and spiritual personality have led to the emergence of different rights. In this context, the right to health, which is based on international conventions and included in the Constitution, has emerged. The right to health has led to the formation and development of patient-centered patient rights. The most fundamental of patients' rights is the right to determine one's own future. This right is aimed at ensuring the patient's autonomy, making decisions about his/her own life and body, and including the patient in all decision processes.

In this context, in our thesis, we will include the basis of a person's right to self-determination, informed consent, which is the appearance of this right in practice, and some special medical interventions.

Keywords: Right to life, right to health, patients right, self-determination, medical law, enlightenment, consent.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

A.KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI

1.YAŞAM HAKKI	5
1.1.YAŞAM HAKKININ TANIMI	5
1.2. YAŞAM HAKKININ BİR TEMEL HAK OLARAK TANINMASI	6
1.3.YAŞAM HAKKININ DEVLETE YÜKLEDİĞİ SORUMLULUKLAR.....	8
2.SAĞLIK HAKKI.....	11
2.1.SAĞLIK HAKKININ TANIMI.....	11
2.2.SAĞLIK HAKKININ BİR TEMEL HAK OLARAK TANINMASI	13
2.3.SAĞLIK HAKKININ DEVLETE YÜKLEDİĞİ SORUMLULUKLAR	14
3.HASTA HAKLARI	18
4. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI.....	24
4.1. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKININ İNSAN ONURUNA SAYGI İLKESİ UYARINCA İNCELENMESİ.....	26
4.2. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKININ YAŞAM HAKKI KAPSAMINDA İNCELENMESİ	27
4.3. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKININ ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	28

İKİNCİ BÖLÜM

B. AYDINLATILMIŞ RIZA

1. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI	31
1.1.TIBBİ MÜDAHALENİN SAĞLIK MESLEK MENSUPLARI TARAFINDAN YAPILMASI.....	32
1.2.TIP BİLİMİNİN VERİLERİNE UYGUN MÜDAHALE.....	34
1.3.ENDİKASYON	35
1.4. AYDINLATILMIŞ RIZA	36
2.AYDINLATMA.....	37
2.1.AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI.....	39
2.2.AYDINLATMANIN ZAMANI.....	41
2.3.AYDINLATMANIN ŞEKLİ	42
2.4.AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLANDIĞI VEYA KALKTIĞI HALLER.....	43
2.4.1.HASTANIN AYDINLATMADAN VAZGEÇMESİ HALİ	43
2.4.2. DİĞER SINIRLAMALAR	44
3.RIZA	44
3.1.RIZANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI.....	46

3.1.1.RIZANIN HUKUK KURALLARINA UYGUN OLMASI.....	46
3.1.2.RIZANIN ÖZGÜR İRADE İLE AYDINLATMA SONUCUNDA VERİLMESİ.....	46
3.1.3.RIZANIN ŞEKLİ.....	47
3.1.4.RIZANIN RIZA EHLİYETİNİ HAİZ KİŞİ TARAFINDAN VERİLMESİ	48
3.1.4.1.ÇOCUKLARA YÖNELİK TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA	50
3.1.4.1.1.ÇOCUKLARDAN TOPUK KANI ALMA ZORUNLULUĞU ..	56
3.1.4.1.2.ÇOCUKLARDA SÜNNET UYGULAMASI.....	56
3.1.4.2.AKIL HASTALARINDA RIZA VERME YETKİSİ	61
3.2.TIBBİ MÜDAHALENİN UYGULANMASI İÇİN RIZA ŞARTININ ARANMADIĞI HALLER.....	61
3.2.1.KAMU SAĞLIĞININ KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	62
3.2.2.ÖNLEYİCİ AŞILARIN HUKUKA UYGUNLUĞU.....	63
3.2.3.SALGIN HASTALIKLAR ÖZELİNDE COVID-19 UYGULAMALARININ HUKUKSAL DEĞERLENDİRMESİ.....	67
3.2.4.ACİL TIBBİ MÜDAHALELER.....	73
3.2.5.VARSAYILAN RIZA.....	74
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
C. ÖZEL NİTELİKLİ BAZI TIBBİ MÜDAHALELER	
1.ÖTANAZİ.....	76
2.KÜRTAJ.....	79
3.KISIRLAŞTIRMA (STERİLİZASYON).....	85
4.KASTRASYON (HADİM)	86
5.CİNSİYET DEĞİŞTİRİLMESİ.....	88
6.YAPAY DÖLLENME VE TAŞIYICI ANNELİK.....	91
6.1.YAPAY DÖLLENME.....	91
6.2.TAŞIYICI ANNELİK KAVRAMI.....	93
SONUÇ.....	98
KAYNAKÇA	107

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.y.	: Aynı yer
C	: Cilt
E.	: Esas
K.	: Karar
NPK	: Nüfus Planlama Kanunu
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
T	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTB	: Türk Tabipler Birliği

GİRİŞ

Toplumlar geliştikçe insana verilen değer artmakta, insan temelli bakış açısı gelişmektedir. Bu kapsamda, bu gelişimin temelini Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde yayımlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden alan insan hakları oluşturmuştur. Bu haklar tüm insanları eşit olarak kapsar. Bu bildirgenin açıkladığı hakların, evrensel ve etkin olarak tanınmalarını ve uygulanmalarını sağlama amacı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yayımlanmıştır. Türkiye de bu bildirge ve sözleşmeyi kabul etmiştir. Sözleşme, insanın temel haklarını devlete karşı korumayı amaçlamıştır. Sözleşme ile beraber, bu yönde denetim yapılabilmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemeleri kurulmuştur.

İnsan haklarının dayanağı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan hakların temelini yaşam hakkı oluşturmaktadır. Yaşam hakkı, belirli istisnalar dışında kısıtlanamayan en temel insan hakkıdır. Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde yaşam hakkının tanımına, hakkın bir temel hak olarak tanınması sürecine ve yaşam hakkının devlete yüklediği sorumluluklara yer verilmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünün ikinci alt başlığında ise, yaşam hakkının temelini oluşturduğu sağlık hakkı, tanımı, hakkın bir temel hak olarak tanınması süreci ve hakkın devlete yüklediği sorumluluklar incelenmiştir.

Türk mevzuatında sağlık hakkı kapsamında yapılan düzenlemeler, yeni hakların da ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu haklar genellikle hasta odaklı olarak ortaya çıkmış olup, “hasta hakları” olarak adlandırılmıştır. Çalışmamızın ilk bölümünün üçüncü alt başlığında, hasta haklarının hak olarak tanınma süreci, mevzuatımızdaki düzenlemeler ve genel olarak hasta haklarının içerikleri ele alınmıştır.

Bu tanımlamalardan sonra çalışmamızda, tezimize ismini veren kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı incelenmiştir. Yapılan incelemede, bu hakla korunmak istenen menfaatlere, ulaşılmak istenen amaca yer verilmiş olup; kendi geleceğini belirleme hakkı, insan onuruna saygı ilkesi, yaşam hakkı, özel hayatın gizliliği ilkeleri kapsamında ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünün ilk alt başlığında, tıp hukukunun büyük bir alanını kapsayan, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları incelenmiştir. Tıbbi müdahalenin sadece sağlık personeli tarafından endikasyon şartı ile tıp bilimine ve sanatına uygun olarak hastanın aydınlatılmış rızası ile yapılabileceğine ilişkin hukuka uygunluk şartları ayrı ayrı incelenmiştir.

Daha sonra tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından olan “aydınlatılmış rıza”ya ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Bu kapsamda önce rızanın ön şartı olan aydınlatmaya ilişkin mevzuat hükümlerine, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına, aydınlatmanın şekil şartına, ne zaman ve kim tarafından, ne şekilde yapılması gerektiğine değinilmiştir.

Ayrıca aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarına, hangi şartlarda aydınlatma zorunluluğunun ortadan kalktığına veya kalkabileceğine ilişkin değerlendirme de yapılmıştır.

İkinci bölümün üçüncü alt başlığı olarak rızanın kapsamı incelenmiş olmakla, mevzuat ve mahkeme kararları ile rızanın unsurları ele alınmış, rızanın kim tarafından ne şekilde verilebileceği, küçüklerin ve sınırlı ehliyetsizlerin tıbbi müdahalesinde rızaya ilişkin yetkinin kim tarafından ne şekilde verilebileceği incelenmiştir. Özellikle barındıran; tıbbi müdahalede bulunurken rızanın aranmadığı haller ve bulaşıcı hastalıklar kapsamında Covid-19 önlemleri genel olarak ele alınmıştır.

Çalışmamızın son ve üçüncü bölümünde ise özellikle rızaya ilişkin özel nitelik gösteren tıbbi müdahalelerden bazıları incelenmiştir.

Bu düzenlemelerden ötanazi, kürtaj, kısırlaştırma, hadım, yapay dölleme ve taşıyıcı annelik mevzuat hükümleri kapsamında ele alınmıştır.

Bu müdahalelerin bazıları yalnızca rızaya dayalı olarak yapılabilmeyle, bazılarında hastanın müdahaleye rıza göstermesi yeterli görülmemiş, müdahalenin yalnızca belirli şartlarda yapılabileceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Tüm bunlara ilaveten, temel insan hakları kapsamında hasta haklarından biri olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının uygulamadaki yeri tespit edilmek istenmiştir. Bu nedenle tıbbi müdahale uygulamalarında hastanın rızasının önemine değinilerek, mahkeme kararları ve mevzuat uyarınca rıza unsuru incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

A. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI

Sağlık hukukunun bir alt dalı niteliğinde olan tıp hukuku, özellikle son dönemde oldukça ilgi ve ihtiyaç duyulan, birbirinden farklı disiplinleri içerisinde bulunduran, özel hukukla kamu hukukunu harmanlayan bir hukuk alanıdır. Tıp Hukukunun alanına hasta olup olmadığına bakılmaksızın tüm insanlar girer.

Toplumların ihtiyaçları zamanla değişmektedir. Hukuk toplumun ihtiyaçlarını görür, bu alanlarda değişiklikler yapar ve kendini yeniler. Tıp Hukuku da tıp alanındaki büyük gelişmelerden, toplumdaki bireyselleşmeden, insan hakları alanındaki gelişmelerden, hekim-hastane-hasta ilişkisinin değişmesinden, sosyal devlet anlayışından etkilenererek değişikliğe uğramaktadır. Bu değişiklikler bazen bir siyasi politikadan bazen de yukarıda belirtildiği üzere toplumun karşı konulamayan ihtiyaçları nedeniyle gerçekleşir.¹

Toplum yapısının insan hakları merkezli olarak değişim ve gelişimi, yeni ihtiyaçlara, farklı sorun ve tartışmalara neden olmuş; bu hususta araştırma yapılarak, yeni hukuki ve sosyal çözümler bulunmaya çalışılmış ve bunun sonucunda bazı yeni haklar ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeyle birlikte devlet için; devlet ve üçüncü kişiler tarafından bu hakların ihlal edilmemesi için gerekli önemleri alma, hakların uygulama alanı bulabilmesi için yeni düzenlemeler yapma ve kişilere hizmet sunma gibi sorumluluklar doğmuştur.

¹ Hakan Hakeri, “Tıp Hukuku”, 25. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 38-39.

Sağlık hakkı ise en temel insan hakkı olarak görülen yaşam hakkı ile bağlantılı olarak önce uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiş, daha sonra ülkelerin mevzuatına giriş yaparak uygulama alanı bulmuştur.

Çalışmamızın bu bölümünde tıp hukuku kapsamında kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından bahsedilecektir. Ancak, bu hak hasta haklarının bir parçası olduğundan öncelikle en temel insan haklarından olan yaşam hakkına, daha sonra yaşam hakkının bütünleyici parçası olan sağlık hakkına ve sağlık hakkının bir görüntüsü olan hasta haklarına ve nihayet hasta haklarının en önemlisi olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına değinilecektir.

1. YAŞAM HAKKI

1.1. YAŞAM HAKKININ TANIMI

İnsan yaşamı ve hakları iç içedir. Bireyler; istediğini baskı altında olmadan söyleyebilme, istediği yerde yaşayabilme, özel hayatı hakkında bilgi vermek istememe gibi esasen temel insan haklarına dayanan hakları günlük hayatının içinde, bir hakkını kullandığını fark etmeden ve belki de düşünmeden kullanır.²

İnsanlar varoluşundan itibaren kendisinin ve yakınlarının yaşamını koruma güdüsü ile hareket ederek bu amaçla gruplaşmış, insan ile devlet arasında sürekli bir hukuki bağ oluşmasına neden olmuştur.³

İnsan hakları alanında yapılan çalışmalar; insan haklarının, başta devletler tarafından ihlal edildiğini ortaya koyduğundan, insan haklarının muhatabının devlet olduğu söylenebileceği gibi insan haklarının hukuksal zeminde güvence altına alınmasının amacının da kişilerin haklarının devlet tarafından ihlal edilmesinin engellenmesi olduğu belirtilebilir.⁴

² Aslıhan Dumlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İnsan Hakları Kuramı Açısından Değerlendirilmesi”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 1996, s. 3.

³ Emel Baykal, “Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ve Anayasa Mahkemesi’ne Göre Yaşam Hakkı”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2011, s. 1.

⁴ Dumlu, s. 3.

1982 Anayasamızın 12. maddesinde de belirtildiği üzere herkesin sahip olduğu, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da düzenleyen temel hak ve hürriyetler insanın kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez niteliktedir.

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre yaşam; “doğumla ölüm arasında yaşanan süre, ömür, hayat” olarak, yaşamak; “canlılığını, hayatını sürdürmek, sağ olmak, varlığını sürdürmek” olarak tanımlanmıştır. Literatürde ise yaşam; insanın doğumu ile kazandığı, doğumundan ölümüne kadar geçen sürede yüksek bir refah düzeyine sahip olarak özgür bir hayat sürmesi olarak tanımlanmaktadır.⁵

Yaşam hakkı geniş anlamda insan yaşamını korumak, dar anlamda ise kişilerin sağlıklı olması, vücut bütünlüğüne sahip olması ve yaşamını tehlikelere karşı korunarak sürdürmesi olarak nitelendirilebilir.⁶

Yaşam hakkının varlık nedeni, devletin sorumlu olduğu alan içerisinde insanı doğal olmayan ölüme karşı korumak olarak nitelendirilebilir. Bu tanımla bu hak kapsamında insan yaşamının yalnızca üçüncü kişilerin veya devletin müdahalesinden değil hak sahibi insanın kendi müdahalesinden bile korunmasının amaçlandığı kabul edilebilir.⁷

1.2. YAŞAM HAKKININ BİR TEMEL HAK OLARAK TANINMASI

İnsan hakları kavramının somutlaşması 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki düzenlemeler ile olmuştur. İnsan hakları, devlet güvencesi altına alındığında, Anayasalarda tanımlandığında, Anayasa Mahkemeleri tarafından denetime tabi tutulduğunda temel haklar haline gelecektir.⁸

⁵ Emel Baykal, “Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ve Anayasa Mahkemesi’ne Göre Yaşam Hakkı”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 5.

⁶ Hamide Tacir, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2, 2013, s. 1302.

⁷ Ayşe Özkan Duvan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 24, S: 2, Aralık 2018, s. 661, 662.

⁸ Zafer Gören, “Anayasa Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 377.

İnsan hakları arasında yer alan ilk ve en temel olan hak, yaşam hakkıdır. Bu hak kamusal makamlar tarafından öldürülmeme, yaşama haklarının da yine kamusal makamlar tarafından korunmasını düzenler. Yaşam Hakkı aslında öldürülmeme hakkı olarak da tanımlanabilir.⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde birinci maddede devletlere insan haklarına saygı yükümlülüğü görevi verildikten sonra birinci bölümde hak ve özgürlükler bölümüne ve bu bölümde ilk temel hak olarak yaşam hakkına yer verilmiştir.¹⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yaşam hakkı herkes için geçerli mutlak bir hak olarak düzenlenmiş ancak istisnai hallerde ihlalinin yapılabileceği belirtilmiştir.

Yaşam hakkı Anayasamızda da düzenlenmiş olmakla uluslararası pek çok sözleşmede de yer almıştır. Yaşam hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi gibi önemli sözleşmelerle temellendirilmiştir.

Anayasamızda da 17. maddede yaşam hakkına yer verilmiş, herkesin yaşama ve maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, madde devamında ise kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmazlığı ilkesine yer verilmiştir.

Anayasamızın “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15. maddesi¹¹ ile yaşam hakkı olağanüstü hallerde de kullanımı ve yararlanması

⁹ Cengiz Topel Çiftçioğlu, “Yaşam Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, S: 103, s. 140.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Bölüm 1, Hak ve Özgürlükler, Madde 2 “Yaşam hakkı 1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması”

¹¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

“IV. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması

MADDE 15- Savaş, seferberlik (...) (1) veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve

durdurulamayan haklardan olduğundan “sert çekirdekli temel hak” olarak kabul edilmektedir.¹²

İçeriği sürekli genişleyen yaşam hakkı tıp hukukunda da ötanazi, kürtaj gibi konularla birlikte ele alınmıştır.¹³

1.3. YAŞAM HAKKININ DEVLETE YÜKLEDİĞİ SORUMLULUKLAR

Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle korunma altına alınan ve temel bir hak niteliği taşıyan yaşam hakkı, devlete bazı sorumluluk yüklemiştir. Sözleşme hükümleri, devletin yaşam hakkına ilişkin tüm sorumluluğuna yer vermemiştir. Yaşam hakkının devlete yüklediği yükümlülüklerin sınırları, genişletilmesi ve kapsayıcılığı mahkeme içtihatları ile oluşturulmaktadır.

Yaşam hakkının ihlalinin söz konusu olması için devletin sorumluluğunun bulunduğu doğal olmayan bir ölümün varlığı gereklidir.¹⁴ Ancak istisnai hallerde; yüksek ölüm riskinin gerçekleştiği durumlarda, kişi ölmemiş olsa bile yaşam hakkının ihlal edildiğinden bahsedilebilecektir.¹⁵ Anayasa Mahkemesi, roketatar mermisinin patlaması neticesinde yaralanan başvurusunun başvurusunu roketatar mermisinin

hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

¹² Gören, s. 98.

¹³ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, “Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu”, 24. Dönem 3. Yasama Yılı 2013, s. 20 <https://www.tbmm.gov.tr/Files/Komisyonlar/insanHaklari/belge/TER%C3%96R%20VE%20%C5%9E%C4%B0DDET%20OLAYLARI%20KAPSAMINDA%20YA%C5%9EAM%20HAKKI%20%C4%B0HLALLER%C4%B0N%C4%B0%20%C4%B0NCELEME%20RAPORU.pdf> (Erişim Tarihi:10.01.2023)

¹⁴ Mustafa Marangoz, “Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Usuli Yükümlülükleri”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, s. 9

¹⁵ Duvan, s. 665.

öldürücü niteliği ve başvuruçunun maruz kaldığı hayati tehlike gözetilerek yaşam hakkı çerçevesinde incelemiştir.¹⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesindeki düzenleme çerçevesinde yaşam hakkına yönelik devletin sorumluluğu; öldürmeme yükümlülüğünü kapsayan negatif sorumluluk, yaşam hakkı ihlallerini engellemek amacıyla önlem alma yükümlülüğünü kapsayan pozitif sorumluluk ve devletin belli yönde davranma yükümlülüğünü ifade eden pozitif sorumluluğun uzantısı konumundaki usuli sorumluluk olmak üzere üç başlık altında değerlendirilebilir.¹⁷ Bunları şu şekilde inceleyebiliriz:

Devletin yaşam hakkı kapsamındaki negatif yükümlülüğü; hukuken istisnai bırakılan haller dışında, insan yaşamını ortadan kaldırmamaya ilişkindir. Yaşam hakkı, asıl olarak bireyin özgür şekilde sahip olduğu bir hak olduğundan, devlete bu alana müdahale edilmemesi gibi pasif bir yükümlülük verdiğinden bahsedilebilir. Yaşama hakkı devlete ayrıca hakkın ihlal edilme potansiyelini yok etme yükümlülüğü vermiştir.¹⁸

¹⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi; Başvuru Numarası: 2013/2030, Karar Tarihi 26.06.2014. "19. Başvurucu her ne kadar Anayasa'nın 40. ve 125. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçunun tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvuruçunun bu şikâyeti Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında incelenecektir.

20. Bir olayda yaşam hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri, doğal olmayan bir ölümün gerçekleşmesi olmakla birlikte, bazı durumlarda ölüm gerçekleşmese dahi olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenebilmesi mümkündür. AİHM de, ölümle sonuçlanmayan yaralanma olaylarını kişiye karşı kullanılan gücün derecesi, türü ve güç kullanımının ardında yatan niyet ve amacı diğer faktörlerle birlikte göz önünde tutarak yaşam hakkı kapsamında inceleyebilmektedir (bkz. İlhan/Türkiye [BD], 22277/93, 27/6/2000, §76; Paşa ve Erkan Erol/Türkiye, 51358/99, 12/12/2006, §27; Makaratzis/Yunanistan [BD], 50385/99, 20/12/2004, §52).

21. Başvuru konusu olayda da, başvuruçunun, roketatar mermisinin patlaması neticesinde yaralı olarak kurtulmuş ise de roketatar mermisinin öldürücü niteliği ve başvuruçunun atlattığı hayati tehlike göz önünde bulundurulduğunda başvuruya konu olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır." <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2030> (Erişim Tarihi: 19.01.2023)

¹⁷ Duvar, s. 663.

¹⁸ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, "Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu", s. 21.

Bu kapsamda, yaşam hakkının ihlal edilebileceğinin belirtildiği istisnai hallerde de yapılacak uygulamaların, örneğin; kolluğun güç kullanımının orantılı olması ve zorunluluk nedeni ile uygulanması gerekmektedir.¹⁹

AİHM içtihatlarında haklara yapılacak kısıtlamalarda 2. maddenin 2. fıkrasındaki istisnalar çerçevesinde; kanunilik, zorunluluk, orantılılık, kademelilik, kişiye önce uyarı yapılması, etkisiz kılma halinde güç kullanımının sonlandırılması gibi şartların hepsine birden uygunluk aranmaktadır.²⁰

Devletin usuli sorumluluğu; pozitif sorumluluğun bir uzantısı olarak, genelde ölümlü vakalar sonrasında; ölümün devlet makamlarının kuvvet uygulaması nedeniyle gerçekleşmiş olup olmamasından bağımsız olarak, devletin yetkili makamlarınca bu hususta etkin bir soruşturma yürütülmesi esasına dayanmaktadır.²¹

Yaşam hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülük ise bireyleri diğer kişilerin eylemlerinden korumak için gerekli önemleri almak, etkin koruma sağlamak, yaşam hakkına yönelik eylemlerin işlenmesine engel olacak şekilde mevzuatında düzenlemeler yapmak, ceza infazını sağlamak olacaktır. Devlet kontrolü altındaki yaşama hakkına sahip, yakın ve açık risk altında olan kişileri korumak maksadı ile kanun koyarak, kanunları uygulayarak, önleyici tedbirleri alarak pozitif yükümlülüklerini yerine getirir.²²

Tezimiz kapsamında tıp hukuku açısından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmele; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde veya protokollerinde doğrudan düzenlenmeyen sağlık hakkı, devletin bahsedilen önleyici tedbirleri alma pozitif yükümlülüğü içerisinde değerlendirilmiş, devletin hastaları korumak için gerekli

¹⁹ Duvan, s. 663.

²⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınları 4. Bası, Ankara, Ağustos 2011, s. 106-109.

²¹ Duvan, s. 674.

²² Çiftçioğlu, s. 146.

tedbirleri alması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır.²³ AİHM de kararlarında da bu yönde değerlendirmeler yapmaktadır.

AİHM, devlet hastanesinde yeni doğan bir çocuğa Kızılay'dan alınan HIV virüsü içeren kanın enjekte edilmesi nedeni ile çocuğa HIV virüsünün bulaşmasına ilişkin²⁴ Türkiye aleyhine yapılan bir başvuruda; yaşam hakkının, devlete kendi yetki alanındaki kişilerin hayatını korumak gibi pozitif yükümlülükler attettiğini, bu yükümlülüklerin halk sağlığını da kapsadığını, devletin, özel ya da devlete ait tüm hastanelerde hastaların hayatının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını zorunlu kılan düzenlemeler yapması gerektiğini belirtmiştir. Kararda, başvuru hastanın HIV virüsü kapmasının ciddi bir hayati tehlike olduğu belirtilmiştir. Devlet, kurumlarını HIV virüsünün kan nakli yoluyla yayılmasına karşı önleyici tedbirler almadığı ve bu sorumluların belirlenmesi için etkili bir soruşturma yürütmediği için ihlalin, yaşam hakkı kapsamında değerlendirilebileceğine karar vermiş ve somut olayda hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁵

2. SAĞLIK HAKKI

2.1. SAĞLIK HAKKININ TANIMI

Sağlık hakkının anlaşılabilmesi için kanaatimizce, önce sağlık kavramının tanımlanmasının yapılması gerekmektedir. Türk Dil Kurumu, sağlığı “*Bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik durumunda olması, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet*” ve ayrıca “*Sağ, canlı, diri olma durumu*” olarak tanımlamaktadır.²⁶

Türkiye'nin 2 Ocak 1948 yılından itibaren üyesi olduğu, Dünya Sağlık Örgütü'nün (*World Health Organization*) 22 Temmuz 1946 yılında 61 ülke tarafından imzalanan ve 7 Nisan 1948 yılında yürürlüğe giren Anayasasında ise sağlık kavramı yine aynı

²³ Osman Doğru, “Yaşama Hakkı”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 5, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Temmuz 2018, s. 279.

²⁴ Konuya ilişkin gazete haberi için bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/aidsli-kana-tazminat-39028745> (Erişim Tarihi: 20.04.2023).

²⁵ Oyal/Türkiye (4864/05), 23 Mart 2010.

²⁶ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 08.01.2023).

şekilde “Sağlık yalnızca hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, fiziksel, zihinsel ve sosyal yönden tam iyilik hali içinde olmak” olarak tanımlanmıştır.²⁷

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun’da da, sağlık tanımı, Dünya Sağlık Örgütü ile aynı şekilde yapılmıştır.

Yapılan tanımlarda görüleceği üzere, sağlık kavramı, kişide bedensel bir hastalık olmayışı anlayışının ötesine geçmiş; ayrıca kişinin sosyal ve ruhsal açıdan da tam bir iyilik halinde olması şartını aramıştır.

Fiziksel sağlık kavramı herhangi bir hastalığın, rahatsızlığın veya kişinin fiziksel fonksiyonlarını engelleyici veya azaltıcı herhangi bir durumun olmaması, kişinin fiziksel fonksiyonlarının kullanması, vücudunun unsurlarının aynı şekilde işlemesi olarak tanımlanabilecektir.²⁸

Zihinsel sağlık da aynı şekilde kişinin zihinsel yeteneklerini olumsuz yönde etkileyen, stres ve anksiyete ile mücadele etmesini engelleyen herhangi bir hastalığın olmaması, kişinin bu durumlarla yeterli derecede baş edebilme gücünün olması olarak tanımlanabilir.²⁹

Sosyal sağlık ise daha geniş kapsamlı bir tanım olmakla, yalnızca kişiyle ilgili olmayıp kişinin toplumun diğer üyeleri ile ilişkilerini de kapsamakta ve bu kapsamda bireye toplumun ciddi çatışmalardan uzak bir şekilde etkileşimde bulunma ve bunun karşılığını anlamlandırma olanağı sağlama niteliklerini taşıması gerektirdiği belirtilmektedir.³⁰

Sosyal sağlık kavramının sağlık tanımı içerisine alınması ile sağlık kavramının alanı genişlemiştir. Temel bir hak olarak kabul edilen sağlık hakkının ayrıca devlete bu hak kapsamında toplumsal olarak bir iyilik hali yaratmak yükümlülüğü verdiği de

²⁷Dünya Sağlık Örgütü Anayasası için bkz. <https://www.who.int/about/governance/constitution> (Erişim Tarihi: 08.01.2023).

²⁸ Özge Yücel, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavram ve Özneler”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Şubat 2018, Ankara, s. 26.

²⁹ A.g.e, s. 26.

³⁰ A.g.e., s. 26.

belirtilebilir. Bu iyilik tanımını sağlamanın en önemli aracı da insan haklarına saygılı bir devlet anlayışıyla hareket etmek olacaktır.³¹

2.2. SAĞLIK HAKKININ BİR TEMEL HAK OLARAK TANINMASI

Sosyal devlet anlayışının gelişimiyle beraber devletin; bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirme, toplumdaki her birey arasındaki eşitliği sağlama yükümlülükleri ortaya çıkmış, bu kapsamda devletin kişinin sağlığını korumak, sağlığının bozulması durumunda herkese adil, eşit bir sağlık hizmeti sunmak, bu hizmeti ulaşılabılır kılmak görevlerini kapsayan sağlık hakkı ortaya çıkmıştır.³²

Sanayi devrimi sonrasında, işçi sınıfının güç kazanması nedeniyle 19. yüzyıldan itibaren insan hakları kavramı yalnızca kişilere verilen bir özgürlük olma anlayışından uzaklaşarak, devletten hizmet isteme yetkisi veren haklar olarak da tanımlanmaya başlamıştır. Sağlık hakkı da bu tarihten itibaren bir insan hakkı olarak tanınmaya başlanmıştır.³³

Özellikle AIDS'in yaygınlaşması ile sağlık hakkının temel bir insan hakkı olarak görülme hususu yaygınlaşmış, sağlık hakkı eşitlik ve sosyal adaletin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Esasen zayıf olanı korumaya ilişkin özel düzenlemelere yer veren insan hakları birbiri ile ilişki içerisinde ve birbirini tamamlayıcı özellik gösteren haklardır. Bu nedenle sağlık hakkı da tüm diğer insan hakları ile ilişki içerisinde.³⁴

Sağlık hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kapsamında temel insan haklarından biri olarak kabul edilmiştir.³⁵ Ayrıca Anayasamızın da 56. maddesinde sağlık, çevre,

³¹ Dilşad Çiğdem Sever, "Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Şubat 2018, Ankara, s. 73.

³² Hamide Tacir, "Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 32.

³³ Oktay Uygun, "Kamu Hukuku İncelemeleri, İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik", On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, Ekim, 2013, s. 18, 19.

³⁴ Sever, s. 74.

³⁵ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Madde 25 "1. Herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlığı ve iyi yaşaması için yeterli yaşama standartlarına hakkı vardır; bu hak, beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ile gerekli toplumsal hizmetleri ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ya da

konut başlığı altında “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.” ibaresi ile hem temel bir hak olarak düzenlenmiş hem de “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.” ibaresi ile devlete, sağlık hakkına ilişkin hizmet sağlama sorumluluğu yüklenmiştir.

2.3. SAĞLIK HAKKININ DEVLETE YÜKLEDİĞİ SORUMLULUKLAR

Herkesin, ekonomik durumundan bağımsız olarak insan haklarından yararlanabilmesi için, devlete, hizmet yükümlülüğü verilmiştir. Bu yükümlülük büyük mali kaynakların kullanılmasını gerektirmektedir. Bu yükümlülüğü doğuran haklar “sosyal haklar” olarak adlandırılmaktadır.

