



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ZORLA TIBBİ MÜDAHALE

NERMİN AZGIN

SAĞLIK HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Doç. Dr. Selman KARAKUL

İSTANBUL-2020

ÖZET

Zorla Tıbbi Müdahale

Tezimizde, hukuka uygunluk şartları bakımından hangi müdahalelerin zorla tıbbi müdahale niteliği taşıdığı ve bu müdahaleler sonucunda hastaların hangi yetkili mercilere başvuracağı konusu ele alınmıştır. Bu bağlamda bir yandan geçerli rızanın şartları, özellikle hastanın gereği gibi aydınlatılması konusu tartışılırken, rızanın eksikliği halinde onun yerini dolduracağı kabul edilen varsayılan rıza kavramı incelenmiştir. Öte yandan; zorla tıbbi müdahale sınıflandırılarak cinsiyet değişikliği, sünnet, kastrasyon, beden muayaneleri, genital muayane, ötanazi ve tedaviyi red hakkı gibi tartışmalı alanlarda hastanın ve özellikle ayırt etme yetisine sahip küçük ve kısıtlıların rızası açısından ortaya çıkan sorunlar üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte, mevzuatımızın hasta hakları ihlallerinde hasta ve hasta yakınlarına hukuki, idari ve cezai olmak üzere sağladığı korunma imkanları irdelenmiştir. İhlal edilen hasta hakları konusunda mevzuatımızdaki düzenlemeler kapsamında başvuru hakkı ve bu hakkın kullanılması bakımından görevli ve yetkili kurumlar ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Sağlık Hukuku, Tıbbi Müdahale, Aydınlatılmış Onam, Varsayılan Rıza, Başvuru Hakkı, Başvuru Mercileri.

ABSTRACT

Forced Medical Intervention

In our thesis it will be evaluated which interventions are forced medical interventions according to the requirements of the legality and the legal remedies of the patients affected by these interventions. In this context, the current consent requirements, especially Informing the patient properly, are discussed on the one hand and the concept of presumed consent is examined as replacing the informed consent in case of lack of it on the other hand. Also it is emphasized that as types of medical interventions castration, gender change, circumcision, castration, body examinations, genital examination, organ and tissue transplants, euthanasia and the right to refusal of treatment are discussed areas, and there are problems about patients' and in particular competent minors and wards who has the power to distinguish. In addition, legal, administrative and criminal remedies which are prescribed by our laws to protect patient and its relatives in case of violation of patients rights are examined. Moreover authorities which are legally competent to receive individual applications on the alleged violations of patients' rights are evaluated.

Key Words: Health Law, Medical Intervention, Informed Consent, Presumed Consent, Right To Apply, Authorities To Apply

ÖNSÖZ

Tez çalışmamızın konusu “zorla tıbbi müdahale”dir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için rıza kavramı önem arz etmektedir. Ancak rızanın veya varsayılan rızanın olduğu tıbbi müdahalelerde bile zaman zaman hasta veya hasta yakınlarının mağdur olduğu durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi durumlarda Ceza Hukuku veya İdare Hukuku kapsamında mevzuatımızda yer alan başvuru hakkı ve başvuru mekanizmaları devreye girmektedir. Çalışmamızın temelinde öncelikle tıbbi müdahale ve tıbbi müdahalelerde rıza kavramı genel olarak bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alındıktan sonra, tıbbi müdahaleler neticesinde oluşabilecek mağduriyetler durumunda hasta veya hasta yakınlarının başvurabilecekleri hukuki mercilerle ilgili değerlendirilmeler ortaya konmaya çalışılmıştır. Çalışmamızın öğreti ve uygulama açısından faydalı olmasını ve bu konuda yapılacak çalışmalara katkı sağlamasını umuyoruz.

Yüksek lisans çalışmamın konu seçiminden yazımının tamamlanmasına kadar hiçbir zaman desteğini esirgemeyerek çalışmama pek çok katkı sağlayan danışman hocam Doç. Dr. Selman KARAKUL’a, saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ ile Doç. Dr. Gürkan SERT’e saygılarımı sunarım.

Hayatım boyunca maddi veya manevi hiçbir desteğini esirgemedi, sevgileriyle kendime olan inancımı destekleyerek hep arkamda olan ve beni cesaretlendiren, değerli babam Ali AZGIN’a, kıymetli annem Ayla AZGIN’a ve kız kardeşlerime sevgim bakidir.

Yardımlarını ve sevgilerini hiçbir zaman esirgemedi, sıkıntılı dönemlerimde her zaman yanımda olan ve bana olan inançlarını her zaman hissettiren çok değerli dostlarıma sonsuz teşekkürler.

Av. Nermin AZGIN

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	3
TEMEL KAVRAMLAR VE KURAMSAL ÇERÇEVE	3
I. İNSAN ONURU	3
A. Genel Olarak	3
B. İnsan Onurunun Evrensel Niteliği.....	3
II. HASTA HAKLARI	6
A. Hasta Haklarının Gelişimi.....	6
1. Amerikan Hastaneler Birliği Bildirgesi.....	7
2. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi.....	7
3. Bali Hasta Hakları Bildirgesi	8
4. Amsterdam Hasta Hakları Bildirgesi	11
5. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi	12
6. Avrupa Hasta Hakları Şartı	13
C. Hasta Haklarının Mevzuatımızdaki Yeri.....	13
1. Anayasa	13
2. Tababet ve Şuabat-1 Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun	14
3. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu.....	14
4. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi	14
5. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun 15	
6. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Teşkilatı ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	15
7. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun	15
8. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu.....	15
9. Hasta Hakları Yönetmeliği.....	16
III. TEMEL HASTA HAKKI OLAN KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI.....	17
A. Kavram	17

B.	Dayanağı Olan Hukuksal Temeller	17
1.	Temel Haklar	17
IV.	Uluslararası Hukuk ve Sözleşmeler	18
A.	Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Kapsamı.....	18
B.	Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Sınırları.....	19
V.	ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI	19
A.	Genel Olarak	19
B.	Özel Hayatın İçeriği ve Alanı.....	19
C.	Hastanın Özel Hayatına Saygı.....	20
D.	Dayanak Uluslararası Belgeler.....	20
E.	Ulusal Düzenlemeler	21
F.	Hastanın Beden Gizliliği Ve Dokunulmazlığı	21
G.	Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Bakımından Hastanın Özel Hayatının Gizliliği	22

KİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE

I.	TIBBİ MÜDAHALE	23
A.	Genel Olarak	23
B.	Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler	23
II.	TIBBİ MÜDAHALENİN SINIFLANDIRILMASI	24
A.	Amaçlarına Göre Tıbbi Müdahaleler	25
1.	Eğitim Amaçlı Tıbbi Müdahaleler	25
2.	Önleme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler.....	25
3.	Teşhis Etme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler	25
4.	Tedavi Etme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler.....	25
B.	Uygulanma Yöntemine Göre Tıbbi Müdahaleler.....	25
1.	Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler	25
2.	Beden Bütünlüğüne Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler.....	26
C.	Uygulayan Yetkili Kişi Açısından Tıbbi Müdahaleler	26
1.	Hekim Tarafından Bizzat Uygulanması Gereken Tıbbi Müdahaleler	26
2.	Sağlık Çalışanları Tarafından Uygulanan Tıbbi Müdahaleler	26
3.	Hekim Dışında Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından Bizzat Uygulanan Tıbbi Müdahaleler.....	26
III.	TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN KOŞULLARI	27

A.	Yetkili Sağlık Çalışanı Tarafından Yapılması	27
1.	Hekimler	27
a.	Hekimlik Diplomasına Sahip Olma Şartı	27
b.	Uzman Olma Şartı	28
c.	Öğrencilerin Tıbbi Müdahalesi	28
d.	Sağlık Görevlileri	29
B.	Aydınlatılmış Onam	29
1.	Aydınlatılmış Onam Hakkı	30
2.	Onamın Geçerlilik Koşulu Olarak Aydınlatma	32
3.	Aydınlatmanın Kapsamı	32
4.	Aydınlatmanın Amacı	33
a.	Müdahale Aydınlatması	34
b.	Teşhis Aydınlatması	34
c.	Süreç Aydınlatması	34
d.	Riziko için Aydınlatma	34
e.	Koruma Aydınlatması	35
5.	Özel Durumlarda Aydınlatma	35
a.	Sterilizasyon ve Kastrasyon	35
b.	Gebeliğin Sona Erdirilmesi	36
c.	Cinsiyet Değişikliği	36
6.	Aydınlatma Yükümlüsü ve Muhatapı	37
7.	Aydınlatmanın Usulü	37
8.	Aydınlatma Zorunluluğunun Bulunmadığı Durumlar	38
a.	Aydınlatmadan Vazgeçme	38
b.	Hastanın Tıbbi Müdahale Hakkında Bilgi Sahibi Olması	38
c.	Acil Haller	39
d.	Tedavi Ayrıcalığı	39
e.	Aydınlatmanın Hasta İçin Öneminin Kalmaması	40
9.	Aydınlatmanın Geri Alınması, Düzeltilmesi	40
10.	Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali	40
C.	Rıza	40
1.	Rızanın Açıklanması	40
2.	Rızanın Tabi Olduğu Şekil	41

3.	Rızaya Ehliyet	42
a.	Ayırt Etme Gücüne Sahip Olma.....	43
b.	Ergin Olma	43
c.	Kısıtlı Olmama	44
4.	Rızanın Varlığına Rağmen Tıbbi Müdahalenin Hukuka Aykırı Olması.	44
5.	Rızanın Bulunmaması Durumunda Tıbbi Müdahale Uygulanabilecek Haller.....	45
a.	Varsayılan Rıza.....	45
(1)	Varsayılan Rızanın Koşulları.....	45
(a)	Müdahalenin Rıza Gösterilebilir Nitelikte Olması	45
(b)	Hastanın Konuya İlişkin Bir İrade Açıklamasının Bulunmaması	45
(c)	Rızanın Gereken Sürede Alınmaması	46
(d)	Gerçek İradeye Uygun Sonuca Ulaşmaya Çalışması	46
(2)	Varsayılan Rıza Türleri	47
(a)	Acil Durumlarda	47
(b)	Acil Olmayan Durumlarda.....	47
6.	Rızayı Sakatlayan Haller	48
7.	Rızanın Geri Alınması.....	48
8.	Rızanın Zorunlu Olmadığı Haller	48
9.	Tıp Biliminin Gereklerine Uygunluk Ve Zorunlu Tıbbi Müdahale.....	50
10.	Endikasyon (Zorunluluk)	50
11.	Tıp Biliminin Gereklerine Uygunluk	51
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM		53
ZORLA TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ		53
I.	GENEL OLARAK.....	53
II.	KANUNDAN DOĞAN ZORLA TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ.....	54
A.	Bulaşıcı Hastalıklar	54
B.	Zorunlu Aşı	55
1.	Aşı Uygulamasının Hukuki Dayanakları	55
a.	Uluslararası Dayanak.....	55
b.	Ulusal Dayanak	56
C.	Şüpheli Ve Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Biyolojik Örnek Alınması	58
1.	Dış Beden Muayenesi.....	59

2.	İç Beden Muayenesi	59
3.	Vücuttan Örnek Alınması.....	59
4.	Beden Muayenesinin Arama Tedbirinden Farkı	60
5.	Şüpheli Veya Sanığın Vücudundan Örnek Alınmasının Hukuksal Kapsamı	61
6.	Diğer Kişilerin Beden Muayenesi Ve Vücutlarından Biyolojik Örnek Alınması	62
7.	Tanıklıktan Çekinme Hakkı	63
D.	Genital Muayene	64
E.	Açlık Grevi ve Zorla Besleme.....	66
1.	Genel Olarak	66
2.	Tarihsel Süreçte Açlık Grevleri ve Zorla Besleme	67
3.	Açlık Grevi ve Zorla Besleme İçin Mevzuattaki Düzenlemeler	67
4.	Uluslararası Metinlerde Açlık Grevleri ve Zorla Besleme.....	70
5.	Bildirgeler Doğrultusunda Hekimlerin Uyacağı Etik İlkeler	71
6.	İnsan Hakları Bakımından Açlık Grevi ve Zorla Besleme	71
a.	Yaşama Hakkı Bakımından	72
b.	Düşünce ve İfade Özgürlüğü Bakımından.....	72
c.	İşkence Yasağı Bakımından	72
F.	Psikiyatride Zorla Tedavi	73
1.	Genel Olarak	73
G.	Evlilik Öncesi Yapılan Zorla Tıbbi Müdahaleler.....	75
H.	Soybağının Belirlenmesi Amacıyla Yapılan Zorla Tıbbi Müdahale.....	77
III.	DİĞER ZORLA TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ.....	79
A.	Cinsiyet Değiştirme.....	79
1.	Genel Olarak	79
2.	TMK'nın 40'ıncı Maddesi Doğrultusunda Cinsiyet Değişikliği Şartları	79
a.	Mahkemeye İzin için Başvurma.....	79
b.	Bireyin Sürekli Olarak Üreme Yeteneğinden Yoksun Olması (Mülga) .	80
3.	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Cinsiyet Değiştirmeye İlişkin Görüşü ⁸²	
B.	Kastrasyon ve Sterilizasyon	82
1.	Ceza Yaptırımı Olarak Kastrasyon	83
2.	Kastrasyonun Uygulama Türleri	84

a.	Kastrasyonun Müdahale Niteliğine Göre Cerrahi ve Kimyasal Olma Ayrımı ⁸⁴	
b.	Kastrasyonun İrade Unsuruna Göre İhtiyari ve Zorunlu Olma Ayrımı ..	85
3.	Uluslararası Hukuk Alanında Kastrasyon	85
C.	Ötanazi	86
1.	Ötanazinin Hususları	87
D.	Sünnet.....	88
1.	Genel Olarak	88
2.	Mevzuatımızda Sünnet.....	89

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ZORLA TIBBİ MÜDAHALEYE KARŞI BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

I.	GENEL OLARAK.....	91
II.	HEKİME VE DİĞER SAĞLIK ÇALIŞANLARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR	92
A.	Kamu Hastanelerinde Hekim ve Diğer Sağlık Çalışanları Tarafından Uygulanan Tıbbi Müdahalelere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar.....	92
B.	Özel Hastanelerde Çalışan Hekim ve Diğer Sağlık Çalışanları Tarafından Uygulanan Tıbbi Müdahalelere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar.....	94
1.	Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Türleri	95
a.	Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	95
b.	Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi	96
c.	Serbest Çalışan Hekim Tarafından Uygulanan Tıbbi Müdahalelere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar.....	97
III.	HASTANIN BAŞVURACAĞI HUKUKİ YOLLAR BAKIMINDAN HEKİMİN SORUMLULUKLARI	97
A.	Hekimlik Sözleşmesi İle Doğan Sorumlulukta Başvurulacak Hukuki Yollar	97
B.	Vekaletsiz İş Görme İle Doğan Sorumluluk	98
C.	Haksız Fiil Sonucu Doğan Sorumluluk.....	98
D.	Sorumsuzluk Anlaşmaları	100
IV.	İDAREYE KARŞI BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR.....	101
A.	Hasta Hakları Yönetmeliği 2014 Değişikliği	102
B.	Hasta Hakları Kurulları	102
C.	Hasta Hakları İl Koordinatörlüğü.....	103
D.	Hasta Hakları Birimleri	103

V.	ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI.....	104
A.	Bireysel Başvuru Hakkının Nitelikleri.....	104
B.	Bireysel Başvuru Konu Edilebilecek Haklar Ve Başvuru Sahibi	105
C.	Bireysel Başvurunun Şartları	105
D.	Anayasa Mahkemesinin Esasa İlişkin Kararlarının Niteliği	107
VI.	İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİNE BAŞVURU HAKKI	108
A.	Başvuru Hakkına Sahip Olanlar	109
1.	Bireysel Başvuru Şartı: “Mağdur Olma”	109
a.	Doğrudan Mağdur Olma	109
b.	Dolaylı Mağdur Olma	110
c.	Potansiyel Mağdurlar	110
B.	Başvurunun Usule Uygun Olması.....	111
C.	Zorla Tıbbi Müdahale Bakımından Başvuru.....	112
D.	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı	112
	SONUÇ.....	124
	KAYNAKLAR.....	125

KISALTMALAR

ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
İHAS	: İnsan Avrupa Hakları Sözleşmesi
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
bkz.	:Bakınız
BM	:Birleşmiş Milletler
BMGK	:Birleşmiş Milletler Genel Kurulu
CEDAW	:Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi)
CİMER	:Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi
CGTİHK	:Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	:Ceza Muhakemeleri Kanunu
DNA	:Deoksiribo Nükleik Asit
DSÖ	:Dünya Sağlık Örgütü
DSR	:Cinsel Haklar Bildirgesi
Ed.	:Editör
EMN	:Evlence Muayenesi Nizamnamesi
ESKHK	:Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Komitesi
ESKHS	:Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi
FWCW	:Dördüncü Dünya Kadın Konferansı
HIV	:Human Immunodeficiency Virus (İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü)
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu

ICPD 1994	:1994 Yılında Yapılan Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı
ICPD 2014	: Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı Eylem Programının İzlenmesi 2014 Sonrası için Program Çerçevesi ve Türkiye'nin Öncelikleri
IPPF	:Uluslararası Aile Planlama Federasyonu
IVF	:In Vitro Fertilizasyon
İHEB	:1948 Yılında İlan Edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
m.	:Madde
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu
prf.	:Paragraf
s.	:Sayfa
SABİM	:Sağlık Bakanlığı İletişim Merkezi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TDK	:Türk Dil Kurumu
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UHK	:Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
UNESCO	:United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü)

GİRİŞ

Tıbbi müdahale, bireylerin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tıbbın ve biyolojinin uygulanmasıdır. Uluslararası ve ulusal metinlerde, bireylerin vazgeçilemez, devredilemez mutlak hakları sonucu uygulanacak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için temel şartların sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu şartların en başında ise bireylerin mühalaleye izin vermesi yani rıza göstermesi gelmektedir. Rızanın sağlıklı ve geçerli olması için ise bireyin tıbbi müdahalenin bütün hususları bakımından aydınlatılması gerekmektedir. Aydınlatılmış rıza olmadan uygulanacak müdahaleler, hukuka aykırı zorla uygulanan tıbbi müdahale niteliğinde olacak ve bireyin haklarının ihlali anlamına gelecektir. Devletin, kamu düzeni, sağlığı ve güvenliği açısından rızaya dayanmadan gerçekleştireceği tıbbi müdahaleler ise ancak hakların sınırlandırılması ölçütü kapsamında Anayasa ve kanunların emrettiği şekilde uygulanabilecektir. Tezimizde hukuka uygunluk şartları kapsamında hangi müdahalelerin zorla tıbbi müdahale niteliği taşıdığı ve bu müdahaleler sonucunda hastaların hangi yekili mercilere başvuracağı incelenmektedir.

Tezin birinci bölümünde, insan onuru, bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı, özel hayatın gizliliği, hasta hakları, temel haklar ve kuramsal çerçeveye değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, bireylerin rızasına yönelik hakların yer aldığı ulusal ve uluslararası belgeler tarihsel gelişimleri ile incelenmiştir.

Tezin ikinci bölümünde, tıbbi müdahale kavramı, bu müdahalenin türleri, hukuka uygunluk şartları, aydınlatılmış onam, rıza ve rızanın istisnaları incelenmiştir.

Tezin üçüncü bölümünde zorla tıbbi müdahaleler sınıflandırılmış ve beden muayenesi, genital muayene, ötanazi, zorunlu aşılama, açlık grevleri, cinsiyet değiştirme, psikiyatride zorla tedavi, evlenmeden önce istenilen belgelere yönelik tıbbi müdahale, soybağının belirlenmesi amacıyla uygulanan tıbbi müdahale, sünnet ile kastrasyon kavramları Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları bağlamında incelenmiştir.

Tezin dördüncü ve son bölümünde ise, konumuz olan zorla tıbbi müdahale bakımından bireylerin başvurabileceği hukuki yollar açıklanmıştır.

Tezin tamamlanması sırasında, Çin Halk Cumhuriyeti'nin Hubei eyaletine bağlı bulunan Wuhan şehrinde, Aralık 2019'da başlayan ve Covid-19 (koronavirüs) olarak adlandırılan virüs, dünya geneline yayılmış ve DSÖ tarafından 11 Mart 2020'de pandemi ilan edilmiştir. Pandemi sonrası ülkemiz, DSÖ tavsiyelerini de dikkate alarak sağlık başta olmak üzere birçok alanda tedbirler almaya başlamıştır. Virüs ile mücadelede bilimsel ve teknolojik veriler kullanılmasına rağmen henüz tedaviye yönelik kesin sonuçlar elde edilememiştir. Tezin ilgili kısımlarında, pandemi sonucu ortaya çıkabilecek zorla tıbbi müdahaleye yönelik uygulamalar da incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE KURAMSAL ÇERÇEVE

I. İNSAN ONURU

A. Genel Olarak

Onur kavramı, Türk Dil Kurumu (TDK) güncel sözlüğünde “*İnsanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinefis ile başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, şeref, itibar.*” niteliğinde, kişisel bir değer olarak ifade edilmiştir. TDK, felsefe terimleri sözlüğünde ise “*İnsanın duyan düşünen ve özgür bir varlık olarak taşıdığı değer, insan olarak insanın değeri.*”¹ olarak tanımlama yapılmıştır. Felsefe, insan onuru için insanın farkındalığını ve öznelliğini baz almıştır.² Doğuştan herkes için sahip olunan bu değer sonucu insanların eşitliği de söz konusu olacaktır.³ İnsan onuru, Eski Yunan, Roma ve Ortaçağ’da, bireylerin maddi ve sosyal konumları oranında kabul görmüştür. Rönesansla birlikte Aydınlanma Çağında, insanın bireysel bir değer olarak nitelendirilmesi akabinde ise kavram, sadece seçkinler değil bütün insanların doğuştan edindiği bir nitelik olarak görülmeye başlanmıştır.

B. İnsan Onurunun Evrensel Niteliği

Özellikle İkinci Dünya Savaşı’nda yaşanan ağır insan hakkı ihlallerinden sonra düzenlenen birçok uluslararası metinde insan onuru kavramına yer verilmiştir. Hukuki bir kavram olarak insan onuru, insanın olduğu her yerde, insanı insana, insanı topluma ve nihayet insanı devlete karşı bireysel özerklik kapsamında koruyacaktır. İnsanın, özerkliğine dayanarak kendi serbest iradesi ile hareket etmesi ve maddi ve manevi varlığında onuru ile kendini gerçekleştirme bakımından insan

¹ TDK, <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi 26.09.2019).

² YENER, Üner, “ Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, 22. Kitap, s.26.

³ EŞELİOĞLU, Rasime, “İnsan Onuru ve Biyoetik”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 3, sayı 1, Ocak 2017, s.237.

onurunun değer ve hak olarak evrensel bildirgelerde yer alması gerekmiştir. İnsan haklarına dayanan uluslararası metinlerde, insan hakları ve insan onurunun korunması gerektiği beyan edilmiştir.⁴

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın⁵, varlık amaçlarının başında, temel insan hakları ile insan kişiliğinin onuru ve değerine olan inancın yeniden ilan edilmesi yer almaktadır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi⁶'nin başlangıç bölümünde ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁷'nin giriş kısmında, insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurunu ve insanların eşit ve vazgeçilmez hakları tanımının, yeryüzündeki özgürlük, adalet ve barışın temel olduğu vurgulanmakta ve insan haklarının insanlık onurundan türediği ifade edilmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi⁸, hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamayacağı ve hiç kimsenin köle olamayacağını beyan etmiştir. Bununla birlikte, Sözleşme'ye Ek 13 No'lu Protokol ile insanların sahip olduğu onura binaen ölüm cezasının kaldırılması düzenlenmiştir.

Avrupa Temel Haklar Şartı⁹ ise, insan onuruna dokunulamayacağını ve insan onuruna saygı gösterilerek korunması gerektiğini birinci maddesi ile düzenlemiştir.

Biyoetik açısından insan onuru son derece önemlidir. Biyoetik, tıp alanındaki gelişmeler ile ahlak felsefesini konu edinmiştir.¹⁰ Biyoetik, yaşamın başlangıcından

⁴ ARSLAN, Kahan, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 28, sayı 120, Eylül 2015, s.159.

⁵ Birleşmiş Milletler Konferansı sonucu 26/06/1945'te imzalanmıştır. TBMM Sözleşme'yi 15/09/1945'te kabul etmiştir. 24/09/1945 tarihli 6902 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16/12/1966'da imzaya açılmıştır. TBMM Sözleşme'yi 15/09/2000'de kabul etmiştir.18/06/2003 tarihli 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16/12/1966'da imzaya açılmıştır. TBMM Sözleşme'yi 15/09/2000'de kabul etmiştir.11/06/2003 tarihli 25196 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁸ Tam adı: "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi"dir. Avrupa Konseyi tarafından 04/11/1950'de imzalanmıştır. TBMM'nin kabulü ile 19/03/1954'de 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁹ Avrupa Birliği ülkeleri tarafından 08/12/2000'de AB vatandaşları temel hakları için Nice Zirvesinde onaylanmıştır. Ancak Şart, Lizbon Antlaşması ile AB hukukunda bağlayıcılık kazanmıştır.

¹⁰METİN, Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, On İkinci Levha Yayınları, 2010, s.1.

yaşamın sona ermesi de dahil olan süreçteki etik sorunlar ile ilgilenmektedir. İnsan onuru ile bireysel özerklik sonucu oluşan rıza açısından biyoetik sorunlar karşımıza çıkmıştır. Bu hususta, Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi¹¹ devletlere pozitif ödevler yüklenmiştir. Bildirgenin önsözünde; *“Tıp, yaşam bilimleri ve insanlara uygulanan diğer ilgili teknolojilerin ortaya çıkardığı etik konularına ilişkin hususlarda Bildirge, adından da anlaşılacağı üzere insan onuru, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesini öngören kuralları ve ilkeleri sağlamlaştırmaktadır.”*¹² ifadeleri ile bir takım ilkeler öngörülmüştür. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi¹³ ise sözkonusu Bildirge’ye atıfta bulunmuştur. Sözleşme, insan onuru, kimliğin ve bütünlüğünün korunması bakımından bireyi, toplum ve bilimin üzerinde görmüştür.

Biyotıp ve biyoetik açısından insan onuru, hak ve yükümlülükler boyutunda değerlendirilmiştir. Her ne kadar birinci ve ikinci kuşaktaki haklar bakımından bireyler, hak sahibi, devletler, yükümlü ise de çevre hakkı gibi üçüncü ve hatta dördüncü kuşak haklar¹⁴ için birey ve devlete birlikte yükümlülükler düşmektedir. Dayanışma hakkı şeklinde de nitelendirilen üçüncü kuşak haklarda, insanlığın birlikte hareket etmesi gerektiği ifade edilmiştir. İnsan haklarının temelinde olan insan onuru için hem bireylerin hem devletlerin hem de uluslararası dayanışmanın olması gerektiği vurgulanmıştır. Biyoetik açısından, gelişen biyotıp sonucu insan onurunun korunması için bireysel özgürlüklerin kısıtlanabileceği de vurgulanmıştır. Bireyin özerkliği dahilinde, kendi geleceğini belirleyebilme hakkı sonucu rızası bulunsa bile, insan onurunu zedeleyecek ceza ve yaptırımlarda söz konusu iradeye bakılmamalıdır. Bu nedenle insan onurunun korunması söz konusu olduğunda,

¹¹UNESCO Genel Konferansı tarafından 15/10/2005’te kabul edilmiştir.

¹² UNESCO Türkiye Milli Komisyonu, <http://www.unesco.org.tr/Pages/460/73/Biyoetik%20ve%20C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20Evrensel%20Bildirgesi> (Son Erişim Tarihi 27.09.2019).

¹³ Avrupa Konseyi tarafından 26/06/1945’te imzalanmıştır. TBMM Sözleşme’yi 03/12/2003’te kabul etmiştir. 20/04/2003 tarihli 25439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁴ Dördüncü Kuşak Haklar: *Ekosistem(in) hakkı, gelecek (doğmamış) nesillerin hakkı, kent(in) hakkı ve dördüncü kuşak hakları talep etme hakkı.*

bireysel özgürlükler kısıtlanabilecektir.¹⁵ Zira kişinin kendisi karşısında bile onurunun korunması gerekmektedir. Öte yandan, gelişen teknoloji sonucunda biyotıp uygulamaların farklılaşması sebebiyle, kolektif bakış açısı ile insanlık onuru önem kazanmıştır. Genetik uygulamalarının sonuçları bütün insanlığı ve gelecek kuşakları ilgilendirebileceği için bütün insanlığın onurunun önemi esas alınmaktadır. Bu önemi vurgulamak için, Biyotıp Sözleşmesi'nde, biyoloji ve tıptaki gelişmelerin şimdiki ve gelecek kuşakların yararı için kullanılması gerektiği ifade edilmiştir. Düzenlemeye göre, insanlığın geleceği için kimi zaman “insan onuru” karşısında “insanlık onuru”nun daha çok korunması gerektiği belirtilmiştir.¹⁶

II. HASTA HAKLARI

A. Hasta Haklarının Gelişimi

Tıp literatürüne ve uygulamaya yeni dahil edilen *hasta hakları* kavramı için öncelikle sağlık hakkının tanımlanması gerekmektedir. Yaşama hakkı ile doğrudan bağlantısı olan *sağlık hakkı*, bireylerin yaşama hakkına dayanarak, fiziksel, ruhsal ve sosyal iyi olma halinin sağlanması adına devletlerin yükümlülüklerini içermektedir. Devletler, bireylerin sağlık hakkı kapsamında teşkilatlanma sonucu sağlık hizmeti sağlamakla beraber sağlık halinin korunmasına yönelik önlemleri de almak zorundadır.

Sağlık hizmeti talep eden hastanın, bilgi asimetresi sonucu, hekim ve diğer sağlık çalışanları nezdinde korunması gerekmektedir. Bu korunmaya yönelik birçok uluslararası metinde hasta haklarına yer verilmiştir. Hasta haklarının tarihsel gelişiminde, Hipokrat Andı'nda ve Hintli Hekimin Yemini'nde direkt hasta hakları kavramına yer verilmemiş olmasına karşın, hekime yükümlülükler getirilerek, hekimden hasta onurunu gözetmesi beklenmiştir. 1970'li yıllarda ABD'de mahkemeler, hasta-hekim ilişkisinin güvene dayalı bir ilişki olduğunu ifade etmiştir.

¹⁵ UYGUR, Gülriz, “ Kamu Sağlığı Bağlamında Hukuk ve Biyoetik İlişkisi” Sosyal Dönüşüm, Biyoetik ve Kamu Politikaları Konferans Sunumları, Ankara, UNESCO, 2012, s.55.

¹⁶BAĞÇECİ, TACİR, Hamide,“Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış ve İnsan Geliştirme Uygulamaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 15, sayı 2, Aralık 2018, s.8,9.

