

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

HASTA TASARRUFLARI VE ORGAN VASIYETİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ayşenur BATTAL

ANKARA, 2012

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

HASTA TASARRUFLARI VE ORGAN VASIYETİ

HAZIRLAYAN
Ayşenur BATTAL

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Mehmet DEMİR

ANKARA, 2012

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

HASTA TASARRUFLARI VE ORGAN VASIYETİ

Yüksek Lisans Tezi

Ayşenur BATTAL

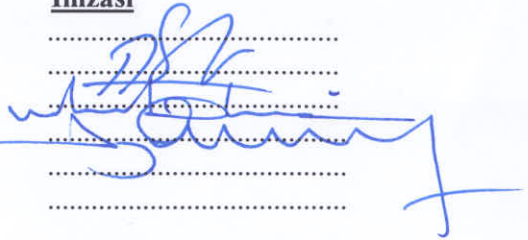
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. M. Ali ERTEK
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Y. Doç. Dr. Söylem YILMAZ

İmzası



Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

HASTA TASARRUFLARI VE ORGAN VASIYETİ

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK VE TIP HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

VE

HASTA TASARRUFUNA TEMEL OLUŞTURAN HASTA

HAKLARI

I. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI	3
A. Tıbbî Müdahalenin Tanımı.....	3
B. Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Unsurlar	5
1. Yetkili Hekim Tarafından Gerçekleştirilmiş Olmak.	6
2. Hastanın Aydınlatılmış Rızasının Bulunması.....	7
3. Tıbbi Endikasyonun Varlığı	11
II. HEKİMİN TEDAVİ ÖZGÜRLÜĞÜ ve AYDINLATMA YÜKÜMÜ	12
A. Hekimin Tedavi Özgürlüğü	12
1. Genel Olarak.....	12

2. Hukuksal Dayanakları.	14
3. Hekimin Tedavi Özgürlüğünün Kapsamı.	15
4. Hekimin Tedavi Özgürlüğünün Sınırları.	16
5. Hekimin Tedaviyi Reddetme veya Yarıda Bırakma Hakkı.	18
B. Hekimin Hastasını Aydınlatma Yükümü	20
1. Tanımı.	20
2. Hekimin Aydınlatma Yükümünün Hukuksal Dayanakları.	23
3. Aydınlatma Türleri.	26
a. Tedavi (Güvenlik) Aydınlatması.	27
b. Özerklik (Otonomi) Aydınlatması.	28
aa. Teşhis Aydınlatması.	28
bb. Süreç Aydınlatması.	29
cc. Risk (Riziko) Aydınlatması.	30
c. Ekonomi Aydınlatması.	32
4. Aydınlatmanın Şekli.	32
5. Aydınlatmanın Zamanı.	34
6. Aydınlatma Yükümünün İşlevi.	34
7. Aydınlatmanın Kapsamı.	35
III. HASTA HAKLARI	39
A. Hasta Haklarının Tarihi Gelişimi ve İlgili Yasal Mevzuat	39
B. Temel Hasta Hakları	42
1. Hasta Özerkliği.	42
a. Hasta Özerkliği Kavramı.	43

b. Hasta Özerkliği ve Hekimin Tedavi Özgürlüğü İlişkisi.	45
2. Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı.	50
3. Hastanın Tedaviyi Durdurma ve Reddetme Hakkı.	52

İKİNCİ BÖLÜM

HASTA TASARRUFU KAVRAMI VE TÜRLERİ

I. HASTA TASARRUFU KAVRAMI.....	65
A. Genel Olarak	65
B. Hasta Tasarrufunun Tanımı	68
C. Hukuksal Niteliği	69
D. Hasta Tasarrufunun Geçerliliği	70
E. Hasta Tasarrufunun Doğurduğu Sonuçlar	73
II. HASTA TASARRUFUNUN TÜRLERİ	74
A. Sağlararası Hasta Tasarrufları	74
1. Yönlendirici Hasta Direktifleri.	74
2. Sağlık Hizmeti Vekili.....	78
B. Ölüme Bağlı Hasta Tasarrufları.....	80
1. Genel Olarak Ölüme Bağlı Tasarruflar.	80
a. Sağlararası Hukuki İşlemlerden Farkları.	80
b. Ölüme Bağlı Tasarruf Türleri.....	82

2. Tıbbî Vasiyet.	83
3. Hukuksal Niteliği.	85
4. Düzenlenme Şekli.....	86
a. Vasiyetname.	86
aa. Resmi Vasiyetname.	87
bb. El Yazılı Vasiyetname.	88
cc. Sözlü Vasiyetname.....	89
b. Miras Sözleşmesi.....	91
C. Organ ve Doku Vasiyeti	92

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKLARI KAPSAMINDA

HASTA TASARRUFLARI-ORGAN VE DOKU NAKLİ

VE

BENZER KAVRAMLARIN İLİŞKİSİ

I. KİŞİLİK HAKKININ SAĞLIK VE TIP HUKUKU AÇISINDAN

İNCELENMESİ	96
A. Genel Olarak	96
B. Kişilik Haklarının Nitelikleri	97

C. Kişilik Hakkının Kapsamına Giren Kişisel Değerler	98
1. Yaşam, Sağlık ve Bedensel Bütünlük.....	98
a. Tıbbî Müdahaleler.....	100
b. Organ ve Doku Nakli.....	100
aa. Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli.....	103
aaa. Ölüden Organ Alınmasını Kabul eden	
Başlıca Hukuksal Yöntemler.....	104
a.1. Rıza ve Anlaşma Yöntemi.....	104
a.2. İtiraz Yöntemi	106
a.3. Zaruret Yöntemi	107
a.4. Türk Hukukunda Durum.....	108
bbb. Ölüden Organ Nakli İçin Gerekli	
Şartlar	109
b.1. Ölüm ve Ölüm Anının Tespiti.	109
b.2. Rıza.....	115
bb. Sağlararası Organ ve Doku Nakli.....	118
aaa. Genel Olarak.....	118
bbb. Canlıdan Organ Nakli İçin Gerekli	
Şartlar.....	119
b.1. Naklin Yetkili Kişilerce ve Gerekli	
Donanıma Sahip Sağlık	
Kuruluşlarında Yapılması.....	119

b.2. Müdahaleden Önce Gerekli İncelemelerin Yapılmış Olması.....	120
b.3. Alınan Organın Vericinin Hayatına Son Verecek ya da Hayatını Tehlikeye Sokacak Nitelikte Olmaması.....	120
b.4. Organ Naklinin Tedavi, Teşhis veya Bilimsel Amaçlara Yönelik Olarak Gerçekleştirilmesi.....	122
b.5. Organ Naklinin Üstün Bir Amaca Hizmet Etmesi.....	124
b.6. Hekimin Hastasını Aydınlatma Yükümü.....	125
b.7. Vericinin Rızasının Alınmış Olması.....	127
c. Üreme Sağlığına ve Cinsel Faaliyete İlişkin Tıbbî Müdahaleler	130
aa. Üreme Faaliyetleri	130
bb. Cinsiyet Değişikliği.	132
II. TIP HUKUKUNDA RIZA KAVRAMI	133
A. Rızaya Ehliyet	135
B. Rızanın Açıklanması ve Geri Alınması	137

C. Aydınlatılmış Rıza	139
D. Varsayılan Rıza Kavramı ve Hasta Tasarrufları ile İlişkisi	141
III. HASTA TASARRUFLARININ PASİF ÖTANAZİ İLE İLİŞKİSİ	147
A. Pasif Ötanazinin Tanımı	147
B. Pasif Ötanazi İle İlgili Görüşler ve Hukukumuzdaki Durum	148
C. Pasif Ötanazi Uygulamasının Hasta Tasarrufları İle İlişkisi	151
SONUÇ	154
KAYNAKÇA	158
ÖZET	174
ABSTRACT	175

KISALTMALAR

İHAM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: 1982 Anayasası
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HHY.	: Hasta Hakları Yönetmeliği
K.	: Karar
K.T.	: Kabul Tarihi
md.	: Madde
ODNK.	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği

T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TDN.	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve Benzeri
vd.	: ve Devamı

GİRİŞ

“Hasta Tasarrufları ve Organ Vasiyeti” başlıklı bu çalışma üç bölümden ibarettir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, sağlık ve tıp hukuku bakımından belli bazı temel kavramlar ve hasta hakları ele alınmıştır. Tıbbi müdahale kavramı ve bu müdahalenin hukuka uygunluğu, tıp bilimi ve tıp hukukunun birbiri ile iç içe girdiği bir alandır. Hekimin tedavi serbestisi ve hastayı aydınlatma yükümü ise, hem hasta hakları ile doğrudan ilişkili hem de birbirinin sınırlarını belirleyen kavramlardır. Bu bağlamda; öncelikle başta tıbbî müdahale kavramı olmak üzere, hekimin tedavi serbestisi ve aydınlatma yükümü ayrıntısıyla incelenmiştir. Daha sonra hasta tasarruflarının hukuksal temelini oluşturan hasta haklarından hastanın özerkliği, kendi geleceğini belirleme hakkı ve tedaviyi durdurma-reddetme hakkına yer verilmiştir.

İkinci bölümde, hasta tasarrufunun kavramsal içeriği açıklanmakta; bu tasarrufun tanımı, hukuksal niteliği ve geçerliliği üzerinde durularak, türlerine değinilmiştir. Çalışmamız içeriğinde, hasta tasarrufları açısından hüküm doğurduğu ana göre bir ayırım yapılmış ve sağlararası hasta tasarrufları ile ölüme bağlı hasta tasarrufları şeklinde ikili ayırım kapsamında inceleme yapılmıştır. Sağlararası hasta tasarrufları, yönlendirici hasta direktifleri ve sağlık hizmeti vekili şeklinde ikiye ayrılırken; ölüme bağlı hasta tasarrufları tıbbî vasiyet kavramı altında değerlendirilmiştir. Ülkemizdeki uygulaması bakımından, tıbbî vasiyetin bir türü olan organ ve doku vasiyeti ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, kişilik hakları bağlamında olmak üzere tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakli ile cinsel faaliyete ilişkin müdahaleler ele alınmıştır. Bu müdahalelerin hangi

hallerde kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğuracağı değerlendirilmiştir. Tıp hukukunda rıza kavramı, hasta özerkliği ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir gereği olarak karşımıza çıkmakta; hastanın tedaviyi durdurma ve reddetme haklarını kullanmasıyla olduğu kadar hasta tasarrufları ile de ilişkisi nedeniyle ayrıca inceleme altına alınmıştır. Son olarak, hasta tasarrufunun pasif ötanazi sonucunu doğurduğu haller göz önüne alınarak hukukumuz bakımından ileri sürülen görüşler açıklanmış ve özellikle de hasta tasarrufunun bu gibi durumda hukuksal geçerliliği hususu değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK VE TIP HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

VE

HASTA TASARRUFUNA TEMEL OLUŞTURAN HASTA HAKLARI

I. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI

A. Tıbbî Müdahalenin Tanımı

Tıbbî müdahale kavramı ile ilgili sağlık ve tıp hukukunda pek çok tanım bulunmaktadır. Bu tanımlardan biri, “tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet” şeklindedir¹.

Tedaviye yönelik olarak kişiye aşı yapılması, hastalığın teşhisi için gerekli tahlil ve klinik muayenelerinin gerçekleştirilmesi, değişik cerrahi müdahalelerde bulunulması, hastanın gözlem altında tutulması ve ruhsal hayatının düzenlenmesi tıbbî müdahale olarak isimlendirilmektedir².

Tıbbî müdahalenin diğer bir tanımı; “resmi ehliyetli kişiler tarafından; kişinin sağlığını, yaşamını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal birtakım

¹ **Ayan**, Mehmet; Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 5.

² **Hakeri**, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 31.

anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına ve teknik gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilen girişim” şeklinde yapılabilir³.

Tıp doktrini tarafından yapılan bir tanıma göre ise, “hekimin bireyin sağlığının korunması, hastalıkların tanısı ve sağaltımında yaptığı her müdahalenin” etik ve hukuk tarafından tıbbî müdahale olarak kabulü gerekir. Tıbbî müdahaleden söz edebilmek için yapılan girişimin; hastanın onamı ile hekim tarafından tanı, sağaltım ya da iyileştirme amacı ile Hipokrates’in ortaya koyduğu “Önce Zarar Verme!”⁴ ilkesi doğrultusunda yapılmış olması gerekmektedir⁵.

“Tıbbî müdahale, fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıkları, acıları, hastalık niteliğini taşımayan fiziksel (örneğin, belli dereceye kadar şaşılık) ya da psikolojik bozuklukları, yine hastalık niteliğini taşımayan şikâyetleri (örneğin, hamilelik esnasındaki şikâyetler) önlemek, teşhis etmek, iyileştirmek ya da bunların etkisini hafifletmek amacıyla insan vücuduna yapılan tüm müdahalelerdir”⁶.

En geniş anlamıyla tıbbî müdahale; “kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığında acılarını dindirerek hastalığını hafifletmek veyahut bireyleri hastalıktan korumak ya da nüfus planlaması amaçlarıyla tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kimseler tarafından,

³Gojayeve, Alvina; “Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri”, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, Ankara 2009, s. 34.

⁴ Hipokrates’e göre tıbbın ilk kuralı olan bu ilkenin Latince’si “*primum non nocere*” şeklindedir.

⁵Savaş, Halide; Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza-Hukuk, Ankara 2007, s. 52.

⁶Şenocak, Zarife; “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası” (Küçüğün Rızası), AÜHFD, C. 50, S. 4, 2001, s. 66.

tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir”⁷.

B. Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Unsurlar

AYAN’a göre, tıbbî müdahalenin unsurları ikiye ayrılmaktadır: Birincisi “müdahalenin bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması”; ikincisi ise, “doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik bulunması”dır⁸.

ÇAKMUT’a göre ise, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik yapılan bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için tıbbî müdahalenin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olması, tıbbî müdahalenin kanunen öngörölmüş amaçlara yönelik olması, tıp bilimi tarafından genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması ve tıbbî müdahaleye hastanın rızasını göstermiş olması gereklidir⁹.

Genel kabul gören görüşe göre, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan ölçütleri; tıbbî müdahalede bulunmaya yetkili olan hekim tarafından tıp

⁷ Aydın, Murat; Tıbbî Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 57; Gojayeva, s. 34; Özgöl, Mehmet Emin; Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010, s. 6; Yavuz İpekyüz, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 22; Yenerer Çakmut, Özlem; “Hastanın Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı” (Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı), Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009, Girne-KKTC, s. 42.

⁸ Ayan, s. 5 vd.

⁹ Yenerer Çakmut, Özlem; Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi (Tıbbî Müdahaleye Rıza), İstanbul 2003, s. 26-41; Benzer bir görüş için bkz. Yavuz İpekyüz, s. 27.

biliminin verilerine uygun gerçekleşen müdahale, hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması ve endikasyonun varlığı şeklinde sınıflandırmak mümkündür¹⁰.

1. Yetkili Hekim Tarafından Gerçekleştirilmiş Olmak

Hukukumuzda hekimlik yapmaya ehil kişiler, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da¹¹ ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nda¹² düzenlenmiştir. Hekimlik yapacak kişilerin tıp fakültesinden mezun olması; hekimlik diplomasına sahip olması; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması; Tabip Odasına kayıtlı olması ve hekimlik yapmaya engel hali olmaması gerekmektedir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 4. maddesinde yabancıların da belli koşullarda hekimlik yapabilecekleri düzenlenmiştir¹³.

¹⁰ **Demir**, Mehmet; Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), Ankara 2010, s. 38; **Erman**, Barış; “*Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı*”, Fasikül, S. 4, Mart 2010, s. 31; **Hakeri**, s. 93-94; **Yokuş Sevik**, Handan; “*Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17.11.2006, s. 226 vd.

¹¹ K.T. 11.04.1928, R.G. T. 14.04.1928, S. 863.

¹² K.T. 23.01.1953, R.G. T. 31.01.1953, S. 8323.

¹³ Bu koşullar 1219 sayılı Kanun'un 4. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Yabancı ülkelerin tıp fakültelerinden mezun Türk hekimlerinin Türkiye'de hekimlik yapabilmeleri için Sağlık Bakanlığı'ndan ve Üniversite Tıp Fakültesi Profesörler Kurulundan seçilmiş bir jüri tarafından, kimliklerine bakıldıktan sonra, diplomalarının Türkiye tıp fakültesi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir fakülteden bütün sınav dönemleri geçirilerek alınıp alınmamış olduğu araştırılır. Bu koşullarda alınmış olduğu anlaşılan diplomalar kabul edilip, Sağlık Bakanlığı'nca onaylanarak kütüğe geçirilir ve sahiplerinin hekimlik yapmalarına izin verilir. Bu koşullara uygun olarak alınmamış diplomaların sahipleri tıp fakültesi profesörler kurulunca seçilmiş bir jüri karşısında, Sağlık Bakanlığı'ndan gönderilecek bir görevli de bulunduğu halde teori ve pratikten bir sınav geçirirler. Bu sınavın şekli Sağlık Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlıkları tarafından beraberce kararlaştırılır. Ancak Türkiye Tıp Fakültesi öğrenim süresine ve ders programlarına göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere tıp fakültesinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınava girerler. Sınavları başaranların hekimlik yapmalarına usulüne göre izin verilir.*”

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİDK) bazı hükümlerinde, hekimler dışındaki sağlık görevlilerine de belirli tıbbî müdahaleler bakımından sınırlı görev ve yetki tanınmıştır. Örneğin; küçük sıhhiye memurları, acil tıp teknikerleri ve teknisyenleri (md. 3), diş tabipleri (md. 29-30), ebeler (md. 47 vd.), hastabakıcı hemşireler (md. 63 vd.) kanunda düzenlenen sınırlar çerçevesinde tıbbî müdahalede bulunabileceklerdir.

2. Hastanın Aydınlatılmış Rızasının Bulunması

Hekimin hastaya müdahalesinin hukuka uygunluğunu belirleyen ön koşul, hastanın müdahaleye aydınlatılmış rızasının bulunmasıdır. Kişinin rızası alınmazsa yapılan tüm müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Hastanın rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, tıbbî müdahaleye rıza gösteren kişinin hekim tarafından aydınlatılması ve böylece uygulanacak tıbbî müdahalenin tehlikesi ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir¹⁴. Ancak, bazı özel durumlarda¹⁵ hasta bireyin varsayılan rızasına dayanılarak uygulanan tıbbî müdahalelerin de hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir.

Anayasa¹⁶ md. 17/II¹⁷ ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁸ md. 24/II¹⁹ gereğince; kişinin rızası alınmaksızın hayatına, sağlığına ve vücut bütünlüğüne

¹⁴ **Yılmaz**, Battal; “*Aydınlatılmış Rıza*”, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, Ankara 2009, s. 167.

¹⁵ Hastanın ölüm ya da ağır bir zarara uğrama tehlikesi içinde bulunması halinde hekim hastanın varsayılan iradesine dayanarak zorunlu tıbbî tedbirleri almakla yükümlüdür. Somut olayda, tıbbi zorunluluğun varlığının takdiri hekime aittir ve bu husus tıbbî ihtisas konusudur. **Şenocak**, Zarife; Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 104.

¹⁶ K.T. 18.10.1982, R.G. T. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

¹⁷ Anayasa md. 17/II: “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*”

yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırı olacaktır²⁰. Hekimin tıbbî müdahalesinin hukuka uygunluğunu sağlayan asıl unsur “rıza”dır. Hekimin aydınlatma yükümü ise, rızanın geçerliliğinin hukuksal ön koşuludur²¹. Hekimin hastasının rızasını alma zorunluluğu, esasen hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının da bir sonucudur. Her tıbbî müdahalenin mutlaka hastanın gerçek ya da farazi iradesine uygun olması gerekmektedir²².

Hukuken geçerli bir rızanın varlığından söz edilebilmesi için, muvafakat beyanında bulunan hastanın buna ehil olması gerekmektedir. Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler her türlü tıbbî müdahaleye tek başlarına muvafakat edebilirler. Münhasıran şahsa bağlı hak niteliği taşıdığı için sınırlı ehliyetsizlerin de tek başlarına tıbbî müdahaleye rıza gösterebileceklerini savunmak mümkündür. Ancak, tıbben ağır ve önemli müdahalelerde kanuni temsilcinin de rızası alınmalıdır. Tam ehliyetsizler bakımından ise, bunların kanuni temsilcileri mutlaka muvafakat edecektir²³.

Rızanın hukuken geçerliliği için ikinci unsur, hastanın serbest bir iradesine dayanmalı; hastadan hile veya tehdit sonucu elde edilmemiş olmalıdır. Buna karşılık, rızanın açık veya örtülü bir şekilde açıklanması mümkündür.

¹⁸ K.T. 22.11.2001, R.G. T. 08.12.2001, S. 24607.

¹⁹ Türk Medeni Kanunu md. 24/II: “*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.*”

²⁰ **Hatırnaz**, Gültezer; Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2007, s. 64; **Şenocak**, s. 37.

²¹ **Hakeri**, s. 146.

²² **Şenocak**, s. 37.

²³ **Ayan**, s. 11.

Son bir unsur olarak rıza, hukuka ve ahlâka aykırı nitelik taşımamalıdır²⁴.

Aydınlatılmış rıza; hekim-hasta ilişkisinin temelini oluşturmakla beraber hastanın bilinçli karar vermesi esasına dayanmaktadır. Hastanın karar verme yeterliliğine sahip olması kadar gerekli tıbbî bilginin açıklanması ve anlaşılır olması da zorunludur. Hekim-hasta ilişkisinde, hekimin mesleki bilgi donanımından kaynaklanan bir eşitsizlik söz konusudur. Aydınlatılmış rıza; hekimi, eşitsizliğe yol açan teknik tıbbî bilgiyi hastaya vermeye zorlamak ve hekim-hasta ilişkisini bir konumsal durum olmaktan çıkartarak bir anlaşmaya dönüştürmek anlamına gelmektedir²⁵.

Aydınlatılmış rıza kavramı Yargıtay kararlarında da ele alınmıştır. Örneğin, 15.05.2007 tarihli Yargıtay 13. HD'nin bir kararında²⁶, “...Tıbbî müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği; muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için bunların gerçekleştirilmesine karar vermek yetkisi hekime değil; müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi gerekir...”

Her ilgili, üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin rıza açıklamasında bulunabilir. Bu bağlamda, kişinin yaşama hakkı üzerinde serbestçe tasarruf edip edemeyeceği hususunda yoğun tartışmalar bulunmaktadır.

²⁴ Ayan, s. 11-12.

²⁵ Ersoy, Nermin; Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi, http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/aydinlatilmis_onam_ogretisinin_gelisimi.pdf. (20.08.2011)

²⁶ Yargıtay 13. HD, T. 15.05.2007, E. 2007/2942, K. 2007/6736; aktaran Yılmaz, s. 168.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), İngiltere'ye karşı aldığı 2002 tarihli Pretty kararında²⁷; 1999 yılında motor nöron hastalığı teşhisi konulmuş ve halen hastalığının ileri safhasında olan 43 yaşında bir hastanın ötanazi talebini yaşam hakkını koruyan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 2. maddesi bakımından incelemiştir. İHAM, 2. maddenin ölme hakkının yaşam yerine ölümü tercih etmeyi kapsar biçimde anlaşılamayacağını belirtmekte ve gerek üçüncü kişi yardımıyla gerekse kamu makamlarının yardımıyla ölme hakkının İHAS'nin 2. maddesinden kaynaklanacağı yönündeki iddiayı kabul etmemektedir. Söz konusu maddede, öldürmenin hangi hallerde bu maddenin ihlali sonucunu doğurmayacağı sınırlı şekilde sayılmıştır²⁸. Bu nedenle, madde hükmünde sayılan haller ve mahkeme hükmünün yerine getirilmesi hali dışında öldürme eylemi bu maddenin ihlali anlamına gelecektir. Kanaatimizce, İHAM'nin bu kararı yerindedir; böylelikle, İHAS'nin 2. maddesi temel bir dayanak olarak ötanazi talebini hukuka uygun hale getirmemekte; bunun aksine, yaşam hakkına öncelik veren ve bu hakkı güvence altına alan bir pozitif düzenleme içermektedir.

Hastanın rızası kavramı, çalışmamızda ayrı bir başlık bünyesinde ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir²⁹.

²⁷ Case of Pretty v. The United Kingdom, parç. 39-42; (Yokuş Sevük, s. 231'den naklen).

²⁸ İHAS md. 2/II: "Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma keskin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz: a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için; b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için; c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için."

²⁹ Bkz. Tezin Üçüncü Bölümü'nde Tıp Hukukunda Rıza Kavramı Başlığı.

3. Tıbbî Endikasyonun Varlığı

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan unsurlardan biri olan tıbbî endikasyon, tıp hukuku alanında tam bir açıklıkla tanımı yapılmış bir kavram değildir. Ancak, genel anlamda olmak üzere “yararlılık ve/veya zorunluluk gösteren hukuksal bir durum ya da tıp hukuku olgusu” şeklinde değerlendirilebilir. Endikasyonun varlığını kabul için tıbbî müdahalede bulunmayı gerektiren özel bir durumun veya belirtinin ortaya çıkması gereklidir³⁰.

Bununla birlikte, AY’nin 17. maddesinin 2. fıkrasında, tıbbî endikasyon kavramı “tıbbî zorunluluk” şeklinde ele alınmıştır. Anayasa’daki bu temel düzenleme ile kişinin vücut bütünlüğüne hukuka uygun müdahale edebilme bakımından tıbbî zorunluluğun mevcudiyeti önşart olarak belirlenmiştir. Bunun yanında; Hasta Hakları Yönetmeliği’nin³¹ (HHY) 12. maddesinde³² ‘Tıbbî Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı’ başlığı altında “*Teşhis, tedavi veya koruma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Yapılan bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, tıbbî zorunlulukların/gerekliliklerin bulunması halinde; teşhis, tedavi veya koruma amacı güdülerek ve hastanın aydınlatılmış rızası alındıktan sonra vücut bütünlüğüne yapılacak müdahale hukuka uygun hale gelecektir.

³⁰ **Demir**, (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), s. 35-36.

³¹ R.G. T. 01.08.1998, S. 23420.

³² Benzer bir düzenleme de TDN’nin 13. maddesinde bulunmaktadır: “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korumak gayesi olmaksızın, hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.*”

II. HEKİMİN TEDAVİ ÖZGÜRLÜĞÜ ve AYDINLATMA YÜKÜMÜ

A. Hekimin Tedavi Özgürlüğü

1. Genel Olarak

Hekim, hastadan gerekli bilgileri alıp muayene ettikten sonra, onun hastalığı hakkında teşhis koyar. Doğru teşhise rağmen yanlış veya amaca uygun olmayan tedavi yönteminin seçilmesi tıbbî müdahalenin başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olabilir. Bu nedenle, tedavi yönteminin seçiminde hastanın özelliklerini göz önünde bulundurması gereken hekim, en güvenilir yolu tercih etmelidir³³. Böylelikle, hekim uygulanacak tedavi yönteminin tespitinde “en güvenilir yol prensibini” uygulamakla yükümlü tutulmaktadır. Yargıtay 13. HD.’nin içtihatlarında³⁴ bu durum “*Hekim çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu seçmelidir.*” şeklinde belirtilmiştir. Ancak, somut olaya özgü durum ve koşullar gerektiriyorsa veya iyileşme bakımından daha elverişli bir durum söz konusu ise daha yüksek riziko üstlenilebilir³⁵. En güvenilir yol prensibine göre, hekim aynı başarıyı daha az riskle elde edebileceği geleneksel bir tedavi yönteminin yerine hasta yönünden daha fazla riski olan yeni bir yöntemi seçemeyecektir³⁶. Diğer taraftan hastanın iyileşme şansını arttıran ve daha önce denenmiş yeni bir tedavi yönteminin uygulanmaması hekimin sorumluluğuna yol açacaktır. Buna karşılık, yeterli oranda denenmemiş; ancak

³³ Ayan, s. 66; Şenocak, s. 62.

³⁴ Yar. 13. HD., T. 06.11.2000, E. 2000/8590, K. 2000/9569; Yar. 13. HD., T. 25.04.2002, E. 2002/2589, K. 2002/4560; Yar. 13. HD., T. 15.12.2005, E. 2005/11677, K. 2005/18599; aktaran Hakeri, s. 192, dpn. 1.

³⁵ Hakeri, s. 191-192.

³⁶ Ayan, s. 66; Yavuz İpekyüz, s. 91-92.

hastanın iyileşme şansını arttıran yöntemlerin uygulanması için hastanın ayrıntılı bir şekilde aydınlatılması ve rızasının alınması gerekmektedir³⁷.

Hastalığın tedavisinde birden fazla tedavi yöntemi mevcut ise, hekim somut olayın özelliklerine göre en uygun tedavi yöntemini seçmekle yükümlüdür. Mevcut hastalık bakımından en uygun tedavi yöntemini seçme konusunda takdir hakkına sahip olan hekim, hastanın somut durumunu değerlendirerek bu seçimi yapacaktır³⁸.

Uygulama ve öğretide kabul edildiği üzere, tedavi özgürlüğü kavramı, hekimin tedaviyi üstlendikten sonra istediği yöntemi seçme özgürlüğüne sahip olduğu anlamına gelmektedir. Bu durumun kabul görmesinin nedeni, hekime mesleğini icra ederken takdir yetkisi alanı tanıyarak hasta-hekim arasındaki güven ilişkisine müdahale etmeme gereğidir. Devlet organları, tıbbî yöntem konusunda sınırlayıcı ve müdahale edici bir rol üstlenmemelidir. AY. md. 17’de düzenlenen vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi bağlamında, devletin böyle bir yetkiye sahip olduğu söylenemez. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının kapsamına, olağan yöntemlerden farklı olan başka bir yöntemi tercih etme ve genel yöntemleri kabul etmeme dâhildir. Ancak, farklı yöntemleri seçmiş olan hastanın, bunlardan doğacak başarısızlık rizikosunu da üstlenmiş olduğu kabul edilmelidir³⁹. Bunun yanında, yeni ve riskli tedavi yönteminin kullanımında bilimsel olarak tedavi şansı fazlaysa; yeni yöntemin uygulanmasını meşru kabul etmek gerekmektedir⁴⁰. Sonuç olarak, uygulanacak tedavi yöntemi bakımından devletin zorlama hakkı olmadığı

³⁷ Şenocak, s. 62.

³⁸ Yavuz İpekyüz, s. 93.

³⁹ Hakeri, s. 187.

⁴⁰ Yavuz İpekyüz, s. 92.

gibi; hasta ile hekimin, doğru tedavi yöntemi bakımından hakları ve yükümlülükleri kapsamında, ortaklaşa karar vereceklerini belirtebiliriz.

2. Hukuksal Dayanakları

Hekimin tedavi özgürlüğü anayasal temelde güvence altına alınmasa da, AY'nin 27. maddesinde⁴¹ yer alan “Bilim ve Sanat Hürriyeti” ile bağlantısı bulunmaktadır. Bu bağlamda, hekimlerin tıbbî alanda araştırma özgürlüğüne sahip oldukları sonucuna ulaşmak mümkündür. Hekimin en uygun tedavi yöntemini seçebilmesi tıbbî araştırma yapma ve bu doğrultuda karar verme özgürlüğünün bir sonucu olduğu gibi, bu özgürlük tıbbî takdir yetkisi şeklinde de ifade edilebilir⁴².

Hekimin tedavi özgürlüğü, çeşitli hukuki düzenlemelerde yer almaktadır. Örneğin, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi⁴³ (TDN) md. 6'da hekime tanınan tedavi özgürlüğü düzenlenmiştir. Anılan maddede “*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.*” şeklinde hekimin tedavi özgürlüğüne değinilmiştir.

⁴¹ AY. md. 27: “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir...”

⁴² **Demir**, (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), s. 68-69.

⁴³ R.G., T. 19.02.1960, S. 10436.

3. Hekimin Tedavi Özgürlüğünün Kapsamı

Hekimin tedavi özgürlüğünün kapsamı bakımından aşağıdaki üç temel unsur öne çıkmaktadır:

- Hekim, tedavinin gerekli olup olmadığı (tıbbî endikasyon) konusunda karar verecek kişidir.
- Hekim, vicdani kanaatine göre uygulanacak yöntemi veya ilaç tedavisini belirleyeceğinden vicdaniyla çelişen yöntemlerin veya belirli bir ilaç tedavisinin uygulanmasına zorlanamaz.
- Hekim, kendisinin uygun gördüğü teşhis veya tedavi yöntemini seçme hakkına sahiptir⁴⁴.

Hekim, kendisine tanınan özgürlük kavramı kapsamındaki takdir yetkisini sorumluluğunun üst sınırları dahilinde kullanmalıdır. Bu bağlamda, uygulanacak tedavi yöntemini belirleme safhasında kapsamlı ve tam bir bulgu değerlendirmesi yapan hekim, tüm yarar ve zararları ile birlikte uygulayacağı yöntemi diğer yöntemlerle de karşılaştırarak karar vermelidir. Yapılan tüm değerlendirmeler sonucunda hekim, genel olarak kabul gören yöntemden farklı bir yöntemi de tercih edebilir. Ancak, genel kabul gören yöntemi hastanın tedavisinde kullanmamak, uygulama hatasına neden olacaksa, hasta bu duruma rıza gösterse de hekim başka bir yöntemi tercih etmemelidir⁴⁵.

⁴⁴ Hakeri, s. 186.

⁴⁵ Hakeri, s. 188.

Hekimin vicdani ve mesleki kanaatine dayanan tıbbî yöntem seçiminin⁴⁶ meşrulaştırılması için hastanın aydınlatılmış rızasına ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁷. Bu durumda, yeni tedavi yöntemi daha riskli, fakat başarı şansı daha fazla ise, hekim hastasını TDN. md. 10 gereğince aydınlatmak ve rızasını almak suretiyle yeni tedavi yöntemini uygulayabilir⁴⁸.

4. Hekimin Tedavi Özgürlüğünün Sınırları

Her özgürlüğün belirli sınırları olduğu gibi, tedavi özgürlüğü bakımından da bazı hukuksal sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlar kısaca aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Hekim, tedavi yöntemini belirlerken hastasını bizzat, tam ve kapsamlı olarak muayene (doğrudan ve/veya dolaylı) etmelidir.
- Belirli bir hastalığın tedavisinde hastaya daha fazla fayda sağlayacak bir tıbbî yöntem bulunuyorsa, hekim bu yöntemi kullanmak zorundadır. Ancak, hekim somut olayın koşullarını değerlendirdiğinde hasta için bu yöntemi uygulamayabilir.
- Hekim, tedavi özgürlüğünü kullanırken keyfî hareket etmekten kaçınmalıdır.
- Hekim, kendi kanaatine göre daha fazla başarı elde edeceğini düşündüğü fakat, fazla denenmemiş yeni bir yöntemi esaslı bir bilimsel araştırma ve özenli bir yöntem karşılaştırması sonucunda uygulayacak olursa, tıbbî özen yükümlülüğünün ihlâlinden söz edilemez.

⁴⁶ Hekimin tedavi özgürlüğünün hukuksal dayanaklarından biri de Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 8. maddesinde, Vicdani ve Mesleki Kanı başlığı ile "*Hekim mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder.*" şeklinde düzenlenmiştir.

⁴⁷ Hakeri, s. 188.

⁴⁸ Ayan, s. 66; Yavuz İpekyüz, s. 92.

Hekimin tedavi özgürlüğünün sınırlarından biri de objektif tıbbî özen yükümlülüğüdür. Hekim bu yükümlülük çerçevesinde, mutlaka tıbbî standartlara göre hareket etmelidir. Ancak, tıbben belirli bir standart uygulaması mevcut değilse veya birden fazla kabul edilmiş tıbbî yöntem bulunuyorsa, hekim yaptığı tercihi nedeniyle sorumlu tutulmamalıdır. Bu durum, hastanın kendi geleceğini kendisinin belirlemesi ve kendi kararını verme haklarının bir sonucu olması yanında, hekime tanınan tıbbî takdir yetkisinin de bir yansımasıdır.

Sonuç itibarıyla tıp hukukundan kaynaklı amaç, hastanın en uygun tedavi yöntemi kullanılarak iyileştirilmesidir. Bu doğrultuda tedavi özgürlüğü ilkesi, tıbbî gelişmeleri destekler nitelikte olup hekime aydınlatılmış rıza sahibi hastasına en çok fayda sağlayacak tedavi yöntemini seçme olanağı tanımaktadır⁴⁹. Somut olayın özelliklerine göre, kendisinden beklenen her türlü dikkat ve özeni gösteren hekim, seçtiği tedavi yöntemini genel olarak kabul edilmiş esaslar çerçevesinde uygulamışsa ve buna rağmen tedavi başarıya ulaşamamışsa sorumlu tutulamaz. Çünkü, gerekli usule uygun bir şekilde hareket eden hekimin uyguladığı tedavinin mutlaka başarılı bir şekilde sonuçlanması beklenemez⁵⁰. Nitekim, Yargıtay 4. HD'nin 10.04.1980 tarihli kararında⁵¹, hekimden hastayı kesin olarak iyileştirmesi değil; sadece özenle tedavi etmesinin beklendiği haklı olarak belirtilmiştir.

⁴⁹ **Hakeri**, s. 189.

⁵⁰ **Ayan**, s. 64; **Yavuz İpekyüz**, s. 94.

⁵¹ Yar. 4. HD, T. 10.04.1980, E. 1980/2175, K. 1980/4735; aktaran **Yavuz İpekyüz**, s. 94, 433 nolu dpn.; "...Eğer bir hekim tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise, artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi, hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir."

5. Hekimin Tedaviyi Reddetme veya Yarıda Bırakma Hakkı

Hekimin tedavi özgürlüğü, bazı özel durumlarda hekimin tedaviyi reddetmesini veya yarıda bırakmasını içerisinde barındırmaktadır. Hasta yönünden ise, istediği hekimi seçme özgürlüğü söz konusudur. TDN md. 18 ve 19'da⁵² olduğu gibi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 'Tedaviyi Üstlenmeme veya Yarıda Bırakma' başlıklı 25. maddesinde⁵³ hekime tanınan bu hakkın ancak belli şartların gerçekleşmesi durumunda kullanılabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeler karşılaştırıldığında, Meslek Etiği Kurallarının bu hakkın kullanımını daha fazla sınırlandırdığı anlaşılmaktadır. Buna göre; TDN md. 18'de acil yardım, resmi veya insani görevlerin yerine getirilmesi gereken durumlar dışında, hekim mesleki veya kişisel sebeplerle tedaviyi reddedebilir veya yarıda bırakabilirken; Meslek Etiği Kurallarına göre, hekimin ancak tıbbî bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar vermesi halinde ve hastanın başvurabileceği başka bir hekim daha mevcut ise, bu hak kullanılabilecektir. Meslek Etiği Kurallarında (md. 25) ikinci bir hekim bulunmadan tedaviden kaçınılamayacağı hususu ayrıca belirtilmiştir. TDN'de ise, hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sağlığının zarara

⁵² “Madde 18 - Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.

Madde 19 - Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir.