Sağlık hakkı, genel olarak sanayi devrimi sonrasında ortaya çıkan sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlenmekle, bireyin sosyal hayatta var olabilmesini sağlayan haklardandır.³⁶ Sağlık hakkı insan onurunun korunması ve yaşam kalitesinin güvence altına alınması için zorunlu olan ikinci kuşak haklardan biridir.³⁷

Sağlık hakkı, devlet tarafından sağlıklı birey ve toplum hedefini sağlamak için bu konuda gerekli olan şartların sağlanarak kişilere, tesislere ulaşma ve bunları kullanma hakkı verilmesidir.³⁸ Sağlık hakkı bu kapsamda sağlık hizmetlerine ulaşmayı ve güvenli su, barınma, gıda gibi genel yaşam şartlarını herkes için sağlamayı hedefleyen bir haktır.³⁹

kendi denetiminin dışındaki koşullardan kaynaklanan başka geçimini sağlayamama durumlarında güvenlik hakkını da kapsar.”

³⁶ Abdurrahman Eren, “Anayasa Hukuku Dersleri”, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2022, s. 490.

³⁷ Uygun, s. 18, 19.

³⁸ Cahid Doğan, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Lefke Avrupa Üniversitesi, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 17.

³⁹ Nazmi Zengin, “Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, C: 1, S: 1, 2010, s. 45.

Bu hak, devlete; saygı duyma, koruma, yerine getirme yükümlülükleri vermektedir. Saygı duyma sorumluluğu, devletin uygulamalarıyla kişilerin sağlık hakkına ulaşmasına engel olmamayı, herkese eşit sağlık hizmeti sunmayı, sağlık verilerinin sağlıklı ve şeffaf bir şekilde paylaşılmasına ilişkindir.⁴⁰

Devletin koruma sorumluluğu; kişinin sağlık hakkını, üçüncü kişilere karşı korunmasını hedeflemekle, sağlık çalışanlarının etik kurallara uygun olarak hizmet vermelerine, tıbbi uygulamaların, araç ve gereçlerin devlet tarafından denetlenmesine ilişkindir.⁴¹

Yerine getirme sorumluluğu ise, devlete, belirli standartlarda sağlık hizmeti verme ve vatandaşların sağlık hizmetlerinden eşit olarak yararlanmasını sağlama sorumluluğu vermektedir.⁴²

Bir görüşe göre de, sağlık hakkının pozitif statüleri ilgilendiren bir düzenleme olduğu belirtilmişse de başka bir görüşe göre bu hak yalnızca kişinin sağlığının bozulmaması için bazı hizmetlerin verilmesi değil, aynı zamanda kişinin devlet veya üçüncü bir kişi tarafından sağlığını bozucu eylemlerin yapılmasını veya sağlık hizmeti alınmasını engellememeyi de içermektedir. Bu kapsamda sağlık hakkının pozitif bir hak olduğu kadar devletin negatif haklarına ilişkin de olduğu kabul edilmektedir.⁴³

Anayasa Mahkemesi bir kararında, sağlık hakkının, devletin yükümlülükleri ile birlikte sosyal devletin niteliğini oluşturan haklardan olduğunu belirtmiştir.⁴⁴ Başka

⁴⁰ Zengin, s. 47.

⁴¹ A.g.e, s. 47, 48.

⁴² A.g.e., s. 47, 48.

⁴³ Özgür Temiz, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C: 69, S: 1, 2014, s. 169, 170.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi 1987/16 E., 1988/8 K, R.G. 23.08.1988 “...Anayasa'nın 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' bölümünde yer alan konuyla ilgili sağlık, çevre, konut hakları, devletin yükümlülükleriyle birlikte sosyal devlet niteliğinin içeriğini oluşturan haklardandır. Bu konularda devletin görevli kılındığı tartışmasızdır. Temel haklar ve ödevler konusunda gözetici ve koruyucu olan devletin, sosyal devlet olmak gibi üstlendiği görevlerini Anayasa'nın 65. maddesinin belirlediği gibi mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği açıktır. Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin, sosyal devlet olmanın gereği, parasız yerine getirilmesi anlayışı günümüzde gücünü yitirmiştir. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınabileceği kabul edilmektedir. Böylece, bu hizmetlerden yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik giderilmiş olmaktadır. Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenen ücreti

bir kararında ise, hukukça korunması gereken en büyük değerin insan yaşamı ve sağlığı olduğu belirtilmiştir.⁴⁵

Sağlık hakkı kavramının en geniş tanımı, Türkiye'nin de imzaladığı, 11.08.2003 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 12. Maddesinde yapılmış, devlete bu kapsamda bazı sorumluluklar yüklenmiştir.⁴⁶

İlgili uluslararası sözleşmeyi izlemekle görevli Ekonomik, Sosyal Haklar Komitesi tarafından haklara ilişkin Genel Yorumlar kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler sisteminde kabul edilen bu genel yorumların, sözleşmede düzenlenen bireysel hakların ve imza koyan devletlerin yükümlülüklerinin tabiatını ve kapsamını açıkladığı kabul edilmektedir.⁴⁷

ödeyemeycek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulmalıdır.”

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1988-8-nrm.pdf> (Erişim Tarihi: 16.12.2022)

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi 1990/27, 1991/2 K, R.G. 19.08.1991, “...Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda “yaşam hakkını” ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır.”

Üye Mustafa Şahin Karşı Oy yazısında: “...Halbuki, sağlık, öğrenim ve eğitim, çalışma, sosyal güvenlik ve benzeri pozitif statü hakları ya da Anayasa'nın deyimi ile "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" vatandaş, devletten olumlu bir davranış, bir hizmet ve yardım isteme ve dilekte bulunma hakkı tanır. Zaten, Anayasa, devlete bunları gerçekleştirmek bakımından aktif bir görev de vermiştir. İşin özüne bakılırsa, hukukça korunması gerekli en büyük değerin insan yaşamı, insan sağlığı olduğu tartışmasızdır. Anayasa'nın 10., 17. ve 60. maddelerindeki kuralların dayanağını oluşturan temel felsefenin esası da budur.”

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 16.12.2022)

⁴⁶ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi, R.G. 11.08.2003, Madde 12:

“1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanır.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir:

a) Varolan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukları sağlıklı gelişmelerinin sağlanması;

b) Çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürme;

c) Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;

d) Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların sağlanması.”

⁴⁷ Zengin, s. 47.

Komite tarafından “Ulaşılabilecek En Yüksek Sağlık Standardına Sahip Olma Hakkı” başlıklı 14 numaralı genel yorum da kabul edilmiş, bu kapsamda insan hakları belgelerinde yer alan; gıda, konut, çalışma, eğitim, insan onuruna yakışır bir hayat sürme, yaşama hakkı, ayrımcılık gözetmeme, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü, işkence yasağı, eşitlik, özel hayatın gizliliği, bilgiye erişim, toplanma ve dernek kurma ve seyahat etme özgürlüğü gibi diğer insan haklarının sağlık hakkı ile bağlantılı olduğu ve bu hakların sağlık hakkını tamamladığı belirtilmiştir.⁴⁸ Genel yorumda sağlık

⁴⁸ Derleyen ve çeviren: Lema Uyar, “Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı İstanbul, Eylül 2006, s. 240, 241. “Sağlık hakkı, her anlamda ve her aşamada gerçekleşmesi belirli bir ülkedeki koşullara dayalı olan temel unsurları içermektedir:(a) Mevcudiyet. Taraf Devletteki kamu sağlığı hizmetleri, sağlıkla ilgili mallar, olanaklar, hizmetler ve sağlık programları yeterli miktarda olmalıdır. Bu olanakların, malların ve hizmetlerin kapsamı taraf Devlet’in gelişim düzeyi gibi birçok faktöre de bağlı olarak değişecektir. Ancak sağlıkla ilgili göstergeler, güvenli içme suyu ve yeterli, sağlık hizmetleri, klinikler ve sağlıkla ilgili diğer binalar, yetişmiş, yeterli maaşla çalışan tıbbi profesyonel personel ve Temel ilaçlarla ilgili Dünya Sağlık Örgütü Eylem Planı (WHO Action Programme on Essential Drugs) her zaman bu kapsam dahilindedir; (b) Erişilebilirlik. Sağlıkla ilgili olanaklar, mallar ve hizmetler ayrımcılık gözetilmeden taraf Devlet’in yetkisi altındaki herkes açısından erişilebilir olmalıdır. Erişimin birbiriyle örtüşen dört yönü vardır:

Ayrımcılık yasağı: Sağlık olanakları, malları ve hizmetleri, özellikle toplumun risk altındaki kesimleri başta olmak üzere, herkes açısından, hukuken ve uygulamada da, herhangi bir ayrımcılık gözetilmeden erişilebilir olmalıdır.;

Fiziksel erişilebilirlik: Sağlık olanaklarına, mallara ve hizmetlere, özellikle toplumun risk altındaki kesimleri, etnik azınlıklar, yerel nüfus, kadınlar, çocuklar, gençler, yaşlılar, engelli insanlar ve HIV/AIDS virüslü insanlar başta olmak üzere herkesin güvenli fiziksel erişimi mümkün olmalıdır. Erişim, aynı zamanda, kırsal alanlarda da sağlık hizmetleri ve sağlıkla ilgili güvenli ve içilebilir su ve yeterli sağlık koşulları gibi sağlık göstergelerine erişim anlamındadır. Erişim, ayrıca binaların engelli insanların erişimini sağlayacak nitelikte olması anlamındadır;

Ekonomik erişilebilirlik (bedeli ödeyebilme): Herkes sağlık olanaklarına, mallara ve hizmetlere erişimin bedelini ödeyebilmelidir.

Sağlıkla ilgili gerek kamusal gerekse özel sektör hizmetlerinin, hakkaniyet ilkesine dayalı olarak toplumdaki dezavantajlı kesimleri de içerecek şekilde, bedelinin herkes tarafından ödenebilmesi güvence altına alınmalıdır. Hakkaniyet ilkesi daha yoksul olan hane halkının daha zengin durumdaki hane halkına göre orantısız bir sağlık

Masrafı altına girmesinin engellenmesini gerektirir.

Bilgiye erişebilme: Erişilebilirlik, sağlıkla ilgili konularda bilgi talep etme, bilgi alma ve bilgi verme ve görüş bildirmeyi içermektedir. Ancak, bilginin erişilebilirliği kişisel sağlık bilgilerinin gizliliğini zedelememelidir;

c) Kabul edilebilirlik. Bütün sağlık olanakları, mal ve hizmetler tıbbi etiğe saygı göstermeli ve kültürel açıdan uygun olmalıdır. Bireylerin, azınlıkların, halkların, toplulukların kültürlerine saygı duyulmalı, cinsiyet konusundaki duyarlılıklar ve hayat döngüsünün gerekleri göz önünde tutulmalı ve aynı zamanda hizmetler gizlilik esası ve ilgililerin sağlık durumunun geliştirilmesine özen göstermelidir;

hakkının bir ülkedeki koşullara dayalı olan mevcudiyet, kabul edilebilirlik, kalite, erişilebilirlik; fiziksel ve ekonomik erişilebilirlik, ayrımcılık yasağı, bilgiye erişebilme temel unsurlarını içermesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁹

Ayrıca Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Paketi olağanüstü durumlar için devletin yükümlülüklerini azaltabileceği ya da askıya alabileceğine ilişkin bir istisna madde de içermemektedir.⁵⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde sosyal haklar tanımı olmadığından ve hasta hakları da temel bir hak olarak tanımlanmadığından; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi direkt olarak sağlık hakkına ilişkin denetim yapamamaktadır. Ancak belirttiğimiz üzere tüm temel haklar birbiri ile bağlantılı ve tamamlayıcıdır. Bu sebeple; sağlık hizmetinin yetersizliği dolayısıyla ölüm yaşanması ya da bu iddianın yeterince soruşturulmaması durumunda; (1) yaşam hakkı, (2) sağlık hizmetinin sunulmasında kötü muamele bulunulması veya bu durumun yeterince incelenmemesi durumunda işkence yasağı, (3) sağlık hizmetinde ayrımcılık yapılması durumunda bu durumu ayrımcılık yasağına ve ayrımcılığın genel olarak yasaklanması haklarına veya (4) sağlık hizmeti verilirken özel hayata haksız bir müdahalede bulunulması durumunda özel hayatın korunması hakkına dayanarak denetim yapabilmektedir.⁵¹

3. HASTA HAKLARI

Hasta kavramı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde “*Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse*” şeklinde tanımlanmıştır.

Hasta hakları, bireyin sahip olduğu insan haklarını sağlık hizmetinden yararlanırken kullanması olarak tanımlanabilir. Bu haklar sağlık hakkının olduğu kadar, yaşam

(d) Kalite. Kültürel açıdan kabul edilebilir olmanın yanı sıra, sağlık olanakları, mallar ve hizmetler, bilimsel ve tıbbi açıdan uygun ve kaliteli olmalıdır. Bu, interalia, deneyimli tıbbi personel, bilimsel açıdan onaylı ve kullanım süresi sona ermemiş ilaç ve hastane teçhizatı, güvenli ve kullanıma elverişli su ve yeterli hijyen koşullarını gerektirir.”

⁴⁹ Uyar, s. 240-242.

⁵⁰ Dikran M. Zenginkuzucu, “COVID-19 Pandemisi, Devlet ve Yaşam Hakkı”, İstanbul Esenyurt Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, C: 1, S: 2, 2021, s. 55-60.

⁵¹ Sever, s. 84.

hakkı, beden bütünlüğü hakkı, özel yaşam hakkı gibi diğer önemli temel hakların da bir parçasıdır.⁵²

Hasta Hakları konusunda yayınlanmış ilk belge Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981 yılında tanımlanan Lizbon Bildirgesi⁵³'dir.⁵⁴ Bildirgede belirtilen hakların, hekimlik mesleğinin hastalara sağladığı temel haklar olduğu belirtilmiş; hastanın hekim seçme hakkı, özgürce hekim tarafından bakılabilmek hakkı, aydınlatılmadan sonra tedaviyi ret veya kabul hakkı, hekimden tıbbi ve özel hayatına ilişkin saygı bekleme, onurlu bir şekilde ölme ve dini temsilcini yardımı dâhil ruhi ve manevi teselli kabul ve reddetme hakkı düzenlenmiştir. Bu bildirgede, hakların açıklamasına yer verilmemiş, haklar yalnızca sıralanmış, daha sonra hakların açıklamaları ile genişletilmiş yeni sürümleri yayımlanmıştır.

Hasta Haklarına ilişkin olarak Dünya Sağlık Örgütü'nün Avrupa Birimi tarafından Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi yayımlanmış, ülkemizin kabul ettiği Biyoetik sözleşmesinde de hasta haklarına ayrıca yer verilmiştir.

2003 yılında ise Avrupa Hasta Hakları Şartı yayımlanmış, burada önceden düzenlenen hasta haklarına yenileri eklenmiş ve işbu haklara ilişkin açıklamalar yer almıştır.

Ülkemizde ise en temel düzenleme 1988 yılında Hasta Hakları Yönetmeliği ile yapılmıştır. Bu tarihten önce de hastanın özel yaşamına saygı duyulması, tıbbi müdahaleden önce aydınlatılmış onamının alınmış olması, herkesin eşit olarak sağlık hizmetinden yararlanabilmesi, sağlık hizmetinin ulaşılabilir olması, sağlık kuruluşunu seçebilmesi ve değiştirebilmesi gibi temel hasta hakları kanunlarımızda ve Anayasamızda yer almıştır.⁵⁵

Hasta Hakları Yönetmeliğinde, hasta hakları, *“sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve*

⁵² Gürkan Sert, “Hasta Hakları”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018 s. 125.

⁵³ Lizbon Bildirgesi için bkz. <https://agriism.saglik.gov.tr/TR-69198/lizbon-bildirgesi.html#> (Erişim Tarihi: 30.12.2022).

⁵⁴ Sert, “Hasta Hakları”, s. 125.

⁵⁵ Sert, “Hasta Hakları”, s. 129.

Anayasamız, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan hak” olarak tanımlanmıştır.

Hasta haklarının yönetmelikle belirlenmiş olması, kanuni bir düzenleme yapılmamış olması, ayrıca esasen kişi haklarının ihlalini yaptırımlar ile korumaya çalışan Türk Ceza Kanunu’nda bu kapsamda bir düzenleme yapılmamış olması doktrinde eleştirilmektedir.⁵⁶

Hasta hakları, hastanın haklarını korumayı amaçlamakla birlikte sağlık personelinin hak ve yükümlülüklerini de belirler.⁵⁷

Yönetmelikte düzenlenen hasta hakları kısaca şu şekilde sıralanabilir:

- (1) Hastanın sağlık hizmetinden adalet, hakkaniyete ve ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkı (madde 6)
- (2) Hastanın sağlık hizmetinden nasıl yararlanacağına ilişkin bilgi edinme hakkı; bu hak bütün sağlık kuruluşlarına hastayı bilgilendirmek için yeterli teknik donanımına haiz birim oluşturma sorumluluğu da vermektedir (madde 7)
- (3) Hastanın özgür iradesi ile seçtiği sağlık kuruluşunda sağlık hizmetinden yararlanma veya hizmet aldığı sağlık kuruluşunu mevzuat uyarınca değiştirme hakkı (madde 8)
- (4) Hastanın kendisine sağlık hizmeti veren veya verecek sağlık personelinin kimlik, görev ve unvanları hakkında talebi üzerine bilgi alma ve sağlık personelinin serbestçe seçme, hekimini değiştirme, konsültasyon isteme hakkı (madde 9)
- (5) Hastanın sağlık hizmetinden yararlanma talebinin sağlık kuruluşunun hizmet verme imkanlarının yetersiz veya sınırlı olması nedeniyle öncelik hakkının tıbbi kriterlere dayalı olarak, objektif ve mevzuata uygun olarak belirlenmesini talep hakkı (madde 10)

⁵⁶ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 97.

⁵⁷ A.g.e. s. 93.

- (6) Hastanın modern tıbbi bilgi ve teknolojilerinin gereklerine uygun olarak teşhis edilen hastalığın tedavisinin yapılması ve bakımını isteme hakkı (madde 11)
- (7) Herhangi bir teşhis, tedavi ve koruma maksadı olmaksızın tıbbi müdahale uygulanma yasağı (madde 12); işbu madde kapsamında hastanın tıbbi gereklilikler dışında tıbbi müdahale talep etmesine de kısıtlama getirilmiş olmakla, kişinin bedeni ve yaşamı üzerinde serbest iradesi ile karar verme hakkı sınırlandırılmıştır
- (8) Ötanazi yasağı (madde 13), ötanazinin yasak olduğuna ve uygulanamayacağına ilişkin düzenleme bir hasta hakkı olarak düzenlenmiş olmakla, burada da kişinin serbest iradesine bir kısıtlama getirilmiş, kişinin herhangi bir neden ile hayat hakkından vazgeçemeyeceği, kendisinin veya başkasının talebi olsa dahi kimsenin hayatına son verilemeyeceği düzenlenmiştir
- (9) Hastanın durumunun getirdiği tıbbi özenin sağlık personeli tarafından gösterilmesini talep hakkı (madde 14), bu hak kapsamında, ayrıca hastanın hayatının kurtulamayacağı ve sağlığının korunmasının mümkün olmayacağı hallerde dahi, hekime hastanın ıstırabını azaltmaya çalışma yükümlülüğü verilmiştir
- (10) Hastanın sağlık durumu ile bilgi alma hakkı (madde 15); bu hak çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacak rızanın ön koşulu olan aydınlatmaya ilişkin olup, hastanın; teşhisi konan hastalığa ve nedenlerine, tedavi yöntemlerine ve bu yöntemlerin risklerine, tıbbi müdahalenin içeriği ve uygulayıcısına, tedaviyi red durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve risklere, muhtemel komplikasyonlara, kullanılacak ilaçlara, tıbbi yardıma nasıl ulaşacağına, sağlık için kritik olan yaşam tarzı önerilerine ilişkin bilgi alma hakkını düzenlemiştir
- (11) Hastanın kendisine ilişkin hasta kayıtlarını inceleme hakkı (madde 16)
- (12) Hastanın kendi sağlık kayıtlarında bulunan eksik, belirsiz, hatalı tıbbi veya şahsi bilgilerin tamamlanması, açıklanmasını, düzeltilmesini, doğru hale getirilmesini talep hakkı (madde 17)

- (13) Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesini talep hakkı (madde 21); ilgili maddede tıbbi müdahalenin hastanın mahremiyetine saygı gösterilerek, gizlilik içerisinde icra edileceği belirtilerek hastanın da bu konuda talep de bulunabileceği belirtilmiştir
- (14) Kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere kişinin rızası olmadan ameliyat edilememesi (madde 22)
- (15) Sağlık hizmetlerinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin gizli tutulması, açıklanmaması (madde 23)
- (16) Bilinen klasik tedavi yöntemlerinin hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması durumunda, deney hayvanları üzerinde yeterli derecede denenerek faydalı sonuçların elde edilebileceği kanaatinin oluşması durumunda hastanın rızası ile alışılmış olmayan tedavi usullerinin uygulanması (madde 27)
- (17) Aile planlaması hizmetlerinde, yalnızca Bakanlık tarafından tespit edilen ilaçların ve araçların kullanılması, gebeliğin kanundaki şartlarla sona erdirilebilmesi (madde 30)
- (18) Hastanın rızası dışında, tıbbi araştırmalarda yer verilememesi (madde 32, 33, 34, 35, 36); bu hak yönetmeliğin altıncı bölümünde tıbbi araştırmalar başlığı altında ayrıca düzenlenmiş, mevzuat uyarınca yetkili ve yeterli tıbbi ve tecrübeye haiz personel tarafından gerçekleştirilen araştırmanın, öncelikle hastanın hayatının ve vücut bütünlüğünün korunacağına ve gerekli bilgilendirmelerin yapılacağına ilişkin kaide ile Bakanlığın izni ve hastanın yazılı rızası ile yapılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca küçük ve mümeyyiz olmayanların yalnızca araştırma kendilerine fayda sağlıyorsa velilerinin veya vasilerinin rızası ile yapılabileceği belirtilmiştir
- (19) Sağlık kurum ve kuruluşlarının güvenlik içinde olmayı isteme hakkı (madde 37)
- (20) Sağlık kurum ve kuruluşlarının imkanları ölçüsünde hastanın dini vecibelerini yerine getirme ve dini hizmetlerden faydalanma hakkı (madde 38); kurumların bu hakkın yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir.

- (21) Hastanın insani değerlerine uygun olarak, sağlık hizmetlerinden faydalanma, kurum ve kuruluşların usul ve esaslarına uygun olmak kaydı ile ziyaretçi kabul hakkı (madde 39)
- (22) Muayene ve tedavi sırasında hastaya yardımcı olmak, mevzuat ve kurumların imkanları gözetilerek hastanın sağlık durumunun gerektirdiği ölçüde, tedaviden sorumlu hekimin uygun görmesine bağlı olarak refakatçi bulundurma hakkı (madde 40)
- (23) Koruyucu sağlık hizmetleri verilirken, hastanın tıbbi sebeplerden dolayı sağlık kuruluşuna gitmesinin beklenemeyeceği hallerde, tabi afetler gibi olağanüstü hallerde sağlık hizmetinden sağlık kurum ve kuruluşu dışında yararlanma hakkı (madde 41)
- (24) Hasta haklarının ihlali halinde mevzuat kapsamında müracaat, şikayet, dava hakkı(madde 42)
- (25) Sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hasta hakları birimleri kurma yükümlülüğü (madde 42/B).

Sağlık tesislerinin, hastaların, hasta haklarına dair yeterli bilgiye erişilebilmesine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için, Sağlık Bakanlığı tarafından 15.10.2003 tarihinde “Sağlık Tesislerinde Hasta Hakları Uygulanmasına İlişkin Yönerge” hazırlanmıştır. Bu yönerge uyarınca, Bakanlık bünyesinde, hasta hakları ihlallerinin önlenmesi, uygulamaların geliştirilmesi, izlenmesi ve ülke genelinde uygulanabilmesi için “Hasta Hakları Birimi”, hasta hakları ihlallerinin engellenebilmesi amacıyla; hastanelerde hasta hakları şikayet biriminden gelen raporların değerlendirilmesi, sonuçlandırılması ve uygulanması için “Hasta Hakları Kurulları” ve sağlık tesislerinden gelecek şikayetleri alan, değerlendiren ve bir üst birime yönlendiren yerel uygulamalardan ve eğitimlerden sorumlu “Hastane Hasta Hakları Birimleri” kurulmasına karar verilmiştir.

Bu birimler genel insan hakları ile ilgili olmayıp, Bakanlığın kendi faaliyet alanı olan hasta hakları ile sınırlı olarak, Bakanlığa bağlı olarak kurulmuştur.⁵⁸

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde belirlenen bu haklardan farklı olarak, Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nde; tedavinin her aşamasında hızlı ve önceden belirtilen süre içerisinde tedavi edilme, hastaya yeterli süre ayırma hakkı da tanınmıştır.

Bu haklar hastalara tanınan genel haklar olmakla, Hasta Hakları Bildirgeleri de dikkate alınarak hastaların temel haklarının sağlık hizmetlerine erişim hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı, bilgilendirilme hakkı, özel yaşamın gizliliği ve sırrın korunması hakkı, başvuru hakkı olduğu belirtilebilir.⁵⁹

Yukarıda hastaların haklarına kısaca değinilmiş olmakla beraber, çalışmamız kapsamında hastaların temel haklarından olan “kendi geleceğini belirleme hakkı” ayrıntılı olarak incelenecektir.

4. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI

Kendi geleceğini belirleme hakkı, esasen hasta haklarından biri olmakla birlikte bu hak; tedavi hakkındaki teşhis, risk, tedavi yöntemleri konusunda tam anlamıyla aydınlatılan hastanın özgür iradesi ile olası tedaviler arasından birini tercih hakkını, müdahaleyi kabul veya reddine yönelik karar verme yetkisine sahip olmasını sağlayan, hastanın kendisi için en iyisini seçmesini amaçlayan bir haktır. Tıp hukuku kapsamında bu durum hastanın karar verme süreçlerine aktif olarak katılması olarak kabul edilebilir.⁶⁰

⁵⁸ Abdurrahman Eren, “Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması, Uluslararası Korunma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü”, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 961.

⁵⁹ Tacir, Doktora Tezi, s. 91.

⁶⁰ Hamide Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Şubat, 2011, s. 4.

Kendi geleceğini belirleme hakkı, hekim yardımından yararlanmak veya yararlanmadan tedaviyi reddetme hakkını kapsar.⁶¹

Kendi geleceğini belirleme hakkı Dünya Tabipler Birliği'nin 1995 yılında yayınladığı Bali Bildirgesi'nin 3. maddesinde "Kendi Kaderini Belirleme Hakkı" başlığı altında hastanın kendisi hakkında özgürce karar vermesi olarak tanımlanmıştır.⁶²

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının düşünsel temeli, tıp etiği açısından, kişinin özgür iradesi ile kendisi hakkında karar vermesi olarak nitelendirilen özerklik ilkesi oluşturmakla, bu hak; insan onuruna saygı, yaşama hakkı, özel yaşamın korunması hakkı ile de bağlantı içerisindedir.⁶³

Özerklik, kişinin özgür iradesi ile kendisi hakkında karar alması, bu kararı gerçekleştirmesi anlamı taşımaktadır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının hukuki yansıması da bu kapsamda hasta özerkliğidir.⁶⁴

Bu hak, kişinin kendi vücuduna ilişkin karar vermesini, hastalığına veya tedavisine ilişkin kişinin inançları, değer ve yargısı uyarınca seçimde bulunmasını sağlar.⁶⁵

⁶¹ Hakan Hakeri, "2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 5, 2006, s. 32, 33.

⁶² Dünya Tabipler Birliği- Bali Bildirgesi <http://www.saglikhakki.org/bali1.htm>. (Erişim Tarihi: 06.01.2023)

"3. Kendi kaderini belirleme hakkı

a. Hasta kendi kaderini belirleme ve kendisi ile ilgili özgürce karar verebilme hakkına sahiptir. Hekim hastayı verdiği kararların sonuçları hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.

b. Zihinsel yeterliliği olan erişkin bir hasta herhangi bir tanı veya tedaviye yönelik girişimi onaylama veya kabul etmeme hakkına sahiptir. Hastanın kendi kararını verebilmesi için gerekli şekilde bilgilendirilmeye hakkı vardır. Hasta uygulanacak test veya tedavinin amacının ne olduğunu, bunun sonuçlarının ne olabileceğini, tedaviyi kabul etmeme durumunda olabilecekleri açık bir şekilde anlamalıdır.

c. Hastanın klinik çalışmalara veya tıp eğitimine katılmayı reddetme hakkı vardır."

⁶³ Tacir, Doktora Tezi, s. 100, 101.

⁶⁴ a.g.e., s. 102.

⁶⁵ a.g.e., s. 298.

4.1. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKININ İNSAN ONURUNA SAYGI İLKESİ UYARINCA İNCELENMESİ

Anayasamızın başlangıç bölümünde, “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” ibaresi ile kişinin onurlu bir hayat sürme ve maddi, manevi varlığını geliştirme hakkı düzenlenmiştir.

Bu hak ile insanın kişilik haklarının korunması amaçlanmıştır. İnsan onuru, insanın kendi yaşamı hakkında özgür iradesi ile karar almasını amaçlar.⁶⁶ Anayasa Mahkemesi de bir kararında insan onurunu, salt insan oluşun kazandırdığı değerin tanınması ve sayılması olarak tanımlamıştır.⁶⁷

Bu kapsamda, hastaya tanınan, kendi geleceğini belirleme hakkının temelini insan onurundan aldığı belirtilebilir. Vücut bütünlüğü ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı en temel haklardandır.⁶⁸

İnsanın yalnızca insan olduğu için kazanmış olduğu onur, insanın kendi yaşamını kendi iradesine uygun olarak yaşamasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda kişinin kendi özgür iradesi ile yapmış olduğu seçimlere ve verdiği kararlara saygı gösterilmesi insan onuru ilkesinden kaynaklanmaktadır.⁶⁹

⁶⁶ Gören, s. 444.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 1963 E., 1966 K., R.G.:27.06.1967 “*İnsan Haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış; pranga bentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmektedir.*”

⁶⁸ Hakeri, “2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlginin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, s. 32, 33.

⁶⁹ Tacir, Doktora Tezi, s. 298.

4.2. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKININ YAŞAM HAKKI KAPSAMINDA İNCELENMESİ

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına yönelik en temel hukuki düzenleme; Anayasamızın 17. maddesi “*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.*” uyarınca yapılmıştır.

Anayasanın 17. maddesi hem devlete görevler yüklemiş hem de başkalarının, kişiye müdahalelerinden kişiyi korumayı amaç edinmiştir.

Anayasamızda açıkça belirtilen bu hak uyarınca, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulması esas olarak yasaktır. Ancak tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller istisnai olarak belirtilmiştir.

Hastanın özerkliğinin temelini bu madde olduğu ileri sürülmektedir.⁷⁰

Yaşam hakkının tüm hakların temeli kabul edildiğini belirtmiştik. Bu kapsamda da sağlık hakkının, hasta hakkının oluşumundaki etkisi açıktır.