Aynı yıllarda ABD’de hastaneler için ise, hasta hakları bakımından eşitlik, insancıl tedavi, gizlilik, rıza ve bilgilendirme kriterleri bakımından hastane standartlarını gözden geçirmiştir. 1973’te Fransız Ulusal Meclisi tarafından her hastanın kendi yatağına sahip olması gerektiği kabul edilmiştir. Yaşama hakkı sonucu sağlık hakkı ve sağlık hakkı gereği hasta haklarının gelişimi, uluslararası bildirge ve belgeler sayesinde gelişmeye devam etmektedir.¹⁷

B. Hasta Haklarının Düzenlendiği Uluslararası Hukuk Belgeleri

Hasta Hakları, dolaylı ve dolaysız olarak birçok uluslararası belgede düzenlenmiştir. Tavsiye niteliğinde olup bağlayıcı etkisi olmayan *bildirge* ve taraf devletler üzerinde yaptırım gücü olan *sözleşme* niteliğinde olan belgeler, devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemelere de ışık tutmaktadır.

1. Amerikan Hastaneler Birliği Bildirgesi¹⁸

Bildirge, 12 maddeden ibaret olarak düzenlenerek, hastaların bir hafta süreyle hastanede kalabileceğine yönelik barınma ve hizmetlerden yararlanma hakkına değinmiştir. Öte yandan Bildirge’de ırk ayrımı yapılmaması gerektiği vurgulanarak, hastanın bilgilendirilmesi gerektiği ilkesi gözetilmiştir. Bildirge’nin, genel ve belirsiz olduğu nitelendirilmiş olsa da Bildirge, sağlık hizmetini standarda ulaştırması ve hasta hakları kavramını yaratması bakımında tarihsel değere sahiptir.¹⁹

2. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi²⁰

Bildirge, hasta hakları bakımından uluslararası niteliğe sahip ilk belgedir. Bildirge’nin ilk paragrafında, hekimin hasta yararına göre hareket etmesi gerektiği düzenlenerek, hükümetlerin aksi tutumlarında hekimlerin bu hakları korumak

¹⁷SERT, Gürkan, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.34.

¹⁸ABD tarafından 1972’de yayımlanmıştır.

¹⁹SERT, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, s.37.

²⁰Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981’de yayımlanmıştır.

amacıyla hareket etmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu düzenleme, haklar açısından, Bildirge döneminde henüz yeterli alt yapının sağlanmadığını göstermektedir. Bildirgeye göre;

Hasta, hekimini özgürce seçmelidir.

Hastalar, hiçbir etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik karar verebilen hekim tarafından bakılabilmelidir.

Hasta yeterli bilgilendirmeden sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddedebilme hakkına sahip olabilmelidir.

Hasta hekimden tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Her hastanın onurlu bir şekilde ölmeye hakkı vardır.

Hasta dini veya ruhi telkin ve teselliyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir.²¹

3. Bali Hasta Hakları Bildirgesi²²

Dünya Tabipler Birliği tarafından 1995'te Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi gözden geçirilerek Bali Bildirgesi yayımlanmıştır. Bu Bildirge aşağıdaki ana başlıklar ile detaylandırılmıştır:

Kaliteli tıbbi bakım hakkı (m.1): Hakkın düzenlenmesine ilişkin olarak altı başlık halinde hakkın kapsamı belirlenmiştir. Bu başlıklarda temel olarak, herkesin ayrımcılığa uğramadan sağlık hizmeti alma hakkının olduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, hastanın yüksek yararına uygun olarak genel kabul görmüş tıbbi prensipler ile tedavi görmesi gerektiği ve hekimlerin bunun sağlanmasında yükümlülüklerinin bulunduğu ifade edilmiştir.

Seçim yapma özgürlüğü (m.2): Hastanın, sağlık kurumu ile hekimini seçme hakkı düzenlenmiştir. Buna ek olarak; hastanın tedavi sürecinde başka bir hekimin görüşünü alabileceği de öngörülmüştür.

Kendi kaderini belirleme hakkı (m.3): Bildirge'de hekimin, hastayı bilgilendirmesi yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Karar verme yeterliliğine sahip

²¹ÜSTÜN, Çağatay; SIRMA, Özge, "Etik ve Hukuki Açıdan Hasta Hakları", Fasikül Hukuk Dergisi, cilt 6, sayı 53, Nisan 2014, s.18,19.

²²Dünya Tabipler Birliği tarafından 1995'te yayımlanmıştır.

olan hastanın, tedaviyi kabul veya ret halinde hangi sonuçların oluşabileceği hakkında bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiş ve hastanın tıp eğitimi ile klinik araştırmalara katılmayı reddetme hakkının korunması gerektiği belirtilmiştir.

Bilinci kapalı hasta (m.4): Sağlık durumu rızaya elverişli olmayan hasta için yasal temsilcisinden aydınlatılmış onam alınması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak acil durumlar halinde yasal temsilcinin bulunmaması veya hastanın bu girişime açıkça onay vermediğini gösterir belirgin bir direktif yokluğu durumunda varsayılan rıza üzerinden tıbbi müdahalede bulunulabileceği ifade edilmiştir. Öte yandan, intihar girişimi akabinde bilinci kapalı olan hastaya hekimin müdahalede bulunması gerektiği de vurgulanmıştır.

Yasal ehliyeti olmayan hasta (m.5): Hastanın çocuk olması durumunda, yasal temsilciden onay alınması zorunluluğu düzenlenmiş, bununla birlikte, çocuğun idrak yeteneğine bağlı olarak bu sürece dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı maddede, hastanın bilgilendirme için yakınına işaret edebileceği noktasında hakkı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca; yasal temsilci hekimin görüşüne göre hastanın menfaatine uygun olan tedaviyi reddediyorsa, hekimin yasal mercilere başvurması gerektiği vurgulanmıştır. Son olarak hekimin, acil durumlarda hastanın en yüksek yararına göre davranması gerektiği düzenlenmiştir.

Hastanın isteğine karşın yapılan girişimler (m.6): Hastanın rızası olmayan tıbbi müdahaleler için, bu müdahalelerin tıp etiğine uygun ve yasal düzenlenmeler içerisinde olması gerektiği belirtilmiştir.

Bilgilendirme hakkı (m.7): Bu hak kapsamında, hastanın sağlık durumu hakkında yine hastanın anlayabileceği şekilde ve içerikte bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Hastanın kendi sağlık durumuna ilişkin kayıtlara ulaşma hakkının olduğu belirtilmiştir. Bilgilendirme hakkının sınırları da maddede düzenlenmiştir. Buna göre; hastanın sağlık bilgileri içerisinde üçüncü kişilerin bilgileri de mevcut ise, üçüncü kişilerin onayı aranmıştır. Buna ek olarak hastanın bilgilerinin verilmesi, yine hastanın üzerinde yaşamını ve sağlığını etkileyebilecek olumsuz durumlar yaratacak ise, bilgi verilmesinin sınırlanabileceği vurgulanmıştır. Maddeye göre, hastanın, kendi durumu ile ilgili başkasının bilgilendirilmesi uygundur. Hastanın,

başkasının zarar görmesi durumu hariç, açık bir talep ile bilgilendirilmeme hakkına dayanabileceği de ifade edilmiştir.

Gizlilik hakkı (m.8): Madde ile hastanın tıbbi kayıtlarının yaşamı boyunca hatta ölümünden sonra bile gizli tutulması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hak için istisnalar da belirtilmiştir. Hastanın kan bağı yakınlarının kendi hastalık riski için bilgileri edinmeleri gerekli ise hastanın açık rızası ve yasada belirlenmiş haller durumunda bilgiler açıklanabilecektir. Hastanın tıbbi kayıtlarına, yalnızca bu bilgilere ulaşması gerekli olan sağlık çalışanları erişebilecektir. Son olarak, hastaya ait tüm verilerin ve kimliğin tespitini sağlayacak biyolojik maddelerin arşiv sistemine göre muhafaza edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Sağlık eğitimi hakkı (m.9): Herkesin kendi sağlığına yönelik sorumluluklarının olduğu vurgusu yapılarak, bireylerin sağlık kuruluşları hakkında seçim yapabilmeleri adına sağlık eğitimi alma hakları olduğundan bahsedilmiştir. Söz konusu eğitimlerde hekimlerin de bulunması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Onurunu koruma hakkı (m. 10): Hastanın onur ve özel yaşamına saygı gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Hastanın acılarının dindirilmesi ve son bakım hizmetleri ile onurlu ölüm için yardım sağlanması gerektiği hususları vurgulanmıştır.

Dini destek hakkı (m.11): Hastanın kendi dini inancına uygun bir dini temsilcinin ruhi ve moral tesellisini kabul veya reddetme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.²³

Bildirgenin farkı, tedavi amaçlı olmayan biyomedikal araştırmalara katılan bireylerin de hasta hakkına sahip olmasıdır. Bununla birlikte sağlık eğitimi hakkı kabul edilmiş ve bilinci yerinde olmayan hasta ile yasal ehliyeti bulunmayan hasta ayırımına gidilmiştir.²⁴

²³ SERT, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, s.60.

²⁴TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s.89.

4. Amsterdam Hasta Hakları Bildirgesi²⁵

Bildirge ile Dünya Sağlık Örgütü'ne (DSÖ) üye Avrupa ülkelerinde hasta haklarının geliştirilmesi amaçlanmıştır. Amsterdam Bildirgesi'nde yer alan düzenlemeler aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:

Sağlık hizmetlerinde insan hakları ve değerleri (m.1): İnsan haklarının temel ilkelerine göre sağlık hizmetinin verilmesi gerektiğine dayanılarak, bireylere insan olmaları nedeniyle saygı gösterilmesi gerektiği, bireylerin sağlık hizmeti alırken kendi yaşamlarını belirleme hakkının bulunduğu, bireylerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü ile özel yaşamlarına, ahlaki, kültürel değerleri ile dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Bilgilendirme (m.2): Sağlık hizmetinden yararlanma konusunda bireylerin bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Öte yandan bireylerin hastalıkları konusunda bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre hastalar, tıbbi müdahale ve tedavi noktasında riskleri ve sonuçları ile tam olarak bilgilendirilmelidirler. Ancak bilgilendirmenin hasta üzerinde olumlu sonuçları oluşabilecekse, hastanın üstün menfaati kıstası sebebiyle bilgilendirmenin kısıtlanabileceği beyan edilmiştir. Bildirge, hastaya sağlık hizmetini verecek sağlık personeli ve bu personelin uyacağı kurallar ile rutin işlemleri hakkında da hastanın bilgilendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Onam (m.3): Bildirge bu maddesi ile tıbbi müdahaleler bakımından onam önkoşul olarak belirtmiştir. Tıbbi müdahale sonuçları hakkında bilgilendirilen hastanın, tedaviyi reddetme veya durdurma hakkı bulunduğu düzenlenmiştir. Bunun yanında acil durumlar ve hastadan onam alınamayan hallerde yasal temsilci veya varsayılan rıza kıstasları da maddede açıkça düzenlenmiştir.

Mahremiyet ve özel hayat (m. 4): Hastaya ait bilgilerin, hastanın izni veya mahkeme kararı olmadan gizli tutulması ve saklanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu bilgilerin ancak, hastanın ihtiyaç halinde tedaviye yönelik olarak sağlık personelleri ile paylaşılacağı belirtilmiştir. Hastanın, diğer bireylerin bilgilerini ihlal etmeden kendi kayıtlarını alabileceği düzenlenmiştir. Bu madde ile hastanın özel ve aile hayatına girilemeyeceği vurgulanmıştır.

²⁵Avrupa Bürosunca 1994'te yayımlanmıştır.

Bakım ve tedavi hakkı (m.5): Bireylerin herhangi bir ayırım yapılmadan, eşit koşullarda bakım ve tedaviye ulaşım hakkının olduğu düzenlenmiştir. Aynı zamanda bireylerin bu hakkı kaliteli sağlık hizmeti kapsamında isteyebileceği de belirtilmiştir. Öte yandan hastanın hekimi ve sağlık personelinin seçme hakkından bahsedilerek, zorunluluk halinde hekimin de tıbbi ölçütlere göre hasta seçebileceği ifade edilmiştir.

Başvuru hakkı (m.6): Bildirge’de düzenlenen hakları bakımından, hasta veya hastanın yasal temsilcilerinin talep ve başvuru konusunda gerekli adli ve idari makamlara başvurabilecekleri ifade edilmiştir.

5. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi²⁶

Avrupa Konseyi nezdinde hazırlanan, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Biyoetik Sözleşmesi), taraf devletler açısından bağlayıcıdır. Sözleşmenin amacı, insan hak ve onurunun tıbbi gelişmeler karşısında korunmasıdır. Bu yaklaşım ile bireyin yararı ve menfaati toplumun ve bilimin yararının üzerinde tutulmuştur.

Biyoetik kavramının belirleyicisi tıp etiğidir. Sözleşme, sadece hastaların haklarını değil hasta olmayan embriyo, insan vücudundan alınmış parçalar ve cinsiyet üzerine yaklaşımlar doğrultusunda bireyin haklarını ve bu haklara saygıyı düzenlemiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında destek ölçüt norm olarak başvurulduğu görülmektedir.

Sözleşmede sağlık hizmetlerinden adil şekilde yararlanma, onam, mesleki standartlar, akıl hastalığı olan kişilerin korunması, acil durumlar, rıza, özel hayat ve bilgilendirme hakkı, sağlık hizmetlerinde adil yararlanma, mesleki standartlar, üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunması hususları düzenlenmiştir.²⁷

²⁶ Avrupa Konseyi tarafından 04.04.1997’de imzaya açılmıştır. TBMM, 03.12.2013’de kabul etmiştir. 09/12/2003 tarihli 25311 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁷OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “İnsan Vücudunun Korunmasına Dair Biyotıp İlkeleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 15, sayı 1, Ocak 2016, s.380.

6. Avrupa Hasta Hakları Şartı²⁸

Şart, Avrupa Birliği ülkelerinde hasta hakları konusunda uyum sağlamak amacıyla hazırlanmıştır. Bireylerin ekonomik durumlarının farklılığının hasta haklarını zedelememesi gerektiği vurgulanmıştır. Ulusal yasaların Şart'ta düzenlenen hakları korumaması durumunda, hakların varlığının kabul edileceği düzenlenmiştir. Ekonomik ve finansal durumdan bağımsız olarak Şart'ta güvence altına alınan koruyucu tedbirlerin alınması hakkı, erişim hakkı, bilgi hakkı, onam hakkı, özgür seçim hakkı, özel yaşam ve gizlilik hakkı, hastaların vaktine saygı, kalite standartları hakkı, güvenlik hakkı, yenilik hakkı, gereksiz ağrı ve sıkıntıdan sakınma hakkı, kişisel tedavi hakkı, şikayet hakkı ve tazminat hakkı ile hasta haklarının tanımlanması gerektiği savunulmuştur.

C. Hasta Haklarının Mevzuatımızdaki Yeri

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi “eşitlik” ilkesinden hareket ederek “herkesin” sağlık hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir (m.25). Her ne kadar Bildirge'nin yaptırım gücü olmasa da içeriği bakımından, sağlık hakkının hukuksal anlamda tanınması yolunda atılmış çok önemli bir adım olarak görülmüştür.²⁹ Uluslararası mevzuat açısından bakıldığında ülkemizde hasta hakları Anayasa başta olmak üzere çeşitli kanun ve düzenleyici işlemlerle güvence altına alınmıştır. Aşağıda, sağlık ve hasta haklarıyla ilgili mevzuatımızda yer alan düzenlemelere değinilmektedir.

1. Anayasa

Anayasa'nın *Başlangıç* bölümünde: “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” hükmü bulunmaktadır. Anayasa'nın 10'uncu maddesinde “eşitlik” ilkesi, 12'inci

²⁸ Avrupa Birliği tarafından 2002'de kabul edilmiştir.

²⁹SERT, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, s.81.

maddesinde herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, 13'üncü maddesinde hakların sınırlanma ölçütü ve 17'inci maddesinde ise herkesin yaşama, maddi ve manevi malvarlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. DSÖ'nün sağlık hakkı için yapmış olduğu, *“sağlık sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik halidir.”* evrensel betimlemesinden yola çıkarak Anayasa'nın 56'ncı maddesi, *“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.”* hükmü ile Devletin ödevli olduğu vurgulanmıştır.

2. Tababet ve Şuabat-ı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun

Kanun, ülkemizde sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde yer alan kişileri belirtmiştir. Bu kişilerin sahip olması gereken özellikler ve müdahale öncesinde hastalardan alınması icap eden *onam* hakkında hükümlere yer vermiştir. Bunun yanında Kanun, onamı, hasta hakkı olarak değil hekimin yükümlüğü olarak değerlendirmiştir.

3. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu

Kanun ile devletin sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü gereği, herkesin eşit ve ücretsiz olarak sağlık hizmetinden yararlanması amaçlanmıştır. Bununla birlikte Kanun'un ilgili maddelerinde çocukların sağlığı ile ilgili devletin alması gereken tedbirler düzenlenmiştir.

4. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

Kanun'da, hekim ve diş hekimlerinin uymak zorunda oldukları hususlar hüküm altına alınmıştır. Her hangi bir ayırım yapılmaksızın insan sağlığının korunması ve insan kişiliğine ve özel yaşamına saygı ile birlikte hastanın hekimi seçebilme

özgürlüğünü düzenleyen maddeleri ile temel haklar vurgulanmıştır. Konsültasyon konusunda ise hastayı belirleyici olarak nitelendirmiştir. Ayrıca Kanun, genel hatları ile hastanın bilgilendirilmesi konusunda hükümler ihtiva etmektedir.

5. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun

Kanun, organ nakli hakkında hastaların bilgilendirilmesi gerektiğini belirterek, onamın şekil şartına bağlı olarak yapılması gerektiği üzerinde durmuştur. Ayrıca rıza konusunda istisnalar ve bireylerin yaşamlarının ardından bedenleri üzerinden gerçekleştirilecek organ ve doku alımı müdahalelerini düzenlemiştir.

6. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Teşkilatı ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Kararname ile bireylerin sağlık hizmetinden herhangi bir ayırım gözetmeksizin eşit bir şekilde yararlanması teminat altına alınmıştır. Devletin sağlık hizmeti sunma konusunda teşkilatlanmasını ve planlama yapmasını amaçlamaktadır.

7. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

Kanun, gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon ve rahim tahliyesine yönelik tıbbi müdahalelerle ilgili düzenlemeler yapmıştır. Ayrıca müdahalelerle ilgili olarak hastanın rızası olması gerektiği vurgulanmıştır.

8. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu

Kanun, sağlık hizmetlerinin temel esasları ve bu hizmetlerin denetlenmesini ele almıştır. Öte yandan, bireylerin hasta ve sağlık kuruluşlarını seçme hakkı konularında hükümlere yer vermiştir.

9. Hasta Hakları Yönetmeliği

Yönetmelik 1 Ağustos 1998 tarihli 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sağlık Bakanlığı 8 Mayıs 2014 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yeni düzenlemeler yapmıştır. Yönetmelik ile uluslararası bildirgeler ve sözleşmelerde yer alan hasta hakları düzenlemelerine dayanarak hazırlanmıştır.³⁰

Amaç: Yönetmelik’teki ilk amaç, ulusal ve uluslararası belgelerde kabul edilen hasta haklarının somut olarak gösterilmesi olarak belirtilmiştir. Yönetmelik’te, hastanın insan onuruna yakışır şekilde hizmet alması ve hak ihlalleri konusunda korunması ise diğer amaçlar arasında gösterilmiştir.

Kapsam: Sağlık hizmetinden yararlanma ihtiyacında olan herkesin, hasta haklarından yararlanabileceği vurgulanmıştır. Sağlık kuruluşlarının ve sağlık görevlilerinin, hasta haklarına uygun hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Tanımlar: Yönetmelik’in 2014’teki değişikliği ile birlikte yeni tanımlar yapılmıştır. Yönetmelik’e göre, sağlık hizmetlerinden yararlanmak üzere başvuran herkes, Yönetmelik’in tanıdığı haklara sahip olacaktır. Hasta Hakları tanımı ise 4’üncü maddede: “Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası anlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklar” olarak yapılmıştır. Bununla birlikte, sağlık kurumu ve personeli noktasında resmi ve özel hizmet kuruluşlarında çalışan personel noktasında ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla Milli Savunma Bakanlığı’na bağlı sağlık kuruluşları da kapsama dahil edilmiştir. Öte yandan, sağlık hizmetlerinde görev alan kişiler, sağlık personeli olarak kabul etmiştir.

Temel İlkeler: Yönetmelik, uluslararası belgelere uygun olarak temel ilkeler belirlemiştir. Bunlar, “Hastaların ruhsal ve bedensel olarak tam iyilik içinde yaşama hakkı, hastaların maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, ayrımcılık yasağı, hastanın onamı alınmadan beden bütünlüğüne dokunmama ve hastanın

³⁰ ÜNVER, Yener, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 2, sayı 3, Nisan 2007, s.205.

araştırmalara dahil edilmemesi yükümlülüğü ile hastanın özel ve aile hayatının korunması gereği” dir.

Söz konusu ilkelerin, Anayasa’da kullanılan ifadelerle benzer şekilde düzenlendiği görülmektedir.

III. TEMEL HASTA HAKKI OLAN KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI

A. Kavram

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, bireyin kanunlar nezdinde korunan hukuki değerleri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme imkanına sahip olması olarak nitelendirilmektedir.³¹ Kendisini idare edebilme ve yönetebilme gücüne sahip olan birey, tıp etiği açısından kendisi hakkında karar verecek ve bu kararları eyleme dönüştürebilecektir.

Bireyin özerkliği kavramı, üç şekilde gerçekleşecektir. *Düşünce özerkliği*: bireyin karar vermesi, inanması, ahlaki ve etik değerlere bağlılığı olacaktır. *İstek özerkliği*: bireyin karar verdiği olguları gerçekleştirmeye karar vermesi özerkliğidir. *Eylem özerkliği* ise: karar veren bireyin istediği şeyleri eyleme dönüştürme özerkliği olarak ifade edilmektedir. Bu özerkliklerin hasta hakları bakımından sonucu ise tıbbi müdahaleyle karşı karşıya olacak hastanın, kendi özerklikleri doğrultusunda süreçlere dahil olarak kendi geleceğine yön verme hakkı olacaktır.³²

B. Dayanağı Olan Hukuksal Temeller

1. Temel Haklar

Anayasa’da açık şekilde hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı düzenlenmemiş olsa da; Anayasa’nın 17’inci maddesi olan, “*Herkes, yaşama, maddi*

³¹ AYGÖRMEZ, UĞURLUBAY, Gülsün; ÜSTÜN, Çağatay, “Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirmesi”, Fasikül Hukuk Dergisi, cilt 6, sayı 53, 2014, s.29.

³² ERSOY, Nermin; AYDIN, Erdem, “Tıbbi Etik’te Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi” Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuku Tarihi Dergisi, cilt 2, sayı 2, Şubat 1994, s.71.

ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” hükmü, hastaya bu hakkı tanımaktadır.

IV. ULUSLARARASI HUKUK VE SÖZLEŞMELER

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşme'nin 5'inci 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.” Söz konusu düzenleme, hastanın geleceğini belirleme hakkını doğrudan tanımlamasa da, maddenin içeriğinin bireyin özerkliği doğrultusunda olduğu ifade edilmiştir.³³

A. Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Kapsamı

Kendisine tıbbi müdahalede bulunulacak hasta, aydınlatılmış onam sonrası özgür iradesiyle kendi vücudu üzerinde karar verme hakkına sahip olacaktır. Bu hak, ulusal ve uluslararası metinler tarafından farklı maddeler üzerinden korunmuştur. Hastanın kendi beden bütünlüğü hakkında tıbbi müdahaleye irade serbesti ile karar verme hakkı hastanın kişisel verileri üzerinde tasarrufta bulunabilme imkanı sağlayacaktır. Kendi geleceğini belirleme hakkının, tıp ve sağlık hukukunda hekimin faaliyetlerinin sınırını oluşturacağı ifade edilmiştir. Hastanın kendi özerkliği sonucu kendi iradesi ile yapmış olacağı seçimler, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması koşulunun temel belirleyicisi olacaktır.³⁴

³³TACİR, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, s.56.

³⁴GÜRBÜZ, Meral, “Bir Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 1, sayı 1, Aralık 2011, s.113.

B. Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkının Sınırları

Anayasa, temel ölçütler ile temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabilmesini mümkün kılmıştır.

Anayasa'nın 17'inci maddesi gereği, “*tıbbi zorunluluklar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz*” hükmü gözetildiğinde, bireyin rızası olmadan kendisine tıbbi müdahalede bulunulması için bireysel özerkliğin üzerinde bir kamusal hak veya yararın olması gerekmektedir. Bu hakkın sınırlanması, sınırlama rejimine uygun olmalıdır.³⁵

V. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

A. Genel Olarak

Bireyin kişisel özerliği, mutluluğu ve insan onuru gibi değerlere dayanan *özel yaşamının gizliliği ve korunması hakkı*; Amerikan Hukuku'nda ortaya çıkmış birinci kuşak hak olarak değerlendirilmektedir. Hak, bireylerin kendi yaşamını kendi özgürlükleri ile seçebilme ve istedikleri yöne ilerletebilmelerinin kapsamını düzenlemektedir. Buna göre, bağımsızlık ve gizlilik hakkın temelini oluşturmaktadır. Özel yaşamın korunması hakkı, bireyin yön verdiği yaşamı hakkındaki bilgileri, nerede ve kiminle ne kadar paylaşabileceğine yönelik fikri mülkiyeti üzerinde kontrol sahibi olması olarak değerlendirilmiştir. Bununla birlikte Amerika ve İngiliz Hukuku'nda bireylerin bu hakla bağlantılı olarak “yalnız bırakılma” haklarının olduğundan bahsedilmektedir.³⁶

B. Özel Hayatın İçeriği ve Alanı

Özel hayatın açık ve net bir şekilde belirlenmesi güçlükler taşısa da; özel hayatın sınırlarının belirli olabilmesi adına üçlü bir ayrıma gidilebileceği ifade edilmiştir.

35 ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.173.

36TACİR, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, s.313.

Ortak Alan: Bireyin kendisine ait bilgilerinin, kamuya açık olmasıdır. Bu bakımdan birey için ortak alanın gizliliği bulunmamaktadır.

Özel Alan: Bireyin sadece kendisinin belirlediği kişiler ile paylaşımında bulunabileceği bilgileridir. Bu alan sınırlı/korumalı yaşam alanıdır.

Gizli Alan: Bireyin yalnızca kendi iç dünyasında kalmasını istediği gizli alanıdır. Bu alan *sır alan* olarak da değerlendirilir. Birey için yalnız bırakılma hakkı bu alan kapsamında açıklanabilir.

C. Hastanın Özel Hayatına Saygı

Sağlık hizmetlerinden yararlanan bireyin, özel hayatına saygı duyulmalı ve bu alan korunmalıdır. Bireylerin verileri, sağlık hizmet sunucuları tarafından kayıt altına alındığından, mesleki sır yükümlülüğü gereği, bu bilgilerin uluslararası ve ulusal metinler uyarınca korunması gerekmektedir.³⁷

D. Dayanak Uluslararası Belgeler

Özel hayata saygı, bireyin özel hayatında dahil bilgilerin ve varlıkların korunması hakkıdır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m.12), Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (m.17) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (m.8) bireyin özel hayatı, aile konutu ve haberleşmesine keyfi olarak müdahale edilemeyeceğini kabul etmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bireylerin bütün fiziksel ve ruhsal bilgileri ile biyolojik verilerinin özel hayat kapsamında olduğunu belirtmiştir. Öte yandan, zorla tıbbi müdahalelere ilişkin verilen kararlarında, bireyin fiziksel bütünlüğüne yapılacak tıbbi eylemleri, özel hayata saygı ve özel hayatın korunması noktasında değerlendirmiştir.

³⁷SERT, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, s.229.

E. Ulusal Düzenlemeler

Anayasa, bireyin özel hayatına ve aile hayatına saygı duyulması gerektiğini düzenlemiştir (m.20). Maddeye 2010'da yapılan değişiklikle eklenen fıkra sonucu, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanun ile düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun üzerine, eklenen fıkraya dayanılarak kişinin mahremiyet hakkı ile bilgi güvenliği hakkının korunmasına yönelik Kişisel Verilerin Korunması Kanunu³⁸ ve Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ne Ek Denetleyici Makamlar ve Sınıraşan Veri Akışına İlişkin Protokol³⁹ yürürlüğe girmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği ise hastanın beden dokunulmazlığının sağlanması ve hastaya ait bilgilerin gizliliğinin korunmasını öngörmektedir (m.21). Yönetmelik'te, hastanın ölümü halinde dahi gizliliğin korunması gerektiği vurgulanmıştır. TCK da, "*Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*" bölümü altında, özel hayatın ihlalinde (m.134), kişisel verilerin rıza olmadan kayıt edilmesinde (m.135), bireylerin, siyasi ve dini inançları ile cinsel hayatları ile sağlık durumlarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasında (m.135/2) yaptırımlar düzenlemiştir. Öte yandan; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri kapsamında, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik⁴⁰, *Genel İlke ve Esaslar* ayırımında; bireylerin sağlık hizmeti sunumu gereği dışında, sağlık verilerini ibraz etmek zorunda olmadıklarını ifade etmiştir. (m.5/3). Söz konusu Yönetmelik, aksi durumlar için aykırılıktan dolayı yaptırım uygulanacağını belirtmiştir (m.21).

F. Hastanın Beden Gizliliği Ve Dokunulmazlığı

İnsan onuru ve özel hayatın korunması hakkı boyutunda, hastanın sağlık kuruluşlarına başvurması sonrası, tanı ve tedavide beden gizliliğinin ve dokunulmazlığının korunması gerekmektedir. Beden gizliliği için, tanı ve tedavi

³⁸ TBMM tarafından 24/03/2016'de kabul edilmiştir. 07/04/2016'da 29677 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁹ Avrupa Konseyi tarafından 28/01/1981'de imzaya açılmıştır. Türkiye Sözleşmeyi 28/01/1981 tarihinde kabul etmiştir. 17/03/2016'de 29656 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁰ 21/06/2019'da 30808 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

esnasında makul bir gizlilik içerisinde hastanın bedeni üzerinde tıbbi müdahaleler gerçekleştirilebilecektir. Müdahale esnasında hasta, ilgili olmayan sağlık çalışanı ile diğer hastaların ortamda bulunmaması hakkına sahiptir.⁴¹

Hastanın beden dokunulmazlığı ise kanunda belirlenmiş ayırık durumlar haricinde, hastanın rızası olmadan bedeni üzerinde müdahalede bulunulmamasıdır. Daha önce de belirtildiği üzere İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, tıbbi müdahalelerde rıza aranmayan başvurulara ilişkin kararlarında, söz konusu ihlal durumunu, özel hayata saygı ve özel hayatın korunması kapsamında irdelemiştir.

G. Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Bakımından Hastanın Özel Hayatının Gizliliği

Bu hak, hastanın özerkliğine ve hastanın özgür iradesi ile hayatına yön vermesine dayanır. Hasta sağlık hizmetinden yararlanırken, özel hayatının ve gizliliğinin korunacağına dair güveninin olması gerekmektedir. Ancak bu güven halinde hasta; kendi özgür iradesi, aklı ve vicdanı ile geleceği hakkında karar verebilecektir. Bu halde gizliliğin korunması, hastanın karar vermesinde en önemli etkenlerden biri olacaktır ve kendi geleceğini belirleme hakkı, özel hayata saygı ve gizliliği kapsayacaktır.⁴²

⁴¹SERT, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, s.249.

⁴²TACİR, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, s.326.

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. TIBBİ MÜDAHALE

A. Genel Olarak

Tıbbi Müdahale, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde tanımlanmamıştır. Açık ve net bir tanım yapılmamasına rağmen Sözleşme'nin bütünü ve amaçları değerlendirildiğinde tıbbi müdahale, tıbbın ve biyolojinin uygulanması olarak düşünülebilecektir.⁴³ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/g'üncü maddesi uyarınca tıbbi müdahale, “*tıp mesleğini icraya yetkili kişilerce uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim*” olarak ifade edilmiştir. Bu tanımdan yola çıkarak, en ufak müdahalelerden en büyük ameliyatlara kadar birçok işlem, tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilecektir.⁴⁴

Tıbbi müdahaleler, hukuki şartları sağlandığı müddetçe, meşru bir müdahale niteliğinde olacaktır.⁴⁵ Tıbbi müdahalenin geniş tanımı ise, eğitim almış yetkili kişiler tarafından tıp tekniği ve bilimi kullanılarak bireyleri hastalık, sakatlık ve diğer istenmeyen durumlardan koruma, bireyleri tedavi etme ve teşhis ile bireyin beden ve ruh tamlığına yönelik gerçekleştirilen fiillerin bütünü olarak yapılabilecektir.⁴⁶

B. Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahaleye dahil olan fakat bazı yönleri ile diğer tıbbi müdahale çeşitlerinden ayrılan *estetik amaçlı tıbbi müdahaleler*, bireyin kendisine bağlı olarak ortaya çıkabilmektedir. Antik çağlardan beridir devam eden estetik bir değer olan

⁴³SERT, Gürkan, “Hasta Hakları”, YÜCEL, Özge/SERT, Gürkan (Ed.), “Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.33.

⁴⁴ KICALIOĞLU, Mustafa, “Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Terazi hukuk Dergisi, cilt 1, sayı 4, Aralık 2006, s.17.

⁴⁵ GÜLEL, İlhan, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.91.

⁴⁶SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.27.

güzellik algısının, sanata, felsefeye ve bilime yön vermesinin doğal sonucu olarak; toplum içerisinde yaşayan bireyler, kusursuz oranlara sahip olma veya mevcut deformasyonları gidermek arzusu ile estetik arayışlarının karşılanması için tıbbi başvurmuşlardır. Bu arayış, doğum veya savaş sonucu fiziksel olarak bireyin bütünlüğünü ilgilendiren deformasyonlar olabileceği gibi; tamamen bireyin kendi ruhsal tamlığını sağlamak için fiziksel değişiklikleri yapabilmek adına tıp bilimine başvurması da olabilecektir. En eski uygarlık yazıtlarında dahi güzelleşmek için burun ameliyatlarının yapıldığı tespit edilmiştir. Toplumsal ve bireysel ihtiyaca cevap olmak adına tıp bilimi ve etiği içerisinde estetik müdahaleler de tıbbi müdahale olarak değerlendirilecektir.⁴⁷

Estetik tıbbi müdahale kavramı, doğuştan gelen veya daha sonradan ortaya çıkan nedenler ile fiziksel görünümün değiştirilmesi ve onarılması maksadıyla hukuka uygun olarak gerçekleştirilen müdahaleler olarak ifade edilmiştir. Bireyin ihtiyacının karşılanması için kavramın niteliği gereği rıza ve aydınlatılmış onam kriterlerinin farklı ve detaylı uygulanması gerekecektir.⁴⁸

II. TIBBİ MÜDAHALENİN SINIFLANDIRILMASI

Tıbbi müdahaleler, müdahalenin amacına, uygulanma yöntemine ve uygulayan yetkili kişiye göre farklı başlıklar altında sınıflandırılmıştır.

⁴⁷ PETEK, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 8, sayı 1, Mayıs 2006, s.188.

⁴⁸GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 9, sayı 93, Mayıs 2014, s.119.

A. Amaçlarına Göre Tıbbi Müdahaleler

1. Eğitim Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Hukuki ve etik gerekliliklerin sağlanmasından sonra, tıp bilim ve tekniği kapsamında yapılan tıbbi deneme ve araştırmalardır.

2. Önleme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

İstenmeyen sonuçları bertaraf etmek adına yapılan tıbbi müdahalelerdir. Aşı ve doğum kontrol yöntemlerinin uygulanması bu başlık altında değerlendirilecektir.

3. Teşhis Etme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Oluşmuş sağlık sorunlarını teşhis amacı ile yapılan müdahalelerdir. Laboratuvar teknikleri gibi ölçüm ve değerlendirmeler kullanılarak, teknolojinin tıp alanına katkıları birey ve toplum sağlığı açısından kullanılmaktadır.

4. Tedavi Etme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler

Teşhis edilmiş sağlık sorunlarının tedavi edilmesi için yapılan tıbbi müdahalelerdir. Fizik tedavi, ilaç tedavisi ve tedavi amaçlı ameliyatlara bu kapsamdaki tıbbi müdahalelerdir.⁴⁹

B. Uygulanma Yöntemine Göre Tıbbi Müdahaleler

1. Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleler, bireyin deri ve vücut bütünlüğünün bozulması sonucunu ortaya çıkarabilmektedir. Cerrahi işlemler ve serum ile vücuda ilaç verme bu tip tıbbi müdahalelere örnek gösterilebilir.

⁴⁹HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.278.

2. Beden Bütünlüğüne Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler

Deri ve vücut bütünlüğünün bozulması sonucunu doğurmayan tıbbi müdahalelerdir. Anal ve oral yolla ilaç alınması bu tıbbi müdahale kapsamında olacaktır.⁵⁰

C. Uygulayan Yetkili Kişi Açısından Tıbbi Müdahaleler

1. Hekim Tarafından Bizzat Uygulanması Gereken Tıbbi Müdahaleler

Hukuk kuralları çerçevesinde, uzman hekimin tıbbi uygun olarak hastalıkları teşhis ve tedavi etmesi gerekmektedir. Bireye yönelik hastalığı teşhis etme ve hastalığa yönelik tedavi seçeneklerini belirleme, reçete yazma, cerrahi müdahalede bulunma, uzman ve yetkili hekim tarafından yapılacaktır.⁵¹

2. Sağlık Çalışanları Tarafından Uygulanan Tıbbi Müdahaleler

Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler sonrası, yine hekimin gözetimi ve denetimi altında sağlık çalışanları tarafından bireye uygulanan müdahalelerdir. Hastaya serum takılması, ebeinin doğum sürecini takip etmesi gibi uygulamalar bu müdahale kapsamında olacaktır.

3. Hekim Dışında Sağlık Mesleği Mensupları Tarafından Bizzat Uygulanan Tıbbi Müdahaleler

Tedavi ve teşhise yönelik kendi uzmanlık alanları dahilinde sağlık mesleği mensuplarının hukuk ve etiğe uygun olarak gerçekleştirdikleri müdahalelerdir.

⁵⁰ERMAN, a.g.e., s.39.

⁵¹ BİRTEK, Fatih, "Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı", İstanbul Barosu Dergisi, cilt 81, sayı 5, Eylül 2007, s.1999.

Fizyoterapistin fizik tedavi uygulaması ve hemşirenin kan alması gibi uygulamalar bu müdahale türüne örnek olarak gösterilebilecektir.⁵²

III. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN KOŞULLARI

Bireyin vücut bütünlüğüne yönelik yapılan tıbbi müdahalenin aşağıda ele alınacak olan hukuki şartları sağlaması gerekmektedir.

A. Yetkili Sağlık Çalışanı Tarafından Yapılması

Birey ve toplum sağlığının korunması amacıyla tıbbi müdahalede bulunma yetkisi mevzuatça düzenlenmiştir. Yasalara uygun bir tıbbi müdahale için, tıbbi müdahaleyi yapacak kimsenin, tıp meslek ve sanatının icrası konusunda kanunen hak ve yetki sahibi olması gerekmektedir. Söz konusu hak ve yetkili kimseler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da gösterilmiştir.

Bazı hallerde sağlık personeli olmayan kimselerin acil durumlarda yapmış oldukları tıbbi müdahalelerle de karşılaşılabilir. Söz konusu durumlarda yapılan müdahaleler, tıbbi müdahale şartlarından biri olarak değerlendirilmeyerek eylemin hukuka uygun olup olmaması noktasında ceza kovuşturması kapsamında incelenecektir.⁵³

1. Hekimler

a. Hekimlik Diplomasına Sahip Olma Şartı

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 1'inci maddesinde, tıbbi müdahalede bulunabilecek yetkili kişilerden olan hekimlerin, *“Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi bir surette olursa olsun*

⁵²SAVAŞ, a.g.e., s. 27,28,29.

⁵³ ERSÖZ, Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Hukuk Dergisi, sayı 45, Mayıs 2010, s.107,108.

hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır” hükmü gereğince, hekimlik için diplomanın bulunması gerekmektedir. Aynı Kanunun 2’inci maddesine göre ise bu diplomanın Sağlık Bakanlığınca onaylanması ve sicile işlenmesi zorunlu olacaktır. Ancak bu işlemin kurucu değil, bildirici nitelikte olduğu kabul edilmektedir.⁵⁴

b. Uzman Olma Şartı

Aynı Kanun’da, teşhis ve tedavi ya da diğer tıbbi müdahaleler için diplomaya sahip hekimlik şartı aranmıştır. Yine 3’üncü maddede ise önemli cerrahi müdahalelerin yapılabilmesi için ihtisas diploması olması gerektiği öngörülmüştür. Müdahalenin hukuka uygunluğu için uzmanlığın olması zorunluluğuna yönelik kesin bir yasa hükmü mevcut olmamasına rağmen Kanun’un 23’üncü maddesi, yalnızca genel veya lokal anestezi ile yapılan cerrahide müdahalelerin kesinlikle uzman hekimle bir başka hekim tarafından birlikte yapılmasını vurgulamıştır. Ancak her ne kadar Kanun’da bütün tıbbi müdahaleler için uzmanlık şartı aranmamışsa da uzmanlığı dışında müdahalede bulunacak hekimin kusuru, ceza yargılamasında değerlendirilebilecektir.⁵⁵

c. Öğrencilerin Tıbbi Müdahalesi

Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği 11/7’inci maddesi: *“Uzmanlık öğrencisi, programda bulunan bütün eğiticilerin gözetim ve denetiminde araştırma ve eğitim çalışmalarında ve sağlık hizmeti sunumunda görev alır, deontolojik ve etik kurallara uyar”* hükmüne sahiptir. Bu maddeye göre, uzmanlık öğrencileri, mezun olan hekim niteliğine sahip olduklarında tıbbi müdahale gerçekleştirebileceklerse de uzmanlığın olması gereken cerrahi işlemlerde tek başlarına hareket edemeyeceklerdir.⁵⁶

⁵⁴HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.173.

⁵⁵POLAT, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.31.

⁵⁶AYDIN, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Bursa, Adalet Yayınevi, 2008, s.60.

Tıp fakültesindeki eğitimlerinin poliklinik aşamasında bulunan öğrenciler “intörn hekim” olarak nitelendirilmektedirler. Bu hekimlerin tek başlarına tıbbi müdahale yetkileri bulunmamaktadır. Ancak, asıl hekimin yanında hasta mahremiyetine ve haklarına zarar vermeyecek şekilde teşhis ve tedavi faaliyetine katılabileceklerdir. Bu konuda bazı üniversitelerin yönetmeliklerinde düzenlemeler de mevcuttur. Hasta hakları bakımından hastaya tanınmış en önemli güvencelerden biri hekimi ve sağlık kurumunu seçme hakkıdır. Bu hakla birlikte, hasta istemediği takdirde tedavi ve iyileşme sürecinde intörn hekim viziteye katılamayacaktır.⁵⁷

d. Sağlık Görevlileri

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da tıbbi müdahale bakımından yetkili kişiler hekimlerin yanısıra, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler ve hasta bakıcı hemşireler olarak gösterilmiştir. Kanun tarafından işaret edilen sağlık görevlileri, ancak kendilerine tanınmış bulunan etkinlik alanları içerisinde tıbbi müdahalede bulunabileceklerdir. Aksi halde, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedilemeyeceği gibi ilgili kimseler, kişisel kusurları ile vermiş oldukları zararlardan da sorumlu olabileceklerdir.⁵⁸ Öte yandan Kanun’a, 5371 sayılı Kanun ile eklenen 7’inci maddesi gereğince “*acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtmek kaydıyla acil tıp teknikerleriyle acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler*” düzenlemesi, sadece acil durumlar için sınırlı olarak hüküm altına alınmıştır.

B. Aydınlatılmış Onam

Aydınlatma terimi, “*Bir sorunun ya da bir kavramın tüm içerimleriyle açıklanması*”, *Onam* terimi ise; “*rıza ve muvafakat*”⁵⁹ anlamında tanımlanmıştır.

⁵⁷YÜCEL, Özge “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, YÜCEL, Özge/GÜRKAN, Sert (Ed.), s.195.

⁵⁸ERMAN, a.g.e., s.95.

⁵⁹ TDK, Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5da62194b78093.34921266

Aydınlatılmış onam ise, hastanın veya onun yerine rıza verecek kişinin, tıbbi müdahalenin kapsamını, risklerini, yan etkilerini, alternatiflerini, tedavi başarısını, yararlarını ve sonuçlarını anlayacak şekilde bilgilendirilmesini ve bu bilgilendirme sonunda tıbbi müdahale konusunda karar vermesi olarak ifade edilebilecektir.⁶⁰

Aydınlatma kavramı, bilginin sunulması ve anlaşılması şeklinde iki unsurdan meydana gelirken, gönüllülük ve yeterlilik unsurlarını ise onam boyutu ihtiva edecektir. Bu bağlamda gönüllülük, hastanın kendisi için uygun gördüğü kararın uygulanmasına izin vermesi olacaktır. Yeterlilik ise, aslında bir hukuk kavramı olup, hastanın karar verme sürecine katılma yeteneğini belirleyecektir.⁶¹

Aydınlatma, hekim ile hasta arasında kurulan ilişkide, bilgi asimetrisi sebebiyle hekimin, tıbbi müdahale sürecinde hastayı özgürce karar verecek duruma getirmesidir. Aydınlatma, rızanın koşulu niteliğinde ortaya çıkacaktır.

1. Aydınlatılmış Onam Hakkı

Anayasa bireylere, “kendi geleceğini bizzat tayin hakkı”nı tanımıştır. Uluslararası metinlerde de tanımlanmış olan birey özerkliği ilkesinin hasta haklarında uzantısı Aydınlatılmış onamdır. Hasta özerkliği sonucu tıbbi müdahale için hastanın rızasının bulunması gerekmektedir.⁶²

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 70’inci maddesi, hekim ve diş hekimlerinin yapacağı her türlü tıbbi müdahale için hastadan veya belirlenen şartlarda hastanın velisi veya vasisinden müdahale öncesinde rıza alınmasını ve büyük cerrahi operasyonlar için bu rızanın yazılı olması gerektiğini vurgulamıştır.

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5da6222ed09566.80874695 (Son Erişim Tarihi: 15/10/2019)

⁶⁰YÜCEL, Özge “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, YÜCEL, Özge/GÜRKAN, Sert (Ed.), s.201.

⁶¹ÇOBANOĞLU, Nesrin,“Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu, 2009, s.7.

⁶²ÖZTÜRKLER, Cemal, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.70.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14/2'üncü⁶³ maddesinde, bilgilendirmenin hasta üzerinde olumsuz etki oluşturup hastalığı arttırması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhis ve alınması gereken tedbirler hakkında hastaya açıklıkla bilgi verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 26'ncı maddesi⁶⁴ ise, kişilik hakları gözetilerek hastanın aydınlatılması ve acil durumlarda hekimlerin nasıl ve ne şekilde hareket edeceğini düzenlemiştir.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun da; vericiye olası riskler, tehlikeler ve ortaya çıkabilecek psikolojik, sosyal ve tıbbi durumlar hakkında ayrıntılı ve açık bir şekilde bilgi verilmesi, vericiden alınacak onamın iki tanık huzurunda yazılı ve imzalı olarak alınması gerektiği düzenlemesini yapmıştır.⁶⁵

Hasta Hakları Yönetmeliği ise, kanunda işaret edilen istisnai haller haricinde kimseye onamı alınmaksızın veya verdiği onama uygun olmayan şekilde tıbbi müdahalede bulunulamayacağını hüküm altına almıştır.⁶⁶

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 5'inci maddesi, tıbbi müdahale için aydınlatılmış onamı genel kural olarak görerek, verilen rızanın istenildiği zaman serbestçe geri alınabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeye paralel olarak ise Türk

⁶³Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 14/2: “Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.”

⁶⁴Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 26/1: “Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.”

⁶⁵Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun madde 6: “Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.”

⁶⁶Hasta Hakları Yönetmeliği madde 22: “Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.”

Medeni Kanunu (TMK) 23'üncü⁶⁷ maddesi de, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini, bu özgürlüklerin hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanamayacağını vurgulayarak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklini mümkün kılmıştır. Buna karşın biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesinin istenemeyeceğini ve bu durumun tazminata konu olamayacağını da belirtmiştir.

2. Onamın Geçerlilik Koşulu Olarak Aydınlatma

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, tıbbi müdahale görececek kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden bilgi verilmesi gerektiğini belirtmiştir (m.5). Hasta Hakları Yönetmeliği de benzer şekilde hasta veya hastanın kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilmesi ve aydınlatılması gerektiğini düzenlemiştir (m.24).

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması şartlarından olan aydınlatma, hem hasta haklarından hem de hekimin yükümlülüklerinden biri olarak ifade edilmiştir. Aydınlatma, hastanın neye rıza verdiğinin bilinmesi açısından önemli olacaktır.⁶⁸

3. Aydınlatmanın Kapsamı

Aydınlatma, hekim ile hastanın arasındaki hukuki ilişkiden doğacaktır. Hekimin borcu olan aydınlatma sonucu, tıbbi müdahaleye yönelik bütün bilgi ve sonuçlar hastaya sunulacaktır.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 26'ncı maddesinde "*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*

⁶⁷ TMK madde 23: "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.*"

⁶⁸ İŞİK YILMAZ, Berfin, "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 24, sayı 98, Ocak 2012, s.394.

*durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.”*düzenlemesi mevcuttur.

Tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin bireysel özellikleri de dikkate alınarak yapılacak bilgilendirmeler sonucunda, birey serbest iradesi ile önerilen tanı ya da tedavi şeklinin uygulanmasını bilinçli olarak kabul etmiş olmalıdır. Hastanın reşit veya bilinçli olmaması durumunda veya acil durumlarda hekimin aydınlatmayı/bilgilendirmeyi tıbbi müdahale göreceği kişinin temsilcisine yapması gerekmektedir.

Hekim, tanı sonrasında hastaya uygulayacağı tedaviye yönelik uygulamaları serbestçe tayin edebilecektir. Tedavi için kullanılacak yöntemler, daha önceden denenmiş ve kabul görmüş uygulamalar olacaktır. Fakat pandemiye götüren salgın hastalıklara yönelik yeni tedavi yöntemlerinin uygulanması söz konusu ise hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişleyebilecektir.⁶⁹

4. Aydınlatmanın Amacı

Aydınlatmanın amacı, tıbbi müdahalenin sürecindeki durumuna göre üç başlık halinde incelenebilmektedir.

⁶⁹ SERT SÜTÇÜ, Selin, “COVID-19 Kapsamında Yeni Tedavi Yöntemlerinin Denenmesi ve Bu Denemelerin Hukuka Uygunluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 15, sayı 166, Haziran 2020, s.1269.

a. Müdahale Aydınlatması

Tıbbi müdahale görecek birey ile bu müdahaleyi uygulayacak hekim arasında kurulacak güven ilişkisinde, hekimin sanatını icrasında bilgi ve tecrübesi ile müdahaleye sebep olan teşhis ve tedavi için hastanın aydınlatılması gerekmektedir.⁷⁰

b. Teşhis Aydınlatması

Bu aydınlatmada, tıbbi tedavi öncesi hekim, yapılacak test ve muayenelerde hastayı veya temsilcisini detaylı şekilde aydınlatacaktır. Teşhis için yapılması gereken müdahalelerin sonuçları hekim tarafından açıklanacak ve hastaya seçim hakkı tanınacaktır. Bu yükümlülük, müdahale görecek bireyin özerkliğinin korunması bakımından anayasa hükümleri ile koruma altına alınmıştır. Öte yandan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde, hekim ve dış hekimlerinin hastasına ümit vererek kendisini teselli edeceğini ve teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesini belirtmiştir.⁷¹

c. Süreç Aydınlatması

Süreç aydınlatması, teşhis aşamasından sonra tedaviye yönelik hekimin bütün süreç hakkında bireyi aydınlatmasıdır. Aydınlatma kapsamında, tedavi ve alternatif tedavi yöntemleri ile hangi tedavi yönteminin neden tercih edildiği açıklanacaktır.

Tercih edilen tedavi yönteminin hasta tarafından uygulanmasının istenmemesi durumunda ise olası sonuçların hekim tarafından bildirilmesi gerekmektedir.

Tedavi süreci bütün olarak değerlendirilecek ve süreç sonunda hastanın yaşayacağı fiziksel sonuçlar için de hasta bilgilendirilecektir.⁷²

d. Riziko için Aydınlatma

⁷⁰ BADUR, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.55.

⁷¹ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.278.

⁷² ÇAKMUT YENERER, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 2003, s.223.

Hekim, teşhis ve tedavi sürecinde meslek etik ve kurallarına uygun hareket etmiş olsa dahi her tıbbi müdahalede komplikasyonlar ve istenmeyen durumların ortaya çıkması muhtemeldir.

Tıp bilimi gelişmeleri dahilinde hekim, tıbbi müdahalenin bütün olası sonuçları ve yan etkileri bakımından hastayı bilgilendirecektir. Uygulanacak müdahaleler bakımından riskin büyüklüğü, aydınlatmanın önemini de güçlendirecektir.⁷³

e. Koruma Aydınlatması

Koruma aydınlatması, tedavi sürecinde bulunan hastanın, doğru ve kendi yararı için ilaçların nasıl kullanacağı ve yan etkileri ile diğer uygulamalar için hekim tarafından hastanın kişisel durumu da gözetilerek anlayabileceği şekilde aydınlatılmasıdır.⁷⁴

5. Özel Durumlarda Aydınlatma

Tıbbi müdahalelerin bazı türleri için bireylerin özellikli olarak aydınlatılması gerekmektedir.

a. Sterilizasyon ve Kastrasyon

Sterilizasyon, erkek veya kadın için cinsel faaliyet ve dürtülerin devam etmesini sağlayarak üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması için yapılan tıbbi müdahaledir.⁷⁵ Üreme yeteneğinin kaybı, kişiliğin belirli oranda kaybını da nitelendirmesi sonucu, önemli bir müdahale olan sterilizasyon için aydınlatmanın önemi büyük olacaktır.

⁷³İŞİK, YILMAZ, a.g.e., s.395.

⁷⁴ OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 52, sayı 3, Eylül 2003, s.1303.

⁷⁵BOZKURT, Enver,“Kısırlaştırma ve İnsan Hakları”, Ankara Barosu III. Sağlık Kurultayı, 2010, s.7,<http://www.kisiselsaglikverileri.org/icerik/diger/4.pdf> (Son Erişim Tarihi 02.10.2019)

Nüfus Planlanması Hakkında Kanun, ihtiyari sterilizasyonu kabul ederken mecburi sterilizasyonu yasaklamıştır. Kanuna göre, tıbbi bir sakınca olmaması halinde, ergin kişilerin kapsamlı aydınlatılması ve rızası ile sterilizasyonun yapılabileceği düzenlenmiştir (m.4)

Kastrasyon için ise hukukumuzda özel bir düzenleme mevcut değildir.⁷⁶ Kastrasyon, kişinin cinsel salgı bezleri alınması suretiyle cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin ve hatta cinsiyetine ilişkilerin bütünüyle ortadan kaldırılmasıdır. Nüfus Planlanması Hakkında Kanun uyarınca, bir ameliyat sırasında tıbbi zaruret halinde tedavi amaçlı olarak bireyin rızasına bakılmaksızın kastrasyonun yapılabileceği düzenlenmiştir (m.4/3).

b. Gebeliğin Sona Erdirilmesi

Gebeliğin sona erdirilmesi, Nüfus Planlanması Hakkında Kanun ve kanuna dayanılarak kabul edilen *83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük* ile düzenlenmiştir. Gebeliğin sona erdirilmesi, ana karnındaki ceninin tahliyesidir. Gebeliğin sona erdirilmesi için Kanun ikili bir ayrıma gitmiştir. Gebeliğin onuncu haftası bitene kadar tıbbi zorunluluk olmadan gebenin isteği ve talebi üzerine tahliyenin yapılabileceği düzenlenmişken, onuncu haftadan sonra, annenin hayati tehlikesi ile gelecek nesillerin akıbeti noktasında uzman objektif raporu aranmıştır (m.5). Bununla birlikte, rahim tahliyesi için gebe kadının rızası, kadın evli ise eşle birlikte rıza aranmıştır. Kadın velayet altında ise veli ile birlikte kadının rızasının da bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Kadın vesayet altında ve ayırt etme yetisine sahip ise kadın ile vasi ve sulh hukuk mahkemesinin onayı zorunlu hale getirilmiştir. Öte yandan, acil müdahalede bulunulmadığı takdirde hayatı veya hayati organlarından biri tehdit altına girecek ise rıza koşulu aranmamıştır.

c. Cinsiyet Değişikliği

⁷⁶YAVUZ, İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.37.

Cinsiyet değişikliği, plastik cerrahi operasyon ile gerçekleştirilmektedir. Söz konusu tıbbi müdahale için bireyin, müdahalenin bütün kapsamı, sonuçları ve müdahale sonrası tedavi aşaması süreci konusunda özel olarak aydınlatılması gerekecektir.⁷⁷

6. Aydınlatma Yükümlüsü ve Muhatabı

Aydınlatma yükümlüsü, kural olarak hekimdir. Hekim ile hasta arasında özel bir anlaşmanın olmaması durumunda ise süreci bilen başka bir hekim de hastayı aydınlayabilecektir. Teşhis sonucu hasta, birden fazla uzman hekim tarafından tedavi edilecek ise her hekim kendi uzmanlık alanı dahilinde hastayı aydınlatmakla yükümlü olacaktır.⁷⁸

Aydınlatma muhatabı ise kural olarak sadece hastadır. Anayasa tarafından bireyin sağlık durumuna ilişkin bilgi edinme hakkı güvence altına alınmıştır.⁷⁹

7. Aydınlatmanın Usulü

Hukukumuzda aydınlatma için belirli bir şekil şartı bulunmamaktadır. Her ne kadar aydınlatma sözlü olabileceyse de ispat hususu, aydınlatma yükümlüsü hekim üzerinde olduğu için yazılı olması gerekecektir. Bununla birlikte hekimin aydınlatma için form ya da broşür kullanması ancak sözlü olarak da aydınlatmanın yapılması sonucunda amacına uygun hale gelecektir. Hekimlik Mesleği Etik Kuralları, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak, bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir şekilde olması gerektiğini belirtmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği, bilgilendirmenin uygun ortamda hastanın mahremiyeti korunarak yapılmasını ve hastaya makul süre tanınması gerektiğini bildirmiştir. Uygun ortam ve zamanda yapılması gereken

⁷⁷SERT CANPOLAT, Selin, “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 28, sayı 118, Mayıs 2015, s.259.

⁷⁸ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, cilt 2, sayı 2, Şubat 2011, s.188.

⁷⁹ Anayasa madde 20: “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

aydınlatma, hastanın konuştuğu dil üzerinden (yabancı dil, işaret dili, Braille Alfabeti) hastanın anlayabileceği şekilde terimlerden arınmış metin ile aydınlatmanın yapılması gerekmektedir. Yazılı aydınlatmalarda bulunan hekimin tıbbi müdahale sonucu sorumlu olmayacağı şeklindeki sorumsuzluk ibareleri ise hukuken geçerli değildir.⁸⁰

Pandemi sürecinde, bireylere uygulanacak tıbbi müdahaleler için yapılacak olacak aydınlatmanın, bütün hususların belirtildiği şekilde yazılı olması gerekmektedir. Salgın hastalığın bulaşma riski sebebiyle uygulanacak tanı ve tedavi bakımından bireylerin bilinçlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁸¹

8. Aydınlatma Zorunluluğunun Bulunmadığı Durumlar

Tıbbi müdahale için hastanın aydınlatılması müdahalenin hukuka uygun olması açısından bir şart ise de, bazı durumlarda aydınlatma zorunluluğu bulunmamaktadır.

a. Aydınlatmadan Vazgeçme

Hasta, aydınlatma yapılmadan tıbbi müdahaleden vazgeçebilir. Bununla birlikte hasta, tıbbi müdahale öncesinde kişisel durumu sonucu aydınlatmayı idrak edemeyecek durumda olduğunu beyan ederek hekime tam bir teslimiyet durumu sergileyebilir. Bu durum, aydınlatmadan vazgeçmiş olarak nitelendirilecektir. Hasta Hakları Yönetmeliği, bireyin sağlık durumu hakkında, kendisinin, yakınlarının ve başka kimsenin bilgilendirilmemesi konusunda karar verebileceğini düzenlemiştir (m.20). Aynı maddede, hastanın bu kararı yazılı olarak vermesi gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte hasta, verdiği karardan istediği zaman dönebilecektir.⁸²

b. Hastanın Tıbbi Müdahale Hakkında Bilgi Sahibi Olması

⁸⁰İŞİK, YILMAZ, a.g.e., s.406.

⁸¹ AKYILDIZ, Sunay, “COVID-19 Sebebiyle Oluşan Küresel Pandemiye Hukuksal Bakış”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 15, sayı 166, Haziran 2020, s.1206.

⁸² HANCI, İ. Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.74.