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

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

⁵³ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Yayın Tarihi: 01.02.1999, md. 25: “Hekim, ancak tıbbî bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbî yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür”.

uğraması muhtemel ise, başka bir hekim temin edilmedikçe, hasta kendi haline terk edilememektedir. Ayrıca, yine Meslek Etiği Kurallarına göre, hekim bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya ve yakınlarına anlatmalı; onları ayrıntılı bir biçimde bilgilendirmelidir. Aynı zamanda, hekim tedaviyi üstlenecek olan meslektaşına da gerekli tıbbî bilgileri vermekle yükümlüdür (md. 25).

Tedavi etme koşulları bulunmadığı takdirde hekim, tedaviyi durdurma veya reddetme hakkına sahip olacaktır. Tedavi etme koşullarının bulunmadığı durumlara, hastanın tedaviye uyum göstermemesi veya hekimin bilimsel kanaatleri doğrultusunda vardığı sonuca güvenmemesi halleri gösterilebilir. Bunun yanında, hekim hastaya zarar verecek tıbbî müdahaleyi uygulamaya zorlanamayacağından, hekimin tıp bilimine dayanarak hastaya zarar vereceğini düşündüğü tıbbî müdahaleyi reddetme hakkı bulunmaktadır⁵⁴.

Sağlık hizmeti vermekle yükümlü olan hekimin tedaviyi reddedebilmesi için gerçekleşmesi gerekli öncelikli koşul, tedavinin hekim tarafından reddedilmesi nedeniyle hastanın zarar görmemesidir⁵⁵.

Hastanın talebi, tıp biliminin gereklerine aykırı bir müdahale sonucunu doğuruyorsa, hekimin bu tıbbî müdahale talebini her zaman reddetme hakkı bulunmaktadır⁵⁶. Hekimin bu talebi reddetmesi, kişinin rızasının beden bütünlüğüne

⁵⁴ **Sert**, Gürkan/**Güven**, Tolga; “*Hekimin Tedaviyi Reddetme(me) Ödevi*”, Tıp Etiğinden Biyoetiğe, Editörler: Ülman, Yeşim Işıl; Başağaç Gül, Tamay; Kadioğlu, Funda G.; Yıldırım, Gülay; Edisan, Zehra; Türkiye Biyoetik Derneği Yayını, Ankara 2009, s. 296.

⁵⁵ **Sert/Güven**, s. 296.

⁵⁶ **Erman**, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu (Hukuka Uygunluk), Ankara 2003, s. 156; **Hakeri**, s. 192.

yönelik her türlü müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Örnek verecek olursak, Türk hukukunda kişinin salt rızası dahi ötanaziyi hukuka uygun hale getirmemektedir⁵⁷.

Sağlık hakkının taşıdığı önem nedeniyle, hekimin tedaviyi red hakkı çeşitli kısıtlamalara tâbi tutulmuştur. Örneğin, acil durumlarda hekimin tedaviyi reddetme hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca, kişisel ve tıbbî nedenler gerekçesiyle tedavinin reddi hastanın yaşamının ve sağlığının zarar görmemesi ve hastayı tedavi edecek bir başka hekimin varlığı koşullarına bağlanmıştır. Bunun yanında, resmi görev ifa eden hekimlerin, başka bir deyişle kamu kurumlarında çalışan hekimlerin tedaviyi reddetmeleri yasaklanmıştır⁵⁸. Böylelikle kamu hizmetinin devamlılığı ve sürekliliği sağlanmaya çalışılmıştır.

B. Hekimin Hastasını Aydınlatma Yükümü

1. Tanımı

Tıbbî aydınlatma, resmi ehliyetli kişilerden hekimin, hastasına, gerçekleştirilmesi plânlanan tıbbî müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve rizikolarının yanı sıra; böyle bir tıbbî müdahale gerçekleşmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz birtakım sonuçları anlatarak, hastayı tıbbî

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özcan**, Burcu G./**Özel**, Çağlar; “*Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 1, 2007, s. 51, dpn. 1.

⁵⁸ **Sert/Güven**, 298-299.

müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirecek bilgilerle donatmasıdır⁵⁹.

Teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan tıbbî aydınlatma yükümü, hekimin bilgilendirmesi sonucunda hastanın tam hastaneye kabul sözleşmesiyle uygulanacak teşhis ve tedavi yöntemleri üzerinde serbestçe karar verebilecek hale getirilmesidir⁶⁰. Medeni hukuk anlamında ise, aydınlatma yükümü, kısaca “sözleşmenin diğer tarafına, hukuki ilişki açısından önemli kabul edilen maddi ve hukuki hususları işaret etmek” olarak tanımlanmaktadır⁶¹.

Hastanın aydınlatılması yükümü ya hekimlik sözleşmesinin tarafı olan ve tedavi edimini yerine getirmeyi taahhüt eden hekime ya da tam hastaneye kabul sözleşmesiyle hastanın bakım ve tedavisinin yapıldığı hastanenin işletmecisine yüklenmektedir⁶². Hasta, hekime şikâyetleri hakkında bilgi verdikten sonra, hekim teşhis edilen hastalık, tedavisi ve tedavinin içerdiği rizikolar konusunda hastayı bilgilendirmekle görevlidir. Burada iki ayrı hukuksal yararın çatıştığı görülmektedir. Bir yandan, hekimin tedavi özgürlüğü kapsamında geniş bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte; diğer yandan, hasta da irade özerkliği kavramı çerçevesinde kendisine uygulanacak tedavi konusunda karar verme öznesidir. İşte söz konusu bu hukuksal yararlar arasındaki çatışmayı aydınlatma yükümü ortadan kaldırmaktadır⁶³.

⁵⁹ **Yılmaz**, s. 167.

⁶⁰ **Ayan**, s. 71; **Özdemir**, Hayrünnisa; Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s. 97; **Yavuz İpekyüz**, s. 90.

⁶¹ **Hakeri**, s. 104.

⁶² **Demir**, (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), s. 226.

⁶³ **Hakeri**, s. 104.

Kural olarak, hekimin hastanın rızasını almadan yaptığı her tıbbî müdahale hukuka aykırıdır. Bu nedenle, tıp hukuku alanında hastanın rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak çoğu kez kabul edildiğini söylemek mümkündür. Hastanın rızası özellikle Alman mahkeme kararlarında sıkça belirtildiği üzere⁶⁴, hastanın rıza gösterdiği tıbbî müdahalenin anlamını, önemini ve sonuçlarını yeteri kadar bildiği takdirde geçerli kabul edilmelidir. Hastanın rızasının geçerliliği için ise, hekimin aydınlatma yükümünü yerine getirmesi gerekmektedir. Ayrıca, hastanın rızasının alınması AY. (md. 17/f. 1) ile güvence altına alınmış olan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucudur⁶⁵. Sonuç itibarıyla, hekimin aydınlatma yükümü, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olan rızasının alınmasının zorunlu bir geçerlilik şartıdır.

Aydınlatma yükümü, hastanın tedaviyi ret hakkını kullanabilmesi açısından da önemli bir yere sahiptir. Tedavinin açık bir irade beyanıyla serbestçe reddedilebilmesi için, bu reddin doğuracağı sonuçlar bakımından hekimin hastasını yeterli derecede bilgilendirmesi zorunludur. Bu nedenle, tedaviyi ret hakkının kişinin hastalığının ortaya çıkmasından ve hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesinden sonra kullanılması halinde hukuken bağlayıcı kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁶⁶.

Hastanın hekimin aydınlatma teklifini reddetmesi durumunda, Alman Federal Mahkemesi hastanın aydınlatılmadan vazgeçme (feragat) iradesini açıkça belirtmiş

⁶⁴ Şenocak, s. 44.

⁶⁵ Şenocak, s. 44.

⁶⁶ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 155.

olmasını ve bu iradesini belirtmesinden itibaren sürecin kontrolünü hekime bırakmış olduğunun kesinlikle anlaşılmasını aramaktadır⁶⁷.

2. Hekimin Aydınlatma Yükümünün Hukuksal Dayanakları

Hekimin müdahalesini hukuka uygun duruma getiren ve hastanın tıbbî müdahaleye rızasının koşulu niteliğinde olan aydınlatma yükümü pek çok hukuki düzenlemede yer almaktadır. Bu hukuksal yüküm, aynı zamanda hastanın özerkliği ve kendi geleceğini belirleme haklarıyla da doğrudan ilişkilidir.

Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını korumayı amaçlayan AY'nin 17. maddesi hükmünün birinci fıkrası hastanın kendi geleceğine ilişkin karar verme hakkı ile hekimin aydınlatma yükümüne temel teşkil etmektedir.

TMK'nin 23 ve 24. maddeleri kişilik hakkını koruma amacına yönelik olduğundan dolayı da olsa hekimin aydınlatma yükümünü de içermektedir.

HHY. md. 15/I⁶⁸ gereğince aydınlatma yükümü, hastanın sağlık durumunun, kendisine uygulanacak tıbbî müdahalelerin ve bunların faydaları ile muhtemel sakıncalarının, alternatif tıbbî müdahale yöntemlerinin, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçların neler olduğunun hastaya bildirilmesini kapsamaktadır; bu suretledir ki, hekimin bu yükümü yerine

⁶⁷ Yılmaz, s. 173.

⁶⁸ HHY md. 15: “Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir.”

getirmesiyle hasta, hastalığının seyri ve neticeleri hakkında bilgi sahibi olacaktır. Keza bu maddeye göre, aydınlatma yükümü yazılı veya sözlü olarak yerine getirilebilecektir.

TDN'nin 14. maddesinde ise, *“Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.”* hükmüne yer verilmek suretiyle, aydınlatma yükümünün hastanın açıkça bilgilendirilmesi hususunu kapsadığı belirtilmiştir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 26'a göre de, *“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.”* hükmü uyarınca tıbbî aydınlatma önemli bir mesleki yüküm konusu yapılmıştır.

Öte yandan, Tıbbî Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı'nın 1. maddesinde öncelikle yönetmeliğin amacına yer verilmiş ve bu bağlamda, aydınlatma yükümüne de değinilmiştir. Söz konusu bu maddeye göre, *“Bu yönetmeliğin amacı; yönetmelik kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarında hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü tıbbî girişimin ön koşulu olan*

bilgilendirilmiş rızasının alınmasını, insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığı ve bedeniyle ilgili tasarruflarının sağlanmasını, hak ihlallerinden korunabilmesini ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesiyle ilgili esas ve usulleri belirlemektir.”

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁶⁹ (TCK) md. 90/II-g’de insan üzerinde deney ile ilgili olarak “Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması...” ifadesine yer verilmiştir.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un⁷⁰ (ODNK) 7. maddesinde de açıkça hekimin aydınlatma yükümü düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre; “*Organ ve doku alacak hekimler:*

- a) *Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbî, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek,*
- b) *Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak... zorundadırlar.”*

Belirlenen pozitif düzenlemeler çerçevesinde, hekimin aydınlatma yükümü her ne kadar sadece sözleşme kapsamındaki hukuki ilişki ile ilgili görünse de; bu yüküm sözleşmenin kurulması öncesi aşamada da yerine getirilmelidir. Şöyle ki, aydınlatma yükümü bağlamında hastaya verilen bilgiler hastanın sözleşme kurma iradesinin oluşumunda ve tedaviye yönelik sözleşmenin kuruluşunda önemli bir yere

⁶⁹ K.T. 26.09.2004, R.G. T. 12.10.2004, S. 25611.

⁷⁰ K.T. 29.05.1979, R.G. T. 03.06.1979, S. 16655.

sahip bulunmaktadır. TMK'nin 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı sözleşme iradesinin oluşması aşamasında hekimin yerine getirmesi gereken aydınlatma yükümünün hukuki dayanağını oluşturmaktadır⁷¹.

3. Aydınlatma Türleri

Hekim, hastalığın teşhisi ve tedavinin nasıl yapılacağı, hangi tıbbî yöntemin uygulanacağı, müdahale esnasında ve sonrasında ortaya çıkması muhtemel komplikasyonların neler olabileceği, müdahalenin yarar ve sakıncaları konusunda hastasını sağlıklı karar verebilecek ölçüde aydınlatmalıdır⁷². İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, “Aydınlatma ödevi sınırlarını, konusu sağlığın korunması ve devam ettirilmesi olan tıp biliminin tanımında bulur. Hekim, hastalığın muhtemel gelişmesine ait tahminlerini ve tedaviye ilişkin hususları basit, anlaşılır bir şekilde ve dürüstçe açıklamakla yükümlüdür. Hasta önerilen tedavinin mahiyeti ve muhtemel etkileri hakkında yeterli derecede aydınlatılmalıdır ki, bu tedaviye bilerek rıza gösterebilsin.” şeklinde bir belirleme yapmak suretiyle, aydınlatma yükümünü hastanın rızasının hukukî geçerlilik şartı olarak belirlemiştir⁷³.

⁷¹ **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin; “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 64.

⁷² **Yılmaz**, s. 173.

⁷³ Aktaran **Şenocak**, s. 45.

a. Tedavi (Güvenlik) Aydınlatması

Tedavi aydınlatmasını özerklik aydınlatmasından ayıran özellik, salt hastanın aydınlatılmış rızasının alınması amacına yönelik olmamasıdır⁷⁴. Bu aydınlatma türünde hekim hastayı tıbbî müdahalenin başarısı ve gerekliliği hakkında bilgilendirirken sağlığa yönelik tehlikelerin önlenmesi için hastanın nasıl davranması gerektiğini açıklar⁷⁵. Başka bir deyişle, tedavi aydınlatması hekimin uygulamak istediği tedavi yönteminin tıp mesleğinin ilke ve kurallarına uygun olarak gerçekleşmesine ilişkindir⁷⁶. Tedavi aydınlatmasında amaç, hastanın kendi geleceğini kendisinin belirlemesi hakkının kullanılması değildir⁷⁷. Hasta kendisine uygulanması gereken bir tıbbî müdahaleyi reddediyorsa, hekim hastayı bu kararından caydırmak ve tıbbî müdahaleye rıza göstermesini sağlamak için tedaviyi reddetmesinin sonuçlarını anlatarak aydınlatmalı ve hastasını ikna etmeye çalışmalıdır⁷⁸. Tıbbî müdahalenin doğuracağı riskler veya başarısız olma durumu ile ilgili bilgilendirme tedavi aydınlatmasının kapsamına girmektedir; bu suretle, hastanın talepleri tıbben kabul edilemeyecek nitelikte ise, hekim bu konuda hastayı bilgilendirerek hastayı yanlış talebinden vazgeçirmelidir⁷⁹.

⁷⁴ **Hakeri**, s. 109.

⁷⁵ **Özgül**, s. 188-189; Örneğin, hekimin kalp hastası olan kişiye ağır spor yapmaması veya diyet uygulaması yönünde tavsiyede bulunması ile amaçlanan en iyi tedavinin yapılmasını sağlamak ve muhtemel komplikasyonları önlemeye çalışmaktır.

⁷⁶ **Demir**, (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), s. 225.

⁷⁷ **Şenocak**, s. 47.

⁷⁸ **Özgül**, s. 189; **Şenocak**, s. 47.

⁷⁹ **Özgül**, s. 189.

b. Özerklik (Otonomi) Aydınlatması

Özerklik aydınlatması, hastanın özerkliği çerçevesinde tamamen kendi özgür iradesiyle karar vermesini sağlayan aydınlatma türüdür⁸⁰. Hastanın özerkliğinin korunması amacına yönelik olan bu aydınlatma türü teşhis aydınlatması, süreç aydınlatması ve risk aydınlatması olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. Hekim, bu üç aşamadaki aydınlatma yükümlerinin hepsini birlikte yerine getirdiği takdirde, aydınlatma borcunu tam anlamıyla ifa etmiş kabul edilir⁸¹. Hekim, hastanın algılama durumu ve entellektüel yapısını dikkate alarak aydınlatma yükümünü yerine getirmeli; hastanın somut hastalık durumuna göre gerektiğinde bilimsel ve mesleki kavramları kullanarak açıklama yapmalıdır⁸².

aa. Teşhis Aydınlatması

Hekimin hastayı muayene etmesi sonucunda elde ettiği bulguları ve bunlara göre hangi hastalığın teşhisinin konulduğunu hastasına açıklamasına “teşhis aydınlatması” denir⁸³. Teşhis aydınlatması esasen, özerklik aydınlatmasının ilk aşamasıdır. Kesin ve güvenilir olmayan, kuşku içeren tıbbî tanımlar teşhis aydınlatmasının kapsamına dahil değildir⁸⁴. Ancak, ayrıntılı ve kapsamlı tıbbî tedavilerin uygulanması gereken durumlarda, hekimin hastayı yeterince

⁸⁰ **Hakeri**, s. 109 vd.

⁸¹ **Demir**, Mehmet; “*Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları*” (Sorumluluğun Koşulları), Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 1-3 Kasım 2007, s. 157; **Demir**, Mehmet; “*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*” (Hekimin Sorumluluğu), AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 240; **Hakeri**, s. 109 vd., HAKERİ’ye göre hastanın karar vermesini sağlayan otonomi aydınlatması teşhis ve süreç aydınlatması olarak ikiye ayrılmıştır.

⁸² **Ozanoğlu**, s. 66.

⁸³ **Demir**, (Hekimin Sorumluluğu), s. 240; **Ozanoğlu**, s. 66 vd.; **Özdemir**, s. 97-98; **Özgül**, s. 193; **Yavuz İpekyüz**, s. 77.

⁸⁴ **Demir**, (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), s. 228.

aydınlatmaması ağır tedavi kusuru, başka bir deyişle mesleki kusur olarak nitelendirilmektedir⁸⁵. Hastanın hastalığını öğrenmesi sonucunda yaşamı veya sağlığı tehlikeye girecekse hekim teşhis aydınlatmasından kısmen veya tamamen vazgeçebilecektir⁸⁶. Alman içtihatlarında kabul gören bir görüşe göre, kanser gibi ağır hastalık durumlarında dahi gerçeğin hastaya söylenmesi gerekmektedir⁸⁷. Türk Hukukunda ise, TDN. md. 14/II’de yer alan düzenlemeye göre, hekim hastasına ümit vererek teselli etmekle yükümlüdür. Bunun yanında; hekimin aydınlatma yükümüne hastayı ruhsal yönden olumsuz etkileyerek hastalığın artması ihtimali bulunduğu durumlarda hukuksal bir sınır getirilmiştir. Ayrıca, hekimin hastalığın vahim görülen sürecini ve seyrini hastasından saklamasının uygun olduğu hükme bağlanmıştır⁸⁸. Ağır hastalıklardaki terapötik ayrıcalık (tedavi ayrıcalığı), hekimin teşhisi gizlemesinin haklılık sebebini oluşturmakla birlikte, bu gibi özel durumlar dışındaki hekimin eksik bilgilendirmesi aynı zamanda özen yükümünün ihlâli anlamına gelecektir⁸⁹.

bb. Süreç Aydınlatması

Hastaya uygulanacak tedavinin türü ve içeriği ile muayene sonucunda teşhis edilen hastalığın tedavi edilmediği takdirde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların anlatılmasına “*süreç aydınlatması*” adı verilmektedir. Süreç aydınlatmasında, hastanın tıbbî müdahaleye rıza göstermesini sağlayabilmek için, tedavi sürecinde

⁸⁵ Özgül, s. 191.

⁸⁶ Özgül, s. 193.

⁸⁷ Yavuz İpekyüz, s. 78.

⁸⁸ TDN md. 14/II : “*Tabip hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.*”

⁸⁹ Ozanoğlu, s. 66.

oluşabilecek muhtemel gelişmeler ile bunların yaratacağı sonuçlar hastaya aktarılır⁹⁰. Ayrıca, hekim seçmiş olduğu tedavi yöntemini hastasına neden önerdiğini ve uygulanabilecek başka yöntemler var ise bunların neler olduğunu mutlaka ona açıklamalıdır⁹¹. Hekimin tıbbî müdahalenin başarısına ilişkin beklentileri, müdahalenin başarısız olması halinde ortaya çıkacak komplikasyonlar ve başarı oranına ilişkin bulgular, süreç aydınlatması kapsamında hastaya iletilmelidir⁹². Hekimin süreç aydınlatmasında, hastanın karar vermesine ilişkin bilgilendirmeyi yaparken onu mutlak surette yönlendirmeyen aydınlatma yapması gerekmektedir. Tıbbî müdahale ile ilgili karar, sonuçta hastanın özerk iradesinin sonucu olmalıdır⁹³.

cc. Risk (Riziko) Aydınlatması

Tedavi sonucunda meydana gelebilecek olası tehlikeler ve olumsuz yan etkiler hususunda hastanın bilgilendirilmesine ise “riziko aydınlatması” denmektedir. Riziko aydınlatmasında amaç; uygulanması düşünülen tıbbî müdahalenin konusuna, türüne, biçimine, kapsamına ve neden olabileceği tehlikelere ilişkin olarak hastanın aydınlatılmış rızasının bildirilmesinin sağlanmasıdır⁹⁴. Risk aydınlatmasının kapsamı bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde ve bazı mahkeme kararlarında, tüm tıbbî risklerin hastaya açıklanması gerektiği, hatta gerçekleşme ihtimali düşük olan tehlikelerin dahi hastaya bildirilmesinin hastanın özerk iradesini ortaya koyabilmesi için gerekli olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu durum karşı görüşü

⁹⁰ **Demir**, (Hekimin Sorumluluğu), s. 240; **Ozanoğlu**, s. 66 vd.; **Özdemir**, s. 97-98; **Yavuz İpekyüz**, s. 78.

⁹¹ **Ozanoğlu**, s. 66, dpn. 46.

⁹² **Özgül**, s. 194.

⁹³ **Ozanoğlu**, s. 67.

⁹⁴ **Ayan**, s. 72; **Demir**, (Hekimin Sorumluluğu), s. 240; **Ozanoğlu**, s. 66 vd.; **Özdemir**, s. 97-98.

savunanların da ileri sürdüğü gibi, çoğu kez hastanın rıza göstermemesi sonucunu doğurmasının yanında, hekimin hareket alanını da kısıtlamaktadır. Bu bakımdan karşı görüş, hastanın tıbbî müdahalenin doğuracağı riskler hususunda ayrıntılı olarak bilgilendirilmesinin zorunlu olmadığını ve genel hatlarıyla yapılacak bir bilgilendirmenin dahi yeterli olduğunu belirtmektedir⁹⁵.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, vermiş olduğu 07.03.2003 tarihli kararında⁹⁶, “*Tıbbî müdahale sırasında damlatılan castellani solüsyonu dolayısıyla işitme kaybına uğrayan hastanın açtığı davada, ...başlangıçta bu riskin dikkate alınıp davacının bilgilendirilmediği, hatta kullanılan ilacın isminin dahi gizlendiği dikkate alındığında duyu kaybının hizmet kusuru sonucu oluştuğu*” yönünde karar vermiştir. Burada, Danıştay, hekimin aydınlatma yükümünü yerine getirmemesini isabetli olarak kusurlu bir davranış olarak nitelendirmiştir.

Sapporo Yüksek Mahkemesi ise, koruyucu apandisit ameliyatında genel anestezi ve yan etki nedeniyle hastanın öldüğü bir olayda; hekimin hiçbir ihlâli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Yüksek Mahkemenin gerekçesi ise, aynen şu şekildedir: “*Hekim operasyondan önce hastayı ölüm riskine karşı uyarırsa da bu risk çok küçüktür. Yalnızca genel anesteziye ölümün oranı çok küçük olması yanında, ayrıca ameliyat acil durumların üstesinden gelebilecek bir enstitüde yapılmıştır. Yine*

⁹⁵ Yavuz İpekyüz, s. 79, dñn. 333; Amerikan Hukukunda bir riskin gerçekleşme olasılığı % 1 oranında ise bu riskin hastaya anlatılması gerekmektedir. Alman Hukukunda ise, % 3’lük bir gerçekleşme ihtimali bulunan tehlikelerin hastaya açıklanması gerektiği, yüksek bir riskin bulunmadığı durumlarda % 1 gibi olasılıkların hastaya bildirilmesi zorunluluğunu içermeyi belirtmektedir.

⁹⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 07.03.2003, E. 2003/716; K. 2003/91 (aktaran Hakeri, s. 145.)

genel olarak apandisit ameliyatının tam güvenli bir ameliyat olmadığı bilinir ve hekim hastanın bu genel bilgidan habersiz olduğunu bilmiyordu...”⁹⁷.

c. Ekonomi Aydınlatması

Hekim, hastaya tedavi sürecinde üstlenmesi gereken tedavi masrafını bildirmelidir. Ortaya çıkacak maliyet faturaya yazılabilecek veya kendisine ait olabilecek masrafları içerir. Bu aydınlatma türünün amacı hastayı ekonomik olmayan masraflardan korumaktır⁹⁸. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında, hekim bakımından asgari ölçüde de olsa ekonomi aydınlatması yükümü de yüklenmektedir. Bu yüküm kapsamında hekim, sigorta tarafından karşılanabilecek muhtemel masraflar hakkında hastayı aydınlatmakla yükümlüdür⁹⁹.

4. Aydınlatmanın Şekli

Hukukumuzda rızanın yazılı şekle tâbi tutulduğu bazı istisnaî hükümler bulunsa dahi, aydınlatmanın nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Bu nedenle, aydınlatma yükümünün yerine getirilmesi bakımından kural olarak şekil serbestisinin geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰.

Aydınlatmanın mutlaka yazılı şekle bağlılığını öngören maddi hukuk kökenli yasal

⁹⁷ **Doğan**, Cahid; “*Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması*”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009, Girne-KKTC, s. 140.

⁹⁸ **Ozanoğlu**, s. 69; **Yavuz İpekyüz**, s. 80-81.

⁹⁹ **Demir**, (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), s. 231 vd.; “İsviçre doktrininde ise, ekonomi aydınlatmasına ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Geisseler’e göre, hekim sadece somut durumun gereklerine ve sınırlı belli bazı şartlar altında sağlık sigortası uygulamasına önem vermek zorundadır. Buna karşılık, Eisner, tam anlamıyla bir ekonomi aydınlatması yapılması gerektiği görüşünü savunarak, tıbbi tedavi süreci ile sigorta uygulama tekniklerine ilişkin sorunların birbiri ile sıkı bağlantı içinde bulunduğunu ileri sürmüştür.”

¹⁰⁰ **Ozanoğlu**, s. 72; **Özdemir**, s. 113, 115.

bir düzenleme bulunmadığından; öncelikle sözlü aydınlatmanın esas alınması ve bunun yanında tamamlayıcı ve ispat kolaylığı sağlayıcı işlevi olan yazılı aydınlatmanın ise ikinci derecede yer alması gerekmektedir¹⁰¹. Hekim aydınlatma yükümünü açıkça anlaşılır bir biçimde ve hastanın eğitim düzeyini, yaşını, sağlık ve hastalık durumunu göz önünde bulundurarak yerine getirmelidir¹⁰².

Yazılı aydınlatma, broşür aydınlatma ve formüler aydınlatma olmak üzere iki şekilde değerlendirilmektedir. Broşür aydınlatmada; hastalığın niteliğini, tedavi yöntemlerini, bu yöntemlerin fayda ve sakıncalarını, hekimin tercih ettiği tedavi yönteminin diğer yöntemlerle karşılaştırılmasını içeren bir kitapçık elden okunması için hastaya verilmektedir. Yazılı aydınlatmanın diğer bir şekli olan formüler aydınlatmada ise; hastanın durumuna ilişkin olarak düzenlenmiş, teşhis ve tedavi yöntemlerini içeren formüller hastaya okutularak imzalatılmaktadır¹⁰³. Kanaatimizce, yazılı şekilde yapılan aydınlatmada, hasta tıbbî terimleri anlamakta zorluk çekebileceğinden, hekimin yazılı aydınlatmanın yanında sözlü aydınlatmayı da mutlaka yapması gereklidir; ancak, bu şekilde aydınlatma süreci gerçek amacına ulaşabilecektir.

¹⁰¹ **Demir**, (Hekimin Sorumluluğu), s. 242.

¹⁰² **Şenocak**, s. 60, dpn. 107; Bu konu ile ilgili Alman Mahkemeleri iki görüş geliştirmişlerdir. Birinci görüşe göre, hekimin aydınlatması “somut bir nitelik” taşımaktadır. Hasta kendisine yapılacak tıbbi müdahalenin önemi, niteliği, içeriği ve etkileri konusunda somut olarak aydınlatılmalıdır. Buna karşılık ikinci görüş, aydınlatmanın üslubuna ve açıklanış tarzına ağırlık tanımaktadır. Hekim hastaya tıp dersi vermek zorunda değildir. Ancak hekimin tıp bilgisini hastanın anlayabileceği bir biçimde onun öğrenme düzeyini, yaşını ve sağlık düzeyini göz önüne alarak açıklaması gerekmektedir.

¹⁰³ **Doğan**, s. 141.

5. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatma, mutlaka niteliği gereği hastanın tıbbî müdahaleye rıza göstermesinden önce yapılmalıdır. Hastaya uygulanacak tedavi hakkında düşünmesi ve serbestçe karar verebilmesi için gerekli süre verilmelidir. Böylece hekim, somut olayın özelliklerine göre; hastaya önerilen tedaviyi kabul veya reddedebilmesi bakımından uygun bir zaman tanınacak şekilde aydınlatma yükümünü yerine getirecektir¹⁰⁴. Yüksek Mahkeme, rutin bir çocuk felci aşısı için yapılan aydınlatmanın aşidan hemen önce yapılmasını yeterli görmemiş, en azından 1 gün önce aydınlatma yapılması ve ebeveyne düşünme imkânının sağlanmış olması gerektiğine karar vermiştir. Kaldı ki yargısal içtihatlarda da çoğu kez değinildiği üzere, hastaya müdahale etmeden hemen önce yapılan aydınlatma hukuken geçerli olarak kabul edilmemektedir¹⁰⁵.

6. Aydınlatma Yükümünün İşlevi

Hekimin hastasını aydınlatma yükümünün işlevi, hastanın yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğü ile ilgili olarak serbestçe karar alma özgürlüğünü temin etmektir. Bu bağlamda, aydınlatma yükümü bakımından önem taşıyan ve kişilik hakları ile de doğrudan bağlantılı olan iki temel hak inceleme konusu yapılmalıdır. Bunlar; kişinin kendisini ilgilendiren konularda özgür iradesiyle serbestçe karar alabilmesi anlamına gelen “kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı” ile “kişinin vücut bütünlüğü

¹⁰⁴ Ayan, s. 83.

¹⁰⁵ Doğan, s. 151.

üzerindeki hakkıdır”¹⁰⁶. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bu haklara değinilmiştir¹⁰⁷.

7. Aydınlatmanın Kapsamı

Aydınlatma yükümü; uygulanacak tıbbî müdahalenin ve tedavinin konusunu, şeklini, kapsamını ve gerçekleşebilecek olumsuz risklerin neler olduğunu içermektedir. Hastanın geleceğini bizzat belirleyebilmesi ve bu bağlamda bireysel kararlarını özgürce verebilmesi için, hekimin hastanın sağlığına kavuşturulmasını sağlamasının yanında hastanın özerkliği ilkesini de göz önünde tutması gerekmektedir. Ancak, burada hekimin tedavi serbestisi kapsamında kendisine tanınan tıbbî takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun bir şekilde ve tıbben genel kabul gören esasları dikkate alarak kullanacağını da belirtmeliyiz¹⁰⁸.

Hastanın aydınlatılmasında ispat yükü hekimin üzerindedir; başka bir deyişle, hekimin hastasını aydınlattığını ispat etmesi gerekmektedir. Aydınlatma yükümünün yerine getirilmesinde hasta veya yakınları ile doğrudan görüşmelere dayanan sözlü şekil esastır. Ancak, ispat kolaylığı sağlamak amacıyla hastane yönetimleri veya serbest çalışan hekimler tarafından hastaya yazılı belge imzalattırmak yoluna gidilmektedir. Ayrıca, organ nakli ve gebeliğin sona erdirilmesi gibi bazı özel durumlara ilişkin mevzuat hükümlerinde kanunen yazılı aydınlatma yapılması

¹⁰⁶ **Ozanoğlu**, s. 59.

¹⁰⁷ Bkz. Tezin Birinci Bölümünde Hasta Hakları Başlığı vd. ve Üçüncü Bölümünde Kişilik Haklarının Kapsamı Başlığı vd.

¹⁰⁸ **Demir**, (Sorumluluğun Koşulları), s. 158.

gerekliliği düzenlenmişse de bu ispat şekli olup maddi hukuk yönünden kural sözlü aydınlatmadır¹⁰⁹.

HHY'nin 19 ve 20. maddelerinde hastaya bilgi vermenin sınırları iki durum bakımından düzenlenmiştir: Bunlardan ilki, hastanın talebi; ikincisi ise, hekimin uygun görmemesidir. Bu düzenlemelere göre hastanın isteği doğrultusunda kendisine, ailesine ve yakınlarına sağlık durumuyla ilgili bilgi verilmeyebilir. Ancak, bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, hastalığın niteliği bilgi vermemeye uygun olmalıdır. Resmi makamlara bildirilmesi gereken hastalıklar ile hasta ile temas halinde olanların bilmesi gereken hastalıklarda hastanın bilgi verilmemesi yönündeki isteğine uyulmaz. Bunun yanında, hastanın manevi yapısı üzerinde aksi tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması konusunda hekime takdir yetkisi tanınmıştır¹¹⁰.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde, hekimin hastasını hangi konularda aydınlatması gerektiği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, hekim;

- 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,

¹⁰⁹ **Demir**, (Sorumluluğun Koşulları), s. 158.

¹¹⁰ **Yıldırım**, Turan; "*Hasta Hakları*", Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006, s. 119.

- Hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar,
- Olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında hastasını aydınlatmalıdır.

Aydınlatmanın kapsamını belirleyebilmek için önceden soyut ve genel geçer bir kural koymak mümkün değildir. Hekim her bir somut olaya ve hastasının özelliklerine göre aydınlatma yükümünü yerine getirecektir¹¹¹. Ancak, aydınlatmanın içeriği hekimin takdirine bırakılmamıştır. Bu nedenle, hekim objektif kıstaslara ve somut hastanın beklentilerine göre hareket etmelidir¹¹². Örneğin, hastaya uygulanacak müdahale ne kadar zorunlu ve acilse, aydınlatmanın kapsamı o oranda daralmaktadır¹¹³. Ancak, hasta özerkliğinin ihlâl edilmemesi bakımından hekimin somut acil olayda hastayı müdahalenin içeriği ve sonuçları hakkında en üst düzeyde aydınlatmaya çabalaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kanaatimiz doğrultusunda, öğretide acil durumlarda ve hastanın yaşamı tehlikeye girdiğinde verilecek bilgilerin en temel noktalara indirgenebileceği; ancak, bu durumun hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlanması anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır. Yaşamı yakın bir tehlike altında da olsa, hastaya müdahalede bulunup bulunulmayacağı üzerinde bir seçim hakkı tanınması gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁴. Bunun yanında aydınlatmanın kapsamı, müdahalenin gerekliliğine ve rizikonun ağırlığına göre de değişim gösterecektir. Tıbbî müdahalenin gerekliliği azaldıkça aydınlatmanın kapsamı daralabilecektir¹¹⁵. Teşhis ve tedavi sonucunda alınan rizikonun büyüklüğü arttıkça

¹¹¹ Hakeri, s. 132; Özcan/Özel, s. 63; Özdemir, s. 102.

¹¹² Hakeri, s. 131-132.

¹¹³ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 113; Ozanoğlu, s. 69-70; Yavuz İpekyüz, s. 81.

¹¹⁴ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 113.

¹¹⁵ Hakeri, s. 132.

ise, aydınlatma yükümünün kapsamı genişleyecektir¹¹⁶. ERMAN'a göre; hastanın hangi riski önemli, hangi riski önemsiz göreceğinin değerlendirmesini hekime bırakan ve böylece hastanın iradesini hekim lehine tek taraflı olarak sınırlandıran görüşe katılmak mümkün değildir¹¹⁷. Özellikle, yeni bir tedavi yöntemini uygulayacak hekimin hastasını kapsamlı bir şekilde aydınlattıktan sonra bu müdahaleye ilişkin özel bir muvafakat elde etmesi gerekmektedir¹¹⁸.

Aydınlatma kapsamında hastaya verilecek bilginin sınırını, hastanın psikolojik durumu oluşturmaktadır. Hastanın psikolojik açıdan kaldırabileceği bilginin kendisine verilmesi gerekmektedir. Ancak, bu bilgilendirme hastayı yeterince aydınlatacak düzeyde de olmalıdır. Hastaya bilgi verilemeyen özel durumlarda hastanın yakınlarına bilgi verilmesi daha yerinde olacaktır¹¹⁹. TDN md. 14/II gereğince, aydınlatma kapsamının geniş tutulması halinde hastanın ruhen zarar görmesi sonucu doğacak ise, aydınlatmanın kapsamı dar tutulabilir. Burada, hekim hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali ile aydınlatma sonucunda hastanın psikolojisinin bozulması ihtimali arasında bir seçim yapmak durumunda kalacaktır. Hekim tedavi ayrıcalığı bağlamında, aydınlatmanın kapsamını somut olayın özelliklerine göre takdir edebilecektir. Ancak, hasta aydınlatılmanın yapılmasını kayıtsız şartsız istiyorsa, ruhsal zararlara yol açacak dahi olsa, hekim hastanın talebini yerine getirmelidir¹²⁰.

¹¹⁶ Ozanoğlu, s. 69-70; Özdemir, s. 103.

¹¹⁷ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 113; Hakeri, s. 133; Hakeri de bu görüşü desteklemektedir.

¹¹⁸ Özdemir, s. 104.

¹¹⁹ Özcan/Özel, s. 64.

¹²⁰ Özdemir, s. 105; Yavuz İpekyüz, s. 83.

III. HASTA HAKLARI

A. Hasta Haklarının Tarihi Gelişimi ve İlgili Yasal Mevzuat

Hasta hakları, temel insan haklarının sağlık alanına yansıtılarak uygulanmış halidir. Hasta hakları ile ilgili ilk çalışmaların Amerika Birleşik Devletleri'nde başladığı kabul edilmektedir. 1972 yılında Amerikan Hastaneler Birliği, 'Hasta Hakları Beyannamesi'ni yayınlamıştır. Hasta hakları ile ilgili yayınlanan ilk belge olarak bilinen bu beyanname, ulusal nitelikte olmasına rağmen günümüzde de kabul edilen evrensel değerlere yer veren ve hasta hakları alanında önemli yeri olan bir belgedir. Hastanenin hasta haklarını desteklemesi tedavi sürecinin bir parçası olarak değerlendirilmiştir¹²¹.

20. yüzyıl sonlarına doğru, tıp hukukunda özellikle hekimin tıbbî müdahalelerinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi hususunda en önemli gelişmelerden biri hasta hakları olmuştur. Ülkemizde de 01.08.1998 tarihinde yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği bu gelişmenin bir sonucudur¹²².

AY.'nin 17. maddesinde; kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme hakkı düzenlenmiştir. Bunun yanında, AY.'nin 56. maddesi ile herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu suretle devlete herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde yürütmesini sağlama görevi verilmiştir.