Kişinin geleceği de yaşamına dahildir. Yaşama özgürlüğünün varlığından söz edilebilmesi için hastanın kendi özgür iradesi ile karar vermesi, seçim yapması ve seçimleri doğrultusunda eylemde bulunabilmesi gerekmektedir. Bu husus tıp hukukunda hasta özerkliği olarak kendini göstermekle, özerkliğin gerçekleşmesi hastaya kendi geleceğini belirleme hakkının verilmesi ile ortaya çıkacaktır. Yaşama hakkını düzenleyen Anayasanın 17. maddesinde aynı zamanda kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını da düzenlemiş olması bireysel özerkliğin, bu kapsamda kendi geleceğini belirleme hakkının, yaşama hakkı ile beraber korunduğu şeklinde yorumlanabilir.⁷¹

⁷⁰ Hakeri, Tıp Hukuku. s. 58.

⁷¹ Tacir, Doktora Tezi, s. 244, 245.

4.3. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKININ ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının, tüm hakların temelini taşıyan yaşam hakkı dışındaki kaynağının; AİHS sözleşmesinin 8. maddesinde yer alan “özel hayata saygı”⁷² maddesi olduğu kabul edilmektedir.

Bu maddenin alt kategorisi, bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü korumayı amaçlamaktadır.⁷³

AİHM’e, Türkiye aleyhine yapılan bir başvuruda; başvuruçular hekimin tıbbi müdahale hatası olduğunu, ayrıca kabul ettikleri tedavinin rahim fibroidinin kesilmesi ile sınırlı olduğunu ve doktorun olası tedavileri, özellikle de ameliyat sırasında uygulanan histerektomi (rahmin ameliyatla alınması), açıklama görevini ihlal ettiğini belirterek bu kapsamda yaşam hakkının ihlal edildiğine dayanarak başvuru yapmıştır. Mahkeme de kişilerin fiziksel ve psikolojik bütünlükleriyle ilgili konuların, onlara sağlanan tıbbi tedavi seçimine katılımın ve bu tedavilere olan rızaları ile ilgili hususlarının sözleşmenin 8. maddesinin sınırları içerisinde yer aldığını belirtmiştir.⁷⁴

AİHM kararlarında, kişinin kendi geleceğini belirleme dahiline giren konularda değerlendirmenin 8. madde uyarınca olacağını istikrarlı olarak belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu hususa yer vermekte⁷⁵, bu maddenin

⁷²Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

“MADDE 8-Özel ve aile hayatına saygı hakkı

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

⁷³ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 304.

⁷⁴ AİHM B. No: 46156/11 İclal KARAKOCA ve Hüseyin KARAKOCA v. Türkiye

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası: 2015/12266 Karar Tarihi: 26.12.2018

“16. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” kenar başlıklı 8. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” 17. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin korunması, kendilerine uygulanan tedaviye dâhil olmaları, bu hususta rıza göstermeleri ve maruz kaldıkları sağlık risklerini değerlendirmelerine yardımcı olan bilgilere

Anayasanın 17. Maddesi uyarınca güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkına karşılık geldiğini belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin Menekşe Alkan ve Mehmet Celal Alkan başvurusu ile hastanın bilgilendirilmemesi nedeni ile hastanın tedavi ve teşhisinin zamanında yapılamaması ve çocukta görme özürlü oluşması üzerine verilen kararda; Mahkeme, somut olayda hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediğinden, bebeğin rahatsızlığının zamanında teşhis ve tedavi edilemediğinin sabit olduğunu belirtmiş, bu durumun AİHS'nin sözleşmenin 8. Maddesi kapsamında olduğu ancak bu hakkın karşılığının Anayasa'nın 17. Maddesi olduğunu bu neden ile somut olayda ihlalin bu madde uyarınca gerçekleştiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkeme üyesi Gökcan ise ihlal kararına katılmakla birlikte; Anayasa'nın 17. Maddesinin tüm temel hakların özü olduğundan bahisle, somut olayda ihlal edilen hakkın Anayasanın 20. maddesinde özel olarak düzenlenen özel hayata saygı hakkı olduğunu belirtmiştir. Gökcan, bu hakkın fiziksel ve ruhsal bütünlüğe ve kişiliği geliştirme hakkına yönelik müdahaleleri de kapsadığını, bu maddenin AİHS'nin 8. maddesi kapsamında görülen; *“bireyin kendini gerçekleştirme ve geleceğini belirleme”* hakkı, yani kişinin özerkliği boyutunu da karşılar nitelikte olduğunu, kişinin hayatıyla ilgili kararlarını özgürce alabilmesi (kişi özerkliği), vücut bütünlüğüne, maddi ve manevi kişilik değerlerine yönelik bir saldırıya karşı korunma hakkı ile bu değerlerini geliştirmeye yönelik hakların tümünün özel yaşama saygı ve gizliliğinin korunması hakkının içerisinde olduğunu ifade ederek; somut olayda ihlalin özel hayata saygı hakkı maddesi uyarınca verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁶

erişimlerinin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamı içerisinde yer aldığını kabul etmektedir (Trocellier/Fransa (k. k.), B. No: 75725/01, 5/10/2006; İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye (k.k.), B. No: 46156/11, 21/5/2013).”

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi Menekşe Alkan/Mehmet Can Alkan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/13327 Karar Tarihi: 8/3/2018 R.G. Tarih ve Sayı: 30/3/2018 *“...31. AİHM'e göre taraf devletler, uygulanması planlanan tıbbi işlemin öngörülebilir sonuçları hakkında doktorların hastalara önceden bilgi vermelerini sağlayacak gerekli düzenleyici tedbirleri almak zorundadır. Bunun bir sonucu olarak hastanın önceden bilgilendirilmesi söz konusu olmadan öngörülebilir nitelikte bir riskin ortaya çıkması durumunda ilgili devlet, hastaya bilgi verilmemesinden doğrudan sorumlu tutulabilmektedir (Şerif Gece kuşu/Türkiye (k. k.), B. No: 28870/05, 25/5/2010).*

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı; yukarıda açıklandığı üzere, farklı temel haklarla bağlantılı olarak ortaya çıkmışsa da; bu hak, kişilere sınırsız bir hak tanındığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Haklar üzerinde Anayasa’da belirlenmiş doğal sınırlar dışında, belirli şartlarda sınırlamalar da yapılabileceği açıktır⁷⁷.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunda dayanılan esas unsurdur.⁷⁸ Bu hakkın uygulama alanı tıbbi müdahalenin ancak hastanın rızası (onam) ile gerçekleşmesidir.

45. Tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde bilgilendirilerek rızasının alınmaması, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlaline sebep olabilir. İstisnai hâller 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 (Ahmet Acartürk, § 56).

51. Bu durumda derece mahkemesi kararlarında kamu makamlarının ihmali sonucu teşhis ve tedavide gecikme olduğu kabul edilmesine karşın başvuruçuların bebeğinin manevi zararlarının yanı sıra maddi bakımdan da zarara uğradığı hususunun dikkate alınmadığı, söz konusu maddi zararların tespiti ve hesaplanması konusunda gerekli araştırma ve incelemenin yapılmadığı anlaşılmaktadır. Danıştay kararında, bebeğin taburcu edildiği tarihte göz muayenesi yapılması yönünde idarenin bir yükümlülüğünün olmadığı belirtilmekle beraber bu gerekçenin somut olaya uygun bulunmadığı görülmektedir. Zira olayda idarenin hizmet kusuru, hekimin bilgilendirme ödevini yerine getirmemiş olması nedeniyle başvuruçuların bebeğinin rahatsızlığının zamanında tespit ve tedavi edilmemesinden kaynaklanmıştır. Bu yüzden talep sonucunu etkileyen temel iddiaların gerekçede karşılanmaması nedeniyle derece mahkemesi kararlarının konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir.

52. Açıklanan gerekçelerle Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

55. Başvuruda, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.”

⁷⁷ Abdurrahman Eren, s. 593.

⁷⁸ Burcu Ertem, Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza Ve Sınırları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2015, s. 235.

İKİNCİ BÖLÜM

B. AYDINLATILMIŞ RIZA

1. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Tıbbi müdahale kavramı Hasta Hakları Yönetmeliği'nde *"Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimidir."* şeklinde tanımlanmıştır.

İşbu kavram uyarınca, tıbbi müdahalenin yalnızca fiziki bir girişim olmayıp ruhi bir iyilik halini de kapsadığı, psikolojik müdahalelerin de kapsam altına alındığı açıktır.

Her ne kadar belirtilen tanımda sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için tıbbi müdahale bulunacağı belirtilmişse de günümüzde yapılan müdahalelerin bu sınırları aştığı açıktır. Sağlığın belirleyici unsur olmadığı güzelleşme amaçlı olarak yapılan estetik operasyonlar, gebe kadının talebi ile gebeliğin ilk on haftasında sonlandırılması gibi operasyonlar bu duruma örnek olarak gösterilebilir.⁷⁹

Hakeri, yönetmelikteki tanım ile belirtilen operasyonların tıbbi müdahale sayılamayacağını ve böylece yönetmelikteki düzenlemelere de tabii olamayacağını belirtmiş, bu kapsamda daha geniş bir tanımlama yaparak tıbbi müdahaleyi *"insan*

⁷⁹ Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, "Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C: 10, S: 1, 1992, s. 55.

üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale” olarak tanımlamıştır.⁸⁰

Tıbbi müdahaleler, hayata veya bedene yönelik bir saldırı niteliğinde olduğundan, özel hukuk bakımından; hastanın kişilik değerlerine aykırılık teşkil etmekte, ceza hukuku kapsamında ise; kasten yaralama suçunun unsurlarını taşımaktadır. Bu nedenle tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartlar aranmaktadır. Bu şartlar; (1) tıbbi müdahalenin yetkili sağlık personeli tarafından (2) tıp biliminin verilerine uygun olarak yapılması, (3) endikasyon ve (4) aydınlatılmış hastanın rızasının (onam) alınmasıdır. Bu şartların eksikliğinde yapılan müdahale hukuka aykırı duruma gelecek ve müdahaleyi yapan kişinin (hekim tarafından yapılmışsa da hekimin) hukuki ve cezai sorumluluğuna gidilecektir.⁸¹

Belirtilen şartların varlığı tıbbi müdahalenin her aşamasında aranacaktır. Kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılan her müdahale tıbbi müdahale olmadığı gibi, her tıbbi müdahale de hukuka uygun değildir. Çalışmamızda özellikle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından rızaya yer verilecek olmakla diğer şartlara da kısaca değineceğiz.

1.1. TIBBİ MÜDAHALENİN SAĞLIK MESLEK MENSUPLARI TARAFINDAN YAPILMASI

1219 sayılı kanunun 1. maddesinde de belirtildiği üzere; istisnai haller dışında tıbbi bir müdahalenin hukuka uygun olması için bu tıbbi işlemlerin tıp fakültesinden mezun bir kimse yani hekim tarafından yapılması gerekmektedir. Aynı kanunda ayrıca tabipler ve diş tabipleri dışındaki hiçbir sağlık personelinin doğrudan teşhiste bulunarak tedavi uygulayamayacağı ve reçete yazamayacağı belirtilmiştir.

Hastanın, hekim dışında herhangi bir kimseye rıza göstererek tıbbi müdahalede bulunmasını istemesi, bu doğrultuda yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir.

⁸⁰ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 47.

⁸¹ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 294.

Ancak bir takım tıbbi müdahaleler hekim denetim ve gözetiminde yardımcı sağlık meslek mensuplarının tarafından da yapılabilecektir.⁸² Mevzuatta belirtilmiş bazı müdahaleler ise direkt olarak hekim dışındaki sağlık personeli tarafından yapılabilecektir.⁸³ Sağlık personelinin hangi müdahalelerde bulunabileceği mevzuatta belirlenmiştir.

İşbu kapsamda sağlık meslek mensubu kavramının da değinilmesi gerekecektir. Uygulamada genellikle sağlık personeli kavramı kullanılsa da mevzuatımızda “sağlık meslek mensubu” kavramı kullanılmaktadır.

Sağlık meslek mensubu kavramı, genellikle sağlık sektöründe çalışan herkesi kapsayacak şekilde kullanılsa da tanımı daha dar yorumlamak gerekecektir. Sağlık meslek mensubu, mevzuat kapsamında tıbbi müdahalede bulunmasına yetki verilmiş kimselerdir.⁸⁴

Tıbbi müdahalenin özel bir uzmanlık gerektirdiği hallerde ise, hekimlerin müdahalede bulunma yetkisi mevcudiyeti doktrinde tartışma konusudur. Uzmanlık ise Tıpta Uzmanlık Tüzüğü’nde “*Bu Tüzüğe ekli Çizelgede yer alan dallardan birinde uzmanlık*

⁸² Örneğin; Pratisyen hekim konumunda olan ancak uzmanlık eğitimi alan öğrencilerin uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerde bulunmasına yönelik olarak Tıpta ve Diş Hekimliği’nde Uzmanlık Eğitimi ve Yönetmeliği’nin 11. Maddesinde ayrı bir düzenlemeye yer verilmiş ve müdahalenin eğitimcilerin gözetim ve denetimi altında yapılabileceği belirtilmiştir.

“(7) Uzmanlık öğrencisi, programda bulunan bütün eğitimcilerin gözetim ve denetiminde araştırma ve eğitim çalışmaları ile sağlık hizmeti sunumunda görev alır, deontolojik ve etik kurallara uyar.”

⁸³ Hemşirelerin görev alanına giren görev yetkileri Hemşire Yönetmeliği’nin Ek-2’sinde düzenlenmiş olmakla, hemşirelere belirtilen müdahalelerde bulunma yetkisi verilmiştir. Yönetmelikte ayrıca acil servis hemşiresi, iç hastalıkları hemşireliğine, cerrahi hemşireliğine, ruh sağlığı ve hastalığı hemşireliğine, çocuk sağlığı ve hastalığı hemşireliğine, kadın sağlığı ve hastalığı hemşireliğine, halk sağlığı hemşireliğine ayrı ayrı ve farklı görev, yetki ve sorumluluklar verilmiştir. Bu yetkililerin bazıları aşağıdaki gibidir:

“Hemşirelerin genel görev, yetki ve sorumluluklarının yanı sıra;
Hemşirelik Bakımı:

e) Aspirasyon, oksijen tedavisi, vücut pozisyonları, genel vücut bakımı, postural drenaj, aseptik uygulamalar (sonda/kateter bakımı vb.) gibi temel girişimsel uygulamalara yönelik uygun hemşirelik aktivitelerini planlar, uygular ve değerlendirir.

2.Tıbbi tanı ve tedavi planının uygulanmasına katılma:

ç) Hastanın laboratuvar tetkikleri için kan, idrar, sıvı ve doku örneklerini toplar; laboratuvara gönderir, değerlendirir ve hastanın hekimine bilgi verir.”

⁸⁴ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 157.

eğitimi tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanlar” şeklinde tanımlanmıştır. Mevzuat uyarınca rahim tahliyesinin yalnızca kadın doğum doktorunca yapılabileceği gibi açık düzenlemeler dışında, esasen bir hekimin uzmanlık alanı gerektiren bir hususta tıbbi müdahalede bulunmasına yasal olarak bir engel bulunmamaktadır. Ancak uzmanı olmadığı bir tıbbi müdahalede bulunan hekimin belirli bir standardı garanti ettiği kabul edilecek ve bu durum hekimin üstlenme kusuruna yol açabilecektir. Hekimin üstlenmemesi gereken bir tıbbi müdahalede bulunması tek başına kusur olarak kabul edilecektir.⁸⁵

Acil durumlar ve ilk yardım kapsamında gerçekleşen tıbbi müdahaleler önemli bir istisna olmakla; yapılan müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için tıbbi müdahalenin sağlık mensubu tarafından yapılması veya aydınlatılmış rıza şartları aranmaz. Bu kapsamda bulunan müdahalelerde cezasızlık nedeni durumun zaruriyet hali kapsamında değerlendirilmesidir.⁸⁶

İlk yardım yönetmeliği kapsamında, ilk yardım müdahalelerinin tıbbi araç ve gereç kullanılmadan ve ilaçsız olarak ilk yardım eğitimi almış kişiler tarafından gerçekleştirilebileceği ayrıca düzenlenmiştir.

1.2. TIP BİLİMİNİN VERİLERİNE UYGUN MÜDAHALE

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından, müdahalenin yalnızca hekim tarafından gerçekleştirilmesi yeterli gelmeyecektir. Aynı zamanda müdahale uygulanırken yerleşik metodlar ve evrensel bilimsel veriler esas alınmalıdır.⁸⁷

Hekim standart kabul edilen tıbbi verileri bilmek, tıp alanındaki güncel gelişmeleri takip etmek, aynı zamanda tedavinin tüm aşamalarında özenli davranmak mecburiyetindedir. Bu kapsamda, hastaya uygulayacağı tedavinin de o anda tıp tarafından bilinen ve kabul edilen bir yöntem olması gerekmektedir. Hekim mesleki

⁸⁵ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 302.

⁸⁶ Uğur Şimşek, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, S: 2014, s. 3535-3556.

⁸⁷ Ertem, s. 278.

özerklik kapsamında yalnızca tıp bilimindeki standartlara uygun tedaviler arasında tercihte bulunma hakkı vardır.⁸⁸

Yargıtay kararlarında bu şartı “*genellikle benimsenen ve uygulanan bilimsel ilkelerin uygulanması ve bilinmesi gerekli hususlarda bilmezlikten gelme (tecahhül)*” olarak değerlendirilmektedir.

1.3. ENDİKASYON

Endikasyon kavramı tezimizde ayrı bir şart olarak düzenlenmişse de doktrinde genel olarak “tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun müdahale” başlığı altında tıp bilimi verilerine uygun müdahale ile beraber incelenmektedir.

Endikasyon şartı, tıbbi müdahalenin tıp bilimine göre zorunlu olması şartıdır.

Endikasyon kavramı Anayasanın 17. Maddesinde düzenlenen kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmazlığın istisnası olan “tıbbi zorunluluk” kavramını karşılamaktadır.

Endikasyonun tanımı, Sağlık Bakanlığı’nın aşı sözlüğünde ise “*Bir ilacın hangi hastalıklara ve hangi biçimde uygun olacağını veya bir operasyonun hangi koşullarda gerekli olduğunu ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁹

Endikasyon şartı ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 12. Maddesinde tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı ile de ayrıca düzenlenmiştir. Maddede teşhis, tedavi veya korunma amacı dışında herhangi bir şekilde tıbbi müdahalede bulunulamayacağı ve müdahale talebinde de bulunulamayacağı belirtilmiştir.

Endikasyon olmadan tıbbi müdahale bulunulması müdahalede bulunan kişi hekim olsa bile cezai ve hukuki sorumluluk doğuracaktır. Bu kapsamda, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartını oluşturan tüm şartların aynı anda yer alması gerektiği de

⁸⁸ Yener Ünver, “Hekim Sorumluluğu”, 8. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayinevi, 2012, s.37-39.

⁸⁹ <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-78033/endikasyon.html>, (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

açıktır. Endikasyonun varlığına hekim karar verecek olup, endikasyon değerlendirmesinde psikolojik ve sosyal endikasyonlar da esas alınacaktır.⁹⁰

Hekimin esas olarak elindeki verileri dikkate alması gerekmektedir. Mevcut emare ve semptomlar belirli bir tıbbi müdahalenin uygulanmasını gerekli kılıyorsa tıbbi endikasyonun varlığının kabulü gerekecektir. Hekimin tedavi sürecince alacağı karar ve izleyeceği tedaviler endikasyona bağlı olacaktır.⁹¹

1.4. AYDINLATILMIŞ RIZA

Tezimizin bu bölümünde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere hastanın uygulanacak müdahale konusunda tam ve eksizsiz olarak bilgilendirilmiş olması ve bu bilgilendirme sonrasında müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir. Hastanın rızasının olmadığı müdahaleler diğer şartları taşısa bile hukuka aykırı olacaktır.

Ancak kişinin sağlık ve yaşam hakları sınırsız olmadığından, kişi yalnızca tedavi olmak, hastalığın teşhis edilmesi, önlenmesi veya hastalıktan korunmak amacıyla müdahaleye rıza verebilecektir.⁹²

Kişinin bedenine ilişkin hakları dokunulmaz, devredilmez ve ertelenemez olarak kabul edilmiştir. Kural olarak kendisine tıbbi müdahalede bulunulan kişinin rızası bulunmadıkça kişiye yapılan her türlü tıbbi müdahale hukuka aykırıdır. Yapılan tıbbi müdahale vücut bütünlüğüne aykırı olduğundan ve bu neden ile kişinin yaşam ve sağlık hakkı ihlal edildiğinden, her müdahale öncesi kişilik değeri zarar gören kişinin rızasının alınması gerekmektedir.⁹³

Rızanın ön şartı, aydınlatma yani mevzuattaki tanımı ile bilgilendirmedir. Hastanın tıbbi müdahaleye onay vermeden önce neye rıza verdiğini bilmesi gerekmektedir.

⁹⁰ Onur Kuru, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 12, S: 2, s. 491-500.

⁹¹ Ertem, s. 281.

⁹² Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 597.

⁹³ Arif Barış Özbilen, “İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 259.

Hastanın rızasının hukuka uygun kabul edilebilmesi için aydınlatmanın belirli şart ve usullere uygun olması gerekmektedir.

2. AYDINLATMA

Aydınlatma (bilgilendirme) rızanın ön şartı olmakla, uygulamada genellikle bu rızaya “aydınlatılmış onam” adı verilmektedir.

Aydınlatma hasta odaklı bir işlem olmakla, hekimin ana görevlerinden biridir. Hekim hastaya yardım edebilmek için onu aydınlatmak zorundadır. Bu, hekimin hastanın kişisel haklarına saygı göstermesi gerekliliğinin bir sonucudur. Bu kapsamda aydınlatmanın hekimlik meslek etiğinin de bir gereği olduğu söylenebilir.⁹⁴

Aydınlatma, yetkili kişi tarafından, müdahale öncesinde, aydınlatılacak kişinin algısına uygun olarak, müdahalenin tüm aşamalarına ilişkin tüm doğrudan ve dolaylı bilgilerin eksiksiz şekilde hastaya verilmesidir.⁹⁵

Dünya genelinde kişisel özgürlüklerin geliştiği 19. yüzyıla kadar, teşhis ve tedaviye ilişkin karar verme yetkisi “aslolan hastanın iyiliğidir” (*salus aegroti suprema lex*) ilkesi gözetilerek hekimin kabiliyet ve kararına bırakılmıştır. 19. Yüzyıldan 20. Yüzyılın ortalarına kadar karar ise yapılacak tıbbi müdahale için hastadan rıza alınmış ancak rızanın ön unsuru olan aydınlatmaya yer verilmemiştir. 20. Yüzyılın ortalarından itibaren hastadan alınan rızanın ön şartı olarak aydınlatma şartının yerine getirilmesi şartı aranmıştır.⁹⁶

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. Maddesine göre; “*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için*

⁹⁴ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 335.

⁹⁵ Perihan Özkaş Açıkgöz, “Klinik Araştırmalarda Aydınlatılmış Onam”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 125.

⁹⁶ Zafer Zeytin, “Hekim Sorumluluğu”, 8. Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2012, s. 4.

hastanın, hasta küçük ⁹⁷veya tahtı hacirde⁹⁸ ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Tezimizin Hasta Hakları bölümünde yer verildiği üzere Hasta Hakları Yönetmeliği uyarınca hastanın aydınlatılması ayrı bir hasta hakkı olarak düzenlenmiş olmakla, yönetmeliğin 4/1-ğ maddesi uyarınca bilgilendirme “*Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesi*” olarak tanımlanmıştır.

Yönetmeliğin *Hastanın Sağlık Durumu İle İlgili Bilgi Alma Hakkı* isimli 3. Bölümünde ise aydınlatmaya ayrıca yer verilmiş, aydınlatmanın kapsamı, usulü, aydınlatmanın caiz olmadığı ve tedbir alınması gereken haller, bilgi verilmesinin yasaklandığı haller ayrıca düzenlenmiştir.

Aydınlatma yükümlülüğü teşhis ve tedaviyi üstlenen hekimdedir. Birden fazla hekim tedaviyi üstlenmişse, sorumluluk; sorumlu hekimde olacaktır. Kendi alanı ile ilgili olarak anestezi hekiminin de ayrıca aydınlatma yapması gerekmektedir. Hemşireler dahil olmak üzere sağlık meslek mensuplarının aydınlatma yükümlülüğü ise mevzuat uyarınca kendilerine uygulama yetkisi verilmiş müdahaleler ile sınırlıdır. Aydınlatmanın belirtilen kişilerden farklı biri tarafından yapılması durumunda sorumlu hekimin sorumluluğu devam etmekle, hekim aydınlatmanın tam ve eksiksiz yapıldığından emin olmalıdır.⁹⁹

Hekim, bizzat rıza verecek olan hasta veya hastanın yasal temsilcini aydınlatmak zorundadır. Rıza göstermeye yetkili kişi aydınlatma sonunda teşhis ve tedaviyi kabul edebilir veya reddedebilir. Rıza, Anayasamızın 17. Maddesi uyarınca tıbbi müdahaleyi

⁹⁷ Küçüğün tanımına tezimizin “Çocuklara Yönelik Tıbbi Müdahaleye Rıza” bölümünde yer verilmiştir.

⁹⁸ Hacir: Bir şahsın medeni haklarını kullanma salahiyetinin mahkeme tarafından kaldırılması. <https://sozluk.adalet.gov.tr/hacir> (Erişim Tarihi: 19.04.2023)

⁹⁹ Hakan Hakeri, “2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlginin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 5, 2006, s. 35, 36.

hukuka uygun hale getirmekteyse de hastanın rızasının geçerli sayılabilmesi için yeterli düzeyde aydınlatılmış olması şartı aranmaktadır.¹⁰⁰

2.1. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Aydınlatma yükümlülüğü ile hem hasta ile hekim arasında güven ilişkisinin oluşması ve güçlenmesi hem de hastanın tedaviye göstereceği rızanın alt yapısı oluşturulmak istenmiştir.¹⁰¹

Müdahale aydınlatması, hastanın serbestçe karar vermesini mümkün kılacak nitelikte, onun açısından önem arz eden ve önemli olan tüm durumlar değerlendirilerek gerçekleştirilmelidir.¹⁰²

Aydınlatılmanın kapsamına ilişkin genel bir düzenleme, tezimizin hasta hakları başlığı altında belirtildiği üzere Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. Maddesinde yapılmıştır.

Ayrıca, Tıbbi Deontoloji Nizannamesi'nin 14. Maddesinde de aydınlatmaya “...teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.” ibaresi ile yer verilmiştir.

Farklı bir düzenleme Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 26. Maddesinde belirtilmiştir. Aydınlatma hastanın sağlık durumu, hekim tarafından konulan tanı, hastalığın olası tedavi seçenekleri, tedavi yöntemlerinin riskleri, hekim tarafından önerilen tedavi yönetiminin türü, başarı şansı, tedavinin süresi, ilaç tedavisi verecekse ilaçların kullanımı ve olası yan etkileri ve riskleri, hastanın tedaviyi kabul etmemesi durumunda bu durumun yaratacağı sonuçları hakkında yapılmalıdır.

¹⁰⁰ Hayrunnisa Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 1, 2016, 33-81, s. 54, 55.

¹⁰¹ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 52, S: 3, 2003, s. 64.

¹⁰² Ozanoğlu, s. 64.

Yargıtay kararlarında hekimin aydınlatmasının bu kurallara uygun olarak yapılması şartını aramaktadır.¹⁰³

¹⁰³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2016/26894 E., 2018/8072 K., Karar T.: 18.09.2018 “*Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya bakılacak olursa, mahkemece bilirkişi raporları esas alınarak hüküm verilmiş ise de; davacının sağ göğsünün de ameliyat edilmesinin gerekli olup olmadığı ve bu göğsüyle ilgili olarak ameliyat öncesinde yeterli tahlil ve tetkiklerin yapılıp yapılmadığı, ameliyat sonrası karşılaşılabilecek riskler konusunda hastanın aydınlatılma borcunun yerine getirilip getirilmediği, ameliyat sonrasındaki biyopsi sonuçları, davalıların yeterli özen ve dikkati gösterip göstermediği, hususlarında bilirkişi raporları yeterli açıklamayı içermemektedir. 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. Bu nedenlerle mahkemece, üniversitelerin tıp fakültelerinde görevli konusunda uzman öğretim görevlilerinden oluşturulacak bilirkişi heyetinden taraf ve yargı denetimine elverişli ve özellikle davacının bilirkişi raporlarına itirazlarını karşılayacak şekilde yeniden rapor aldırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ve yetersiz*

Aydınlatmanın içeriğinin sınırlarını belirleyen kanuni bir düzenleme olmamakla, temel olarak hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi gerektiğinden, rızanın konusu olan her şey hakkında bilgilendirme yapılması gerekmektedir.¹⁰⁴

Aydınlatma, hastanın teşhis ve tedavi unsuru kapsamında bilgilendirilmesi anlamına gelen tedavi(güvenlik) aydınlatması, risk aydınlatması ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamak amacıyla otonomi (karar) aydınlatması olmak üzere farklı çeşitlere ayrılır. Rızanın geçerliliğine etki eden aydınlatma çeşidi ise otonomi aydınlatmasıdır.¹⁰⁵

Otonomi (karar) aydınlatması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmasını, hastanın serbestçe karar vermesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda da hekim hastayı riskler, teşhis ve süreç konusunda aydınlatır.¹⁰⁶ Risk aydınlatması, tıbbi bir hata olmasa dahi hekim müdahalesi sonrasında meydana gelebilecek daimi ve geçici yan etkilere, muhtemel komplikasyonlara ilişkindir.¹⁰⁷ Tedavi aydınlatması ise hekimin hastayı endikasyon konusunda bilgilendirmesi, kişinin sağlığına yönelik tehlikelerin önlenmesi amacı ile belirli bir şekilde davranma, örneğin belirli bir diyetle uyma, kilo verme uyarısı vermesine ilişkindir.¹⁰⁸

2.2. AYDINLATMANIN ZAMANI

Aydınlatmanın somut olaya göre hastanın hastalığını, risklerini, tedavi yöntemlerini anlayarak, değerlendirebileceği, gerekirse başkalarına danışabileceği şekilde, tıbbi bir müdahaleden makul bir zaman önce yapılması gerekmektedir.¹⁰⁹

Bu kapsamda aydınlatmanın zamanına yönelik yerel mevzuatımızda açık bir düzenleme yapılmamaktaysa da Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün 4.

gerekçe ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”
<https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.01.2023).

¹⁰⁴ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 338.

¹⁰⁵ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 341.

¹⁰⁶ A.g.e., s.345

¹⁰⁷ A.g.e., s.354

¹⁰⁸ A.g.e., s.361

¹⁰⁹ Sunay Akyıldız, Faik Çelik, Hakan Hakeri, Pervin Somer, “Tıp Hukuku Atölyesi 1”, Seçkin Yayınları, 2013, s. 32, 33.