Hasta, tıbbi müdahale için daha önce başka bir hekim tarafından aydınlatılmışsa veya müdahale hakkında bilgi sahibi ise aydınlatma borcu ortadan kalkabilecektir. Hastanın bilgisi daha önceki müdahalelerden ya da mesleki ve kişisel bilgisinden kaynaklanabilecektir.⁸³ Tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekimin hastanın daha önceden aydınlatılmış olması ayırımında, hastanın bilgi durumunu değerlendirmesi gerekmektedir.

c. Acil Haller

Acil haller, durumun gereği olarak aydınlatmanın hiç yapılmadığı veya eksik yapıldığı hallerdir. Hayati tehlike durumunda derhal yapılması gereken müdahalelerde hastanın fiziksel durumu aydınlatmayı anlamada ve onam vermede yetersiz ise aydınlatmadan vazgeçebilecektir. Öte yandan aydınlatma sonucu onam alınan cerrahide operasyonlar sırasında ameliyatın genişletilmesi veya değiştirilmesi durumunda da aydınlatma yapılamayabilecektir. Bu genişletme veya değiştirme önceden planlanabiliyorsa ameliyat öncesinde uygulanabilecek bütün müdahaleler için hastadan onay alınması gerekmektedir.⁸⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği, her tıbbi müdahalede onamı aramıştır fakat organ kaybı sonucunun doğabileceği durumlarda ameliyatın genişletilebileceğini düzenlemiştir (m.31).

d. Tedavi Ayrıcalığı

Aydınlatmanın hasta üzerinde psikolojik olarak olumsuz etkiler bırakabileceği durumlarda aydınlatmadan vazgeçilebilecektir. Hastanın kendi geleceğini tayin hakkı ile doktorun tedavi etme ayrıcalığı ikileminde hasta için aydınlatma yapılmaması daha yararlı olacak ise, aydınlatma geri bırakılabilir. Hastanın özerkliği için her olay ve tıbbi müdahalenin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Hekim hastanın psikolojik olarak ciddi zarar göreceğini ve bu durumun müdahaleyi etkileyebileceğini düşünüyorsa, aydınlatmadan vazgeçebilecektir. Hekim, hasta açısından menfaat dengesini göz önünde bulunduracaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği, hekimin takdirinde teşhisin saklanması uygun görmüştür. (m. 19)

⁸³ HAKERİ, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.206.

⁸⁴ SERT, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, s.166.

e. **Aydınlatmanın Hasta İçin Öneminin Kalmaması**

Aydınlatmanın geri bırakılabileceği durumlardan diğeri ise hayatını kaybetmekte olan hastanın acısını dindirmek için yapılan tıbbi müdahaleler açısından geçerli olabilecektir.

9. **Aydınlatmanın Geri Alınması, Düzeltilmesi**

Hekimin tedavi süreci içerisinde aydınlatmanın doğru yapılmadığını tespit ettiği andan itibaren aydınlatmayı düzeltmesi veya geri alması gerekmektedir. Aydınlatmanın yanlışlığı esaslı değilse müdahale hukuka uygun olacaktır.⁸⁵

10. **Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali**

Bireyin vücut bütünlüğünün ihlali olan tıbbi müdahale için rıza şarttır. Rızanın hukuka uygun olması için ise hastanın aydınlatılması gerekmektedir. Aydınlatma olmadan alınan rıza, tıbbi müdahalenin meşru olmasını ortadan kaldırılabilecektir. Bu noktada tıbbi müdahale uygulayan hekim veya sağlık çalışanının eylemi açısından cezai ve/veya tazminat yükümlülüğü doğabilecektir. Aydınlatma yükümlüsü, tıbbi müdahaleyi uygulayan hekim veya sağlık çalışanıdır. Dolayısıyla aydınlatmanın yapıldığına dair ispat yükü, müdahaleyi gerçekleştiren üzerinde olacaktır.⁸⁶

C. **Rıza**

1. **Rızanın Açıklanması**

Anayasa'nın, *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere*

⁸⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.211.

⁸⁶ ÇETİN, Gürsel, “ Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, Iı. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu. A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.179.

tâbi tutulamaz” hükmünü düzenleyen 17’inci maddesi gereğince bireylere, ilke olarak kendi geleceklerini belirleme hakkı sağlanmıştır. Bu hak sonucu, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun en önemli koşulu, istisnai durumlar dışında, hastanın rızasıdır. Rızanın hukuka uygun olması ise ancak aydınlatma ile sağlanabilecektir. Rıza, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim veya sağlık çalışanınca yapılacaktır.

Hasta, rıza açıklaması ile hukuki sonuç yaratacak irade beyanını tıbbi müdahale için açıklayacaktır.⁸⁷

Biyotıp Sözleşmesi, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını doğrudan düzenlememiş olsa da Sözleşme’nin 5’inci maddesine göre, sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde rıza göstermesinden sonra yapılabilecek ve bu rıza her zaman serbestçe geri alınabilecektir.⁸⁸ Temel düzenlemeler sonucu, kendi kararını verebilecek niteliğe sahip olan hastalar kendi yaşamlarına dair seçimlerini özgür iradeleri ile aydınlatma doğrultusunda yapacaklardır. Buna karşılık Hasta Hakları Yönetmeliği 24’üncü⁸⁹ maddesi, tıbbi müdahaleler açısından rızanın her an geri alınamayacağını düzenlemiştir.

2. Rızanın Tabi Olduğu Şekil

Aydınlatılmış olan hastanın veya temsilcisinin rızası, bazı haller dışında yasal şekle tabi tutulmamıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği 26’ıncı maddesi, “*Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tibben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza*

⁸⁷ ŞENOCAK, Zarife, “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 50, sayı 4, Aralık 2001, s.69.

⁸⁸ TACİR, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı s.116,117

⁸⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24: “*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.*”

formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır.” hükmü ile uyumsuzluk konusu olabilecek tıbbi müdahaleler için düzenlemeyi zorunlu hale getirmiştir.

Diğer yandan aşağıda belirtilen hallerde kanunen yazılı rıza aranması usulü benimsenmiştir.

Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesi: *“On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”* düzenlemesinde bulunmuştur.

Türk Medeni Kanunu 23/3'üncü maddesi: *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz”* ifadesine yer vermiştir.

Öte yandan, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 70'inci madde ise: *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır”* hükmüne sahiptir. Büyük ameliyatlar da aynı kanunun 23'üncü maddesinde genel ve lokal anestezi ile yapılan ameliyatlar olarak sayılmıştır.

3. Rızaya Ehliyet

Hastanın, tam ve sağlıklı bir iradeyle kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermesi için, rıza verme ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Hastanın rızaya ehliyeti, tıbbi müdahaleyi anlaması ve değerlendirmesi akabinde, müdahalenin kendisine uygulanmasına onay vermesi olarak tanımlanabilecektir.⁹⁰

Rıza ehliyeti bireyin akıl ve ruh sağlığı ve yaşı bakımından sınırlı olarak değil, müdahale uygulanacak kişinin somut durumu ve fiziksel rahatsızlık halleri de dikkate

⁹⁰ERMAN, a.g.e., s.80.

alınıp belirlenmelidir. Her somut olayda rıza ehliyeti kendi mevcut durumu bakımından değerlendirilmelidir.⁹¹

a. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olma

TMK'ya göre, bireyin fiil ehliyeti için ayırt etme gücünün bulunması gerekmektedir (m.10). Yine TMK'ya göre, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması, yaşının küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da buna benzer sebepler sonucu akla uygun davranmamasından kaynaklanmaktadır (m.13). Ayırt etme gücüne sahip olmayan bireylerin rıza ehliyetinin olduğundan bahsedilemeyecektir. Kanun, bu bireyler için kanuni temsilci rızası veya mahkeme kararını aramıştır. Fakat bu noktada ayırt etme gücünün geçici kaybolması durumları yine her somut olaya göre tek tek değerlendirilecektir.

b. Ergin Olma

Ergin olmayan küçüklerin korunması konusunda mevzuatımız, tıbbi müdahaleye rıza için kanuni temsilcinin rızasını aramıştır.⁹² TMK, ayırık durumlar hariç ergin olma yaşını 18 olarak belirtmiştir (m.11). Her ne kadar 18 yaş erginlik için belirtilmişse de bazı durumlarda evlenme ile veya 15 yaşın doldurulması ile erginlik kazanılabilmektedir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun Kanun 70'inci maddesinde, hastanın küçük ve kısıtlı olması durumunda her çeşit ameliye için veli veya vasisinin muvafakatini aranmasını şart koşmuştur. Bu madde uyarınca, büyük cerrahi operasyonlar söz konusu ise, muvafakatin yazılı olması da aranmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği de 24'üncü maddesi ile veli veya vasisinin iznini aramıştır. Öte yandan; Hasta Hakları Yönetmeliği 26'ıncı maddesi ile küçük ve kısıtlının dinlenmesi gerektiğini de bildirmişse de hekimin, küçük veya kısıtlının beyanı ile bağlı olmadığı anlaşılmaktadır.⁹³

⁹¹AYDIN, a.g.e., s. 93.

⁹² KALAYCI, ÖLÇÜM, Merve, Buse, Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.81.

⁹³ ARPACI, Abdulkadir, "Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 6, sayı 2, Aralık 2009, s.10.

TMK 16'ncı maddesi ile “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir*” ifadesine sahiptir. Öte yandan, Organ ve Doku Nakli Kanunu, 18 yaşından küçükler için, yasal temsilcinin rızası olsa bile organ veremeyeceklerini düzenlemiştir (m. 5).

Kanuni temsilcinin, mutlak tıbbi müdahale gerektiren durumlarda rıza vermemesi halinde ise Hasta Hakları Yönetmeliği mahkeme hükmünü aramıştır (m.24/2). Acil durumlarda ise hekimin rıza aramadan yapacağı tıbbi müdahale üçüncü kişi lehine meşru müdafaa veya zorunluluk hali olarak görüleceği için hukuka uygun olabilecektir. Hekimlik Meslek Etiği Kuruları da aynı yönde düzenlemede bulunarak, acil durum halinde müdahaleyi hekimin takdirine bırakmıştır (m.26/2) Son olarak, müdahalenin yapılması konusunda yasal temsilcilerin rızası olmasına rağmen, hekim gerek görmüyorsa müdahaleyi gerçekleştiremeyebilir. Bu husus hekimin tedavi özgürlüğünün sonucu olacaktır. ⁹⁴

c. Kısıtlı Olmama

Kısıtlılık TMK'da: akıl hastalığı veya akıl zayıflığı ile savurganlık, içki düşkünlüğü, kötü yaşam, kötü yönetim ve hükümlü olma olarak başlıklar halinde incelenmiştir (m.405,406,407, 408). Yine Kanun'a göre sınırlı ehliyetsizler olarak tanımlanan, ayırt etme gücü olan fakat ergin olmayanlar ile hükümlü olan erginler için hukuki işlemler için yasal temsilcilerinin izni ve onayı aranmıştır (m.407/2).

4. Rızanın Varlığına Rağmen Tıbbi Müdahalenin Hukuka Aykırı Olması

Hastanın rızası olmasına rağmen, uygulanan tıbbi müdahale yasalara ve etiğe aykırı ise hukuka aykırı olacaktır. Hekimin uyguladığı müdahale ile tedavi gerçekleşmeyecekse veya müdahalenin başarısız olacağı açıksa hekim, eylemine uyan cezai ve hukuki yaptırımlar bakımından sorumlu olacaktır. ⁹⁵

⁹⁴ AYDIN, a.g.e., s.103.

⁹⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, 16. Baskı, s. 250.

5. Rızanın Bulunmaması Durumunda Tıbbi Müdahale Uygulanabilecek Haller

Bazı hallerde, bireyin rızasına bakılmaksızın tıbbi müdahale uygulanabilecektir. Bu gibi durumlarda bireyin üstün yararı ilkesi gözetilecek ve rızanın olduğu varsayılacaktır.⁹⁶

a. Varsayılan Rıza

Bireyin rızası olmadığı halde, kendisine tıbbi müdahale uygulanmasında objektif yarar ilkeleri gereği rızasının olduğu varsayılır. Böylelikle müdahale hukuka uygun olacaktır.⁹⁷

(1) Varsayılan Rızanın Koşulları

(a) Müdahalenin Rıza Gösterilebilir Nitelikte Olması

Varsayılan rıza için, bireyin rıza vermesi gereken bir müdahalenin olması gerekmektedir. Ayırt etme gücüne sahip hastanın, bilinci yerindeyken rıza vereceği durumlar dahilinde varsayılan rızadan bahsedilebilecektir. Öte yandan varsayılan rıza için, yaşama hakkının ihlal edilmemesi ve rızanın hukuka aykırı nitelikte olmaması gerekmektedir.

(b) Hastanın Konuya İlişkin Bir İrade Açıklamasının Bulunmaması

Biyotıp Sözleşmesi varsayılan rıza için, bireyin daha önceden açıklanmış gerçek ve açık bir irade beyanının olmaması gerektiğini düzenlemiştir⁹⁸. Bununla

⁹⁶ AYGÖRMEZ, Gülsün, Ayhan, “Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt 6, sayı 2, Aralık 2009, s.142.

⁹⁷AYDIN,a.g.e., s.107.

birlikte bireyin müdahale öncesinde rızasını açıkça esirgememiş olması da varsayılan rızanın hukuka uygunluğu noktasında önemli olacaktır. Bireyin rızası ya da rıza göstermediğine ilişkin beyanı müdahale esnasında tespit edilirse, müdahaleye devam edilemeyecektir. Buna varsayılan rızanın ikinciliği ilkesi denmektedir. Bu ilke doğrultusunda bireyin daha önceden yaptığı rıza açıklaması akabinde, koşullarda önemli bir değişiklik meydana gelmemiş ise açıklanan rıza hilafına müdahalede bulunmak varsayılan rızayı meydana getirmeyecektir ve yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır.⁹⁹

(c) Rızanın Gereken Sürede Alınmaması

Varsayılan rızadan bahsedebilmek için, müdahale öncesinde bireyden rıza alınabilmesi imkanının bulunmaması gerekmektedir. Cerrahi operasyon esnasında karşılaşılan yaşamsal tehlike durumunda, ameliyatın genişlemesi sonucu ortaya çıkabilecektir. Söz konusu halde, bilinci kapalı hastadan hayati tehlikesi sebebiyle rızanın alınamayacağından, varsayılan rıza ile hareket edilmesi mümkündür. Bu hususta önemli olan nokta, tıbbi müdahale için aydınlatılmış ve sonucunda rıza vermiş hastanın iradesi ışığında hareket etmek olacaktır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile daha önce verilmiş rıza veya açık beyanlara hekimin saygı göstermesi gerekmektedir.¹⁰⁰

(d) Gerçek İradeye Uygun Sonuca Ulaşmaya Çalışması

Hekim, tıbbi müdahale için hastanın rızasını varsayarken yanlış değerlendirme riski altında bulunduğu bilinci ile hareket edecektir. Hastanın hakları dahilinde söz

⁹⁸ Biyotıp Sözleşmesi madde 9: “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler gözönüne alınacaktır.”

⁹⁹ERMAN,a.g.e., s.150.

¹⁰⁰ ARPACI, a.g.e., s.11.

konusu riski en aza indirerek gerçek iradeye ulaşmaya çalışmalıdır. Ancak bu şekilde yapılan müdahale hukuka uygun hale gelebilecektir.¹⁰¹

(2) Varsayılan Rıza Türleri

(a) Acil Durumlarda

Acil durumlar için varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için müdahale öncesi bireyden uygun sürede rızanın alınmasının mümkün olmaması gerekmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği, hastanın bilincinin kapalı olduğu ve hayati risk yaşadığı acil durumlarda rıza aramamıştır. Tıbbi müdahalede bulunulmasının sonucu olarak organ kaybı yaşanacaksa tıbbi müdahaleyi rızaya bağlı tutmamıştır (m.24/7). Bunun yanında, organ kaybı yaşanmaması adına ameliyatın genişletilmesi zaruretinde de rızanın zorunlu olamayacağını düzenlemiştir.¹⁰² Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun bireyin görüş belirtebilecek durumda olmadığı ameliyatlarda rıza koşulunu aramamıştır. (m.70)

Varsayılan rızada önemli olan, rızanın alınması süresinin geleceğe dönük olarak hastayı zarara uğratması noktasında en üstün menfaati korumak olacaktır.

(b) Acil Olmayan Durumlarda

Bireyin rızasının alınmadığı acil olmayan hallerde yapılacak olan tıbbi müdahale, hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu durumlarda müdahale için bireyin ayırt etme gücünü tekrar kazanması veya kendisine kanuni temsilci atanması

¹⁰¹ YÜCEL, Özge, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, YÜCEL, Özge/GÜRKAN, Sert (Ed.), s.219.

¹⁰²Hasta Hakları Yönetmeliği madde 31: “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar.Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir.Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.”

beklenecektir. Hasta Hakları Yönetmeliği, tıbbi müdahale sırasında rızası alınamayan hastalar için önceki beyanlarının göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir (m.24/5). Fakat bu düzenlemede hastanın önceki beyanlarının nasıl ve ne ölçüde değerlendirilmesi gerektiğine açıklık getirilmemiştir.¹⁰³

6. Rızayı Sakatlayan Haller

Hastanın rızası, aydınlatılmış geçek irade ile mümkün olacaktır. Bu bakımdan hastanın iradesini sakatlayacak hata, hile, tehdit ve cebir altında alınan rıza, müdahalenin hukuka uygunluğunu ortadan kaldıracaktır. Bu hallerde, hekimin hastanın idrak durumuna göre aydınlatmayı basite indirgemesi veya hastanın sağlığı açısından bazı hususları kendisine söylememesi hile olarak nitelendirilmeyecektir. Öte yandan müdahale öncesinde aydınlatma sonrası hastanın geçersiz olan rızayı onaylaması durumunda geçerli bir rızadan söz edilebilecektir.¹⁰⁴

7. Rızanın Geri Alınması

Bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı sonucu, rıza her an geri alınabilecektir. Hasta Hakları Yönetmeliği 25'inci madde ışığında, eylemi eski hale getirmenin mümkün olmadığı durumlar hariç, hasta müdahale için rızasını her zaman geri alabilme imkanına sahiptir.¹⁰⁵

8. Rızanın Zorunlu Olmadığı Haller

Anayasa'nın 17'inci maddesi sonucu; rızası olmayan bireye yönelik yapılacak tıbbi müdahaleler, ancak tıbbi zorunluluk ve kanunda belirtilen haller ile uygulanabilecektir.

¹⁰³ YÜCEL, YÜCEL/GÜRKAN, (Ed.), s.220.

¹⁰⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, 16. Baskı, s.258.

¹⁰⁵ SCARAMUZZINO, Fabio Massimo, "İtalya'da Hekimlerin Sorumluluğu Ve "Consenso Informato" (Bilgilendirilmiş Rıza)", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt 6, sayı 2, 2009, s.137.

Biyotıp Sözleşmesi, Sözleşme’de yer alana hakların ancak kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için sınırlanabileceğini düzenlemiştir. Bu sınırlamaların ise kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan kriterler dahilinde uygulanabileceğini ifade etmiştir (m.26).

Rızanın zorunlu olmadığı haller, kamu sağlığının korunması, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler ve medeni hukuk yargılamasında hakim kararları olarak anlaşılmalıdır. Tezin üçüncü bölümü olan zorla tıbbi müdahale türleri arasında ceza hukuku ve medeni hukuk yargılamasına ilişkin detaylı bilgi verilmek üzere bu bölümde tez hazırlanırken yaşanan pandemiye yönelik kamu sağlığına ilişkin düzenlemeler ele alınacaktır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu İkinci Faslı, ülkemizin salgın hastalık konusundaki mücadelesine yönelik düzenlemelere sahiptir. Aynı Kanun’un 57’inci¹⁰⁶ maddesinde salgın hastalıklar işaret edilmiş ve bu hastalıkların ortaya çıkması halinde gerekli mercilere bildirilmeleri zorunlu kılınmıştır. Kanun’un 67’inci maddesi, salgın hastalıkla mücadelede hekimin hastayı muayene edebileceğini düzenlemiştir. Bununla birlikte Kanun 72’inci¹⁰⁷ maddesinde, hastaya yönelik uygulanabilecek müdahaleler ve hastanın tecritine yönelik önlemlere yer

¹⁰⁶ UHK madde 57: “Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması has talıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak’ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir.”

¹⁰⁷ UHK madde 72: “57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: 1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşri tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz’ı. 2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki. 3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri. 4 - Hastalık neşreden haşarat ve 5 - Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri. 6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men’i. 7 - Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi”

verilmiştir. Kanun 64'üncü maddesi ile salgın hastalık halinde Sağlık Bakanlığı'nın belirtilen tedbirleri alması gerektiğini de ifade etmiştir.

COVID-19, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 57'inci maddesinde işaret edilmiş olan salgın bir hastalık değildir. Hastalığın zorla tedavisi konusunda Anayasa'nın 17'inci maddesi hükmü uygulanacaktır. Bu bakımından COVID-19 için, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 282'inci¹⁰⁸ maddesi ve TCK 195'inci¹⁰⁹ maddesi sonucu bireylerin karantina altına alınabilmesi söz konusu olabilmektedir.¹¹⁰

9. Tıp Biliminin Gereklerine Uygunluk Ve Zorunlu Tıbbi Müdahale

Zorunlu olan tıbbi müdahale bakımından önem arz eden husus, tıp biliminin gereklerine uygun olarak özenli yapılması gerekmektedir.

10. Endikasyon (Zorunluluk)

Kanunen, bireye uygulanan tıbbi müdahaleler temelde zorunluluk ilkesine dayanmalıdır. Tıp dilinde bu zorunluluk hali *endikasyon* olarak nitelendirilmektedir. Hekim, ancak haklı bir neden ve hukuka uygunluk koşulları altında zorunluluk sebepleri ile bireye müdahalede bulunabilecektir. Anayasa, tıbbi zorunluluk halleri dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağını hüküm altına almıştır (m.17/2). Hasta Hakları Yönetmeliği, bireye ancak teşhis, tedavi veya korunma amacı ile müdahale edilebileceğini belirtmiştir.(m. 12).¹¹¹ Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu (TCK), tıbbi zorunluluk ile endikasyonu göz önüne almıştır (m.99/2).¹¹²

¹⁰⁸ UHK madde 282: “Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, ikiyüzelli Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir”

¹⁰⁹ TCK madde 195: “Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

¹¹⁰ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 21. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.203.

¹¹¹ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 12:“Teşhis, tedavi veya korunma maksadını 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.”

¹¹²TCK madde 99/2: “Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulundan olan rızanın yine hukuk normlarına ve ahlaka uygun olması gerekmektedir.¹¹³ TMK, kimsenin özgürlük ve ehliyetinden vazgeçemeyeceğini ve bireyin kendisine ait biyolojik madde verme rızasında, bu edimi yerine getirme borcu altına girmeyeceğini düzenlemiştir (m.23/3)¹¹⁴. Öte yandan maddede, bireylerin rıza özgürlüklerinin hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerektiği de vurgulanmıştır. Buna göre, gereksiz acı çekmek veya faydası olmayarak yaşamını etkileyecek tıbbi müdahaleler açısından rızanın ahlaka uygun olmayacağı sonucu doğabilecektir. Hasta Hakları Yönetmeliği, TMK düzenlemesi doğrultusunda, aktif ötanazinn talep edilemeyeceğini düzenlemiştir (m.13)¹¹⁵

11. Tıp Biliminin Gereklerine Uygunluk

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, müdahalede bulunan sağlık görevlisinin eyleminin tıp bilimi ve uygulamasının gerektirdiği şekilde özenli olması gerekmektedir.¹¹⁶ Müdahale için, gelişen tıbbi teknolojiden verimli şekilde faydalanmak ve tıp biliminin eriştiği düzeyde, tıp etiğine göre hareket etmek önemli olacaktır. Biyotıp Sözleşmesi *Mesleki Standartlar* başlığının 4'üncü maddesinde, “*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir*” düzenlemesine sahiptir. Sözleşme, *standart* kavramı ile önceden denenmiş metotların bilgi ve teknoloji ile kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, bilimsel araştırma ve tanı ile tedavi için denenmemiş yeni yöntemler deney adı altında uygulanabilmektedir.

cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adlîpara cezasına hükmolunur.”

¹¹³ HAKERİ, Tıp Hukuku, 16. Baskı, s.205.

¹¹⁴ TMK madde 23: “... *Ancak biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.*”

¹¹⁵ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 13: “*Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya birbaşkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.*”

¹¹⁶ ÖZPINAR, Berna, “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları”, Ankara Barosu yayınları, Ankara, 2007, s.46,47.

Mevzuatımızda TCK, insan üzerinde deney yapma suçu ve bu suçun hukuka uygunluk hususlarını düzenlemiştir (m.90). Maddeye göre, bilimsel araştırma için yapılan deney için yetkili makamlardan izin alınması ve deneye katılacak bireyin yazılı rızası aranmıştır. Bu hukuka uygunluk koşulları yanında, kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması gerektiği de ifade edilmiştir. Çocuklar ve akıl hastalarının deneye katılabilmesi hususu Biyotıp Sözleşmesi ile sınırlandırılmıştır. Sözleşmeye göre deney, ancak ilgilinin sağlığına gerçekten ve doğrudan fayda sağlayacak ise yapılabilecektir¹¹⁷. TCK ise, salt bilimsel çalışmalar için sadece çocuklar üzerinde deney yapılması gerektiği durumunda gerekli izinler ile deneylerin yapılabileceğini düzenlemiştir (m.90/5). Hasta Hakları Yönetmeliği, hiçbir koşulda çocuklar üzerinde salt bilimsel amaçlı deneyin yapılamayacağını belirtmiştir (m.35). Bu noktada, temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmelerin üstünlüğü ilkesi gereği, Biyotıp Sözleşmesi hükmü üstün nitelikte olarak değerlendirilebilecektir.¹¹⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği, bilinen tıbbi müdahalelerin ve standart uygulamaların tedavi için sonuç vermeyeceğinin anlaşılması durumunda, deneyin yararlı olacağı öngörülüyor ise hastanın yazılı rızası üzerine uzman hekim tarafından hastane ortamında deneyin gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir.¹¹⁹ Öte yandan, bireyin onuru ve kişiliği bakımından Hasta Hakları Yönetmeliği, deneye katılacak gönüllünün kişiliğinin korunmasını, deneyden beklenen toplumsal yararın üzerinde görmüştür (m.32)

¹¹⁷ Biyotıp Sözleşmesi madde 7: “Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakatı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir.”

¹¹⁸ YÜCEL, YÜCEL/GÜRKAN, (Ed), s.230.

¹¹⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 27: “Klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde kafi 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 olacağı ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır. Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağı mutlak olarak öngörülmesi halinde uygulanabilir. Altıncı Bölüm’de yer alan hükümler saklıdır.”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZORLA TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ

I. GENEL OLARAK

Ulusal ve uluslararası düzenlemeler, bazı hallerde üstün yarar ilkesine hususunda bireylerin rızasına bakılmadan tıbbi müdahalede bulunulabileceğini ifade etmektedir. Rıza olmadan yapılan tıbbi müdahaleler için İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yapılan başvurularda Mahkeme, hakların ancak makul olma, ölçülülük ve belirlilik ilkeleri¹²⁰ ile kısıtlanması gerektiğini vurgulamıştır. Öte yandan Anayasa, 13'üncü maddesi ile "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" hükmüne sahiptir.

Tıbbi müdahalenin zorla tıbbi müdahale niteliğinde olmamasına yönelik devletler, hukuksal aykırılığı engelleyebilmek adına kamu düzeninin ve güvenliğinin korunması ile kamu sağlığının korunması hususlarını temel almaktadır. Bu hususlar ise hakkın özüne dokunma yasağı ve hakkın sınırlandırılmasının sınırları boyutunda irdelenmelidir.

Tez konusunda incelenecek olan zorla tıbbi müdahale türleri, kanundan doğan zorla tıbbi müdahaleler ile kanundan doğmayan fakat özü itibari ile zorla tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilebilecek diğer uygulamalar başlığında ele alınacaktır.

¹²⁰ GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Teorisinin Genel Teorisine Giriş*, 1. Cilt, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, 2012, s.435.

II. KANUNDAN DOĞAN ZORLA TIBBİ MÜDAHELE TÜRLEİ

A. Bulaşıcı Hastalıklar

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının temel şartlarından biri olan rıza, bulaşıcı hastalıklar hallerinde kamu sağığı bakımından zorunlu görülmemiştir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda, devletin, bireyleri bulaşıcı hastalıklardan koruma kamu görevi olduğı belirtilmiştir (m.1). Kanun 57'inci maddesi'nde bulaşıcı hastalıklar sayılmış ve söz konusu hastalıkların bildirilmesi zorunlu kılınmıştır. Kanun'un 64'üncü maddesinde sayılan hastalıklar ile başkaca tespit edilen bulaşıcı hastalıklar için Sağlık Bakanlığı'nın tedbir alması gerektiğı hüküm altına alınmıştır. Tez yazım aşamasında ortaya çıkan Covid-19 pandemisi açısından ise yine söz konusu madde üzerinden tedbirlere başvurulabilecektir. Kanun 67'inci maddesi ile bulaşıcı hastalıklara yakalanan bireylerin ve gerektiğinde hasta ile aynı evde yaşayan kimselerin, hekim tarafından muayene edilebileceğı ifade etmiştir. Söz konusu maddeye aykırılıkta, ilgili kişilerin cezalandıracağı da belirtilmiştir. Kanun'un 72'inci maddesi ise; bulaşıcı hastalık halinde bireylerin tecrit edilebileceğı, tedavi edilebileceğı ve bireyelere yönelik serum veya aşı uygulanabileceğı hüküm altına alınmıştır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 77'inci maddesi'nde, kuduz hastalığına ilişkin olarak bireylerin, kuduz tedavi merkezlerine başvurması gerektiğı belirtilmiştir. 88'inci madde ise bütün bireylerin çiçek aşısı yapması gerektiğı ifade edilmiştir.

Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadale Tüzüğü 252inci maddesi: "*Bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, haftada iki defa,23 üncü maddede yazılı kadınlarda, on günde bir defa kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar*" hükmüne sahiptir. Aynı Tüzük 32'inci maddesi ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 129'uncu maddesinde belirtilen hastalıklara yakalanan bireylerin tedavi edilmesi zorunluluğunu hüküm altına almıştır.

Bulaşıcı hastalıklar hakkında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 23'üncü maddesi, il merkezlerinde hıfzıssıfı meclislerinin toplanarak tedbir alabileceği ifade edilmiştir. Söz konusu tedbirler açısından karantina kararı alınabilecektir.¹²¹

B. Zorunlu Aşı

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği¹²² “Aşı” yı, “*immünolojik ürün*” olarak tanımlamıştır (m.4/f). “İmmünolojik” kavramı ise TDK’da: “*bağışıklık bilimsel*” şeklinde açıklanmıştır.¹²³

Kamu düzeni açısından kişi ve toplum bağışıklığını sağlamak amacıyla uygulanan zorunlu aşı, kanunlar nezdinde devlet tarafından üstlenilmektedir.

Genişletilmiş Bağışıklama Programı¹²⁴ ile daha önceden ölüme sebebiyet vermiş salgın hastalıklara yönelik çocukların aşılmasını amaçlamıştır.