¹²¹ Er, Ünal; Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s. 142, 145.

¹²² Bayraktar, Köksal; “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006, s. 96.

Tıp alanındaki gelişmelerle birlikte, hekimin söylediklerine sorgusuz uyan hasta profilinden, hastalığının iyileşmesine ilişkin bilgileri veren hekimin yol göstermesini bekleyen hasta tipine bir geçiş yaşanmıştır. Hasta haklarındaki son gelişmelerle birlikte gerekli bilgileri alma hakkına sahip ve bu bilgiler ışığında aydınlatılmış rızası mutlaka alınması gereken, irade özerkliği olan bir hasta modeline ulaşılmıştır¹²³.

Kişi toplumda yaşayan bir değer olarak, “haklardan yararlanan, hak sahibi olan varlık” demektir. Kişilik kavramı, kişiye bağlı ve hukuk düzeni tarafından korunan bedeni, manevi ve hukuki nitelikteki varlıkların tümünü ifade etmektedir. Kişilik hakları ise, kişinin toplum içerisindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki haklarıdır¹²⁴.

Hasta hakları, hasta olan kişi ile sağlık kuruluşları arasındaki ilişkiyi düzenleyen esas ve kuralları kapsamaktadır. Bu bağlamda, hastanın sağlık hizmetlerinden en üst düzeyde ve eşitlik ilkesi çerçevesinde faydalanırken karşılaşacağı zorlukların önlenmesi ve ortadan kaldırılması; sağlık hizmetleri sunulurken insan haklarının göz önünde bulundurulması; kişinin kendi iradesi dışında hiçbir engelle maruz kalmaksızın sağlıklı kalma hakkına sahip olması ve bu süreçte hasta ile sağlık personeli arasındaki iletişimin sürekli geliştirilmesi hasta hakları kapsamında değerlendirilmelidir¹²⁵.

¹²³ **Çobanoğlu**, Nesrin; “*Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam*”, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, s. 72.

¹²⁴ **Yenerer Çakmut**, Özlem; “*Tıpta Aydınlatma ve Rıza*” (Aydınlatma ve Rıza), Roche Sağlık Hukuku Günleri (Tebliğler), 2007, s. 1.

¹²⁵ **Hatırnaz**, s. 81.

HHY'nin 4. maddesinde ise, hasta hakları; “Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, surf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarını ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, hasta hakları insan haklarının tıp hukukuna bir yansıması olarak kabul edilebilir.

Hasta haklarının kabul nedenlerine¹²⁶ bakacak olursak, genel olarak aşağıdaki hususlar öne çıkmaktadır:

- Bireysel hakların hukuken güvence altına alınması; (Bu başlık altında hastanın bilgilendirilme, tedaviyi kabul etme ve hekimi seçme haklarıyla hasta otonomisinin korunması incelenmektedir.)
- Hizmette kalite ve etkinliğin yükseltilmesi; (Hasta hakları, sağlık sisteminde iki farklı açıdan kalite ve etkinliğin yükseltilmesini sağlayabilir.)
 - a. Bireysel haklarla kalite ve etkinliğin yükseltilmesi;
 - b. Standartlar ve kurumsal denetimlerle kalite ve etkinliğin yükseltilmesi;
- Demokratikleşme ve vatandaşlık haklarının güçlendirilmesi;
- Hedefler için bağlantılar ve girişimler;
- Hasta şartları; (Bu şartlar; hasta haklarına, hekim haklarına ve hasta-hekim ilişkisine hukuki anlamda eklenecek yeni boyutlar aranmasını sağlamaktadır.)

¹²⁶ **Lilie**, Hans; “*Alman Hukukunda Hasta Hakları*”, Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006, s. 110-115.

- Hukuksal düzenlemelerin tespitinin yeri; (Bu kapsamda, farklı hukuki alanlara ait kanunlarda düzenleme yapılarak hasta haklarının güvence altına alınması ve bağlayıcılık unsurunun artırılması gerektiği savunuluyor.)

B. Temel Hasta Hakları

1. Hasta Özerkliği

Son yıllarda, insan hakları alanında yaşanan gelişmelere paralel olarak tıp bilimi alanındaki etik değerlerde de köklü değişimler yaşanmaya başlamıştır. Bu değişim, özellikle hekim-merkezli paternalist (babacıl) anlayıştan uzaklaşmaya başlanmasıyla kendisini göstermektedir. Hekimin hastasına yararlı olması ilkesi günümüzde de varlığını sürdürmekte; ancak, geçmişteki gibi mutlak bir ilke olarak kabul edilmemektedir. Geleneksel etikte hekim-hasta ilişkisinin temelinde paternalizmin yer aldığı görülmektedir.

Paternalizm anlayışı¹²⁷ (mutlak babacıl davranış), hekimin yararlı olma ilkesini esas alarak kendi kararını uygulaması ve hastanın onayı olmadan kişinin özerkliğine müdahale edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda salt yararlı olma gerekçesiyle hastanın kişisel özerkliği sınırlanmakta ve zedelenmektedir. Paternalizm, artık günümüzde mesleki açıdan uygun bir davranış örneği olarak

¹²⁷ Paternalizm konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. **Aydın**, Erdem; “*Paternalizm ve Aydınlatılmış Onam*”, (<http://www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D2/9/3413.doc>). (10.09.2011); “Bir babanın çocuğuna gösterebileceği ihtimam, sahiplenme ve onun yerine kararlar alma şeklindeki ilişkiye benzetilmesinden dolayı hekim-hasta arasındaki böylesi bir ilişki “Paternalistik” ilişki olarak adlandırılmaktadır.”

görülmemektedir. Değişen anlayış çerçevesinde hekim-hasta ilişkisinde doğrudan-etkileşimli iletişimin ve işbirliğinin arttığını, hekimin hastanın kişilik haklarına saygı gösteren ve tıbbî kararına hastasını da dahil eden bir kimliğe kavuştuğunu görmekteyiz. Bu suretle, tıp etiğinde hekim-hasta ilişkisi bağlamında hasta yararının tek ve mutlak bir ilke olmaktan çıkması sürecine girilmiş ve dolayısıyla yararlılık ilkesi, günümüzde artık öteki ilkelerle karşılıklı “yarışan” bir ilke haline gelmiştir¹²⁸.

Hasta özerkliği ilkesinin temelini AY md. 17 oluşturmaktadır. Bu maddede, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğü anayasal güvence altına alınarak hastanın teşhise ve tedaviye ilişkin müdahalelere rıza göstermesinin gerekliliği vurgulanmıştır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, hekimin aydınlatma yükümünün de hukuksal temelidir¹²⁹. Hastanın tedaviyi durdurma ve reddetme hakkı ise, hem hasta özerkliğinden hem de hastanın kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklanmaktadır.

a. Hasta Özerkliği Kavramı

Özerklik, genel anlamda “dışarıdan bir müdahale olmaksızın kişinin kendi kuralını yine kendisinin belirlemesi” olarak tanımlanabilir. Özerk bir kişiden söz edebilmek için, kişinin serbestçe ve kendi ussal yetileri ile davranışta bulunabilmesi ve seçim yapabilmesi gerekmektedir. Günümüzde ilkesel düzeyde özerklik kavramı ile hekim-hasta ilişkisinde söz edilen; hasta özerkliğine saygı ilkesidir. Hasta özerkliğine saygı ilkesi ile hekime yöneltlen yükümlülük; hastanın karar verme

¹²⁸ Aydın, Erdem; “Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi” (Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi), Erciyes Tıp Dergisi, 2003, s. 92-97, (<http://tipdergisi.erciyes.edu.tr/project6/92.pdf>) (11.09.2011).

¹²⁹ Hakeri, s. 104.

özgürlüğü ile birlikte bireysel haklarına saygı göstermek ve hastanın tıbbî kararda söz sahibi olmasını sağlamaktır. Hastanın özerkliği, bilgilendirilmiş ve gönüllü iradeye sahip olmakla ilişkilidir. Hastanın tedavi ya da müdahaleye rıza göstermesi ya da bunları reddetmesi özerkliğe saygı ilkesinin başta gelen öğelerinden biri iken, hastanın özerkliğini kullanabileceği bir ortamın sağlanabilmesi de hekimin etik yükümlülüklerindendir. Ancak, istisna teşkil edecek bazı hallerde, özerkliğe saygı ilkesi önemini yitirebilir. Örneğin; bazı ağır psikiyatri hastalıkları, fiziki sakatlıklar, acil müdahaleyi gerektiren durumlar, bilinç kaybı gibi durumlarda somut olayın koşullarına göre hasta özerkliğine saygı ilkesini yumuşatmak ve hatta göz ardı etmek gerekebilir. Bu durumda zarar vermeme ve yararlılık ilkeleri ön plâna çıkmaktadır¹³⁰.

Gelişen hasta hakları kavramıyla orantılı olarak özerklik ilkesi hekimlik uygulamalarında yer almaktadır. Yapılan bir araştırmada, hekimler ve hemşirelerin yararlılık ve özerklik kavramını algılayış ve klinik uygulamalarında yer verme anlamında, öncelikle kişisel karakter özelliklerinin daha çok belirleyici olduğu, bununla birlikte mesleki olarak da farklılık içeren biçimde davrandıkları saptanmıştır. Sonuçta, hemşireler özerklik, doktorlar yararlılık ilkesini uygulamaya yatkın bulunmuşlardır¹³¹.

Hasta özerkliğinin sağlanabilmesi için en önemli araç, hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasıdır. Aydınlatılmış rıza; tıbbî teşhis ve tedaviyle ilgili olarak hastayı bilgilendirmek, tedavi seçeneklerini açıklamak, olası zarar ve yan etkileri belirtmek, müdahale süresini, biçimini tanıtmak gibi konularda hastayı aydınlatmak ve ardından

¹³⁰ Aydın, (Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi), s. 92-95.

¹³¹ Çobanoğlu, Nesrin; “Etik Açısından Aids ve Hekim Sorumluluğu”, (<http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/etik.shtml>.) (11.09.2011).

rızasını almak anlamına gelmektedir. Aydınlatılmış rıza, hastanın özerk seçiminin bir göstergesidir. Aydınlatılmış rızanın birinci işlevi, hastayı korumak ve onun özerk seçimini mümkün kılmaktır¹³².

Hasta haklarında yaşanan gelişimle birlikte özerkliğe saygı ilkesi de günümüzde ön plâna çıkmıştır. Özerkliğe saygı ilkesi; bireyin özerkliğini ortaya koyan eylemlerine, öteki bireylerin saygı göstermesi ve bireyin de bu saygıyı bekleme hakkına sahip olması şeklinde tanımlanabilir. Bu ilkenin uygulanması sağlık alanında çalışan kişilerin etik ve hukuksal yükümlülüğüdür. Yükümlülüğün kapsamını ise; hastayı dikkatli biçimde dinleme, sorularını yanıtlama, hastalığına ilişkin bilgileri aktarma ve sonuçta bu bilgiler ışığında hastanın kendi özerk seçimine olanak tanımadır. Bu nedenle, özerkliğe saygı ilkesinden doğan bu yükümlülük bir etik kural olmasının yanında, yapılan hukuki düzenlemeler bağlamında bir hukuk kuralı şeklinde de nitelendirilmektedir¹³³. Hasta yeteri kadar bilgilendikten sonra kendisiyle ilgili, bağımsız olarak düşünüp karar verebilme ve bu karar doğrultusunda eylemde bulunma yeterliliğine sahip olduğu ölçüde özerklik ilkesi gündemdedir¹³⁴.

b. Hasta Özerkliği ve Hekimin Tedavi Özgürlüğü İlişkisi

Hekim-hasta arasındaki ilişkinin temelinde güven, hastanın kendi geleceğini belirleme ve özerkliğe saygı ilkeleri yer almaktadır. Hekimin tıbbî müdahalesinin sınırını, özerkliğe saygı ilkesi oluşturmaktadır. Hastanın özerklik hakkını kullanması

¹³² Aydın, (Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi), s. 95-96.

¹³³ Aydın, Erdem/Ersoy, Nermin; “Tıbbi Etik ve Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi”, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, C. 2, S. 2, 1994, s. 73-74.

¹³⁴ Çobanoğlu, (<http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/etik.shtml>.) (11.09.2011).

sonucunda yaptığı seçime, hekimin saygı göstermek zorunda olduğunu belirten etik ilkeye özerkliğe saygı ilkesi adı verilmektedir¹³⁵. Uygulamada özerkliğe saygı ilkesine dönüşen hasta özerkliği ilkesi ise, hekimin hastasını bilgilendirmesi ve hastasının kararına saygı göstermesi sonucunda somutlaşmış olacaktır¹³⁶.

Tıbbî müdahaleye maruz kalacak kişinin aydınlatılması, müdahale öncesi rızasını almak için bilgilendirilmesidir. Hastanın rızasının alınması; öncelikle aydınlanması, konu hakkında bilgi sahibi olması koşuluna bağlıdır. Ardından, kişi tıbbî müdahaleye rıza gösterecek veya hiçbir şekilde rızası olmadığını belirtecektir. Hukuksal düzenlemelerde belirtilen şartlara uygun olarak aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması ve rızanın alınması tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir; ancak, hekimin hatalı uygulamalarından dolayı sorumluluğu devam etmektedir¹³⁷.

Hasta-hekim arasındaki ilişkide hekimin aydınlatma yükümünün iki temel amacı söz konusudur: Bu amaçlardan ilki, hasta-hekim arasındaki güven ilişkisini temin etmek ve bunu tedavi sırasında güçlendirmek; diğeri ise, hastanın önerilen tedavinin muhtemel yan etkileri açısından tedaviyi kabul veya red kararını verebilmesi için gerekli altyapıyı oluşturacak bilgileri anlaşılabilir bir dille ona iletme¹³⁸. Bunun yanında, aydınlatma hastanın tedavi yöntemi ve hastalığı

¹³⁵ **Yenerer Çakmut**, (Aydınlatma ve Rıza), s. 9.

¹³⁶ **Vatanoğlu**, Elif; “*Günümüzde Tıp Bilimindeki Etik İlkeler*”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar Arası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, s. 22.

¹³⁷ **Yenerer Çakmut**, Özlem; “*Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam*”, (Sağlık Hukukunun Temel Esasları), Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, s. 39-40.

¹³⁸ **Ozanoğlu**, s. 77.

hakkında bilgi eksikliğini giderirken, tedavi yöntemini seçmesine de yardımcı olmaktadır¹³⁹.

Hasta hakları ile ilgili uluslararası belgelerde hastanın tedaviyi reddetme isteği bir hasta hakkı olarak değerlendirilmekte ve tıbbî etik tartışmalarının dışında tutulmaktadır. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi gereğince, hasta kişiye rızasını her zaman ve serbestçe geri alma hakkı tanınmıştır. Venedik Bildirgesi'ne göre de, hastanın tedaviyi kesmesi mümkündür veya hasta kendi isteğini açıklayamayacak durumda ise en yakın akrabasının isteği ile tedavi kesilerek hastanın acısı dindirilmektedir. Hukuksal düzenlemelerle tedavi sürecinde tedaviyi reddetme hakkı verilen hastaya acısına son verilmesi için ötanazi talep etme hakkı verilmemiştir¹⁴⁰. Burada zarar vermeme ve yararlılık ilkeleri hasta özerkliği ilkesinin önüne geçmekte ve kişinin yaşam hakkına üstünlük tanınmaktadır.

Aydınlatılmış rıza ilkesi, özerkliğe saygı ilkesi ile doğrudan ilişkilidir. Bu iki ilkenin birlikte değerlendirilmesiyle hastanın karar verme konusunda yeterli ve gönüllü olmasının yanında hekimin hastalık hakkında gerekli bilgiyi anlaşılır bir şekilde açıklamasının da bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşmaktayız¹⁴¹. Bir hastanın gerçek iradesine uygun bir karar verebilmesi için, somut durumdaki koşulların ne olduğunu bilmesi gerekmektedir. Sağlıklı ve geçerli bir rızanın ön koşulu, hastanın hastalığı ve tedavisi konusunda yeteri kadar bilgilendirilmiş olmasıdır.

¹³⁹ Özcan/Özel, s. 64.

¹⁴⁰ Akıldız, Sunay; “Yaşama Hakkı Perspektifinden Aktif Ötanazi”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 7-8 Kasım 2008, s. 471.

¹⁴¹ Vatanoğlu, s. 22.

Tıbbî müdahaleler, ahlâka ve âdaba aykırı olmama, hastanın aydınlatılmış rızasıyla gerçekleştirilme ve hastaya sağlığını kazandırma, hastalık veya sakatlığını giderme amacını taşıdıkları takdirde hukuk düzeni tarafından hukuka uygun bulunarak korunurlar¹⁴².

Uygulama ve öğretide kabul edildiği üzere, hekim uygulayacağı tedavi yöntemini seçmekte özgürdür ve bu özgürlük tedavi özgürlüğü kavramına dahildir. Tıbben tanınmış birden fazla yöntem mevcutsa veya bir hastalık ile ilgili belirli bir standart yerleşmemişse hekimin tedavi yöntemini seçme konusundaki kararı onun aleyhine değerlendirilemeyecektir. Öğretide de tedavi özgürlüğü ilkesi esas alınarak hekime tıbbî gelişmelerin sonuçlarını ortaya koyma hakkında serbest bir alan bırakılmıştır. Hekime tanınan bu özgürlük aynı zamanda hasta özerkliği kapsamında yer alan hastanın kendi geleceğini belirleme ve kendi kararını verme hakkı ile de bağlantılıdır¹⁴³.

Hekimin tedavi yükümünün sınırı, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Hasta her zaman tıbbî müdahaleyi reddedebilir. Hekim hastanın bilinci açık olduğu sürece hastanın talebi doğrultusunda hareket etmek zorundadır. Hekim bakımından tedavi hakkı öngörülmediğinden, hasta tıbbî müdahalede bulunulmamasını istiyorsa hekim müdahaleden vazgeçmek zorundadır. Buna karşılık, hekim tedavi yöntemini seçme konusunda özgürdür. Ancak, bu özgürlüğün

¹⁴² Yenerer Çakmut, (Aydınlatma ve Rıza), s. 31.

¹⁴³ Hakeri, s. 189.

sınırını da hastanın istekleri ve hekimin tıbbî tedavide özen yükümlülüğü oluşturmaktadır¹⁴⁴.

Uygulamada yargı organları, hekimin kusurunu belirlerken öncelikle hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesini; ardından da hastanın karar verme özgürlüğünü kullanması hususuna olanak tanınmasını ölçüt olarak kabul etmektedirler.

Sonuç olarak; hekim tıbbî müdahaleye başlamadan önce hastasını bilgilendirmeli ve aydınlatılmış rızasını almalıdır. Hasta hekimden öğrendiği bilgilerin ışığında, kendi geleceğini belirleme hakkı ve hasta özerkliği ilkesi gereğince bir karar verecektir. Bunun yanında, TDN md. 6'ya göre hastanın somut özelliklerini değerlendiren hekime en uygun tedavi yönteminin seçiminde takdir yetkisi tanınmalı ve tedavi yöntemini belirlerken serbest hareket edebileceği bir alan bırakılmalıdır. En güvenilir yol ilkesinin mutlak olarak uygulanması tıp alanındaki gelişmelerin engellenmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu nedenle hekime tedavi özgürlüğünün tanınmış olması, tıbbî gelişmelerin gerçekleşebilmesi için bir zorunluluktur. Hekimin tedavi özgürlüğü kapsamında tercih ettiği yonteme hastanın aydınlatılmış olarak rıza göstermesi gerekmektedir, hastanın rızası tercih edilen yontemin hukuka uygunluk sebebini oluştıracaktır.

¹⁴⁴ **Hakeri**, s. 194-195.

2. Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, hasta kişinin kendi kararını verebilecek durumda olduğu hallerde özgür iradesiyle kendi yaşamı ile ilgili tercihlerini ortaya koyabilmesini sağlayan ve hukuk düzeni tarafından korunan bir haktır¹⁴⁵. Hekimin iyileştirme faaliyetinin bir sınırı olarak kabul edilen hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı; aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hastalığı hakkında bilgi sahibi olan hastanın, kendisine uygulanacak tıbbî müdahaleler konusunda olumlu veya olumsuz yönde iradi bir seçim yapma hakkı bulunduğu ve bu hakkın da insan onuruna duyulan bir saygı olduğu şeklinde ifade edilmektedir¹⁴⁶. Hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkının ön koşulunu hastanın kendi geleceğini bilme hakkı oluşturmaktadır. Hastanın kendi geleceğini belirleyebilmesi için hastalığını bilmesi, hastalığı hakkında aydınlanması, uygulanacak tıbbî müdahalenin etkilerini ve sonuçlarını öğrenmesi gerekmele birlikte tüm bu bildikleri ışığında tedaviyi uygun bulduğuna dair rıza beyanında bulunması zorunludur. Hasta tedavinin devam etmesi veya sonlanması yönünde kararını verecek ve kendi geleceğini yine kendisi belirleyecektir¹⁴⁷.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre, "Hasta bir insanı, olanak ölçüsünde iyileştirmek hekimin en asil hakkı ve önde giden görevidir. Ancak bu hak ve görev, insanın bedeni üzerindeki ilke olarak serbest karar verme hakkında kendi sınırını

¹⁴⁵ **Tacir**, Hamide; Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011, s. 118.

¹⁴⁶ **Erman**, (Hukuka Uygunluk), s. 59-60.

¹⁴⁷ **Bayraktar**, s. 97.

bulur.”¹⁴⁸. Bu kararda da belirtildiği üzere, hekimin tedavi yükümlülüğünün sınırını hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı oluşturmaktadır.

Tıbbî teşhis ve tedaviye getirilen bir sınırlama olan hastanın teşhis ve tedaviye rıza göstermesi gerekliliğinin, Alman ve İsviçre hukuklarında kişiye tanınan kendi geleceğini bizzat tayin hakkından doğduğu kabul edilmektedir. Kendi geleceğini bizzat tayin etme hakkının amacına uygun kullanılabilmesi için hastanın veya kanuni temsilcinin geçerli bir rızası mevcut olmalıdır¹⁴⁹. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olarak tıbbî teşhis ve tedavi için verilen rıza her zaman geri alınabilir. Ancak, bir görüşe göre, eğer teşhis ve tedaviye başlanmış ve bunun yarıda bırakılması hastanın sağlığı bakımından tehlikeli sonuçlar doğuracak ve hatta, hastanın ölümüne neden olacaksa hekim hastanın rızasını geri almasını dikkate almayarak müdahaleye devam etmelidir¹⁵⁰.

Hekimin iyileştirme faaliyetinin bir sınırı olarak kabul edilen hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı; aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hastalığı hakkında bilgi sahibi olan hastanın, kendisine uygulanacak tıbbî müdahaleler konusunda olumlu veya olumsuz yönde iradi bir seçim yapma hakkı bulunduğu ve bu hakkın da insan onuruna duyulan bir saygı olduğu şeklinde ifade edilmektedir¹⁵¹. Hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkının ön koşulunu hastanın kendi varlık ve geleceğini bilme hakkı oluşturmaktadır. Hastanın kendi geleceğini belirleyebilmesi için hastalığını bilmesi, hastalığı hakkında aydınlanması, uygulanacak tıbbî

¹⁴⁸ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 62.

¹⁴⁹ Hatırnaz, s. 64; Özdemir, s. 115-116; Şenocak, s. 36.

¹⁵⁰ Özdemir, s. 122-123.

¹⁵¹ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 59-60.

müdahalenin etkilerini ve sonuçlarını öğrenmesi gerekmele birlikte, tüm bu bildikleri ışığında tedaviyi uygun bulduğuna dair rıza göstermesi zorunludur. Hasta tedavinin devam etmesi veya sonlanması yönünde kararını verecek ve kendi geleceğini kendisi belirleyecektir¹⁵².

3. Hastanın Tedaviyi Durdurma ve Reddetme Hakkı

İnsan sağlığına, vücut ve beden bütünlüğüne karşı yapılacak müdahalelerin devlet tarafından önlenmesi gerekliliği hem devletin hem de bireyin kendisine duyması gereken saygıdan kaynaklanmaktadır. İnsanın kendisine karşı hissetmesi gereken bu duygu, onur olarak nitelendirilmektedir. “İnsan onuru; bilinçli olma, kendi kaderini belirleme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh veya manevi güç” şeklinde tanımlanabilir. Kişinin onurlu bir varlık olmasının sonucu olarak, kendi geleceğini belirleme hakkı kişinin beden bütünlüğü üzerinde yapılacak müdahalelere rıza göstermesi gerekliliğini içermekle birlikte; hastanın tedaviyi reddetmesini, durdurmasını veya verdiği rızayı daha sonra geri almasını da kapsamaktadır¹⁵³.

Hastanın belirli bir tıbbî müdahaleye rızası bulunmamakta ve bunun yanında varsayılan rızanın şartları sağlanamamışsa veya hastanın somut irade beyanı ile varsayılan rıza hali bertaraf edilmişse, hastanın rıza göstermemesi nedeniyle tedaviyi ret hakkı gündeme gelmektedir. Tedaviyi ret hakkı, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının doğal bir sonucudur ve kişiye kendi rızası dışında tıbbî

¹⁵² Bayraktar, s. 97.

¹⁵³ Yenerer Çakmut, (Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı), s. 56-57.

müdahalede bulunulamayacağı şeklindeki anayasal ilkenin de bir yansımasıdır¹⁵⁴. Ayrıca, hasta özerkliği kavramı hastanın tedaviyi ret hakkını da kapsamaktadır.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre,

“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 alabilir.”

Hastanın bu maddede belirtilen şekilde rızasını geri alması tedavi ya da müdahalenin kesilmesinin sonuçları kendisine açıkça bildirildikten sonra hüküm ifade edecektir. Bazı ülkelerde ise, başlamış bir müdahalenin yarıda bırakılmasının hastaya zarar vereceği hallerde tedaviye devam zorunluluğu öngören mesleki kurallar bulunmaktadır¹⁵⁵.

Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981 yılında yayınlanan Lizbon Bildirgesi'nin 3. maddesine göre: *“Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir.”*

1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3.2 maddesinde aynı esas benimsenmiştir: *“Hasta tıbbî girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir.”*

¹⁵⁴ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 153.

¹⁵⁵ Gojayeva, s. 33.

1987 tarihli Madrid Ötanazi Bildirgesi'ne göre, “*Bir hastanın yaşamını, kendi ya da çok yakınlarının izni ile de olsa sonlandırmak olan ötanazi etik değildir. Bu, hekimi, hastalığının son dönemlerinde olan bir hastanın doğal ölüm süreci ile ilgili isteğine hürmet etmekten alıkoymaz.*”

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli Bildirgesi'nde, “*Ötanazi gibi hekim yardımlı intihar da etik değildir ve tıp mesleğinde olanlarca asla uygulanmamalıdır. Hekimin, bir kimseye yaşamını sona erdirmekte bilerek ve kararlı olarak yardım etmesi etik değildir. Hastanın tedaviyi reddetmesi temel bir haktır ve hekimin hastanın bu arzusuna saygı göstermesi (ölümüne neden olsa bile) etik olmayan bir davranış sayılmaz.*”

Öğretide bazı yazarlar, hayati bir tehlike bulunması halinde hastanın rızası bulunmasa dahi hekimin müdahalede bulunabileceği görüşünü savunmaktadır. Bu görüş taraftarları, hekimin görevinin insan yaşamını korumak olduğundan hareketle, hekimin bu amacı gerçekleştirebilmeyi hastanın rızasına tercih etmesi gerektiğini belirtmektedirler. Ancak, öğretideki hâkim görüş, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının üstün olması karşısında hekimin müdahale yükümlülüğünün bulunmadığı yönündedir. Başka bir deyişle, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, hekimin tedavi yükümlülüğünün sınırlarından birini oluşturmaktadır. Yasal bir düzenleme ile hekime yetki verilmediği sürece¹⁵⁶, hastanın özgür iradesiyle açıklamış olduğu tedaviyi red talebine hekim uygun davranmak zorundadır. Bu

¹⁵⁶ Örneğin, kamu sağlığının korunmasına ilişkin bazı düzenlemelerde, Umumi Hıfzısıhha Kanunu gibi, kişilerin rızaları olmadan dahi tıbbi müdahaleye tabi tutulabileceği düzenlenmiştir.

durum yaşam tehlikesinin mevcut olduğu durumlarda dahi geçerlidir¹⁵⁷. Örneğin, Yehova şahitlerinde olduğu gibi, hastanın ameliyattan önce kan naklini reddettiğini belirttiği durumlarda, hasta yaşamını kaybedecek olsa dahi hekim kan naklini yapmamalıdır¹⁵⁸.

HHY'nin 24. maddesinin 5 ve 6. fıkrası aşağıdaki şekildedir:

“Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.

Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.”

HHY'nin 25. maddesinde ise “Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı” düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre,

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

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.”

“Hastanın Rızası ve İzin” başlığını taşıyan 24. maddenin son üç fıkrası, hastanın tedaviyi ret hakkına geniş sınırlamalar getirmekte iken; 25. madde istisnanın

¹⁵⁷ Hakeri, s. 217.

¹⁵⁸ Hakeri, s. 220.

hemen sonrasında kuralı koymakta ve tedaviyi ret hakkını başlanmış olan tedavi süreçleri bakımından da ele almaktadır¹⁵⁹. HHY'nin bu iki maddesinin birlikte yorumlanması suretiyle belki bazı belirsizlikler gündeme gelebilmektedir. Örneğin, 24. maddede yer alan “müdahale” sözcüğünün hangi tıbbî girişimleri içerdiği açık değildir. Müdahalenin cerrahi girişim anlamında kullanılmış olması halinde, söz konusu madde “bir cerrahi girişime başlanmasının ardından hastanın tedaviyi reddetmesine ancak tıbbî sakınca bulunmaması halinde izin verilebileceği” şeklinde bir yorum yapma olanağı tanıyacaktır. Bunun yanında, müdahale kavramı pek çok tıbbi girişimi de kapsayacak şekilde geniş kapsamda kullanılmış olabilir. Örneğin, müdahale kavramı uzun süreli tedavi süreçlerinin (kemoterapi kürleri, antibiyotik tedavisi gibi) tümünü kapsayacak şekilde yorumlanacak olursa, bireyin özerkliği ciddi biçimde sınırlandırılmış ve bu nedenle tedaviyi reddetme hakkının kapsamı oldukça daraltılmış olacaktır. Müdahale kavramının içerebileceği bir başka anlam da “yaşamı destekleyici tedaviler” olarak kabul edilebilir¹⁶⁰. Bu kabule göre ise, bu maddenin yorumu, “durdurulması halinde yaşamın sonlanmasına neden olabilecek girişimlerin reddedilmesine izin verilmediği” şeklinde yapılabilir. Bu yorum HHY’de yer alan “Ötanazi Yasası” ile de tutarlılık içermektedir. Ancak, bu durumda da tedaviyi reddetme hakkı büyük oranda kısıtlanmış olacaktır¹⁶¹.

HHY'nin 24. maddesinde yer alan tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartının, hastanın tedaviyi ret hakkını kullanmasını kısıtlayıcı bir şart olarak kabul edilmesi sonuçta, bu hakkın kullanımını büyük ölçüde daraltmaktadır. Zira, bir

¹⁵⁹ Erman, s. 32.

¹⁶⁰ Güven, Tolga/Sert, Gürkan; “*Tedaviyi Sürdürme Ödevi mi, Tedaviyi Red Hakkı mı? Türkiye’de Tedaviyi Red Hakkına İlişkin Yasal Çerçevesinin Tıp Etiği Açısından Değerlendirilmesi*”, Tıp Etiğinden Biyoetiğe, Türkiye Biyoetik Derneği, Ankara 2009, s. 203.

¹⁶¹ Güven/Sert, s. 203.

girişim tıbben gerekli olsa dahi hasta bakımından istenmeyen ve kabul edilemeyecek olan sonuçlar içerebilir; bu nedenle, hastanın bu girişimi reddetme hakkı mevcuttur. Tıbbî endikasyonu mevcut herhangi bir girişim, hastaya tıbbî fayda sağlayacak olan bir girişimdir. Başlanan herhangi bir tıbbî girişimin durdurulması, artık bu tıbbî faydanın sağlanamayacağı anlamına gelmektedir. Bu suretle, herhangi bir tıbbî tedavinin reddi sonucunda tıbbî yönden sakınca doğacağı aşıkardır. Bu durum da tedaviyi reddetme hakkının tamamen ortadan kaldırılmasına sebep olacak yorumlara yol açabilecektir¹⁶². *Hakeri*, HHY'nin 24. maddesinin 6. fıkrasının hukukun genel ilkelerine ve Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği görüşündedir. Hastaya tanınan ve mutlak bir hak olan tedaviyi reddetme hakkının bu şekilde kısıtlanması hukuka aykırıdır. Hasta haklarına ilişkin Avrupa Statüsü'nün 4/6 maddesinde, hastanın tedavi sürecinde kararını değiştirip devam edilmesine karşı itiraz etme hakkının bulunduğu açıkça hükme bağlanmıştır¹⁶³.

Ayrıca, “*tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartı*” karar verme yetkisini hastadan tamamen alıp münhasıran hekime vermektedir. Oysa ki temel amaç, hasta bireyin kendi sağlığı ve yaşamı hakkında karar vererek tedaviyi kabul etme ya da etmeme hakkını haiz olmasıdır. Bu şart, hekime tıbbî sakınca bulunan durumlarda hastanın tedaviyi durdurma veya reddetme taleplerini kabul etmeme ödevi yüklemektedir. Bu maddelerde yer alan belirsizlikler nedeniyle mevcut durum, hekim ve hasta ilişkisi kapsamında mutlaka tedaviyi sürdürme ödevi

¹⁶² **Güven/Sert**, s. 204.

¹⁶³ **Hakeri**, s. 219-220.

yaratmaktadır¹⁶⁴. İşte bu gibi durumlarda hekimin vereceği karar hukuki olmaktan ziyade, vicdani bir durum haline gelmektedir¹⁶⁵.

Tedaviyi reddetme hakkının üç farklı görünümü mevcuttur¹⁶⁶. Bunlar:

- Tedavinin başlangıcından önce hasta tarafından reddedilmesi;
- Tedavinin sınırlarının hasta tarafından belirlenmiş olması;
- Önceden verilen rızanın tedavinin ilerleyişi sırasında geri alınmasıdır.

HHY'nin 24. ve 25. maddeleri arasındaki bu çelişki öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bir görüşe göre; tedaviyi ret hakkı ancak, henüz icrasına başlanmamış müdahaleler bakımından koşulsuz bir şekilde kabul edilmeli; buna karşılık, tedavinin kesilmesi tıbbî yönden bir sakınca bulunmaması koşuluna bağlı olarak değerlendirilmelidir. Bu görüş, HHY'nin lafzına uygun bir yorumu benimsemektedir¹⁶⁷. Diğer bir görüş ise, tedaviyi reddin ölüme yol açması hali hariç olmak üzere verilen rızanın geri alınması durumuna mutlak bir geçerlilik tanımaktadır. Bu görüşe göre, pasif ötanazinin tedaviyi ret hakkı kapsamında değerlendirilmesi ve ilgilinin rızası çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmesi modern tıbbın gelmiş olduğu nokta itibarıyla şu an için sakıncalı görülmelidir¹⁶⁸.

Öğretide ötanazinin hukuka uygunluğu, hasta bakımından tedaviyi reddetme hakkı ve kendi vücudu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkı, kendi geleceğini

¹⁶⁴ Güven/Sert, s. 204.

¹⁶⁵ Özdemir, s. 123.

¹⁶⁶ Erman, s. 32.

¹⁶⁷ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 445-446 (aktaran Erman, s. 32).

¹⁶⁸ Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 317 (aktaran Erman, s. 33).

belirleme hakkı, intihar edebilme hakkı gibi hakların varlığına bağlanarak açıklanmaya çalışılmıştır¹⁶⁹. Ancak, bu görüşün aksini savunanlar yaşama hakkının ölme hakkını içermediğini, iyileşememenin tıp biliminin günden güne ilerlemesi karşısında anlamsız olduğunu, kişinin hayatı üzerinde toplumun da menfaatinin bulunduğunu ve öldürülmeyi talep eden kişinin içinde bulunduğu psikolojik ve fiziksel durumun irade serbestisini de ortadan kaldırdığını belirtmektedirler¹⁷⁰.

AY'nin 17. maddesinin II. fıkrasında, “Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz.” hükmü yer almaktadır. HAKERİ'ye göre, bu hükümde yer alan tıbbî zorunluluk halinde dahi hastanın tıbbî müdahaleyi reddetme hakkı bulunmaktadır; zira, burada tıbbî zorunluluk kavramı ile endikasyon ifade edilmek istenmiştir. Tıbbî endikasyonun bulunduğu hallerde, kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilebilecektir. Anayasa'nın bu maddesi rıza şartının sadece bilimsel ve tıbbî deneyler bakımından aranması gerekçe gösterilerek bireyin tedaviyi ret hakkının bulunmadığı şeklinde yorumlanamayacaktır. Zira, genel hükümler gereğince hastanın aydınlatılmış rızasının aranması gerektiği ve bunun yanında hastanın tedaviyi durdurma ve reddetme hakkının mevcut olduğu aşıkardır¹⁷¹. ERMAN'a göre ise, Anayasa'da yer alan “tıbbî zorunluluklar” kavramı ile rızanın alınmasının mümkün olmadığı acil haller ile başlanan müdahalede sonradan ortaya çıkan ve rızanın kapsamında bulunmayan durumlarda girişilen müdahaleler anlatılmak istenmiştir. Bu nedenle, AY'nin 17. maddede yer alan tıbbî zorunluluklar

¹⁶⁹ Bu konuda bkz. **Yokuş Sevük**, s. 231, dpn. 64.

¹⁷⁰ Özgenç'in görüşü bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **Yokuş Sevük**, s. 231, dpn. 67.

¹⁷¹ **Hakeri**, s. 218.

rızanın bulunmaması durumuna ilişkin olduğundan tedaviyi reddetme hakkını ilgilendirmemektedir¹⁷².

Tıbbî müdahaleye rızadan farklı olarak, tıbbî müdahalenin reddi durumunda açık bir irade beyanı şarttır¹⁷³. Hastanın tıbbî müdahaleyi reddinin geçerli olabilmesi için, hekimin uygulamayı istediği tedavi yöntemi uygulanmadığı takdirde meydana gelecek tehlikeleri hastaya aydınlatma yükümü çerçevesinde anlatması zorunludur. Amerikan Hukukunda aydınlatılmış rıza kavramının karşıtı olarak aydınlatılmış red ifadesi kullanılmaktadır¹⁷⁴. HHY'nin 25. maddesi gereğince, müdahaleyi kesmenin veya tedaviyi durdurmanın doğurabileceği olumsuz sonuçlar nedeniyle sorumluluğun hastaya ait olduğu hastaya veya yasal temsilcisine ya da yakınlarına anlatılmalıdır. Bu durumu gösteren yazılı bir aydınlatma tutanağı veya belgesi de düzenlenmelidir. Sonuç olarak, hekim hastadan veya kanuni temsilcisinden veyahut da yakınlarından yazılı ve imzalı bir beyan aldığı takdirde tedaviye son vermelidir¹⁷⁵.