Maddesinde rıza(onam)hakkı düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca rıza ile beraber aydınlatmanın şekil ve şartları da belirtilmiş, aydınlatmanın müdahaleden en az 24 saat önce yapılması gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁰ Ancak belirtilen bu zaman asgari bir zaman olmakla, hastaya sağlıklı karar vermesine yetecek düzeyde makul bir zaman önce aydınlatmanın yapılması gerekmektedir.

2.3. AYDINLATMANIN ŞEKLİ

Aydınlatmanın nasıl yapılması gerektiğine ilişkin genel bir düzenleme yapılmamıştır.¹¹¹ Bu kapsamda her aydınlatma hastanın kişisel özelliklerine, uygulanacak tedavi yönetimine ve hastalığın içeriğine uygun olacak şekilde yapılmalıdır.¹¹² Müdahaleye ilişkin toplumsal bilgilendirme yapılması, hastalıkla ilgili

¹¹⁰ Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü, Madde 4.

“4-Rıza (onay) Hakkı

Kendi sağlığı ile ilgili kararlara iştirak edebilmesi için (kendi sağlığı ile ilgili kararlara alabilmesi için) her birey ilgili bilgileri alma hakkına sahiptir. Bu bilgiler bilimsel araştırmalar katılım dahil olmak üzere herhangi bir işlem ve tedavi için şarttır.

Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller (meslek sahipleri) gerçekleştirecek herhangi bir ameliyat veya tedaviye ilişkin tüm bilgileri - riskleri, sıkıntıları, yan-etkileri ve alternatif durumları ile ilgili bilgiler dahil olmak üzere - hastalara vermek zorundadır. Bu bilgi önceden (en azından 24 saat önce) verilmeli ki hasta durumu konusunda kendi seçimini yapabilsin.

Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller (meslek sahipleri) hastanın sahip olduğu dili kullanmalı ve onun anlayacağı şekilde (teknik terimlere/mevzuata/zemine yabancı olduğunu düşünerek) bilgileri aktarmalıdır.

İlgili onay vermek için yasal bir temsilcinin gerektiği tüm durumlarda, hasta ister çocuk ister yetişkin olsun, ister anlayacak veya karar verecek durumda olmasın yine de verilen kararlara ile mümkün mertebe ilgili olacaktır. (yani hasta katılabileceği kadar katılacak verilen kararlara). Hastanın ilgili onayı bu kapsamda (bazda) alınmalı.

Hastanın tedavi veya tıbbi müdahaleye itiraz etme hakkı veya tedavi sürecinde kararını değiştirip devam edilmesine karşı itiraz etme hakkı vardır.

Hasta sağlık durumu ile ilgili bilgilendirilme konusuna itiraz hakkına sahiptir.”

¹¹¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2017/2329 E., 2019/2441 K., T: 22.05.2019 “Özellikle iç hukukumuzun bir parçası haline gelen Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nde bilgilendirme (aydınlatma) konusunda da düzenleme getirilmiş ve bu bilgilendirmenin kapsamının her somut olayın (ya da teşhis veya tedavi ve süreçle ilgili bilgilendirmenin) koşullarına uygun olması ve hastanın bu tedaviden kaçınmasını sağlayacak derecede olmaması, gerekli ve yeterli derecede olması ve anlaşılır biçimde olmalıdır. Bu konuda, yani rıza ve muvafakatin ve aydınlatmanın ispatı konusunda ise genel hükümlere göre ispat konusu çözümlenmelidir. Davalı tarafın bu rıza ve aydınlatmayı kanıtlaması gerekmektedir. Ayrıca onamın aydınlatmayı da kapsamı gerekir.”, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2013/3720 E., 2013/32218 K., T:23.12.2013. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 19.04.2023)

¹¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2021/4624 E., 2022/6669 K., T: 05.10.2022, “Hukuk Genel Kurulu’nun 2020/11-592 Esas 2022/356 Karar sayılı kararında da belirtildiği gibi, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesi; “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye

hastaya broşür veya önceden hazırlanmış formların verilmesi aydınlatmanın yapıldığı anlamına gelmeyecek, yalnızca bir ek bilgilendirme yapıldığı kabul edilebilecektir. Hekimin bizzat, tıbbi terimleri daha az kullanarak hastanın anlayabileceği şekilde, ihtiyaç duyması durumunda tercüman ve psikolog desteği ile hastanın psikolojik durumu da gözetilerek aydınlatma yapması gerekmektedir.¹¹³

2.4. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLANDIĞI VEYA KALKTIĞI HALLER

2.4.1. HASTANIN AYDINLATMADAN VAZGEÇMESİ HALİ

Ayırt etme gücüne haiz, reşit hasta tedaviyi reddedebileceği gibi özgür iradesi ile tedaviye ilişkin olarak kendisine aydınlatma yapılmasından vazgeçebilir veya hekimin sır saklama yükümlülüğüne ek olarak durumu hakkında yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.¹¹⁴

Bu hak, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. Maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede hastanın bilgilendirmeden vazgeçme kararına ilişkin beyanının yazılı olarak alınması gerektiğine dair şekil şartı da aranmıştır.¹¹⁵ Bu kapsamda maddede hastanın bilgilendirmeden vazgeçme halinin sınırı da belirtilmiş, ilgili mevzuat ve/veya yetkili mercilerce tedbir alınması gerektiği hallerde hastanın bu hakkını kullanamayacağı belirtilmiştir.

için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.” hükmü ve TMK 24. madde kapsamında açıklanmış olup, hukukumuzda aydınlatmanın yazılı biçimde yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda hekim aydınlatma yükümlülüğünü sözlü ya da yazılı biçimde yapabilir ve bunu da davalı her türlü delil ile ispatlayabilir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 19.04.2023).

¹¹³ Tacir, Doktora Tezi, s. 181.

¹¹⁴ Zeytin, s. 24, 25.

¹¹⁵“Hasta Hakları Yönetmeliği”, Bilgi Verilmesini Yasaklama Madde 20- (Değişik: RG-8/5/2014-28994) “İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.”

2.4.2. DİĞER SINIRLAMALAR

Tezimizin ilerleyen bölümlerinde de bahsedeceğimiz üzere acil durumlarda; hastanın bilincinin olmadığı, ameliyat sırasında ortaya çıkan ve hastanın karar verme hakkından daha üstün olacak şekilde önemi bulunan, plan dışı tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğunun ortaya çıktığı hallerde aydınlatılmış rıza aranmaz. Ayrıca hastanın daha önce aynı mahiyette tıbbi müdahaleye maruz kalması veya başka bir hekimden bilgi alması, hastanın ameliyat hakkında gerekli her türlü bilgiye sahip bir kimse olması, hekim olması ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. Maddesi uyarınca aydınlatmanın hasta üzerinde olumsuz bir etkisi olacağına ilişkin hekimin kanaatinin oluşması aydınlatma sorumluluğunu sınırlandırabilir veya bu sorumluluğu kaldırabilir.

116

Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun'un 4/3 maddesinde ayrı bir düzenleme yapılmış, ameliyat sırasında hekimin kastrasyona ilişkin tıbbi gereklilik görmesi durumunda müdahalenin rıza şartı aranmadan gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.

3. RIZA

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından olan rıza; kişiye kendi geleceğini belirleme hakkı vermektedir. Aydınlatılmış hasta, serbest iradesi ile müdahaleye ilişkin karar vermektedir. Rıza şartı, rızasını bulunmayan kişiye müdahalede bulunulmasını engellemekle, esasen kişinin sağlık ve yaşam hakkını koruma altına almaktadır.

Tıbbi müdahalede bulunulması için hastanın rızasının alınması şartı; tıp hukukundaki hekimin karar verici olduğu, babacıl (*paternalist*) anlayıştan uzaklaşarak, hasta odaklı kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına önem verilmesinden kaynaklanmaktadır.¹¹⁷

¹¹⁶ Zeytin, s. 27-29.

¹¹⁷ Hakeri, "Tıp Hukuku", s. 434.

Tabipler Birliği tarafından hasta haklarına ilişkin yayınlanan 1981 yılındaki Lizbon Bildirgesi'nde de bilgilendirilmiş hastanın tedaviyi ret veya kabul hakkı olduğu belirtilmiştir.

Rıza şartı, hukuksal temelini Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı, yaşama ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkından almaktadır.

Kanunlarımızda da rızaya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır;

Türk Medeni Kanun (TMK)'unda rızaya ilişkin düzenlemeler “Kişiliğin Korunması” başlığı altında 23.¹¹⁸ ve 24.¹¹⁹ maddede yer almaktadır.

Rıza kavramının bir diğer kaynağı da ülkemizce de kabul edilmiş ve Anayasamızın 90. Maddesi uyarınca bağlayıcılığı bulunan Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi'dir. İşbu sözleşmenin 5. Maddesi uyarınca bir tıbbi müdahale, kişinin aydınlatılmasından sonra, özgür iradesi uyarınca müdahaleye rıza vermesi sonrasında yapılabilecektir. İşbu muvafakat tıbbi müdahalenin her aşamasında hasta tarafından geri alınabilecektir.

Rızanın tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için; yapılan tüm tıbbi müdahaleler için tüm geçerlilik şartlarına uygun olarak rızanın verilmiş olması ve müdahalenin kanundaki emredici kurallara, kamu düzenine, genel ahlak ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekmektedir.¹²⁰

¹¹⁸ TMK B. Kişiliğin korunması “I. Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı “Madde 23- Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.

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

¹¹⁹ Türk Medeni Kanunu II. Saldırıya karşı I. İlke “Madde 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.”

¹²⁰ Özbilen, s. 262.

Aydınlatılmış hastanın özgür iradesi ile tıbbi müdahaleye rıza vermiş olması gerekmektedir.

3.1. RIZANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

3.1.1. RIZANIN HUKUK KURALLARINA UYGUN OLMASI

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin esasen bir sözleşmesel ilişki olduğu da dikkate alınarak; Türk Borçlar Kanun'unun 27. Maddesi uyarınca rıza konusu müdahalenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olamayacağı, bu kapsamda bu hükümlere aykırı olarak rıza verilse bile kişinin rızasının müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği açıktır. Örneğin kişinin yaşam hakkının sonlanmasına rıza göstermesi sonucunda aktif ötanazi müdahalesinin yapılması durumunda rıza hukuka aykırı müdahaleyi hukuka uygun hale getiremeyecektir.¹²¹

3.1.2. RIZANIN ÖZGÜR İRADE İLE AYDINLATMA SONUCUNDA VERİLMESİ

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere rızanın ön koşulu hastanın aydınlatılması yani tam olarak bilgilendirilmesidir. Kişinin rızasının hukuka uygun olabilmesi için aydınlatmanın da tüm unsurları ile doğru bir şekilde yapılmış olması gerekmektedir.

Rıza tek başına kişinin hak sahibi olduğu hukuki değerden vazgeçtiği anlamına gelmemektedir. Hak sahibinin rızası, rıza verilen eylem, konu, eylemi gerçekleştirecek kişi, zaman gibi konularla sınırlandırılmış, belirli bir süre ile bir hukuki değerden vazgeçiş olarak değerlendirilebilir. Ancak bu durum hastanın bir hukuki değerden vazgeçtiği olarak yorumlanmamalıdır.¹²²

¹²¹Ramazan Okyay, Muhsin Akbaba, Ecem Kirkit, "Aydınlatılmış Onam Ve Aşılama", Türkiye Halk Sağlığı Dergisi, C: 13, S: 2, 2015, s. 156.

¹²² Yener Ünver, "2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlginin Rızası ve Diğer Güncel Konular", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 5, 2006, s. 234.

Rızanın yalnızca endikasyon uyarınca yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkin olması gerekmektedir. Kişinin kendisine yönelik yapılacak tüm tıbbi müdahaleleri kabul ettiğine dair irade beyanı kabul edilemeyecektir.

Kişinin tıbbi müdahaleye rızasının yanı sıra; insan üzerinde yapılacak tıbbi ve bilimsel deneylerde de rızanın varlığı aranmaktadır.

Anayasanın 17. maddesinde açıkça kişinin rızası olmadıkça tıbbi ve bilimsel deneye tabii tutulamayacağı belirtilmiştir.

Dünya Tıp Birliği Helsinki Bildirgesi, İnsanlar Üzerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalarla İlgili Etik İlkeleri'nin 9. Maddesinde araştırma yapan hekime, araştırma yapılan kişinin yaşamını, sağlığını, onurunu, kişilik bütünlüğünü, kendi kararını verme hakkını, özel yaşamını ve kişisel bilgilerinin gizliliğini koruma görevi vermiş, kişi buna onam vermiş olsa bile bu yükümlülüğün asla üzerlerinde araştırma yapılan kişilere bırakılmaması gerektiğini belirtmiştir.¹²³

Bildirgenin 24. maddesinde; araştırmaya katılacak kişinin aydınlatılmış onam verme yeterliği olmasa bile kendi görüşünü açıklayabiliyorsa, hekimin yasal temsilcinin vereceği onamın yanı sıra araştırmaya katılacak kişinin görüşünün de dikkate alması gerektiği belirtilmiştir.

Uygulamada rıza ile ilgili karşılaşılan sorunlar hastanın rızanın hiç veya usulüne uygun olarak alınmaması, rızanın sınırının aşılması veya hastanın rızasından farklı bir tıbbi müdahalenin gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır.¹²⁴

3.1.3. RIZANIN ŞEKİL ŞARTI

Rızanın kanunen genel olarak kabul edilen bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak uygulamada ispat zorluğu nedeni ile rızalar genellikle yazılı olarak alınmaktadır.

¹²³ Dünya Tabipleri Birliği Helsinki Bildirgesi İnsanlar Üzerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalarla İlgili Etik İlkeleri Çeviri: TBB, 2013 <https://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2013/helsinki.pdf> (Erişim Tarihi: 21.12.2022).

¹²⁴ Hakeri, "Tıp Hukuku", s. 441.

Borçlar Kanunu uyarınca kişinin zımni rıza da hukuka uygun olacaktır. Bu kapsamda kişinin müdahaleye rıza verdiğinin somut olarak eylemlerinden anlaşılması gerekmektedir.¹²⁵

Ancak bazı tıbbi müdahaleler için özel olarak yazılı rıza şartı aranmaktadır. Bunlardan biri büyük ameliyatlara öncesinde yazılı rıza şartı arayan Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesi¹²⁶ ve insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli için yazılı rıza arayan Medeni Kanun'un 23'üncü maddesidir.¹²⁷ Bu kapsamda belirtilen müdahalelerin gerçekleştirilmesi için rızanın yazılı olarak alınması gerektiği açıktır.

3.1.4. RIZANIN RIZA EHLİYETİNİ HAİZ KİŞİ TARAFINDAN VERİLMESİ

Yapılacak olan tıbbi müdahaleye ilişkin ilişkin rıza ancak tıbbi müdahalenin uygulanacağı kişi tarafından verilebilecektir. Hastanın rıza vermesinden sonra bilincinin kapanması durumu da dahil olmak üzere hastanın yakınları dahil başkası tarafından alınan rızaya dayanarak yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Hasta yakınlarından rıza, hukuka uygun olarak ancak hastanın bilincinin kapalı olduğu, rızasının uyandırılarak alınamayacağı, rıza verdiği eylemin dışında veya rıza kapsamının daha genişletilmiş kısmına ilişkin olarak alınabilir.¹²⁸

Ancak mevzuatımızda hasta yakını kavramının net tanımı yer almamaktadır. Henüz çok yeni olan bu kavram, esasen hastanın sağlık hizmetini eksik veya hatalı alması durumunda veya hastanın birinin bakımına ihtiyaç duyması durumunda ortaya

¹²⁵ Hakeri, "Tıp Hukuku", s.391

¹²⁶ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Madde 70, (Değişik: 23/1/2008-5728/38 md.)

"Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliye cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şartı değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir."

¹²⁷ Türk Medeni Kanunu, Madde 23/3., "Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz."

¹²⁸ Hakeri, "Tıp Hukuku", s. 444, 445.

çıkmaktadır¹²⁹. Hasta yakını kavramı her ne kadar tanımlanmamışsa da bu kavrama ilişkin Hasta Hakları Yönetmeliği'nde bazı düzenlemeler yapılmış, hastanın refakatçi bulundurması bir hak olarak düzenlenmiş, sağlık kurum ve kuruluşlarına hasta yakınlarının can ve mal güvenliliğinin sağlanması yükümlülüğü verilmiş, hekimin kendi takdiri ile hastaya ve yakınına sağlık durumuna ilişkin bilgi verip vermeyeceğine ilişkin karar verme yetkisi verilmiştir.

Bu yakınların belirlenmesinde Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. maddesindeki¹³⁰ sıralama esas alınabileceği düşünülmektedir. Madde uyarınca hastanın önce eşi, sonra sırasıyla reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerden birisi; bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi bir yakını hasta için rıza gösterebilir.¹³¹

Rıza konusunda, fiil ehliyeti veya kusur yeteneğine değil, hastanın karar verebilme, kavrayabilme ve anlayabilme yeteneğine bakılır. Yani rızası alınacak hasta, tıbbi müdahaleye rıza gösterirken bu tıbbi tedbirin anlamını, nedenlerini, risklerini, kendisinde bırakabileceği etkilerini en azından ana hatlarıyla anlayabilecek bir kimse olmalıdır. Özellikle birden fazla alternatifi olan riskli müdahalelerde rızanın kabulüne yönelik kıstaslar daha sıkı olmalıdır. Hastanın rıza yeteneğinin olup olmadığını denetleme görevi hekime aittir. Hekim hastanın rıza ehliyeti konusunda bir şüpheye düşerse konsültasyon isteyebilir.¹³²

Ergin hastanın, tıbbi müdahaleye ilişkin kararı kendisinin verebileceği düzenlenmişse de tıp hukuku kapsamında asıl olarak rıza ehliyeti; algılama, sonuçları öngörme ve muhakeme edebilmeye bağlıdır.¹³³

¹²⁹ Yücel, s. 37.

¹³⁰ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun (R.G. 03.06.1979)

Ölüden organ ve doku alma koşulu ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası:

“Madde 14 – Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.”

¹³¹ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 448.

¹³² Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 449.

¹³³ Henning Rosenu, “Rıza Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, Çeviren: Ali Kemal Yıldız. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku

Eğer hasta kendisine yapılacak aydınlatmanın anlam, önemi ve sonuçlarını anlayamayacak durumdaysa kişinin rıza ehliyetinin olmadığı kabulü gerekir.¹³⁴

Tıbbi müdahalenin yalnızca hastanın rızası ile yapılabilmesinin bir sonucu da hastanın tedaviyi ret hakkının da olmasıdır. Hasta tedaviyi reddedebilir. Bu durumda hekimin tedaviyi reddeden hastaya herhangi bir müdahalede bulunma sorumluluğu olmadığı gibi, müdahalede bulunması ayrıca hukuki ve cezai sorumluluk doğuracaktır.

Sınırlı ehliyetli yani çıkarları korunmak amacı ile fiil ehliyeti kısıtlanmış kimselerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kısıtlanmadığından, rızaya ilişkin olarak kural olarak tam ehliyetli kişilerden bir farklılığı bulunmamaktadır.¹³⁵

3.1.4.1. ÇOCUKLARA YÖNELİK TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA

Türk Medeni Kanunu uyarınca erginlik, 18 yaşın dolması ile başlamaktadır. Ancak kişi bu yaştan daha erken evlenerek kendisini ergin kılabilmektedir.

Türk Ceza Kanun’unda ise açık bir düzenleme yapılmış ve çocuğun on sekiz yaşını doldurmamış kimse olduğu belirtilmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun Yaş Küçüklüğü başlıklı 31. Maddesinde ise çocuklar arasında belirli yaşlar arasında farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Madde uyarınca 12 yaşına kadar çocukların işlemiş oldukları fiillerden herhangi bir cezai sorumlulukları bulunmamaktadır. Aynı şekilde 12-15 yaş arasındaki çocukların yalnızca işlemiş oldukları fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayamayacak ve davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olması durumunda ceza sorumluluğunun olmayacağı düzenlenmiştir. İşbu çocukların yalnızca çocuklara özgü güvenlik tedbiri ile karşılaşacağı belirtilmiştir.

Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, C: 3, S: 2, 2006, s. 51.

¹³⁴ A.g.e., s. 51.

¹³⁵ Özbilen, s. 264.

12-15 yaş aralığında olan ancak işlemiş olduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayan, davranışlarını yönlendirebilen çocuklar ile 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış çocukların ise cezai sorumluluğunun olduğu ancak alacakları cezalara indirim uygulanacağı belirtilmiştir.

Çocuk Koruma Kanunu’nun 3. Maddesinde ise daha erken yaşta ergin olursa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuk kabul edilmiştir.

Bu kapsamda tıbbi müdahaledeki çocuk kavramının evlilik gibi erken ergin kılma koşullarından bağımsız olarak, 18 yaşın altındaki kimse olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

Çocuklara uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin rızanın kim tarafından verileceği doktrinde tartışma konusudur.

Öncelikle çocuğa yapılacak tıbbi müdahalenin mevzuattaki düzenlemelerine yer verilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu’nun 16. maddesinde “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.*” düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenleme uyarınca kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında ayırt etme gücüne sahip küçükler için yasal temsilcinin rızasının aranmayacaktır.

Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’unun 70. Maddesinde “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliye cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)*” Düzenlemesi yapılmıştır. Yapılan düzenleme ile hasta küçüğe yapılacak tıbbi müdahalede veli ya da vasinin rızası aranmış, bu şarta aykırılık durumunda idari para cezası öngörülmüştür.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinde ise “*Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.*

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemede de küçüğe yapılacak müdahalede hastanın rızası aranmış ancak küçüğün de sürece katılması gerektiği belirtilmiştir.

Ayrıca özel tıbbi müdahaleler için de çocuklar için ayrıca ayrı düzenlemeler yer almaktadır.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun’un 5. maddesinde “*Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.*” düzenlemesi yapılmış ayrıca aynı kanunun 7/c maddesindeki “*Organ ve doku alacak hekimlerin, Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek zorundadır.*” düzenlemesi ile çocukların veya vasilerinin onayı ile de olsa çocuklar için yapılamayacak tıbbi müdahalelere yer verilmiştir.

Hem Anayasamızda hem de ulusal ve uluslararası mevzuat kapsamında çocukların menfaati esas alınarak onlara ilişkin hukuksal koruma sağlanmaya çalışılmış, temel hakları üzerinde kendilerini ilgilendiren konularda bilgilendirilmeleri, görüşlerini açıklamalarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Bu kapsamda müdahaleye ilişkin karar verilirken çocuğun menfaatinin dikkate alınması gerekmektedir.

Yerel mevzuatımızdaki uygulamalarda görüleceği üzere kural olarak küçüğün veli veya vasisinin rızası yeterlidir. Ancak bu durumda küçüğün ebeveynlerinin evli ya da ayrı olması, hiç evlenmemiş olmamaları, anne ve babanın görüşlerinin farklı olması farklı sorunlar ortaya çıkarmaktadır.

Bu kapsamda yapılacak değerlendirmede;

Eğer ebeveynler evli ise, TMK kapsamında velayet hakkı anne ve baba tarafından birlikte kullanılacağından, kural olarak tarafların ortak rızası aranacaktır. Ancak bu kapsamda bir ayrıma gidilmiştir. Basit nitelikli tıbbi müdahalelerde, hazır olan ebeveynin rızası tek başına yeterlidir. Orta ağırlıklı tıbbi müdahalelerde hekimin her iki tarafın da rıza gösterdiği hususunda emin olması gerekmektedir. Ağır nitelikli tıbbi müdahalelerde ise her iki tarafın da rızası açıkça aranmaktadır.¹³⁶

Ebeveynler arasında fikir ayrılığı bulunması durumunda ise bu konuda mahkeme kararı alınması gerekmekte olup, mahkemenin de çocuğun menfaatleri gözetilerek karar vermesi gerekmektedir.

Ebeveynlerin evlilik hayatını sona ermesi durumunda küçüğün tıbbi müdahalesine velayet sahibi taraf söz sahibi olacaktır.¹³⁷

Ancak boşanmayla beraber mahkeme tarafından ortak velayet kararı verilmesi durumunda tıbbi müdahaleye ilişkin karar süreci ebeveynlerin evli olması durumu ile aynı şekilde ilerleyecektir.

Anne ve babanın hiç evlenmemiş olması durumunda ise, Türk Medeni Kanunu uyarınca velayetin annede olduğu kabul edildiğinden, rıza yetkisinin de annede olduğunun kabulü gerekecektir.

Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'unun 70. Maddesinde ayrı bir düzenlemeye yer verilmiş, veli ya da vasinin olmadığı veya bulunamadığı hallerde rıza aranmayacağı belirtilmiştir.

Hakeri, bu maddedeki veli ya da vasinin olmama halinin; anne, babanın ölmüş olması, küçüğe de henüz bir yasal temsilcinin atanmamış olması olarak kabul edilmesi

¹³⁶Hakeri, "Tıp Hukuku", s. 461.

¹³⁷ Zeynep Ateş, "Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası", Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 13.

gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca belirtilen madde hükümlerinin yalnızca acil ve gerekli olan tıbbi müdahalelerde kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Veli ya da vasinin rıza yetkisi sınırsız bir yetki olmayıp, belirli sınırlandırmalara yer verilmiştir. Hukukumuzda çocuklar için yasal temsilcilerinin yani ebeveynlerinin rızaların geçerli olduğu, ebeveynin bu yetkiyi çocuğun sağlığını koruyacak şekilde ve menfaatleri gözeterek kullanması gerektiği açıktır.¹³⁸

Yasal temsilcinin çocuğa yönelik tıbbi müdahaleyi reddetme durumu daha tartışmalıdır.

Çocuğa tıbbi müdahalede bulunmak eğer bir tıbbi zorunluluktan kaynaklanıyorsa ancak ebeveynler tedaviyi reddediyorsa bu durumda velayetin kötüye kullanılması olarak kabul edilerek Medeni Kanun'un 348. Maddesine¹³⁹ aykırı davrandığı kabul edilebilecek, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/4. Maddesi uyarınca tıbbi müdahalede bulunulmak için Mahkemeden karar alınması gerekmektedir.¹⁴⁰

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 165. maddesi “10 yaşından küçük çocuklar, baba ve anneleri, öksüz iseler diğer yakınları tarafından, hayatlarını, sağlıklarını ve ahlaklarını tehlikeye atacak fena muamelelere, teşviklere veya zorlamalara maruz kaldıkları takdirde Belediye veya Devlet Müesseselerine kabul edilmek üzere, yanlarında bulundukları kişilerden ayrılabilirler.” uyarınca çocuğun sağlığının tehlikeye atılması durumu çocuğun ebeveyninden ya da yakınlarından ayrılması kararı verilmesi için yeterli neden sayılmıştır.

Tıp Hukukunda çocuğun rızasına ilişkin ise farklı doktrinsel görüşler bulunmaktadır.

¹³⁸ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 473.

¹³⁹ Türk Medeni Kanunu, III. Velâyetin kaldırılması Genel olarak “Madde 348- Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir:

1. (Değişik: 1/7/2005-5378/38 md.) Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi.
2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.

¹⁴⁰ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 474.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde küçüğün bilgilendirilmesi ve sürece katılması gerektiği belirtildiğinden çocuğun anlayacağı şekilde, algısına uygun olarak aydınlatılması ve tedavi için görüşünün alınması gerekmektedir.

Bu düzenleme kişinin kendi kaderi hakkında karar verme hakkına aykırı görülerek eleştirilmektedir. TMK'nun 16. maddesindeki temyiz gücüne haiz çocuğun kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarına ilişkin yasal temsilciden rıza alınmayacağına ilişkin düzenleme uyarınca; çocuğun bedeni üzerindeki tüm hakların yasal temsilcinin tasarrufuna bırakılmasının kabul edilemeyeceği, bu kapsamda çocuğun rızasının da alınması gerektiği savunulmaktadır.¹⁴¹

Buradaki görüşün amacı özellikle temyiz gücüne haiz çocuğun rızası olmadan ileride kendisi için olumsuz sonuçlar çıkarabilecek bir tıbbi müdahaleye tabi tutulmasının engellenmesidir. Tıbbi müdahaleler genel itibari ile geriye döndürülemez işlemler olduğundan çocuğun menfaatinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.

Ancak bu görüşten ayrı olarak temyiz gücüne haiz çocuğun tek başına kendi vücut bütünlüğüne ilişkin karar vermesinin çocuğa zarar verebilecek sonuçlar doğurabileceği görüşünü savunanlar da vardır.

Farklı bir görüşe göre ise cinsel tıbbi önlemlerde olduğu gibi münhasıran kişiye sıkı sıkıya bağlı tıbbi alanlarda, doğum kontrol hapı alınması, kürtaj gibi hususlarda rıza gösterme yaşının daha küçük bir yaş kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁴²

Öğretide, çocuk hastanın yaş sınırının da ötesinde çocuğun muhakeme gücüne sahip olup olmadığına, hastalığın risk ve sonuçlarını anlayıp anlayamayacağına bakılmaktadır. Bununla birlikte; hakim görüş 15 yaşından küçük çocukların rıza ehliyetinin bulunmadığının ancak 15 yaşını doldurmuş çocukların rızaya ilişkin sürece

¹⁴¹ Zariye Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 50, S: 4, 2001, s. 74.

¹⁴² Rosenu, s. 51.

katılması gerektiği, çocukların 18 yaşını ikmal etmesinden kısa süre öncesine kadar da rıza ehliyetlerinin olduğu kabul edilmesine yöneliktir.¹⁴³

Bu kapsamda çocuklara yapılacak rızanın ön koşulu olan aydınlatmanın da kime yapılacağına değerlendirilmesi gerekmektedir. Aydınlatma, rızanın ön koşulu olduğu için aydınlatmanın da rızayı verecek kişiye yapılması gerekecektir. Rıza verme yetkisine sahip olmayan ancak anlama kabiliyetine sahip çocuklara da ayrıca algısına göre aydınlatma yapılması gerekmektedir.

3.1.4.1.1. ÇOCUKLARDAN TOPUK KANI ALMA ZORUNLULUĞU

Çocuklardan topuk kanı alma uygulaması, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu 3/1 maddesi “*Yeni doğan bebeklerin metabolizma hastalıkları için gerekli olan testlerden geçirilerek risk taşıyanların belirlenmesine ilişkin tedbirler alınır.*” Düzenlemesi ile yasal temsilcinin rızası olmadan da hukuka uygun hale gelmektedir.

Bu düzenleme daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından da kanunilik ve ölçülülük kapsamında hukuka uygun bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu uygulama ile çocukların ve kamu sağlığının korunmaya çalışıldığı, bunun meşru bir amaç olduğu, yapılan uygulamanın herhangi bir sağlık sorununa neden olduğunun saptanamadığı nedenleri ile uygulamanın keyfilik içermediğini ve başvurucunun haklarının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.¹⁴⁴

3.1.4.1.2. ÇOCUKLARDA SÜNNET UYGULAMASI

Sünnet işlemi kız ve erkek çocukları için genellikle dini gereklilik olarak görülerek gerçekleştirilmektedir. Kız çocuklarına ilişkin yapılan sünnet işlemi hukuka aykırı görülmekle, bu kapsamda kız çocuklarına yapılan işlemlerde herhangi bir hukuka uygunluk şartı da aranmaz.

¹⁴³ Ahmet Er, Ömür Topaç, Serap Kaygusuz, “Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 304.

¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, T. 29.06.2016, Başvuru Numarası: 2014/4077, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4077> (Erişim Tarihi: 16.12.2022).

Kız çocuklarına yönelik sünnet işlemi tamamen çocuğa zarar verdiğinden yapılan işlem ayrıca yasal düzenlemeler ile yasaklanmaya çalışılmaktadır.¹⁴⁵

Bu kapsamda Türkiye Cumhuriyeti adına 11 Mayıs 2011'de imzalanan ve 10 Şubat 2012 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanan, 20.03.2021 tarihinde de Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile feshedilen İstanbul Sözleşmesi olarak bilinen Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde de kadın sünnetine yönelik yasak öngörülmüştür.¹⁴⁶

Ülkemizde geleneksel, toplumsal ve dini sebeplerle erkek çocuklarına yapılan, tıbbi açıdan zorunlu olmayan tıbbi müdahalelerde çocukların rızaları genellikle aranmamaktadır. Toplumumuzda olağan olarak yaptırılan bu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu günümüzde tartışma konusu olmaya başlamıştır.

Sünnetin hukuka uygunluğuna ilişkin mevzuatımızda özel bir düzenleme yer almamaktadır.

Ancak Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'unun mülga Dördüncü Kısımında Sünnetçilik başlığı altındaki düzenlenmeler değiştirilerek sünnet işlemini yapma izni yalnızca hekimlere verilmiştir. Sünnetçilik etme yetkisi bulunan ancak hekim olmayan kimselerin sünnet müdahalesinde bulunması yasaklanmıştır. Bu kapsamda Kanun'un 3. Maddesi ile sünnetçilerin yalnızca olağanüstü ve istisnai hâllerde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek eğitimi almış olmak kaydı ile hekim gözetiminde sünnet müdahalesinde bulunmasına Bakanlıkça izin verilebileceğine ilişkin yeni bir düzenleme yapılmıştır.

¹⁴⁵ Ayşe Nuhoglu, "Sünnet ve Ceza Hukuku", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2, 2013, s. 212.

¹⁴⁶ Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, "Madde 38 – Kadın sünneti Taraf Devletler, aşağıdaki kasıtlı davranışların suç sayılmasını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alır:
a. sağ dış dudak, iç dudaklar ya da klitoris tümünde ya da herhangi bir kısmında kesme, infibulasyon ya da herhangi bir şekilde sakatlanma yaratan müdahalede bulunma;
b. bir kadını a bendinde listelenen herhangi bir eyleme maruz kalmaya zorlama veya bu eylemleri bir kadına yaptırma;
c. bir genç kıza a bendinde belirtilen eylemlerden herhangi birine zorla maruz bırakma ya da bunları bizzat kendisine yaptırtma."

Ülkemizde sünnet işlemleri “toplu sünnet” olarak anılan; aynı anda birçok çocuğa sünnet müdahalesinin gerçekleştiği törenlerde de yapılabilmektedir. Toplu sünnet genellikle belediyeler tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda Sağlık Bakanlığı tarafından 01.08.2011 tarihinde genelge yayınlanarak ne şekilde “toplu sünnet” işleminin yapılacağı belirtilmiştir. Ancak yayınlanan genelgede rızaya ilişkin hiçbir ibareye yer verilmemiştir. Yargıtay toplu sünnete ilişkin kararında da toplu sünnet işlemlerinin bu genelgeye uygun yapılması, sünnet işleminin kayıt altında ve yalnızca doktor tarafından yapılması şartlarını aramıştır.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2016/13799 E., 2017/11661 K., T: 28.11.2017, “*Asıl Dava, davalı belediyenin toplu sünnet organizasyonu sırasında yapılan sünnet işleminin hatalı yapıldığı iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat, birleşen dava ise davacı ...'ın penisinin zayı olması ile uzuv kaybindan kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.*

Sağlık Bakanlığının 01.08.2011 tarihli genelgesi toplu sünnet işlemlerinin nasıl yapılması gerektiğini düzenlemiştir. Söz konusu genelgede "1- Toplu sünnet uygulamalarında İl Sağlık Müdürlüklerinden izin alınması gerekmektedir. 2- Toplu sünnet uygulamasında sorumlu uzman bulunacaktır. Sorumlu uzman tercihen Üroloji uzmanı, üroloji uzmanı bulunmadığı takdirde çocuk cerrahi uzmanı, plastik cerrahi uzmanı olacaktır. 3- Sünnet uygulaması 1219 sayılı Kanun'da tanımlanan sünnet yapma yetkisi bulunan bir kişi veya ona yardım edecek yardımcı personelin oluşturduğu en az iki kişilik bir ekip tarafından yapılacaktır. 4- Bir toplu sünnet uygulamasında bir günde sünnet yapılacak kişi sayısı en fazla 50 olacaktır. 5- 1219 sayılı Kanun'da tanımlanan sünnet yapma yetkisi bulunan bir kişi toplu sünnet uygulamasında en fazla 8 çocuğun sünnetini yapabilecektir. 6- Toplu sünnet organizasyonunda görev alacak sağlık personeli ve kullanılacak araç-gereç listesi ile sünnet yapacak kişilere ödenecek ücret (Türk Tabipler Birliğinin belirlediği fiyatların alt sınırı) gibi hususlar Sağlık Müdürlüğüne bildirilecektir. Söz konusu ücret meblağı İl Sağlık Müdürlüğü'nce teminat altına alınarak ilgililere toplu sünnet uygulaması sonrası dağıtılır. Sünnet uygulaması gönüllülük esasına göre yapılıyor ise sağlık personelinin bu konuda yazılı beyanda bulunması gerekmektedir 7- Toplu sünnet kampanyasını düzenleyen kişi veya kurum sünnet sırasında ve sonrasında oluşabilecek komplikasyonların tedavisinden de sorumlu olacağına dair yazılı teminat verecektir. 8- Sünnet sırasında her sünnet yapacak ekip için 1 muayene masası, 2 ayarlı tabure, 1 seyyar veya sabit ışık kaynağı, sünnet yapılacak çocuk sayısının en az yarısı kadar sünnet setinin (1 adet portegü, 1 adet penset, biri düz 3 adet klemp ve 1 adet diseksiyon makası) bulunması gerekmektedir. Tek kullanımlık sarf malzemeleri sünnet yapılacak her çocuk için ayrı ayrı kullanılacaktır (her çocuk için 2 adet steril eldiven, biri iğneli olmak üzere 2 adet katgüt ve steril enjektör). Tekrar kullanılacak set malzemesi iyice yıkandıktan sonra yeterli sürede sterilize edilmelidir, 9- Hastanelerde sünnet yaptırma talebinde bulunanlara, gerekli müdahale ve tıbbi bakım için uygun bir müdahale odası tahsisi; " şeklinde düzenleme yer almaktadır. Mahkemece yapılan yargılama sırasında alınan Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 25/02/2013 tarihli raporunda " sünnet sırasında alınan tüm önlemlere rağmen bu tip zararların bir komplikasyon olarak gelişebileceği, toplu sünnet uygulamalarında sünnet yapan ekibin her birinin sünnetin çeşitli aşamalarında uygulama yapması, lokal anestezi, sünnet, dikiş, pansuman gibi aşamaların farklı kişilerce yapılabildiği, çocukların bireysel kayıtlarının tutulmaması nedeni ile oluşan zararın nedenlerinin belirlenemediği, çocuğun oluşan zarar nedeni ile penisinin normal anatomik yapısında olmadığı, küçüğün cinsel olgunluğa ulaşmamış olması nedeni ile penisin ileride işlevlerini yerine getirip getiremeyeceği

Sünnete ilişkin Yargıtay tarafından verilen ilginç bir kararda da; davacının çocukken yaptırdığı sünnet işleminin hatalı olması nedeni ile cinsel-üreme fonksiyonlarının olumsuz etkilendiği belirtilerek çocuk ve anne-baba için ayrı ayrı manevi tazminata hükmedilmiştir. Yargıtay tarafından da yalnızca tazminat tutarlarına yönelik olarak karar bozulmuştur.¹⁴⁸

Yargıtay sünnete ilişkin kararlarında çocuğun rızasını aramamaktadır.

Esasen tıbbi bir mecburiyete dayanmayan sünnet müdahalesi, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartı olan endikasyon şartını taşımadığından kasten yaralama suçunun unsurlarını oluşturmaktadır.¹⁴⁹ Ancak Türk Hukuku'nda sünnet sosyal

hakkında yorum yapılamayacağı, bunun ergenlik dönemi sonrasında ve yapılacak ek tedavilerden sonra tespit edilebileceği, küçükte oluşan rahatsızlığın doğuştan olmadığı ve sünnet işlemi sonrasında geliştiği, zararın tıbbi uygulama hatası mı yoksa komplikasyon mu olduğu ayrımının yapılamadığının tespit edildiği " şeklinde görüş bildirilmiştir. Rapora itiraz üzerine üniversiteden alınan 25/05/2015 tarihli raporda ise ; "meydana gelen glans penis nekrozunun kullanılan lokal anestetik madde, cerrahi teknik, lokal enfeksiyon veya koter yaralanması gibi nedenlerin bu komplikasyona neden olabileceği kabul edilse de net olarak tek bir sebeple ilişkilendirilecek bir veri bulunmadığı, bunun önemli nedenlerinden birinin de işlemin toplu bir sünnet işlemi olduğu, belirtilen teknik sıkıntıların yanında bireysel kayıt yetersizliklerinin de eklenmesi olduğu, bu durumun net bir sebep-sonuç ilişkisi kurmayı güçleştirdiğini, bu aşamada mevcut bilgilerle gelişen durumun komplikasyon veya kusur olduğu yönünde net ayırım yapılamadığı" şeklinde görüş bildirilmiştir. Somut olayda davacılar ...'ın davalı ... tarafından yapılan toplu sünnet kampanyası kapsamında 24.07.2008 tarihinde Özel ... hastanesinde sünnet edildiği, sünnet edilen çocukların bireysel kayıtlarının tutulmaması nedeniyle sünnetin hangi doktor tarafından, ne şekilde yapıldığına ilişkin bilgi ve belgelerin bulunmadığı dosya kapsamı ile sabittir. Çocukların bireysel kayıtlarının tutulmaması, toplu sünnette bir günde sünnet edilecek çocuk sayısının en fazla 50 olması ve sünnet işleminin yalnızca doktorlar tarafından yapılması gerektiği (davacıların sünnet işlemini gerçekleştiren kişilerin sağlık memurları olduklarına yönelik beyanları) hususları mahkemece değerlendirilerek davalıların sorumlu olup olmadıkları incelenmemiştir. Yapılan sünnet işlemi sonucunda davacı küçük ...'ın, oluşan zarar nedeni ile penisinin normal anatomik yapısında olmadığı, sonuçta böyle bir olay neticesinde davacı ruh ve beden sağlığının bozulduğu, duyulan elem, acı ve devam eden tedavi süreci göz önünde tutularak, davalılar arasında düzenlenen sözleşme, sağlık bakanlığının genelgesi de dikkate alınarak karar verilmesi gerekirken mahkemece, yetersiz ve dosya kapsamına uygun olmayan raporlar hükme esas alınmak suretiyle davalılara kusur izafe edilemeyeceği ve buna bağlı olarak tazminat sorumluluklarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, hükmün temyiz eden davacılar yararına **BOZULMASINA...**" <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 19.04.2023)

¹⁴⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2015/39403 E., 2017/3511 K, T: 22.03.2017, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 19.04.2023)

¹⁴⁹ Nuhoğlu, s. 218.

endikasyon olarak kabul edilmiş ve işlemin hukuka uygun olduğu uygulamada kabul edilmiştir.

Ancak bu kapsamda özellikle Yahudi ve Müslüman toplumlarda normal kabul edilen bu durum Avrupa’da tartışmalıdır. Almanya’da da bu husus özellikle tartışma konusu olmuş, Alman Medeni Kanun’unda 1631/(d) maddesinde ayrı bir düzenleme yapılmıştır.

“(1) Velayet hakkı aynı zamanda, rıza gösterme ehliyeti olmayan erkek çocuğun tıbbi açıdan zorunlu olmayan, tıbbi kurallara uygun bir şekilde yapılan sünnetin rıza göstermeyi de kapsar. Sünnetin amacı göz önüne alındığında çocuğun yararını tehdit etmesi halinde yukarıdaki hüküm geçerli değildir.

(2) Çocuğun doğumundan itibaren ilk altı ay içinde, hekim sıfatı bulunmayan, sünnet konusunda özel bir eğitim alan ve bir hekim gibi sünneti gerçekleştirme ehliyeti olan dini bir topluluk tarafından yetkili olduğu kabul edilen kişi 1. Fıkraya uygun bir şekilde sünneti gerçekleştirebilir.”¹⁵⁰

Bir görüşe göre tıbbi bir zorunluluğa dayanmayan sünnet uygulamasında “dolaylı tedavi amacı” olarak adlandırılan sosyal ve psikolojik endikasyon bulunmakla, bu neden de yapılan sünnet uygulaması hukuka uygun kabul edilmektedir.¹⁵¹

Başka bir görüş sünnet müdahalesi nedeni ile cezalandırılma durumunu toplumu rahatsız etmeyen bir hareketin cezalandırılması olarak nitelendirmiş, cezalandırmadan beklenen amaçların burada yer almadığını belirtmiştir. Bu görüş esasen müdahalenin sosyal uygunluğu teorisini yani eylem toplumsal açıdan uygun olduğundan hukuken kınanamayacağı görüşünü esas almıştır.¹⁵²

Bazı görüşlere göre ise sünnet işlemi küçük rıza yeteneğini elde ettiğinde yani tıbbi müdahaleyi kavrayabilecek ve anlayabilecek duruma geldiğinde kendi rızasıyla yaptırılmalıdır.

¹⁵⁰ Nuhoğlu, s. 216.

¹⁵¹ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 604.

¹⁵² Nuhoğlu, s. 218.

3.1.4.2. AKIL HASTALARINDA RIZA VERME YETKİSİ

Belirtildiği üzere kişinin kendi bedeni üzerinde karar tayin edebilmesi için kişinin ayırt etme gücüne haiz olması gerekmektedir. Ancak karar verme yeteneğinden tümüyle yoksun olduğu belirlenen veya mahkemelerce bu hakka sahip olmadığı tespit edilen hastaya uygulanacak tıbbi müdahale için veli, vasi ya da kanuni temsilcinin rızası aranacaktır. İşbu husus ancak teşhis edilen akıl hastalığı, hastanın muhakeme yeteneğini etkiliyorsa, etkilenilen süre boyunca geçerli olacaktır.¹⁵³

Biyotıp Sözleşmesinin 6/3. maddesi¹⁵⁴ uyarınca akıl hastalığı nedeni ile ayırt etme gücü olmayan yetiştikine ilişkin rıza ancak temsilcisi ya da kanuni temsilcisi tarafından verilebilecektir. Sözleşmenin 7. maddesinde¹⁵⁵ ise akıl hastalığı olan kişinin tedavi uygulanmadığı halde sağlığına ciddi bir zarar gelecek olması durumunda yapılacak müdahalede rıza aranmayacağı belirtilmiştir.

3.2. TIBBİ MÜDAHALENİN UYGULANMASI İÇİN RIZA ŞARTININ ARANMADIĞI HALLER

Tezimizin bu bölümünde rıza başlığı altında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere hukukumuzda tıbbi müdahale, yalnızca vücut bütünlüğü ihlal edilecek hastanın rızası sonrası uygulanırsa hukuka uygun hale gelecektir.

Anayasamızın 17. maddesi uyarınca kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında dokunulamayacaktır.

¹⁵³ Tacir, Doktora Tezi, s. 120, 121.

¹⁵⁴ Biyotıp Sözleşmesi, Madde 6, Muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması, “3. Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetiştikine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır.”

¹⁵⁵ Biyotıp Sözleşmesi, Madde 7, Akıl hastalığı olan kişilerin korunması, “Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir.”

Belirttiğimiz üzere tıbbi zorunluluklar yani endikasyon tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biridir. Diğer bir istisna olan kanuni düzenlemeler ise tek başına müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir.

Anayasamızın 19. Maddesi “*şekil ve şartları kanunda gösterilen ...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... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.*” uyarınca yapılacak müdahalenin uygulama şeklinin esaslarının da kanunda belirtilmesi gerekmektedir.

Ancak Anayasamızda her ne kadar kanunda yazılı hallerde bir istisnai hal düzenlenmişse de İnsan Hakları Hukuku kapsamında yalnızca bu şartın varlığı yeterli değildir. Kanunen kısıtlanan hak bir temel insan hakkı olduğundan yapılan kanuni düzenlemenin ayrıca oranlılık (ölçülülük), elverişlilik, zorunluluk, belirginlik ilkelerine uygun olarak, hakkın özüne dokunulmadan, insan onurunu koruyarak demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine de uyularak yapılması gerekmektedir.¹⁵⁶

3.2.1. KAMU SAĞLIĞININ KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Kamunun üstün yararının olduğu müdahalelerde, kanunun verdiği yetki kapsamında hastanın veya ilgili kişinin rızası olmasa bile yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun sayılmaktadır.¹⁵⁷

Kamu sağlığına ilişkin birçok kanunda, özel düzenlemeler yapılmışsa da tıp hukuku açısından; 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda “Memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele” başlığı altındaki düzenlemeler önem arz etmektedir.¹⁵⁸

Kanunun 57. Maddesi uyarınca “*Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri*

¹⁵⁶ Gören, s. 397-404.

¹⁵⁷ Hakan Hakeri, İpek Söğüt "Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar", Adalet Dergisi, S: 64, 2020, 57-85, s. 62, 63.

¹⁵⁸ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, R.G.: 06.05.1930.

dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduz müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.” Bazı salgın hastalıklara ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Kanunda salgın hastalıklara ilişkin düzenlemelerde alınacak tedbirlere, tedavilere ayrıca yer verilmiştir.

Ayrıca kanun uyarınca kişilerin çiçek aşısı olması da zorunluluk haline getirilmiştir.

Salgın hastalıklar kapsamında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda genel bir düzenleme yapılmadığı ancak belirli hastalıklar için düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Kanun kapsamında 57. maddede sayılan hastalıklar dışındaki salgın hastalıklarda da alınabilecek önlemlere ayrıca yer verilmiştir.

Bu kapsamda ülkemizde ve dünyada büyük bir değişimi beraberinde getiren Covid-19 salgını için idarenin aldığı önlemler, uygulanan tedaviler, önleyici aşının hukuki geçerliliği gibi birçok konu geçtiğimiz dönemde gündem haline gelmiştir.

3.2.2. ÖNLEYİCİ AŞILARIN HUKUKA UYGUNLUĞU

Bir hastalığın teşhis veya tedavisini amaçlamayan ancak bir hastalığı önleyerek hem hastanın hem de kamu sağlığını korumayı amaçlayan önleyici aşının da rıza kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Aşı, Sağlık Bakanlığı tarafından “Bir enfeksiyona karşı bağışıklık sağlamak için hazırlanmış, vücuda çeşitli yollarla verilen biyolojik ürün” olarak tanımlanmıştır.¹⁵⁹

Önleyici aşılar da birer tıbbi müdahale olduğundan genel hukuka uygunluk şartlarına tabii olması gerekmektedir. Bu kapsamda bu aşıların uygulanması rızaya dayalıdır. Uygulamanın rızaya tabii olmaması için; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’ndaki çiçek aşısı düzenlemesi gibi açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Yapılacak yasal düzenlemenin de haklı ve makul bir gerekçeye tabii olması gerekmektedir.¹⁶⁰

Salgın hastalıklardaki tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu tezimizde ayrıca değerlendirilecek olup, bu kısımda yalnızca aşıya ilişkin düzenlemelere yer verilecektir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 72. maddesinde, Kanunun 57. maddesinde sayılan hastalıklar için hastalara ve hastalığa maruz olanlara serum ve aşı tatbiki uygulanacağı düzenlenmişse de bu durum genel bir aşı zorunluluğu hali olarak değerlendirilemeyecektir. Kanunda belirtilen hastalıklar dışında başka bir salgın hastalıkta, Sağlık Bakanlığı tarafından öncelikle salgın tespit edildikten sonra aşının zorunlu olabileceğine ilişkin karar alınabileceği belirtilmektedir.¹⁶¹

Türk Medeni Kanunu’nun 24/2 maddesi uyarınca kişilik hakkından daha üstün nitelikte kamusal veya özel yarar varsa veya kanunun verdiği yetkinin kullanılması durumunda kişilik haklarına yönelik rıza olmadan yapılan müdahale hukuka uygun hale gelecektir.¹⁶²

Aşılanmanın diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak yalnızca müdahale edilen kişiyi değil de toplumu da koruduğu, hastalığın yayılması durumunda daha büyük ekonomik maliyetlerin ortaya çıkacağı ve aşı ile, aşı yapılmayan kişinin de sağlığının korunacağı hususları dikkate alındığında aşı uygulamasında kamusal bir yarar bulunmaktadır. Bu

¹⁵⁹ <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77823/a.html> (Erişim Tarihi:24.12.2022).

¹⁶⁰ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 497.

¹⁶¹ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 498.

¹⁶² Okyay, Akbaba, Kirkit, s. 157, 158.

durumda salgın hastalıkların önlenmesine ilişkin aşının TMK uyarınca hukuka uygunluk şartını sağladığı söylenebilir.¹⁶³

Bir görüşe göre; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca her ne kadar yalnızca çiçek aşısı, zorunlu aşı olarak kabul edilmişse de, bu durumun esasen kanunun hazırlandığı dönemin şartlarından kaynaklandığı belirtilmektedir. Kanunun salgın hastalıkların önlenmesi için yetkililere genel yetkiler verirken, rutin aşılamaı mecburi bir tıbbi bir müdahale olarak görmemesinin çelişkili olacağını belirtilmiştir. Kanunun 89. Maddesindeki çocukların ilk dört ay içinde aşılması gerektiği düzenlemesinin de kanunun amacını ortaya koyduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda kişinin ve kamunun daha üstün yararı olduğunda kişinin onamı aranmadan yalnızca aydınlatma yapılarak aşılamanın yapılmasının hukuka uygun olacağı savunulmuştur.¹⁶⁴

Biz bu görüşe katılamamakla; kişinin rızası olmadan rutin aşılamaın yaptırılmasının kişinin kişilik hakkına saldırı mahiyetinde olacağı kanaatindeyiz. Bu görüşün kabulü ile Anayasanın 17. maddesindeki kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve gelişmesi amacı ile yapılan düzenleme anlamını yitirecektir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bu yöndeki bir kararında Umumi Hıfzıssıhha Kanun'unun 89. maddesinde “*Türkiye hudutları dâhilinde doğan her çocuk doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılanır. Çocuğun peder ve validesi aşı mecburiyetinin ifa edilmesinden aynı suretle mesuldür.*” düzenlemesinin rıza şartını kaldırmadığına karar vermiştir.¹⁶⁵

¹⁶³ A.y.

¹⁶⁴ A.y.

¹⁶⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2014/33 E., 2014/8131 K., T. 07.04.2014.

“...Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü; 3.5.2013 doğumlu küçük M. Y.'a yapılması gereken zorunlu aşıları ailesinin yaptırmadığını, yaptırmaktan da kaçındıklarını ileri sürerek, küçüğün beden sağlığının korunması bakımından zorunlu olan aşının yaptırılması için küçük hakkında 5395 sayılı kanunun 5. maddesinin (1.) bendinin (d) alt bendi uyarınca sağlık bakım tedbirine karar verilmesini istemiştir.

Dava, 26.08.2013 tarihinde açılmış, mahkemece küçüğün yasal temsilcisine (ana ve babasına) dava dilekçesi tebliğ edilmeden, onlara haber verilmeden evrak üzerinde yapılan inceleme ile istek kabul edilmiştir. Talep edilen ve mahkemece de kabul edilen tedbir, çocuğa aşı yapılmasını sağlamaya yöneliktir. Tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahale tıbbi bir müdahaledir. Aşı da önleyici nitelikte bir tıbbi müdahaledir. Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir

Ayrıca önleyici aşılar da tıbbi müdahale niteliğinde olduğu için rıza alınmadan önce aşının yararları, amacı, içeriği, yan etkileri dahil tüm risklerini içeren genel kapsamlı bir aydınlatma yapılması gerekmektedir. Aksi halde uygulamayı uygulayan kişinin hukuki ve cezai sorumluluğuna gidilebileceği açıktır.¹⁶⁶

Önleyici aşıların asıl tartışma alanını çocuklarına aşı yaptırmayan ebeveynler oluşturmakla, önleyici aşılar koruyucu amaç güttüğünden ve çocuğun aşı anında tehlikede olduğu bir durum söz konusu olmadığından bu aşıların yalnızca ebeveynlerin

şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bir kişiye önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilmesi zorunludur. (Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m. 5) (R.G. 20.4.2004 tarih ve 25439 sayı) Muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. (Söz. m. 6/1) Kanuna göre bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği olmayan bir 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 izni ile müdahalede bulunulabilir. (Söz. m. 6) Bu halde dahi, bu kişi, makam veya kuruluşa, müdahalenin amacı, niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgi verilmesi zorunludur. Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yer alan "her çocuğun doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılmasının zorunlu olduğuna" ilişkin hüküm (m. 89), müdahaleye ilgili kişinin muvafakat etmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Şu halde, kanunen zorunlu olan haller dışında kimse rızası olmaksızın veya aydınlatılmış rızası aranmaksızın tıbbi bir ameliyeye tabi tutulamaz. Küçükler ve akıl hastalığı veya benzeri sebeple muvafakat verme yeteneği bulunmayan yetişkinler hakkında, Müdahale, yasal temsilcilerinin izniyle yapılabilir. Bu zorunluluk, küçüğün yasal temsilcisi olan ana ve babasına husumetin yöneltilmesini, davadan onların haberdar edilmesini gerekli kılar..." <https://karararama.yargitay.gov.tr/index> (Erişim Tarihi: 19.04.2023)

¹⁶⁶ Danıştay 15. Daire Başkanlığı, 2013/4373 E., 2016/2240 K., T. 31.03.2016, "...Dava; davacılaran 'a gebe olduğu dönemde kızamıkçık aşısı yapılması üzerine gebeliğin sonlandırılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zarara karşılık kendisi için 100.000,00 TL, eşi için 50.000,00 TL olmak üzere toplam 150.000,00 TL manevi tazminatın yasal faizi ile birlikte davalı idarece ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır. ...4. İdare Mahkemesi'nce, davacılaran 'a 27.07.2009 tarihinde ...102 No'lu Aile Sağlığı Merkezinde kızamıkçık aşısı uygulanması sonrasında gebe olduğunun anlaşılması üzerine, gebeliğin sonlandırılması zorunda kalınmasında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu, davacıların bu nedenle uğradığı manevi zararın davalı idare tarafından tazmini gerektiği, olayda idarenin hizmet kusuru ile sonucunda yarattığı acı ve üzüntünün ağırlığı dikkat alınarak, gebeliğin sonlandırılmasından fiziksel ve ruhsal olarak etkilenmesi nedeniyle duyacağı acı ve üzüntünün daha fazla olacağı nedeniyle davacılaran için 10.000,00 TL, için 5.000,00 TL manevi tazminatın idareye başvuru tarihi olan 06.04.2010 tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davalı idarece davacılaran ödenmesine, fazlaya ilişkin tazminat istemlerinin reddine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hükmedilen miktar üzerinden hesaplanan 1.800,00 TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, duruşmada davalı idareyi Hazine avukatı temsil ettiğinden 1.800,00 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine karar verilmiştir." <https://karararama.danistay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 19.04.2023)

rızası ile gerçekleştirebileceği kabul edilmektedir. Bu husus Anayasa Mahkemesinin 11.11.2015 tarihli 2013/1389 başvuru numaralı Halime Sare Aysal başvurusu ile netlik kazanmış, yasal bir düzenleme olmadan ebeveynlerin rızası alınmadan bebeklik aşılarının yapılmasının Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal ettiğine karar verilmiştir.

3.2.3. SALGIN HASTALIKLAR ÖZELİNDE COVID-19 UYGULAMALARININ HUKUKSAL DEĞERLENDİRMESİ

Ülkemizde ve Dünyadaki milyonlarca insanın hastalanmasına ve bazı hastaların herhangi bir semptom göstermeden veya hafif/orta derecede semptomlar göstererek bazılarının ise ağır semptomlar göstererek hayatını tehdit eden, yoğun bakımda tedavi görülmesine neden olan ve ölümlerle sonuçlanabilen Covid-19 halk sağlığını tehlikeye atan bir salgın hastalıktır.

Ülkemizde Covid-19 vakasının ilk görüldüğü 11 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından pandemi ilan edilmiştir.¹⁶⁷

İdarece bu kapsamda belirli düzenlemeler yapılmış, belirli koşullarla belli yaş aralığındaki kişi ve kimselere yönelik sokağa çıkma yasağı, maske kullanım zorunluluğu, HES kodu alınarak toplu ulaşım araçlarını kullanım gibi birçok farklı uygulama genel olarak genelgeler ile ilan edilmiş, bu uygulamalara uyulmaması ise idari para cezası yaptırımına tabii tutulmuştur.

Anayasamızın 17. maddesi uyarınca kişinin yalnızca kanunda yazılı olarak belirtilen hallerde kişinin vücut bütünlüğüne dokunulabileceği belirtilmiştir. Yukarıda yer verilen Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesinde özellikle belirtilen salgın hastalıkların içinde olmayan Covid-19 pandemisi için rızası olmayan hastanın zorunlu olarak tedavi altına alınması hukuka uygun olmayacaktır.¹⁶⁸

¹⁶⁷[https://covid19.saglik.gov.tr/TR66494/pandemi.html#:~:text=Bir%20hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20veya%20enfeksiyon%20etkeninin,DS%C3%96\)%20taraf%C4%B1ndan%20pandemi%20ilan%20edilmi%C5%9Ftir](https://covid19.saglik.gov.tr/TR66494/pandemi.html#:~:text=Bir%20hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20veya%20enfeksiyon%20etkeninin,DS%C3%96)%20taraf%C4%B1ndan%20pandemi%20ilan%20edilmi%C5%9Ftir) (Erişim Tarihi:18.12.2022).

¹⁶⁸ Hakeri, Söğüt, s. 62 - 63.

Türkiye’de Covid-19 önlemleri kapsamında uzun süreli seyahat özgürlüğü yasakları ilan edilmiştir. Bu yasaklar belirli yaş grupları için farklı farklı ve uzun süreli olarak verilmiştir. Ancak seyahat özgürlüğü Anayasa’nın 23. maddesinde herkese tanınmış ve yalnızca suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacı ile kanun ile sınırlandırılabilen bir temel hak olarak tanımlanmıştır. Temel haklarda sınırlanmaların yalnızca Anayasa’da sayılı nedenler ile sınırlandırılabilceği de belirtildiğinden bu kapsamda verilen sokağa çıkma yasaklarının hukuka aykırı olduğu ve özellikle de sokağa çıkma yasağı kararının kanunlar ile değil de İç İşleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğü’nce alınmasında, bu doğrultuda verilen idari para cezalarının da hukuka aykırılık teşkil edeceği açıktır.¹⁶⁹

Üstelik bu yasakların yalnızca hastalar için değil hasta olmayan ve hiçbir şekilde hastalık şüphesi taşıyamayan kimseler için de uygulandığını hatırlamak gerekmektedir.