Ülkemizde, 1930’larda çiçek aşısı ile başlayan uygulama, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) programı sonucu “Aşı Kampanyası” ile 1985’ten itibaren hızlanmıştır.¹²⁵

1. Aşı Uygulamasının Hukuki Dayanakları

a. Uluslararası Dayanak

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bireyin rızası hususunda değerlendirilmeyen zorunlu aşılamayı, zorla tıbbi müdahaleler kapsamında görerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin “*Aile ve Özel Hayata Saygı*” başlıklı 8’inci maddesi ışığında değerlendirmektedir.

¹²¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, 21. Baskı, s.203.

¹²² 19.01.2005’te 25705 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹²³ TDK, <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi: 07.10.2019)

¹²⁴ Dünya Sağlık Örgütü tarafından 1974’te yayımlanmıştır.

¹²⁵ ÖZMERT, Elif, “Dünya’da ve Türkiye’de Aşılama Takvimindeki Gelişmeler”, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, sayı 51, 2008, s.168.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12'inci maddesi: “*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanır. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla, çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması*” hususunu düzenleyerek, taraf devletlere sorumluluk yüklemiştir.

Ülkemizin de taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartı¹²⁶, sağlığın bozulmasına yol açan etkenlerin ortadan kaldırılması ve salgın hastalıklar için önlemlerin alınması konusunda taraf devletlerin yükümlü olduğunu ifade etmiştir (m.11).

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ise, taraf devletlerin çocukların yaşama hakkının korunması ve çocukların hayatta kalması ve gelişmesi için çaba göstermesi gerektiğini belirtmiştir (m.6).

Uluslararası Sağlık Tüzüğü¹²⁷, 2005'teki revizesi sonrası, sarıhumma hastalığının salgın olduğu bölgelerden ayrılan veya söz konusu bölgelerde çalışan kişiler için zorunlu aşılama yapılması gerektiğini vurgulamıştır.

Her ne kadar Biyotıp Sözleşmesi, bireylere uygulanacak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu konusunda aydınlatma ve rızayı aramış olsa da; zorunlu aşılama, Sözleşme'nin “*Hakların Kullanılmasının Kısıtlanması*” başlıklı 26'ncı maddesi kapsamında değerlendirmiştir.

b. Ulusal Dayanak

Zorunlu aşının kamu sağlığına dayanması sebebiyle mevzuatımızda birçok düzenleme bulunmaktadır.¹²⁸

Kanun, çocuk ölümlerinin azaltılması ve salgın hastalıkların engellenmesinin Sağlık Bakanlığı'nın görevi olduğunu ifade etmiştir. Öte yandan aynı Kanun'da, çiçek aşısının zorunlu olduğu da vurgulanmıştır. Fakat belirtmek gerekir ki, DSÖ'ye

¹²⁶ Avrupa Konseyi tarafından 03/05/1996'da imzaya açılmıştır. TBMM 06/10/2004'te imzalamıştır. 03/10/2006'da 26308 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹²⁷ Dünya Sağlık Örgütü tarafından 2005'te kabul edilmiştir.

¹²⁸ KASAPOĞLU TURHAN, Mine, “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulanması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 9, sayı 1, Haziran 2019, s.7.

göre, 1972'den beridir dünyada çiçek hastalığı görünmemektedir. Bu sebeple ülkemizde 1980'den itibaren çiçek aşısı uygulamasına son verilmiştir. Çocuk Koruma Kanunu¹²⁹ mağdur çocukların ruhsal ve fiziksel bütünlüklerinin korunması amacıyla yönelik tedavilerinin yapılmasını ve gerekli tedbirlerin alınmasını düzenlemiştir (m.5). Söz konusu düzenleme, yasal temsilcilerin aşuya izin vermemesi halleri için uygulanabilecekse de Anayasa Mahkemesi, çocukların yasal temsilcinin velisi olması durumlarında rızanın bulunması gerektiğine ilişkin hüküm kurmuştur.¹³⁰ Hükme ilişkin bireysel başvuru konusu, yerel mahkemenin bebeklik aşıları yapılmayan çocuğu, Çocuk Koruma Kanunu ve Genişletilmiş Bağışıklık Programı kapsamında "korunmaya muhtaç çocuk" olarak değerlendirerek, sağlık tedbirinin uygulamasına yönelik karar vermesidir. Mahkeme, söz konusu başvuruyu, Anayasa'nın, "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" kenar başlıklı 17. Maddesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" kenar başlıklı 8. Maddesi bakımından değerlendirmiştir. Mahkeme, özellikle Sözleşme'nin 8.'inci maddesi kapsamında özel hayatı, "*Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olup özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkıdır. Bu hak kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak özel hayata etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da özel hayata saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar, özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Bu bağlamda kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin hukuksal çıkarı da özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınmaktadır*"¹³¹ şeklinde geniş anlamda ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, hastanın tedaviyi ret hakkı ve rıza olmadan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olacağı görüşüne dayanarak, çocuk için rıza verilmesine

¹²⁹15/7/2005'de 25876 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹³⁰ Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun 11/11/2015 tarihli 2013/1789 başvuru numaralı kararı.

¹³¹ Anayasa Mahkemesi, 2013/1789 Başvuru numaralı, 11.11.2015 tarihli Kararı.

velinin yetkili olduğunu belirtmiştir. Öte yandan karar ile bebeklik dönemi aşılmasının uygulanmasına muvafakat edilmeyen çocuk hakkında, zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasının, çocuğun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğu ifade edilmiştir. Hükmün gerekçesinde, Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” kuralı benimsenmiştir.

C. Şüpheli Ve Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Biyolojik Örnek Alınması

Ceza muhakemesinde gerçeğe ulaşmak maksadı dahilinde kim zaman rıza zorunlu değildir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, rıza olmadan bireyler üzerinde yapılacak beden muayenesi için iç hukukta düzenlemenin bulunması gerektiğini ifade ederek, bu düzenlemenin hakların sınırlandırılması noktasında evrensel ölçütlere uygun olmasını belirtmiştir. Bununla birlikte, bireye uygulanacak zorla tıbbi müdahale için şüpheli ve sanığın, insan onuru ve sağlık hakkının gözetilmesi gerektiğini de vurgulamıştır.¹³²

Anayasa, kişilerin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller dışında dokunulmayacağını hüküm altına almıştır. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik (Beden Muayenesi Yönetmeliği),¹³³ “ Bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delillerin elde edilmesi; ayrıca, maddî gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerin beden muayenelerinin yapılması, tıbbî incelemelerde bulunmak üzere vücuttan, kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması, moleküler genetik incelemeler ile şüpheli ve sanığın kimliğinin tespiti için gerekli fizikî özelliklerin tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (m.1) Söz konusu Yönetmelik Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 82 nci maddesine dayanılarak hazırlanmıştır. Beden muayenesi hususunda

¹³²BEYAZIT, Özgür, “Genital Muayene Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 5, sayı 13, Ağustos 2010, s.152.

¹³³ 01/08/2005'te 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Yönetmelik, müdahale ve muayene noktasında bir ayrıma gitmemiş ancak, iç ve dış beden olmak üzere muayeneyi sınıflandırmıştır.

1. Dış Beden Muayenesi

Beden Muayenesi Yönetmeliği'ne göre dış beden muayenesi, vücudun dış yüzeyinin elle veya gözle yüzeysel tıbbi incelemesidir (m.3). Bu ifade sonucu, girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de dış muayene içinde olacaktır.¹³⁴ Dış beden muayenesine yalnızca Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde yer verilmiştir, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bu konuda düzenleme yapılmamıştır.

2. İç Beden Muayenesi

İç Beden muayenesi, Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde, kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokuların incelemesi olarak ifade edilmiştir (m.3). Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre cinsel organlara yapılan müdahaleler, iç beden muayenesi olarak değerlendirilecektir (m.75/4).

3. Vücuttan Örnek Alınması

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin de ifade ettiği üzere, delil elde etme amacıyla vücuttan biyolojik madde alınabilmektedir (m.6). Alınan örnekler, delil elde etme amacı yanında, daha önceki suçlar açısından delil karşılaştırma niteliğini de haiz olabileceklerdir. Örnek alınması müdahalesinde, şüpheli veya sanığın sağlığına zarar vermeme amaçlanmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, zorla yapılacak tıbbi müdahale için makul, orantılı ve ölçülü olma kriterlerini öngörmektedir. Buna göre, zorla yapılacak tıbbi müdahale için, ceza üst sınırının belirli olması, alternatif delil etme imkanının bulunmaması ve bireyin sağlığına kalıcı zarar verilmemesi gerekmektedir. *Jalloh /*

¹³⁴NUHOĞLU, Ayşe, “Beden Muayenesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 3, sayı 2, Aralık 2006, s.327.

*Almanya*¹³⁵ davasında Mahkeme, uyuşturucu ticaretini ağızındaki küçük uyuşturucu poşetleri ile yapan başvuranın, polisten kaçarken bu poşetleri yutması üzerine delil elde etme amacı ile başvurana zorla emetik ilaç tatbik edilmesini, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte, rızası olmadan başvuranın fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne müdahalede bulunduğu ifade edilerek, başvuranın yuttuğu poşetleri çıkarma amacının tedavi niteliğinde olmadığını ve delillere başka yollarla da ulaşılabileceğini değerlendirmiştir. Mahkeme, müdahalenin uygulanma biçiminin başvuranda fiziksel acı ve ruhsal ıstırap yarattığını ifade ederek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinin¹³⁶ ihlal edildiğine karar vermiştir. *Bogumil/Portekiz*¹³⁷ olayında ise Mahkeme, üzerinde uyuşturucu ile yakalanan başvuranın aynı zamanda uyuşturucu yuttuğunu da beyan etmesi üzerine, cerrahi operasyon uygulanmasına yönelik yapılan tıbbi müdahale için başvuranın rızası konusunda belirginlik olmadığını, bununla birlikte operasyonun başvuranın hayati tehlikesi sonucu tıbbi zorunluluktan kaynaklandığını, operasyonun delil elde amacıyla yapılmadığını ve başvuranın başka deliller ile suçlu olduğunun tespit edildiğini ve başvuranın nitelikli sağlık bakımından yararlandığının tespit edildiğini ifade etmiştir. Mahkeme *Bogumil* kararında, Sözleşmenin 3'üncü maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

4. Beden Muayenesinin Arama Tedbirinden Farkı

Beden muayenesi ve arama tedbirlerinin amaçları birbirinden farklıdır.¹³⁸ Arama tedbirinde, saklanmış olan suça ilişkin delilin şüpheli üzerindeki araması yapılırken, beden muayenesinde bireylerin vücut boşlukları ve organlarının muayenesi ve biyolojik örnek alınması tıbbi müdahalesi sonucu delillere ulaşmaya

¹³⁵KARAKUL, Selman, "Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-1", Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı 3 (2), Güz 2016, s.184, Jalloh / Almanya (54810/00), 11 Temmuz 2006, s.184.

¹³⁶ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 3'üncü maddesi: "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

¹³⁷KARAKUL, "Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-1", Bogumil / Portekiz (35228/03), 7 Ekim 2008, s.184.

¹³⁸İPEKÇİOĞLU, AKSOY, Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vucüttan Örnek Alınması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, sayı 1, 2012, s.35.

çalışılmaktadır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği¹³⁹ açısından, arama tedbiri kararında yetkili mercii hakimdir. Fakat gecikmesi sakıncalı olan haller için Cumhuriyet Savcısının hatta kolluk amirinin de yetkili olduğu belirtilmiştir (m.7). Bununla birlikte iç beden muayenesi konusunda denetim daha sıkı düzenlenmiştir. Beden Muayenesi Yönetmeliği'nde iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında karar mercii hakim olduğu ancak yine gecikmesi sakıncalı hallerde sadece Cumhuriyet Savcısının karar yetkisinin olduğu ifade edilmiştir. Savcının kararının ise 24 saat içinde mahkeme veya hakim tarafından onaylanması gerektiği aksi halde, delillerin hukuksal olarak geçerli olamayacağını belirtilmiştir. (m.4).

5. Şüpheli Veya Sanığın Vücutundan Örnek Alınmasının Hukuksal Kapsamı

Beden Muayenesi Yönetmeliği'ne göre muayene yapılabilmesi için, suça ilişkin delil elde etme amacının bulunması gerekmektedir. Öte yandan bu suça ilişkin delillerin sanığın veya şüphelinin bedeninde bulunmasına yönelik kuvvetli şüphenin varlığı da aranmaktadır.

CMK, iç beden muayenesi ve biyolojik veri alınmasının, üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda tatbik edilemeyeceğini kabul etmiştir. (m.75/5). Kanun, bu madde hükmü ile kişisel olarak hassas olan veri alınması ve muayenenin sınırını yaptırım süresi yönünden belirtmiştir. Sınırın altındaki ceza yaptırımlarında alınan veriler hukuksal olarak delil niteliğine sahip olmayacaklardır ve bu veriler için imha işleminin uygulanması yoluna gidilecektir. Bununla birlikte, şüpheli veya sanığın rızası halinde iç beden muayenesi ve biyolojik örnek alınmasının hukuka uygun olduğu vurgulanmıştır. Öte yandan, isnat edilen suçun hukuksal niteliğinin kovuşturma sırasında değişmesi nedeniyle cezanın üst sınırının 2 yıllık sınırın altına inmesi durumunda, beden muayenesi ve örnek alınması suretiyle elde edilen delillerin artık kullanılmaması gerektiği de ifade edilmiştir.¹⁴⁰

¹³⁹01.06.2005'te 25832 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁴⁰ ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SIRMA, Özge, SAYGILARYasemin, ALAN, Esra, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.456.

Kanun, alkolle ilgili özel kanunlardaki hükümleri ise saklı tutmuştur (m.75/7). Karayolları Trafik Kanunu 48'inci maddesi, *“Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır. Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılır. Kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması hâlinde, ikinci fıkrada belirtilen muayeneye tabi tutulması zorunludur. Teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen bu sürücüler, en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır. Trafik kazası sonucunda kişinin ölmesi veya teknik cihaza üfleyemeyecek kadar yaralanmış olması hâlinde, üçüncü fıkra hükümlerine göre bu kişilerden kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır.”* hükmüne sahiptir. Maddeye göre, kamu güvenliği ve sağlığı açısından bireylerden rıza olmadan biyolojik örnek alınabilecektir.

Beden Muayenesi Yönetmeliği, tıbbi müdahalenin ancak hekim ve sağlık çalışanı tarafından uygulanabileceğini ve hekimin, hekimlik sanatına uygun olarak tıp bilimin kabul ettiği kurallar dahilinde tıbbi müdahaleyi yapabileceğini belirtmiştir (m.6). Bu madde ile delil elde etmek amacıyla uygun olarak tatbik edilen tıbbi müdahale için de hekimin etik ve meslek ilkelerine uygun davranması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁴¹

6. Diğer Kişilerin Beden Muayenesi Ve Vücutlarından Biyolojik Örnek Alınması

Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından biyolojik örnek alınması CMK'nın 76'ncı maddesi ile Beden Yönetmeliği'nin 7'inci ve 8'inci maddelerinde düzenlenmiştir. CMK'nın 76'ncı maddesinin metninde üçüncü kişi, *“mağdur”* ve *“soy bağının araştırılmasına gerek duyulan çocuk”* olarak belirtilmiştir.

¹⁴¹YILMAZ, Sabire, Sanem, “Ceza Hukuku Kapsamında Beden Muayenesinin Adli Tıp ve Kişisel Veriler Açısından Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 13, sayı 146, Ekim 2018, s.122.

Yönetmeliğin 7'inci ve 8'inci maddelerinde ise mağdur ve soy bağı araştırılacak çocuk dışında “*diğer kişiler*” ibareleri de muhafaza edilmiştir.¹⁴²

Kanun ve Yönetmeliğin şüpheli ve sanık için belirlediği suça yönelik delil etme amacı, bireyin sağlığının tehlikeye düşürülmemesi ve müdahalenin hekim veya sağlık çalışanı tarafından yapılması koşulları diğer kişiler bakımından da geçerli olacaktır. Şüpheli ve sanık için düzenlenmiş olmasına rağmen diğer kişilerden örnek alınabilmesi adına cerrahi müdahaleye izin verilmemiştir. Bununla birlikte, diğer kişilerin beden muayeneleri için şüpheli ve sanık için düzenlenen en az iki yıllık hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden uygulanabilme koşulu düzenlenmemiştir. Diğer kişiler için yapılacak olan müdahaleler herhangi bir sınır olmaksızın her suç için başvurulabilecek bir yöntem olarak görülmüştür. Beden muayenesi ve vücuttan biyolojik örnek alınabilmesi noktasında şüpheli ve sanık için uygulanan karar alma süreçleri ve mercileri, diğer kişiler için de geçerlidir.

7. Tanıklıktan Çekinme Hakkı

CMK'ya göre, diğer kişiler tanıklıktan çekinme sebepleriyle, yapılacak olan beden muayenesi ve örnek alma müdahalelerinden kaçınabileceklerdir (m.76). Bu hakka sahip olan kimselere yine CMK gereğince gerekli bildirim ve bilgilendirmenin müdahaleden önce yapılması gerekmektedir (m.43,48). CMK düzenlemesi, Anayasanın 38'inci maddesinde yer alan “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*” hükmünün de bir gereği niteliğindedir. Ayırt etme gücüne haiz olmayan akıl hastaları ve çocuklar hakkında çekinme kararını, şüpheli veya sanık olma durumları gözetilerek yasal temsilcileri verilebilecektir. Yasal temsilcinin ceza yargılamasında bu kişilerin karşısında olması durumunda ise konu hakkındaki kararı hakim verecektir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme¹⁴³ görüş oluşturma yeteneği sonucu kendilerine ait konularla ilgili çocukların görüşlerinin gözetilmesi gerektiğini

¹⁴²DURSUN, Gizem, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin Aihm Kararlarının İncelenmesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, cilt 19, Özel Sayı-2017, s.2975.

¹⁴³Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20/11/1989'da kabul edilmiştir. TBMM 14/09/1990'da kabul etmiştir. 11/12/1994'te 22138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

bildirmiş ve adli ile idari kovuşturmalarda çocuğu ilgilendiren hallerde çocuğun dinlenmesi gerektiğine işaret etmiştir (m.12). CMK, aynı doğrultuda çocuğun görüşünün alınması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁴⁴

D. Genital Muayene

Genital muayene, bireylerin sağlık, cinsel hayat ve biyometrik ve genetik olan hassas verilerine yönelik yapılan tıbbi müdahaledir. Genital Muayene, bireyin özel hayatına müdahale teşkil edeceğinden ayrıntılı olarak düzenlenmiş bir koruma tedbiri niteliğindedir.¹⁴⁵ Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları, cinsel ilişki muayeneleri için savcılık ve mahkeme kararını aramıştır. Öte yandan, bu Kurallara göre, muayene öncesinde bireyin veya yasal temsilcilerinin aydınlatılmış onamı bulunmalıdır. (m.39). TCK, yetkili hakim ve savcı kararı olmadan genital muayene yapan ve kişiyi muayeneye gönderen kişinin cezalandırılacağını öngörmüştür.¹⁴⁶ Bu suç, “*adliye karşı suçlar*” başlığı altında yer almıştır. Korunan hukuki yarar ise ceza yargısının her türlü ihlal ve kötü kullanımının önüne geçilerek uygulanmasını sağlamak niteliğindedir.¹⁴⁷ TCK, bulaşıcı hastalıklara yönelik kamu sağlığını koruma amacıyla kanunlara uygun yapılan muayeneyi ise ayırık tutmuştur.

Beden Muayenesi Yönetmeliği’nde, ilgili kişi genital muayeneye rıza göstermese dahi hakim ya da savcının gerekli önlemleri alacağı hükmü yer

¹⁴⁴ CMK madde 76/4: “*Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.*”

¹⁴⁵KIZILARSLAN, Hakan, Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma, Yazarın Kendi Yayını, Ankara 2007, s.170.

¹⁴⁶ TCK madde 287: “*Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve yönetmeliklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.*”

¹⁴⁷DÜLGER, İbrahim, “Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu “Tıp Hukukunun Güncel Sorunları”, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.1261.

almaktadır. Bu durumda muayeneye rıza göstermeyen kişilerin zorlanacağı anlaşılmaktadır.¹⁴⁸

Genital Muayenenin kanunda belirtilen koşulları sağlamaması durumunda failler, *gönderme* ve *eylemi yapanlar* olarak ikiye ayrılmaktadır. Eylemi gerçekleştiren, sağlık çalışanı olacaktır. Bununla birlikte, diğer fail ise yetkili kurumların izni olmadan bireyi genital muayeneye götüren ya da gönderen kimselerdir. Mağdurun, yetkili kurumların izni olmadan sadece rızası sonucu yapılan genital muayenesinde sağlık çalışanı cezalandırılmayacakken; şüpheli veya sanığın izin olmadan zorla tıbbi müdahaleye maruz kalması durumunda rıza salt geçerlilik koşulu olarak değerlendirilmeyecektir. Bu noktada, uluslararası metinler bakımından, rızaya ilişkin mağdurun, yaş ve idrak durumu değerlendirilerek yasal temsilcisinin yanında dinlenilmesi göz önünde tutulacaktır.¹⁴⁹

Genital muayenenin, kamu yararı kapsamında zorunlu olduğu durumlar sonucu, Evlenme Muayenesi Hakkında Tüzük'e ve Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'ne dayanılarak yapılan tıbbi müdahaleler hukuka uygun olacaktır. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu tür müdahalelerin zorla yapılması durumu ve müdahalenin yapıldığı ortam bakımından hak ihlallerini incelemiştir. Mahkeme, *Salmanoğlu ve Polattaş/ Türkiye*¹⁵⁰ kararında, şüpheli olan iki kadının rızaları olmadan ve hukuksal anlamda bir zorunluluk da bulunmamasına rağmen bekaret kontrolüne tabi tutulmasını, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde belirtilen "*hiç kimsenin işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı muameleye tabi tutulamayacağı*" ilkesine aykırılık yarattığına karar vermiştir. Diğer yandan Mahkeme *Filiz Uyan / Türkiye*¹⁵¹ davasında ise, terör suçundan hükümlü başvurana yönelik, hastane ortamında, elleri kelepçeli şekilde erkek ve kadın kolluk görevlileri nezaretinde ultrason muayenesi yapılmasını, alternatif yöntemler uygulanabileceği gerekçesiyle orantısız güvenlik önlemleri olarak nitelendirmiştir.

¹⁴⁸SERT, Gürkan, Vakalarla Türkiye'de Üreme Hakları Etik ve Yasal Değerlendirmeler, İstanbul, Seçkin, 2012, s.77.

¹⁴⁹ KALAYCI, ÖLÇÜM, a.g.e., s.80.

¹⁵⁰KARAKUL, "Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-1", Salmanoğlu ve Polattaş/ Türkiye (15828/03) 17 Mart 2009, s.185.

¹⁵¹KARAKUL, "Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-1", Filiz Uyan/ Türkiye (7496/03) 8 Ocak 2009, s.185.

E. Açlık Grevi ve Zorla Besleme

1. Genel Olarak

Açlık grevi, TDK'da: “*Kendisi veya başkaları için yapılan bir haksızlığı protesto için bir kimsenin aç durarak gösterdiği tepki*”¹⁵² olarak tanımlanmıştır.

Öğretide, etik ilkeler açısından, açlık grevlerinde otoritenin uygulamış olduğu tıbbi müdahaleler ve grevi yapan hasta ile hekim arasındaki hukuki durum konuları, tartışılmıştır.¹⁵³

Açlık grevi ve ölüm orucu, tarih boyunca kendini gösteren bir eylem biçimi olarak görünmektedir. Taleplerin ve hakların aranması noktasında bir yöntem ve protesto¹⁵⁴ olarak kullanılan eylem, tıp ve tıp etiğinin irdelediği önemli bir konu niteliğindedir. Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi¹⁵⁵ açlık grevini yapan bireyi, “*Açlık grevcisi zihinsel olarak ehliyetli, açlık grevine kendi iradesiyle karar vermiş, bu nedenle belirli bir zaman için yiyecek ve/veya sıvı almayı reddeden kişidir*” şeklinde tanımlanmıştır. Tıbbi açıdan, *bireyin uzun süreler boyunca vücuduna gıda almaması* olarak değerlendirilebilen açlık grevi için öğretide farklı tanımlar bulunmaktadır. Bireyin, beslenmeyi tamamen kestiği açlık grevinin son zamanları, *ölüm orucu* olarak nitelendirilmektedir. Öte yandan başından beridir, su ve gıda alınmadan ölüm amacıyla yapılan açlık grevleri ise, *ölüm hedefli açlık grevleri* olarak açıklanmaktadır.¹⁵⁶ Bütün olarak bakıldığında açlık grevi, intihar olarak değerlendirilmemiş, bir protesto çeşidi olarak kabul görmüştür.

Açlık grevinin uzantısı olan *zorla besleme* için genel ve kabul görmüş herhangi bir tanım mevcut değildir. Zorla besleme, bireyin iradesi dışında yine vücudun

¹⁵² TDK, <https://sozluk.gov.tr/>, (Son Erişim Tarihi: 10.11.2019)

¹⁵³ SEVİNÇ, Murat, “ Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, cilt 57, sayı 1, 2002, s.114.

¹⁵⁴FEYZİOĞLU, Metin, “Açlık Grevi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 43, sayı 1, Ocak 1993, s.158.

¹⁵⁵Dünya Tabipler Birliği tarafından 1991’de yayımlanmıştır.

¹⁵⁶ÇELİK, Can, “İnsan Hakları Boyutuyla Zorla Besleme”, Fasikül Hukuk Dergisi, cilt 6, sayı 53, Nisan 2014, s.41.

işlevine devam edebilmesi için dışarıdan verilen gerekli besinler nitelendirilmiştir.¹⁵⁷ Zorla beslemenin herkes tarafından uygulanabilmesi sonucu karşısında, konumuz açısından zorla besleme, tıbbi müdahaleyi uygulayacak kimseler kapsamında değerlendirilecektir.

2. Tarihsel Süreçte Açlık Grevleri ve Zorla Besleme

Açlık grevi, Çarlık Rusya döneminde baskıya karşı siyasi hükümlüler ve sürgündeki bireylerin açlık grevlerine başlaması ile kendini göstermiştir. 18. Yüzyılda açlık grevi yapan kadınlar üzerinde ise ilk kez zorla beslemenin yapıldığı bilinmektedir. İngiltere’de kadınların oy hakkı kazanmak amacı ile başlatmış oldukları açlık grevleri ise dünya çapında dikkat çekmiştir. Açlık grevinin başarılı olabileceği düşüncesi, İngiltere’de Avam Kamarası duvarına Haklar Bildirgesi yapıştıran birinin siyasi suçlu olarak nitelendirilip ceza evine konulması akabinde başlattığı açlık grevinin 91. gününde serbest bırakılması sonucunda oluşmuştur. Bununla birlikte, 1970’li yıllarda, İngiltere’de cezaevlerinde koşulların düzeltilmesi için açlık grevleri ölüm orucu şeklini almış ve birçok mahkum hayatını kaybetmiştir.¹⁵⁸

Ülkemizde ise, Nazım Hikmet ve Celal Bayar tarafından ilk bireysel açlık grevleri yapılmıştır. Öte yandan, hem mahkumların hem de mahkum yakınlarının ceza evlerinin koşulları ile ilgili sürdürmüş oldukları birçok açlık grevi bulunmaktadır. Cezaevlerinde yapılanlar dışında, TEKEL işçilerinin yaptığı büyük ölçekli açlık grevleri de mevcuttur.¹⁵⁹

3. Açlık Grevi ve Zorla Besleme İçin Mevzuattaki Düzenlemeler

Mevzuatımızda açık ve dolaylı şekilde açlık grevi ve zorla besleme bakımından düzenlemeler bulunmaktadır.

¹⁵⁷ TAŞKIN, Ahmet, “ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslemenin Reddi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 62, 2006, s.233.

¹⁵⁸ TOKEL, Metin, Ceza İnfaz Kurumlarında Açlık Grevleri, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2016, s.34.

¹⁵⁹SEVİNÇ, a.g.e.,s.124.

Anayasa: Bireylerin yaşama hakkını ve vücut bütünlüğünü koruma yönünden hükümler yer almaktadır. Bununla birlikte birey, aile ve toplum hayatı içerisinde değerlendirilmiştir. Yaşama hakkı sonucu bireyin ölüm hakkı ve bu hakkın korunması konusunda Anayasa’da herhangi bir ifade bulunmamaktadır.¹⁶⁰

İdare Hukuku: İdare, cezaevlerinde bulunanların vücut tamlığı ve sağlığı bakımından sorumlu görülmüştür.¹⁶¹ Dolayısıyla, cezaevlerinde yapılan açlık grevleri sebebiyle idarenin sorumlu olduğu sonucuna gidilebilecektir.

Ceza Hukuku: Bireyin kendini aç bırakması durumunu herhangi bir yaptırıma bağlamamıştır. Fakat açlık grevi yapanların, kötüleşen sağlık durumu ile ilgili hekimlere ödevler yüklemiştir.¹⁶² Bu bağlamda açlık grevi yapanlara yönelik, sağlık durumları sebep gösterilerek acil haller ve meşru müdafaa hükümleri gereğince hukuka uygun şekilde müdahale edilebilecektir. TCK, intiharı ve intihara teşebbüsü eylemi gerçekleştiren birey açısından suç olarak görmemiş fakat intihara yardımı diğer kişiler bakımından yaptırım öngörmüştür. Yine TCK, kamu görevlilerinin bireye karşı insan onuru ile bağdaşmayan eylemleri neticesinde işkence yasağı ihlaline dayanılarak (m.94) ve yine bireyin eziyet çekmesi sonucuna ulaşacak davranışlarda bulunan kimselere ceza verileceğini düzenlemiştir (m.96). Bunun yanında TCK, rıza alınmadan yapılacak müdahaleler açısından, zaruret halini, meşru savunma hususunu (m.25) ve kanun hükmünü (m.24) şart koşmuştur. TCK 298/2’inci maddesi ise “*Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutukluların haberleşmelerini, ziyaretçileriyle görüşmelerini, iyileştirme ve eğitim programları çerçevesinde eğitim ve spor, meslek kazandırma ve işyurdu çalışmaları ile diğer sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmalarını, kurum tabibince muayene ve tedavi edilmelerini, müdafî veya avukat tayin etmelerini, bunlarla görüşmelerini, mahkemelere veya Cumhuriyet başsavcılıklarına gitmelerini, kurum görevlileri ile görüşmelerini, salıverilenlerin kurum dışına çıkmalarını her ne suretle olursa olsun engelleyenler, hükümlü ve tutukluları bu fiillere teşvik edenler, bu yolda talimat*

¹⁶⁰ TAŞKIN, Ahmet, Türkiye’de ve Dünyada Açlık Grevleri, Yazarın Kendi Yayını, 2015, s.335.