Tedavinin açık iradeyle reddinin söz konusu olabilmesi için iradenin ön koşulu olan aydınlatmanın tedaviyi ret iradesi bakımından da mevcut bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda, tedavi konusu hastalığın ortaya çıkmasından ve gerekli aydınlatmanın yapılmasından; diğer bir anlatımla, reddin sonuçları hakkında kişiye

¹⁷² Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 154.

¹⁷³ Hakeri, s. 220.

¹⁷⁴ Ayan, s. 71-72, dpn. 173; “Örneğin, hastanın çok masraflı olduğu için yapılması gereken bir teste rıza göstermediği ve bu nedenle kanser teşhisi konulamadığından bir yıl sonra öldüğü somut bir olayda, hekim teşhis tedbirinin uygulanmamasının riski konusunda hastayı aydınlatmadığı için tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.”

¹⁷⁵ Gojayeva, s. 38.

yeterli ölçüde bilgi verilmesinden sonra geçerli bir tedaviyi reddetme bahsedilebilecektir¹⁷⁶.

HHY, mevcut düzenlemesiyle tedaviyi reddetme şeklindeki bu hasta hakkına saygı gösterilmesini esas almış ve bu hastanın aynı sağlık kuruluşuna tekrar başvuru yapması halinde daha önceki tedaviden vazgeçmesinin hasta aleyhine kullanılmamasını özellikle vurgulamıştır. Bir hastaya daha önce tedaviyi reddettiği gerekçesiyle farklı bir davranışta bulunulmaması gerekmektedir. Alman doktrininde savunulan bir görüşe göre, hekim hastasının kararının tıbbî açıdan makul olmadığını, akıl ve mantığa aykırı olduğunu söyleyerek bu karara aykırı davranamayacaktır¹⁷⁷. Örneğin, bir dine mensup kişi belirli sebeplerden dolayı bir ameliyatı reddederse hekim hastanın rızası hilafına tıbbî müdahalede bulunamayacaktır. Aksine yorum, hastanın kişilik haklarını ihlâl edecektir¹⁷⁸.

ERMAN'a göre; Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin yorumu ve uygulanması bağlamında bir değerlendirme yapıldığında, günümüzde artık HHY'de yer alan sınırlamaların hiçbir şekilde uygulanmaması söz konusudur. Dolayısıyla, tedaviyi ret hakkının kesin bir şekilde uygulanması ve kişinin ölümüne de yol açsa hekimin hastanın iradesine saygı göstererek tedaviyi kesmesi hukuki bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Hastanın bu hakkını kullanması hallerinde, hekimin hukuki

¹⁷⁶ **Erman**, (Hukuka Uygunluk), s. 155; Öğretide tedaviyi reddin zamanı bakımından çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, hastanın henüz hekim-hasta ilişkisi doğmadan önce yaptığı beyanlar da tedaviye gösterilen rızanın sınırını belirleyici ve hekimi bağlayıcı nitelikte kabul edilmektedir.

¹⁷⁷ **Gojayeve**, s. 39.

¹⁷⁸ **Gojayeve**, s. 39.

sorumluluğu tedaviyi kesmesi durumunda değil; tam aksine, varsayılan rızanın dahi bulunmamasına karşın tedaviye devam etmesi durumunda söz konusu olacaktır¹⁷⁹.

818 sayılı Borçlar Kanunu¹⁸⁰, nun (BK) vekaletsiz iş görme hükümlerinden biri olan 411/III hükmüne göre, “*iş sahibinin sarahaten veya delaleten men’i varken o kimse bu işi yapmış ve sahibinin men’i de kanuna ve adaba muhalif bulunmamış ise kazadan dahi mes’ul olur.*” Bu hükmün bir sonucu olarak, hasta tedaviyi reddetme hakkını kullanmasına rağmen hekim tarafından tıbbî müdahalede bulunulmuşsa hekim meydana gelen bütün zararlardan ve kazalardan dahi sorumlu tutulabilecektir¹⁸¹. Ancak, özellikle caiz vekaletsiz iş görme hallerinde hekimin sorumluluğunun yumuşatılması öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bir görüş, BK 411/II hükmünün¹⁸² hekimin caiz olmayan vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluğunda uygulama alanı bulacağını savunmaktadır¹⁸³. Bu görüş taraftarları söz konusu müdahalenin hastanın yararına olduğu ve hastayı acil bir tehlikeden kurtarır nitelikte olduğunu vurgulamaktadırlar. Yine, bu görüşün aksinin kabulünün, hekimleri söz konusu hallerde müdahale etmekten kaçınmaya yönelteceği de söylenmektedir. İkinci görüşe göre ise, BK md. 411/II hükmü, tıbbî sorumlulukta uygulama alanı bulmamalıdır¹⁸⁴. Hekimin otoriteyi ve güveni kullanan kimse konumunda bulunması, sorumluluğunun yumuşatılmasına her zaman için bir engeldir. Zira, aksi halin kabulü hastayı oldukça korumasız bir durumda bırakacaktır.

¹⁷⁹ Erman, s. 34.

¹⁸⁰ K.T 22.04.1926, RG. T. 29.04.1926, S. 359

¹⁸¹ Hakeri, s. 219.

¹⁸² “Şu kadar ki o kimse, iş sahibinin maruz bulunduğu zararı bertaraf etmek için yapmış ise mes’uliyeti tahfif olunur.”

¹⁸³ Demir, Mehmet; “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayrımı*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, s. 270; Şenocak, s. 106.

¹⁸⁴ Ayan, s. 114; Yavuz İpekyüz, s. 127.

Tıbbî müdahale için verilmiş rızanın, her zaman geri alınabileceği hususu¹⁸⁵ HHY'nin 24. maddesinin 5. ve 6. fıkrasında¹⁸⁶ düzenlenmiştir. Söz konusu bu düzenlemeye göre, hastanın hayatını ve hayati organlarından birisini tehdit eden acil haller haricinde; hasta her zaman rızasını geri alabilecektir ve bu halde rızanın geri alınması tedaviyi ret anlamına gelmektedir. O halde, rızanın tıbbî müdahaleye başlanmasından sonra geri alınabilmesi, ancak tıbbî yönden bir sakınca bulunmaması koşuluna¹⁸⁷ bağlanmıştır.

Rızanın geri alınması halinde, geri almaya kadar yapılan müdahaleler hukuka uygun iken; geri almadan sonra yapılacak müdahaleler rıza bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı hale gelecektir¹⁸⁸.

Öğretideki bir görüş, hayati tehlikenin söz konusu olduğu durumlarda, hekimin görevinin insan yaşamını korumak olması nedeniyle, hastanın rızası bulunmasa da kendisine müdahalede bulunulabileceğini savunmaktadır. Ancak, öğretideki hâkim görüş, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının esas olduğunu ve bu hak karşısında hekimin müdahale yükümlülüğünün ortadan kalktığını ifade etmektedir. Hekime yetki veren bir hukuksal düzenleme olmadığı sürece, hastanın

¹⁸⁵ **Hatırnaz**, s. 71; “Rızanın her zaman geri alınabilmesi, hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkının bir sonucudur.”

¹⁸⁶ HHY md. 24/5-6; “Üçüncü fıkrafta belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.”

¹⁸⁷ **Hakeri**, s. 219; Hakeri, bu koşulun hukukun genel ilkelerine ve Anayasa’ya aykırı olduğu görüşündedir. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü’nün 4/6 maddesinin; hastanın tedavi sürecinde kararını değiştirip devam edilmesine karşı itiraz etme hakkının bulunduğunu açıkça hükme bağladığını belirtmiştir.

¹⁸⁸ **Yenerer Çakmut**, (Sağlık Hukukunun Temel Esasları), s. 29; **Hatırnaz**, s. 71.

özgür iradesiyle açıkladığı tedaviyi ret talebine hekim uymak zorundadır¹⁸⁹. Tıbbî müdahaleyi kabul etmek veya reddetmek hukuken sadece hastanın tasarrufundadır¹⁹⁰.

¹⁸⁹ **Hakeri**, s. 216-217.

¹⁹⁰ **Lilie**, s. 105.

İKİNCİ BÖLÜM

HASTA TASARRUFU KAVRAMI VE TÜRLERİ

I. HASTA TASARRUFU KAVRAMI

A. Genel Olarak

Hastalanan kişi hekime hastalık hikâyesini anlattıktan sonra, hekim hastayı kabul ettiği veya reddetmediği anda hekimlik sözleşmesi¹⁹¹ kurulmuş olacaktır¹⁹². Hekimlik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte hekim asli edim yükümü olan tıbbî teşhis, tedavi ve bakım yükümlerini üstlenmektedir. Ayrıca, sözleşme kapsamında hekimin tali edim yükümleri de bulunmaktadır. Özellikle hastanın aydınlatılması¹⁹³ ve tıbbî özen yükümü bu tali edim yükümlerindendir. Hastanın aydınlatılması yükümünün ifası, aydınlatılmış rızanın açıklanması bakımından önem teşkil etmektedir. Hasta ile hekim arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin içeriğinde yer alan özel anlaşma gereği hekim hastanın somut talepleri ve talimatları ile bağlıdır. Örneğin, hasta akupunkturla tedavi için gelmişse hekim bu yöntem ile ilgili aydınlatma yükümünü yerine getirir ve hastanın talimatı yönünde tedaviyi uygular. Somut olayda, hekim hastanın tercih ettiği alternatif tedavi yöntemi yerine ilaç tedavisini uygulamamalıdır; tedavisinin sonuçları ve riskleri hakkında bilgi sahibi

¹⁹¹ Yar. 9. HD., T. 18.11.1991, E. 1991/8375, K. 1991/14336 (aktaran **Yavuz İpekyüz**, s. 49) sayılı ilama göre: “...Doktor meslek ve sanatını icra eden bir kimsedir. Hasta muayene ve tedavi için kendisine müracaat ettiğinde ve doktor muayene ve tedaviye başladığı anda akdi ilişki kurulmuş olur. Bu ilişki hukuken BK’nin 386. maddesinin II. fıkrası uyarınca vekalet akdidir...”

¹⁹² **Yavuz İpekyüz**, s. 50.

¹⁹³ **Ayan**, s. 81; “Hastanın aydınlatılması, AY.’nin teminat altına aldığı kişilik hakkının bir sonucu olmasının yanında akdi bir yükümlülüktür. Hekimin tedavi sözleşmesinin ihlaline yol açmaması için aydınlatma borcunu yerine getirmesi zorunludur.”

olan hastanın özerkliğine saygı duyulmalı ve hastanın iradesi yönünde tedavi uygulanmalıdır¹⁹⁴. Tedavi özgürlüğü bağlamında, hekim, bir yandan somut olay adaletine ve objektif olarak uyması gereken tıbbî özene uygun davranma; diğer yandan, hastanın özerkliği kapsamında hukuken geçerli ve bağlayıcı rıza beyanlarına aykırı olmayan tıbbî müdahaleleri gerçekleştirme zorunluluğu altındadır¹⁹⁵.

Borçlar hukukumuzda BK md. 19 gereğince sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Ancak, bu serbestinin belli bazı sınırları bulunmaktadır. Hasta tasarrufu, hekimlik sözleşmesinin bir parçası olarak ortaya konmuşsa¹⁹⁶, emredici kurallara veya kişilik haklarına aykırı olması halinde kesin geçersizliğinden (butlanından) söz edilebilecektir. Bir kimsenin kendi rızasıyla dahi vücut bütünlüğünü ihlâl edici nitelikte sözleşme yapması mümkün değildir (TMK md. 23). Bu sözleşme, kişilik haklarına aykırı olduğu gibi; aynı zamanda emredici kurallara da aykırılık teşkil edeceğinden bâtil olacaktır.

ODNK’de vericinin yaşamını sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların nakline ilişkin sözleşmelerin geçersiz olduğu düzenlenmiştir¹⁹⁷. TMK md. 23 hükmü aracılığıyla, kişinin kendi rızasıyla kurduğu sözleşme uyarınca vücut bütünlüğüne yapılacak tecavüzler engellenmeye çalışılmıştır.

¹⁹⁴ Yavuz İpekyüz, s. 51.

¹⁹⁵ Demir, (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), s. 69.

¹⁹⁶ Kanatimizce, hastanın hekimi yönlendirme hususunda açıkladığı irade beyanı ve rızası hekimlik sözleşmesinin içeriğinde yer alabilir. Ancak bu durumda, hastanın beyanını yazılı bir şekilde açıklaması ispat kolaylığı sağlayacaktır.

¹⁹⁷ Reisoğlu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 112-114.

Hukuksal işlemler alanında tasarruf; “bir şeyden yararlanabilme ve o şey üzerinde istenilen hukuksal veya eylemsel hukuk işlemleri yapabilme kudreti” şeklinde tanımlanabilir¹⁹⁸. Direktif ise yönerge, talimat, buyruk veya emir anlamında kullanılmaktadır¹⁹⁹.

Karar verme yeteneğine sahip bir hastanın gelecekte bilincini yitirerek karar veremeyecek bir hale gelmesi durumunda kendi geleceğini belirleme hakkı ve hasta özerkliği ilkesi gereğince kendisi ile ilgili tıbbî müdahaleleri yönlendirecek talimatlarına “önceden hazırlanmış hasta direktifleri” denilmektedir²⁰⁰. İleriye dönük hasta direktifleri şeklinde de tanımlayabileceğimiz bu kurum, ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Kanunu’nda²⁰¹ (*Patient Self Determination Act*) düzenleme alanı bulmuştur²⁰². Bu Kanun, hastalara çeşitli haklar tanımaktadır. Bu haklar; hastanın kendi sağlık kararlarını kolaylaştırma hakkı, tıbbî tedaviyi reddetme veya kabul etme hakkı ve ileriye dönük sağlık direktiflerini verme hakkı şeklinde belirlenmiştir. Bu Kanun’un amacı ise, hasta kişileri tıbbî bakımları ile ilgili verecekleri kararları gözetken haklar bakımından bilgilendirmek ve bu hakların sağlık kuruluşları tarafından iletilmesini sağlamaktır. Özellikle bu Kanun kapsamında hastanın gelecekte ehliyetsiz hale gelmesi durumunda, ileriye dönük sağlık direktiflerini vasiyetname veya vekâletname aracılığıyla bildirme hakkı düzenlenmiştir²⁰³.

¹⁹⁸ **Yılmaz**, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 842.

¹⁹⁹ **Yılmaz**, (Hukuk Sözlüğü), s. 226.

²⁰⁰ **Tacir**, s. 137.

²⁰¹ (http://en.wikipedia.org/wiki/Patient_Self-Determination_Act) (03.10.2011); Bu Kanun ABD Kongresi tarafından 1990 yılında Omnibus Bütçe Uzlaşma Yasası’nda yer alan bir değişiklik olarak kabul edilmiştir.

²⁰² **Tacir**, s. 137.

²⁰³ (http://en.wikipedia.org/wiki/Patient_Self-Determination_Act) (03.10.2011).

B. Hasta Tasarrufunun Tanımı

Hasta tasarrufları, hastanın özerkliği hakkının hukuksal işlem biçimine dönüşmüş halidir. Hasta özerkliği hakkı ile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının yakın ilişkisi göz önüne alındığında, hasta tasarrufları hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılmasını sağlayan hukuksal işlemler şeklinde de tanımlanabilmektedir.

Hasta tasarruflarını kapsam bakımından ikiye ayırmak mümkündür. Buna göre, dar anlamda hasta tasarrufları, gelecek bir zamanda hastanın bilinçsiz bir duruma gelmesi halinde belirli bir tıbbî müdahalenin veya tedavi yönteminin uygulanmasının reddine yönelik tek taraflı irade beyanı şeklinde ifade edilmekte iken; geniş anlamda hasta tasarrufları ise, hastanın kendisi üzerinde uygulanacak belirli bir tıbbî müdahale veya tedavi yönteminin kabulüne veyahut reddine ilişkin istek ve direktiflerini kapsayan yazılı ya da sözlü irade beyanlarıdır²⁰⁴.

Doktrinde bir diğer görüşe göre ise, hasta tasarrufları ifadesi hukuksal işlem yapabilme özgürlüğü bağlamında üst kavram olarak kullanılmakta; sağlararasında veya ölüme bağlı olarak hukuksal etki ve sonuç doğuran irade beyanı olarak değerlendirilmektedir²⁰⁵.

²⁰⁴ **Demir**, (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), s. 61.

²⁰⁵ **Demir**, (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), s. 61-62; Sağlararasındaki işlemlere; sağlıklı bir kişinin böbreğinin alınmasına izin vermesi ve ardından bitkisel hayata girmesi halinde bu beyana dayanılarak böbreğinin alınabilmesi veya kişinin sağlığı yerinde iken iradesini beyan edemeyecek hale gelmesi durumunda tıbbi tedaviye son verilmesini istemesi örnek olarak gösterilebilir. Ölüme bağlı tasarruflara örnek ise, hastanın ölümünden sonra organları veya cesedi üzerinde adli tıp amaçlı uygulamaların yapılmasına izin vermeye yönelik olarak ortaya koyduğu tıbbi vasiyet iradesini gösteren hasta vasiyetleridir.

Hasta tasarruflarının bir türü olan önceden hazırlanmış hasta direktiflerini yönlendirici direktifler ve sağlık hizmeti vekili şeklinde ikiye ayırarak incelemek mümkündür²⁰⁶. Bu kavramlar, hastanın sağlığında hüküm ve sonuçlarını doğuran hasta tasarruflarıdır ve hasta tasarrufunun türleri başlığı altında incelenmiştir.

C. Hukuksal Niteliği

Hukuksal işlem, bir hakkın veya hukuksal ilişkinin doğumu, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması sonucuna yönelmiş tek taraflı, iki taraflı veya çok taraflı irade beyanlarıdır²⁰⁷. Başka bir tanıma göre, bir veya birden çok kişinin hukuksal bir sonuca yönelttikleri irade açıklaması hukuksal işlemdir. Hukuksal işlem, vasiyet gibi tek taraflı olabileceği gibi sözleşme veya kararda olduğu gibi iki taraflı da olabilir²⁰⁸. Her hukuksal işlem, irade açıklaması (beyanı) ve hukuki sonuçtan oluşmaktadır. İrade açıklamasında bir hakkın veya bir hukuksal ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi talep edilmektedir. İrade açıklaması ile talep edilen sonuca ise hukuksal sonuç denilmektedir. Hukuksal sonuç, kişi irade açıklamasını o yönde yaptığı için doğmaktadır²⁰⁹.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hasta tasarruflarının hukuksal niteliği hukuksal bir sonuç doğurmaya yönelik olan hukuksal işlem şeklinde belirlenebilir. Hasta tasarrufları, tek taraflı hukuki işlem şeklinde (örneğin vasiyet) olabileceği gibi, iki taraflı bir hukuki işlem olan miras sözleşmesi şeklinde veyahut hekimlik

²⁰⁶ Tacir, s. 138.

²⁰⁷ Yar. 6. HD., T. 14.04.1989; E. 1989/2636; K. 1989/6666 (www.kazanci.com) (05.10.2011).

²⁰⁸ Yılmaz, (Hukuk Sözlüğü), s. 366.

²⁰⁹ Öztan, Bilge; Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2006, s. 86.

sözleşmesinin bir parçası olarak ortaya konmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Doktrinde yönlendirici hasta direktifleri veya ön talimat şeklinde adlandırılan hasta beyanları, hukuki niteliği itibariyle tek taraflı ve muhatabına ulaşması gerekli irade beyanlarıdır²¹⁰.

D. Hasta Tasarrufunun Geçerliliği

Sağlararası hukuksal işlemlerin ve ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği hukuksal işlem olmaları nedeniyle irade açıklamasının geçerlilik koşullarını taşımasına bağlıdır. Ancak, geçersizliğin söz konusu olması halinde yaptırım hususunda farklılık göze çarpmaktadır. Örneğin, sağlararası hukuksal işlemlerde şekle aykırılık butlan sonucunu doğururken, ölüme bağlı tasarruflarda iptal edilebilirlik yaptırım olarak kabul edilmektedir. Ölüme bağlı tasarrufların doğası gereği amaçlanan mümkün olduğunca bu işlemleri ayakta tutmaya çalışmaktır. Bu nedenle, işlemin kendiliğinden geçersizliğinin tespiti yerine bir iptal davası açılarak geçersizliğin hâkim hükmüyle sağlanması tercih edilmiştir²¹¹.

²¹⁰ Sonat, K. Ali; “*Tıbbi Müdahalelerde İradi Temsilci Tayini*”, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 184.

²¹¹ Kılıçoğlu, Ahmet M.; Miras Hukuku Ders Notları I-II, Ankara 2005, s. 69-70.

Sağlararası bir hasta tasarrufu olan yönlendirici hasta direktiflerinin geçerliliği bakımından yazılı şekil şartına bağlı olmadığı kabul edilmekle birlikte²¹², ispat külfeti açısından ve hekim değişikliğinin söz konusu olması halinde daha sonraki hekimin bilgilendirilmesi amacıyla bu direktiflerin yazılı olması gerektiği savunulmaktadır²¹³. Bunun yanında, Avusturya Hukukunda hasta tasarruflarını düzenleyen özel yasada hasta tasarruflarının kesin bağlayıcılığa sahip olması için resmi yazılı şekil şartı aranmakta ve hastanın bağlayıcı hasta tasarrufu öncesinde hastalığı, hastalığa uygulanacak tedaviler, hasta tasarrufunun konusu, içeriği ve doğacak sonuçlar hakkında aydınlatılmış olması gerekmektedir²¹⁴.

Sağlararası işlemlerden farklı olarak, ölüme bağlı tasarruflar şahsa sıkı sıkıya bağlı hukuksal işlemlerdendir. Bu nedenle, temsil söz konusu olmaz. Geçerlilik şartı olarak şekle tâbi işlemlerdendir. Aynı zamanda ölüme bağlı tasarruflar bakımından sınırlı sayıda olma ilkesi ve tip mecburiyeti (tipe bağlılık) geçerlidir²¹⁵.

²¹² **Güneysu**, Gökhan; “Hasta Direktifinin Tâbi Kılınabileceği Geçerlilik Şartları Üzerine Bir Araştırma”, 1. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi-Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği Ve Tıp Hukuku Sorunları, Editörler: Demirhan Erdemir, Ayşegül; Öncel, Öztan; Zeytin, Zafer; Öztürk Türkmen, Hafize; Erer, Sezen; Ertin, Hakan; Atıcı, Elif, Antalya 2007, s. 565 “Yazılılık şartı, hukuk güvenliği ve kötüye kullanımın engellenmesi amacıyla, tavsiye edilmeli ve desteklenmelidir. Ancak diğer şekillerde ortaya konulmuş ve güvenilir bir tarzda belgelenmiş (örneğin, videoya alınmış bir beyan bu mahiyette kabul edilmelidir.) irade beyanlarının daha az hukuki değere sahip olacağını kabul etmek hasta haklarını kısıtlayıcı bir durum arz edecektir. Bu mahiyetteki beyanlar da, yazılı olmasalar dahi ‘direktif’ olarak kabul edilmelidir.”

²¹³ Görüşler için bkz. **Sonat**, s. 184, dpn. 51.

²¹⁴ **Demir**, Mehmet; “Hasta Tasarrufları ve Tıbbî Kayıt Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenleme”, (Hasta Tasarrufları), III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 7-8 Mayıs 2010, s. 440; **Güneysu**, s. 565 “Direktif hazırlama niyetindeki bir hastanın bu hakkından yararlanmasını kolaylaştıracak bir husus olan ‘aydınlatma’ yine de bir geçerlilik şartı olarak görülmemelidir. Eğer böyle bir düzenleme yoluna gidilecekse dahi hastanın yazılı olarak düzenlediği direktifinde, kendi özgür iradesiyle ve bilinçli olarak bu aydınlanma hakkından feragat ettiği açıkça tespit edilmişse, bu direktife hukuki etki tanımak yerinde olacaktır.”

²¹⁵ **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s. 157.

Yönlendirici hasta direktiflerinin geçerliliği için, hastanın direktifte belirtilen kararlarının hangi hastalık veya hastalıklar bakımından uygulanacağı hasta tarafından önceden belirlenmiş olmalıdır; diğer bir anlatımla, hasta hastalık ve tedavi ile ilgili kararlarını yeterince somutlaştırmalıdır. Bu somutlaştırma gerektiği kadar sağlanamamış ise, hasta direktifi hastanın varsayılan iradesini tespit etmekte yararlanılacak bir kaynak halini alarak hekime yol gösterecektir²¹⁶.

Hasta direktiflerinin geçerliliği bakımından fiil ehliyetinin varlığı yerine, direktifin konusunu oluşturan taleplerinin önemini ve sonuçlarını kavrayabilecek yapıya sahip olması aranmaktadır. Yönlendirici hasta direktifinin geçerliliği, konu ve içerik bakımından BK md. 19 ve 20’de yer alan yasal sınırlamalara uygunluğuna bağlıdır²¹⁷.

Yönlendirici hasta direktiflerinin geçerliliği hususunda bir görüş ise, hastanın belli bir tedaviyi reddedebilmesi için, hastalığının geri dönülemez ve ölümcül bir hal almış olmasının şart olarak aranmasını savunmaktadır²¹⁸. Her ne kadar bazı ülkelerde²¹⁹ bu görüş yasal düzenlemeler aracılığıyla uygulama alanı bulsa da, kanaatimizce bu şekilde bir sınırlama hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının kullanım alanını oldukça daraltacaktır. Bu nedenle, yönlendirici hasta direktifleri tüm tıbbî müdahaleler bakımından uygulanabilmelidir.

²¹⁶ Güneysu, s. 562-563.

²¹⁷ Sonat, s. 184.

²¹⁸ Bu görüş için bkz. Güneysu, s. 563, dpn. 23.

²¹⁹ Tacir, s. 140-141; “Amerikan Hukuku’nda yapılan yasal düzenlemelerde yönlendirici direktiflerin uygulama alanı oldukça dar tutulmuştur; şöyle ki, bu direktifler ölümcül ve iyileşmesi mümkün olmayan hastalıklarda yaşamı uzatan yapay desteklerin çıkarılması veya devamı hususunda hastanın tercihini bilinci yerinde iken belirlemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.”

Son olarak, yönlendirici hasta direktiflerinin geçerliliği ve bağlayıcılığı açısından fiilen uygulanabilirlik şartını ele almalıyız. Tıp ve sağlık hukuku çerçevesinde hastaya tanınan irade özgürlüğü (bireysel özerklik), diğer özgürlüklerde de olduğu gibi, sınırsız değildir. Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan tıbbî endikasyon (tıbbî zorunluluk) ortaya çıktıktan sonra hastanın direktifleri ile açıkladığı somut iradesi diğer yasal düzenlemelere aykırı olmadığı müddetçe uygulanabilecektir. Şöyle ki, ötanazinin yasak olduğuna ilişkin düzenlemelere aykırı olarak ötanazi talebi içeren bir hasta tasarrufu geçerli kabul edilemeyecektir; nedeni ise fiilen uygulanabilirlik şartını taşımasıdır²²⁰.

E. Hasta Tasarrufunun Doğurduğu Sonuçlar

Hastanın tedaviyi red hakkını kullanması bir hasta tasarrufunda bulunması sonucunu doğuracaktır. Ancak, hastanın tedaviyi reddetmesine ilişkin yasal düzenlemelerde tam bir açıklık bulunmamaktadır. Hastanın tedaviyi sonlandırma talebi ölümle sonuçlanabilecek bir süreci doğuruyorsa hekim tedaviyi sürdürmeyi tercih etmektedir. Hukuksal düzenlemelerde görülen mevcut belirsizlik hem hasta hem hekim bakımından tedaviyi sürdürme ödevini doğurmaktadır. Burada hekimin hastanın tedaviyi sonlandırma yönündeki tasarrufuna uygun davranmayıp tedaviyi sürdürme yönünde karar alması cezai sorumluluğunun doğmasına engel olurken, bir yandan da hasta özerkliğine saygı ilkesinin zedelenmesine yol açmaktadır. Ayrıca, tıbbî müdahaleye devam edilmesinin hastaya bir yararı bulunmadığı ve hastanın

²²⁰ Demir, (Hasta Tasarrufları), s. 436.

yaşadığı acıları arttırdığı durumlarda aynı zamanda yararlılık ve zarar vermeme ilkelerinin ihlâli sonucu doğmaktadır²²¹.

Yaşamın sonlandırılması sonucunu doğuracak hasta tasarruflarının hukuksal sonuçlarının yasal bir temele oturtulması ve yapılacak düzenlemelerle bu alanın netliğe kavuşturulması gerekmektedir. Mevcut belirsizlik birçok ilkenin zedelenmesi sonucunu doğururken, hasta-hekim arasındaki güven ilişkisinin de zarar görmesine neden olmaktadır.

II. HASTA TASARRUFUNUN TÜRLERİ

A. Sağlararası Hasta Tasarrufları

1. Yönlendirici Hasta Direktifleri

Yönlendirici direktifler/Yaşayan irade veya vasiyetname şeklinde ifade edebileceğimiz “*living will*” kavramı, ilk kez 1969 yılında Luis Kutner tarafından kullanılmıştır. Bu kavram, hukuken ehliyetli ve ergin bir kişinin gelecekte ehliyetsiz hale gelmesi durumunda kendisine uygulanacak tıbbî müdahalelere ilişkin direktiflerini önceden beyan ettiği belge anlamını taşımaktadır. Hastanın bu iradesi ölümünden önce etki göstermektedir ve bu nedenle “*living*” kelimesi ile ifade edilmiştir²²².

²²¹ Güven/Sert, s. 204-205.

²²² Annas, George J.; “*The Health Care Proxy and The Living Will*”, Palliative Care: Transforming The Care Of Serious İllness, Editors: Meier, Diane; Isaacs, Stephen; Hughes, Robert, s. 168,

Yönlendirici hasta direktiflerinin uygulaması her ülkedeki yasal düzenleme tekniklerine göre farklılık göstermektedir. Esas itibariyle bu hasta tasarruflarının konusunu; tedaviye yönelik karar aşamalarında yaşamın yapay olarak uzatılıp uzatılmayacağı, yapay destek verilip verilmeyeceği hususunda hastanın vermiş olduğu kararların uygulanmasını sağlamak oluşturmaktadır²²³. Ancak, bu kurum günümüzde başka tıbbî müdahaleleri de kapsayacak şekilde genellik kazanmıştır²²⁴.

Amerikan Hukuku'nda yapılan yasal düzenlemelerde yönlendirici direktiflerin uygulama alanı oldukça dar tutulmuştur; şöyle ki, bu direktifler ölümcül ve iyileşmesi mümkün olmayan hastalıklarda yaşamı uzatan yapay desteklerin çıkarılması veya devamı hususunda hastanın tercihini bilinci yerinde iken belirlemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır²²⁵. Böylelikle hasta olan kişi, karar verme yeteneğini kaybetmeden önce iradesini ortaya koyarak örneğin komaya girmesi veya bitkisel hayatta olması durumlarında yaşamına devam edip etmeme konusunda seçimini yapabilme hakkına sahip olmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, diğer ülkelerin hukuk düzenlerinde yönlendirici hasta direktiflerinin kapsamı genişletilmiş ve her türlü tıbbî müdahaleyi kapsayacak şekilde ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

Alman Federal Mahkemesi'nin yönlendirici hasta direktiflerinin kapsamını geniş değerlendirdiği bir kararını inceleyecek olursak, karara konu somut olay şu şekilde gerçekleşmiştir: “Sanık doktor 76 yaşındaki hasta kişinin doktorudur. Hasta,

(<http://www.google.com/books?hl=tr&lr=&id=qmflgMUwkIC&oi=fnd&pg=PA167&dq=health+care+proxy&ots=2VjqfAbmlp&sig=UsvqQUyGdTISkBlFep4nW0HMCwk#v=onepage&q=health%20care%20proxy&f=false>) (20.10.2011).

²²³ Tacir, s. 140.

²²⁴ Sonat, s. 184.

²²⁵ Tacir, s. 140-141.

tek başına yaşamakta; huzuruevi veya hastanede yaşamak istememektedir. Hasta kişi doktoruna ve başka kişilere de zaman zaman yaşamak istemediğini belirtmiştir. Doktor bir gün hastanın evine gittiğinde hastayı bilincini kaybetmiş bir şekilde bulur. Yüksek dozda ilaç almış olan hasta doktora bıraktığı notta ‘Lütfen hastaneye götürmeyin, eşime kavuşmak istiyorum.’ yazmıştır. Doktor hastayı bulduğunda halen hayatta olmasına rağmen ertesi gün hasta ölünceye kadar başında bekler ve onu hastaneye götürmez.” Bu olayda Alman Federal Mahkemesi sanık doktor hakkında beraat kararı vermiştir. Kararın gerekçesinde ise; talep üzerine öldürmenin söz konusu olmadığı, hastanın ölümüne doktorun sebep olmadığı, ihmali hareketin vicdani bir karar olduğu ve doktorun hastasının kendi geleceğini belirleme hakkına saygı göstermiş olduğu belirtilmiştir²²⁶. HAKERİ’ye göre; hasta bir kimsenin ölme isteğini belirtmesi ve kendisine tedavi uygulanmaması, yardım edilmemesi veya ameliyat yapılmaması hususunda iradesini beyan etmesi halinde, garantör olsun veya olmasın, bu talebe uygun hareket eden kişilerin meydana gelen neticeden sorumlu tutulmamaları gerekmektedir. Bu nedenle, pasif ötanazi hukuka uygun kabul edilmelidir²²⁷. Bu somut olayda, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması sonucunda yaşam hakkının sona erdirildiğini görmekteyiz. Özellikle de garantör kişinin, başka bir deyişle hastanın bakım ve gözetiminden sorumlu kişinin bir doktor olması nedeniyle müdahale yükümlülüğünün bulunduğu kanaatindeyiz. Yaşam hakkının üstünlüğü her koşulda göz önünde bulundurulmalı ve yaşam/can lehine yorum ilkesi bağlamında hasta kişiye mutlaka tıbben müdahale edilmelidir.

²²⁶ Hakeri, Hakan; Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006, s. 50.

²²⁷ Hakeri, (Öldürme Suçları), s. 50.

Türk hukukunda HHY md. 31 gereğince, hastanın rızasının somut bir tıbbî müdahaleye ilişkin olması ve müdahaleden hemen önce alınmış olması zorunluluğu nedeniyle hastanın önceden hazırladığı yönlendirici direktiflerin geçerli olmadığı görüşü ileri sürülmüştür²²⁸. Buna karşılık, Erman; önceden açıklanan iradenin ciddi, açık, duruma uygun olması ve hastanın iradesini yansıttığının dış ölçütlerden anlaşılabilmesi halinde hekim bakımından bağlayıcı sayılması gerektiğini savunmaktadır²²⁹.

Öte yandan, yönlendirici hasta direktiflerinin hekim bakımından bağlayıcılığı konusunda üç görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, hastanın önceden açıkladığı iradesinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir kullanımı olduğunu ve varsayılan iradenin tespitinde önceliğe sahip bir unsur olarak kullanılması gerektiğini savunmaktadır²³⁰. İkinci görüş, yönlendirici direktiflerin hekim bakımından bağlayıcılığı olmadığını, varsayılan iradenin belirlenmesinde diğer unsurlarla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekte iken²³¹; üçüncü görüş ise, yönlendirici direktiflerin hekim bakımından bağlayıcılığını hasta ile hekim arasında iş görme sözleşmesinin varlığına göre belirlemiştir²³². Hasta ile hekim arasında iş görme sözleşmesi yapılmışsa, BK md. 389 gereğince yönlendirici direktif iş sahibinin talimatı şeklinde değerlendirilmeli ve bu nedenle hekim bakımından bağlayıcı kabul edilmelidir. Ortada bir iş görme sözleşmesi mevcut değilse, hasta ile hekim arasındaki ilişkiye vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacağından hekimin yönlendirici direktifle doğrudan bağlı olmadığı; ancak, hastanın varsayılan iradesinin

²²⁸ Sonat, s. 185, dpn. 61.

²²⁹ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 164.

²³⁰ Bu görüş için bkz. Sonat, s. 185, dpn. 58.

²³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sonat, s. 185, dpn. 59.

²³² Aktaran Sonat, s. 185, dpn. 60.

belirlenmesinde yönlendirici direktiflerden faydalanılabileceği görüşü ileri sürülmüştür²³³.

2. Sağlık Hizmeti Vekili

Tıbbî müdahaleler alanında iradi temsil, özellikle hasta kişinin önceden hazırlamış olduğu direktiflerin içeriğinde, rıza gösterme yeteneğinden yoksun kaldığı hallerle sınırlı olmak üzere tıbbî müdahaleler konusunda kendi yerine karar vermesi için güvendiği gerçek bir kişiyi yetkilendirmesi şeklinde ifade edilmektedir. Bu suretle hasta kişi iradi temsil yolu ile karar verme yetkisini üçüncü bir kişiye devretmiş olmaktadır²³⁴. Bu kurumun uygulandığı ülkelerde; sağlık hizmeti vekillerinin genellikle hastanın eşi, çocukları, ebeveynleri ya da yakın bir arkadaşı olduğu belirlenmiştir²³⁵.

Hasta tarafından belirlenen ve sağlık konusunda karar verme yetkisine²³⁶ sahip kılınan vekilin görevi hastanın karar verme yeteneğini kaybettiği andan itibaren başlar ve bu vekâlette vekilin karar verme yetkisine sahip olduğu alan, kanunlarla düzenlenmiş sınırlı bir alandır. Örneğin, ötanazinin kabul edilmediği bir ülkede vekil; hiçbir suretle hasta adına ötanazi talep etme hakkına sahip değildir. Bunun yanında, bazı ülke uygulamalarında vekilin kürtaj, kısırlaştırma veya davranış

²³³ Sonat, s. 185-dpn. 60.

²³⁴ Sonat, s. 186.

²³⁵ Tacir, s. 144.

²³⁶ Vekile tanınan yetki sadece hastanın sağlığında hazırladığı yönlendirici direktiflere hekim tarafından uyulup uyulmadığını kontrol etmek ve hekimin bu direktifleri yerine getirmesini sağlamak ise vekil gözetim yetkilisi sıfatını haizdir, hasta hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak hekimin bu direktiflere uymaması halinde hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisini sona erdirerek hekime karşı dava yollarına başvurma yetkisinin mevcut olduğu savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. Sonat, s. 186-187, dpn. 69.

değişikliğini doğuracak tıbbî müdahalelere rızası ancak mahkeme kararı ile birlikte geçerli sayılmaktadır²³⁷.