Kişilik hakkı, hukuken tamamen kişiye bağlı, yalnızca o kişinin tasarruf edebildiği, devredilemez, aktarılamaz ve tam ve sağ doğumla başlayıp ölümle sona eren haklardır.¹⁷⁰

Anayasamızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğu belirtilmekle, 5. maddede ise devletin temel amaç ve görevleri arasında kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmayı saymıştır.

Anayasamızın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmadan Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacak şekilde yalnızca Anayasanın ilgili

¹⁶⁹ Melike Yavuz Dalgıç, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Seyahat Özgürlüğünü Sınırlandırma Biçimleri Olarak Sokağa Çıkma Yasağı Ve Karantina Uygulamaları”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, C: 4, S: 7, 2021, s. 349-379.

¹⁷⁰ Açıkgöz, s. 58.

maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilceğı düzenlenmiştir.

Olağan dönemlerde temel haklarda sınırlama Anayasanın sözüne aykırı olmamak kaydı ile belirli şartlarla yapılabilir.

Bunlardan biri sınırlamanın yasama organı tarafından kanununla yapılmasıdır. Bu durumun yürütme erkinin temel hak ve hürriyetler üzerindeki etki alanını daraltacağı açıktır. Ayrıca sınırlama kanun ile yapılacağından; kanun hazırlığı aşamasında sınırlamalara ilişkin açık görüşme yapılacağından kişilere yapılacak düzenleme hakkında daha geniş bilgi edinme hakkı tanınması da amaçlanmaktadır. Bu şekilde sınırlamaların halkın denetimi altında, herkese yönelik genel, geçer kurallar çerçevesinde yapılması hedeflenmektedir.¹⁷¹

Bir diğcr düzenleme yapılacak sınırlamanın hakkın doğasından kaynaklanan “başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı” ilkesi veya kamu yararı ilkesinden kaynaklanan sınırlamalarının dışında yalnızca Anayasanın 13. Maddesi kapsamında Anayasa’da belirtilen nedenlerle, meşru bir amaçla yapılmasıdır.¹⁷²

Diğcr sınırlama şartı ise ölçölülük ilkesine uyulması olmakla, bu ilke kendi içerisinde elverişlilik, gereklilik, orantılılık ilkelerine ayrılmakla, yapılan sınırlamanın sınırlamamanın amacına elverişli olması, alınabilecek tedbirler arasından en yumuşağının, en az sınırlayanının seçilmesi ve yalnız gerektiğı oranda uygulanmalıdır.¹⁷³

Bu kapsamda olağan dönemlerde yalnızca salgın hastalığın varlığı ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerinde kısıtlama yapılamayacaktır. Salgın hastalıkla mücadele her ne kadar temelini kamu sağlığından almaktaysa da bu salgına ilişkin düzenlemelerin kanun ile yapılması gerekmektedir. Covid-19 salgınına ilişkin olarak kanunlarımızda

¹⁷¹ Kemal Gözler, “Anayasa Hukukunun Genel Esasları”, Ekin Yayınları, Bursa, 2016, s. 420.

¹⁷² Eren, s. 607.

¹⁷³ Fazıl Sağlam, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü”, Ankara AÜSBF Yayınları, 1982 akt. Gözler, s. 421, 422.

ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiş, hastalık salgın hastalıklarla ilgili özel düzenlemelerimize de dahil edilmemiştir.

Ancak Anayasamızın 119. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın tehlikeli salgın hastalık ortaya çıkması durumunda yurdun tamamında veya bir bölümünde altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebileceği belirtilmiş ve Olağanüstü Hal Kanunu'nun 9. maddesinde de tabi afet ve tehlikeli salgın hastalık nedeni ile olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda *“bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlerine girişi ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek”* tedbirlerinin alınabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda tehlikeli sağlık hastalıklara ilişkin hukuka uygun olarak önlem alabilmek için; Anayasanın 119. maddesi uyarınca olağanüstü hal ilan edilerek Olağanüstü Hal Kanunu'nda belirtilen tedbirler alınabilecektir. Ancak ülkemizde Covid-19 önlemlerinin alındığı dönemde Olağanüstü hal ilanı edilmemiştir.¹⁷⁴

Covid-19'a ilişkin ayrı bir değerlendirmenin de aşılarla ilişkin yapılması gerekmektedir.

Covid-19'a yönelik olarak salgının başından itibaren aşı veya tedavi yöntemleri aranmış, daha sonra önleyici nitelikli olarak hastalığa yakalanma, yayma oranını azaltıcı, semptomları daha hafif yaşama oranını ise artıran aşılar bulunmuş, Dünya'nın her yerinde aşılama işlemlerine başlanmıştır.

Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumundan: Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik uyarınca klinik araştırma dönemleri sayılmış olmakla¹⁷⁵ Türkiye'de yapılan aşılarda henüz faz 3 aşamasında olduğunun da belirtilmesi gerekecektir.

¹⁷⁴ Mine Kasapoğlu Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 2, 2020, 550-566. s. 559.

¹⁷⁵ Klinik araştırma dönemleri MADDE 10 – “(1) Klinik araştırma dönemleri şunlardır: a) Faz I veya I. Dönem: Araştırma ürününün farmakokinetik özelliklerinin, toksisitesinin ve vücut fonksiyonlarına etkisinin tespit edilebilmesi için, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda sağlıklı gönüllüye veya sağlıklı gönüllülerde çalışılmasına imkân olmayan durumlarda hasta gönüllülere uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma

Türkiye’de Sağlık Bakanlığı’nın verileri uyarınca 24.12.2022 tarihinde birinci doz aşı uygulanan kişi sayısı 57.946.775, birinci, ikinci ve üçüncü doz aşı uygulanma sayısı 152.605.746’dır.¹⁷⁶

18.12.2020 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik uyarınca aşılarla yönelik acil kullanım onayı verilmiştir.¹⁷⁷

Aşılanmanın bir tıbbi müdahale olduğu ve bu kapsamda aydınlatmaya ve rızaya tabii olması gerektiği de açıktır. Bu kapsamda Sağlık Bakanlığı’nca bilgilendirici nitelikte herkesin erişebileceği internet sitesinde paylaşımlar yapılmış, reklamlar ile toplum bilgilendirilmeye çalışmıştır. Aşılar kişilerin rızaları ile yapılmışsa da aşı olan kişilerin aşı öncesinde aydınlatılması gerektiği açıktır. Bu kapsamda aşı uygulamasından önce

dönemidir. Yeni geliştirilen bir araştırma ürününün, klinik öncesi farmakolojik, toksikolojik ve benzeri araştırmaları tam ve uygun deneysel yöntemler kullanılarak yapılmadan Faz I veya I. Dönem klinik araştırmalarına geçilemez.

b) Faz II veya II. Dönem: Araştırma ürününün terapötik doz sınırlarının, klinik etkililiğinin ve emniyetinin araştırılması amacıyla, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma dönemidir.

c) (Değişik: RG-24/9/2022-31963) Faz III veya III. Dönem: Faz III araştırma açısından uygun düzeyde etkililik ve güvenlik verisine sahip araştırma ürününün, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş, yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanarak, etkililiği, emniyeti, yeni bir endikasyon araştırması, farklı dozları, yeni veriliş yolları ve yöntemleri, yeni bir hasta popülasyonu ve yeni farmasötik şekiller yönünden denendiği klinik araştırma dönemidir. ç) Faz IV veya IV. Dönem: Türkiye’de ruhsat almış ürünlerin onaylanmış endikasyonları, pozoloji ve uygulama şekilleri, izinli ürünlerin ise önerilen kullanımlarına yönelik emniyetinin ve etkililiğinin daha fazla incelenmesi veya yerleşik diğer tedavi, ürün ve yöntemlerle karşılaştırılması için fazla sayıda gönüllü hasta üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırma dönemidir.”

¹⁷⁶ <https://covid19asi.saglik.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 24.12.2022).

¹⁷⁷ “Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” (R.G. 18.12.2020)

“MADDE 1 – 19/1/2005 tarihli ve 25705 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğine 10 uncu maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

Acil Kullanım Onayı (AKO)

Madde 10/A - Dünya Sağlık Örgütü veya Bakanlık tarafından bulaşıcı hastalıklar kapsamında kabul edilen halk sağlığını ciddi olarak tehdit eden istisnai durumlarda kullanılacak ve ruhsatlandırmaya esas etkililik, güvenlik ve kalite ile ilgili kapsamlı verilerin henüz sağlanamadığı aşılarda için bu veriler sağlanıncaya kadar Kurum tarafından AKO verilebilir. Ruhsatlı bir ürünün terapötik endikasyonlarında değişiklik yapılması veya yenilerinin eklenmesi ile ilgili değişiklikler için AKO başvurusunda bulunulamaz.

AKO başvurularına ilişkin iş ve işlemler bu Yönetmelik doğrultusunda yayımlanacak ilgili kılavuz hükümlerine göre yürütülür.”

kişilere aşı aydınlatma formu imzalatılmıştır. Burada aşılardan henüz Faz 3 aşamasında olduğu belirtilerek, tespit edilen yan etkiler, riskler ve öngörülen yararlar belirtilerek aşı yapma tercihi hastaya bırakılmıştır.

Covid-19 süresince uygulanan tedaviler, yeni bir virüse karşı henüz bir tıbbi standart oluşmadan gerçekleştirildiğinden bu kapsamda insan üzerinde denemeye ilişkin kurallara riayet edilerek kişilerin tedavi edilmesi gerekecektir.¹⁷⁸ Bu süreçte tıbbi müdahalenin nasıl uygulanacağına ilişkin esasen hekimin özerkliğine aykırı olacak şekilde Bakanlıkça tedavi belirlemeleri yapıldığından, bu tedavilerin uygulanmasından kaynaklanan zararlara ilişkin sorumluluk da Bakanlık'a ait olacaktır.¹⁷⁹

Covid-19 salgını süresince işçi-işveren ilişkisi kapsamında da hukuki sorunlar ortaya çıkmıştır. İş Hukuku mevzuatında aşı olmayan ya da Covid testi olmak istemeyen işçiye yönelik hiçbir düzenleme yapılmamakla, 03.09.2021 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından kamuoyuna ilişkin genel yazı yayınlanmış, burada aşı olmayan ancak daha sonra Covid-19 hastalığı tanısı konan kişilerin iş ve sosyal güvenlik mevzuatı açısından sorumlu olabileceği, aşı olmayan işçilerin ayrıca işverenin haftada bir kez işçiden PCR testi talep edebileceği düzenlenmiştir.¹⁸⁰ Ancak bu kapsamda Bakanlık tarafından herhangi bir yasal düzenleme olmadan aşı olan veya olmayan işçi açısından eşitlik ilkesini bozucu ve işverenin işçinin bir tıbbi müdahalede bulunmasını isteyebileceği genel yazının dayanağı bulunmamaktadır. Bu durum uygulamada işçinin bu neden ile aşı olmaya zorlanabileceği veya iş akdine son

¹⁷⁸ Hakeri, "Tıp Hukuku", s. 1106.

¹⁷⁹ A.y.

¹⁸⁰ <https://www.csgeb.gov.tr/duyurular/is-yerlerinde-covid-19-tedbirleri/> (Erişim Tarihi: 16.12.2022)

"İşverenlerin, işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik risklerine yönelik koruyucu ve önleyici tedbirler hakkında tüm işçilerini bilgilendirmekle yükümlü oldukları hatırlatılmakta, işverenlerin COVID-19 aşısı tamamlanmamış işçilerini yazılı olarak ayrıca bilgilendirmesi istenmektedir.

Bilgilendirme sonrasında aşı olmayan işçilere, kesin COVID-19 tanısı konması durumunun iş ve sosyal güvenlik mevzuatı açısından olası sonuçları da işveren tarafından bu durumdaki işçilere bildirilmelidir.

COVID-19 aşısı olmayan işçilerden 6 Eylül 2021 tarihi itibarıyla zorunlu olarak haftada bir kez PCR testi yaptırmaları işyeri/işveren tarafından istenebilecek, test sonuçları gerekli işlemler yapılmak üzere işyerinde kayıt altında tutulacaktır."

verilebileceği korkusunu duyan işçinin özgür iradesi dışında tıbbi müdahaleye maruz kalabileceği dikkate alınmadan yayınlanan işbu yazının hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz.

3.2.4. ACİL TIBBİ MÜDAHALALER

Acil hallerde tarafı olduğumuz Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesinde özel bir düzenleme yapılmış *“Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.”* Şeklinde rızanın alınamadığı ancak müdahalenin gecikmesinde geriye döndürülemeyecek sonuçlar doğuracak acil durumlarda rıza alınmadan da tıbbi müdahalenin uygulanabileceği belirtilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesi uyarınca da¹⁸¹ hastanın rızasının alınamayacağı ancak müdahalede bulunulmazsa hayati tehlikesinin bulunduğu, hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlar ile hastanın organın kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumların varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya tabii olmamakla, bu durumda yapılan tıbbi müdahale kendiliğinden hukuka uygun hale gelmektedir.

Madde uyarınca belirtilen hallerde rıza aranmadığından, rızanın ön şartı olan aydınlatmanın da bu durumlarda yapılamayacağı açıktır.

Ancak madde devamında bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisinin bilgilendirilmesine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bu kapsamda maddede belirtilen kişilere aydınlatmanın yapılması gerekmektedir.

¹⁸¹ “Hasta Hakları Yönetmeliği”, Madde 24;

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

Burada diğerk bir tartışmalı bir husus hekimin reşit bir hastanın hayatının tehlikeli olduğu bir durumda hastanın rızası olmasa bile tıbbi müdahalede bulunmasıdır. Burada değerlendirme hastanın bilincinin açık olup olmamasına göre değişecektir. Eğer hastanın bilinci açık ise ve kendisine yönelik yapılacak tedaviyi kabul etmiyorsa, kişiye artık tıbbi müdahalede bulunamayacaktır. Aksinin kabulü hem kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına hem de insan onuruna aykırı bir eylem olacaktır.¹⁸²

Kalp ve solunum durmasında yeniden canlandırma için müdahale edilmemesi anlamında gelen “Do Not Resuscitate” (DNR) dövmesi yaptırmış bir kişiye, bilincinin kapalı olduğu ve kalp ve solunumun durduğu anda doktorun yeniden canlandırma için müdahalede bulunup bulunmayacağı ayrı bir hukuki değerlendirme gerektirecektir. Bu konuda hukukumuzda net bir içtihat oluşmamıştır. Bu kapsamda kanaatimce önemli olan kişinin müdahale anındaki rızasının tam ve net olarak anlaşılabilmesidir. Doktorun hastayla iletişimde hiç bulunamamış olması veya rızaya ilişkin beyanını alamamış olması durumunda, bilinci kapalı hastanın dövmesini ne zaman, nerede, ne amaçla yaptırdığı, rıza konusundaki iradesinin değişip değişmediğini bilmeden sadece dövmesi nedeni ile müdahalede bulunmamak, kişinin ölümüne neden olabileceğinden yaşam hakkı ihlaline neden olabilecektir.

3.2.5. VARSAYILAN RIZA

Varsayılan Rıza, hastanın yararının gözetilerek rızası olmadan ancak objektif ölçütlere göre hastanın rızasının varsayılabilceğı şekilde tıbbi müdahalenin hukuka uygun uygun olarak uygulanmasıdır.

Kişinin rızasının alınamadığı, veli veya vasiye ulaşamadığı durumlarda tıbbi zorunluluk hallerinde ve bununla sınırlı olarak hasta yararına hareket edilebilmek için “kişinin risk ve tehlikeleri bilseydi de rıza vereceğinin” varsayıldığı bir hukuka

¹⁸² Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 489.

uygunluk nedenidir.¹⁸³ Burada asıl gözetilen durum hastanın menfaatinin gözetilerek yaşama ve hayat hakkına öncelik verilmesidir.¹⁸⁴

Bu kapsamda hukuki düzenlemelere de yer verilmiş olup, Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. Maddesi¹⁸⁵, Amsterdam Bildirgesi'nin 3. Maddesinde¹⁸⁶ ve acil tıbbi müdahaleler başlığında belirttiğimiz üzere Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 7. Maddesinde varsayılan rızaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Ancak varsayılan rıza yalnızca kişinin iradesinin bilinmediği durumlarda geçerli olacaktır. Hastanın daha önce açık bir şekilde rıza vermediğini belirttiği bir müdahalede varsayılan rıza kapsamında değerlendirme yapılamayacaktır.¹⁸⁷

¹⁸³ Ayçe Çakal, "Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza", Seçkin Yayınları, 2018, s. 118.

¹⁸⁴ A.g.e., s. 120.

¹⁸⁵ Biyotıp Sözleşmesi, Madde 9 "*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.*"

¹⁸⁶ Amsterdam Bildirgesi Madde 3 "*3.3.Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir.*"

¹⁸⁷ Hakeri, "Tıp Hukuku", s.460.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

C. ÖZEL NİTELİKLİ BAZI TIBBİ MÜDAHALELER

1. ÖTANAZİ

İlk defa Francis Bacon tarafından kullanıldığı belirtilen ötanazi, “eu: güzel” ve “tanasium: ölüm” kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşmuş, güzel ölüm, kolay ölüm anlamına gelecek şekilde kullanılmıştır.¹⁸⁸

Hastanın büyük acılar çekerek ölümü beklemesini insan onuruna aykırı olarak gören görüşler yer almaktadır. Bu görüşe göre ötanazi hakkının tanınması insan onurunu korumaya yardımcı olacaktır. Bu neden ile ötanazinin hukuksal olarak kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁸⁹

Ötanazi kavramı birden farklı şekilde tanımlanmıştır. Ancak yapılan tanımlar arasındaki ortak nokta, ötanazi yapılacak hastaya modern tıp uyarınca tedavisi olmayan ölümcül bir hastalık teşhisi konulmuş olması ve hastanın büyük ıstırap içerisinde olmasıdır.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Özge Demirörs, Sevinç Arslan Hızal, “Türk Ceza Hukuku açısından ötanazi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, 2016, s. 1481-1516.

¹⁸⁹ Tacir, s. 298.

¹⁹⁰ Erika Biton Serdaroğlu, “Ötanazi-Ölme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 22, S: 3, 2016, s. 464.

Ötanazi hastanın acılarından kurtularak, onurlu bir biçimde ölme hakkına ilişkindir. Ötanazi tıbbi verilere göre tedavisi olmayan bir hastalığa sahip kimsenin, ağır acılar içinde olmasının engellenerek yaşamının sonlandırılmasına ilişkindir.¹⁹¹

Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981 yılında yayınlanan altı maddelik Lizbon Bildirgesinde hastanın onurlu bir biçimde ölme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Dünya Tabipler Birliği tarafından 1995 yılında yayınlanan Bali Bildirgesi'nin "Onur Hakkı" başlıklı onuncu maddesinde¹⁹² ve 1994 yılında Avrupa Hasta Hakları Geliştirme Bildirgesi olarak yayınlanan Amsterdam Bildirgesi'nin 5. maddesinde ötanaziye ilişkin daha detaylı bir hak tanımı yapılmış; hastanın son bilgilerin ışığında acılarının dindirilmesi ve yaşamlarının son döneminde insanca bakılıp onurlu bir şekilde ölme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.¹⁹³

Ötanazi kavramının oluşması için hastanın hayatta olması gerekmektedir. Bu nedenle beyin ölümü gerçekleşmiş kişinin bağlı olduğu ventilatörün kapatılması ötanazi kapsamında olmayacaktır.¹⁹⁴

Ötanazi kavramı genellikle üç ayrı başlıkta değerlendirilmektedir. Bunlar:

Aktif ötanazi, tedavisi olmayan bir hastalığa sahip kişinin ölüm sürecinin aktif olarak müdahalede bulunarak kısaltılmasıdır. Aktif ötanazi hukuka aykırı olduğundan, bu müdahalede bulunan hekimin kasten öldürme suçu ile cezalandırılacaktır.¹⁹⁵

Dolaylı aktif ötanazi ise hastanın rızası ile hekimin hastanın acısının hafifletilmesi için kullandığı veya kullanılmasının tıp bilimi tarafından öngörülen bir ilacın (morfin veya benzeri) kaçınılmaz yan etkisi olarak kişinin yaşamının kısaltılmasıdır.¹⁹⁶

¹⁹¹ Tacir, s. 246.

¹⁹² <http://www.saglikhakki.org/bali1.htm> (Erişim Tarihi: 08.01.2023).

¹⁹³ <http://www.saglikhakki.org/amsterdam1.htm> (Erişim Tarihi: 08.01.2023).

¹⁹⁴ Hakeri, "Tıp Hukuku", 16. Baskı, 2019, Seçkin Yayınları, s. 1065.

¹⁹⁵ A.g.e, s. 1065-1067.

¹⁹⁶ Tacir, Doktora Tezi, s. 253.

Pasif ötanazi kavramı ise ihmali bir hareketle, ölmekte olan veya artık bilincine kavuşamayacak hastaya yaşamını uzatıcı tedbirlerin alınmamasıdır.¹⁹⁷ Hastanın esasen tedaviyi ret hakkı olduğundan ve ötanazide hastanın rızası ile yapıldığından TCK'nın 26/2 maddesi¹⁹⁸ uyarınca hekimin cezai sorumluluğu doğmayacaktır.¹⁹⁹

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. Maddesi uyarınca hukukumuzda ötanazi yasaktır.²⁰⁰

Her ne kadar hukukumuzda ötanazinin yasak olduğu belirtilmişse de esasen bu husus hekimin hastayı her halükarda hayatta tutması gerektiğine ilişkin bir yükümlülük olarak ele alınamamaktadır. Çünkü hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı hastaya tedavinin her aşamasında tedaviyi reddetme hakkı vermektedir. Hekimin hiçbir şekilde zorla tıbbi müdahalede bulunamayacağının kabulü ile birlikte ötanazi yasağını daha çok hekimin aktif bir hareket ile hastanın hayatını sonlandıracak müdahalede bulunamayacağına ilişkin bir düzenleme olarak kabul edebiliriz.²⁰¹

Pasif ötanazi daha doğal bir ölüm yolu olarak görülmekte, aktif ötanazi ise intiharla ilişkilendirilmektedir.²⁰² Türk Ceza Kanunu'nda intihar bir suç olarak düzenlenmemişse de, kişinin intihara yönlendirilmesi suç olarak tanımlanmıştır.

Yaşama hakkının ölümü tercih hakkını kapsayıp kapsamayacağına ilişkin temel tartışmada²⁰³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ötanaziye ilişkin tüm ülkelerde geçerli

¹⁹⁷ Tacir, Doktora Tezi, s. 251.

¹⁹⁸ Türk Ceza Kanunu “*Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası Madde 26- (1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. (2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*”

¹⁹⁹ Hakeri, “Tıp Hukuku”, 2019, s. 1069.

²⁰⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği, Ötanazi Yasağı Madde 13- “*Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.*”

²⁰¹ Hakeri, “Tıp Ceza Hukuku”, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 77-80.

²⁰² Tacir, Doktora Tezi, s. 257.

²⁰³ Hasan Tahsin Gökcan, “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 163.

bir uygulama olmadığından da bahisle yaşama hakkının aktif ötanazi hakkını kapsamadığına karar vermiştir.²⁰⁴

Anayasamıza ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre en temel haklardan biri olan yaşama hakkı kişilerin üzerinde tasarruf yapabileceği bir hak değildir.²⁰⁵ Bu neden ile hastanın, yaşamının sonlandırılmasına ilişkin müdahalede bulunulması talebi veya rızası mevzuatta bu yönde bir düzenleme yer almadığından fiili hukuk uygun hale getirmemektedir.

2. KÜRTAJ

Genel olarak toplumda kürtaj terimi ile bilinen rahimde bulunan ceninin, yasal süresinde istek üzerine veya zorunlu ya da acil nedenlerle ana rahiminden alınması veya çıkarılması işlemidir.²⁰⁶ Uygulamada yaygın olarak kürtaj olarak adlandırılan uygulama, Nüfus Planlama Kanunu'nda "Gebeliğin Sona Erdirilmesi", Türk Ceza Kanunu'nda "Çocuk Düşürme" terimi ile ifade edilmektedir.

Kürtajı genel olarak yasaklayan ülke sayısı oldukça az olmakla, ülkeler kendi iç hukuklarında bu hususta farklı düzenlemeler yapmıştır. İsteğe bağlı kürtajın yasal olduğu ülkelerde bu müdahaleye ilişkin belirli süre sınırlamaları konmuştur. Örneğin Kuzey İrlanda'da gebeliğin 12. Haftasına kadar, İtalya'da ilk 90 gün içerisinde isteğe bağlı kürtaj hukuka uygun kabul edilmektedir. Polonya'da ise isteğe bağlı kürtaj yasaklanmış olup, kürtaj işlemi yalnızca tıbbi bir endikasyon varsa gerçekleştirilebilmektedir.²⁰⁷

Türkiye'de kürtaj konusundaki düzenleme 24 Mayıs 1983 tarihli 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve 18 Aralık 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve

²⁰⁴ Evans Birleşik Krallık Davası 10.04.2007, b. No:6339/05.

²⁰⁵ Er, Topaç, Kaygusuz, s. 132.

²⁰⁶ Hasan Tahsin Gökcan, "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", Seçkin Yayınları, 3. Baskı, s. 401.

²⁰⁷ Ezgi Hergüner, "Kürtaj Hakkı Ve Taşıyıcı Annelik Kavramının Ulusal Ve Uluslararası Hukuki Düzenlemeler Açısından Değerlendirilmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 101.

Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ile yapılmıştır.

Nüfus Planlama Kanunu’nda Nüfus planlaması kavramı “*fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları*” olarak tanımlanmaktadır.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon ameliyatı, acil müdahale halleri ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların temin, imal ve saptanmasına ilişkin hususları düzenlemiş, ayrıca bu kanunun öngördüğü haller dışında bu işlemlerin yapılamayacağı ve gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyonun Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı belirtilmiştir.

2827 sayılı Nüfus Planlama Kanunu uyarınca; gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar başka bir sebep aranmaksızın, salt gebe kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi ile kürtaj yapılması mümkündür.²⁰⁸

²⁰⁸ Nüfus Planlama Kanunu- Gebeliğin sona erdirilmesi: “*Madde 5 – Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.*

Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icap ettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.

Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak yönetmelikte belirtilir.

Gebeliğin sona erdirilmesinde izin: Madde 6 – 5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır.

Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

Gebelik süresi on haftadan fazla ise gebeliğin yalnızca gebeliğin, annenin hayatını tehlikeye atması veya atacak olması veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır mesuliyet doğuracak hallerde uzman doktorların gerekçeli raporları ile kürtaj yapılması mümkündür. Doğum ve Kadın Hastalıklarına bağlı nedenler; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğe ekli 2 sayılı listede ayrıca belirtilmiştir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birini tehdit eden acil hallerde yetkili hekim tarafından durumun tespit etmesi ile kürtaj işleminin yapılması mümkündür.

Nüfus Planlanması Kanun'u uyarınca kocanın rızasının arandığı haller dışında gebe kadınların gebeliği üzerindeki karar hakkı kendisine aittir.²⁰⁹ Ancak bu duruma ayrıca bir istisna getirilmiş gebe kadının akıl maluliyeti nedeni ile anlama kabiliyetine sahip olmaması durumunda kürtaj yani rahim tahliyesi için gebenin rızasının aranmayacağı belirtilmiştir.

Gebenin çocuk olması halinde ilgili kanun kapsamında ayrı bir düzenleme yapılmış ve bu durumda gebe ile beraber velisinin izni aranmıştır. Bu kapsamda yukarıda ayrıntılı olarak çocuğun rızasına yer verildiği üzere velinin rızası tek başına yeterli sayılmamış ve müdahale için çocuğun da rızası aranmıştır.

Gebe kadının vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz olmaması durumunda kendisinden, vasisinden ve ayrıca Sulh hâkiminden izin alınması gerekmektedir.

Acil hallerde gebe kadına derhal müdahale edilmemesi gebenin hayatını veya hayati organlarından birini tehdit edeceğinden rıza aranmayacağı belirtilmişse de; bu kapsamda gebenin bilincinin rızasını verebilecek kadar açık olması ve mümeyyiz olması durumunda rızasının alınması gerektiği açıktır.²¹⁰ Aynı şekilde bu şartın

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

²⁰⁹ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 445.

²¹⁰ Er, Topaç, Kaygusuz, s. 564, 567.

aranması için hem veli veya sulh hukuk mahkemesinden izin alınmasının gebenin hayatını tehlikeye atacak kadar zaman alacak olması gerekmektedir.²¹¹

Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunu madde 6/1-son cümle ve Tüzük madde 13/1-d uyarınca gebeliğin onuncu haftasına kadar salt kadının bu yöndeki talebi nedeniyle kürtaj yapılabilmesi için, kadın evli ise eşinin rızası aranmaktadır. Bu şart gebe kadının rızasına ek olarak aranmakla, eşin yani babanın rızası ile gebe kadına herhangi bir tıbbi müdahale uygulanması sonucunu doğurmayacaktır.²¹² Gebe kadına kürtaj müdahalesinin uygulanması için kadının eşinin rızasını da şart koyan diğer ülkeler ise; Güney Kore, Tayvan ve Kuveyt'dir. Bu durum da bu uygulamanın çok yaygın olmadığını göstermektedir.²¹³

İşbu kapsamda ilk 10 haftalık süreçte kişinin eşinin rızası ile kürtaj olabileceğine ilişkin düzenlemenin hukuka aykırı olacağı görüşü yer almaktadır.²¹⁴ Kanaatimizce de reşit bir kişinin kendi vücuduna ilişkin başka bir kimsenin karar verici konuma geçişi uygun değildir. Bu durumun kişinin kürtaj olmamasına değil, yasal olmayan yollarla gebeliğin sonlandırılmaya çalışmasına neden olacağı düşüncesindeyim.

Yukarıda açıklandığı şartlar dışında yapılacak kürtajın tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını taşımadığının kabulüne ek olarak gerçekleştirilen müdahale Türk Ceza Kanunu kapsamında “çocuk düşürtme” suçunun da unsurlarını taşıyacaktır.

Türk Ceza Kanun'unun 99.²¹⁵ maddesinde “çocuk düşürtme” ayrı bir suç olarak düzenlenmiş, rızası olmadan bir kadının çocuğunu düşürtmek veya on haftalık yasal

²¹¹ Er, Topaç, Kaygusuz, s. 548.

²¹² Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 446.

²¹³ Tansu Sayar, Yasemin Kılıç Öztürk, “Türkiye’de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu Ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood Of Southeastern Pennsylvania V. Casey Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 20, S: 1, 2018, s. 346.

²¹⁴ A.g.e., s. 324.

²¹⁵ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, “Gerekçeli Ceza Kanunları”, Turkan Kitapevi, Ankara, Kasım 2004, s. 496.