¹⁶¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, “Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlü ve Tutuklulara Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında İnceleme Raporu”, 24. Dönem, 5. Yasama Yılı, 2015, s.1.

¹⁶² CENGİZ, Serkan, “Mahpusların Açlık Grevi Ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 23, sayı 88, Mayıs 2010, s.436.

verenler, mevzuatın hükümlü ve tutuklulara tanıdığı sair her türlü görüşme ve temas olanağını engelleyenler” hakkında yaptırım hükmüne sahiptir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’u (CGTİHK), kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddeden hükümlüler için cezaevi hekiminin hükümlüyü bu konuda bilgilendirmesi gerektiğini, hükümlü için psiko-sosyal bakımdan çalışmalar yapılacağını, en nihayetinde, kurum hekiminin belirlediği şekilde ve yerde beslenme düzenine geçileceği düzenlenmiştir (m.82). Bu maddenin 2’inci fıkrasında ise, açlık grevi ve ölüm orucunda olan hükümlünün bilincinin kapanması halinde ve hayati tehlikesinin bulunması durumunda, sağlık ve hayati değerlerine zarar verilmeyecek şekilde teşhis ve tedaviye yönelik tıbbi müdahalelerde bulunulması gerektiği ifade edilmiştir. Düzenleme, hükümlünün rızasına bakılmaksızın müdahalelerin yapılacağını vurgulamıştır. CGTİHK 37’inci ve devamı maddelerde ise, disiplin ceza tedbirleri hususlarını belirlemiştir. Hükümlünün işbu maddeler altında yer alan açlık grevi yapması durumunda belirli etkinliklere katılamayacağı tedbiri düzenlemiştir.

Danıştay Görüşü: Hukuk alanında *Üçlü Protokol* olarak adlandırılan Protokol, ceza infaz kurumlarının yönetim ve dış koruması, hükümlü ve tutuklularının sevk ve nakilleri ile sağlık hizmetlerinin Adalet, İçişleri, Sağlık Bakanlığı’nın işbirliği ile düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak adına üç Bakanlık arasında imzalanmıştır. Bu Protokol’de belirtilen açlık grevi için uygulanan zorla tıbbi müdahalenin Hasta Hakları ve Dünya Tabipler Birliği Bildirgeleri bakımından iptalinin istenmesi sonrası Danıştay, yaşama hakkının önceliği ve bu hakkın korunmasına yönelik devletin sorumlu ve yükümlülüğü olduğunu belirterek iptal talebini reddetmiştir.¹⁶³

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Görüşü: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *Nevmerzhitsky/Ukrayna*¹⁶⁴ başvurusunda açlık grevini, Sözleşmenin 2’inci maddesi olan yaşama hakkı bakımından ve yine Sözleşme’nin 3’üncü maddesi olan işkence ve insanlık dışı müdahale boyutunda değerlendirmiştir. Zorla besleme tıbbi müdahalesinin, başlı başına değil, uygulanış şekli sebebiyle ihlal yarattığı sonucuna

¹⁶³ ATALAY, Ayşe, Özge, “İnfaz Kurumlarındaki Açlık Grevlerine Devlet Müdahalesi Sorunu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 8, sayı 109, Eylül 2013, s.72.

¹⁶⁴ KARAKUL, Selman, “Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-2”, s.184, *Nevmerzhitsky/Ukrayna*, 54825/00, 05/04/2005 tarihli karar (Av. Serkan Cengiz çevirisi)

varmıştır. Mahkeme aynı karar ile açlık grevinde zorla besleme uygulamasına belirli kıstaslar getirmiştir. Bu kıstaslar; besleme için raporlanmış tıbbi bir zorunluluğun bulunması, uygulamanın yasal makamlarca denetime tabii tutulması ve beslemenin insan onuru ile bağdaşmayacak nitelikte olmamasıdır.

4. Uluslararası Metinlerde Açlık Grevleri ve Zorla Besleme

Dünya Tabipler Birliği tarafından yaşanan tartışmalar ve ihtiyaç üzerine yayımlanmış olan Tokyo ve Malta Bildirilerinin, uygulama alanları farklılık arz etse de hastanın menfaatini ön planda tutmaları bakımından ortak amacı paylaşmaktadır.¹⁶⁵

*Tokyo Bildirgesi*¹⁶⁶ maddelerinde hekimin cezaevindekilerle olan ilişkisini etik çerçevelerle belirlememiş ve hekimin açlık grevinde olan kişilerin karar almasında yol gösterici olmasına değinilmiştir. Bildirge'nin açlık grevleriyle ilgili olarak 5'inci maddesinde, “*Bir hükümlü beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan beslemeyecektir. Hükümlünün böyle bir yargıya varma yeteneği ile ilgili karar, en azından bir başka bağımsız hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekir*” düzenlemesi mevcuttur.

*Malta Bildirgesi*¹⁶⁷, açlık grevi yapan bireylere karşı hekimlerin izlemesi gerektiği prosedürleri belirtmiştir. Buna göre, hekim aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, açlık grevi yapan kimseyi sonuçlar üzerinden bilgilendirecektir, açlık grevinin bitirilmesi için herhangi bir baskı yapılmayacaktır, hasta formu ile günlük takip yapılacak ve grev yapan kişinin bilinç kaybı durumunda daha önceden belirlediği direktifler dikkate alınacaktır.

¹⁶⁵BORAN, Bedia, “Açık Grevi/ Ölüm Orucu Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, Ankara Barosu Dergisi, cilt 65, sayı 3, Yaz 2007, 97.

¹⁶⁶Dünya Tabipler Birliği tarafından 1975’de yayımlanmıştır.

¹⁶⁷Dünya Tabipler Birliği tarafından 1992’de yayımlanmıştır.

5. Bildirgeler Doğrultusunda Hekimlerin Uyacağı Etik İlkeler

1. *Etik davranmak:* Hekimler Tedavi etmeseler bile, hastalara hekimlik etik kuralları çerçevesinde davranmalıdırlar.
2. *Özerkliğe saygı:* Açlık grevinde olan bireyin, kendi geleceğini belirleme hakkına dayanak özerkliği sebebiyle, aydınlatılmış onam sonrası rızasına ehemmiyet verilmelidir. Hekim rızanın samimi ve gerçek olduğu konusunda herhangi bir şüpheye düşmemelidir. Birey tarafından tedavinin reddi durumunda zorla besleme veya müdahalede bulunmamalıdır.
3. *Yarar ve zarar:* Hekimler uzmanlıklarını ve bilgilerini bireyin yararına kullanılmalıdır. Yararlı olmak, bireylerin iyiliğini istemenin yanı sıra isteklerine saygı göstermeyi de içermektedir. Bireyin bütünlüğü ile ele alınıp ruhsal ve psikolojik zarar görmemesini amaçlamalıdır. Bu noktada açlık grevindeki bireye zorla müdahaleden kaçınması gerekmektedir.
4. *İki yönlü sorumluluk:* Açlık grevi durumunda hekimler otorite ve hastaları arasından iki yönlü sorumluluk halindedir. Fakat bu noktada hekimlerin, öncelikle hastalarına karşı sorumlu oldukları unutulmamalıdır.
5. *Bağımsız karar verme:* Hekim, tanı, tedavi ve müdahale bakımından bağımsız ama hasta iradesi hususunda hasta haklarına saygılı olmalıdır. Hekim, hastanın rızası olmadan diğer kişilerden etkilenerek her hangi bir tıbbi müdahalede bulunmamalıdır.
6. *Gizlilik:* Hekim, açlık grevinde olan bireyin gizliliğine ve mahremiyetine saygı göstermelidir. Bireyin kişisel ve sağlık verileri ancak kendi onayı ile yakınlarına ve üçüncü kişilere açıklanabilecektir.
7. *Güven:* Hekim, her ne kadar müdahalede bulunamayacak olsa da, açlık grevi yapan bireyi yakından takip edeceği için güven ilişkisini temin etmelidir.¹⁶⁸

6. İnsan Hakları Bakımından Açlık Grevi ve Zorla Besleme

¹⁶⁸ Türk Tabipler Birliği, Açlık Ve Açlık Grevlerinin Klinik, Etik Ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi, [HTTP://WWW.TTB.ORG.TR/HABERARSIV_GOSTER.PHP?GUID=66F924FA-9232-11E7-B66D-1540034F819C](http://www.ttb.org.tr/haberarsiv_goster.php?guid=66f924fa-9232-11e7-b66d-1540034f819c) (Son Erişim Tarihi: 09.10.2019)

a. Yaşama Hakkı Bakımından

Temel haklardan olan *yaşama hakkı*, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 2'inci maddede düzenlenmiştir. Vazgeçilmez olan hak için devletlerin pozitif yükümlülük olarak bu hakkı koruma, negatif yükümlülük olarak da öldürme yasağını getirmiştir. Hakkın kapsamı ve özü bakımından bireylerin hayatları devlet ve diğer kişiler nezdinde korunacaktır. Korunan yaşama hakkı bakımından bireyin ölüm hakkı düzenlenmemiştir. Ötanazinin kabul görmemesi gibi, kendine zarar vermesi ihtimali olan birey için, açlık grevi hakkı da kendisine tanınmamıştır.¹⁶⁹

b. Düşünce ve İfade Özgürlüğü Bakımından

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesinde düzenlenen ve birinci kuşak haklardan olan, bireyin kendi düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı sonucu devletlerin negatif yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Aynı maddede düşünce özgürlüğü hakkının, ancak kamu güvenliği ve düzeni ile sağlık ya da genel ahlak hususları bakımından sınırlandırabileceği belirtilmiştir. Sözleşme'nin 10'uncu maddesi ise ifade özgürlüğünü düzenlemiştir. İfade, bireyin düşüncesinin açıklanma biçimidir. Mahkeme bu madde bakımından ihlalleri değerlendirirken, ifadenin şekli konusunda da bireylerin hak sonucu özgür olduğunu vurgulamaktadır. Öğretide açlık grevlerini düşüncenin özgür ifade ile açıklanış şekli olduğunu nitelendirenler için bu madde önem arz etmektedir.¹⁷⁰

c. İşkence Yasağı Bakımından

İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde, işkence yasağı düzenlenmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise 3'üncü madde açısından, açlık grevindeki bireylere yönelik yapılacak zorla beslenme açısından insan onuru ve haysiyeti dışında müdahale edilmemesi gerektiğini belirtilmiştir. Mahkeme'nin *Nevmerzhitsky/Ukrayna* kararından da görüleceği üzere, zorla besleme durumunda

¹⁶⁹ CENGİZ, a.g.e., s.423.

¹⁷⁰ ATALAY, Ayşe, Özge, s.86.

müdahalenin yalnızca yaşamı korumak adına yapılması, işkence ve eziyete varan uygulamalardan kaçınılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Uluslararası ve ulusal düzenlemelerde ve uygulamalarda, yaşama hakkının üstünlüğü ilkesi karşısında açlık grevi yapan kimselerin hayatı, insani değer olarak görünmüştür.¹⁷¹

F. Psikiyatride Zorla Tedavi

1. Genel Olarak

Tarihsel süreçte, ruhsal bozuklukları olan bireylerin toplumdan dışlandığı görülmüştür. Ruhsal bozuklukların tıbben tedavi edilebileceği tespiti sonrasında ise, bireylerin kendilerinden korunması gündeme gelmiştir. Öte yandan söz konusu bireylere toplumun düzeni açısından zorla tıbbi müdahalede bulunulabileceği kabul görmüştür.¹⁷²

Psikiyatrik olarak zorla tıbbi müdahale, bireyin istemi dışında zorla hastaneye yatırılarak kendisine müdahale edilmesi ile hastaneye yatırılmadan bireye zorla tıbbi müdahale uygulanmasıdır. Zorla hastaneye yatırmada bireye uygulanan müdahaleler, hukuk ve etik açısından irdelenmiştir.¹⁷³

Zorla tedavi edilmeye yönelik gerekçe, bu bireylerin hastalığı ve tedaviye gereksinimi kabul etmemelerine ve rıza ehliyetine sahip olmamalarına dayandırılmaktadır. Sonuç itibari ile bireyler, rızaları olmadan yasal temsilcisinin isteği üzerine tıbbi müdahale ile karşı karşıya kalabilmektedirler.¹⁷⁴

¹⁷¹ ATALAY, a.g.e., s.87.

¹⁷² ARIN, Namal, “Psikiyatri Tarihçesi Işığında Ruh Hastalarının Zorla Tedavilerine Etik Açısından Genel Bir Bakış”, ARIN, Namal, DOĞAN, Mahmutoglu (Ed) Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı (Vol 4-5-6). İstanbul, Nobel Tıp; 2013. s.43

¹⁷³ OĞUZ, Yasemin, DEMİR, Başaran, “Etik ve Hukuki Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma”, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi, cilt 4, sayı 1, s.368.

¹⁷⁴ ŞEN, Nevin, ÖZKAN, SÜZER, Filiz, “Psikiyatri Hastalarında Zorunlu Yatış ve Zorla Tedaviye Bir Bakış Açısı”, Düzce Üniversitesi Sağlık Bölümleri Enstitüsü Dergisi, cilt 7, sayı 3, 2017, s.177.

Birçok ülkede tedavi amacıyla zorla hastaneye yatma için otoriteden izin alınması yoluna gidilmektedir. Bu otorite, Amerika’da mahkeme, İsrail’de psikiyatri uzmanı, İtalya’da ise belediye başkanıdır.¹⁷⁵

Ulusal mevzuatımızda TMK’ya göre, kişisel korunması başka şekilde sağlanamayacak olan akıl hastalığı ve akıl zayıflığına sahip ergin kişiler, toplum için tehlike oluşturuyorlar ise tedavileri için bir kuruma yerleştirilebilecektir. Maddede ayrıca bu bireylerin alıkonulabileceği de düzenlenmiştir (m.432).

TMK 436/5’inci maddesi: “*Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir.*” ve yine aynı maddenin 6’ıncı bendi ise: “*Resmî sağlık kurulu raporunun alınabilmesini temin amacıyla; kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir ve gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir*” hükmüne sahiptir. söz konusu maddeler bakımından geçerli bir rıza bulunmadan tıbbi müdahalenin uygulanabileceği belirtilmiştir.

Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları ise konuya ilişkin olarak, bireyin zorla hastaneye yatışında hekimin hasta yakınlarını istemli yatışa yönlendirmesi gerektiğini (m.16) ve birey ile yasal temsilcisinin rızası olmadığı hallerde ise hekimin, zorla yatış için yasalara uygun olarak bilgi ve vicdanı doğrultusunda karar vermesi gerektiğini belirtmiştir (m.17). Bireyin tehlike riski oluşturmadığı durumlarda hekimin tedaviyi ret hakkına saygı duyması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁷⁶

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *Matter / Slovakya*¹⁷⁷ kararında, yerel mahkemede görülen kısıtlanma davası uyarınca muayene için hastaneye gitmeyen

¹⁷⁵AYDIN, ER, Rahime, ŞEHİRALTI, Mine, “ Çözülmemiş Bir Konu: Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastanın Gönülsüz/Zorla Tedavi Edilmesi”, Psikiyatri Hemşireliği Dergisi, cilt 1, sayı 1, s.40,

http://www.journalagent.com/phd/pdfs/PHD_1_1_39_42.pdf (Son Erişim Tarihi:13.10.2019)

¹⁷⁶Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları madde 18: “ *Ruh hekimi, hastanın kendisi ya da çevresi için tehlikelilik hali söz konusu olmadığı durumlarda hastanın sağaltımı reddetme hakkını tanımalıdır*”

¹⁷⁷ KARAKUL,“Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-1”, Matter / Slovakya, (31534/96), 05 Temmuz1999, s.185.

birey yönünden, zorla hastaneye gönderilme ve muayene ettirme incelemiştir. Mahkeme, kısıtlılık kararı için bireyin akıl sağlığının tespit edilmesi kararının haklı olduğunu, muayenenin öncelikle gönüllü olarak yapılmak istendiğini, ancak başvuranın muayeneyi reddetmesi üzerine, şikayete konu tedbire başvurulmak zorunda kaldığını ve muayenenin yaklaşık iki hafta içinde tamamlandığını tespit etmiştir. Bu tespit sonrasında ise müdahalenin demokratik toplum gereği yapıldığı ifade edilerek Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Mahkeme *Gennadi Naumenko / Ukrayna*¹⁷⁸ kararında da, başvurucunun müebbet hapis cezasını çektiği cezaevinde tutumları sonucu psikiyatrik kontrole tabi tutulmasını ve başvurana ilaç tedavisi uygulanmasını Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bulmamıştır.

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi 2011)¹⁷⁹ 5/1'inci maddesi ile; kadınların ve çocukların korunması amacıyla yönelik olarak hakim tarafından verilecek öneleyici tedbirler için "*Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması*"nı öngörmüştür. Cinsiyet temelli ve ev içinde işlenen suçların kamuya karşı işlenmiş olan suçlar kategorisinde değerlendirilmesi sonucu hakim, rıza aramadan muayane ve zorunluluk var ise tedaviye başlanmasını karar altına almaktadır.¹⁸⁰

G. Evlilik Öncesi Yapılan Zorla Tıbbi Müdahaleler

Mevzuatımıza göre, evlenmek isteyen çiftlerin evlilik öncesinde bazı sağlık raporlarını ilgili kurumlara ibraz etmesi gerekmektedir. Bu raporların amacı, evlenmek isteyen bireylerin, evliliğe engel kalıtsal ya da bulaşıcı hastalıklarının olmadığını ispatıdır.

¹⁷⁸KARAKUL, "Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-1", Naumenko/Ukrayna, 10/02/2004 tarihli, 42023/98 Başvuru numaralı kararı, s.58.

¹⁷⁹ TBMM tarafından 14/03/2012'de onaylanarak 20/3/2012 tarihli 28239 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin bir diğer adının "İstanbul Sözleşmesi" olmasının nedeni ise imzaya İstanbul'da açılmış olmasındandır.

¹⁸⁰BADUR, a.g.e., s. 302

TMK'ya göre akıl hastalığına sahip bireylerin, tıbbi açıdan evlenmelerinde bir sakınca yoksa ve bu durum sağlık raporu ile de ortaya konulabiliyorsa bu bireyler evlenebileceklerdir (m.133). Kural olarak, akıl hastalarının evlenemeyeceği fakat tıbbi sakıncanın bulunmaması halinde ise evlenmelerinde engel olmadığı belirtilmiştir. Kanun'da, "*Tıbbi sakınca*"nın tanımı yapılmamıştır. Öğretide, gelecek nesiller için akıl hastalığı riski ve akıl hastaları ile eşlerinin ruhsal durumları, tıbbi bir durum ve sakınca olarak görülmüştür.¹⁸¹

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda, evlenmeden önce bireylerin tıbbi muayeneye tabi olduğu düzenlenmiştir (m.122). Ayrıca Kanun, devam eden maddeleri ile hangi hastalıkların evlenmeye engel teşkil edeceğini de belirtmiştir. Yine Kanun ile ancak tedavi sonucunda iyileştiği tespit edilen hastalıklara yönelik sağlık raporu akabinde evliliğin gerçekleşebileceğine işaret etmiştir.

Evlenme Muayenesi Yönetmeliği, evlenmek için başvuran çiftlerin muayene edileceğini belirtmiştir. Evlendirme Yönetmeliği ise, Evlilik için sağlık raporu alınmasını şart koşturmuştur. Sağlık raporu ile ilgili usul ve esasların, güncel duruma göre Sağlık Bakanlığı'nın yayımlayacağı genelge ile belirlenebileceği ifade edilmiştir.

Sağlık Bakanlığı, Evlilik Öncesi Sağlık Raporu Yazısı için Sağlık Ocaklarının ve Anne Çocuk Sağlığı ve Aile Planlama Merkezlerinin yetkili olduğunu belirtmiştir. Bu raporlar ile bireylerin aile kurmadan önce bilinçlendirilmesinin de amaçlandığı beyan edilmiştir.

Evlenmeden önce alınması gereken sağlık raporları için, belediyelerin farklı test talepleri mevcuttur. Fakat temel olarak istenen testler, kan grubunun belirlenmesi, hepatit B ve C testi, frengi testi, HIV testi, tüberküloz testi, Akdeniz anemisi testidir. Bu testlere sebep hastalıkların bazıları bilgilendirme ve korunma yöntemleri ile eş ve çocuk için risk oluşturmayabilecektir. Testlere konu hastalıkların bazıları hariç yasal zemin hali hazırda bulunmamaktadır. Sadece, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na göre, evliliğe frengi sürekli, verem ise geçici olarak engeldir.

¹⁸¹YÜCEL, Özge, "Evlilik Öncesi Muayene ve Testlerin Hukuksal Niteliği", Adli Bilimler Dergisi, cilt 8, sayı 4, Aralık 2009, s.39.

Evliliğin sağlık raporuna, sağlık raporunun da ilgili testlere dayandırılması sonucu, rızaya dayalı olmayarak tedavi amacı güdülmeyen tıbbi müdahalenin zorla uygulanması ortaya çıkmaktadır.¹⁸²

H. Soybağının Belirlenmesi Amacıyla Yapılan Zorla Tıbbi Müdahale

Çocuğun, hukuk temelleri doğrultusunda, anne ve babası ile arasında soybağının kurulması kamu düzeninin gereğidir.¹⁸³ Bireylerin hukuksal kişiliğinin en önemli unsurlarından biri olan soybağının tespiti amacıyla açılan davalarda, dava taraflarından biyolojik veri alınabilmektedir. Bireyin kişisel kimliğindeki belirsizliğin giderilmesini talep edebiliyor olması, özel ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁸⁴

Soybağının tespiti için yürütölen davalar, TMK ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) esasları kapsamında yürütölmektedir. TMK, 284'üncü maddesinde düzenlediği kuralları saklı tutmuş ve bu kurallar dışında davalarda HMK'nın uygulanacağını belirtmiştir. TMK'nın saklı tuttuğu 284'üncü maddesine göre: "*Hâkim maddî olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğu araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir*" düzenlemesine sahiptir. HMK ise, soybağının tespiti amacıyla, sağlık yönünden tehlike oluşturmaması şartıyla herkesin biyolojik verilerinin alınmasına katlanmak zorunda olduğunu düzenlemiştir. Öte yandan üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme hakkına dayanarak bu yükümlölükten kurtulma imkanlarının olmadığını ifade edilmiştir (m.292). Maddede dikkat çeken husus, hakimin biyolojik veri alma konusunda zor kullanma yetkisine sahip olmasıdır. Hükmün gerekçesi, soybağı davalarının kamu düzeninden olması sebebiyle, davanın

¹⁸²YÜCEL, a.g.e., s.43.

¹⁸³ GÖNENÇ, Fulya İlçin, "Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar", Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (16-17 Ekim 2014, Lefkoşa), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, sayı 306, Kasım 2015, s.72.

¹⁸⁴BADUR, a.g.e., s.254.

taraflarının ve üçüncü kişilerin hayati tehlike durumunun saklı tutularak kan ve doku vermek zorunda olmalarıdır.¹⁸⁵

İnsan Geninin İncelenmesi Hakkında Kanun'un "soybağının kurulması ve kimliğin tespiti" bölümünde, DNA profilinin ancak yetkili hekim tarafından kurulabileceği ve bu profilin ancak soybağının kurulması ve kimliğin tespiti amacıyla kullanılabileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme ile alınan örneklerin, tıbbi araştırmalarda kullanılmayacağı da vurgulanmıştır. Alınan örneklerin, aksine istek bulunmaması durumunda hüküm sonrası imha edileceği ifade edilmiştir.

*Ebru-Tayfun Çolak/ Türkiye*¹⁸⁶ davasında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, somut olayda soybağı kurulmasının tek yolunun mahkemede dava açmak olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, soybağının tespiti için yapılacak işlemin DNA testi olduğunu ifade ederek, on bir kez bu teste gelmeyen davalı için etkili bir yaptırım uygulanmadığını tespit etmiştir. Öte yandan Mahkeme, Adli Tıp Kurumunun, DNA testi raporu için tarafları üç kez çağırmasını ve bu raporu da bir yılda düzenlemesini hukuki bir sorun olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, önceki içtihatlarına dayanarak, babalık davalarında ivedilikle karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Başvuya konu olayda, tanık beyanları ve davalının yüzde 99.77 oranında baba olduğunu tespit eden rapora rağmen takdir yetkisinin kullanılmadığı ve soybağı kurulmasını isteyen taraf ile DNA testi yaptırmayan tarafın hakları arasında adil bir denge sağlanamadığını ifade edilmiştir. Hükümde devletin pozitif yükümlüğünün altı çizilmiştir. Bu yükümlülüğe göre, devletler bireyler arası ilişkilerde özel hayata saygı gösterilmesi için önlemler almalıdır. Olayda, babalık sorunu ivedilikle çözülememiş, bu durum çocuğun kimliği konusunda uzun süren bir belirsizliğe yol açmıştır. Tüm bu sebeplerden ötürü Mahkeme, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mevzuatımızda ise kimlik tespiti ile doku ve kan örneği verilmesinin rızaya bağlı olmadığı ve hakim tarafından istenebileceği ifade edilmiştir. Zorla yapılan söz

¹⁸⁵ TÜZÜNER, Özlem, "Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 62, sayı 4, Aralık 2013, s.1144.

¹⁸⁶ Ebru-Tayfun Çolak/ Türkiye, (60176/00), 30 Haziran 2006.

konusu tıbbi müdahaleler, kamu düzeni bakımından hukuka uygun olarak görülmüştür.¹⁸⁷

III. DİĞER ZORLA TIBBİ MÜDAHALE TÜRLERİ

A. Cinsiyet Değişirme

1. Genel Olarak

Cinsiyetin, bireyin fizyolojik, biyolojik ve hormonal yanları ile birlikte psikolojik ve sosyal bir *içgüdü* olduğu ifade edilmiştir. Cinsiyet değiştirme ise, kişinin vücut bütünlüğü üzerinde kişisel haklarına dayanan ve hukuki sonuçları olan bir tıbbi müdahale olarak nitelendirilmiştir.¹⁸⁸

Cinsiyet değiştirme, öğretilerde, bireyin cinsiyetini belirleyen kromozomlarının değiştirilmesine yönelik müdahalede bulunulmadan, cerrahi müdahale ile doğuştan gelen ve cinsiyeti belirleyen cinsiyet organının karşı cinsiyet organı olarak değiştirilmesi ve hormon tedavi ile bu durumun desteklenmesi şeklinde ifade edilmiştir.¹⁸⁹

2. TMK'nın 40'ıncı Maddesi Doğrultusunda Cinsiyet Değişikliği Şartları

a. Mahkemeye İzin için Başvurma

TMK 40'ıncı maddesi cinsiyet değişikliği için, bireyin bizzat mahkemeden izin almasını, bu izin için; bireyin 18 yaşını doldurmuş olmasını, evli olmamasını, transseksüel yapıda olmasını, bunun yanında cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı

¹⁸⁷TÜZÜNER, Özlem, "Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 62, sayı 4, Aralık 2013, s.1144.

¹⁸⁸TURAN BAŞARA, Gamze, "Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 25, sayı 103, Kasım 2012, s.245.

¹⁸⁹ ERMAN, a.g.e., s.211.

açısından zorunlu olduğuna yönelik raporunun bulunmasını şart olarak düzenlemiştir. Bu şartların sağlanmasıyla yapılan tıbbi müdahale raporunun mahkemeye sunulmasıyla, nüfus sicilinin değiştirileceği belirtilmiştir. Kanun, cinsiyet değişikliği için eğitim ve araştırma hastanesinden verilecek sağlık kurulu raporunun bulunması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁹⁰

b. Bireyin Sürekli Olarak Üreme Yeteneğinden Yoksun Olması (Mülga)

Anayasa Mahkemesi, 29.11.2017 tarih, 2017/130 E.ve 2017/165 K. sayılı hükmü sonucu, TMK 40'ıncı maddesinin cinsiyet değişikliği için aranan şartlardan biri olan *bireyin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunması* hükmünü iptal etmiştir. Konu iptal için Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itiraz, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluğa bağlanan şartın transseksüel yapıda olan bireyler arasında eşitsizlik yarattığı sebebi ile Anayasa'nın 10'uncu, 17'inci ve 20'inci maddelerine aykırı olduğuna yöneliktir.

Mahkeme, cinsiyet değişikliğini üç aşamalı görerek; birinci aşamayı, cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınmasını, ikinci aşamayı, mahkemece verilen bu izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirilmesini ve üçüncü aşamayı ise nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin değiştirilerek hukuksal tanımının sağlanması olarak ifade etmiştir. İtiraz ise, Anayasa'nın 17'inci, 20'inci 13'üncü maddesi kapsamında incelenmiştir.

Kararın gerekçesinde, herkesin maddi ve manevi malvarlığını koruma ve geliştirme hakkı bakımından Anayasa'nın 17'inci maddesi, özel hayat ve aile hayatının korunması gerektiğine ilişkin Anayasa'nın 20'inci maddesine vurgu yapılmıştır. İptali istenen hüküm konusunda ise Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" hükmü kapsamında

¹⁹⁰SERT, Selin, "Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değişirme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 28, sayı 118, Mayıs 2015, s.259.

ihlal durumu incelenmiştir. Mahkeme, TMK 40'inci maddesinin, Anayasa tarafından korunan haklar bakımından sınırlama getirdiğini belirtmiştir.

TMK'ya göre; bireyin cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alabilmesi için üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olması gerekiyordu. Anayasa Mahkemesi, söz konusu önkoşul için bireyin, ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluğunu sağlamak üzere ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılacağını vurgulamıştır. Üreme yeteneğinden yoksun kalma için yapılacak tıbbî müdahalenin, bireyin bedensel ve ruhsal yönden katlanmasını gerektirmeyecek bir müdahale olduğu belirtilmiştir. Bu sebepler sonucu, ilgili Kanun hükmünün bireyin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı yönünden ölçüsüz bir sınırlama getirdiği ifade edilmiştir.

Öte yandan, ön şart olan tıbbî müdahale sonucu üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalan bir bireyin, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaması durumunda son derece ağır, telafisi imkânsız durumlar oluşturabileceği gerçeği karşısında, TMK düzenlemesinin ölçülü olmadığı belirtilmiştir. Açıklanan gerekçelerle cinsiyet değiştirme için "üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma" ibaresi iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 29.11.2017 tarih, 2017/130 E.ve 2017/165 K. sayılı hükmünde ise TMK 40/2'inci yer alan. "*...verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir*" düzenlemesine yönelik itirazı reddetmiştir.

Mahkemeye yapılan itiraz, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 17'inci maddesine aykırı olduğuna yöneliktir. Anayasa Mahkemesi ise, itiraz başvurusunu Anayasanın 13'üncü ve 20'inci maddesi ışığında incelemiştir.