Hukukumuzda bu konuyu düzenleyen herhangi bir hüküm mevcut değildir. Doktrinde ise ayrıntılı bir çalışma olmamakla birlikte, belli başlı iki görüş ortaya atılmıştır. Birinci görüşe göre, ayırt etme gücünden yoksun olan kişi yerine karar vermeye yetkili olan kişiler kanunda sayıldığından; tıbbî konularda ayrıca vekil atanması hukukumuza uygun değildir²³⁸. Bu görüşün aksi yönünde olan ikinci görüş ise, yürürlükteki düzenlemelerin özellikle TŞSTİDK md. 70/I ve HHY md. 24 hükümlerinin bu hususta bir yasaklama getirmediğini veyahut bir engel teşkil etmediğini belirlemektedir. Bu belirlemeye göre, bu hükümlerde belirtilen yasal temsilcinin hastanın iradi olarak atadığı bir vekil bulunmadığı durumlar bakımından yetkili sayılması gerektiği savunulmaktadır²³⁹.

Her ne kadar hukukumuzda, yasal temsilcinin kural olarak tam ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamayacağı kabul edilse de; bu sınırlamanın amacı doğrultusunda bazı istisnalar da getirilmiştir²⁴⁰. Bu noktada, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından mutlak ve nisbi şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Tıbbî müdahaleler söz konusu olduğunda vücut bütünlüğü üzerindeki hakkın nisbi yönden kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelendirilmesi gerektiği doktrinde kabul görmektedir. TŞSTİDK'nin 70. maddesinde düzenlendiği üzere, tam ehliyetsiz

²³⁷ Tacir, s. 145.

²³⁸ Dural'ın görüşü için bkz. Sonat, s. 191, dpn. 96.

²³⁹ Sonat, s. 191.

²⁴⁰ Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen; Kişiler Hukuku, Konya 2007, s. 36.

kişinin menfaatine yönelik tıbbî müdahalelere yasal temsilci rıza gösterebilecektir²⁴¹. Örneğin, yasal temsilci tam ehliyetsiz kişinin ameliyat edilmesine rıza gösterdiğinde geçerli kabul edilecektir²⁴².

B. Ölüme Bağlı Hasta Tasarrufları

1. Genel Olarak Ölüme Bağlı Tasarruflar

Mirasbırakan, mirasçı atama veya belirli mal bırakma dışında; son arzularına ilişkin diğer işlemleri de yapabilir²⁴³. Keza, vasiyeti yerine getirme görevlisi atama, mirasçıktan çıkarma, koşul ve yüklemeler öngörebilir. Bu nedenle, doktrinde çoğu kez ölüme bağlı tasarruflar yerine, “*ölüme bağlı hukuksal işlemler*” terimi tercih edilmektedir²⁴⁴. Ancak, çalışmamızda yasal terim olan ölüme bağlı tasarruflar kullanılmıştır.

a. Sağlararası Hukuki İşlemlerden Farkları

İlk olarak belirtmek gerekirse, hüküm ve sonuçlarını doğurdıkları an yönünden önemli bir fark söz konusudur. Sağlararası hukuki işlemler, işlem sahibinin sağlığında hüküm ve sonuç doğurur iken, ölüme bağlı tasarruflar, sahibinin ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğururlar. Ancak, ölüme bağlı tasarruflar da

²⁴¹ Sonat, s. 195.

²⁴² Ayan/Ayan, s. 36.

²⁴³ Kılıçoğlu, Ahmet M.; Miras Hukuku, Ankara 2007, s. 91.

²⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 91; İnan, Naim Ali/ Ertaş, Şeref/ Albaş, Hakan, Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 163.

işlem sahibi hayatta iken yapılır. Burada önem taşıyan esaslı nokta, işlem sahibinin ölümünden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracak bir irade beyanında bulunmasıdır. “Ben öldükten sonra...” tipinde başlayan irade beyanları, ölüme bağlı tasarruflardır.

- Tâbi oldukları hükümler yönünden; sağlararası işlemler borçlar hukuku hükümlerine tabidir. Ölüme bağlı tasarruflar ise miras hukuku hükümlerine tabidir.

- Hukuki işlem ehliyeti yönünden; ölüme bağlı tasarruflardaki ehliyet kuralları, sağlararası işlemlerden daha farklıdır. Örneğin, vasiyet yapacak kişinin 15 yaşını doldurması yeterlidir.

- Geçersizliğin yaptırımı yönünden; sağlararası işlemlerde butlan yaptırımına tabi olabilecek bir işlem, ölüme bağlı tasarruflar, iptale tabi tutulmuştur.

- Yorum yönünden; ölüme bağlı tasarruflarda ölenin son arzularını yaşatma ilkesi vardır²⁴⁵.

- Temsil yönünden; ölüme bağlı tasarrufların temsilci tarafından yapılması mümkün değildir (Temsil Yasağı).

- Şekle bağlılık yönünden; yasa koyucu ölüme bağlı tasarruflarda sıkı şekil kuralları koymuştur. Sağlararası işlemlere özgü olarak borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme özgürlüğü ilkesine, ölüme bağlı tasarruflarda yer verilmemiştir.

²⁴⁵ Kılıçoğlu, s. 95.

- Tasarruf özgürlüğü yönünden; ölüme bağlı tasarruflarda saklı pay kuralları ile geniş bir biçimde tasarruf serbestisi sınırlanmıştır. Buna karşılık, böyle bir sınırlama sağlararası işlemlerde söz konusu değildir.

b. Ölüme Bağlı Tasarruf Türleri

Bilindiğı gibi, ölüme bağlı tasarruflar ikiye ayrılır:

1. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar ve maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar.
2. Şarta tâbi olmayan ölüme bağlı tasarruflar ve şarta tabi olan ölüme bağlı tasarruflar.

Şekli anlamda ölüme bağlı hukuksal işlem denildiğinde anlaşılması gereken vasiyet ve miras sözleşmesidir. TMK, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları iki tür olarak düzenlemiş ve bunları sınırlı sayıda tutmuştur. Mirasbırakan, son arzularını dile getirirken bu iki şekilden birini seçmek zorundadır. Vasiyet ve miras sözleşmesi şeklinde düzenlenen bu iki tür dışında daha farklı üçüncü bir tür yaratılamaz. Maddi anlamda ölüme bağlı hukuksal işlemler ise sınırlı sayıda olmayıp; konu ve içerikleri itibariyle mirastan yoksunluk, belirli mal bırakma, mirasçı atama türünde olabilir.

Sağlararası hukuksal işlemlerde olduğu gibi, ölüme bağlı tasarruflar da koşula bağlı olarak yapılabilir. Miras hukuku açısından gösterdiği önem nedeniyle, yasa

koyucu koşula bağlı ölüme bağlı tasarrufları TMK 515. maddesinde özel olarak düzenleme yoluna gitmiştir.

Çalışmamız kapsamında şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar bağlamında olmak üzere hasta tasarrufları ve özellikle de tıbbî vasiyet ele alınıp incelenmiştir.

2. Tıbbî Vasiyet

Tıbbî vasiyet teknik anlamda, hekimin tıbbî takdir yetkisinin kapsamını daraltmamak amacıyla kesin bağlayıcılığı olmayan, hastanın tıbbî müdahalelere yönelik son istek ve arzularını içeren ve vasiyet iradesini yansıtan hem şeklî hem de maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflardandır. Bu bağlamda, tercihlerinin sonuçlarına katlanma özgürlüğüne sahip olan ve kendi geleceğini belirleme hakkını kullanan hasta, tıbbî vasiyet aracılığıyla açıkladığı irade beyanı doğrultusunda, ileride kendisi üzerinde uygulanacak tıbbî müdahalelerin konusu ve sınırlarını belirleyebilir; tedaviyi reddetme veya durdurma hakkını kullanabilir; hatta istisnaen de olsa yaşadığı acıların azaltılmasını veya sonlandırılmasını talep edebilir²⁴⁶.

Doktrinde bir görüş, Almanların hasta vasiyeti şeklinde nitelendirdikleri belgenin gerçek anlamda bir vasiyetname niteliği taşımadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, hasta vasiyeti sadece tedavisi mümkün olmayan ölümcül hastalıkların tedavi sürecinde hastanın yaşamının uzatılması veya uzatılmaması yönündeki taleplerini dile getirdiğı ölüm sonrası (*post mortal*) etkili bir kişilik işlemleri şeklinde

²⁴⁶ **Demir**, (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu), s. 62, dpn. 154.

ifade edilebilir²⁴⁷. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, hastanın bu taleplerini dile getirdiği belgenin hukuksal niteliği genel olarak kabul edilen görüşe göre vasiyetname şeklinde değerlendirilmektedir.

Alman hukukçuların “hasta vasiyeti” kavramı ile ifade ettikleri ve sadece tedavisi mümkün olmayan ölümcül hastalıkların tedavi sürecinde hastanın tedaviyi red talebini içeren beyanlarını dile getirdiği belgeler, çalışmamız kapsamında sağlararası hasta tasarruflarından yönlendirici hasta direktifleri bağlamında değerlendirilmiştir. Şöyle ki, bu belgeler şekli anlamda her ne kadar vasiyetname hukuksal niteliğine sahip olsalar da hastanın sağlığında hüküm ve sonuç doğurduklarından sağlararası hasta tasarrufu şeklinde nitelendirilmelidirler. Ancak, düzenlenme şekli olarak vasiyetnamenin tâbi olduğu usul ve esaslara uyulmasında sakınca bulunmamaktadır.

İngiliz ve Galler hukuk uygulamalarında tıbbî vasiyetlerin geçerliliği bakımından dört şart belirlenmiştir. Bunlar:

1. Hastanın tıbbî vasiyetin düzenlendiği sırada rıza gösterme ehliyetine sahip olması,
2. Üçüncü kişilerin etkisi nedeniyle iradesinin sakatlanmış olmaması,
3. Hastanın bu sırada yeterli derecede aydınlatılmış olması,
4. Hastalık durumunun tıbbî vasiyette açıkça öngörülen durumla örtüşmesi olarak belirlenmiştir²⁴⁸.

²⁴⁷ Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay; Miras Hukuku, Ankara 2004, s. 180.

²⁴⁸ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 160.

Tıbbî vasiyet, her ne kadar teknik açıdan şekli anlamdaki vasiyetname olarak nitelendirilse de; teknik anlamdaki vasiyetname ile arasında bazı önemli farklar bulunmaktadır. Vasiyet tek taraflı, ölüme bağlı bir tasarruftur ve vasiyetin konusu kişinin malvarlığına ilişkindir; vasiyetin sonuçları ise, kişinin ölümünden sonra doğmaktadır. Buna karşılık, tıbbî vasiyet konusu kişi varlığını ve kişisel değerleri oluşturan bir hasta tasarrufudur. Tıbbî vasiyetin bir türü olan organ ve doku nakli vasiyeti kişinin ölümünden sonra sonuç doğurmaktadır. Bunun yanında, insan üzerinde deney ve gen teknik uygulamaları ile ilgili beyanları içeren tıbbî vasiyetler de hasta kişinin ölümünden sonra etki doğuran işlemlerdir.

3. Hukuksal Niteliği

Çalışmamızın konusu ve içeriği bakımından tıbbî vasiyet kavramı, ölüme bağlı hasta tasarruflarını nitelendirmek amacıyla kullanılmıştır. Bu suretle, tıbbî vasiyet yoluyla açıklanan hasta tasarruflarının hastanın ölümünden sonra sonuç doğurduğu belirlenmesi yapılmıştır. Örneğin, hastanın ölümünden sonra organları veya cesedi üzerinde adli tıp amaçlı uygulamaların yapılmasına izin vermeye yönelik olarak ortaya koyduğu tıbbî vasiyet iradesi; tipik bir ölüme bağlı hasta tasarrufudur. Tıbbî vasiyetin düzenlenme şekli, miras hukukumuzda yer alan vasiyetname düzenleme şekillerinin tâbi olduğu usul ve esaslara göredir. Bunun yanında, tıbbî vasiyetin miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Vasiyet, hukuksal niteliği itibariyle tek taraflı bir hukuki işlem olup borçlar hukukunda yer alan tek taraflı hukuki işlemler hakkındaki kurallar vasiyette de

geçerlidir. Geçerli bir biçimde hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, yalnızca mirasbırakanın irade beyanı yeterlidir.

Vasiyetin geçerli olabilmesi için, bir yere teslim edilmesi şart olmamakla birlikte; vasiyetçi dilerse vasiyetnamesini resmî bir makama tevdi edebilir. TMK'nin 538. maddesinde; resmî tevdi makamları olarak notere, sulh hakimine veya yetkili memura bırakılabileceği düzenlenmiştir.

4. Düzenlenme Şekli

a. Vasiyetname

Medeni Kanun üç ayrı vasiyet şekli öngörmüştür:

1. *Resmî vasiyetname* (TMK md. 532-537)
2. *El yazılı vasiyetname* (TMK md. 539)
3. *Sözlü vasiyet(name)* (TMK md. 539-541).

Bunlardan ilk ikisi olağan vasiyetname çeşitleri olmakla birlikte, sonuncusu olan sözlü vasiyetname olağanüstü vasiyet çeşidi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu özelliği gereği sözlü vasiyetname, ancak kanunun açıkça öngördüğü istisnaî hallerde tercih edilebilir.

aa. Resmi Vasiyetname

Resmi makam (genellikle noter) önünde yapılmış olan vasiyet türüdür. Miras sözleşmesi de resmi vasiyetname şeklinde yapılır. Resmi vasiyetname, yazılı şekilde yapılır ve bu geçerlilik koşuludur.

Resmi vasiyetname yapılırken, mirasbırakan ve resmi memur dışında iki tane de tanık bulunur.

Resmi vasiyetnameye resmiyet verecek kimse; sulh hakimi, noter veya kanun ile kendisine kanunla yetki verilmiş diğer resmi kişilerdir.

Mirasbırakan, son arzularını resmi memura bildirir. Bunun üzerine memur, vasiyetnameyi yazar veya yazdırır ve okuması için mirasbırakana verir. Vasiyetname, mirasbırakan tarafından okunup imzalanır. Memur da, vasiyetnameyi tarih koyarak imzalar (TMK md. 533). Vasiyetnameye tarih ve imza konulduktan hemen sonra mirasbırakan, vasiyetnameyi okuduğunu, bunun son arzularını içerdiğini memurun huzurunda iki tanığa beyan eder. Tanıklar, bu beyanın kendi önlerinde yapıldığını ve mirasbırakanı tasarrufa ehil gördüklerini vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imzalarlar. Vasiyetname içeriğinin tanıklara bildirilmesi zorunlu değildir (TMK md. 534).

TMK md. 536/2'ye göre resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılamayacaklar şunlardır:

1. Fiil ehliyeti bulunmayanlar,
2. Bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar,
3. Okur yazar olmayanlar,
4. Mirasbırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri.

Resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan memura ve tanıklara, bunların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına, kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine o vasiyetname ile kazandırmada bulunulamaz (TMK md. 536/2).

bb. El Yazılı Vasiyetname

El yazılı vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için TMK md. 538'de yer alan şartları taşıması gerekmektedir. Bütün vasiyetnamenin baştan sona kadar vasiyetçinin el yazısı ile yazılmış olması geçerlilik koşuludur. Vasiyetçi iradesini beyan ederken ölüme bağlı tasarruf yapma amacını taşımalıdır. Bu bağlamda, vasiyetname tasarısı veya salt metin karalaması vasiyetname hükmünde kabul edilmemektedir²⁴⁹; zira, vasiyetname yapma iradesinin mevcudiyeti maddî bir şart olarak belirlenmiştir. Bu şartın yokluğu vasiyetnamenin oluşmasını engelleyecektir. Vasiyetçi yıl, ay, gün göstermek suretiyle el yazısı ile tarihi belirtmelidir; aksi takdirde, iptal sebebi söz konusu olur. El yazılı vasiyetname bakımından, el yazısı ile atılan imza, esaslı bir

²⁴⁹ İmre, Zahit/Erman, Hasan; Miras Hukuku, İstanbul 2006, s. 71.

unsur teşkil etmektedir. Vasiyetnamenin sonuna vasiyetçi tarafından el yazısı ile imza atılmalıdır.

TMK md. 538/II hükmüne göre, “el yazılı vasiyetname, saklanmak üzere açık veya kapalı olarak notere, sulh hakimine veya yetkili memura bırakılabilir.” Bu hüküm, emredici nitelikte bir hüküm olmadığından vasiyetnamenin tevdi olunmaması hükümsüzlük sonucunu doğurmayacağı gibi bir iptal sebebi de değildir²⁵⁰.

cc. Sözlü Vasiyetname

Sözlü vasiyetname, iki şekilde yapılabilmektedir. TMK md. 539’a göre, mirasbırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü haller²⁵¹ nedeniyle yazılı veya resmi vasiyetname düzenleyemeyecek durumda ise, son arzu ve isteklerini iki tanığa anlatır ve tanıklardan biri bu istekleri kaleme alarak yer, yıl, ay ve günü belirtmek koşuluyla belgeyi imzalar, diğer tanığa da imzalatır. Her iki tanık en kısa zamanda hazırlanan metni asliye veya sulh hukuk mahkemesine verirler. Mirasbırakanın olağanüstü durumda açıklama yaptığını ve bu beyanını dile getirirken tasarruf ehliyetinin bulunduğunu beyan ederler²⁵².

²⁵⁰ İmre/Erman, s. 75-76.

²⁵¹ Kılıçoğlu, s. 85; Kanunda yer alan olağanüstü haller örnek olarak sayılmıştır, başka bir deyişle tahdidi değildir. Yakın ölüm tehlikesi kavramına dikkat etmek gerekmektedir; örneğin kişinin kalp hastası olması ölüm tehlikesi içinde bulunduğu anlamına gelirken, kalp krizi nedeniyle hastanede yoğun bakımda olması halinde yakın ölüm tehlikesi bulunmaktadır. Kanun sözlü vasiyetname bakımından yakın ölüm tehlikesinin varlığını aramaktadır.

²⁵² Öztan, s. 586.

Tanıklar daha önce belge düzenlemek yerine, doğrudan mahkemeye başvurmayı tercih edebilirler. Bu durumda; mirasbırakan son isteklerini iki tanık huzurunda açıkladıktan sonra, tanıklar mahkemeye giderek mirasbırakanın son isteklerini olağanüstü durum içinde açıkladığını ve açıklama sırasında tasarruf ehliyetinin bulunduğunu beyan ederek mirasbırakanın son isteklerini tutanağa geçirebilirler²⁵³. TMK md. 540/III'e göre; sözlü vasiyet yapan kimse, askerlik hizmetinde bulunuyorsa (asker vasiyeti²⁵⁴), teğmen veya daha yüksek rütbeli bir subay; ülke sınırları dışında seyreden bir ulaşım aracında bulunuyorsa (yurtdışında yolcu vasiyeti), o aracın sorumlu yöneticisi (uçakta pilot, otobüste şoför ya da işletici, gemide kaptan); sağlık kurumunda tedavi edilmekteyse (hasta vasiyeti), sağlık kurumunun en yetkili yöneticisi hâkim yerine geçer. Bu hükümde belirtilen kişiler, sözlü vasiyetin beyan edileceği kişiler olduklarından aynı zamanda tanık olamazlar. Hükümde açıklık bulunmasa da, bu kişiler kendilerine teslim edilen veya bizzat hazırladıkları ve tanıklara imzalatırdıkları tutanakları mahkemeye en kısa zamanda teslim etmelidirler²⁵⁵.

Sözlü vasiyetname, ancak diğer vasiyetname türlerinden birine başvurma olanağı bulunmadığı takdirde yapılabilir. Örneğin, hasta kişi, kendi başına el yazılı vasiyetname düzenleyebilecek durumda ise veya noter çağırarak resmi vasiyetname

²⁵³ Öztan, s. 586.

²⁵⁴ Küçükgüngör, Erkan; "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", AÜHFD, C. 45, S. 1-4, s. 512; "Roma Hukukunda istisnâî nitelik taşıyan vasiyet şekilleri arasında asker vasiyeti bulunmaktaydı. Örneğin, Iulius Caesar, geçici bir süre için, askerlerinin, istedikleri şekilde vasiyet yapabilmelerine izin vermiştir. Bu çeşit izinler, Caesar'dan sonra diğer imparatorlar tarafından da yine geçici olarak verilmiştir. İmparator Traianus ise, askerlerin istedikleri şekilde vasiyet yapabilmeleri imtiyazını süresiz olarak kabul etmiştir. Asker vasiyeti (testamentum militis) denilen bu vasiyet şeklinde, diğer vasiyetler için gerekli olan belli sayıdaki tanığa ihtiyaç olmaksızın, sadece iradenin açık bir şekilde ortaya konmuş olması yeterliydi. Bu çeşit vasiyetler, askerlerin terhisinden itibaren bir yıl sonra geçerliliklerini kaybederlerdi."

²⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 89-92.

yoluyla son arzularını *açıklayabilecek* bir halde ise sözlü vasiyetname yapamayacaktır²⁵⁶.

Sözlü vasiyetin geçerli olabilmesi için vasiyetçinin içinde bulunduğu olağanüstü durumdan sağ olarak kurtulamamış olması gerekmektedir. Zira, sözlü vasiyetname geçici olarak hüküm ifade etmektedir ve kişinin olağanüstü durumdan sağ kurtulmasıyla birlikte belli bir süre (1 ay) sonra sözlü vasiyetname geçerliliğini yitirecektir²⁵⁷. TMK md. 541 gereğince, mirasbırakan için sonradan diğer şekillerde vasiyetname yapma olanağı doğması halinde bu olanağın ortaya çıktığı tarihin üzerinden bir ay geçince sözlü vasiyetname hükümden düşmektedir.

b. Miras Sözleşmesi

Miras sözleşmesi diğer ölüme bağlı tasarruflar gibi şekle bağlıdır. TMK md. 545 gereğince, resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmelidir. Miras sözleşmesi ancak noter tarafından re'sen düzenleme şeklinde yapılabilir; onaylama suretiyle miras sözleşmesi yapılamaz²⁵⁸.

Miras sözleşmesi, iki taraflı bir hukuksal işlem olduğundan sözleşmelerde bulunması gereken kurucu unsurların varlığı şarttır. Her iki tarafın iradelerini karşılıklı beyan etmeleri gerekmektedir²⁵⁹.

²⁵⁶ Kılıçoğlu, s. 86-87.

²⁵⁷ Kılıçoğlu, s. 88.

²⁵⁸ Kılıçoğlu, s. 97-98.

²⁵⁹ Kılıçoğlu, s. 96.

Organ ve doku nakline rıza asli olarak vasiyetname aracılığıyla açıklansa da, miras sözleşmesi yapılarak rızanın açıklanmasına herhangi bir hukuksal engel bulunmamaktadır. Ancak, bu halde, miras sözleşmesi tek taraflı ölüme bağlı tasarruf niteliğini haiz olacaktır.

C. Organ ve Doku Vasiyeti

Kişinin öldükten sonra cesedinden organ alınmasına ya da alınmamasına ilişkin olarak yaptığı irade beyanı organ vasiyetine yönelik bir ölüme bağlı tasarruf şeklinde olabilir. Bu tarz bir beyanın geçerli olabilmesi için tasarrufun geçerlilik ve diğer şartları taşıması gerekir. Bu bağlamda, bir kimse ölümünden sonra cesedinden organ veya doku alınmasına, bilimsel amaçlarla cesedinin kullanımına vasiyet yoluyla muvafakat edebilir²⁶⁰.

2238 sayılı ODNK md. 14'te resmi veya yazılı²⁶¹ vasiyetten söz edilmektedir. Burada yer alan vasiyet kavramından ölüme bağlı tasarruf şeklinin kastedildiğini ve şartları oluştuğu takdirde sözlü vasiyet şeklinde de organ ve doku vasiyetinin geçerli olacağını kabul etmek gerekmektedir²⁶².

²⁶⁰ İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan; Miras Hukuku, Ankara 2006, s. 231; Ayan, s. 23, dpn. 130; Organ ve doku nakline muvafakat her ne kadar tek taraflı ölüme bağlı tasarruf niteliğindeki vasiyetnamenin konusunu teşkil etse de, miras sözleşmesi aracılığıyla yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu görüşe katılmakla birlikte organ ve doku nakline ilişkin irade beyanının miras sözleşmesi yolu ile belirtilebileceği kanaatindeyiz. Ancak organ ve doku vasiyetinin bu halde de tek taraflı ölüme bağlı tasarruf niteliğini koruyacağını belirtmek yerinde olacaktır.

²⁶¹ İnan/Ertaş/Albaş, (2006), s. 231; Yazılı vasiyet kavramıyla el yazılı vasiyetnamenin anlatılmak istendiği kabul edilmelidir.

²⁶² İnan/Ertaş/Albaş, (2006), s. 231.

Resmi vasiyetname ile organ bağışında bulunmak isteyen bir kimse, TMK md. 532/ 2’de resmi memur olarak sulh hakimi, noter ya da kanunda kendisine yetki verilmiş diğer bir görevli sayıldığına göre, bu kişilerden biri ile resmi vasiyetname düzenleyebilir. Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki; uygulamada bazı kurumların düzenlemiş oldukları formüler organ bağış belgeleri resmi vasiyetname niteliğinde değildir²⁶³. Zira, bu belgeleri düzenleyenler kanuna göre (TMK md. 532) yetkili kişilerden değildir.

TMK md. 538’ e göre el yazılı vasiyetname, yapıldığı tarih de dahil olmak üzere baştan sona vasiyetçinin el yazısı ile yazılmak ve yine vasiyetçi tarafından imzalanmak zorundadır. Uygulamada ortaya çıkan organ/doku bağış kartları, salt irade beyanını ihtiva eden kısım matbu hazırlanmış olduğu için el yazılı vasiyetname olarak değer taşımazlar. Bu tür kartların hukuken herhangi bir geçerliliği bulunmamaktadır²⁶⁴.

TMK md. 539/I’e göre, resmi ya da yazılı vasiyetname yapma imkânının bulunmadığı olağanüstü hallerde²⁶⁵ sözlü vasiyetname gündeme gelmektedir. Olağanüstü bir hal bulunmuyorsa ya da olağanüstü hale rağmen örneğin el yazılı vasiyetname yapma imkanı varsa, bu durumda yapılan sözlü vasiyetname geçersiz

²⁶³ **Parlak**, Şafak; “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, TBBD, S. 83, 2009, s. 212.

²⁶⁴ **Akıncı**, Şahin; “Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Sempozyum), Erzincan 15- 16 Mayıs 2006, Ankara 2007, s. 71.

²⁶⁵ **Akıncı**, Sempozyum, s. 71 “TMK md. 539’da bahsedilen olağanüstü hallerden biri de ölüm tehlikesinin varlığıdır. Örneğin, trafik kazası geçiren bir kimse hastanede son anlarını yaşamakta iken yazı yazabilecek durumda değilse ve noter gelinceye kadar yaşama ihtimali de bulunmuyorsa sözlü vasiyetname yapma şartları doğmuştur. Bu şartlar altında bulunan kimse iki şahide organ ve doku nakli hususunda rızasını beyan etmişse sözlü vasiyetname olarak kabul edilebilir. Ancak şahitlerin vasiyetçinin son arzularını derhal hakime iletmeleri gerekmektedir.”

olur²⁶⁶. Geçerli bir sözlü vasiyetname için vasiyetçi son arzularını iki tanığa bildirmeli, iki tanık da vasiyetçinin irade beyanını yer ve tarih belirterek derhal yazıya geçirip imzalamalıdır; ayrıca, bu beyanın en kısa zamanda hâkime iletilmesi gerekmektedir. TMK md. 540 gereğince, tanıkların vasiyetçinin son arzularını en kısa zamanda sözlü olarak hâkime iletmesi ve hâkimin de bunu yazıya geçirtmesi (tutanağa bağlaması) imkânı da bulunmaktadır.

Anlaşıldığı üzere, vericinin organ nakline ilişkin irade beyanı bu üç şekilden birisi ile yapılmalıdır. Aksi halde organ bağıışı geçersizdir; bu tarz bir beyana dayanarak nakil yapan hekim varsa, onun hukuksal sorumluluğu yoluna gidilebilir.

Her ne kadar organ ve doku nakline muvafakat iradesinin vasiyetname düzenlenmesi yolu ile açıklanma imkânı bulunsa da, doktrinde bu vasiyetnamelerin öğrenme anının çoğu zaman organ nakli gerçekleştikten veya organ nakli imkanı ortadan kalktıktan sonra olduğu tespiti yapılmış ve irade beyanının geçerliliğinin ölüme bağlı tasarrufların tâbi olduğu sıkı şekil şartlarına bağlı tutulmaması gerektiği savunulmuştur²⁶⁷. Bunun yanında hukuksal bir çözüm yolu olarak, ölen kişinin organlarını bağışladığına dair yazılı bir beyanda bulunması veya vasiyetinin merkezi bilgisayarlara kaydedilmek suretiyle daha hızlı erişimin sağlanması önerilmiştir²⁶⁸.

²⁶⁶ Akıncı, Sempozyum, s. 71.

²⁶⁷ Taşkın, Ahmet; Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 129.

²⁶⁸ Taşkın, s. 129.

Hakeri'ye göre, organ ve doku nakli bakımından herhangi bir vasiyetname bulunmadığı takdirde, bazı özel durumlarda varsayılan rızadan hareket etmek mümkündür. Örneğin, ölen kimsenin kendi çocuğuna organ nakli yapılması gereken bir durumda varsayılan rızadan yola çıkılarak rızanın varlığı kabul edilmeli ve nakil işlemi gerçekleştirilmelidir²⁶⁹.

²⁶⁹ Hakeri, s. 429.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKLARI KAPSAMINDA HASTA TASARRUFLARI-ORGAN VE DOKU NAKLİ VE BENZER KAVRAMLARIN İLİŞKİSİ

I. KİŞİLİK HAKKININ SAĞLIK ve TIP HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

Haklardan yararlanan ve hak sahibi olan varlık olarak tanımlayabileceğimiz kişi, toplumda yaşayan ve hukuk düzeninde korunan bir değerdir²⁷⁰. Kişinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığı maddi bedensel değerleri; ehliyeti, onuru, saygınlığı, inancı, adı ve resmi üzerindeki hakkı manevi değerleri; mesleki-ticari onur ve saygınlığı, mesleki-ticari sırları mesleki-ticari manevi değerleri oluşturmakta; tüm bu değerlerin biraraya gelmesi ile kişilik denilen kavram ortaya çıkmaktadır²⁷¹. Sonuç olarak, kişiye bağlı ve hukuken korunan maddî, manevi ve kişisel değerler niteliği taşıyan varlıkların tümü kişilik kavramını ifade etmektedir²⁷².

²⁷⁰ Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktaç, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2002, s. 2; Zevkliler, Aydın/Acarbey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre; Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara 1999, s. 441.

²⁷¹ Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 441.

²⁷² Yar. 4. HD. T. 06.06.1972, E. 1972/14724, K. 1972/5389; "...Kişinin hayatı, sağlığı, beden ve ruh tamlığı, düşün uğraşısı, onur ve ünü, saygınlığı gibi varlıkların bütünü kişiliğini oluşturur...Yasa koyucu, kişisel varlıkları birer birer sayarak hakimi bağlamak istememiştir."(aktaran, Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 445, dpn. 17.)

Yargıtay’a göre kişilik hakkı, “...kişinin kendi özgür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır²⁷³.”

Kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki haktır. Kişilik haklarını aynı zamanda insan hakları ile örtüştüren bir görüş de bulunmaktadır²⁷⁴. Hukuk düzenimizde kişiliğin korunması ve kişiliğe bağlı haklar öncelikli olarak ele alınmış ve her zaman ön plâna çıkarılmıştır²⁷⁵.

B. Kişilik Hakkının Nitelikleri

Kişilik hakkı mutlak haklardandır. Bu niteliği gereği, kişilik hakkının koruma alanına giren tüm kişisel değerler herkese karşı korunur ve herkes bir başka kişinin kişilik hakkına saygılı olma zorunluluğu altındadır. TMK md. 23-24 gereğince kişilik hakları hem iç hem de dış saldırılara karşı hukuksal koruma altına alınmıştır. 23. maddede kişinin hak ve fiil ehliyetinden ve özgürlüğünden vazgeçemeyeceği esası getirilmekte (içsel koruma); 24. maddede ise, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına tecavüz edilen kişinin bu saldırılara karşı korunacağı (dışsal koruma) ilkesi düzenlenmektedir.

Kişilik hakkı, kişinin doğumuyla kendiliğinden kazanılır ve ölümüyle kendiliğinden sona erer. Bu nedenle, yalnızca hak sahibi tarafından kullanılabilen kişiye sıkı sıkıya bağlı ve vazgeçilemeyen haklardandır.

²⁷³ Yar. 4. HD., T. 08.09.1982, E. 1982/6084, K. 1982/7436 (aktaran **Ayan/Ayan**, s. 40.)

²⁷⁴ **Yenerer Çakmut**, (Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı), s. 47.

²⁷⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, s. 115.

Kişilik hakkı başkalarına devredilemez, ölümle sona erdiğinden mirasçılara intikal etmez. TMK md. 23 gereğince; kişilik hakkı, hukuka ve ahlâk kurallarına aykırı bir şekilde kısıtlanamaz. Kişilik hakkı, kişisel varlığı oluşturan değerlerden olduğu için parayla ölçülemez. Bunun yanında, kişilik hakları icra takiplerinin konusu olamaz; haczedilemez; iflas masasına girmez. Örneğin, tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı kişilik haklarının bu özelliklerini doğası gereği içermektedir.

C. Kişilik Hakkının Kapsamına Giren Kişisel Değerler

1. Yaşam, Sağlık ve Bedensel Bütünlük

Kişinin maddî kişilik değerleri; yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü kavramlarından oluşmaktadır²⁷⁶. Anayasamızın 17. maddesi; herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olduğunu belirtmektedir. Yaşam hakkı, kişiliğin korunmasını içeren diğer düzenlemelerle de desteklendiğinden diğer haklara göre daha belirgin bir hukuksal koruma altındadır. Yaşam hakkına karşı bilerek yapılan her saldırı mutlak olarak korunan varlığın ihlâl edilmesi nedeniyle diğer düzenlemelerin yanında Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. 17. maddenin 2. fıkrasına göre, *“tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz.”* Bu çerçevede, anayasal koruma altında olan vücut dokunulmazlığı hakkı, kişinin üçüncü kişilerin saldırılarına ve kendisine karşı bedensel bütünlüğünün korunmasıdır.

²⁷⁶ Ayan/Ayan, s. 45.

Yaşam, kişinin maddi bedensel değerlerinin en önemlisi olduğundan kişi yaşamının devamı konusunda kendisine karşı dahi korunmuştur. Beden bütünlüğü ve vücut dokunulmazlığı hakkı, kişisel olmasının yanında toplumsal bir değeri ifade ettiğinden korunması ve geliştirilmesi önem arz etmektedir. Beden bütünlüğü ve vücut dokunulmazlığı hakkıyla kişilerin beden, akıl ve ruh sağlığının korunması amaçlanmıştır; bu nedenle, gerek Anayasal gerek diğer hukuk kurallarınca örneğin ceza normlarıyla koruma altına alınmıştır. Bunun yanında, pek çok uluslararası düzenlemede bu hak yer almıştır. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi²⁷⁷ md. 3-5, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme²⁷⁸ md. 3-5 ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi²⁷⁹ md. 1-5 ile kişinin beden bütünlüğünün korunmasına ilişkin temel ilkeler uluslararası boyutta düzenleme alanı bulmuştur.

Kişi bedensel varlığını oluşturan organları, kemikleri, dokuları üzerinde kişilik hakkına sahiptir. Bu nedenle, kişinin izni olmadan klinik araştırmalar sürecinde laboratuvarında incelenmek üzere kolundan parça alınması, saçlarının tümüyle veya şeklini değiştirecek tarzda kesilmesi kişilik hakkına saldırı olarak kabul edilmektedir²⁸⁰. Beden bütünlüğüne saldırının gerçekleşmesi için kişinin yaşamını sona erdirecek düzeyde bir fiilin varlığı aranmaz.

Kişinin rızası, beden bütünlüğüne yönelik her türlü müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemektedir. Örneğin, Türk hukukunda kişinin rızası dahi ötanazi

²⁷⁷ R.G. 27.05.1949 T., 7217 S.

²⁷⁸ R.G. 19.03.1954 T., 8662 S.

²⁷⁹ R.G. 09.12.2003 T., 25311 S.

²⁸⁰ Zevkililer/Acarbey/Gökyayla, s. 450.

bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemektedir. Rızanın müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilmesi için rızanın ahlaka, adaba ve kanuna uygun olması şartlarının varlığı aranmaktadır. Bu nedenle kişinin rızası alınmadan ya da geçersiz rızasına dayanarak yapılan her türlü tıbbî müdahale, kişilik hakkına saldırı niteliği taşımaktadır.

a. Tıbbî Müdahaleler

Tıbbî müdahaleler çalışmamızın birinci bölümünde de ayrıntısıyla incelendiği üzere, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade etmektedir. Kişinin hayatı, sağlığı ve beden bütünlüğü kişiliği kapsamında yer almakla birlikte; tıbbî müdahaleler hukuka aykırı ise, kişilik haklarını ihlâl edici sonuçlar doğurmaktadır. Bu bağlamda, hastanın sağlığına kavuşması amacıyla gerçekleştirilen tıbbî müdahalelere rıza göstermesi, müdahalenin tedavi amaçlı olması ve tıp biliminin kurallarına uygun bir şekilde yapılması sonucunda hukuka uygun bir tıbbî müdahalenin varlığı söz konusu edilebilecektir.

b. Organ ve Doku Nakli

Canlıların vücutlarını oluşturan uzuvlardan her biri organ olarak tanımlanırken, bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütününe de doku denilmektedir²⁸¹.

²⁸¹ (tr.wikipedia.org) (01.11.2011).

Organ ve doku nakli tıbben cerrahi bir faaliyet neticesinde gerçekleştirilmektedir. Organ ve doku nakli ile amaçlanan başka bir organizmada veya cerrahi faaliyete konu olan kişinin kendi organizmasında yaşayan doku veya organın (beyin hariç), ya başka bir kişiye nakledilmesi veya kendi organizmasında ihtiyaç duyulan başka bir yere nakledilmesidir. Buradan hareketle, organ nakli kavramı içinde “*Homoplastisch*”, “*Autoplastisch*” ve “*Heteroplastisch*” organ nakillerini birbirinden ayırmak gerekmektedir. Homoplastisch organ nakillerinde hem canlı hem de ölü vericilerden alınan doku ve organlar ihtiyaç içinde bulunan insan alıcılara nakledilmekte; böylece, naklin iki tarafını da insan oluşturmaktadır. Autoplastisch organ nakillerinde nakle konu teşkil eden iki ayrı organizma söz konusu olmamakta, verici ve alıcı tek yani aynı kişi olup vücudun kendine has ve ait olan dokusu aynı vücut içinde ihtiyaç duyulan başka bir kısmına nakledilmektedir. Heteroplastisch organ nakillerinde ise, alıcı ve verici tarafı iki ayrı ve birbirinden bağımsız organizma teşkil etmekte, fakat alıcı taraf insan iken verici taraf hayvan olmaktadır²⁸².