Türk Ceza Kanunu madde 99 gerekçesi, “*MADDE 99.– Çocuk düşürme ve düşürtme suçları açısından 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda yer alan hükümler göz önünde bulundurulmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştır. Bu Kanunun öngördüğü hükümler, bugünkü toplumsal ihtiyaçları karşıladığı kanaatinde bulunduğundan, madde metninin düzenlenmesinde esas alınmıştır. Maddenin birinci*

kürtaj süresinin dolmasından sonra tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde çocuğu düşürten kişiye ayrıca ceza öngörülmüş, fiilin kadının beden veya ruh sağlığı bakımından zarara uğraması veya ölümüne neden olması durumunda cezanın artırılarak uygulanacağı hüküm olmuştur.

Aynı maddede gebeliğin ilk on haftasında gebenin rızası ile de olsa çocuğun yetkili bir kişi tarafından düşürülmemesi ayrıca düzenlenmiş, kürtaj müdahalesinin yetkisiz kişi tarafından gerçekleşmesi durumunda; yukarıda belirtilen cezai müeyyidelerin ağırlaştırılarak uygulanacağı düzenlenmiştir.

Çocuk düşürme suçunun düzenlendiği ilgili maddede kadının mağduru olduğu bir suç nedeni ile gebe kalması durumunda süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak kaydı ile uzman hekimler tarafından gebeliğin sona erdirilmesi durumunda ceza verilmeyeceği hususu da düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 100. maddesinde ise gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi durumu “çocuk düşürme” suçu olarak ayrıca düzenlenmiştir. İşbu maddedeki çocuk düşürme suçu hususunda farklı görüşler olmakla birlikte; ceninin yaşamına ilişkin mutlak bir ceza hukuku koruması olması gerektiği görüşünü savunanlara karşı olarak, kadının kendi geleceğini belirleme hakkının, ceninin yaşam hakkından daha üstün bir değer olduğu ve kadının gebeliğini

fıkrasında, hukuken geçerli rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürülmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Kadının rızasıyla çocuk düşürme hâlinde ise, gebeliğin on haftayı aşmamış bulunması koşulu ile fiil suç oluşturmaz. İkinci fıkraya göre, tıbbî zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunun düşürülmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu durumda, çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında da ceza öngörülmüştür. Buna karşılık, tıbbî zorunluluk bulunduğu takdirde on haftayı aşan gebelik hâlinde çocuğun alınmış bulunması, ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir. Somut olayda tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığı, tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir. Maddenin üç ve dördüncü fıkralarında, çocuk düşürme suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâlleri düzenlenmiştir. Beşinci fıkra; rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların gebeliği sona erdirmeye konusunda meslek olarak yetkili olmayan kişiler tarafından işlenmesi, bu suçlardan dolayı verilecek cezanın artırılması sebebinin oluşturmaktadır. Altıncı fıkraya göre, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için, gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

sonlandırma veya devam ettirme hususunda özgür iradesi ile karar vermesi gerektiğini, bu düzenlemelerin fiilin işlenmesini değil de kadının gebeliğini güvenli olmayan yasa dışı yollarla sonlandırmaya yönlendirdiğini savunanlar da vardır.²¹⁶

Tarihsel gelişim içerisinde hukuksal sistemlerde çocuk düşürtmeye ilişkin görüşler değişmiştir. Eski tarihlerdeki otoriter rejimlerin Ceza Hukukunda bu suçların nüfus politikaları kapsamında çok daha ağır cezalar ile önlemeye çalışıldığı, belirli dönemlerde insan öldürmeye eş görüldüğü ve ölüm cezası uygulandığı bilinmektedir. Ancak modern toplumda insan haklarının gelişimi, değişen nüfus politikaları, toplumsal refah anlayışının değişimi ile bu suçlara yönelik bakış açısı değişmiştir.²¹⁷

Bu kapsamda her ne kadar suça bakış açısı değişmişse de; hukuk düzenimizdeki eşin rızası olmadan gebeliğin sona erdirilememesi veya doktor tarafından yapılan müdahalenin bilgilerinin resmi kurumlara bildirilmesi gerektiği zorunluluğu getirilmiş olmasının insan haklarına, özellikle bildirimin AIHS'nin 8. maddesi kapsamında düzenlenen kişinin özel ve aile hayatının korunmasına aykırı olacağına ilişkin görüşe²¹⁸ katılmaktayız.

Kürtaj müdahalesine yönelik yapılan bir eleştiri, uygulamanın ceninin yaşam hakkına aykırı olduğu yönündedir.

Hukukumuzda hak ehliyetine sahiplik şartı tam ve sağ doğumdur. “Cenin” yani doğacak çocuğun henüz bir kişilik hakkı bulunmamaktadır.²¹⁹ Türk Medeni Kanunu’nda Cenin tanımı yapılmamışsa da ceninin miras hukuku kapsamında hakları olduğu gibi, Türk Ceza Kanunu’nda da çocuk düşürme suçu düzenlenmiş esasen ceninin korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

Türk Ceza Kanunu kapsamında çocuk düşürtme ve düşürme fiillerinin suç sayılmasının temelinde gebe kadının vücut bütünlüğü ve sağlığını koruma altına

²¹⁶ Salih Oktar, “Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK. M. 99-100)”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2016, s. 13.

²¹⁷ Oktar, s. 252.

²¹⁸ A.g.e., s. 255.

²¹⁹ Hüseyin Hatemi, B. Kalkan Oğuztürk, “Kişiler Hukuku”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 11.

almanın yanında ceninin ceza hukuku kapsamında korunması gereken bir değer sayılması da yer almaktadır.²²⁰

Hatemi her ne kadar ceninin hak ehliyetinin yumurta hücresinin döllendiği ve döllenmiş yumurtanın rahim çeperine tutunduğu anda başlaması gerektiği görüşünü savunsa da biz bu görüşe katılmamaktayız.

Bu durum henüz hamile olan kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkına engel olacaktır. Ceninin henüz tam ve sağ doğmadan, hak ehliyetine sahip olması, ceninin yaşam hakkı gibi temel hakların sahibi olması tıp hukuku bakımından kürtaj gibi kadının en temel haklarından birinin veya bazı doğum kontrol yöntemlerinin hukuka uygun olarak kullanılmasına engel olacaktır. Kadına gebeliğine ilişkin karar verme hakkının verilmemesi insan onuru ile yaşama hakkına ayrıca özel hayatın gizliliği ilkelerine aykırı olacaktır.

3. KISIRLAŞTIRMA (STERİLİZASYON)

Nüfus Planlama Kanunu'nda sterilizasyon yani kısırlaştırma bir kadın veya erkeğin cinsi ihtiyaçlarını karşılamaya mani olmadan çocuk yapma kabiliyetinin izalesi için yapılacak müdahale olarak tanımlanmıştır.²²¹ Rahim tahliyesi ve sterilizasyon hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzükte ise bu kavram kadınlar için tüpligasyon, erkekler için vazektomi olarak belirtilmiştir.

NPK uyarınca ameliyatın tıbbi sakıncalı olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılacağı belirtilmiştir. NPK'nun 6. Maddesinde ise kişinin evli olması durumunda eşin rızasının da alınması şartı aranmaktadır. Tüzükte ise eşten izin belgesi alınması şartı aranmış, bu kapsamda izin belgesinin ne şekilde imzalanacağı da düzenlenmiştir.

NPK'unda zekâ geriliği veya akıl hastalığı kişilere ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu kapsamda bu kimselerin genel hükümlere göre velinin veya vasinin

²²⁰ Oktar, s. 12.

²²¹ Nüfus Planlama Kanunu- Sterilizasyon ve kastrasyon: Madde 4 – “Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.”

rızası veya vesayet mahkemesinin kararı ile gerçekleştirilebileceği savunulsa da²²² kanaatimce bu kanunun öngördüğü haller dışında sterilizasyon ameliyatı yapılamayacağı hüküm altına alındığından Kanun'da düzenlenmeyen bir şekilde genel hükümler uyarınca bu kimselere kısırlaştırma müdahalesinde bulunulması hukuka aykırı olacaktır.

Kısırlaştırma müdahalesi kişinin hayatını önemli derecede etkilediğinden ve yapılan işlemin geri alınamaması gözetilerek hastaya müdahale öncesi yapılacak aydınlatmanın ayrıntılı bir şekilde yapılması, ameliyatın başarı oranı, hastanın tüm riskler ve ameliyatın tüm sonuçları hakkında bilgi almasının sağlanması, hastanın ameliyatı özgür iradesi ile ameliyatı istemesi gerekmektedir.²²³

Kısırlaştırma müdahalesinde hastanın yazılı rızasının alınması şartı da aranmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 101. maddesinde bir kadın veya erkeği rızası olmadan kısırlaştırmak ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

4. KASTRASYON (HADİM ETMEK)

Kastrasyon kadının yumurtalıklarının, erkeğin ise testislerinin alınarak hem üreme hem de cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi olarak tanımlanabilir.²²⁴

Kastrasyon, kişinin üreme hakkının yanında, insanın maddi ve manevi varlığının bir parçası olan cinsel varlığını da geri dönülemez şekilde ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle tıbbi zorunluluk dışında yapılacak kastrasyonun, kişinin özerkliğinden vazgeçmesi sonucunu ortaya çıkaracağı ve insan onuruna aykırı olacağı belirtilmektedir.²²⁵

Tıbbi zorunluluk dışında gerçekleşecek kastrasyon işlemleri özellikle kırılgan veya azınlık gruplara yönelik şiddet ve ayrımcılığın azaltılması amacı ile yasaklanması

²²² Hakeri, "Tıp Hukuku", s. 993.

²²³ Er / Topaç / Kaygusuz, s. 552.

²²⁴ Hasan Tahsin Gökcan, "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, s. 409.

²²⁵ Ertem, Doktora Tezi, s. 509.

gerekmektedir. Tarihte kastrasyonun belirli bir ırka yönelik olarak, soykırım amacı ile kullanıldığı da düşünüldüğünde bu yönde bir uygulamanın ağır hak ihlallerine neden olabileceği görülmektedir.²²⁶

Nüfus Düzenlemesi Kanunu uyarınca bu Kanunun öngördüğü haller dışında kastrasyon ameliyatı yapılamayacak olup, 4. madde “*Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.*” uyarınca kastrasyonun uygulanabileceği haller düzenlenmiştir

Bu kapsamda müdahalenin uygulanabilmesi için “tıbbi zaruriyet” aranmıştır. Kastrasyon işleminde bir hastalığın tedavisi için bu işlemin yapılması gerektirmektedir.

Madde lafzında hastanın önceden açıkladığı rıza ve iradesi yok sayılarak “rıza ya bakılmaksızın” ibaresi ile düzenlemenin yapılması, müdahalenin sonuçlarının ağırlığı da gözetildiğinde hekime büyük bir müdahale yetkisi vermiştir. Bu doğrultuda maddenin özel olarak bir kastrasyon ameliyatı yapılmasına izin vermemesi ancak herhangi bir ameliyat sırasında endikasyon oluşması durumunda, rıza aranmaksızın ameliyatın yapılabilmesine ilişkin düzenleme yapılması çelişkili olduğu kadar, hukuki mantıktan da uzaktır. Bu durum hasta özerkliği, insan onuruna, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirme hakkına, kişinin kendi geleceğini belirleme ve sağlık hakkına aykırılık oluşturmaktadır. Bu kapsamda hukuka uygun uygulama için, hastanın önceden ortaya konmuş kastrasyonu ret iradesi varsa, hekim tarafından müdahalede bulunulmamalıdır.²²⁷

Ancak madde kapsamında her ne kadar kişinin rızasına bakılmaksızın ameliyatın yapılacağı belirtilmişse de bu durum yalnızca ameliyat sırasında ortaya çıkan endikasyon kapsamında yapılan müdahale için geçerli olmalıdır. Hekim tarafından bu

²²⁶ Ertem, Doktora Tezi, s. 510.

²²⁷ Ertem, s. 511.

müdahalenin daha önce planlanması durumunda hastanın rızasının alınması gerekmektedir. Aksi halde yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır.²²⁸

5.CİNSİYET DEĞİŞTİRİLMESİ

Cinsiyet değiştirmeye yönelik müdahaleler de tıbbi müdahale olduğundan, yapılan müdahalelerde tıbbi müdahaledeki genel hukuka uygunluk şartları aranacaktır. Cinsiyet değişikliğinin tespitinde endikasyon şartı tartışmalı olmakla²²⁹, Türk Medeni Kanunu’nda düzenleme yapılmadan önce; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 27.03.1986 tarihli 1986/651 E. Sayılı kararında cinsiyet değiştirme operasyonu olmuş kişinin kendi iradesi ile cinsiyetini değiştirebileceğine dair herhangi bir hukuki düzenleme olmadığından bahisle, Türk Medeni Kanunu’nun 23. Maddesine atıf yapılarak kişinin kendi vücudu üzerinde tasarruf yetkisi olmadığı, kişinin kendi iradesi ile cinsiyet değiştirmesinin mümkün olmadığına karar verilmiş, aynı zamanda müdahaleye ilişkin psikolojik endikasyonun varlığı da kabul edilmemiştir.

Türk Hukukunda cinsiyet değiştirmeye ilişkin ilk düzenleme 743 sayılı mülga Medeni Kanun’unun 29. maddesinde yapılmıştır.²³⁰

Cinsiyet değiştirme müdahalelerinin hukuki dayanağı insan onuru ilkesi ve Anayasamızın 17/1 ile 20/1. Maddeleridir.

Türk Medeni Kanunu’muzun 40. maddesi uyarınca cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.²³¹

²²⁸ Er, Topaç, Kaygusuz, s. 555. Gökcan, s. 411.

²²⁹ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 916.

²³⁰ “...Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur.”

²³¹ TMK “Madde 40-Cinsiyet Değişikliğinde; Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemeye cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (...) (2) bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. (2) Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet

Kanun'un cinsiyet değiştirilmesine ilişkin kişide aradığı şartlar şu şekildedir; Kişinin şahsen mahkemeye başvurarak mahkemeden cinsiyet değişikliği talebinde bulunması, 18 yaşını doldurmuş olması, evli olmaması, transeksüel yapıda olması, eğitim ve araştırma hastanesinden resmi sağlık raporu alınarak cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı için şart olduğunun belgelendirilmesi gerekmektedir.

Bu şartların sağlanması ile Mahkemece cinsiyet izninin değiştirilmesi iznine bağlı olarak, amaç ve tıbbi müdahalelere uygun şekilde cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirilmesi ve bu durumun resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulanması durumunda mahkemece nüfus müdürlüğüne ilgili düzenleme yapılacağı belirtilmiştir.

Maddenin ilk halinde üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma şartı aranmaktaysa da bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2017 tarihli, 2017/130 E., 2017/165 K. sayılı kararı ile sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin olmadığından bahisle Anayasa'ya aykırı bulunmuş ve madde iptal edilmiştir.²³²

değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

²³²Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2017 tarihli, 2017/130 E., 2017/165 K.

“Transeksüel yapıda olan kişiler, sahip oldukları biyolojik cinsiyetten farklı olarak kendilerini karşı cinsten hissetmekte olup bu kişiler doğuştan üreme yeteneğinden yoksun olabilecekleri gibi üreme yeteneğine sahip de olabilirler. Doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybeden transeksüel kişilerin Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen diğer koşulları da taşımaları hâlinde mahkemeden cinsiyet değişikliği izni almak suretiyle cinsiyetlerini değiştirmeleri mümkündür. Üreme yeteneğine sahip transeksüel kişilerin cinsiyet değişikliğine mahkemece izin verilebilmesi ise diğer koşulların yanı sıra üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmalarına bağlı olduğundan bu kişilerin cinsiyet değiştirebilmesi, bu amaçla kendilerine tıbbî bir müdahalede bulunulmasını zorunlu kılmaktadır.

Oysa Kanun'un 40. maddesinin ikinci fıkrasında, mahkemece verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği öngörüldüğünden, üreme yeteneği bulunan transeksüel kişinin tıbbî yöntemlere uygun şekilde cinsiyet değiştirme ameliyatı olduğunda bu ameliyatın doğal sonucu olarak üreme yeteneğinden de sürekli biçimde yoksun kalacağı kuşkusuzdur.

Bu itibarla cinsiyet değiştirme ameliyatının bir sonucu olan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalma hâli, itiraz konusu kuralla mahkemeden cinsiyet değişikliği izni alınabilmesi için ayrı bir koşul olarak öngörülmüş olmaktadır. Cinsiyet değişikliği ameliyatı olacak kişinin bu ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluğunu sağlamak üzere ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılması, bedensel ve ruhsal olarak ilgili yönünden katlanılması gerekli olmayan bir müdahale niteliği taşımakta olup kişinin maddî ve manevî

Anayasa Mahkemesi’nce cinsiyet değişikliği *ameliyatına* ilişkin şarta ilişkin başvuru ise işbu şartın kişinin maddi, manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatın gizliliğine aykırılık teşkil etmediğini belirterek, bu şartın kamu düzenini koruması amacını taşıdığını, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığını belirterek Anayasaya uygun bulmudur.²³³

varlığı ile özel hayatı yönünden getirilen bu sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemeyeceğinden, ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımaktadır.

Öte yandan tıbbî bir müdahale sonucu üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalan bir kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamaması durumunda cinsiyetini değiştiremediği hâlde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaşacağı açıktır. Bu da cinsiyet değişikliği için ön şart olarak kabul edilen söz konusu tıbbi müdahalenin sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabileceğini göstermekte olup kural bu yönüyle de ölçülü değildir.

Sonuç olarak Anayasa’nın 13., 17., ve 20. maddelerine aykırı bulunan kuralın iptaline karar verilmiştir...”<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2017-165-nrm.pdf> (Erişim Tarihi: 16.12.2022).

²³³ Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.2017 tarihli ve 2015/79 E., 2017/164 K.

“İtiraz konusu kuralla transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmama noktasındaki seçim hakkına ve özel hayata saygı hakkı kapsamındaki cinsel yaşamına ilişkin tercihlerine herhangi bir müdahale söz konusu olmayıp kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesini değiştirmek istemesi durumunda cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması yönünde bir yükümlülük getirilmektedir. Kuralla getirilen sınırlama nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olması ve kamu düzeninin korunması gibi demokratik toplum düzeni yönünden zorlayıcı toplumsal ihtiyaçlardan kaynaklanmakta olup bu sınırlama, kişinin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapabilme hakkını ortadan kaldırmamakta ya da kullanılamaz hâle getirmemektedir. Nitekim mahkemece bu yönde verilen izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı olmuş transseksüel kişi, bu ameliyatın resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde nüfus kaydındaki cinsiyetini değiştirme hakkına her zaman sahiptir. Diğer taraftan transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyet hanesinin değiştirilebileceğinin kabul edilmesi, kişinin biyolojik cinsiyeti ile nüfus kaydında görünen cinsiyeti arasında farklılığın ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Bir başka ifadeyle kişinin biyolojik cinsiyetine uygun olmayan bir durumun hukuken tanınmasına olanak sağlanmış olacaktır.

Bunun yanı sıra kişi, hukuk düzeni tarafından öngörülen ve biyolojik cinsiyeti nedeniyle yararlanamadığı belirli haklardan yararlanmak veya yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla da nüfus kaydında görünen cinsiyetini değiştirebilecektir. Neticede bu durum, toplumsal hayatı olumsuz etkileyebileceğinden kamu düzenini bozucu bir etki yaratabileceği gibi bireylerin hak ve özgürlüklerini gereği gibi kullanmalarına da engel oluşturabilecektir.

Dolayısıyla transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetini değiştirilebileceğinin ve bu suretle biyolojik cinsiyetinden farklı bir cinsiyete sahip olabileceğinin hukuksal anlamda kabul edilmesinin hukuk düzeni bakımından yaratacağı sorunlar ve bu durumun toplum düzenine olumsuz yansımaları da göz önünde bulundurularak getirilen kural, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımadığı gibi kamu düzeninin korunması amacını taşıyan kuralda demokratik toplum düzeninin gereklerine

6. YAPAY DÖLLENME VE TAŞIYICI ANNELİK

6.1. YAPAY DÖLLENME

Yapay döllenme kavramı kısaca doğal gebeliğin gerçekleşemediği durumlarda erkekten alınan spermin cinsel birliktelik olmadan tıbbi müdahale ile kadının yumurtasına ya da yumurta kanalına veya rahmine aktarılması olarak tanımlanabilir.²³⁴

Tıp biliminin gelişimi ile yapay döllenme yöntemleri oldukça gelişmiş ve yaygınlık kazanmıştır. Uygulamanın yaygınlık kazanması ile beraber çocuğun hem biyolojik hem genetik anneye sahip olması gibi, farklı döllenme yolları ile çocuğun birden fazla anne ve babasının olmasına, maddi sıkıntı içerisindeki kadınların kazanç elde edebilmek amacı ile taşıyıcı anne olmak istemesine, kadınların yalnızca vücudunda olacak değişikliklerden kaçınmak için taşıyıcı annelik uygulamasına başvurmak istemesine neden olmuş, bu kapsamda toplum düzeninin korunması amacı ile uygulamaya belirli sınırlar getirilmesi zorunluluğu hasıl olmuştur.²³⁵

İşbu kapsamda yapay döllenmenin hukuki olarak değerlendirilmesi; konusu her yapay döllenme sonucu farklı soybağı elde edilmesi, kişilerin menfaatlerinin farklılıkları gibi esaslar ile çok katmanlı olacağından, tezimizde yalnızca genel bir değerlendirme yapılmaya, bu kapsamda tez konumuz kapsamında yapılan sınırlandırmalara yer verilmeye çalışılacaktır.

Yapay döllenmeye ilişkin genel kural ve yasaklar üremeye yardımcı tedavi uygulamaları başlığı ile Organ ve Doku Alınması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un ek 1. Maddesinde düzenlenmiştir.²³⁶

aykırılık da bulunmamaktadır. Sonuç olarak itiraz konusu kural Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı bulunmayarak iptal talebinin reddine karar verilmiştir." <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2017-164-nrm.pdf> (Erişim Tarihi: 16.12.2022).

²³⁴ Yasemin Erol, "Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik", Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 33.

²³⁵ Erol, s. 23.

²³⁶ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun, Üremeye yardımcı tedavi uygulamaları: "Ek Madde 1- (Ek:15/11/2018-7151/16 md.) Doğal yollarla çocuk sahibi olunamadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hâllerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hâle getirilmek ve vücut içinde veya dışında döllenmesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyo anne adayına

Kanun uyarınca uygulamanın gerçekleşmesi için; evli çiftin doğal yoldan çocuk sahibi olamaması veya bu tedavinin uygulanması için tıbbi bir zorunluluk olması şartı aranmış ancak bu şartların sağlanması halinde, Bakanlığın belirttiği esaslar çerçevesinde ve yalnızca Bakanlıkça yetkilendirilmiş hekim ve uygulama merkezlerinde kadın veya erkeğin üreme hücrelerinin tedavi ile üremeye elverişli hale getirilerek ve vücut içi ve dışında döllenmesi sağlanarak üreme hücrelerinin veya embriyonun anne adayına yerleştirilebileceği belirtilmiştir.

Kanuni düzenlemede ayrıca uygulama sırasında elde edilen üreme hücrelerinin ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun yalnızca eşlere ait olabileceği ve yalnızca eşler için kullanılabileceği düzenlemesi de yer almıştır.

Yapay Döllenmeye ilişkin diğer bir hukuki düzenleme Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Yönetmeliğin amacının tıbben uygun görülen çocuk sahibi olamayan evli çiftlerin çocuk sahibi olması amacı ile yapılacak üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanmasının esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ilgili usul ve esasların belirlenmesi olduğu belirtilmiştir.

Türk Hukukunda üremeye yardımcı tedavi yöntemleri yalnızca evli bir çiftin çocuk sahibi olmaması durumunda uygulanabilecektir.²³⁷

Yapay Döllenmeye ilişkin eylemlerin ceza sorumluluğuna ilişkin düzenleme Türk Ceza Kanun'unda özel bir suç olarak düzenlenmemiş ancak Organ ve Doku Alınması,

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.”

²³⁷ Er, Topaç, Kaygusuz, s. 563.

Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 15. Maddesi uyarınca kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücreleri ile müdahale yapılması hapsi ve adli para cezası yaptırımına bağlanmıştır.²³⁸

İşbu düzenlemenin konu itibari ile bağlantılı olmadığı Organ ve Doku Nakli Kanun'unda yapılması, bu durumun karışıklık yaratacağından ve yapay döllenmeye ilişkin ayrı bir kanuni düzenleme yapılması gerektiğinden bahisle eleştirilmektedir.²³⁹

6.2. TAŞIYICI ANNELİK

Taşıyıcı annelik kavramının tez konumuz içerisinde değerlendirilebilmesi için öncelikle taşıyıcı annelik kavramını neden olan üreme hakkı üzerinde inceleme yapmamız gerekmektedir.

Yaşam hakkının en sağlam temeli olarak kabul edilebilecek sağlık hakkı herkese üreme ve cinsel haklar tanınmasını amaçlar ve kişilerin üreme veya ürememe kararını kendilerinin özgür iradeleri ile yeterli bilgilendirme ile alması ve bu kararlarını uygulayabilmesi için sağlık hizmeti verilmesi hususunu kapsar.²⁴⁰

Bu kapsamda üreme hakkı sağlık hakkı ile olduğu kadar eğitim gibi diğer sosyal haklar ve yaşam hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, özel hayatın gizliliği gibi bireysel hak ve özgürlükler ile bağlantılıdır.²⁴¹

Üreme hakkı ilk defa 1968 Tahran İnsan Hakları Konferansı'nda insan hakları bakış açısından aile planlaması başlığı (*human rights aspects of family planning*) altında açıkça dile getirilmiş ve “çiftlerin özgürce ve sorumlu olarak hangi aralıklarla, kaç

²³⁸ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun, Ceza Hükümleri Cezai ve idari müeyyideler: Madde 15 “*Bu Kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağışlayan, aşılayan, 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.*”

²³⁹ Hakeri, “Tıp Ceza Hukuku”, s. 370.

²⁴⁰ Gürkan Sert, “Vakalarla Türkiye’de Üreme Hakları”, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, Turap Tanıtım Yayınları, 2012, s. 4.

²⁴¹ a.y.

çocuğu olacağına karar verme ve bu kapsamda yeterli eğitim ve bilgi alma hakkı” olarak tanımlanmıştır.²⁴²

Taşıyıcı annelik genel olarak, çocuğunu tıbben rahminde taşıması mümkün olmayan veya bu hususta tıbbi bir sorun yaşayan kadının, döllenmiş embriyosunu çocuğunu taşıması için başka bir kadına aktarması, hamilelik sürecinin de bu kadın tarafından yaşanması olarak tanımlanabilir.²⁴³

Eski tarihlerde taşıyıcı annelik herhangi bir tıbbi müdahale olmadan doğal yollarla gerçekleşmektedir. Bu kapsamda taşıyıcı anneliğinin ilk önce gebe kalamayan kadınların, eşlerine üçüncü bir kişiyi -günümüzde taşıyıcı anne- hediye ederek, onların çocuklarına annelik yapmaları olarak başladığını belirtebiliriz.²⁴⁴

Ancak daha sonra bu durum değişmiş, yapay döllenme ile taşıyıcı annelik yapılması süreci başlamış, taşıyıcı anneliğin yasal olmadığı ülkelerden sağlık turizmi ile başka ülkelere gidilerek, taşıyıcı annelik işlemleri gerçekleştirilmesi, taşıyıcı annelerin bir şekilde bu durumu maddi kazanç edinme yöntemine çevirmesi, yoksul taşıyıcı annelerin gelir edinme yöntemi olarak taşıyıcı anneliği tercih ederek sömürülmeye başlaması gibi sorunlar ortaya çıkmış, bu durum hem etik açıdan hem de hukuksal açıdan tartışmalara neden olmuştur.²⁴⁵

Birçok adı, alt tipleri olmakla beraber taşıyıcı annelik hem yapay döllenme hem de doğal döllenme ile gerçekleşebilmektedir. Ancak modern tıpta taşıyıcı annelik genel olarak yapay döllenme ile yani herhangi bir cinsel birliktelik olmadan üreme hücrelerinin taşıyıcı anneye tıbbi müdahale ile aktarılarak gebeliğin oluşması ile gerçekleşmektedir.²⁴⁶

²⁴² Birleşmiş Milletler, “Final Act Of The International Conference On Human Rights”, Tahran, 22 Nisan-13 Mayıs 1968 “*Considers that couples have a basic human right to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and a right to adequate education and information in this respect*”

²⁴³ Hakeri, “Tıp Hukuku”, s. 949.

²⁴⁴ Nuray Ekşi, “Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C: 36, S: 2, 2016, s. 5.

²⁴⁵ A.y.

²⁴⁶ Esra Savaş, “Tıp Hukukunda Taşıyıcı Annelik”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2019, s 7-8.

Taşıyıcı annelik farklı şekillerde yapılabilmeyle, klasik olarak kadın yumurta üretebilmekle, yapay dölleme yöntemiyle elde edilen embriyo üçüncü bir kişiye aktarılmaktadır. Hem anne hem de babanın ikisinin de üreme yeteneğinin olmaması ve kadın için gebe olması tıbbi olarak sakıncalı ise; bu durumda üçüncü kişilerin yumurtaları döllenenek taşıyıcı anne olacak diğer üçüncü kişiye aktarılabilmeyle, yalnızca annenin üreme yeteneğinin olmaması durumunda ise babanın spermelerinin üçüncü kişiye yani taşıyıcı anneye aktarılması ile taşıyıcı annelik gerçekleştirilebilir.²⁴⁷

Taşıyıcı annelik ilişkin en eski kaynağa Kayseri Kültepe’de bulunan Asurlulara ait yaklaşık 4000 yıl önceki evlilik sözleşmesinde rastlanmıştır. Evlilik sözleşmesinde; kısırlılığa yer verilmiş ve bu duruma yönelik çözüm yolu olarak taşıyıcı annelik öngörülmüştür.²⁴⁸

Taşıyıcı annelik, esasen sözleşmesel bir ilişki olmakla, taşıyıcı anneye doğumdan sonra çocuğu teslim etme borcu vermektedir.

Taşıyıcı annelik ile ilgili Mahkemece verilen ilk karar ABD’de 1980 yılında verilmiş ve literatüre Bebek M davası olarak geçmiştir. Davaya konu husus taşıyıcı anne Whitehead’in kendi yumurtasından gebe kaldığı Bebek M’yi genetik babaya ve eşine teslim etmemesi ile ortaya çıkmış, mahkemeden ebeveynin tespiti talep edilmişse de Mahkemece taşıyıcı annelik hukuka aykırı olduğundan sözleşmenin reddi ile çocuğun menfaati gözetilerek velayeti genetik babaya verilmiş, taşıyıcı annenin de çocuk ile sosyal ilişki kurabileceğine karar verilmiştir.

Belirli koşulların sağlanması durumunda Yunanistan, Hindistan, Ukrayna, Rusya, Gürcistan ve İsrail’de taşıyıcı annelik hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Bu şartlar her ülkede farklılık göstermekle; taşıyıcı anneliğin herhangi bir bedel karşılığı yapılmaması, tarafların belirli yaş sınırlarını geçmiş olması gibi unsurların sağlanması aranmaktadır. Bu ülkelerde mevzuat uyarınca farklı hukuki değerlendirmeler yapılmaktadır. Sayılan ülkelerle sınırlı olmamakla, Japonya, Fransa ve KKTC’de ise

²⁴⁷ Hakeri, “Tıp Hukuku, s. 949.