Mahkeme, nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğinin yapılabilmesinin mahkeme iznine bağlanmasını kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme ve özel hayata saygı hakkına getirilen bir sınırlandırma niteliği taşımadığını belirtmiştir. Bu sınırlama, Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki kıstaslar ışığında değerlendirilmiş ve cinsiyet değiştirme ameliyatlarının önemli cerrahi müdahaleler olması gerektiğine dayanılarak, bu tür ameliyatların koşullarının kanun koyucu tarafından belirlenmesini ve bu sürecin Devletin denetimine tabi tutulmasını uygun görmüştür. Cinsiyet değiştirme

ameliyatlarının sıradanlaşmaması ve nüfus kaydı hususunda mahkemelerin sadece onay makamı olmaması için denetimlerinin sağlanması gerektiği vurgulanmıştır. Nüfus kayıtlarının kamusal nitelikleri olduğundan bahisle istenildiği zaman değiştirilemeyeceği beyan edilmiştir. Öte yandan cinsiyet değiştirme için ameliyat olunması koşulu sonucu, nüfus kayıtları ile gerçek kimliğin uyuşması gerektiğinin de yine kamu düzeninin korunmasına yönelik olduğu ifade edilmiştir. Son olarak Mahkeme, kadınlara sağlanan pozitif ayrımcılık ve cinsiyet temelli yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla da nüfus kaydında görünen cinsiyetin değiştirilebileceğini ve bu durumun toplum hayatı ve kamu düzenini bozacağını belirtmiştir. Bu gerekçeler kapsamında Mahkeme, itiraz isteminin reddine yönelik hüküm kurmuştur.¹⁹¹

3. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Cinsiyet Değiştirmeye İlişkin Görüşü

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, cinsiyet kimliğinin, kendi kaderini tayin hakkının ve kendi geleceğini belirleme hakkının en temel unsurlarından biri olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, transseksüel bireylerin cinsiyet değiştirme ameliyatına zorlanmasının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ihlali olduğunu dair çeşitli kararlarında ortaya koymuştur.¹⁹² Mahkeme bir kararında; transseksüel başvuranın nüfus kaydının talebi doğrultusunda değiştirilmemesini Sözleşme'nin 8. Maddesine aykırı bulmuştur.¹⁹³

B. Kastrasyon ve Sterilizasyon

Sterilizasyon ve *Kastrasyon* kavramlarına mevzuatımızda, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da yer verilmiştir. Kanun'un 4'üncü maddesinde sterilizasyon, erkek veya kadın bireyin cinse ihtiyaçlarının tatmininin ortadan kaldırılmadan çocuk yapma kabiliyetinin izalesi olarak tanımlanmıştır. Kanun'da sterilizasyon ameliyatı

¹⁹¹ Anayasa Mahkemesi Kararları, <https://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/genelkurul/detay/35.html> (Son Erişim Tarihi: 09.11.2019)

¹⁹²Y.Y./Turkey, 10/03/2015 tarihli 14793/08 Başvuru Numaralı Karar.

¹⁹³ B. / Fransa, 25.03.1992 tarihli 13343/87 Başvuru Numaralı Karar

için bireyin reşit olması aranmıştır. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük¹⁹⁴ 2/c maddesi: “*Sterilizasyon deyimi, kadınlarda tüp ligasyonu, erkeklerde vazektomiye ifade eder*” düzenlemesine sahiptir. Aynı zamanda Tüzük’te sterilizasyon ameliyatını yapacak yetkililer ve koşullar da belirtilmiştir (m.10,11.12). Nüfus Planlaması Hakkında Kanun kastrasyon için ise, bir ameliyat sırasında tıbbi zaruret halinde tedavi amaçlı olarak bireyin rızasına bakılmaksızın kastrasyonun yapılabileceğini düzenlemiştir (m.4/3). Söz konusu maddede kastrasyon, ceza yaptırımını olarak değil, bireyin sağlığına yönelik endikasyon durumunda ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁵

1. Ceza Yaptırımını Olarak Kastrasyon

Hadım etme ile kastrasyon müdahalelerinin farklı olduğu belirtilmiştir. *Hadım etme*, erkek bireyin cinsel salgı bezleri ile cinsiyet organının cerrahi yöntemle alınması ve bireyin üreme yeteneği yanında cinsel aktivite yeteneğinin bütünüyle sona erdirilmesidir. *Cerrahi kastrasyonda* ise, bireyin tümünden cinsiyetsizleştirildiği hadım edilmeden farklı olarak, erkek bireyin testosteron üreten organları cerrahi bir operasyonla alınmaktadır. Cerrahi kastrasyonda, tıbbi müdahale sonrası birey cinsel yeteneklerini tümünden kaybetmemektedir, hormon seviyesinde azalma sağlanmaktadır. *Kimyasal kastrasyon* ise, cerrahi kastrasyona alternatif bir tıbbi müdahale olarak kabul görmüştür ve bu kastrasyonda herhangi bir cerrahi işlem söz konusu değildir. Kimyasal kastrasyon ile erkek bireylerde cinsel faaliyetin kaybolacak derece azalması amaçlanmıştır¹⁹⁶

Tarihsel sürece bakıldığında kastrasyon ve hadım etmenin, korunma, ceza ve işkence amacıyla kullanıldığı görünmektedir. Hammurabi Kanunları Babil’de “diş diş, göze göz” ilkesi uyarınca birini hadım edenin hadım edileceğini söylemiştir. Mısır’da özgür bir kadının cinsel ilişkiye zorlanmasının cezası yine kastrasyondur.

¹⁹⁴ 18/12/1983’de 18255 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁹⁵ İPEKYÜZ, a.g.e., s.37

¹⁹⁶ GÜZELSOY, Zeycan, “Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması”, (Danışman: Yard. Doç. Dr. Yusuf Tunç Demircan), T.C. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.9.

Bununla birlikte Roma’da hayvanlarla cinsel ilişkide bulunanlara da ceza olarak kastrasyonun yapıldığı ifade edilmiştir. Öte yandan Almanya’da ari ırkın korunması için bazı ırksal özelliklere sahip kesimlerin kastrasyonla birlikte çocuk yapması engellenmiştir.

Dünya üzerinde pek çok ülkede ceza yaptırımını veya tedbir olarak uygulanan kastrasyondan farklı olarak ülkemizde kastrasyon müdahalesi için sadece acil sağlık sebebine dayalı olarak hastanın faydasına uygulanması hususu düzenlenmiştir.¹⁹⁷

2. Kastrasyonun Uygulama Türleri

Ceza hukuku yaptırımını veya tedbir kapsamında uygulanan kastrasyon, nitelik itibari ile cerrahi ve kimyasal olmak üzere ve hükümlü bireyin iradesi ile yapılabilecekken, iradeye dayanmadan otoritenin zorla uygulaması şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.

a. Kastrasyonun Müdahale Niteliğine Göre Cerrahi ve Kimyasal Olma Ayrımı

Kastrasyon ile cinsel dokunulmazlığa karşı suç işleyen ve kastrasyon uygulanmasına karar verilen hükümlünün, testosteron hormonlarına yönelik müdahalede bulunularak tekrar aynı suçu işlememesi ve kamu düzenini bozmaması amaçlanmaktadır. Cerrahi kastrasyonda, cerrahi operasyonla erkek hükümlünün üreme organları alınırken kimyasal kastrasyonda, ilaç ile aynı sonuca ulaşılmaya çalışılmaktadır. Cerrahi kastrasyonda, geri dönme söz konusu değilken, kimyasal kastrasyonda ilaç müdahalesinin kesilmesi ile eski hale dönüş mümkündür.¹⁹⁸

¹⁹⁷KÜÇÜK, Füsün Ceren, “Kısırlaştırma ve Hadımlaştırma”, İstanbul Barosu Dergisi, cilt 91, sayı, Mayıs 2017, s.159.

¹⁹⁸İPEKÇİOĞLUAKSOY, Pervin, “Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 6, sayı 17, Aralık 2011, s.110.

b. Kastrasyonun İrade Unsuruna Göre İhtiyari ve Zorunlu Olma Ayrımı

Hükümlüye ceza yaptırımı olarak uygulan kastrasyon, otoritenin rızaya dayanmadan zorla uyguladığı bir tıbbi müdahaledir. Hükümlünün kastrasyon istemesinin ise ceza yaptırımı olarak kabul görmeyen ihtiyari nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Öte yandan, seçimlik ceza yaptırımında hükümlü, kastrasyonu tercih edebilecektir.¹⁹⁹

3. Uluslararası Hukuk Alanında Kastrasyon

Danimarka, Avrupa’da kastrasyonu hukuk düzenine alan ilk devlettir. En önceleri rızaya bakılmadan zorla cerrahi kastrasyona yönelik düzenlemeler bulunmakta iken, günümüzde ise ancak isteğe ve rızaya bağlı kimyasal kastrasyon kabul görmektedir. Rıza dışında kastrasyon yapan hekim hakkında ceza yaptırımının uygulanacağı belirtilmiştir. Almanya, zorla yapılan kastrasyondan dönmüş olsa da ihtiyari uygulanan cerrahi kastrasyona onay vermektedir. Çekya’da, rızaya dayalı cerrahi kastrasyona devam edilmektedir. Polonya Kanunları, 15 yaşından küçüklere yönelik işlenen cinsel nitelikte suçlarda rıza aranmadan zorunlu kimyasal kastrasyonun yapılabileceğini düzenlemiştir. Makedonya’da, 14 yaşından küçüklere yönelik işlenen cinsel nitelikte suçlarda, rıza dahilinde kimyasal kastrasyonun yapılabileceği ve bu müdahalenin cezadan indirim sağlayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte suç, mükerrer olarak fail tarafından işlenmiş ise kimyasal kastrasyonun zorunlu olarak yapılacağına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde kastrasyonu kabul eden eyaletlerin neredeyse tümünde farklı uygulamalar ve düzenlemeler mevcuttur. Bu farklılıklar kimyasal kastrasyonda verilecek ilacın niteliği ve türüne kadar değişkenlik arz etmektedir. Amerika Yüksek Mahkemesi cerrahi kastrasyonu, fiziksel açıdan bireyin bütün

¹⁹⁹KÜÇÜK, Sönmez Tevfik, “Bir Ceza Hukuk Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 19, sayı 4, Yaz 2015, s. 303, 304

hayatını etkileyecek bir aşağılama ve bireyi sakat bırakma müdahalesi olarak görmüştür.²⁰⁰

C. Ötanazi

Uluslararası ve ulusal metinlerde, hastanın yaşamının son aşamasına kadar mümkün olan en yüksek yaşam kalitesi düzeyinde, acılarının dindirilmesine yönelik tıbbi müdahale uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Ölümcül boyutta ve iyileşmesi tıbbın verileri bakımından mümkün görünmeyen hastaların yaşam sürelerini uzatmak için cihazlara bağlanması, bireylerin kendi geleceğini belirleme hakkını gündeme getirecektir. Bu konuda, yaşama hakkı ile onurlu ölüm konusunda ulusal ve uluslararası metinlerde *ötanazi* kavramı düzenlenmiştir.²⁰¹ *Ötanazi*, Türk Dil Kurumu'nda, "*ölme hakkı*" olarak²⁰² ; tıp biliminde ise, mevcut tıbbî verilere ve imkanlara göre iyileşmesi mümkün olmayan ve bu hastalıktan dolayı acı ve ıstırap çeken hastanın, kendi isteği doğrultusunda hayatının aktif veya pasif bir hareket ile sona erdirilmesi olarak belirtilmiştir.²⁰³ Onuruna uygun tedavi edilmesi gereken hastanın, onuru ile ölmesi noktasında ötanazi, hukuk düzleminde tartışma konusudur.²⁰⁴ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında, Sözleşme'de tanımlanan ve güvence altına alınan yaşama hakkınının, olumsuz ve aksi yönde yorumlanarak ölme hakkını sağlayamayacağı belirtilmiştir. Ulusal mevzuata bakıldığında öncelikle Anayasa, bireylere kendi ölümünü belirleme veya tasarlama hakkını tanımamıştır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, hastanın hayatını kurtarmanın mümkün olmadığı durumlarda hekimin, hastanın acılarını ve ıstırabını dindirmekle yükümlü olduğu düzenlemesine sahiptir (m.14). Hasta Hakları Yönetmeliği ise en açık şekilde, hayat hakkından vazgeçilemeyeceğini ve ötanazinin yasak olduğunu ifade etmiştir (m.13). TCK'da ötanazi için hüküm bulunmamasına rağmen, konu genel hükümler çerçevesinde düzenlenmiştir. TCK, intihara teşebbüsü suç olarak

²⁰⁰GÜVEN, Kudret, "Multidisipliner Bir İnceleme Konusu; Hadımlaştırma (Kastrasyon)", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 1, sayı 5, Ocak 2019, s.11-56.

²⁰¹ALAN AKCAN, Esra, "Ötanaziye Genel Bir Bakış", Fasikül Hukuk Dergisi, cilt 5, sayı 45, Ağustos 2013, s.11.

²⁰² TDK, <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi 06.10.2019)

²⁰³YILMAZ, Berfin, Işık, "Ötanazi", Terazi Hukuk Dergisi, cilt 7, sayı 68, Nisan 2012, s.51.

²⁰⁴ GÜVEN, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Nobel Yayıncılık, 2000, s.2.

görememiş ancak; intihara azmettiren, yardım eden ve teşvik eden kişinin, intihara yönlendirme suçundan ceza alacağını belirtmiştir (m.84). Ötanazi Bildirgesi²⁰⁵, ötanazinin etik olmadığını vurgulamıştır. Bütün bunların yanında, Avrupa'daki bazı ülkelerde belirli şartlar altında uygulanan ötenazinin, cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir.²⁰⁶ Ötanazinin uygulandığı ülkelerde, hasta ayırt etme gücüne sahip ise kendi rızası ile istemli ötanaziyi talep edebilecektir. İstem dışı ötanazide ise, hastanın iyileşemeyecek duruma gelmeden önce kendi rızası sonucu oluşturduğu direktifler ışığında hekim, ötanaziyi gerçekleştirebilecektir.

1. Ötanazinin Hususları

Eylemin/Eylemsizliğin Kasıtlı Olması: Ötanazi sonucu doğuracak olan aktif veya pasif eylemin, bilinçli ve kasıtlı yapılması gerekmektedir. İhmal sonucu yapılan eylemler ötanazi olmayacaktır.

Hastanın Acı Çekiyor Olması: Farkında olunan fiziksel acı ve ruhsal acı ile hastanın acı çektiğine dair emarelerin mevcut olması gerekmektedir.

Ötanazi Sonucu Ölmenin Bir Sebebe Bağlı Olması: Yaşama hakkı karşısında, ölmek istemenin bir sebebinin olması gerekmektedir. Hastalığın güncel tıp verilerine göre iyileşemeyecek durumda olması ve hastanın çektiği ve çekeceği acıları onurlu şekilde dindirme ihtiyacı, sebebe bağlılık yaratacaktır.

Ötanaziyi Doğuran Eylem/Eylemsizliğin Acısız Olması: İyi ve merhametli bir ölüm olarak değerlendirilen ötanazi için, hastanın hastalığı sebebiyle maruz kaldığı acıdan daha büyük bir acı ile ötanazinin gerçekleştirilmemesi gerekmektedir.

Ötanazi Yapılacak Bireyin Fetüs Halinde Olmaması: Kürtaj ile ötanazi ayrımının yapılabilmesi için ötanazi süjesinin, fetüs olmaması gerekmektedir.

Bahsedilen hususların mevcut olması halinde, tıbbi olarak iyileşmeyecek olan hastanın, onurlu ölme hakkının ötanazi ile sağlanılacağı savunulmuştur.²⁰⁷

²⁰⁵Dünya Tabipler Birliğince 1987'de yayımlanmıştır.

²⁰⁶HAKERİ, Tıp Hukuku, 16. Baskı, s.420.

²⁰⁷TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, s.264.

Konumuz açısından, zorla tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilebilecek ötanazi, hastanın istememesine veya rıza göstermemesine rağmen hekimin ve sağlık çalışanlarının tıbbi müdahalede bulunması hususunda olacaktır.

Ülkemizde hekim, yaşama hakkı ve hekimin yükümlüklerini düzenleyen mevzuatımız gereği, eylemsizlik ile ötanaziyi gerçekleştiremeyeceğinden, hastanın rızasına ve önceki direktiflerine dayanmadan tıbbi müdahaleyi uygulamak zorundadır.²⁰⁸

D. Sünnet

1. Genel Olarak

Sünnet, TDK'da “*Erkek çocukta, erkeklik organının ucundaki derinin çepeçevre kesilmesi*”²⁰⁹ olarak tanımlanmıştır. Sünnet, dini ve kültürel sebepler ile erkek üreme organındaki üst derinin alınmasıdır.²¹⁰ Bununla birlikte sosyal, estetik ve sağlık nedeni ile de sünnet uygulamasının yapıldığı görülmektedir. Köln Eyalet Mahkemesi, sünnet yapılan çocuğun bedensel özgürlüğünü dini özgürlüklerden üstün tutarak; tıbbi nedenler ile gerçekleştirilen sünnet dışındaki sünnetlerin yaralama suçu kapsamına girdiğini ifade etmiştir.²¹¹ Amerikan Pediatri Akademisi Sünnetle İlgili Bildirisi'nde ise, yeni doğan sünnetinin idrar yolu enfeksiyonlarını, penis kanserini, HIV ve bazı cinsel yolla geçen hastalıkların bulaşmasını önlemeye yardımcı olmak gibi faydalarının, risklerine göre daha ağır bastığı bildirilmiştir. Yine bu Bildiri'de, erkek sünnetinin penis hassasiyetini ya da cinsel fonksiyonları olumsuz bir şekilde etkilemediği belirtilmiştir.²¹²

²⁰⁸ ŞAHİN, EKİNCİ, Meral, ÖZEN, Muharrem, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Nisan 2010, s.19.

²⁰⁹ TDK, <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi: 11.10.2019)

²¹⁰ SIRMA Özge, Türk, Alman ve İtalyan Ceza Hukuklarında Sünnet, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 44, Temmuz 2013, s.19.

²¹¹ Köln Eyalet Mahkemesi 1. Ceza Dairesi 07.05.2012 tarihli 151 Ns 16/11 sayılı kararı, https://www.academia.edu/10093600/K%C3%B6ln_Eyalet_Mahkemesinin_S%C3%BCnnet_ile_%C4%B0lgili_Karar%C4%B1 (Son Erişim Tarihi: 10.11.2019)

²¹² AKYÜZ, Osman, ÇOBAN, Soner, BODAKÇI, Mehmet, DEMİR, Mehmet, ÖZDEMİR, Abdurahman, “Güncel Bilgiler Işığında Her Yönüyle Sünnet”, Yeni Üroloji Dergisi, cilt 13, sayı 2, 2018, s.71.

2. Mevzuatımızda Sünnet

Tababet ve Şuabat-1 Sanatlarının Tarz-1 İcrasına Dair Kanunu, belirli vasıflara yasal olarak uygun kimselerin sünnetçilik yapabileceğine işaret etmiştir (m.3). Sünnetçilerin yasada belirlenen hususlara sahip olmaları gerektiği ise 56'ncı maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre sünnetin, ancak hekimler ve sağlık okulu mezunu memurlar tarafından gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Öte yandan, on yıldır sünnetçilik yaptığını ispat edip yeteneği ve uzmanlığı konusunda gerekli sınavlardan geçen kimselerin de Sağlık Bakanlığı'nın izni ile sünnet yapabileceği düzenlenmiştir. Aynı Kanun, yasal olmadan sünnetçilik yapılmasını suç olarak öngörmüştür. Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun 20'inci maddesi ile Tababet ve Şuabat-1 Sanatlarının Tarz-1 İcrasına Dair Kanunu 3'üncü maddesinde düzenlenen "*ameliyat*" kelimesi "*ameliyat ile sünneti*" olarak ve aynı madde ile "*Ancak, olağanüstü ve istisnai hâllerde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek eğitimi alan kimseler tarafından hekim gözetiminde sünnet ameliyesi yapılmasına Bakanlıkça izin verilebilir.*" değişikliğine gidilmiştir. Sünnetin nasıl yapılması gerektiği konusunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, sünnet tıbbi müdahale koşulları altında değerlendirilecektir.

Küçükler bakımından tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için yasal temsilcilerin rızası aranmaktadır Sünnet, çocuğun kişilik gelişim hakkının özerklik boyutunda korunmaması ve çocuk için aydınlatılmış onam kurumunun işletilmemesi sonucu ebeveyn haklarının çocuk haklarından üstün tutulması bakımından etik alanda tartışmalıdır. Öte yandan çocuğun beden bütünlüğünün zedelenmesi ve mahremiyet hakkının ihlali gibi gerekçeler de tartışmanın ana başlıklarındandır. Tıp açısından ise bildirilerde, kesin olmamakla birlikte sünnetin yararlarına yer verilmiş ve sağlık açısından gerekli olabileceği görüşü belirtilmiştir. Günümüzde, velayet

sahibi ebeveynlerin rızasının geçerli olduğu sonucuna dayanılarak, müdahalenin yasal olduğu sonucuna gidilmektedir.²¹³



²¹³İZGİ, Cumhur, “Tedavi Amaçlı Olmayan Erkek Çocuk Sünetinin Etik Değerlendirilmesi”, Türk Psikiyatri Dergisi, sayı 25, 2014, s.5.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ZORLA TIBBİ MÜDAHALEYE KARŞI BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

I. GENEL OLARAK

Mevzuatımız hasta hakları ihlallerinde, hasta ve hasta yakınlarına hukuki, idari ve cezai korunma imkanı sağlamaktadır. Anayasa'nın 36'ncı maddesinde hüküm altına alınan "hak arama özgürlüğü"²¹⁴ ne dayanılarak Anayasa'nın 40'ncü maddesi, devlete ödevler yüklemiştir. Devlet, bireylerin hak ihlallerinde başvuracakları dava, müracaat ve başvuru için süreleri ile birlikte başvuruyu almaya yetkili kurum ve kuruluşları belirtmelidir. Öte yandan Anayasa'nın 74'üncü maddesinde²¹⁵ de bireylerin dilekçe ile başvurma haklarından bahsetmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği, "Müracaat, Şikayet ve Dava Hakkı" başlıklı 42'inci maddesinde, "*Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikayet ve dava hakları vardır.*" ifadelerine sahiptir. Yönetmelik'in 43'üncü maddesinde, maddi ve/veya manevi tazminat davası açabilecek hasta ve hasta yakınları için hangi kanun yolu ile hangi sürede dava açabileceklerini ayrıntılı olarak belirtilmiştir.²¹⁶ Mevzuatımızda

²¹⁴ Anayasa madde 36: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.*"

²¹⁵ Anayasa madde 74: "*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*"

²¹⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 43: "*Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir.*"

Ancak, aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması halinde;

a) 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12'nci maddesine göre; hakkın bir idari işlem dolayısı ile ihlal edilmesi halinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.*

b) Aynı Kanun'un 13 üncü maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddi ve manevi tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zımnen reddi halinde kanuni süresi içinde idari yargı mercilerinde dava açılması gerekir.'

düzenlenen bu hükümler ile ihlal edilen hasta haklarına yönelik görevli ve yetkili kurumların belirli olması hedeflenmiştir.²¹⁷

II. HEKİME VE DİĞER SAĞLIK ÇALIŞANLARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

Tıbbi müdahale uygulanacak hasta ile hekim ve diğer sağlık çalışanı arasındaki hukuksal ilişki, bu kişilerin çalıştığı kurum ile uygulanacak tıbbi müdahalenin şartları bakımından farklılık arz edecektir.

A. Kamu Hastanelerinde Hekim ve Diğer Sağlık Çalışanları Tarafından Uygulanan Tıbbi Müdahalelere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar

Anayasa'nın 56'ncı maddesi gereğince, devletin, vatandaşlarına sağlık hizmeti sunması yükümlülüğü sonucu kamu hastaneleri kurulmuştur.²¹⁸ Kamu hastanelerinde görev yapan hekimler ile sağlık çalışanları, kamu personeli statüsündedirler. Sağlık hizmeti almak isteyen hastaların kamu hastanelerine başvurusu ile kurulan hukuki ilişki, özel hukuk hükümlerine bağlı sözleşme niteliğine sahip değildir. Bu ilişki, işleyişi kanunla düzenlenmiş olan bir kamu hizmeti ilişkisi niteliğinde olacaktır.²¹⁹ Bununla birlikte, idarenin personelleri ile birlikte sunmuş olduğu anayasal temelli sağlık hakkı için devlete yükümlülükler de getirilmiştir.²²⁰ Anayasa'nın 129'uncu maddesi, memurlar ve kamu görevlilerinin hizmetleri sırasında işleyecekleri kusurlardan dolayı açılacak davaların idareye yöneltileceğini düzenlemiştir.²²¹

²¹⁷ SERT, Hasta Hakları, s.289.

²¹⁸ AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991,

²¹⁹ YÜCEL, Özge, SERT, Gürkan, YÜCEL, Özge, Hasta ve Hekim İle Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği, s. 235

²²⁰ BAYINDIR, M. Savaş, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2007, C. XI, Sa.1-2, s.554

²²¹ Anayasa madde 129: "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."

Bireylere sağlık hizmeti sunmak için kurulmuş kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahaleler için iki türlü sorumluluktan bahsedilebilecektir. Bunlardan ilki, *Hizmet Kusurudur*. Hizmet Kusuru, kamu hastanelerine başvuran bireylere yönelik hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olarak ortaya çıkabilecektir.²²² İdarenin, hizmet kusurundan dolayı tazminat sorumluluğu vardır. İkinici sorumluluk ise, *Görev Kusurudur*. Bu kusur, idare bünyesinde çalışan kamu görevlisinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri yapmaması sonucu, hastaya vermiş olduğu zararlarıdır.²²³ Kamu hastanelerinde çalışan hekim ve diğer sağlık çalışanlarının uyguladıkları zorla tıbbi müdahaleler sonucu, açıklanan kusur sorumlulukları sebebiyle idareye başvurulması gerekecektir. Danıştay, hizmet kusuru bakımından 2015'e kadar idarenin ağır kusurunu karar verme sürecinde temel alırken; 2015'te verdiği kararı uyarınca, hizmet kusurunun bulunmasını yeterli görmektedir. Danıştay, "*İdare hukuku ilkeleri ve Dairemizin içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir*"²²⁴ belirtmesi ile ağır kusur kavramının bulunması gerektiği görüşünden vazgeçmiştir.

Kamu hastanelerinde çalışan hekim ile diğer sağlık çalışanlarının uyguladığı zorla tıbbi müdahale sonucu idarenin tazmin borcu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu kapsamında olacaktır. Kanun'da düzenlenen *Tam Yargı Davaları*, bireylerin haklarına yönelik olarak idareye aıtları tazminat davalarıdır. Tam yargı davalarında mahkeme, uygulanan tıbbi müdahale ile bu eylemden doğan zarar konularında tespitte bulanacaktır.²²⁵ Tam yargı davalarında hakkı ihlal edilen veya

²²²ARMAĐAN, Tuncay. İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

²²³ ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin, İstanbul, 2003, s.204-205.

²²⁴ Danıştay 15. Dairesi, 18.02.2015 tarih, 2013/4361 E. Ve 2015/890 K. sayılı kararı.(Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

²²⁵Danıřtay 10.Dairesi, 15.5.2013 tarih, 2009/6118 E. ve 2013/4501 K. sayılı kararı.(Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

zedelenen hasta, idari eylemden dolayı uğradığı zarar nedeniyle idareyi sorumlu tutarak zararın karşılığında bir bedel isteyecektir.²²⁶

Tıbbi müdahalenin zorla yapılmasından dolayı oluşan zararın tazmini amaçlı açılacak tam yargı davaları, bu müdahaleyi gerçekleştiren hekim veya diğer sağlık çalışanının bağlı bulunduğu idareye yöneltilecektir. Yürütülen davada ise hekim veya sağlık çalışanının davaya müdahil olarak dava sürecinde yer alabildikleri görülmektedir. Danıştay, davaya müdahil olmak isteyen hekimin talebinin reddini, hükmün bozulmasına gerekçe olarak göstermiştir. İdarenin davayı kaybetmesi halinde hekime veya diğer sağlık çalışanına rücu edebileceği düşüncesi, aynı davada hekimin iddialara yönelik savunma yapması açısından hak olarak görülmüştür.²²⁷

B. Özel Hastanelerde Çalışan Hekim ve Diğer Sağlık Çalışanları Tarafından Uygulanan Tıbbi Müdahalelere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar

Hususi Hastaneler Kanunu 1'inci maddesi "özel hastaneleri", "*Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları "hususi hastaneler" den sayılır. Bunların açılma, kullanma, kapanma şartları bu kanunun hükümlerine bağlıdır*" şeklinde tanımlanmıştır. Kanuna göre özel hastanelerin işleticisi, gerçek veya tüzel kişiler olabilir (m.7). Bu kişiler, hasta ile yapılan sözleşmelerin tarafı olarak asli sorumlu olacaktır. Sorumluluk için ise öncelikle hasta ile kurulmuş geçerli bir sözleşme bulunmalıdır. Bu sözleşmenin kusurlu ihlali ile zarar doğmalıdır. En son olarak da illiyet bağına bakılmaktadır.²²⁸

²²⁶ ÖZGÜLDÜR, Serdar, Tam Yargı Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993, s.39.

²²⁷ Danıştay 10.Dairesi, 13.2.2006 tarih, 2004/9120 E. ve 2006/1220 K. sayılı kararı.(Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

²²⁸ GÖKCAN, Hasan, Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.57.

1. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Türleri

Hastaneye kabul sözleşmesi, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu konusunda sorumlu olacak kişilerin belirlenmesinde önem arzedecektir.

a. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Tam hastaneye kabul sözleşmesi, hasta ile özel hastane işleticisi arasında teşhis ve tedavi sürecinde hastanın hastanede kalması üzerine kurulan bir sözleşmedir. Bu şekilde kurulan sözleşmede, tıbbi müdahale sonucu oluşacak ihlal ve zararlardan özel hastanenin işleticisi sorumlu olacaktır. Hekim için ayrı bir sözleşme olmadan kurulan bu sözleşmede hekimler ve diğer sağlık çalışanları, ifa yardımcı statüsündedir. Özel hastane işleticisi, ifa yardımcılarının eylemlerine ilişkin düzenlenen TBK 116'ncı²²⁹ maddesi uyarınca, hekim ve diğer sağlık çalışanları tarafından yapılacak zorla tıbbi müdahalenin muhatabı sıfatına sahip olacaktır.²³⁰ Dolayısıyla hasta, hekim veya diğer sağlık çalışanı hakkında sözleşme ihlali sebebiyle dava açamayacaktır. Hasta, bu sözleşme türüne dayanarak yapılan zorla tıbbi müdahale için hekim ve diğer sağlık çalışanı hakkında ancak haksız fiil sebebiyle hukuki yollara başvurabilecektir.²³¹ Öte yandan hasta, tam hastaneye kabul sözleşmesi ile birlikte düzenlenebilecek hekimlik sözleşmesinin de tarafı olabilmektedir. İkili sözleşme olan bu durumda hekim, tedavi sözleşmesi borcu altına girecektir. Teşhis ve tedavi için hastanın özel hastane çalışanı olsun veya olmasın hekim ile farklı ve bağımsız bir sözleşme yapacağı durumlarda, özel hastane işletmecisinin sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır. Hastanın tedavisi için gereken talimat borcu hastane işleticisinde olacaktır. İkili sözleşme ile kurulan tam hastaneye

²²⁹ TBK madde 116: “Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

²³⁰ YÜCEL, Özge “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, YÜCEL, Özge/GÜRKAN, Sert (Ed.), s.