Organ ve doku nakli hekimler kadar hukukçuları da ilgilendirmektedir. Zira, yaşayan kişi veya cesetten organ ya da doku alındığı için bir yandan kişilik hakkına müdahale söz konusu olmakta iken; diğer yandan, bu müdahale sağlık kazandırma ve tedaviyi gerçekleştirme gibi üstün bir amaç taşımaktadır. Ancak bu türden tıbbî girişimlerde iki menfaat çatışmaktadır²⁸³. Türk hukukunda organ ve doku nakli hususundaki temel esasları belirlemek ve bu konudaki uyuşmazlıkları çözmek

²⁸² **Sarıal**, Enis; Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, s. 4.

²⁸³ **Dural**, Oğuz; Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s. 104.

amacıyla 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun²⁸⁴ (ODNK) çıkarılmıştır.

Organ bağışı ve organ nakli kavramları hukuken birbiriyle sıkı ilişki içinde bulunan iki kavramdır. Organ bağışı kişinin sağlığında ya da öldükten sonrası için organlarının kronik organ hastası olan kişilere nakledilmesi için bağışlamasıdır. Organ nakli ise, başka hiçbir tıbbî çözüm olmadığı için bir insanın organ veya dokularının ihtiyacı olanlara bağışladıktan sonra, bu organ veya dokuların tedavi amacıyla nakledilmesidir²⁸⁵. Bir diğer tanıma göre, organ veya doku nakli, bir bağışlayıcıdan (vericiden) bir alıcıya iyileştirme amacıyla doku veya organların nakledilmesidir²⁸⁶.

Öte yandan, Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nde organ ve doku nakline ilişkin hükümler yer almaktadır. Özellikle, söz konusu bu sözleşmenin 19. maddesi organ ve doku nakli yapılabilmesi için genel kuralı düzenlemektedir. Buna göre, yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir. Organ ve doku nakli yapılabilmesi için gerekli muvafakat beyanı md. 5'te belirtildiği üzere açıkça ve belirli bir şekilde, yazılı olarak veya resmi bir makam önünde verilmiş olmalıdır. Sözleşmenin 20. maddesinde ise, organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması amacıyla

²⁸⁴ K.T. 29.05.1979, R.G. 03.06.1979 T., 16655 S.

²⁸⁵ **Akyıldız**, Sunay; “2238 Sayılı Yasa ve Hasta Hakları Boyutu ile Organ Bağışı”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyumu Notları, İstanbul 2007, s. 289.

²⁸⁶ **Hakeri**, s. 424.

bir hüküm yer almaktadır. Keza, 5. maddeye göre, muvafakatını açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamaz. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına şu şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir²⁸⁷: Muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması; alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması; bağışın alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması; 6. maddenin 2 ve 3. fıkralarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması; muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun kapsamında iki tür organ nakli söz konusudur. Bunlar ölü vericiden organ nakli ve sağlar arası organ naklidir.

aa. Ölü Vericiden Organ ve Doku Nakli

Hukuk düzenimiz kişiyi sadece sağlığında değil, ölümünden sonra da üçüncü kişilerin her türlü saldırısına veya tecavüzüne karşı korumaktadır. Bu korumanın bir sonucu olarak, ölen kişinin herhangi bir beyanı olmaksızın onun cesedinden organ ya da doku alınması, başta Türk Hukuku olmak üzere Alman, Amerikan ve diğer hukuk düzenlerince de hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir²⁸⁸. Her geçen gün artan

²⁸⁷ Bu bende Türkiye çekince koymuştur. Bu nedenle ülkemizde uygulanmamaktadır.

²⁸⁸ Akıncı, Şahin; “*Türk Özel Hukukunda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler*”, Prof. Dr. Halil Cin’ e Selçuk Üniversitesi 10. Hizmet Yılı Armağanı (Armağan), Konya 1995, s. 428.

organ nakli ihtiyacı, ölüden organ alımını kolaylaştırıcı hukuksal düzenlemelerin yapılmasına yönelik bazı fikirlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Ölü vericiden organ ve doku nakillerinde verici bir cesettir. Cesetten alınan organ ve dokular, alıcı konumundaki canlı bir insana nakledilmektedir. Ölülerden organ ve doku naklinde, bilimsel amaçlarla, teşhis ve tedavi amacıyla hareket edilebilir²⁸⁹. Yaşayan bir kimseye ölüden organ veya doku nakli için en başta ölüm anının tespiti gerekir. Organ ve doku nakli bağlamında ölüm anının tespitiyle ilgili olarak hukuksal düzenlemelerle kabul edilmiş olan çeşitli modeller mevcuttur. Bunlar rıza ve anlaşma modeli, itiraz modeli ve zaruret modelidir.

aaa. Ölüden Organ Alınmasında Kabul Edilen Başlıca Hukuksal Yöntemler

a.1. Rıza ve Anlaşma Yöntemi

Rıza ve anlaşma yöntemine göre cesetten organ veya doku alınabilmesi için kişinin sağlığında bu konuda açıkladığı olumlu bir iradesinin bulunması ya da kişi öldükten sonra yakınlarıyla organ ve doku nakli konusunda anlaşmış olması gerekmektedir. Bu yöntemde, hukuken öncelikle kişinin sağlığında bu konuda olumlu bir irade beyanının bulunup bulunmadığına bakılır. Eğer böyle bir irade beyanı varsa, yakınlarının rızası araştırılmaksızın ölünün organ ya da dokuları

²⁸⁹ Aydın, M., s. 23; Hakeri, s. 426.

alınabilir. Fakat, ölen kişinin sağlıklı iken açıklamış bulunduğu bir iradesi mevcut değilse, yakınlarının rızasının varlığı mutlaka araştırılmalıdır²⁹⁰.

Bu yöntemin benimsenmesinin en temel nedeni, açık bir irade beyanını teminat altına almasıdır. Vericinin geçerli rızasının mevcut olması olası hukuksal uyuşmazlıkların önüne geçeceğinden hukuka uygunluk açısından kimsenin şüphesi bulunmamaktadır.

Bir kimse ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurmak üzere irade açıklayabilir ve bu amaçla hukuksal işlemler yapabilir. Bu tür işlemler ölüme bağlı tasarruflardır. Ölüme bağlı tasarruf ile yapılan irade beyanının geçerli olabilmesi için, ölüme bağlı tasarruflarda aranan şekil ve geçerlilik şartlarına uyulmalıdır. Sözlü vasiyet, resmi vasiyetname ve el yazılı vasiyetname ile ölen kişi sağlığında organlarının bağışı ile ilgili irade beyanında bulunabilir.

Esas olan ölenin irade beyanı ile organ naklidir. Fakat bu genellikle mümkün olamamaktadır. Bu durumda da yakınlarının olası bir organ nakline rızalarının olup olmayacağı araştırılır. Verici sağlığında organ nakli konusunda iradesini açıklamamışsa, cesetten organ ya da doku alınmasına izin verme hakkı ölümle birlikte yakınlarına geçer²⁹¹. Böyle bir durumda vericinin, sağlığında organ ya da doku naklini yasaklamamış olduğunun tespiti gereklidir.

²⁹⁰ Akıncı, (Armağan), s. 429.

²⁹¹ Akıncı, (Sempozyum), s. 72.

a.2. İtiraz Yöntemi

Kıta Avrupası hukuk düzeninde başta Belçika olmak üzere, Fransa ve İsviçre'nin bazı kantonları tarafından da benimsenmiş olan bu yöneme göre, ölünün ya da yakınlarının organ ya da doku aktarımına karşı herhangi bir itirazları olmadığı zaman ölüden nakil caizdir. İtiraz yönteminde her ne kadar bir olumlu irade beyanı olmasa da organ alımını meşru hale getiren vericinin organ alımına karşı itiraz etmemesidir.

İtiraz yöntemi bağlamında olmak üzere, ölüden organ ya da doku alınmasının yakınlarının şahsiyet haklarıyla ilgisi olmadığı, ölenin rızası yerine yakınlarının rızasının ikame edilemeyeceği ve dolayısıyla da yakınların itiraz haklarının olmadığı ileri sürülmüştür²⁹². İtiraz modelinin kabul edilmesi halinde kişinin yaşarken ve yakınlarının da öldükten sonra organ alımına izin vermesi mümkündür. Bu nedenle böyle olumlu bir beyanın da dikkate alınması gerekir.

İtiraz yönteminin temelinde kesin olmayan (adi) bir karine yatmaktadır. Bu karine vericinin organ ya da doku alınıp alıcıya nakline ilişkin yasaklayıcı bir red beyanının olmadığına dair bir kabul karinesidir. Ölenin ya da yakınlarının bir itirazı yoksa cesetten organ ya da doku alınabilir. Öldüğü zaman cesedinden organ ya da doku alınmasını istemeyen kimseler, yaşarken bu yöndeki olumsuz iradelerini açıklamak zorundadırlar. Sağlığında itiraz etmeyen kimse, öldükten sonra cesedinden organ ya da doku alınmasına zımni olarak rıza göstermiş demektir. Böyle bir itirazı

²⁹² Akıncı, (Armağan), s. 432.

olmadan ölüm gerçekleşmişse, yakınlar itiraz edebilirler; ancak, böyle bir itirazın varlığı halinde organ ya da doku alınamaz²⁹³.

Bununla birlikte, itiraz yönteminde iki yönden vericinin ve yakınlarının hakları ihlal edilmektedir. Birincisi, yakınların ölüye saygı duyulması hususunda ceset üzerinde hakları vardır ve onların bu hakları ihlâl edilmektedir. İkincisi de herkesin öldükten sonra potansiyel bir verici olarak görülmesidir ki, bu yaklaşımın hukuken doğru olduğu düşünülemez.

a.3. Zaruret Yöntemi

Zaruret yöntemine göre, genellikle ölünün veya yakınlarının iradesi olmaksızın ve hatta onların açıkladığı iradenin aksine ölüden organ alınması mümkündür. Bu kapsamda olmak üzere, kendisinden organ veya doku alınacak olan vericinin ya da yakınlarının menfaati ile alıcının menfaati karşılaştırılır ve sonuçta, alıcının menfaati daha ağır bastığından onun lehine karar verilmektedir²⁹⁴.

Ölen kişinin aleyhine sınırsız bir müdahaleye izin veren zaruret yöntemi, alıcı lehine önemli imkânlar tanımaktadır. Buna karşılık, itiraz yönteminde tanınan itiraz hakkı, müdahalenin kapsamını oldukça daraltmaktadır.

²⁹³ Akıncı, (Sempozyum), s. 73.

²⁹⁴ Akıncı, (Armağan), s. 433.

a.4. Türk Hukukunda Durum

Ölü vericiden organ ve doku nakli bağlamında, 2238 sayılı ODNK kural olarak rıza ve anlaşma yöntemini benimsemiş olmakla birlikte, diğer yöntemlere de sınırlı hallerde yer vermiştir²⁹⁵. Bu bakımdan, yasa koyucu tarafından ODNK md. 14/ 1’ de *“bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını; tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetnameyle 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”* şeklindeki hükme yer verilmiştir. Aynı maddenin II. fıkrasında, aksine bir vasiyet ya da beyan olmadığı takdirde, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınabileceği yönünde bir düzenleme yapılmıştır. ODNK md. 14 fıkra IV’te²⁹⁶ ise, zaruret yöntemi benimsenmiştir. Bu hükme göre, kaza veya doğal afet sonucunda bir kişinin yaşamını kaybetmesi ve ölüm anında yanında eşi, reşit çocukları, annesi, babası veya kardeşlerinden birisinin bulunmaması durumunda gerekli sağlık raporu da alındıktan sonra naklin yapılmasında ivedilik ve tıbbî zorunluluk halleri de mevcut olduğu takdirde artık bir rıza ve vasiyet aranmaksızın organ veya doku nakli yapılabilir.

²⁹⁵ Akıncı, (Sempozyum), s. 74; Hakeri, s. 429.

²⁹⁶ ODNK md. 14/IV: *“Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.”*

bbb. Ölüden Organ Nakli İçin Gerekli Şartlar

b.1. Ölüm ve Ölüm Anının Tespiti

Ölüden organ ya da doku nakli için gerekli olan ilk ve asli şart ölüm olgusunun varlığıdır. 2238 sayılı ODNK md. 11' e göre; tıbbî ölüm hali, ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri, kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulunca oybirliği ile saptanır. Kanun'un 12. maddesinde ise; alıcının tedavi eden hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması ve naklinde görev alacak hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaklanmıştır. Bu hükmün konulmasının sebebi, organ naklinde, diğer tıbbî müdahalelerden farklı olarak bir menfaat çatışmasının bulunmasıdır²⁹⁷. Bunun yanında, hekimlerin etik değerlere uygun hareket etmeleri gerekmektedir ve bu bağlamda, hasta yakınlarının hekime duyduğu güven zedelenmemelidir.

Ölüm, kişiye canlılık katan dolaşım, solunum ve sinir sistemi fonksiyonlarının kendi başına çalışmalarının durması ve ancak birtakım araçlarla bu fonksiyonlar tekrar faaliyete geçirildiğinde kendi başına çalışmaya gücünün olmaması haline denir²⁹⁸. Ölümler meydana geliş şekillerine ve zamanlarına göre doğal ölüm, zorlamalı ölüm, patolojik ölüm gibi çeşitlere ayrılmaktadır. Solunum,

²⁹⁷ **Parlak**, s. 210.

²⁹⁸ **Gök**, Şenay; Adli Tıp, İstanbul 1983, s. 5; **Özel**, Çağlar; “*Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler*”, AÜHFD, C. 51, S. 1, 2002, s. 47 vd.

dolaşım ve sinir sistemlerinin çökmesi ve bu üç büyük faaliyetin birlikte durması sonucu ölüm meydana gelmektedir. Bu şekildeki ölüme, somatik ölüm yani bedensel ölüm denilmektedir. Ölümden sonra vücutta bazı biyolojik faaliyetler bir süre daha devam eder. Organ ve hücrelerde biyolojik fonksiyonun durmasına ise, selüler ya da moleküler ölüm denilmektedir²⁹⁹. Kişinin somatik ölümünden sonra biyolojik ölümü gerçekleşir.

Organ nakli bağlamında ölü vericiden organ ya da doku alımında, organ ya da dokunun biyolojik hayatının devam etmesi gerekmektedir. Alınan organın biyolojik fonksiyonu bulunmuyorsa nakledilen yerde durmayıp alıcı vücut tarafından reddedilmekte ve amaca ulaşılammaktadır. Biyolojik hayatın devam etmesi için ölü olarak adlandırılan kişide, gerçek ölüm halinin oluşmaması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, organ nakli söz konusu olduğunda somatik ölümün oluşması gerekir; ancak, biyolojik ölüm meydana geldiği takdirde nakledilen organ alıcıda yaşamını devam ettiremeyecektir.

Ölümün bilimsel olarak tanımı hususunda ortak bir görüş yoktur. Aslında ölümün tanımından ziyade ölüm anının tespiti üzerinde durulmuş ve tanım da bu açıdan yapılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda, beyin ölümü ve biyolojik ölüm kavramları ileri sürülmüştür³⁰⁰.

Tıbbî ölüm olarak ifade edilen bir ölüm daha vardır ki bu, esasen beyin fonksiyonlarının geri dönüşümsüz olarak tamamen kaybolmasıdır. Bir cihaz yardımı

²⁹⁹ Özden, Sinan; Adli Tıp El Kitabı, İstanbul 1993, s. 56.

³⁰⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 16-17.

ile vücut fonksiyonlarını yerine getirse de bu cihaz vücuttan ayrıldığında fonksiyonlar duracaksa o kişi ölmüş demektir. Bu noktada kişinin ne zaman öldüğü önem taşır ve bu konuda da görüşler ileri sürülmüştür.

Organ ve doku naklini başarılı bir şekilde gerçekleştirebilmek için ölüm anının tespiti önem arz etmektedir. Vericinin ölmüş olması yanında, vericiden alınacak organın fonksiyonunu devam ettiriyor olması gerekmektedir. Bu da ölüm anından itibaren belirli bir süre devam ettiği için ölüm anının doğru tespiti önem teşkil etmektedir. Keza, ölüm anı, ölümün teşhisi; cesedin defni, tahnit, otopsi bakımından da önem taşımaktadır³⁰¹.

Yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere ölümün tespiti noktasında iki ana görüş ileri sürülmüştür. Bunlar klâsik ölüm anlayışı ve beyin ölümü anlayışıdır.

Klâsik (geleneksel) ölüm anlayışına göre; kişiye canlı olma özelliği veren dolaşım, solunum ve sinir sistemi fonksiyonlarının bağımsız olarak çalışma yeteneklerini kaybetmesi ve bunun yanında bazı araçlar aracılığıyla bu sistemlerin fonksiyonları tekrar harekete geçirildiğinde yeniden kendi başına çalışma gücünün olmaması hali ölüm olarak tanımlanmıştır³⁰².

Dünya Sağlık Örgütü'nün 1951 tarihli bir kararında ifade edilen bir anlayışa göre, yaşamanın gerçek belirtileri sayılan kalp atışlarının ve solunumun durması

³⁰¹ **Özel**, s. 52-53; **Öztürel**, Adnan; “*Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri*”, AÜHFD, C. XXX, S. 1- 4, 1973, s. 458.

³⁰² **Yenerer Çakmut**, (Tıbbi Müdahaleye Rıza), s. 164; **Akıncı**, Şahin; Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar (Biyolojik Madde Nakli), Ankara 1996, s. 102.

biyolojik ölümdür. Böylece son kalp atışı ve son nefesle ölüm gerçekleşmiş sayılacaktır³⁰³. Ancak, kalbin yeniden çalıştırılması gibi tıp biliminde gerçekleştirilen yeniden canlandırma yöntem ve aletleri karşısında klasik ölüm anlayışının yetersiz hale geldiği ifade edilmektedir³⁰⁴.

Solunumun veya dolaşımın tek başına durması ölümün tespiti bakımından yeterli bir ölçüt değildir. Zira, solunum veya dolaşım durduktan sonra bazı cihazlar yardımıyla yaşamın devamı sağlanabilmektedir³⁰⁵.

Beyin ölümü, beynin kişinin vücudunu yönetme imkan ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşümsüz olarak kaybetmesidir³⁰⁶. Diğer bir anlatımla, beyin ölümü anlayışı beynin kan akımının durması ve beyin sapı reflekslerinin tamamen ve geri dönüşümsüz olarak kaybı ile gerçekleşen ölüm hali olarak ifade edilebilir.

Beyin ölümünün gerçekleştiğinin tespiti organ nakli bakımından önem arz etmektedir. Zira, beyin ölümü, biyolojik ölümün habercisidir. Hasta koma haline girdikten sonra, kısa bir süre daha yaşatılabilir. Beyin ölümü tanısında yapılabilecek bir hata, insan hayatının sona ermesine sebep olabilir³⁰⁷.

Bugün için geçerli olan bir kıstasa göre ölüm, beyin hücrelerinin tümüyle işlevlerini yitirerek ölmesi anından itibaren başlamakta ve yavaş yavaş devam

³⁰³ **Gürzumar**, Osman Berat; “*Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 s. Kanun Üzerine Düşünceler*”, Ankara Barosu Dergisi, Mayıs 1991, s. 374.

³⁰⁴ **Atamer**, Yeşim M.; “*Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar*”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Y. 19- 20, S. 1- 2, s. 138.

³⁰⁵ **Taşkın**, s. 119.

³⁰⁶ **Yenerer Çakmut**, (Tıbbi Müdahaleye Rıza), s. 165.

³⁰⁷ **Taşkın**, s. 120.

etmektedir. Tüm vücudu kumanda altında tutan merkezi sinir sistemi organı olan beynin vücudu yönetme olanak ve yeteneği tümüyle ve geriye dönülemeyecek derecede kaybolduğu an, beyinsel ölümün gerçekleştiği andır³⁰⁸.

Günümüzde beyin ölümü anlayışı tıp hukukunda genel olarak kabul görmektedir. Ölüm anının tespiti birçok bakımdan önem arz etmektedir. Kişinin ölümünün beyin ölümü olarak ortaya konulması, mekanik yardımla organları yaşatılabilen kişinin organ nakli amacıyla organlarının alınmasını mümkün kılmaktadır. Beyin ölümü gerçekleşmiş olan bir kişi, artık yaşamını devam ettiremeyecek bir durumdadır. Kalp fonksiyonu ve dolaşım yapay olarak devam ettirilse bile beyin ölümünün gerçekleşmesi kişinin ölümü olarak kabul edilmektedir. Organ naklinde ise, ancak organ hayatiyetini devam ettiriyorsa nakil yapılabilir. Aksi halde biyolojik olarak nakil imkânsızdır. Tıp biliminde “kalbi atan donör” kavramı bu durumu anlatmak üzere ortaya atılmıştır. Kalbi atan donör, respiratör (solunum cihazı) ile solunum temin edilmesine ve kalbi atmasına rağmen hayatta olmayan kişidir³⁰⁹.

Beyin ölümü ya da tıbbî ölüm, en ufak bir şüpheyi yer vermeyecek şekilde tespit edilmelidir. Ülkemizde Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nde beyin ölümü klinik bir tanı ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl (geri dönülemez) kaybı olarak tanımlanmaktadır. Bunlar ele alındığında temel olarak uygulanan metot üç aşamada incelenebilir³¹⁰:

³⁰⁸ **Gürzumar**, s. 375.

³⁰⁹ **Taşkın**, s. 121.

³¹⁰ **Atamer**, s. 129- 132.

İlk aşamada, beyin ölümü teşhisi konulabilmesi için, bazı ön koşullar aranacaktır. Bu ön koşullar, hastanın asli ya da tali bir beyin hasarına uğramış olması ve buna benzer belirtileri nedeniyle karışma ihtimali gösteren diğer bazı rahatsızlıkların bulunmadığının tespitidir.

İkinci aşamada, beyin ölümünün oluştuğunu belirtecek klinik bulguların teşhisi gerekir. Bunlar derin koma, beyin sapı reflekslerinin tam kaybı ve kendiliğinden solunum durmasıdır.

Üçüncü aşama ise, ikinci aşamada aranan bulguların belirli bir süre devamının aranmasını gerektirir.

Ölümün hangi metoda göre belirleneceği Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek 1' de ortaya konulmuştur³¹¹. Burada, beyin ölümü yöntemi kabul

³¹¹ Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek 1:

“ Beyin Ölüm Kriterleri

Tanım : Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır.

İrreversibl komanın temel bulguları :

I) Beyin ölümüne karar vermek için komanın aşağıdaki nedenlere bağlı olmaması, a) Primer hipotermi, b) Hipovolemik ya da hipotansif şok, c) Geriye dönüşüm sağlayabilecek intoksikasyonlar (barbitürat ve diğer sedatifler, depresan ve narkotik ilaçlar) ile metabolik ve endokrin bozukluklar,

II) Bilincin tam kaybı,

III) Spontan hareketin bulunmaması. Aşağıda bulunan durumlar beyin ölümü tanısını ekarte ettirmez.

a) Derin tendon reflekslerinin alınması, b) Yüzeysel reflekslerin alınması, c) Babinski refleksi alınması, d) Solunum benzeri hareketler alınması, (omuz elevasyon ve adduksiyonu, önemli tidal volum değişikliği olmaksızın interkostal genişleme) e) Patolojik fleksiyon ve ekstensiyon cevabı dışındaki spontan ekstremiteler hareketleri,

IV) Ağrılı uyaranlara serebral-motor cevap alınamaması,

V) Spontan solunum bulunmaması,

VI) Beyin sapı reflekslerinin tamamen kaybolması,

a) Beyin ölümünde pupiller parlak ışığa yanıtız ve dilatedir (4-9 mm) b) Kornea refleksi yokluğu, c) Vestibulo-oküler refleks yokluğu, d) Okülosefalik refleks yokluğu, e) Feringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu,

VII) Apne testi :

Apne testi uygulanabilmesi için, Arterial pO₂ ve pCO₂ değerleri normal olmalıdır (pCO₂ 40 mmHg ve üzerinde). Bu koşullarda hasta 10-30 dakika süre ile %100 oksijen ile ventile edilerek arteriyel oksijen basıncının 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta

edilmiş ve bu yöntemle göre ölümün nasıl belirleneceğine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

b.2. Rıza

Ölü vericiden organ nakli gerçekleştirilebilmesi için aranan ikinci önemli şart, rıza konusuyla ilgilidir. Kişi öldükten sonra rızasının alınması mümkün olmayacağına göre, organ naklinde ölmeye önce verilecek rıza önem taşımaktadır.

Ölüm organ naklinde alıcı durumunda bulunan ve yaşamı organ nakline bağlı olan kişinin menfaati ile ölümünden sonra olsa dahi vücut bütünlüğüne bir müdahale yapılacak olan ve bu müdahaleden hiçbir çıkarı olmayan vericinin menfaati çatışmaktadır³¹². Kişilik hakları müdahalenin nasıl olacağına ilişkin genel çerçeveyi çizmektedir; zira, vücut bütünlüğüne yönelik olarak yapılan organ nakli aynı zamanda kişinin kişilik haklarına ilişkin doğrudan bir müdahale niteliği de taşımaktadır.

mekanik solunum desteğinden ayrılarak trakea içerisine en az 8-10 dakika süre ile 6 lt. dakikada oksijen uygulanmalıdır. Bu uygulamalara rağmen spontan soluma yoksa apne veya kan gazlarında pCO2 basıncı 60 mmHg veya üzerinde ise spontan soluma hareketi yoksa apne testi pozitifdir.

Beyin ölümü tanısı konan hastalarda

** Daha önce tanısı konulmuş bir nedenle hasta irreversibl koma tablosuna girmişse en az 12 saat, etyolojisi bilinmeden gelişen tablolarda en az 24 saat bu koşulların değişmeden devamlılığı gözlenmelidir.*

** Klinik beyin ölümü tanısı almış hastalarda, hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemiyle beyin ölümü teyid edilmelidir.*

** Hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra hastaya uygulanan tıbbi destekler kesilebilir.*

** Hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra yaşam desteğinin kesildiği durumlar:*

1- Hastanın organ veya organlarının transplantasyon için kullanılmasına hasta yakınının izin vermesi, 2- Hasta yakınlarının yaşam desteğinin kesilmesine izin vermesidir.”

³¹² Aydın, M., s. 32.

Öluden organ nakli yapılabilmesi için rızanın irade beyanı ile açıklanmış olması gerekmektedir. Öncelikle ölen kişinin iradesinin varlığı araştırılmalıdır. Ölen kişi iradesini çoğu kez bir vasiyetname aracılığıyla açıklayabilmektedir³¹³. Ölü vericiden organ naklinde, verici sağlığında nakle ilişkin irade beyanını ortaya koymamışsa cesetten organ ya da doku alınmasına izin verme hakkı ölenin yakınlarına geçer. Ancak, ODNK md. 14/ 3 hükmü gereğince vericinin, sağlığında organ ya da dokularının alınmasını yasaklamamış olması gerekir.

ODNK md. 14'te cesetten organ ya da doku alınmasına izin verecek olan yakınlar sırasıyla; “ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi” şeklinde sayılmıştır. ‘Sırasıyla’ ibaresi kanun metninde yer aldığı için ilk önce rızası araştırılacak olan kişi ölenin eşidir. Eğer ölenin eşi izin vermemişse, diğer yakınların iznini araştırmaya gerek yoktur. Eş izin vermişse organ ya da doku alımına, diğer yakınlar karşı çıksa dahi cesetten organ ya da doku alınabilir³¹⁴. ODNK md. 14'teki yakın kavramı sadece, ölen kişi ile hısımlık veya mirasçılık ilişkisi içinde bulunan kimseleri kapsamamaktadır. Keza, kanun metninde, bazı yakınlar açıkça sayılmış; “bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakını muvafakat edebilir” ibaresi ile tahdidi sayma yapılmadığı vurgulanmıştır. Yine, kanunda ölüm anında yanında bulunan yakınları denildiğine göre, ölüm anında vericinin yanında bulunmayan yakınları araştırmaya gerek bulunmamaktadır.

³¹³ Ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm II. C. Tıbbi Vasiyetin Bir Türü Olan Organ ve Doku Vasiyeti.

³¹⁴ **Akıncı**, (Sempozyum), s. 72.

2238 sayılı ODNK’de ölü vericiden organ ya da doku alınmasında genel olarak rıza yöntemi benimsenmiştir. Ancak kanun, istisnaen iki halde rıza yönteminden uzaklaşmaktadır.

Ölen kişinin sağlığında açıkladığı olumlu bir irade beyanı olmamasına rağmen, vericiden organ ya da doku alımını yasal hale getiren itirazsızlık söz konusu ise zımni rızanın var olduğu kabul edilmektedir. Zira, kişi öldüğünde kendisinden organ ya da doku alınmasını istemiyorsa bu iradesini sağlığında açıklamış olmalıdır. Bu konuda itirazı bulunmayan kimsenin ölümünden sonra cesedinden organ ya da doku alınmasına zımni olarak rıza göstermiş olduğu varsayılır. Ancak bu halde ölenin yakınlarının da, cesetten organ ya da doku alınmasına itiraz etmemiş olması gerekir. Aksi halde nakil, yine gerçekleştirilemeyecektir.

Rızanın gerekli olmadığı ikinci hal ise, zorunluluk durumundan doğmaktadır. Zorunluluk kapsamında ölü vericiden organ ya da doku alınabilmesi için alınacak organ ya da dokuya alıcının acilen ihtiyaç duyması gerekir. Bu durumda alıcının sağlığına kavuşma yönündeki haklı menfaati ile ölenin yakınlarının cesedin bozulmaması, cesede saygı gösterilmesi şeklindeki menfaatleri çatışmaktadır. Menfaat çatışması halinde üstün menfaat korunacaktır; çatışan menfaatlerin tartılmasını gerektiren bu gibi durumda üstün menfaat sağlığına kavuşmak isteyen alıcının yaşam hakkıdır. Zorunluluk durumunda da ölen kişinin sağlığında ya da yakınların ölümünden sonra cesetten organ ya da doku alınmasına itiraz etmemiş olmaları aranır. Aksi halde, cesetten organ ya da doku alınamayacaktır.

bb. Sağlararası Organ ve Doku Nakli

aaa. Genel Olarak

Organ nakli tıbbî bir müdahaleyi zorunlu kılmakta ve yapılacak bu müdahale sonucunda, bir insan vücudundaki bir organ veya doku başka bir kişinin vücuduna nakledilmektedir³¹⁵. Anayasamızın 17. maddesinin ikinci fıkrasına ve TMK md. 24'e göre; kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar veya kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması hukuka aykırılığı ortan kaldırır. Bu kurala göre, vücut bütünlüğüne aykırı olan organ nakli uygulaması kişinin kendi rızasına dayanıyorsa hukuka uygun sayılabilecektir.

ODNK'nin 1. maddesinde kanunun amacı tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin düzenlenmesi şeklinde belirlenmiştir. Kanunun kapsamına insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku girmektedir. Buna karşılık; otogref³¹⁶, saç ve deri aşılması ve nakli ile kan transfüzyonları bu kanun kapsamı dışında bırakılmış ve genel hükümlere tabi tutulmuştur. Organ nakli üstün ve ahlaki bir amaca hizmet ettiğinden, bir bedel veya başkaca bir çıkar karşılığı organ ve doku alınması veya satılması yasaklanmıştır. Kanunun 7. maddesi hükmü gereğince, hekimler bakımından “bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetme” yükümlülüğü getirilmiştir.

³¹⁵ Sarıal, s. 4.

³¹⁶ Otogref, “Kişinin bir bölgesindeki kendi dokusunun bir başka bölgeye nakledilmesi anlamındadır. Örneğin, kişinin kendi derisinden bir bölümün alınıp aynı kişinin bir başka deri bölgesine nakledilmesi bir otogref örneğidir.”, (<http://www.saglik.im/doku-ve-organ-nakilleri-transp-lantasyon/>) (05.11.2011).

bbb. Canlıdan Organ Nakli İçin Gerekli Şartlar

b.1. Naklin Yetkili Kişilerce ve Gerekli Donanıma Sahip Sağlık Kuruluşlarında Yapılması

Organ nakli bir tıbbî müdahale niteliğinde olduğundan, tıbbî müdahalelere ilişkin kurallar çerçevesinde gerçekleştirilecektir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da kimlerin tıbbî müdahalede bulunabilecek kişiler arasında yer aldığı sınırlayıcı bir şekilde sayılmıştır. Bu kanunun ilgili maddelerine (md. 3, 29, 30, 47, 63) göre; tıbbî müdahalede bulunabilecek resmi ehliyetli kişiler hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşirelerdir³¹⁷.

Organ nakli cerrahi bir tıbbî müdahaledir ve bu nedenle, resmi ehliyetli kişilerden sadece hekimlerin ve ağız-diş sağlığı ile ilgili bir organ veya doku aktarılması söz konusu olduğunda diş hekimlerinin gerçekleştirebileceği kabul edilmelidir. Bu müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin bu tür cerrahi müdahaleler konusunda uzman bir hekim olması gerektiği gibi, yardımcı personelin de bu konuda yetişmiş ve deneyimli sağlık teknisyeni veya teknikeri olması gerekmektedir. Bunun yanında bu tür tıbbî müdahaleler, sadece böyle bir müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için gerekli teknik donanımın bulunduğu sağlık kuruluşlarında gerçekleştirilmelidir³¹⁸. Nitekim, ODNK md. 10'da, organ ve doku alınması,

³¹⁷ Şahiniz, Salih; “Bir Tıbbî Müdahale Türü Olarak Sağlar arası Organ Nakli”, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 729.

³¹⁸ Şahiniz, s.729.

saklanması, aşılması ve naklinin bu işler için gerekli personele sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunluluğu getirilmektedir.

b.2. Müdahaleden Önce Gerekli İncelemelerin Yapılmış Olması

Organ naklinin başarılı olabilmesi için alıcının vücudunun doku yapısı ile nakledilecek organ veya dokunun uyumlu olması gerekmektedir. Bu şartın varlığı, ancak nakil işlemi gerçekleştirilmeden önce yapılacak olan çeşitli incelemeler neticesinde ortaya çıkacaktır. ODNK md. 9'a göre; organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbî inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunluluğu bulunmaktadır. Organ naklinin yapılması gerekli bu incelemeler ve tetkikler yapılmaksızın gerçekleştirilmesi vücuduna tıbbî müdahale uygulanan kişinin rızası alınmadan önce aydınlatılmamış olması ile aynı hukuki sonuçları doğuracaktır. Diğer bir anlatımla, tıbbî müdahalenin kişinin vücut bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir müdahale teşkil etmesi anlamına gelecektir³¹⁹.

b.3. Alınan Organın Vericinin Hayatına Son Verecek ya da Hayatını Tehlikeye Sokacak Nitelikte Olmaması

ODNK 8. maddesi gereğince, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır. Buna göre,

³¹⁹ Şahiniz, s.730.

vericinin hayatını tehlikeye sokmayacak veya hayatını mutlak surette sona erdirmeyecek her türlü organın alınması mümkündür.

Doktrinde bir görüşe göre, kişinin hayatına son verecek ya da onun toplum ve ailesine karşı olan görevlerini yerine getirmesini engelleyecek organların verilmesi ODNK 8. madde hükmü ile yasaklanmıştır. Bu görüşe göre, insan organizmasının kısa sürede yenileyebileceği dokuların nakline bir engel yoktur. Oysa, kalp gibi hayati önemi olan bir organın canlı bir kimseden nakli söz konusu olamaz. Zira, bu naklin, kişinin hayatına son vereceği aşıkardır. Buna karşılık, organizmanın yeniden oluşturamayacağı böbrek gibi çift organlardan birinin verilip verilemeyeceği hususu; bu naklin kişinin sağlığını önemli derecede etkileyip etkilemeyeceğine, topluma ve ailesine karşı görevlerini yerine getirmesini engelleyip engellemeyeceğine bağlıdır. Eğer bu olumsuz etkiler ortaya çıkmayacaksa, nakil yapılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır³²⁰. Bir diğer görüş, kanunun açık metninin böylesine sınırlayıcı bir yoruma imkân tanımadığı şeklindedir³²¹.

Uygulamada vücutta iki adet (örneğin, böbrek gibi) bulunan ve alındığı zaman vericinin hayatını sona erdirmeyen organ ve dokuların yaşayan kişilerden alınıp alınamayacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır³²². Doktrinde, vücutta iki adet bulunan organların alınması konusunda rıza gösterilmesini bazı haller bakımından bâtil olarak nitelendiren yazarlar bulunmaktadır. Bu görüşteki yazarlar, kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi neticesinde vücut bütünlüğünde devamlı bir eksiklik doğuyorsa açıklanan rıza beyanının bâtil olacağını belirtmektedir. Bu görüş

³²⁰ Dural, s. 105-106.

³²¹ Şahin, s. 731.

³²² Akıncı, (Biyolojik Madde Nakli), s. 165.

tarafatları, bir gözün veya bir böbreğin alınması vücutta devamlı bir eksiklik meydana getirdiği için bu konuda verilen rızanın b  t  l olduğunu savunmaktadır³²³. Ancak, bu konuda doktrinde hâkim g  r   , böbrek ve kornea gibi vücutta iki adet bulunan ve vericinin hayatını sona erdirmeyecek olan organ ve dokuların nakledilebilmesi gerektiğini savunmaktadır³²⁴.

b.4. Organ Naklinin Tedavi, Teşhis veya Bilimsel Amaçlara Yönelik Olarak Gerçekleştirilmesi

Organ nakline ilişkin 2238 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce organ nakline ilişkin işlemlerin sadece tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilebileceği kabul edilmekteydi. Tedavi dışındaki bir amaç ile, özellikle de bilimsel amaç ile, yaşayan bir insandan organ alınması ve bir başkasına nakledilmesi uygun g  r  lmemekteydi³²⁵. Ancak, ODNK'nin yürürlüğe girmesiyle bilimsel amaçlarla organ nakli mümkün hale gelmiştir. ODNK md. 1'de kanunun amacı; tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, a  ılanması ve naklinin bu kanun hükümlerine tabi olması şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun bu hükmüne rağmen doktrinde bilimsel amaçlarla organ ve doku naklinin mümkün olmadığı yolunda görüşler vardır. Bu görüşlerden birine göre, yaşayan vericiden bilimsel amaçlarla organ veya doku naklinde üstün yarar şartı gerçekleşmemiş olduğundan bu nakli yapmak mümkün olmayacaktır³²⁶. Aynı yöndeki bir başka g  r   , nakil tedavi amacı dışında bir amaçla gerçekleştiği için rıza olsa bile organ ve doku

³²³ **Ay  ter**, Nuşin; “  ahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, AÜHFD, Y. 1968/1-2, C. XXV, s. 142.

³²⁴ **Akıncı**, (Biyolojik Madde Nakli), s. 165; **Dural**, s. 124.

³²⁵ **Ay  ter**, s. 141.

³²⁶ **Akıncı**, (Biyolojik Madde Nakli), s. 167.

alınamayacağını savunmaktadır³²⁷. Ancak, doktrinde, alındığında verici konumunda bulunan kişiye herhangi bir zararı bulunmayan kan, sperm, yumurta hücresi gibi maddelerin bilimsel amaçlarla alınmasında sakınca olmadığı genel olarak kabul görmektedir³²⁸.