²⁴⁸ Ahmet Berkız Turp, İsmail Güler, Nuray Bozkurt, Aysel Uysal, Bülent Yılmaz, Mustafa Demir, Onur Karabacak, “Infertility and Surrogacy First Mentioned on a 4000-year-old Assyrian Clay Tablet of Marriage Contract in Turkey”, Gynecological Endocrinology, C: 34, 2018, s. 1.

taşıyıcı annelik yasaktır. Belirtilen ülkeler, bu müdahaleye ilişkin yasağı özellikle çocuğun menfaatleri gözetilerek belirlendiğini belirtmekte, belirli bir bedel karşılığı taşıyıcı annelik yapılmasının engellenmeye çalışıldığı görülmektedir.²⁴⁹

Uygulamadaki hukuki sorunun, esasen taşıyıcı annelikte annenin tespitinden kaynaklandığı belirtilebilir. Taşıyıcı annelik esasen eski tarihlerden itibaren geçerli kabul edilen çocuğu doğuran kadının anne olduğu karinesine aykırılık olarak görülmektedir. Bu kapsamda Türk Medeni Kanunu'nun 282. Maddesi uyarınca anne ile çocuk arasındaki soybağının da doğumla kurulduğunu belirtilmesi de bu kapsamda karineye esas teşkil etmektedir.²⁵⁰

Taşıyıcı annelik kavramında birden fazla değişken vardır, bu değerlendirmeler, taşıyıcı anneliğin etik değerlendirmesinde değişiklik yarattığı gibi hukuksal olarak da farklılıklar yaratmaktadır. Taşıyıcı annenin bu neden ile hamilelik masrafları dışında ek gelir elde etmesi veya çocuğun genetik annesinin de taşıyıcı anne olması gibi durumlar farklı sonuçlara neden olmaktadır.

Bu kapsamda taşıyıcı annelik endikasyon şartını da taşımadığından, kanuni bir düzenleme ile taşıyıcı anneliğe izin verilmedikçe müdahalenin hukuka uygun olduğu belirtilemeyecektir.

Türk hukuku uyarınca taşıyıcı annelik, sözleşmenin tüm tarafları onay verse ve taşıyıcı annenin tıbbi müdahaleye rızası olsa bile hukuken mümkün değildir. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un üremeye yardımcı tedavi uygulamaları başlıklı ek madde 1'de taşıyıcı annelik yapılmasının yasak olduğu açıkça belirtilmiştir.²⁵¹

²⁴⁹ Hakeri, "Tıp Hukuku", s. 951-956.

²⁵⁰ Türk Medeni Kanunu, Madde 282/1: "Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur."

²⁵¹ "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun" Üremeye yardımcı tedavi uygulamaları: Ek Madde 1- (Ek:15/11/2018-7151/16 md.) "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."

Taşıyıcı anneliğin bu kapsamda hukuka aykırı olduğu belirtilmişse de bu kapsamda ne taşıyıcı anne ne de bunu talep eden baba ve eşi için özel bir suç tipi öngörülmemiştir. Ancak işbu eylemin Türk Ceza Kanunu kapsamında çocuğun soybağını değiştirmek suçunu, yurt dışında gerçekleşerek çocuğun yurtdışından ülkeye getirilmesi durumunda taşıyıcı anneliğin yapılmadığına, annenin doğuran anne olmadığına ilişkin belge düzenlenmesi durumunda, fiilin resmi ve özel evrakta sahtecilik yapmak ve kullanmak, resmi belge düzenlenmesinde yalan beyan suçlarının oluştuğunun kabulü gerekecektir.²⁵²

²⁵² Hakan Hakeri, "Tıp Ceza, Hukuku", s. 371.

SONUÇ

Tıp hukuku birbirinden farklı disiplinleri bir araya getiren bir alandır. Bu durum tıp alanı ile hukuku bir araya getirmekle; hukuki değerlendirmeler içinde de özel hukuk ve kamu hukukunu bir araya getiren özel nitelikli bir alandır.

Bunun nedeni hukukun toplumun her alanını ilgilendiren nitelikte düzenlemeler yapması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Hukuki düzenlemelere hem hastalar hem de hekimler ihtiyaç duymaktadır.

Toplumun gelişimi, modern dünyanın şartlarının değişimi, dünya savaşları sonrasında sosyal yapının daha istikrarlı hale gelişi insan-devlet ilişkisini değiştirmiş bu da hukuksal düzenlemelere yansımıştır.

Bu kapsamda insana verilen değer artmış ve uluslararası sözleşmeler ile insana bazı temel haklar verilmiştir. Bu haklar kişiye sıkı sıkıya bağlı, insanın insan olduğu için sahip olduğu, doğumla kazanılan ve ölümle sona eren, vazgeçilemez, değiştirilemez nitelikteki haklardır. Bu haklar kişiyi koruma altına aldığı gibi devlete de hem bir hizmet yükümlülüğü hem de hakkın korunması sağlanması yükümlülükleri vermiştir. Bu haklar düzenlenirken korumanın niteliği de artırılmış, bazen insanı kendisinden bile korumak amaçlanmıştır.

Haklar düzenlenirken, kişilere sınırsız bir hak verilmemiş, belirli şartlarla sınırlamaların yapılabileceği belirtilmiştir. Bu durum, devletin diğer yükümlülüğü olan kamu düzenini sağlamak ve genel bir toplumsal yapının korunması amacını taşımaktadır. Ancak sınırlamanın devlet tarafından keyfiyetle yapılamayacağı, kanunilik, ölçülülük, elverişlilik, zorunluluk, belirginlik ilkelerine uygun olarak hakkın özüne dokunulmadan insan onurunu koruyarak, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine de uyularak yapılması gerektiği de açıkça belirtilmiştir. Bu kapsamda sınırlamanın belirli koşullar altında yapılmasının nedeni, hakkın oluşturulma nedeni ile aynıdır. İnsanın haklarını en çok ihlal edebilecek güç olan devlete karşı insanı korumak.

Önce uluslararası sözleşmeye daha sonra da ülkelerin yerel mevzuatına giren işbu temel hakların en kapsamlısı yaşam hakkı olup, bu hak Türkiye Cumhuriyeti

Anayasasında da 17. Maddede düzenlenmiştir. Anayasamızın aynı maddesinde ayrıca kişinin kendi maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı düzenlenmiştir.

Yaşam hakkı kapsamında, kişinin vücut bütünlüğünün korunması şartı ve devletin yaşamı koruma sorumluluğu sağlık hakkının da temelini oluşturmaktadır. Sağlık hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ayrı bir hak olarak düzenlenmemişse de yapısı itibariyle diğer temel haklarla bağlantılı olduğundan, AİHM'sinin denetimine tabii tutulmuştur. Sağlık hakkı, Anayasanın 56/1. Maddesinde düzenlenmiş olmakla bir sosyal hak niteliği taşımakta, devlete herkes için erişilebilir bir sağlık hizmeti sunma görevi vermektedir. Bu hak kapsamında hem hasta hem de hekim hakları düzenlenmiş olup sağlık hizmetinin kıstasları da tespit edilmiştir.

Hasta hakları; Tabipler Birliği'nin Lizbon bildirgesi ile başlayan, kapsamı genişleyen, hastayı korumayı amaçlayan haklardır. Türkiye'de bu konudaki en geniş değerlendirme Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yapılmıştır.

Bizim de katıldığımız şekilde; hakların düzenlenmesinin yalnızca yönetmelikle yapılmış olmasına, ceza hukuku ve özel hukuk kapsamında kanuni bir düzenleme yapılmamasına ilişkin eleştiriler getirilmektedir. Hasta Haklarının temel altyapısının Anayasa'da yer aldığı kabulünde olmakla birlikte, kişilerin hak ve özgürlüklerinin yönetmelikle belirlenmesinin normlar hiyerarşisi açısından kabul edilemeyecektir.

Anayasa'da yönetmelikler başlıklı 124. madde kapsamında, yönetmeliklerin Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilikleri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabileceği belirtilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 3. maddesinde yönetmeliğin dayanağının; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 355 inci ve 508 inci maddelerine olduğu belirtilmiştir. Ancak yönetmeliğin dayanağı olarak belirtilen kanun ve kararnamede hasta haklarının neler olduğu ayrıca düzenlenmemiştir. Bu kapsamda Anayasa uyarınca yönetmelik yalnızca uygulamaya ilişkin olabileceğinden öncelikle başka bir kanunla hakların belirlenmesinin uygulama

için daha uygun olacağı görüşündeyiz. Aynı şekilde hakları koruma altına almak, ihlalleri önlemek amacı ile ceza hukukunda ayrı bir düzenleme yapılabilir.

Kanaatimizce, bu kapsamda öncelikle tüm hasta haklarının düzenlendiği bir Hasta Hakları Kanunu oluşturulması ayrıca işbu Kanundaki hakların ihlali kapsamında cezai yaptırım getirilmelidir.

Hasta haklarının en temel ilkesi olan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin kendi vücudu ve yaşamı üzerinde özgür iradesi ile karar verici olmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Kendi geleceğini belirleme hakkının dayanağı insan onuruna saygı, yaşam hakkı ve kişinin özel hayatına saygı ilkeleridir. Hasta Hakları kapsamında hastanın özerkliği anlamına gelen bu hakkın ihlalini incelerken AİHM'si AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı ilkesinin ihlal edildiğini belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarında bu hususa atıf yapmakta ancak AİHS'nin 8. maddesinin karşılığının Anayasanın 17. Maddesi olduğunu belirtmektedir. Ancak bizim de katıldığımız görüş; AİHS'nin 8. maddesinin karşılığının Anayasanın 20. maddesi olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı olduğuna ilişkindir.

Anayasanın 17. Maddesinde düzenlenen kişinin maddi, manevi kişiliğinin korunması ve geliştirmesi hakkı esasen tüm temel hakların dayanağı niteliğindedir. Bu nedenle esasen bir temel hak ihlal edildiğinde kişinin maddi ve manevi kişiliğini koruma ve geliştirme hakkının da ihlal edildiğinden söz edilecektir. Ancak bu kapsamda diğer hakların da koruma altına aldığı özel alanlar vardır. Kanaatimizce Anayasanın 20. Maddesi özel olarak AİHS'nin 8. Maddesini kapsayacak içerikte düzenlenmiştir.

Rıza, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünüşüdür.

Tıbbi müdahale; yetkili kişiler tarafından, kişinin sağlığını koruyucu veya hastalığın teşhis ve tedavisinin belirli sorumluluklar ve standartlar kapsamında gerçekleşmesidir.

Tıbbi müdahale kişinin vücuduna müdahale niteliğinde olduğundan, esasen ceza kanunu uyarınca düzenlenen kasten yaralama suçunun unsurlarını taşımaktadır. Aynı zamanda kişinin vücudunda tedavi ve yarar amacı ile müdahalede bulunulsa bile bu işlemler yapılırken kişinin vücuduna zarar verildiğinden uygulamada bulunan kişi hekim olsa bile hukuki sorumluluk da doğurabilecektir.

Bu kapsamda kişiye tıbbi müdahalede bulunulmasını hukuka uygun hale getirecek bazı şartlar aranmıştır. Bu şartlardan ilki tıbbi müdahalenin yetkili kişi yani hekim tarafından gerçekleştirilmesidir. Diğer sağık mensupları tarafından müdahale yalnızca mevzuatta açıkça yapılan düzenlemeler kapsamında yapılabilmektedir. Bu müdahalelerin de bazılarının yalnızca doktor gözetiminde yapılabileceğı belirtilmiştir. Hekim tarafından gerçekleştirilen müdahalenin tıbbi standartlara uygun olması ve müdahalenin endikasyona dayalı olarak yapılması gerekmektedir. Müdahalenin hukuka uygunluk şartının en temeli ise aydınlatılmış rızadır. Bir müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için belirtilen şartların hepsinin birlikte sağılanması gerekmektedir.

Rıza şartı hem anayasa hem de diğer kanunlarda açıkça belirtilmiştir. Rızanın ön şartı aydınlatma olmakla, rıza vermeye yetkili kişi rızaya ilişkin beyanı alınmadan önce aydınlatılmalıdır. Aydınlatma hastanın sağık durumunu, hekim tarafından hasanın hastalığına konulan tanıyı, olası tedavi seçeneklerini, riskleri, hekim tarafından önerilen tedavi yönetiminin türünü, başarı şansını, riskleri, tedavinin süresini, ilaç tedavisi verecekse ilacın kullanımı ve ilaçların olası yan etki ve risklerini, hastanın tedaviyi kabul etmemesi durumunda bu durumun yaratacağı sonuçları kapsayacak şekilde müdahalede bulunacak kişi, uygulamada hekim tarafından, hastaya değerlendirme yapabileceğı makul bir süre verilerek yapılmalıdır. Aydınlatma mevzuatta belirtilen belirli hallerde kısıtlanabilmekle, hekim tarafından aydınlatmanın hastanın zararına olduğı kanaati varsa yapılmayabilir.

Kişinin rızası alınmadan yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır. Hastanın rıza göstermemesi nedeni ile tıbbi müdahalenin yapılmaması durumunda hekimin cezai veya hukuki herhangi bir sorumluluğı doğmaz.

Rıza, açık veya zımni olabilir. Rızanın kanunlarda aksi belirtilmedikçe şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak rızanın ispat yükümlülüğü hekim üstünde olduğundan, her müdahalede yazılı rıza alınmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Müdahale sonrasında verilen rıza, fiili, ceza hukuku kapsamında hukuka uygun hale getirmeyecektir. Özel hukuk bakımından ise müdahale sırasında gösterilen rıza tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

Küçüklere uygulanacak tıbbi müdahalede rıza yetkisi ise tartışmalıdır. Mevzuat kapsamında; küçük henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olmakla, yapılan düzenlemeler küçüğün veli veya vasisinin onayını yeterli görmüş ancak küçüğün karar sürecine dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kanaatimizce, bu durum yalnızca ayırt etme gücüne sahip küçükler için geçerli olmalıdır. Çünkü Medeni Kanun'un 16. Maddesinden belirtildiği gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında yasal temsilcilerinin rızasına gerek duyulmaz.

Aynı şekilde hem küçüğün hem yasal temsilcinin rızasını beraber arayan ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını tek başına yeterli sayan görüşler de bulunmaktadır.

Öğretide genel kabul gören görüş, kesin ve genel bir yaş sınırı belirlenmeden, küçüğün ruhsal gelişimi ve olayın somut olgularına göre rıza yetkilisinin belirlenmesi yönündedir. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca, bu kapsamda rıza yetkisi belirlenirken ceza hukukundaki yaş sınırlarıyla paralel bir düzenleme yapılabilecektir.

Tıbbi müdahalede yalnızca veli veya vasinin izni ile sünnet müdahalesinin yapılmasının çocuğun menfaati ilkesine de aykırı olabilecektir. Bu sebeple kişinin yasal temsilcileri tıbbi müdahaleyi kabul etse de küçüğün rızası da hekim tarafından dikkate alınmalıdır. Yasal temsilciler arasında bir ihtilaf varsa da bu ihtilaflar mahkeme kararıyla çözümlenmelidir.

Tıbbi açıdan küçüğün mutlak olarak yaptırması gereken bir müdahaleye yasal temsilcilerinin onay vermemesi durumunda ise velayet ve vesayet hakkının kötüye kullanılması durumu ortaya çıkmış olup, bu konuda mahkeme kararına ihtiyaç duyulacaktır. Acil durumlarda ise savcılığa başvurulmalıdır. Bu başvurunun yapılmasına bile zaman olmadığı acil bir durumda hekimin rıza olmadan yapmış olduğu tıbbi müdahalelerde, üçüncü kişi lehine zorunluluk hali sebebiyle yapılan müdahalenin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Bu kapsamda küçük erkeğe yapılan sünnet işleminin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Sünnetin hukuka uygunluğuna ilişkin kanunumuzda yasal bir düzenleme yapılmamış olmakla beraber veli/vasinin din ve vicdan hürriyeti

kapsamında çocuğun vücut bütünlüğüne bir müdahalede bulunulmasının kanuni bir düzenleme olmadıkça hukuka aykırı olacağı kanaatindeyiz.

Sünnet müdahalesinin endikasyon şartını sağlayıp sağlamadığı da tartışmalıdır. Endikasyon yalnızca tıbbi endikasyon olmamakla, sosyal ve psikolojik endikasyon da hukuka uygunluk şartı olarak kabul edilmektedir. Genel görüş müdahalenin sosyal endikasyon olduğu ve sünnet olmayan çocuğun, toplum nezdinde sünnet genel ve yaygın bir uygulama olduğundan, ileride kendini kötü hissedeceğini belirterek herhangi bir hukuki düzenleme olmadan da hukuka uygunluk şartının sağlandığı yönündedir. Ancak sosyal endikasyon şartının hukuka uygunluk şartını sağlaması için kanaatimizce müdahalede bulunacak kişinin bu endikasyon şartını sağlaması gerekmektedir; oysaki bu görüşe göre çocuğun ileride hissedebileceğinin düşünüldüğü veya veli/vasinin hissettiği sosyal endikasyon vardır. Bu neden ile müdahalenin kanunda ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir.

Mevzuatta sünnet ameliyatının kimin tarafından yapılacağına ilişkin düzenleme yer almışsa da bu düzenleme yeterli değildir. Özellikle sünnet ameliyatının idare tarafından bir hizmet olarak “toplu sünnet” adı altında düzenlenmesi dikkate alındığında; kanaatimizce Alman Medeni Kanunu’nda yapılan düzenlemeye benzer şekilde hangi şart ve koşullarda müdahalenin gerçekleştirilebileceğine ilişkin düzenleme yapılması gerekmektedir.

Yapılacak düzenleme ayırt etme gücüne sahip küçük erkeğin sünnet ameliyatına ilişkin rızasının da hukuka uygunluk şartı olarak yer alması gerektiği kanaatindeyiz.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda sayılı salgın hastalıkların tedavisinde rıza aranmayacağı belirtilmiştir.

Dünya’da ve ülkemizde etkisini sürdüren Covid-19 salgınına ilişkin önlemlerin alındığı süre boyunca yerel mevzuatımızda kanuni bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak genelgeler düzenlenmiş, bu genelgeler ile temel haklar kısıtlanmış, bu düzenlemelere aykırı davranış ise idari yaptırımlara bağlanmış. Bu kapsamda yapılan sınırlandırma ve düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği görüşündeyiz.

Bu süreç boyunca mevzuatta salgın hastalıklara ilişkin düzenlemelerin de eksik olduğu ortaya çıkmıştır.

Kanunlarda bazı özel nitelikli tıbbi müdahaleler yer almaktadır. Tezimizin üçüncü kısmında da bu kapsamda bu tıbbi müdahalelerden bazılarına yer verilmiştir.

Gebeliğin onuncu haftasından sonra kürtaj, ötanazi, belirli şartlar dışında doku ve organ nakli, taşıyıcı annelik, hadım uygulamaları hastanın rızası olsa da yapılamayacak tıbbi müdahalelerden bazılarıdır.

Kısırlaştırma ise yalnızca rıza ile gerçekleştirilecek bir operasyon olarak düzenlenmiştir.

Ötanazi ülkemizde yasaktır. Ötanazi; aktif, dolaylı ve pasif olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Ötanazide kişinin tedavisi olmayan bir hastalık teşhisi olması, hastanın ağır bir acı içerisinde olması ve hekimin müdahalede bulunması, hastanın da müdahaleye ilişkin rızasının olması gerekmektedir. Aktif ötanazide aktif bir fiil ile, dolaylı aktif ötanazi de ise hekim tarafından ilaç verilerek kişinin hayatı sona erdirildiğinden uygulamada bu müdahalelere daha çok eleştiri getirilmektedir. Bu fiili gerçekleştiren hekim kasten adam öldürme cezası alacaktır.

Pasif ötanazi de ise kişiye tıbbi müdahalede bulunmayarak ölüm gerçekleştiğinden uygulama hastanın tedaviyi ret hakkının bir uzantısı olarak görülmektedir.

Kürtaj gebeliğin ilk on haftasında gebe kadının rızası ile gerçekleştirilebilse de burada bir ayrıma gidilmiş ve evli kadınların gebeliğinin sonlandırılması için eşin rızası şartı da aranmıştır. Bu durum evli ve bekar kadınların vücut bütünlüğüne ilişkin karar verme yetkisinde farklılıklar yaratmaktadır.

Kanaatimce evli veya bekâr kadınlar arasında bir fark olmadan, kürtaj kararı yalnızca anne tarafından alınabilmelidir. Ancak işbu hususun evlilik kurumuna zarar verebileceği görüşüne de katılmakla, eşin onayı olmadan kürtaj yapılması ayrı ve özel olarak boşanma nedeni olarak TMK’da düzenlenebilir.

Kısırlaştırmayı (sterilizasyon) da yalnızca kişinin rızası ile yapılacağı belirtilmiş olmakla, burada da eşin rızası ayrı bir hukuka uygunluk şartı olarak yer almıştır.

Kişinin hem üreme hem de cinsel faaliyetlerini sona erdiren Kastrasyon (hadım) işlemine ilişkin ise ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Bir ameliyat sırasında tıbbi zaruriyet nedeniyle bir hastalığın tedavisi için şartsa hastanın rızasına bakılmaksızın kastrasyon işleminin yapılabilmesi belirtilmiştir. Bu kapsamda hastanın müdahaleden önce rıza alınabiliyorsa ya da hasta daha önce irade beyanında bulunduysa, hastanın iradesi uyarınca müdahalede bulunulması gerekmektedir.

Cinsiyet değişikliğine ilişkin olarak TMK'nın 40. maddesinde yeni nitelikli bir düzenleme yapılmış, bu şartların sağlanması şartı ile cinsiyet değişikliğine imkan sağlanmıştır.

Yapay Döllenme, yalnızca evliler arasında gerçekleştirilebilecek bir müdahale olarak Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da düzenlenmiş, bu düzenlemelere uyulmaması durumunda hapis ve adli para cezası öngörülmüştür.

Taşıyıcı annelik ise ülkemizde yasaktır. Düzenlemeye ilişkin cezai bir yaptırım öngörülme de fiil, başka suç unsurlarını oluşturmaktadır.

Belirtilen, özellikle ötanazi ve taşıyıcı annelikteki uygulama yasakları ve kürtajdaki sınırlamalar hukuken bu müdahalelerin yapılmasına engel olamamaktadır. Aksine özellikle taşıyıcı annelik ve kürtajda müdahalenin yasal olmayan yollarla yapılması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum hastanın sağlık durumunu da olumsuz etkiler doğuracaktır.

Bu doğrultuda belirtilen özel nitelikli tıbbi müdahalelerde yeni değerlendirmeler yapılarak, belirli sınırlamalar ile ötanazi, taşıyıcı annelik yasal hale getirilmelidir. Bu doğrultuda kürtajda ve kısırlaştırmada eşin rızasının aranması şartının kaldırılması gerekmektedir.

Yapay döllenmede ise müdahalenin yalnızca evli çiftler arasında yapılabileceğine dair düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir.

Kastrasyona (hadım) ilişkin yasal düzenlemedeki amacın sağlanabilmesi için “hastanın rızasına bakılmaksızın” ibaresi değiştirilerek, “müdahalenin acil olması ve hastanın rızasının alınamadığı durumlarda” ibaresi eklenmeli ve her halükarda varsayılan rıza hükümleri uygulanmalıdır.

Bu kapsamda genel bir değerlendirilme yapmak gerekirse; tıp hukukunun asıl kaynağı olan kanunların; çok eski tarihlerde düzenlenmiş olması, ağır dili, modern toplumun ve değişen tıp biliminin gelişmelerini yakalayamaması nedeni ile yürürlükten kaldırılması ve mevzuatta dağınık bir şekilde düzenlenmiş maddeler de bir araya toplanarak, eksiklikler giderilerek ve düzenleme yapılması gereken hususlar eklenerek yeni bir kanun hazırlanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akyıldız S., Çelik F., Hakeri H., Somer P., “Tıp Hukuku Atölyesi 1”, Seçkin Yayınları, 2013.

Artuk M. E., Gökçen A., Yenidünya C., “Gerekçeli Ceza Kanunları”, TurHan Kitapevi, Ankara, Kasım, 2004.

Ateş Z., “Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2010.

Baykal E., “Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ve Anayasa Mahkemesi’ne Göre Yaşam Hakkı”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2011.

Biton Serdaroğlu E., “Ötanazi-Ölme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 22, S: 3, 2016, s. 463-491.

Çakal A., “Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza”, Seçkin Yayınları, 2018.

Çiftçioğlu C. T., “Yaşam Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 103, 2012, s. 137-168.

Dalgıç M. Y., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Seyahat Özgürlüğünü Sınırlandırma Biçimleri Olarak Sokağa Çıkma Yasağı ve Karantina Uygulamaları”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, C: 4, S: 7, 2021, s. 349-379.

Demirörs Ö., Arslan Hızal S., “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, 2016, s. 1481-1516.

Doğan C., “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Lefke Avrupa Üniversitesi, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu”, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Doğru O., “Yaşama Hakkı”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 5, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, Temmuz 2018.

Dumlu A., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İnsan Hakları Kuramı Açısından Değerlendirilmesi”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Eylül 1996.

Ekşi N., “Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C: 36, S: 2, 2016.

Er A., Topaç Ö., Kaygusuz S., “Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Eren A., “Anayasa Hukuku Dersleri”, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Eylül 2022.

Eren A., “Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması, Uluslararası Korunma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü”, Turhan Kitapevi, Ankara 2007.

Erol Y., “Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik”, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Ertem B., “Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları”, Yayımlanmış Doktora Tezi, Ankara 2015.

Gökcan H. T., “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin, Ankara, 2018.

Gökcan H. T., “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017.

Gören Z., “Anayasa Hukuku”, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Gözler K., “Anayasa Hukukunun Genel Esasları”, Ekin Yayınları, Bursa, 2016.

Hakeri H., “Tıp Hukuku”, 25. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Hakeri H., “Tıp Ceza Hukuku”, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2021.

Hakeri H., Söğüt İ., "Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar", Adalet Dergisi, S: 64, 2020, s: 57-85.

Hakeri H., “Tıp Hukuku”, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Hakeri H., “2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 5, 2006.

Hatemi H., Kalkan Oğuztürk B., “Kişiler Hukuku”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Hergüner E., “Kürtaj Hakkı Ve Taşıyıcı Annelik Kavramının Ulusal Ve Uluslararası Hukuki Düzenlemeler Açısından Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

İnceoğlu S., “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme”, 3. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013.

Kasapoğlu Turhan M., "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 2, 2020, s. 550-566.

Koru O., “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, S: 2, s. 491-500.

Marangoz M, “Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Usuli Yükümlülükleri”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021.

Nuhoğlu A., “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2, 2013, s. 211-220.

Okyay R., Akbaba M., Kirkit E., "Aydınlatılmış Onam Ve Aşılama", Türkiye Halk Sağlığı Dergisi, C: 13, S: 2, 2015, s. 155-159.

Ozanoğlu H. S., “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 52, S: 3, 2003.

Özbilen A. B., “İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Özcan B. G., Özel Ç., "Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C: 10, S: 1, 1992, s. 49-73.

Özdemir H., "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 1, 2016, s. 33-81.

Özkan Duvan A., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 24, S: 2, 2018, s. 660-681.

Özkaş Açıkgöz P., “Klinik Araştırmalarda Aydınlatılmış Onam”, Yayınlanmış Doktora Tezi.

Rosenu H., “Rıza Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, (Çeviren: Ali Kemal Yıldız), 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlginin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 2, 2006.

Sağlam F., “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü”, Ankara AÜSBF Yayınları, 1982.

Savaş E., “Tıp Hukukunda Taşıyıcı Annelik”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2019.

Sayar T., Kılıç Öztürk Y., “Türkiye’de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood Of Southeastern Pennsylvania V. Casey Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 20, S: 1, 2018.

Sever D. Ç., “Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Şubat 2018.

Sert G., “Hasta Hakları”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Şubat 2018, Ankara.

Sert G., “Vakalarla Türkiye’de Üreme Hakları”, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, Turap Tanıtım Yayınları, 2012.

Şenocak Z., “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 50, S: 4, 2001.

Şimşek U., “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, Özel S: 2014, s. 3535-3556.

Tacir H., “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2, 2013, s. 1301-1320.

Tacir H., “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, On İki Levha, İstanbul Şubat, 2011.

Tacir H., “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2010.

Temiz Ö., “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi, C: 69, S: 1, 2014, s. 165-188.

Tezcan D., Erdem M. R., Sancakdar O., Önok R. M., “İnsan Hakları El Kitabı”, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ağustos 2011.

Turp A. B., Güler İ., Bozkurt N., Uysal A., Yılmaz B., Demir M., Karabacak O., “Infertility and Surrogacy First Mentioned on a 4000-year-old Assyrian Clay Tablet of Marriage Contract in Turkey”, Gynecological Endocrinology, C: 34, 2018.

Uyar L. (Derleyen ve çeviren), “Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı İstanbul, Eylül 2006.

Uygun O., “Kamu Hukuku İncelemeleri, İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik”, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul, Ekim, 2013.

Ünver Y., “Hekim Sorumluluğu”, 8. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2012.

Ünver Y., “2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu; Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İlginin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 5, 2006.

Yücel Ö., “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavram ve Özneler”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Şubat 2018, Ankara.

Zengin N., “Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, C: 1, S: 1, 2010, s. 44-52.

Zenginkuzucu D. M., “COVID-19 Pandemisi, Devlet ve Yaşam Hakkı”, İstanbul Esenyurt Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, C: 1, S: 2, 2021.

Zeytin Z., “Hekim Sorumluluğu”, 8. Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2012.

Online Kaynaklar

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

<https://agriism.saglik.gov.tr/TR-69198/lizbon-bildirgesi.html#> (Erişim Tarihi: 30.12.2022).

<https://www.who.int/about/governance/constitution> (Erişim Tarihi: 08.01.2023).

<https://www.csgeb.gov.tr/duyurular/is-yerlerinde-covid-19-tedbirleri/> (Erişim Tarihi: 16.12.2022)

<https://covid19asi.saglik.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 24.12.2022).

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/aidsli-kana-tazminat-39028745> (Erişim Tarihi: 20.04.2023).

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<http://www.saglikhakki.org/amsterdam1.htm> (Erişim Tarihi: 08.01.2023).

<http://www.saglikhakki.org/bali1.htm> (Erişim Tarihi: 06.01.2023).

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 08.01.2023).

<https://sozluk.adalet.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 19.04.2023)

<https://www.tbmm.gov.tr/Files/Komisyonlar/insanHaklari/belge/TER%C3%96R%20VE%20%C5%9E%C4%B0DDET%20OLAYLARI%20KAPSAMINDA%20YA%C5%9EAM%20HAKKI%20%C4%B0HLALLER%C4%B0N%C4%B0%20%C4%B0NCELEME%20RAPORU.pdf> (Erişim Tarihi:10.01.2023)

<https://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2013/helsinki.pdf> (Erişim Tarihi: 21.12.2022).

<https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.01.2023).