Kanunun bu hükmü yanında, Hasta Hakları Yönetmeliği de belirli şartlar altında yaşayan insan üzerinde bilimsel amaçlı tıbbî deneyler yapılmasına imkân tanıyan hükümler getirmiştir. Bu konudaki, HHY md. 32/II'ye göre, Sağlık Bakanlığı'nın izni ve üzerinde deney yapılacak kişinin rızası ile yaşayan insan üzerinde bilimsel amaçlı tıbbî deneyler yapılması mümkündür. HHY md. 27'de³²⁹ ise, yaşayan bir insan üzerinde tedavi amaçlı tıbbî deneylerin uygulanabilmesine belli şartlar altında olanak tanınmıştır. HHY'de öngörülen koşullara uyulmak suretiyle yapılacak bu tür tıbbî müdahalelerin hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir.

Sonuç olarak; bilimsel ve tedavi amacıyla organ nakli, HHY ve ODNK'de belirlenen koşullara uyulması halinde hukuka uygun bir tıbbî müdahale türü olarak kabul edilmelidir³³⁰.

³²⁷ Dural, s. 124.

³²⁸ Ayiter, s. 141.

³²⁹ HHY md. 27: “Klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde کافی derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metodları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır.”

³³⁰ Şahin, s. 735.

b.5. Organ Naklinin Üstün Bir Amaca Hizmet Etmesi

Kural olarak, kişilerin vücut bütünlüklerini ihlâl edici hareketler hukuka aykırı olduklarından yasaklanmıştır. Bu tür müdahalelere kişilerin rıza göstermesi de genellikle hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz³³¹. Ancak, kişinin vücuduna yapılan tıbbî müdahaleler ve özellikle de organ ve doku nakli işlemleri, üstün bir amacın varlığı durumunda hukuka uygun olarak kabul edilmektedirler. Burada bahsedilen üstün amaç, verici konumunda bulunan kişiden organ veya doku alınmasını haklı gösterecek olan amaçtır³³².

Organ ve doku naklinin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle bu girişimin tedavi amacına yönelik olması gerektiği belirtilmektedir. Yapılacak olan tıbbî müdahale ahlâka, âdâba ve kamu düzenine aykırı olmamanın yanında tedavi edici bir nitelik de taşıyor olmalıdır³³³.

Organ nakli bağlamında, her ne kadar yaşayan vericinin bedeninde gerçekleştirilen müdahaleler tedavi amacına yönelik olmasa da, alıcının iyileştirilmesi şeklinde bir üstün amaca ulaşmaya çalışılmaktadır³³⁴. Üstün amacın varlığından söz edilebilmesi için mutlak surette alıcının menfaatinin vericinin menfaatinden daha üstün olması şartı aranır. Aksi halde, üstün yararın varlığından

³³¹ **Ayiter**, s. 339; **Gökçen**, Ahmet; “*Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, C. 8, S. 1-2, 2000, s. 66.

³³² **Gökçen**, s. 66.

³³³ **Sarıal**, s. 74.

³³⁴ **Çilingiroğlu**, Cüneyt; *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul 1993, s. 22.

söz etmek mümkün olmayacaktır. Burada vericinin menfaati daha üstün konumdaysa rıza bulunsa bile organ ve doku nakli işlemi gerçekleştirilemeyecektir³³⁵.

ODNK’de organ ve doku naklinde üstün amaca yönelik hükümler bulunmaktadır. ODNK md. 3’e göre, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığında organ ve doku alınması ve satılması yasaklanmıştır. Ayrıca, bunun yanında organ ve doku nakline ilişkin olarak 4. maddede reklâm yasağı öngörülmüştür. Bu yasağa aykırılığın cezaî yaptırımını düzenleyen Kanun’un 15. maddesi³³⁶ de yasak olan eylemlerin özgürlüğü bağlayıcı ceza ve ağır para cezalarıyla cezalandırılacağı hükmünü içermektedir.

b.6. Hekimin Aydınlatma Yükümü

Genel olarak aydınlatma yükümü, hekimin hastasına gerçekleştirilmesi plânlanan tıbbî müdahalenin biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve risklerinin yanı sıra; böyle bir müdahale gerçekleştirilmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz birtakım sonuçları anlatarak onu tıbbî müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirecek bilgilerle donatması olarak tanımlanabilir³³⁷. ODNK md. 7 hükmü kapsamında hekimin bilgi verme yükümü açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, organ ve doku alacak hekimler; vericiye uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun

³³⁵ Akıncı, (Biyolojik Madde Nakli), s. 164.

³³⁶ ODNK md. 15: “Bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir ceza gerektirmediği taktirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 TL 'den 100.000 TL 'ye kadar ağır para cezasına hükmolunur.”

³³⁷ Şenocak, (Küçüğün Rızası), s. 65-66.

tıbbî, psikolojik, ailevî ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek ve vericinin alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmakla yükümlüdür.

Organ naklinde aydınlatma yükümünün gereği gibi yerine getirilebilmesi için genel bir müdahalenin risklerinin açıklanması yeterli değildir. Bu tür müdahalelerde nakil ile ilgili bütün özel durumlar ayrıntılı bir şekilde hastaya açıklanmalıdır. Bunlar arasında nakledilecek organ veya doku ile ilgili bütün tetkikler, naklin başarı şansı, kullanılacak ilacın dozu ve süresi, naklin yan etkileri ve nakil sebebiyle ortaya çıkabilecek bütün riskler yer almalıdır³³⁸. Özellikle kalp, karaciğer veya akciğer nakli gibi büyük ve sonucu ağır etkiler yaratabilecek türden nakillerde hastanın aydınlatılması, müdahalenin hukuka uygunluğu ve hekimin hukuki sorumluluğu açısından son derece önem arz etmektedir. Ayrıca, hekim vericiden organ veya doku nakli ile geçebilmesi olası hastalıklar konusunda alıcıyı aydınlatmalıdır³³⁹.

Vericinin hayatını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokunun alınması yasaklandığından vericinin böyle bir taleple hekime başvurması halinde hekimin söz konusu talebi reddetmesi gerekmektedir. Bu konuya ilişkin yapılacak sorumsuzluk anlaşması BK md. 19-20 hükümleri karşısında butlanla sakat olduğundan hekim sorumluluktan kurtulamayacaktır³⁴⁰. Canlıdan

³³⁸ Akıncı, (Biyolojik Madde Nakli), s. 218.

³³⁹ Akıncı, (Biyolojik Madde Nakli), s. 218.

³⁴⁰ Başpınar, Veysel; “Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları”, 1.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, s. 204.

yapılan organ nakillerinde hem vericinin hem de alıcının vücut bütünlüğü söz konusu olduğundan hekim her iki tarafı da aydınlatmalıdır³⁴¹.

b.7. Vericinin Rızasının Alınmış Olması

ODNK md. 5'e göre, onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz (ayırt etme gücü) olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır. Doktrinde bir görüş, kanun hükmünde bu iki şartın birlikte varlığı arandığından ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların verici olmalarına kanuni bir engel bulunmadığını savunmaktadır. Ancak, bu görüş, organ naklinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı çerçevesinde mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte, ayırt etme gücüne sahip kısıtlının böyle önemli bir kararı vermesinde TMK md. 16 hükmünden ayrılarak yasal temsilcinin onayının aranmasının vericinin menfaatine daha uygun olduğu yönündedir³⁴².

Mevcut hukuk düzenimizde, vericinin on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması ön şartı gerçekleşmeden kişiden organ ve doku alınamayacaktır. Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi ise istisnai olarak 20. maddede belirtilen şartların varlığı halinde on sekiz yaşından küçük ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınabileceğini belirtmektedir. Türkiye, 'Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 36. maddesi uyarınca, sözleşmenin 20. maddesinin muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerden kendisini yenileyen dokuların alınmasına imkân tanıyan 2 numaralı

³⁴¹ **Kılıçoğlu**, Ahmet; "Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri" (Organ Nakli), TBBD, Y. 1991, S. 2, s. 253.

³⁴² **Dural**, s. 106.

bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 5. maddesiyle uyum içinde olmadığı gerekçesiyle çekince koymuştur³⁴³.

Organ naklinin geçerliliğinin en önemli şartı, vericinin ODNK md. 6'da yer alan şekle uygun olarak iradesini açıklamış olmasıdır. Vericinin rızasının geçerli olabilmesi için en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı bir beyanın bulunması veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur. TMK md. 23/3'e göre, "*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.*" Doktrinde bir görüşe göre, temel düzenleme niteliğinde olan TMK md. 23 hükmü esas alınmalı ve buna göre ODNK md. 6 hükmünde öngörülen iki tanık önünde sözlü olarak rızanın belirtilmesi ve bunun bir hekim tarafından onaylanması şekli rızanın geçerliliği bakımından yeterli kabul edilmemelidir. Bu görüşün bir diğer dayanağı da Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde yer alan bütün büyük tıbbî müdahalelerde yazılı rızanın bulunması şartıdır³⁴⁴. Karşı görüş ise, özel hükmün saklı tutulmak istendiğini kabul etmektedir. Bu bağlamda, TMK md. 23/3 ile ODNK md. 6 hükmü arasında bir çelişki mevcut değildir; aksine, bunlar birbirini tamamlayan yasal düzenlemelerdir³⁴⁵.

Organ verilmesine yönelik tıbbî müdahaleye rıza gösteren kişi, rızasını tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada geri alabilir. Bir kişi sözleşme ile organını vermeyi taahhüt etmiş olsa bile, sonradan bu

³⁴³ Hakeri, s. 429-430.

³⁴⁴ Dural, s. 106.

³⁴⁵ Çilingiroğlu, s. 74; Şahin, s. 748.

yöndeki rızasını geri alabilir. Organ verme taahhüdünü içeren bir sözleşme hukuken geçerli olmakla birlikte, bu sözleşmede taahhüt edilen organ verme ediminin ifası ya da ifa edilmemesi nedeniyle tazminat ödenmesi talep edilemez. Başka bir deyişle, bir sözleşme ile organ vermeyi taahhüt eden kişi taahhüdünü yerine getirmeye zorlanamayacağı gibi; vazgeçmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat ödemeye de zorlanamaz³⁴⁶. Bu kural, TMK md. 23/III'de, “...biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.” şeklinde hükme bağlanmıştır. Rızanın geri alınması halinde tazminat istenemeyeceğine ilişkin hükmün amacına göre yorumlanması yerinde olur. Organ nakline rıza göstermiş kişinin rızasını geri alması ve organını vermekten vazgeçmesi halinde kendisinden tazminat istenemeyeceğine ilişkin hükmün amacı, kişiyi baskı altında organ vermeye zorlamamaktır. Diğer bir anlatımla, kişiyi sonradan organ vermekten vazgeçmesine rağmen, sırf ödemesi muhtemel olan tazminatı ödememek için organını vermek zorunda bırakmamaktır. Ancak organ alacak kişi, vericinin organı vermekten vazgeçmesi halinde, ifa etmemeden dolayı tazminat isteyemeyecekse de, bu rızaya güvenerek yaptığı masrafların en azından hakkaniyete uygun bir kısmının ödenmesini isteyebilmelidir³⁴⁷.

³⁴⁶ Dural, s. 107-108; Şahin, s. 747.

³⁴⁷ Dural, s. 108.

c. Üreme Sağlığına ve Cinsel Faaliyete İlişkin Tıbbî Müdahaleler

aa. Üreme Faaliyetleri

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un³⁴⁸ 4. maddesinde sterilizasyon operasyonu şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçları tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahaledir.” Diğer bir anlatımla, sterilizasyon (kısırlaştırma) kişide cinsel arzu ve cinsel ilişkide bulunma yeteneği devam ettiği halde; erkeklerde sperm (vazektomi) ve kadınlarda yumurtalık kanalının kapatılması (tüp ligasyonu) suretiyle üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasıdır³⁴⁹.

Tıbbî sakınca bulunmaması ve reşit olma şartlarının varlığı halinde isteğe bağlı olarak sterilizasyon müdahalesi yapılabilir. Hekimin bu müdahalenin başarısız olması halinde sorumluluğu doğmaktadır. Mahkeme kararına konu bir somut olayda, “davacı kadın çocuk yapmamak üzere tıbbî müdahale almış ve buna karşın hamile kalmıştır. Bu olayda hekimin dünyaya gelen çocuk sağlıklı dahi olsa, istenmeyerek dünyaya getirildiğinden doğumu yaptıran hekime bir ayrıcalık vermemek gerekir. Aksine, davacı kadın için yaptığı ve yapacağı masraflar için hak tanımak gerekmektedir.”³⁵⁰ ABD’de Illinois Eyaleti Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bu kararda, sterilizasyon ya da kısırlaştırma için tıbbî müdahalede bulunan hekimin ameliyata rağmen hastanın istek dışı çocuk yapmasına neden olması halinde

³⁴⁸ K.T. 24.05.1983, Resmi Gazete T. 27.05.1983, S. 18059.

³⁴⁹ Ayan, s. 25.

³⁵⁰ Öztürkler, Cemal; Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s. 260-261.

ortaya çıkan zararları karşılaması gerekmektedir. Örneğin, hekim hatası yüzünden hamile kalan kadın için kısırlık tedavisi için yapmış olduğu masraflar ile doğumdan önce ve sonra yapmış olduğu masraflar ve doğumdan sonra tekrar kısırlaştırma operasyonu için harcadığı tıbbî giderler hastanın zararları kapsamına girmektedir³⁵¹.

Öte yandan, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasında, bir ameliyatın devamı sırasında tıbbî zorunluluk nedeni ile ve bir hastalığın tedavisi kastrasyonu gerektiren hallerde, kastrasyon müdahalesinin yapılabileceği belirtilmiştir. Kastrasyon (hadım etme), cinsel salgı bezlerinin alınması yoluyla cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin bütünüyle ortadan kaldırılmasıdır³⁵². O halde, kastrasyon bakımından hastanın rızası aranmamakta, istisnai olarak ve tıbbî zaruret halinde uygulanacak zorunlu bir müdahale şeklinde değerlendirilmektedir³⁵³.

Üreme faaliyetine yönelik bir diğer müdahale şekli de, rahim tahliyesi ve gebeliğin sona erdirilmesidir. Nüfus Planlama Kanunu'nun 5. maddesinde, gebelik süresinin on haftadan az olması halinde annenin sağlığı bakımından sakınca olmaması şartıyla gebeliğin isteğe bağlı sona erdirilebileceği düzenlenmesi bulunmaktadır. Bu durum için tıbbî bakımdan gebeliğe son verilmesi zorunluluğu (tahliye endikasyonu) aranmamaktadır. Bunun yanında, gebeliğe son verme annenin sağlığı bakımından sakınca doğuruyorsa, on haftadan önce dahi gebeliğe son verilemeyecektir³⁵⁴. Gebelik süresi on haftadan fazla ise, anne sağlığı ve çocuk ile

³⁵¹ Öztürkler, s. 261.

³⁵² Ayan, s. 27.

³⁵³ Öztürkler, 260.

³⁵⁴ Ayan, s. 29; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 122.

gelecek nesillerin sağlığı için gerekli olması koşuluyla gebeliğe son vermek mümkündür. Her iki durum açısından da annenin rızası, anne evli ise erkek eşin de rızası gereklidir³⁵⁵.

bb. Cinsiyet Değişikliği (TMK md. 40)

Cinsiyet deđiřikliđi³⁵⁶, tıbbi müdahale yoluyla bir kişinin sahip olduğu cinsiyet özelliklerinin cinsel kimlik yönünden değiştirilmesi; kısaca, bir erkeğin kadın veya bir kadının erkek cinsiyetine dnřtrlmesidir³⁵⁷. Cinsiyet değiştirme amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler cinsiyeti açık olmayanlar, başka bir deyişle transseksüeller ve eşcinseller üzerinde uygulanmaktadır³⁵⁸.

Cinsiyet değişikliğinin gerçekleştirilebilmesi bazı yasal koşullara tâbi tutulmuştur. TMK md. 40’a göre, bizzat cinsiyet değişikliği talebinde bulunacak olan kişinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması, evli olmaması, transseksüel yapıda olduğunu, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduđunu³⁵⁹ bir eğitim ve araştırma

³⁵⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 122.

³⁵⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Güven, Kudret; “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_1_5.pdf) (07.11.2011); Sağlam, İpek; “Türk Medeni Kanunu Madde 40 zerine Bir Değerlendirme”, AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 455-469; Will, Michael R./ztan, Bilge; “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı -Transseksüellerin Hukuki Durumu-”, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/299/2805.pdf>) (07.11.2011).

³⁵⁷ Ayan, s. 30.

³⁵⁸ Yavuz İpekyüz, s. 39.

³⁵⁹ Sağlam, s. 465 vd. Sağlam’a göre, “reme kabiliyetinin bulunup bulunmaması, bir kişinin transseksüel yapıda olduğunu belirlemede başvurulan tek kriter değildir. Üreme kabiliyetine sahip olan bir kişi de ruhsal ve bedensel olarak kendisini karşı cinse ait hissedebilir. Bu şartın aranması, cinsiyet değiştirmenin kapsamını aşırı derecede daraltmakta ve hatta imkânsız hale getirmektedir. Üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluk, cinsiyet değişikliği için yapılan tıbbi müdahalenin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.” Bu görüşe katılmakla birlikte, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının biyolojik bir yoksunluk olarak değil, psişik bir üreme engeli şeklinde

hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla³⁶⁰ belgelemesi şarttır. Bu şartları bir arada sağlayan kişi, mahkemeye şahsen başvurarak cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilmektedir.

Her ne kadar TMK md. 40’da yer alan şartlar arasında cinsiyet değişikliği talebinde bulunan kişinin ayırt etme gúcüne sahip olması gerektiği ayrıca belirtilmese de, talepte bulunan ve cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin ayırt etme gúcüne sahip olması hâkim tarafından aranan şartlar arasındadır. Bu nedenle, eğer talepte bulunan kişi ruhsal bir rahatsızlık (örneğin şizofreni) nedeniyle cinsiyetini değiştirmek istiyorsa, ayırt etme gücü bulunmadığından talebi reddedilmelidir³⁶¹.

II. TIP HUKUKUNDA RIZA KAVRAMI

AY md. 17 ve TMK md. 24 gereğince, kişinin rızası alınmaksızın hayatına, sağlığına ve vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırı olacaktır³⁶². Hekimin tıbbî müdahalesinin hukuka uygunluğunu sağlayan asıl unsur “rıza”dır. Hekimin aydınlatma yükümü ise, rızanın geçerliliğinin ön kořuludur³⁶³. Hekimin hastasının rızasını alma yükümlülüğü, hastanın kendi

yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. şöyle ki, kişi biyolojik olarak üreme yeteneğine sahip olsa da, karşı cinsle birleşmesi mümkün olmadığından üremesi imkânsız kabul edilmelidir.

³⁶⁰ **Sağlam**, s. 463; “*Cinsiyet değişikliğinin zorunlu yani tedavi amaçlı olduğunu belgeleyen bir eğitim ve araştırma hastanesince verilecek sağlık kurulu raporu, cinsiyet değişikliğine onay verecek hâkim açısından son derece önemlidir. Bu resmi raporu verecek hekimler üroloji, jinekoloji, anatomi, cerrahi, endokrinoloji, psikiyatri ve psikoterapi uzmanları olmalıdır.*”

³⁶¹ **Sağlam**, s. 460.

³⁶² **Hatırnaz**, s. 64; **şenocak**, s. 37.

³⁶³ **Hakeri**, s. 146.

geleceğini belirleme hakkının bir sonucudur. Her tıbbî müdahale, hastanın gerçek ya da farazi iradesine uygun olmak zorundadır³⁶⁴.

Hastanın rızası bulunmaksızın uygulanan tıbbî müdahalelerin hukuka aykırı olmasına karşın, bu durumun bazı istisnaları da mevcuttur. Örneğin, genel sağlığın korunmasını gerektiren hallerde kişinin rızası dışında kanuna uygun olarak yapılacak müdahale AY. md. 17 gereğince hukuka uygun sayılacaktır. Köprülü'ye göre, toplum sağlığını korumak için yapılması tıbben zorunlu olan aşılar da aşılana ya da toplum sağlığı açısından tehlike gösteren bulaşıcı bir hastalığın tedavisinde hastanın rızasının yokluğu, kişilik haklarına tecavüz oluşturmayacaktır³⁶⁵. Bunun yanında, TMK'nin 284. maddesinde ise kişinin soy bağına ilişkin davalarda sağlığı açısından tehlike oluşturmayacak tıbbî müdahalelere rıza göstermesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir³⁶⁶.

Hasta, tıbbî müdahaleye yönelik rızasını açık veya örtülü bir şekilde açıklayabilir. Ancak, hastanın bu rızasını yazılı olarak açıklamasının yasa gereği zorunlu olduğu durumlarda³⁶⁷, BK md. 11/II'deki genel kurala aykırılık nedeniyle şekle uyulmadan açıklanan rıza hukuken geçersizdir. Böyle bir rıza açıklaması ile tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığı engellenemez. Rızasını yasada öngörülen şekilde açıklamamış kişinin, daha sonra bu yasal şekil eksikliğine dayanarak uygulanan tıbbî müdahalenin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması

³⁶⁴ Şenocak, s. 37.

³⁶⁵ Köprülü, Bülent; Medeni Hukuk/Genel Prensipler/Kişinin Hukuku, İstanbul 1979, s. 264-265.

³⁶⁶ Özcan/Özel, s. 53.

³⁶⁷ Örneğin, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda ve Nüfus Planlaması Kanunu'nda yazılı rıza şartını zorunlu tutan hükümler mevcuttur.

anlamına gelecektir³⁶⁸. Kanaatimizce, hekimin hastaya şekil şartları konusunda da bilgi vermesi gerekmektedir. Eğer hasta şekil şartları konusunda aydınlatılmamış ve bu sebeple rıza öngörülen şekle uygun açıklanmamışsa artık hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu takdirde hasta, rızasındaki şekil eksikliği nedeniyle; tıbbî müdahalenin hukuka aykırı olduğunu ileri sürebilecektir.

A. Rızaya Ehliyet

Hastanın kendisi ile ilgili kararlara katılımının en etkin yolu olan aydınlatılmış rızanın hedeflenen amacına ulaşabilmesi için, hastanın kendisine aktarılan aydınlatıcı bilgileri kavrayabilme, değerlendirebilme ve özgür iradesiyle karar verebilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir³⁶⁹. Tam ehliyetsiz kişiler³⁷⁰ bu yeteneğe sahip olmadıkları için tıbbî müdahaleye rıza beyanı yasal temsilcileri tarafından açıklanır³⁷¹. TŞSTİDK md. 70 ve HHY md. 24 gereğince, acil olmayan tıbbî müdahaleler bakımından rıza gösterme yeteneğinden sürekli yoksun olan hasta kişiler yerine yasal temsilcileri³⁷² rıza göstermeye yetkilidir. Doktrinde bazı hallerde

³⁶⁸ Özdemir, s. 120, 122.

³⁶⁹ Yavuz İpekyüz, s. 91.

³⁷⁰ Sonat, s. 177-178; Ayırt etme gücünden yoksunluğun sürekli veya geçici olması açısından herhangi bir farklılık doğmayacaktır. Ayırt etme gücünün kaybı yaşlılığa bağlı akıl hastalığı veya akıl zayıflığından kaynaklanıyorsa sürekli, kişinin geçirdiği kaza sonucunda baygın olmasından kaynaklanıyorsa geçici bir yoksunluk söz konusu olup her iki durumda da kişi, tıbbî müdahale hakkında rıza gösterme yeteneğinden yoksun sayılacak ve hasta yerine mutlaka bir başkası karar vermek zorunda kalacaktır.

³⁷¹ Özdemir, s. 116.

³⁷² Sonat, s. 178; Özellikle TMK md. 407 vd. maddeleri gereğince, ayırt etme gücünden sürekli yoksun ergin kişiler kısıtlanır; kural olarak, vesayet altına alınır ve kendilerine yasal temsilci atanır. Böylelikle, tam ehliyetsiz kişiye uygulanacak tıbbî müdahalelere rıza göstermeye yetkili kişi öncelikle vasi olarak adlandırılan yasal temsilcidir. Ancak, TMK md. 419'da belirtildiği üzere, ayırt etme gücünden yoksun ergin kişiler, kısıtlandıktan sonra istisnaen de olsa velayet altına alınabileceğinden, kısıtlanan ergin kişinin velayet kendisine bırakılan ana ve/veya babası da yasal temsilci sıfatıyla tıbbî müdahalelere rıza gösterebilecektir.

yasal danışmanın da tıbbî müdahaleye rıza gösterebileceği belirtilmiştir. Bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yasal danışmanın görev alanının istisnaen kişisel bakım ve özeni kapsayan kişisel korumayı içerebileceği şeklindeki içtihadını esas almaktadır. Yasal danışmanın atandığı görev ile kişisel koruma arasında ilişki varsa, örneğin yasal danışmanın özel görevi kendisine yasal danışman atanmış kişinin tedavisiyle ilgili hekimlik ve/veya hastaneye kabul sözleşmesi kurmak ise, kişinin sonradan rıza gösterme yeteneğini kaybetmesi halinde, yasal danışmanın görevi ile arasındaki ilişki nedeniyle tıbbî müdahaleye rıza gösterebileceği savunulmaktadır³⁷³.

Ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan ergin hastanın temsili için atanmış bir yasal temsilci bulunmuyorsa, hekimin bu durumu gecikmeksizin vesayet makamına iletmesi zorunludur; bu suretledir ki, hasta kişiye vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi) tarafından vasi atamasının yapılması sağlanacaktır.

Kendisine tıbbî müdahalede bulunulacak kişi ayırt etme gücüne sahip olan tam ehliyetli reşit bir kişi ise bu kişinin razı olması yeterlidir. Ancak, Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesinin II. fıkrasında ve HHY md. 30/III'de öngörüldüğü üzere; gerçekleştirilen müdahale kişinin aile hayatına da etki edebilecek bir durum yaratacak ise ayrıca eşinin de rızası aranacaktır.

Hasta kişi, küçük veya kısıtlı ise velisinden veya vasisinden izin alınacaktır; veli veya vasinin bulunmadığı durumlarda bu şart aranmayacaktır. Bununla birlikte, eğer veli veya vasi izin vermiyorsa, hekim gerekli izni almak için mahkemeye

³⁷³ Sonat, s. 179, dpn. 22; Karşı görüş ise, yasal danışmanın istisnaen kişisel korumayı içeren işlemler bakımından yetkili olabileceğini kabul etmekle birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar alanının özellikle tıbbî müdahaleye rıza göstermenin bunun dışında tutulması gerektiğini savunmaktadır.

başvuracaktır; ancak, derhal müdahale edilmediği takdirde hastanın hayatının veya hayati organlarından birinin tehdit altına girmesi söz konusu ise, artık izin şartı aranmayacaktır³⁷⁴.

B. Rızanın Açıklanması ve Geri Alınması

Tıbbî müdahaleye yönelik rızanın hasta ve ilgili kişiler tarafından gösterildiğinin açıklanması gerekir. Bu açıklama açık bir şekilde olabileceği gibi zımni rıza açıklaması da mümkündür. Örneğin, ameliyat edilmesi gereken bir hastanın hastaneye yatması veya kan tahlili yapılacak hastanın kolunu uzatması rızanın varlığına işaret edecektir. Hastanın tıbbî müdahaleye rıza gösterdiği, hal ve hareketlerinden anlaşılabilirse zımni rızanın varlığından söz edilebilir³⁷⁵.

Kural olarak, önceden verilmiş rızanın her zaman geri alınabilmesi mümkündür. Kaldı ki, hastanın kendi geleceğini belirlemesi hakkının doğal bir sonucu bunu gerektirmektedir. Ancak, doktrinde bazı yazarlar, tedaviye başlanmış ise ve yarıda bırakılması halinde hastanın ölümüne veya sağlığı bakımından çok ağır sonuçların doğmasına neden olacak bir durumun varlığı söz konusu ise, hekimin hastanın rızasını geri alma beyanını dikkate almayarak tedaviye devam etmesi gerektiğini savunmaktadır³⁷⁶. Karşı görüşte olan Hakeri'ye göre ise, HHY'nin 24/4 ile 24/6 hükmü, genel olarak rıza kurumunun temel ilkelerine aykırılık teşkil

³⁷⁴ Bayraktar, s. 103; Özdemir, s. 116-117; Özdemir, tedaviye rıza göstermenin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu ve bu nedenle sınırlı ehliyetlilerin bu hakkını kural olarak kanuni temsilcilerinin izni olmaksızın kullanabilmesi gerektiğini belirtmiş; ancak Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde, hastanın küçük veya kısıtlı olması durumunda temyiz kudretine sahip olup olmadıklarına ilişkin bir ayırım yapılmaksızın veli ya da vasiinin izninin arandığı ifade edilmiştir.

³⁷⁵ Hakeri, s. 150.

³⁷⁶ Şenocak, s. 43-44.

etmektedir³⁷⁷. Gerçekten de, yasal düzenlemedeki “*Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.*” hükmü; hastanın rızasını açıkladıktan sonra, hasta hakkında karar verme yetkisinin tamamen hekime devredilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, HHY’nin 25. maddesi incelendiğinde ise, müdahale ile tedavi arasında ayırım yapıldığı akut müdahalelerde hekime hastasının rızasını geri almasını tanımama hakkı tanındığı; buna karşılık, kemoterapi gibi belirli aralıklarla ve sürekli bir şekilde uygulanan ağır tedavilerin kesilmesinin her an istenebileceği görüşü savunulmaktadır³⁷⁸. Hakeri’ye göre, ister tıbbî müdahale ister tedavi amaçlı olsun hastanın hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında her zaman rızasını geri alma hakkı bulunmaktadır, bu hak zaman ve koşulla sınırlanamaz.

Rızasını açıklayan kişi, bu konuda önceden bir sözleşme dahi yapmış olsa, daha sonradan rızasını geri alabilir. Rızanın geri alınması ile ilgili olarak kişiye karşı ifa talebinde bulunulamaz; rızasını geri alması nedeniyle de kendisine maddi-manevi tazminat davası açılmaz. Organ ve doku nakillerine ilişkin açık yasal düzenleme, beden bütünlüğüne ilişkin diğer müdahaleler bakımından da geçerli kabul edilmelidir³⁷⁹.

³⁷⁷ Hakeri, s. 149.

³⁷⁸ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 123; aktaran Hakeri, s. 150.

³⁷⁹ Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s. 490.

C. Aydınlatılmış Rıza

Hekimin uygulayacağı tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, mutlaka hastanın rızası şarttır.³⁸⁰ Hekimlik sözleşmesi ve aydınlatma yükümü bağlamında, hekim, hastasının rızasını almak zorundadır.

Hastanın veya yasal temsilcisinin rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, teşhis ve tedavinin bütün olumlu ve olumsuz yönlerinin hekim tarafından hastaya veya yasal temsilciye açık ve anlaşılır biçimde anlatılması ve tarafların serbest iradesiyle aydınlatılmış rızalarını beyan etmiş olması gerekmektedir³⁸¹. Ayrıca, sağlıklı ve geçerli bir rızanın varlığı tespit edilirken aydınlatma yükümünün aşamaları olan teşhiste, tedavi sürecinde ve riskli durumlarda aydınlatmanın hekim tarafından usulüne uygun yapılmış olması gereklidir. Hekimin aydınlatma yükümünü ihlâl etmesi, hukuka aykırılığın yanı sıra borca aykırılık anlamında sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle de hekimin hukuksal sorumluluğunu doğuracaktır³⁸².

Rızanın serbestçe ve açıkça açıklanmasının yanında tedavi ya da tıbbî müdahaleden önce veya o sırada ortaya çıkması, geçerli rızanın bir şartı olarak aranmaktadır. Tıbbî müdahaleden sonra gösterilen rıza hukuken geçerli değildir³⁸³.

³⁸⁰ Yavuz İpekyüz, s. 90.

³⁸¹ Özdemir, s. 97.

³⁸² Demir, (Sorumluluğun Koşulları), s. 158.

³⁸³ Bayraktar, s. 103; Dural'ın görüşüne göre, hastanın rızasının somut bir tıbbî müdahaleye ilişkin olması ve müdahaleden hemen önce alınması zorunluluğu bulunduğu için hastanın yönlendirici direktifleri/ön talimatları hukukumuz bakımından geçerli değildir (aktaran Sonat, s. 185); Karşı görüş olarak Erman, önceden açıklanan iradenin ciddi, açık, duruma uygun olması ve hastanın iradesini yansıttığının dış ölçütlerden anlaşılabilmesi halinde hekim bakımından bağlayıcı sayılması gerektiğini savunmaktadır; Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 164.

Hastanın rızasının ilişkili olduğu konu üzerinde serbestçe tasarruf yetkisini haiz olması gerekmektedir. Kişinin bedensel bütünlüğünü sağlayan ve iyileştirici tıbbî müdahaleler bakımından gösterilen rızanın geçerliliği tartışma konusu yapılmamaktadır. Buna karşılık, hastanın bedensel bütünlüğüne zarar veren hatta yaşam hakkını sonlandıran müdahalelere göstereceği rızanın geçerliliği tartışılmaktadır³⁸⁴. Rızanın konusu hakkındaki bu tartışmalar bakımından, geçerli bir rıza için tıbbî müdahalenin konusunun da kanuna, kamu düzenine, kişilik haklarına, genel ahlâk ve âdâba aykırı olmaması gerektiğini belirtebiliriz. Örneğin, ötanazi ve organ ile dokuların para karşılığı alınıp satılmasına ilişkin rıza gösterilmesi hukuka ve ahlaka aykırı kabul edilmektedir³⁸⁵.

Hastanın aydınlatılmış rızası hakkında verilmiş bir Yargıtay kararı dikkat çekici olup aynen şu şekildedir: “*Tıbbî müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler; kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradenin serbestçe açıklanması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan rızadır*³⁸⁶.”

³⁸⁴ Bayraktar, s. 104.

³⁸⁵ Hatırnaz, s. 67.

³⁸⁶ Yar. 4 HD, T. 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541 (aktaran Hakeri, s. 113; Şenocak, s. 46; Özdemir, s. 97).

Ayrıca, Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı'nın 4. maddesinin ğ) bendinde, “bilgilendirilmiş rıza” kavramına yer verilmiş ve bu kavram “Bireyin; tıbbî müdahale öncesinde ayrıntılı bir şekilde yazılı olarak bilgilendirildikten sonra yine rızasının bilinçli, gönüllü ve yazılı olarak alınmasını ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

D. Varsayılan Rıza Kavramı ve Hasta Tasarrufları İle İlişkisi

İlgili hastadan bizzat açık bir irade beyanı elde edilemediği ve veli ya da vasisine de ulaşma olanağının bulunmadığı durumlarda, rıza göstermesi gereken kişinin gerçek iradesi hakkında bir tahmin yapılmasını ve bu doğrultuda hareket etmeyi gerektiren kendine özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirebileceğimiz kurum varsayılan rıza şeklinde adlandırılmaktadır³⁸⁷. Türk ve İsviçre hukuklarında varsayılan rızanın yasal dayanağını BK md. 410 (İBK md. 419) vd. maddelerinde düzenleme alanı bulan vekâletsiz iş görme hükümlerinin oluşturduğu doktrinde genel olarak kabul edilen görüştür. Vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmasının bir yansıması olarak hekim; hastanın objektif menfaati ve varsayılan iradesi yönünde karar alırken tıbbî endikasyonu ve hastanın sübjektif durumunu göz önünde bulunduracaktır. Hekim bakımından önem arz eden husus; hastanın kişisel durumu, beklentileri, değer yargıları veya önceden açıklamış olduğu istekleri doğrultusunda müdahalenin gerekli olup olmadığına karar vermektir³⁸⁸.

³⁸⁷ **Erman**, (Hukuka Uygunluk), s. 139-141; **Yenerer Çakmut**, (Sağlık Hukukunun Temel Esasları), s. 32.

³⁸⁸ **Sonat**, s. 181-182.

1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3.3 hükmünde;

“Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbî girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir.” şeklinde bir hüküm mevcuttur. Söz konusu bu hükümden de anlaşılacağı üzere, varsayılan rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak rıza bulunmadan yapılan tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını gidermektedir³⁸⁹.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesinde ise, *“Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.”* şeklindeki düzenleme temelinde tıbbî müdahale sırasında rıza gösterilmesinin mümkün bulunmadığı durumlarda önceden verilen rızanın esas alınması gerektiği hükmüne bağlanmıştır.

Alman Federal Mahkemesi uygulamalarında tedavinin kesilmesinde varsayılan rızanın değerlendirilmesi açısından çeşitli sübjektif ve objektif ölçütler belirlemiştir. Uygulamaya göre, “hastanın önceki yazılı veya sözlü beyanları kadar, dinsel inancı, kişisel değer yargıları, yaşına bağlı yaşam beklentisi veya çektiği acılar da dikkate alınmalıdır³⁹⁰.” Ancak, belirlenen bu ölçütlerin her bir somut olaya uygulanırken önemli belirsizliklere yol açması eleştiri konusu yapılmıştır³⁹¹.

³⁸⁹ Hakeri, s. 166 vd.

³⁹⁰ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 159.

³⁹¹ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 159.

Hastanın önceden açıkladığı beyanların varsayılan rızanın belirlenmesi açısından etkisi tartışma konusu yapılmıştır. Bu gibi beyanlar “hasta vasiyeti/ tıbbî vasiyet veya yönlendirici hasta direktifleri” şeklinde isimlendirilmekte ve uygulama bakımından ülkeler arasında farklılıklar görülmektedir. Yönlendirici hasta direktifleri veya tıbbî vasiyet, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kendisinin kullanmasının söz konusu olamayacağı zamanları düşünerek önceden kaleme aldığı direktifler şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁹².

Alman Anayasa Mahkemesi’nin 2001 tarihli bir kararında³⁹³ ise, “Yehova şahidi olan bir hasta, bir cerrahi operasyona rıza gösterirken kendisine kan verilmemesini şart koşmuş ve bunu hekime yazılı bir beyan şeklinde vermiştir. Normal koşullar altında kan nakli yapılmadan gerçekleştirilebilecek bir operasyon olan müdahalenin yürüyüşü sırasında bir komplikasyon ortaya çıkmış, hasta kan nakli olmadan kurtarılamayacak duruma gelmiştir. Bunun üzerine Alman Medeni Kanunu’nda düzenlenen sağlığın korunması hükmü gerekçe gösterilerek hastaya vasi atanması için mahkemeye başvurulmuş; mahkeme hastanın kocasına vesayet vermiş, vasinin izni ile hastaya kan verilmiş ve yaşamı kurtarılmıştır. Hasta, iyileştikten sonra mahkemenin kararının kendi vücut bütünlüğüne aykırı sonuç doğurduğunu iddia etmiş; Anayasa Mahkemesi ise, bunu reddetmiştir. Karara göre, hekime müdahale öncesinde verilen yazılı beyan ölüm tehlikesinin doğumundan önceki iradeyi yansıtmaktadır; elinde hastanın dinsel inanışından başka veri bulunmayan mahkeme, hastanın tehlikenin ortaya çıkmasından sonra da aynı iradeyi sürdürüp sürdüremeyeceği konusunda şüpheyi düşmekte haklıdır ve bu konudaki kararı

³⁹² Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 159.

³⁹³ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 161-162.

kendisi vermeyip yasal ölçütlere göre belirlenen vasiye bırakmakla da kişi haklarını mümkün olan en az ölçüde ihlal ederek sonuca ulaşmıştır.” Hayati önem taşıyan müdahaleler hususunda doktrinde bir görüş, bu yargı kararını destekleyecek nitelikte bir sonuca ulaşmaktadır. Uygulanacak tıbbî müdahalenin hayatî önem kazanması halinde, hastanın objektif menfaatlerine aykırı arzu ve isteklerinin yerine getirilmesinde hekimin şüpheye düşmesi söz konusu ise hastanın varsayılan iradesinin tıbbî endikasyonun gerektirdiği tıbbî müdahaleyi benimsediği şeklinde yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir³⁹⁴.

Günümüzde tedavinin varsayılan rızaya dayalı olarak sonlandırılmasında yönlendirici hasta direktifleri ve tıbbî vasiyet önemli bir yere sahiptir. Ancak, tıbbî vasiyetin ve direktiflerin geçerli kabul edilebilmesi için özellikle hastanın en son iradesine uygunluğun aranması zorunludur.

Varsayılan rıza kavramının başkası yararına hareket veya kendi yararına hareket şeklinde iki uygulama alanı bulunmaktadır. Tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından başkası yararına hareket esas alınmaktadır. Hastanın rızasının alınamadığı, ancak somut olayın özellikleri dikkate alındığında hastanın böyle bir rızayı göstermesinin beklenebileceği durumlarda, varsayılan rıza, hastası yararına hareket eden hekimin tıbbî müdahalesinin hukuka uygunluk nedenidir³⁹⁵. Alman öğretisinde, kendiliğinden yapılan tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğu ve hekimin sorumsuzluğu bakımından benimsenen hukuka uygunluk nedeni varsayılan rızadır³⁹⁶.

³⁹⁴ Sonat, s. 182, dpn. 42.

³⁹⁵ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 139-141.

³⁹⁶ Yenerer Çakmut, (Sağlık Hukukunun Temel Esasları), s. 33.

Varsayılan rızadan bahsedebilmek için yaşama hakkına ilişkin bulunmayan veya hukuka ve ahlaka aykırı bir sonuç doğurmayan tıbbî müdahale mevcut olmalıdır. Diğer bir anlatımla, tıbbî müdahalenin hukuken geçerli bir rıza gösterilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Gerekli aydınlatma yapıldıktan sonra hastanın böyle bir tıbbî müdahaleye rıza göstermesinin kendisinden beklenebilir olması şartı aranmalıdır. Bunun yanında, hastanın mevcut durumuna ilişkin gerçek ve açık bir rızasının bulunmaması veya rızasını açık bir şekilde açıklamaktan kaçınmamış olması bir diğer şarttır. Buna ‘varsayılan rızanın ikincilliği ilkesi’ adı verilmektedir. Bu ilke gereğince, önceden belirli bir konuda açıklanan irade beyanı geçerliliğini koruyorsa bu süreç içerisinde varsayılan rıza kurumuna dayanılarak iradenin aksi yönünde sonuç doğuracak müdahaleler yapılamayacaktır³⁹⁷.

Varsayılan rızanın uygulama alanı bulabilmesi için, hastanın rızasının müdahaleden önce uygun bir süre zarfında alınmasının imkânsız olması zorunludur. Uygulamada bu durum ile ilgili bazı sorunlar yaşanmaktadır. Örneğin, bir ameliyat sırasında ortaya çıkan beklenmedik durumlar (komplikasyonlar) nedeniyle ameliyatın kapsamının genişletilmesi söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumla karşılaşan hekim hem hastanın irade özgürlüğüne saygı göstermeli, hem de hastanın sağlığına ilişkin tehlikeleri göz ardı etmemelidir³⁹⁸. Ancak, burada hekimin seçimi bakımından çok ince bir çizgi bulunmaktadır.

Hastanın bilinci yerinde olmadığı sırada beklenmedik durumlarla karşılaşmışsa hastanın uyandırılmasının sağlığına zarar vermediği hallerde, kural

³⁹⁷ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 150.

³⁹⁸ Erman, (Hukuka Uygunluk), s. 150-151.

olarak hastanın irade özgürlüğüne öncelik verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bunun yanında, müdahalenin genişletilmesi hayati önem taşıması nedeniyle ertelenemeyecekse hekim varsayılan rızaya dayanarak hastanın sağlıklı yaşam hakkına üstünlük tanınmalıdır³⁹⁹. Belirttiğimiz tüm şartlar sağlandıktan sonra, hekim hastasının gerçek iradesine en uygun sonuca ulaşma yolunda çaba sarfetmelidir.

Çakmut, varsayılan rıza kurumuna dayanmanın “hasta iradesini ortaya koyabilecek durumda olsaydı müdahaleye rıza gösterirdi” gibi soyut düşüncelere dayanmak anlamına geleceğini ve hukuki açıdan yeterli bir gerekçe içermediğini belirterek; özellikle acil durumlar bakımından hal ve şartlara göre konuyu değerlendirmenin ve gerektiğinde farklı hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanmanın yerinde olacağını ifade etmiştir⁴⁰⁰. Hamile bir kadının hayati bir tehlike geçirmesi sonucunda bilinci yerinde değilken çocuğunun alınması gerekliliği doğmuşsa kadının varsayılan rızasına dayanarak hekim tıbbî müdahalede bulunabilir. Ancak, bu gibi bir durumda çocuğun kaybı annenin gerçek iradesine aykırılık teşkil edebilecektir. Bu gibi somut olaylarda hastanın kabul edilen, varsayılan rızasıyla gerçek iradesi arasındaki farklılık hasta özerkliği ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla, *Çakmut*’un eleştirisine biz de katılmaktayız; zira, her somut olay bakımından, varsayılan irade prensibinin mutlak surette uygulanması, kişinin gerçek ve somut iradesini yansıtmayacak bazı sonuçların doğmasına neden olabilecektir.

³⁹⁹ **Erman**, (Hukuka Uygunluk), s. 150-151.

⁴⁰⁰ **Yenerer Çakmut**, (Sağlık Hukukunun Temel Esasları), s. 33.

III. HASTA TASARRUFLARININ PASİF ÖTANAZİ İLE İLİŞKİSİ

A. Pasif Ötanazinin Tanımı

Ötanazi kavramı ilk kez *Bacon* tarafından kullanılmıştır. Bu kavram kelime köküne sadık kalınarak (eu=güzel, tanasium=ölüm) güzel ölüm, iyi ölüm, kolay-rahat ölüm, ıstırapsız-doğal ölüm, huzur-rahat ve kolaylık içerisinde ölüm anlamlarında kullanılmaktadır. Ötanazinin dar anlamda-geniş anlamda ötanazi, iradeye bağlı-irade dışı ötanazi, kazai-medikal ötanazi, iç-dış ötanazi ve aktif-pasif ötanazi olmak üzere çeşitli görünümleri mevcuttur⁴⁰¹. Ancak, çalışmamız kapsamında pasif ötanazi incelenmiştir.

Pasif ötanazi genel anlamda olmak üzere, hastanın bir süre daha yaşamını sağlayan yaşam destekleyici tedaviyi sunmayarak veya yaşam destekleyici tedaviyi sona erdirerek ölümü hızlandırmak olarak kabul edilmektedir⁴⁰². Pasif ötanazide, doktorun hareketsiz kalması sonucu ölüm olayı meydana gelmektedir⁴⁰³.

Hayatî fonksiyonları tıbbî yöntemlerle sürdürülen bir kimseye uygulanan tedavinin kesilmesi, hastanın bir süre daha ömrünü uzatacak tedaviye başlanmaması veya başladıktan sonra durdurulması, son safhada gelişen bir zatürreyi antibiyotik ile tedavi etmek mümkün iken tedavi etmemek pasif ötanaziye örnek olarak

⁴⁰¹ **Artuk**, Mehmet Emin/ **Yenidünya**, Caner; “Ötanazi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 298; **Besiri**, Arzu; “Ötanazi ve Yaşam Hakkı”, TBBD, S. 86, 2009, s. 189; **Güven**, Kudret; Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara 2000, s. 12; **Öztürk**, Bahri; “Hasta Hakları ve Ötanazi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s. 580.

⁴⁰² **Güven**, s. 15-16.

⁴⁰³ **Besiri**, s. 192; **Güven**, s. 16.

gösterilmektedir. Ayrıca, pasif ötanazi, hastanın yaşamını sürdürebilmesi için gerekli beslenmenin durdurulması halini de kapsamaktadır⁴⁰⁴.

B. Pasif Ötanazi ile İlgili Görüşler ve Hukukumuzdaki Durum

İnsan yaşamı hukuk ve ahlak düzenimizin en önemli değeridir. Bu değerın korunması devletin ödevleri arasında sayılmakla birlikte, tarafı olduğumuz İHAS'nin 2. maddesi ile yaşama hakkı uluslar arası düzeyde koruma altına alınmıştır. Ancak, bu ödevin kişiyi öldürmemek ve onu öldürölmekten alıkoymak şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁰⁵. Yine, bu görüşe göre devletin koyduğu yasalarla koruduğu kişinin hayatı değil, kişinin hayatı üzerindeki hakkı olan yaşama hakkıdır.

Hastanın tedaviyi reddettiğini ifade ettiğı hasta tasarrufu ölüm hakkını beraberinde getirmektedir. Hastanın tedaviyi ret hakkı her ne kadar kabul edilmekte ise de, kişinin kendi bedeni üzerinde mutlak tasarruf hakkına sahip olup olmadığı hususunda yoğun tartışmalar bulunmaktadır. Doktrinde, bu konuya ilişkin başlıca iki görüş bulunmaktadır: Birinci görüşe göre, vücut bütünlüğü ve sağlığı tehlikede olan bir hastanın tedaviye rıza göstermemesi veya tedaviyi ret etmesi halinde dahi hekim kişinin hayatını kurtarmak adına gerekli tıbbî müdahaleleri yapmalıdır. Hastanın yaşama hakkı üzerinde tasarrufta bulunması mümkün değildir⁴⁰⁶. İkinci görüşü savunanlar, bilinçli olarak karar vermeye ehil hastaların yaşamını tehdit etse dahi

⁴⁰⁴ Güven, s. 16.

⁴⁰⁵ Güven, s. 102.

⁴⁰⁶ Bayraktar, Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğı, Doktora Tezi, İstanbul 1972, s. 130-132 (aktaran Taşkın, s. 74-75).

herhangi bir tedaviyi veya tıbbî müdahaleyi reddedebileceğini kabul etmektedir⁴⁰⁷. GÜVEN, bireyin kendi geleceğini kendisinin belirlemesi hakkından hareketle; kişiye yaşamını belirleme ve düzenleme hakkı verilmeden tanınan yaşama hakkının bir anlam ifade etmeyeceğini; dolayısıyla, devletin kişinin iradi olarak yaşamını sona erdirmeye kararına saygı göstermesi gerektiği görüşündedir⁴⁰⁸.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1982 Madrid Ötanazi Bildirgesi'nde "*ötanazinin etik olmadığı belirtildikten sonra, bu hekimi hastalığının son dönemlerinde olan bir hastanın doğal ölüm süreci ile ilgili isteğine saygı göstermekten alıkoymaz.*" ifadesine yer verilmektedir.

Ötanazinin kişilik haklarına aykırılık teşkil etmediği görüşünün dayanağını TMK md. 24/2'de ifade edilen üstün nitelikte bir özel yararın bulunması durumu oluşturmaktadır. Üstün nitelikte özel yararın varlığı ilkesi, kişilik hakkı ihlal edilen kimsenin rızasının alınmadığı hallerde başvurulacak bir yol olarak kabul görmektedir. Zira rızası alınamayan kişinin varsayılan iradesi dikkate alınarak bir seçim yapılmaktadır. Bu durum, üstün nitelikli özel yararın tespitinde subjektif ölçü olarak ele alınmaktadır. Bu görüş gereğince, hastaya ötanazi uygulanmasında üstün nitelikte özel bir yarar öngörülüyorsa ve ötanazi hastanın varsayılan iradesine uygun kabul edilebiliyorsa kişilik haklarına aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nde bu konuya ilişkin açık bir düzenleme olmamakla birlikte; sözleşmenin 9. maddesine göre "*Müdahale sırasında isteğini*

⁴⁰⁷ Taşkın, s. 75.

⁴⁰⁸ Güven, s. 104.

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

Ötanazinin kişilik haklarının ihlaline yol açmadığı yönündeki görüş açısından objektif ölçünün İHAS md. 3 hükmü olacağına dikkat çekilmektedir. Bu maddeye göre “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulamaz.*” Dolayısıyla, hastaya uygulanan tıbbî müdahaleler hastalığı hafifletmek yerine ağırlştırıyorsa ve hayatı hasta açısından çekilmez bir hale sokuyorsa, bu tedaviler insanlık dışı ve aşağılayıcı sayılabilecektir⁴⁰⁹. Bu görüşe göre, kişinin yaşam kalitesinin önemli ölçüde kaybolduğu ve insan onuru ile bağdaşmaz bir hal aldığı durumlarda tıbbî müdahaleye başlamama veya durdurma mümkün olmalıdır. Zira, devletin bireyi yaşatma ödevi kişiyi insanlık dışı yaşamaya zorlamamalıdır.

Ülkemizdeki konuya ilişkin hukuksal düzenlemeler göz önüne alındığında ötanazinin kesin olarak yasaklanmış olması ve kişinin kendi vücut bütünlüğü ve yaşamı üzerinde mutlak tasarruf hakkına sahip olmaması nedeniyle birinci görüşe katılmaktayız. Bunun yanında, ötanazinin ve kişinin kendi yaşamına son vermesi sonucunu doğuracak hasta tasarruflarının hukuken geçerli kabul edilmesinin çeşitli suistimallere de yol açabileceği görüşündeyiz. Örneğin, organ nakli bekleyen bir kişiye hekimin menfaat karşılığında taahhütte bulunması bu nedenle hastayı ve yakınlarını yanıltıcı şekilde aydınlatma yaparak ötanaziye zemin hazırlaması söz

⁴⁰⁹ Güven, s. 113

konusu olabilir⁴¹⁰. Hekim yaşam hakkını üstün tutarak gerekli tıbbî müdahaleleri gerçekleştirmelidir.

C. Pasif Ötanazi Uygulamasının Hasta Tasarrufları ile İlişkisi

Günümüzde tedavi yöntemlerinin gelişmesi ve hastalıkların tedavisinde büyük yol alınması nedeniyle insan ömrünün uzadığı görülmektedir. Tedavisi olmayan ölümcül hastalıkların, koma halinin, ağır zihinsel veya bedensel hastalıkların mevcut olması durumunda; hastalığın tedavisi sonucunda hasta ömrünün uzatılmasının bedeli hasta için ağır acıların yaşanması olmaktadır. Bu durumda bulunan hastanın bilinci yerinde olmadığından tedaviye rıza göstermesi veya tedaviyi reddetmesi söz konusu olamayacaktır.

Pasif ötanazi kavramının kapsamında olmak üzere, hasta kişinin kendisine bazı tedavi yöntemlerinin uygulanmaması hususunda önceden yazılı olarak talimatlarını açıklama imkânı bulunmaktadır. Hastanın bu şekildeki beyanları ayırt etme gücünü kaybettiği zamanlarda uygulanmak üzere açıklanmış ve kendi geleceğini kendisinin belirlemesi hakkının kullanılmasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Pasif ötanazi kavramı ile birebir ilişki içinde bulunan bu beyanlar, Alman ve İsviçre hukuklarında “biyolojik vasiyet” kavramıyla ifade edilirken; Amerikan hukukunda bu beyanlara ilişkin “*living will*” kavramı kullanılmaktadır⁴¹¹.

⁴¹⁰ **Yavaş**, Murat; “Ötanazi”, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 145.

⁴¹¹ **Sonat**, s. 183, dpn. 45.

İsviçre hukukunda hastanın yönlendirici direktifleri ile kendisine bazı tedavi yöntemlerinin uygulanmasını istemediğini beyan etmesi nedeniyle pasif ötanazi sonucunu doğuracak tedaviyi reddetme hakkının kullanımının geçerli olacağı görüşü genel kabul görmektedir⁴¹². Ülkemiz pozitif hukukunda HHY'nin 25. maddesinde düzenlenen hastanın tedaviyi reddetme hakkı incelendiğinde, hastanın hekime başvurduktan sonra bazı tedavi yöntemlerinin kendisine uygulanmamasını isteme hakkı bulunmaktadır. Hastanın bu şekilde tedaviyi red hakkını kullanması sonucunda ölüm meydana gelmişse, örneğin hekimin hasta tasarrufuna uygun davranarak kan naklini gerçekleştirmemesi veya suni beslenmeye başvurmaması gibi durumlarda, HAKERİ'ye göre hekimin fiili suç teşkil etmeyeceği gibi hastanın bu yöndeki iradesi hukuka aykırı sayılmamalıdır⁴¹³. Bunun yanında, HHY'nin 13. maddesinde ötanazi yasağı düzenleme alanı bulmuştur. Bu madde metnine göre, “Ötanazi yasaktır. Tıbbî gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.” HAKERİ'nin görüşü, HHY'nin 13. maddesinde yer alan yasaklayıcı düzenleme ile açıkça çelişki halindedir. Şöyle ki, hukukumuzda ötanazi yasaklanmış ve hastanın yaşam hakkına üstünlük tanınmıştır. Bu durumda, hasta tasarrufunun ölüm sonucunu doğuracağı öngörülen talepleri içermesi halinde hekim tarafından uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. KÖPRÜLÜ⁴¹⁴ ise, “İyileşmesine tıbben imkan görülmeyen bir hastanın ısrarlı isteği üzerine dayanılmaz ölçüdeki sürekli acı ve ağrılarına son vermek amacı ile hekim tarafından hayatına son verilmesi biçimindeki müdahale kişilik haklarına tecavüz teşkil ettiğinden yapılmamalıdır” şeklindeki

⁴¹² Sonat, s. 184.

⁴¹³ Hakeri, s. 307; aynı yöndeki görüş için bkz. Ünver, Yener; “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2006, s. 261 vd.

⁴¹⁴ Köprülü, s. 264

ifadesi ile konuya ilişkin görüşünü açıkça ortaya koymakta ve ötanaziyi kesin olarak kabul etmemektedir.

Sonuç olarak, bir hasta tasarrufunun pasif ötanazi uygulamasına neden olacak talepleri içermesi ve hastanın hayatını kaybetmesi sonucunu doğurması geçerliliğinin tartışılmasına yol açmaktadır. Özellikle pasif ötanazi uygulamasının hukuka uygun olduğunu kabul edenler, bu talebi içeren hasta tasarrufunun geçerli olduğunu savunmaktadırlar. Buna karşılık, tıbbın günden güne geliştiğini ve ölümcül hastalıkların dahi tedavisinin mümkün olabileceğini savunanlar; pasif ötanazinin kişilik haklarına müdahale niteliğine sahip olması nedeniyle hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedirler. Kanaatimizce, hem pasif ötanazinin ülkemiz hukukunda yasaklanmış olması hem de can lehine yorum ilkesinin esas alınmasının gerektiği yönündeki görüşümüz doğrultusunda; pasif ötanazi sonucunu doğuracak nitelikteki taleplerden oluşan hasta tasarrufları geçersiz kabul edilmeli ve hekim tarafından bu gerekçeye dayanılarak uygulanmamalıdır.

SONUÇ

Bilindiği gibi, AY md. 56 gereğince, herkes sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Bu hakkın korunabilmesi amacıyla, devlet, vatandaşlarının hayatını, beden ve ruh sağlığı içerisinde devam ettirmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarının hizmet vermesini planlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda, bir kamu hizmeti olan sağlık hizmeti bakımından süreklilik, devamlılık ve herkes tarafından ulaşılabilme ciddi önem taşımaktadır.

Keza, AY md. 17 ve TMK md. 24 hükümleri gereğince, kişilik hakkına yapılan her türlü müdahale kişinin rızası olmadığı müddetçe hukuka aykırıdır. Bu nedenle, tıbbî müdahalelerin hukuka aykırılığını giderebilmek için mutlaka hastanın rızasının alınması gerekmektedir. Hastanın rızasının hukuken geçerli bir rıza olabilmesi için hekimin aydınlatma yükümünü yerine getirmiş olması, hastanın rıza göstermeye ehil ve tıbbî müdahalenin sonuçlarını ve rizikolarını anlayabilecek kapasitede olması gerekmektedir.

Tıp ve sağlık hukuku temelinde hastaların çeşitli hakları bulunmaktadır. Hasta haklarının temelini oluşturan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, özel hukukumuzun temel ilkelerinden biri olan irade serbestisi ilkesinin sağlık ve tıp hukukuna yansıyan bir görünümüdür. Kişilik haklarından biri olan kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı tıbbî müdahaleler ile doğrudan ilişkili olup irade serbestisi bu alanda hastanın bizzat karar verme özgürlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Hastanın karar verme özgürlüğü, tedaviyi kabul etmenin yanında

tedaviyi reddetme veya durdurma hakkını da kapsamaktadır. Hasta karar verme özgürlüğünü kullanırken sağlığı ile ilgili hukuksal tasarruflarda bulunmaktadır. Bu bağlamda, hasta tasarrufları sağlararası ve ölüme bağlı olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulabilir. Sağlararası hasta tasarrufları hastanın sağlığında hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Yönlendirici hasta direktifleri, hastanın ayırt etme kabiliyetine sahip iken ortaya koyduğu ve kendisine uygulanacak tıbbî tedavilere ilişkin irade beyanıdır. Bu beyan, hasta bilincini kaybetmiş bir halde bulunurken hastanın tıbbî müdahaleye rızası bağlamında hekime bilgi verecektir. Keza, sağlık hizmeti vekili de, hastanın sağlıklı iken atadığı ve hasta kendisi hakkında karar veremeyecek hale geldiğinde kendisinin sağlığı ile ilgili kararları verecek kişidir. Sağlık uygulamaları bağlamında ele alındığında, hastanın iradesinin tam olarak yansıtılabilmesi için hem yönlendirici hasta direktiflerinin bulunması hem de hastanın sağlık hizmeti vekili atamış olması halinde hastanın özerkliğinin sağlanabileceğı ve varsayılan rıza kavramında duyulan endişelerin bertaraf edilebileceğı görüşündeyim. Ancak, ölkemizdeki pozitif hukuk düzenlemelerinde yönlendirici hasta direktiflerinin geçerliliğı veya sağlık hizmeti vekilinin görev alanı ile ilgili düzenlemeler henüz bulunmamaktadır. Bu alandaki yasal düzenleme eksikliği hasta özerkliği ilkesinin zedelenmesi sonucunu doğurmaktadır.

Pozitif hukukumuzda ötanazi kesin olarak yasaklanmış olduğundan hasta tasarrufunun ötanazi sonucunu doğuracak şekilde hüküm ifade etmesi halinde kesin geçersizliği söz konusu olmalıdır. Kanaatimizce, hastanın özerkliği ilkesi ve yaşam hakkının çatıştığı durumlarda üstün olan menfaate göre hareket edilmeli; yaşam/can lehine yorum ilkesi esas alınarak yaşam hakkına üstünlük tanınmalıdır. Tıbbî tedavi

ve yöntemlerin günden güne gelişme gösterdiği göz önünde tutulduğunda, hastanın iradesine uygun olmasa da, hayatta tutulması ve hekimin her durum ve koşulda yaşam hakkına öncelik tanınması gerekmektedir.

Öte yandan, tıbbî vasiyet kavramı genel anlamda olmak üzere ölüme bağlı bir hasta tasarrufunu ifade etmekle birlikte; hasta özerkliği ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, tıbbî vasiyetin en önemli görünüm biçimi, organ ve doku vasiyetidir. Organ ve doku vasiyeti, kişinin ölümünden sonra kendisinden organ ve doku alınmasına rıza gösterip göstermediğini beyan ettiği belge şeklinde nitelendirilebilir ve kişinin ölümünden sonra sonuç doğurması nedeni ile tipik bir ölüme bağlı tasarruftur.

Tıbbî vasiyet ve hasta tasarrufu ilişkisine bakıldığında, tıbbî vasiyetin hastanın hukuksal işlemleri bağlamında hasta tasarrufunun bir alt türü olduğu belirlenmesini yapmak mümkündür. Çalışmamız kapsamında, tıbbî vasiyet ölüme bağlı tasarruf şeklinde değerlendirildiğinden hastanın ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğuran hasta tasarrufları tıbbî vasiyet başlığı altında incelenmiştir. Diğer ülke hukuklarında, çalışmamızda yönlendirici hasta direktifleri başlığı altında incelenen hasta tasarrufları, hasta vasiyeti veya yaşayan vasiyetname şeklinde nitelendirilmektedir. Ancak, kanaatimizce nitelendirme yaparken, hasta tasarrufunun hüküm doğurduğu an esas alınmalıdır. Hasta kişi hayatta iken ve fakat bilincini yitirmiş bir halde bulunurken hüküm doğuran hasta tasarrufu yönlendirici hasta direktifi şeklinde nitelendirilmelidir. Buna karşılık, organ ve doku vasiyeti gibi hasta kişinin ölümünden sonra sonuç doğuracak hasta tasarrufu tıbbî vasiyet olarak

değerlendirilmelidir. Bununla beraber bu yöndeki belirleme, yönlendirici hasta direktiflerinin açıklanmasının vasiyetname şekil ve esaslarına göre düzenlenmesine engel teşkil etmediği gibi; yönlendirici hasta direktiflerini hukuksal nitelik olarak vasiyetname şeklinde kabul etmek de mümkündür. Bu suretledir ki, yapılabilecek hukuksal ayırım noktasında, olası kavram karmaşasının daha baştan ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin** : Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Sonuçlar (Biyolojik Madde Nakli) , Ankara 1996.
- Akıncı, Şahin** : “*Türk Özel Hukukunda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler*”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi 10. Hizmet Yılı Armağanı (Armağan), Konya 1995.
- Akıncı, Şahin** : “*Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler ve Bazı Çözüm Önerileri, Sağlık Hukuku Sempozyumu*”, Erzincan 15- 16 Mayıs 2006, Ankara 2007. (Sempozyum)
- Akyıldız, Sunay** : “*Yaşama Hakkı Perspektifinden Aktif Ötanazi*”, II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 7-8 Kasım 2008, s. 465-484.
- Akyıldız, Sunay** : “*2238 Sayılı Yasa ve Hasta Hakları Boyutu ile Organ Bağıışı*”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyumu Notları, İstanbul 2007.

Annas, George J. : “*The Health Care Proxy and The Living Will*”,
Palliative Care: Transforming The Care Of Serious
İllness, Editors: Meier, Diane; Isaacs, Stephen;
Hughes, Robert, s. 168,
(<http://www.google.com/books?hl=tr&lr=&id=qmflgMUwkIC&oi=fnd&pg=PA167&dq=health+care+proxy&ots=2VjqfAbmlp&sig=UsvqQUyGdTISkB1Fep4nW0HMCwk#v=onepage&q=health%20care%20proxy&f=false>) (20.10.2011)

Artuk, Mehmet Emin/

Yenidünya, Caner : “*Ötanazi*”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan,
İzmir 2001, s. 297- 319.

Atamer, Yeşim M.

: “*Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar*”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan,
Y. 19- 20, S. 1- 2.

Ayan, Mehmet/

Ayan, Nurşen : Kişiler Hukuku, Konya 2007.

Ayan, Mehmet

: Miras Hukuku, Konya 2005.

- Ayan, Mehmet** : Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk,
Ankara 1991.
- Aydın, Erdem** : “*Paternalizm ve Aydınlatılmış Onam*”,
(<http://www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D2/9/3413.doc>) (10.09.2011)
- Aydın, Erdem** : “*Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi*”,
Erciyes Tıp Dergisi, 2003, s. 92-97, (Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi)
(<http://tipdergisi.erciyes.edu.tr/project6/92.pdf>)
(11.09.2011)
- Aydın, Erdem/Ersoy, Nermin** : “*Tıbbi Etik ve Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi*”, Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, C. 2, S. 2, 1994, s. 71-74.
- Aydın, Murat** : Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.
- Ayiter, Nuşin** : “*Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli*”, AÜHFD, Y. 1968/1-2, C. XXV, s. 142.

Başpınar, Veysel : “*Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yü-
kümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp
Hukuku Sorunları*”, 1. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp
Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007.

Bayraktar, Köksal : “*Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı*”, Marmara
Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza
Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu,
17.11.2006, s. 96-104.

Bayraktar, Köksal : Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu,
Doktora Tezi, İstanbul 1972.

Besiri, Arzu : “*Ötanazi ve Yaşam Hakkı*”, TBB Dergisi, S. 86, 2009,
s. 188-203.

Çilingiroğlu, Cüneyt : Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.

Çobanoğlu, Nesrin : “*Etik Açısından Aids ve Hekim Sorumluluğu*”,
(<http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/etik.shtml>.)
(11.09.2011)

Çobanoğlu, Nesrin : “*Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak
Aydınlatılmış Onam*”, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1,
S. 1, s. 70-86.

- Demir, Mehmet** : “*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 225-252. (Hekimin Sorumluluğu)
- Demir, Mehmet** : “*Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane-Kamu Hastanesi Ayrımı*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, s. 263-281.
- Demir, Mehmet** : “*Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 1-3 Kasım 2007, s. 153-160. (Sorumluluğun Koşulları)
- Demir, Mehmet** : “*Hasta Tasarrufları ve Tıbbî Kayıt Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenleme*”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 7-8 Mayıs 2010, s. 435-442. (Hasta Tasarrufları)
- Demir, Mehmet** : Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010. (Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu)

- Doğan, Cahid** : “*Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması*”,
Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan
Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart
2009, Girne-KKTC, s. 111-219.
- Dural, Oğuz** : Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku,
İstanbul 2002.
- Er, Ünal** : Sağlık Hukuku, Ankara 2008.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.
- Erman, Barış** : Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka
Uygunluğu, Ankara 2003. (Hukuka Uygunluk)
- Erman, Barış** : “*Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve
Tedaviyi Ret Hakkı*”, Fasikül, S. 4, Mart 2010, s. 31-34.
- Ersay, Nermin** : “*Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi*”,
([http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari
/n_ersay/aydinlatilmis_onam_ogretisinin_gelisimi.pdf](http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersay/aydinlatilmis_onam_ogretisinin_gelisimi.pdf).)
(20.08.2011)

- Gojayeve, Alvina** : “*Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri*”, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S.1, Ankara 2009, s. 28-57.
- Gök, Şenay** : Adli Tıp, İstanbul 1983.
- Gökçen, Ahmet** : “*Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı, C. 8, S. 1-2, 2000.
- Gönen, Doruk** : El Yazılı Vasiyetname, İstanbul 2007.
- Güneysu, Gökhan** : “*Hasta Direktifinin Tâbi Kılınabileceği Geçerlilik Şartları Üzerine Bir Araştırma*”, 1. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi-Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği Ve Tıp Hukuku Sorunları, Editörler: Demirhan Erdemir, Ayşegül; Öncel, Öztan; Zeytin, Zafer; Öztürk Türkmen, Hafize; Erer, Sezen; Ertin, Hakan; Atıcı, Elif; Antalya 2007, s. 557-565.
- Gürzumar, Osman Berat** : “*Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 s. Kanun Üzerine Düşünceler*”, Ankara Barosu Dergisi, Mayıs 1991.

- Güven, Kudret** : Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara 2000.
- Güven, Kudret** : “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”,
(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_1_5.pdf)
(07.11.2011)
- Güven, Tolga/Sert, Gürkan** : “*Tedaviyi Sürdürme Ödevi mi, Tedaviyi Red Hakkı Mı? Türkiye’de Tedaviyi Red Hakkına İlişkin Yasal Çerçevesinin Tıp Etiği Açısından Değerlendirilmesi*”,
Tıp Etiğinden Biyoetiğe, Editörler: Ülman, Yeşim Işıl;
Başagaç Gül, Tamay; Kadioğlu, Funda G.; Yıldırım,
Gülay; Edisan, Zehra; Türkiye Biyoetik Derneği
Yayını, Ankara 2009, s. 201-205.
- Hakeri, Hakan** : Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006. (Öldürme Suçları)
- Hakeri, Hakan** : Tıp Hukuku, Ankara 2007.
- Hatırnaz, Gültezer** : Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2007.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan** : Miras Hukuku, İstanbul 2006.

İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/

Albaş, Hakan : Miras Hukuku, Ankara 2006.

İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/

Albaş, Hakan : Miras Hukuku, Ankara 2008.

Kılıçoğlu, Ahmet M. : Miras Hukuku Ders Notları I-II, Ankara 2005.

Kılıçoğlu, Ahmet M. : Miras Hukuku, Ankara 2007.

Kılıçoğlu, Ahmet M. : “*Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri*”, TBBD, S. 2, 1991 (Organ Nakli).

Köprülü, Bülent : Medeni Hukuk/Genel Prensipler/Kişinin Hukuku, İstanbul 1979.

Küçükgüngör, Erkan : “*Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti*”, AÜHFD, C. 45, S. 1-4, s. 505-531.

Lilie, Hans : “*Alman Hukukunda Hasta Hakları*”, Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006, s. 105-115.

Oğuzman, M. Kemal/

Seliçi, Özer/ Oktay, Saibe : Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul
2002.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin : “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”,
AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 55-78.

Özbek, Veli Özer/

Kanbur, M. Nihat/

Bacaksız, Pınar/

Doğan, Koray/Tepe, İlker : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

Özcan, Burcu G./

Özel, Çağlar : “*Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi
Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin
Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış
Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, Hacettepe
Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 1, 2007, s. 49-73.

Özel, Çağlar : “*Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi
ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler*”,
AÜHFD, C. 51, S. 1, 2002, s. 43-77.

Özdemir, Hayrünnisa : Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara
2004.

- Özden, Sinan** : Adli Tıp El Kitabı, İstanbul 1993.
- Özgül, Mehmet Emin** : Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010.
- Öztan, Bilge** : Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2006.
- Öztan, Bilge** : Miras Hukuku, Ankara 2008.
- Öztürel, Adnan** : “*Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri*”, AÜHFD, S. 1- 4, C. XXX, 1973.
- Öztürk, Bahri** : “*Hasta Hakları ve Ötanazi*”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, 2001, s. 573-590.
- Öztürkler, Cemal** : Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006.
- Parlak, Şafak** : “*Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar*”, TBBD, S. 83, 2009.
- Reisoğlu, Safa** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

- Sağlam, İpek** : “*Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme*”, AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 455-469.
- Sarıal, Enis** : Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.
- Savaş, Halide** : Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza-Hukuk, Ankara 2007.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkey** : Miras Hukuku, Ankara 2004.
- Sert, Gürkan/Güven, Tolga** : “*Hekimin Tedaviyi Reddetme(me) Ödevi*”, Tıp Etiğinden Biyoetiğe, Editörler: Ülman, Yeşimİşıl; Başağaç Gül, Tamay; Kadioğlu, Funda G.; Yıldırım, Gülay; Edisan, Zehra; Türkiye Biyoetik Derneği Yayını, Ankara 2009, s. 295-300.
- Sonat, K. Ali** : “*Tıbbi Müdahalelerde İradi Temsilci Tayini*”, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 175-214.

- Şahiniz, Salih** : “*Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlararası Organ Nakli*”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003.
- Şenocak, Zarife** : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.
- Şenocak, Zarife** : “*Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*”, AÜHFD, C. 50, S. 4, 2001, s. 65-80, (Küçüğün Rızası).
- Tacir, Hamide** : Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011.
- Taşkın, Ahmet** : Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu, Ankara 1997.
- Ünver, Yener** : “*Türk Tıp Hukukunda Rıza*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 2006, s. 227-288.
- Vatanoğlu, Elif** : “*Günümüzde Tıp Bilimindeki Etik İlkeler*”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar Arası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, s. 17-25.

Will, Michael R./

Öztañ, Bilge

: “*Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı-Transseksüellerin Hukuki Durumu-* ”,

(<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/299/2805.pdf>)

(07.11.2011)

Yavaş, Murat

: “*Ötanazi*”, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son

Gelişmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, s. 137-157.

Yavuz İpekyüz, Filiz

: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

Yenerer Çakmut, Özlem

: “*Hastanın Tedaviyi Reddetme veya Durdurma*

Hakkı”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009, Girne-KKTC, s. 41-93. (Tedaviyi Reddetme veya Durdurma Hakkı)

Yenerer Çakmut, Özlem

: “*Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam*”, Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, s. 1-39. (Sağlık Hukukunun Temel Esasları)

Yenerer Çakmut, Özlem : Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003. (Tıbbi Müdahaleye Rıza)

Yenerer Çakmut, Özlem : “*Tıpta Aydınlatma ve Rıza*”, Roche Sağlık Hukuku Günleri (Tebliğler), 2007, s. 1-31. (Aydınlatma ve Rıza)

Yıldırım, Turan : “*Hasta Hakları*”, Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006, s. 116-122.

Yılmaz, Battal : “*Aydınlatılmış Rıza*”, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, Ankara 2009, s. 167-180.

Yokuş Sevük, Handan : “*Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2006, s. 221-243.

Zevkliler, Aydın/

Acarbey, M. Beşir/

Gökyayla, K. Emre : Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara 1999.

İNTERNET SİTELERİ

http://en.wikipedia.org/wiki/Patient_Self-Determination_Act (03.10.2011)

<http://www.saglik.im/doku-ve-organ-nakilleri-transp-lantasyon/>. (05.11.2011)

<http://www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D2/9/3413.doc> (10.09.2011)

<http://tipdergisi.erciyes.edu.tr/project6/92.pdf>. (11.09.2011)

http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/aydinlatilmis_onam_ogretisinin_gelisimi.pdf (20.08.2011)

<http://www.hatam.hacettepe.edu.tr/etik.shtml>. (11.09.2011)

http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_1_5.pdf (07.11.2011)

<http://www.google.com/books?hl=tr&lr=&id=qmflgMUwkIC&oi=fnd&pg=PA167&dq=health+care+proxy&ots=2VjqfAbmlp&sig=UsvqQUyGdTISkB1Fep4nW0HMCwk#v=onepage&q=health%20care%20proxy&f=false> (20.10.2011)

www.kazanci.com (05.10.2011)

tr.wikipedia.org (01.11.2011)

ÖZET

Hasta tasarrufları, tez çalışmasının ana konusunu oluşturmaktadır. Bu tasarruflar, önceden hazırlanmış hasta direktifleri (sağlararası hasta tasarrufları) ve vasiyetname (ölüme bağlı hasta tasarrufları) olarak iki bölüm halinde sınıflandırılmıştır. Önceden hazırlanmış hasta direktifleri ise, yönlendirici hasta direktifleri ve sağlık hizmeti vekili şeklinde ikiye ayrılmıştır. Ayrıca, organ vasiyeti Türk Hukuk Sistemine göre incelenmiştir.

ABSTRACT

The main subject of the thesis is patient's disposals. These disposals are categorized into two sections which are advanced directives and testament. Advanced directives are divided into instruction directives and health care proxy. Also, testament of organ are analyzed according to the Turkish Law System.