²³¹ AKKANAT, Halil, Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.30.

kabul sözleşmelerinde hekim ve hastanenin müştereken sorumlu olduğu ifade edilmektedir.²³²

b. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu sözleşme türünde hasta, hem özel hastane işleticisi hem de hekim ile kurulan ayrı iki sözleşmenin tarafıdır. Hastanın özel hastane ile yapmış olduğu sözleşme, yalnızca hastanenin sağlık tesisi hizmeti sunmasına ilişkindir. Hasta ile hekimin arasında kurulan sözleşme ise hekimin tedavi borcunu kapsamaktadır. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde, özel hastane işleticisi, özel hastanenin sağlık tesisi ve organizyonundan mesul iken; yanında çalışmayan hekimin kusurlardan dolayı TBK 116'ncı madde sebebiyle sorumlu olmayacaktır.²³³

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.06.2004 tarih, 2004/13-291 E, 2004/370 K. sayılı kararında “*Olayın meydana gelmesinde ameliyat sırasında zarar gören arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr. B. Y. in 4/8 oranında kusurlu bulunmuş, kalan 4/8 kusur oranı ise kötü tesadüf olarak nitelendirilmiştir. Bu sorumlulukta B. Y. ile birlikte diğer davalı şirkete ait hastanenin de adam kullanan ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Zira, özel hastahane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır*” hükmü ile özel hastanelerin kamusal nitelikte hizmet sunduklarını belirtmiştir ve organizasyonların hastane bakım borcu kapsamında yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

²³² TÜRKMEN, Ali, Hasta ve Hekimin Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.128.

²³³ AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğa Sorumluluk, Ankara, Maya Kitabevi, 1993, s.119.

C. Serbest Çalışan Hekim Tarafından Uygulanan Tıbbi Müdahalelere Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar

Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 12'inci maddesi ile hekimin herhangi bir kurum ya da kuruluşta çalışmadan, serbest olarak mesleğini icra edebileceğini düzenlemiştir. Serbest çalışan hekim ile hasta arasında özel hukuk hükümlerine göre sözleşme kurulabileceği gibi vekaletsiz iş görmeye ve haksız fiile dayanan bir borç ilişkisi de kurulabilmektedir.²³⁴ Yapılan ayrımlar noktasında hastasının başvurabileceği hukuki yollar da farklı olacaktır.

III. HASTANIN BAŞVURACAĞI HUKUKİ YOLLAR BAKIMINDAN HEKİMİN SORUMLULUKLARI

A. Hekimlik Sözleşmesi İle Doğan Sorumlulukta Başvurulacak Hukuki Yollar

Özel hukuk ilişkisi ile kurulan sözleşmelerde hekimin, mesleği ve uzmanlık alanı dahilinde teşhis, tedavi ve korunma amaçlı tıbbi müdahalelere yönelik edimi olacaktır. Hastanın ise hekimin bu yükümlülerine yönelik ödeme edimi gözetilmektedir. Hekimlik sözleşmesi, hekim ile hasta arasında kurulan vekalet sözleşmesi niteliğindedir.²³⁵

Hekimin, hasta ile arasındaki sözleşmeye aykırı hareket etmesi halinde sözleşmenin ihlali doğacaktır. İhlal sonucunda hastaya verilen zararın hekim tarafından karşılanması istenilebilecektir. Söz konusu zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilecektir. Hasta bu zararlar için özel hukuk hükümleri uyarınca adli yargıda dava açabilecektir.²³⁶

²³⁴ SARITAŞ, Hatice, Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006, s.95.

²³⁵ YAVUZ, İPEKYÜZ, a.g.e., s.129.

²³⁶ KICALIOĞLU, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.285.

B. Vekaletsiz İş Görme İle Doğan Sorumluluk

Acil durumlarda veya rıza verilmiş tıbbi müdahale kapsamının genişletilmesi sonucu hekimin hastaya müdahalesi, TBK'nın "vekaletsiz iş görme"²³⁷ hükümlerine göre değerlendirilecektir. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki yerine kanundan doğan bir borç ilişkisine dayanan vekaletsiz iş görme durumunda, hastanın menfaati gözetilecektir. TBK kapsamında hekim, hasta ile arasında sözleşme varmış gibi bütün özen ve yükümlülüklerini yerine getirecek ve gördüğü işin olağan maliyeti dışında herhangi bir edimi hastadan talep edemeyecektir.²³⁸ Aksi halde hekim vekaletsiz iş görme hükümleri gereğince tıbbi müdahalesinden sorumlu olacaktır. Vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan hukuki başvuru hakkında kamu hastaneleri için idare mahkemesi, özel sağlık kuruluşları için ise sözleşmeden kaynaklı olarak özel hukuk yollarına müracaat edilmesi gerekmektedir.

C. Haksız Fiil Sonucu Doğan Sorumluluk

Haksız fiil, hukuka aykırı eylemler neticesinde bireyin zarar görmesidir.²³⁹ Hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme bulunmaması halinde hekimin hastaya yönelik hukuka aykırı eylemi ve eylem sonunda oluşan zarar, haksız fiil sorumluluğunu doğuracaktır.²⁴⁰

Hukuka aykırı eylem, kusur, zarar ve hukuka aykırı eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağı unsurlarının birlikte bulunması halinde haksız fiil gerçekleşecektir. Haksız fiil için hekimin bilinçli iradesinin bulunması gerekmektedir. Bu fiil, bir eylemi yapma olabileceği gibi yapmama da olabilecektir.²⁴¹ Hekimin görevlerini yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi tazminat sorumluluğunu

²³⁷ TBK madde 526: "*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.*"

²³⁸ CANPOLAT, Ferhat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 21, sayı 80, Ocak 2009, s.167.

²³⁹ GÖKCAN, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Hukuku ve Maddi Manevi Tazminat Davaları, Ankara, 2008, s.32.

²⁴⁰ ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1998, s.3

²⁴¹ OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 492, 493.

doğuracaktır. Hastanın vücut bütünlüğü üzerinde yapılan ve hukuka uygunluk nedenleri ile bunların istisnalarını barındırmayan eylemler, hukuka aykırıdır. Haksız fiil için hekimin kusuru aranmaktadır. Bu kusur kast veya ihmal olarak ortaya çıkabilecektir. Hekimin kusurunun ölçüsü tazminat miktarı konusunda belirleyicidir. Hekim, tıbbi müdahale sürecinde ortalama nitelikteki bir hekimin aynı durumlar altında sergileceği özeni göstermekle yükümlüdür. Aksi halde eylemi meslek kusuru kapsamında değerlendirilecektir.²⁴²

Hekimin ile hasta arasında sözleşme bulunmadığı durumlarda hekimin sorumluluğu TBK 49'uncu madde bakımından genel haksız fiil hükümlerine göre düzenlenecektir.²⁴³ Kamu hastanesindeki hekim ve diğer sağlık çalışanları kamu görevlisi olmasından bahisle, haksız fiiller idarenin hizmet kusuru olarak değerlendirilecektir. Anayasa'nın 40/3'üncü maddesinde "*Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" hükmü düzenlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2011/4-592 E, 2012/25 K sayılı kararında "*kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesinedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava idareye yöneltilmelidir.*" hükmünü kurmuştur. Karara göre, kamu hastanelerindeki hekimin kişisel kusuru dahi hizmet kusuru kapsamında değerlendirilecek ve hasta idari dava yoluna başvurabilecektir.

Hekim ile hasta arasında özel hukuk ilişkisi sonucu kurulan sözleşmelerde gerçekleşen hekimin haksız fiilinde hasta, zararın tazminini isteyebilecektir. Hekimin serbest veya özel sağlık kuruluşunda çalışması hususu ise hastanın, hukuksal başvurusunu kime yönelteceği noktasında belirleyici olacaktır. Öte yandan hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme bakımından hekimin çalışanı niteliğindeki yardımcı

²⁴² YAVUZ, İPEKYÜZ, a.g.e., s. 136.

²⁴³ TKB madde 49: "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür.*"

sağlık personelinin haksız fiilinde, hekimin TBK 116'ncı ve TBK 66'nci²⁴⁴ maddeleri üzerinden sorumluluğuna gidilebilecektir.²⁴⁵

Hekimin sanatını icra ederken haksız fiile dayanan eylemlerinden dolayı cezai sorumlulukları doğabilecektir. Bu hususta hasta, hekimin cezalandırılması talebi ile genel ceza kaideleri kapsamında şikayette bulunabilecektir. Kamu görevlisi niteliğindeki hekimler için ise, TCK'nın yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen "özgü suçlar" kapsamındaki hukuki yollara başvurulabilecektir.²⁴⁶

D. Sorumsuzluk Anlaşmaları

Sorumsuzluk anlaşması, sözleşme kurulurken ileride doğabilecek zararlar bakımından tazminat yükümlülüğünün ortadan kaldırılması veya bu yükümlülüğün kısıtlanmasıdır.²⁴⁷ TBK'nın 115/3'üncü maddesi: "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*" düzenlemesine sahiptir. Söz konusu maddede, hekimler ve uzmanlığı olan diğer sağlık çalışanları bakımından hafif kusurun dahi sorumsuzluk anlaşmasına konu edilemeyeceği belirtilmiştir.²⁴⁸ Bununla birlikte her ne kadar TBK 116/2'inci maddesinde, yardımcı kişilerin bakımında sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği düzenlenmişse de; TBK 116/3'üncü maddesinde: "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun*

²⁴⁴ TBK madde 66: "*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.*"

²⁴⁵ KICALIOĞLU, a.g.e.,s. 432

²⁴⁶BÜYÜKTOSUN, Ömer, "Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu", Fasikül Hukuk Dergisi,cilt 10, sayı 101, Nisan 2018, s.18.

²⁴⁷EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, 20. Baskı, İstanbul, Yetkin Yayınevi, 2016, s.83.

²⁴⁸ MERAL, Ömer, Oğuzhan, "Türk Borçlar Kanunu Ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, cilt 19, Özel sayı, 2017, s. 1139.

yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür” ifadesi vurgulanmıştır.

Hastanın, sözleşmenin varlığı halinde başvuracağı hukuksal yol önem arz etmektedir. Hasta sözleşme ihlaline dayanacak olursa, kusurun olmadığı yönündeki ispat yükü, hekimde olacaktır. Bununla birlikte hastanın, haksız fiile yönelik başvurusundaki kusur ispatı, kendisine yüklenecektir.²⁴⁹ Hasta, iki hukuki yolu da tercih edebilecektir. Bu yollardan biri üzerinden zararın tazmini sağlanabilecekse diğer hukuki yol konusuz kalacaktır. Hastanın haklarının korunması bakımından bu hususta TBK 60'ıncı maddesi, “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*” düzenlemesine yer vermiştir.²⁵⁰

IV. İDAREYE KARŞI BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ilk yayımlanan halinde, hak kayıpları sonucunda hastanın dava açabileceği ve idari yollara başvurabileceği düzenlenmişti. Başvurulabilecek bu idari yollar, diğer idari işlemler gibi aynı prosedürler kapsamında yürütülmekteydi. İşleyecek prosedürler, zaman bakımından telafisi imkansız sonuçlar yaratacağı ve yapılacak incelemenin uzmanlık gerektirmesi sebebiyle 2003'te yayımlanan Sağlık Tesislerinde Hasta Hakları Uygulamalarına Dair Yönerge ile “özgü prosedürler” düzenlenmiştir. 2005'te yapılan yeni düzenleme sonrası Yönerge, yürürlükten kaldırılmıştır. 2014'te ise, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde yapılan değişiklik sonrası şikayet usulleri eklenmiş ve aynı yıl bu hükümlere ilişkin Genelge yayımlanmıştır.²⁵¹

²⁴⁹ İPEKYÜZ, a.g.e., s.126.

²⁵⁰ MERAL, a.g.e., s.1166.

²⁵¹ SERT, Hasta Hakları, s.283.

Hasta Hakları Yönetmeliği, hasta ve hasta ile ilgisi olan kişilere başvuru ve dava hakkı tanımıştır.²⁵² Bu hak sonucu, ihlal durumunda hasta ve hasta ile ilgili olanların kurum ve kuruluşlara yönelik maddi ve/veya manevi tazminat davası açılabileceği ifade edilmiştir (m.43). Bununla birlikte, sadece hakkın ihlalinde değil aynı zamanda hakkın kullanılmasını engelleyen personel için de düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu personel için; cezai, mali ve inzibati sorumluluğun doğabileceği belirtilmiştir (m.44). Öte yandan Yönetmelik, şikayet sonucu izlenecek süreçler (m.45) ile yaptırımlara (m.46, 47) ilişkin hükümlere sahiptir.

A. Hasta Hakları Yönetmeliği 2014 Değişikliği

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 2014'teki değişikliği sonrası hasta hakları uygulamaları düzenlenmiştir. Söz konusu uygulamalara ilişkin Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 2014/32 sayılı Genelgesi yayımlanmıştır. Değişiklik sonrası Hasta Hakları Kurulları'nın oluşturulması öngörülmüştür.²⁵³

B. Hasta Hakları Kurulları

İl Sağlık Müdürlükleri bünyesinde kurulan Hasta Hakları Kurulları ve bu Kurulların başkanı ile üyeleri, Yönetmelik tarafından gösterilmiştir. Hasta Hakları Kurulları, sağlık kuruluşlarından tıbbi müdahale iddiaları dışında gelen başvuruları irdeleyerek karara bağlamaktadır. Bu başvurular, yazılı veya elektronik posta ile yapılabilecektir. Yapılan başvurular Kurula gelmesinden itibaren 30 gün içerisinde gizli olarak değerlendirilecektir. Kurul, gerekli görür ise ilgilileri dinleyebilecektir. Bununla birlikte Kurul'un görevleri arasında öneri sunmak ve düzenleyici işlem yapmak da bulunmaktadır. Kurulun ihlal kararı sonrası ilgili personel hakkında idari inceleme başlatılacaktır. Hakkında son ay içerisinde ikiden fazla ihlal kararı verilen personel dosyası, Sağlık Meslekleri Kurulu'na gönderilecektir. Kurul'un kararları doğrultusunda sağlık kurum ve kuruluşları, Kurum'un yaptığı işlemler bakımından

²⁵² Hasta Hakları Yönetmeliği madde 42: *"Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikayet ve dava hakları vardır."*

²⁵³ HATIRNAZ EROL, Gültezer, "Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Hakkında Değerlendirme", Terazi Hukuk Dergisi, cilt 9, sayı 100, Aralık 2014, s.757.

bilgilendirecektir. Öte yandan 2014/32 sayılı Genelge uyarınca, hakkı ihlal edilen personel, tebliğden itibaren 10 gün içerisinde Kurul'a itiraz hakkına sahip olacaktır. Kurulu'un ikinci kez vereceği karar nihai nitelikte olacaktır.²⁵⁴

C. Hasta Hakları İl Koordinatörlüğü

Hasta Hakları Yönetmeliği değişikliği sonrası yayımlanan 2014/32 sayılı Genelge uyarınca, Sağlık Müdürlüğü bünyesinde kurulan Koordinatörlük, hasta hakları için yapılan başvuruların internet sistemini kontrol etmek, il genelinde hasta hakları uygulamalarını koordine etmek ve kurulların kurulması ile çalışmasını sağlamak amacıyla kurulacaktır. Koordinatör, Valiliğin uygun görüşü ve Bakanlığın onayı ile hekim, sosyal hizmet uzmanı ve psikologlar önceliğinde seçilecektir. Öte yandan Koordinatör, Kurulun çalışma esasları ile sekreteryaya hizmetlerini de yerine getirecektir.²⁵⁵

D. Hasta Hakları Birimleri

Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre, hasta haklarının ihlaline ilişkin başvurular Hasta Hakları Birimleri'ne yapılacaktır. Bu birimlere yapılacak başvurular hasta veya hasta yakınının kimlik ibrazından sonra alınabilecektir. Birimler, poliklinik katında, hastalar tarafından kolay ulaşılabilirlik düzeyinde olacaktır. Yönlendirme levhaları ve iletişim bilgilerinin de bulunması gerekmektedir. Başvuru sonrasında birim sorumlusu ilgili şikayeti Hasta Başvuru Bildirim Sistemi²⁵⁶'ne kayıt edecektir. Acil durumlar halinde ise, durumu sağlık tesisi yöneticisine iletilecektir. İlgili sağlık kuruluşunda çözülemeyen şikayetler yapılan başvuruya ilişkin belgelerin 7 gün içerisinde toplanması sonrası bu belgeler sisteme yüklenerek Hasta Hakları Kurulu'na gönderilecektir.

²⁵⁴ SERT, Hasta Hakları, s. 297

²⁵⁵HATIRNAZ EROL, a.g.e., s.760.

²⁵⁶ Hastaların hak ihlallerine karşın yapmış oldukları başvuruların, ilk kaydından son karar anına kadar kaydedilerek yürütülen internet üzerinden sistemdir.

Yönetmelik ve Genelge ile birlikte hastalar ihlal durumlarında CİMER²⁵⁷ ve SABİM²⁵⁸'e de başvurumaktadırlar.

V. ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak olan bireysel başvuru hakkı, ihlal sonucunda diğer başvuru yollarını tüketen bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne başvurusudur. Bu hak, 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması ile 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa'ya girmiştir.²⁵⁹ Bireysel başvuru hakkı ile bireyler, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi doğrultusunda ve Anayasa kapsamında güvence altına alınmış temel ve hak ve özgürlüklerinin ihlali sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceklerdir.²⁶⁰

A. Bireysel Başvuru Hakkının Nitelikleri

Bireysel başvuru hakkının amacı, kamu gücü karşısında bireylerin Anayasa'da belirtilen temel ve hak özgürlüklerin ihlalinin önlemek ve ihlal gerçekleşmiş ise ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaktır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde tanımlanan ve Anayasa tarafından güvence altına alınmış hakların, devletin bütün kurumları tarafından korunması gerekmektedir. Bu sebeple, hakkı ihlal edilen bireylerin öncelikli olarak idareye başvurusu, idarenin bu ihlalleri ortadan kaldırması

²⁵⁷Başbakanlık İletişim Merkezi.

²⁵⁸ Sağlık Bakanlığı İletişim Sistemi.

²⁵⁹ TURABİ, Selami, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.30.

²⁶⁰ Anayasa 148'inci madde (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 md.): “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 md.): “Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 md.): “Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

beklenmektedir.²⁶¹ İdareye ve diğer kanun yollarına başvurudan beklenen sonuca ulaşamaması durumunda ise, ikincil nitelikte kanun yolu olan bireysel başvuru hakkı ortaya çıkacaktır. En nihayetinde, bireysel başvurunun konusu Anayasa kapsamında olan ve ihlali idarece giderilememiş olan haklardır. Öte yandan bireysel başvuru hakkı ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gitmeden önce iç hukukta ihlalin çözülmesi amaçlanmıştır.²⁶²

B. Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar Ve Başvuru Sahibi

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruya konu edilebilecek haklar; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve bu Sözleşme'nin Protokolleri ile tanımlanmış ve Anayasa'da belirtilmiş, fakat kamu gücü ile ihlal edilmiş olan haklardır. Kamu gücünün bağlayıcı ve emredici eylem ve işlemleri ile eylemsizliği de hakkın ihlaline sebebiyet verebilecektir. Bireysel başvuru hakkı sahibi ise, kamu gücü sebebiyle bu hakların ihlali sonucu mağdur olan "*herkes*"i ifade etmektedir.²⁶³

C. Bireysel Başvurunun Şartları

Bireysel başvuru için, bireyin güncel ve kişisel hakkının doğrudan etkilenmesi gerekmektedir. *Güncellik* kavramından, bireyin sonucu meydana gelmiş hakkının ihlal edilmiş olması anlaşılmaktadır. *Kişisellik* kavramından ise, hakkın başvuruyu yapan kimseye ait olması gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan, *doğrudan etkilenme* koşulu ise, ihlale sebebiyet veren kamu gücünün doğrudan hakkı ihlal etmesi, araya başkaca herhangi bir eylemin girmemesidir.

Başvuru için diğer bir şart ise, başvuru için hakkın ihlalinin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kanunda öngörülmüş olan yargısal ve idari yolları tüketmiş olmasıdır. Anayasa'nın 148'inci maddesi: "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*

²⁶¹ KORKMAZ, Ramazan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.17.

²⁶² EKİNCİ, Hüseyin, SAĞLAM, Musa, "66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", Ankara Barosu Yayınları, Kasım 2012, s.9.

²⁶³ KAYAR, İnci, " Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", Terazi Hukuk Dergisi, cilt 7, sayı 67, Mart 2012, s.62.

kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” hükmü ile başvuruda, kanun yollarının tüketilmesi gerektiğini düzenlenmiştir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 45/2’inci maddesi ise, *“İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali için kanunda öngörülmiş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.”* ifadesi ile bir kez daha idari ve yargısal başvuru yollarının da tüketilmesi gerektiği vurgulanmıştır.²⁶⁴

Bireysel başvurunun, Anayasal açıdan önem taşıması gerekmektedir. Bu şart bakımından Mahkeme’nin, önüne gelen başvurular hakkında yerleşik ve tek bir içtihat oluşturma gayesi sonucu, aynı konuya ilişkin birden fazla inceleme yapılmaması gerektiği belirtilmiştir. İhlale yönelik verilen karar sonrası, İdarenin hakkı koruma yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’yı yorumlayarak, temel ilkeleri belirleyeceği ve genel mahkemelerin de Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda hüküm oluşturması gerektiği ifade edilmiştir.²⁶⁵

Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, 15/10/2015 tarihli, 2013/2084 Başvuru numaralı kararında: *“ Başvurucu tarafından Anayasa'nın 2., 17., 36., 37., 40., 41. ve 56. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği ileri sürülmüş ise de bu iddiaların özü; tıbbi bir uygulama nedeniyle fiziki bütünlüğünde zarar meydana geldiği ve açtığı tazminat davasından bir sonuç alamadığı, yargılamanın uzun sürdüğü hususu ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvurunun iddiaları Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ve 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmiştir.”* ifadesi ile ihlali, başvurunun tavsif ettiği maddelere göre değil, somut olaya göre re’sen farklı maddeler ışığında irdelediğini belirtmiştir.

²⁶⁴AYDIN, Serap “Türk Hukuk Sisteminde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 8, sayı 80, Nisan 2013, s.17.

²⁶⁵ EKİNCİ, Hüseyin, SAĞLAM, Musa, s.24.

D. Anayasa Mahkemesinin Esasa İlişkin Kararlarının Niteliği

Anayasa Mahkemesi, usul bakımından kabul edilebilir başvurular yönünden esasa ilişkin olarak hakkın ihlal edilip edilmediği doğrultusunda hüküm kuracaktır.²⁶⁶ Hakkın ihlal edilmediği durumlarda, bireylerin hakları konusunda değişikliğe gidilmeyecektir. Hakkın ihlalinin tespit edildiği kararlarda ise, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması adına Mahkeme, yeniden yargılama veya başvuru için tazminat konusunda karar verecektir.²⁶⁷

Anayasa Mahkemesi, 22/11/2017 tarihli, 2014/4255 Başvuru numaralı kararında; *“Başvurucu hakkında topuk kanı alınması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasının, başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale oluşturmaktır... 6216 sayılı Kanun'un "Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar" kenar başlıklı 46. maddesinde kimlerin bireysel başvuru yapabileceği sayılmış olup anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre; bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu ön koşullar, başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, başvurunun "güncel bir hakkının ihlal edilmesi", bu ihalden dolayı kişinin kişisel olarak" ve "doğrudan" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurunun kendisinin "mağdur" olduğunu ileri sürmesi gerekir. Kamu makamlarının başvuru aleyhine belirli adımlar atmaya karar verdiği ve müdahalenin yalnızca kararın icrasından ya da infazından ibaret olacağı durumlarda, ilgili temel hakka yönelik eylemden doğrudan etkilenme tehdit veya tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu durumlarda bireysel başvuru yapılabilir. Ancak bireysel başvuruda bir hakkın ihlal edildiğine karar verilebilmesi için mağdurluk statüsünün ve/veya başvuruya konu olan kamu gücü kullanımına dayalı temel nedenlerin başvurunun yapıldığı anda mevcut olması ve başvuru hakkında karar verileceği zamana kadar devam etmesi gerekir. Mağdurluk statüsünün varlığı konusunda değerlendirme yapılırken başvurunun şikayet ettiği hususların gerçekleşip gerçekleşmediği, hala mevcut olup olmadığı ve*

²⁶⁶ KANADOĞLU, Korkut, Osman, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Oniki Levha Yayınları, 2015, s.245.

²⁶⁷KAYAR, İnci, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 7, sayı 67, Mart 2012, s. 69.

muhtemel hak ihlalinin etkilerinin giderilip giderilmediği incelenmelidir. Somut olayda, verilen kararın tedbir kararı olması nedeniyle dosya tekrar Mahkemesi tarafından ele alınabilmiş, Mahkeme tarafından bireysel başvuru yapıldıktan yaklaşık iki ay sonra 26/5/2014 tarihinde verilen ek karar ile sağlık tedbiri kararı kaldırılmıştır. Başvurucunun kaydının bulunduğu Toplum Sağlığı Merkezinden istenen müzekkere neticesinde 4/7/2017 tarihli yazıyla başvurucudan topuk kanı alınmadığı da anlaşılmıştır. Bu kapsamda İçtüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendine göre başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin düşmesine karar verilmesi gerekir.” hükmü ile zorunlu topuk kanı uygulaması bakımından müdahalenin idare tarafından yapılmadığını, dolayısıyla hakkın ihlaline yönelik inceleme yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

VI. İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİNE BAŞVURU HAKKI

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne göre taraf devletlerin hareketsiz kalma, kaçınma ve karışmama niteliğindeki eylemsizliği, *negatif yükümlülükleri*'nin sonucudur.²⁶⁸ Bunun yanında Sözleşme'ye göre devletler, bireylerin haklarını etkili kullanabilmelerini de güvence altına almakla yükümlüdürler. Bu da taraf devletlerin Sözleşmede güvenceye alınan hakları korunması ve etkili kullanılabilmesini temin etmesi bağlamında *pozitif yükümlülükleri* gündeme getirmektedir.

Taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle hakkı ihlal edilen bireyler, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurabileceklerdir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 34'üncü maddesi “*Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir.*” hususunu düzenlemiştir. Madde bakımından hakkı ihlal edilen bireyler “mağdur” olarak ifade edilmiştir.

²⁶⁸ ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996, s.150.

A. Başvuru Hakkına Sahip Olanlar

Sözleşme’de, *Bireysel Başvuru* lafzına dayanılarak, *gerçek kişi* olan mağdurun başvuruda bulunabileceği belirtilmiştir. İç hukuktan farklı olarak başvuru yapabilecek gerçek kişilerin, dava ehliyetinin olması aranmamıştır. Mağdur olan her gerçek kişinin başvuru yapabileceği ifade edilmiştir. Sözleşme’nin 34’üncü maddesi gereğince, *hükümet dışı kuruluşlar* ile tüzel kişiliğe sahip olmayan *kişi grupları*’nın da bireysel başvuru yapabileceği düzenlenmiştir.

1. Bireysel Başvuru Şartı: “Mağdur Olma”

Sözleşmenin 34’üncü maddesi gereği; idari bir işlem, eylem veya ihmalden dolayı hakkı ihlal edilen kişi ya da kişiler *mağdur* olarak başvuru hakkına sahip olacaklardır. Mağdurluk ise belirli kriterler sonucu sınıflara ayrılmıştır.

a. Doğrudan Mağdur Olma

Hakları ihlal edilen bireyler, ihlali kanıtlar nitelikte delilleri ve belgeleri ile başvuruyu yapacaklardır. Sadece şüphe ile yapılan başvurular, sonuca ulaşmada yetersiz olacaktır. *Doğrudan mağdurluk* durumunda birey, bizzat zarar görmesi hususuna dayanarak başvuruda bulunabilecektir.²⁶⁹

Doğrudan mağdur olanların bizzat veya temsilcisi ile başvuru yapması gerekmektedir. Mağdurun bizzat başvurmadığı durumlar için Mahkeme, geniş yorumda bulunarak başvuruyu kabul etmektedir. *Y.F./ Türkiye*²⁷⁰ davasında, karısına zorla jinekolojik müdahalede bulunduğu iddiasıyla şikayette bulunan kocanın başvurusu, geçerli bir temsil yetkisi olmadığı halde, mağdurun *kırılgan* yapısı dikkate alınarak kabul etmiştir.

²⁶⁹BAYSAL, Mustafa, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Mağdur Kavramı”, Dergipark, s.195.

²⁷⁰ Y.F./ Türkiye, 24209/94 Başvuru numaralı, 22/07/2003 tarihli karar, “*Mahkeme, Hükümetin davanın hiçbir aşamasında başvuranın eşi adına şikayette bulunmasını tartışmadığına dikkat çekmiştir. Mağdurun yakın bir akrabası olarak eşinin, özellikle bu davanın özel şartlarında eşinin içinde bulunduğu hassas durum gözönüne alındığında, Sözleşme maddelerinin ihlali hakkında başvuru yapmaya hakkı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bu dava ile ilgili olarak, başvuranın eşinin 8. madde ile korunan haklarına yapılan müdahaleyi inceleyecektir.*”

b. Dolaylı Mağdur Olma

Temel hak ve hürriyeti kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin yakınları, söz konusu ihlalden dolaylı olarak etkilenebilecektir. *Dolaylı mağdur* olarak yapılan başvuralarda Mahkeme, dolaylı mağdurun doğrudan mağdur ile olan yakınlık derecesini ve yine dolaylı mağdurun iç hukukta davalara katılma ve bu davaları takip etme kriterlerini aramıştır.²⁷¹ *Çakıcı/Türkiye*²⁷² kararında Mahkeme, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlali için yapılan başvuruda, gözaltında işkence görüp kaybolduğu iddia edilen bireyin kardeşinin başvurusunu, dolaylı mağdurluk bakımından incelemiştir. Dolaylı mağdurluk başvurularında, doğrudan gerçek mağdurun hayatta iken başvuru hakkını kullanma durumunu değerlendirmektedir. Ölüm ile kayıp durumları dışında ve devredilebilir bir hakkın olmaması halinde doğrudan mağdurluk başvurularının yapılamayacağı ifade edilmiştir. Mahkeme, *Sanles Sanles/İspanya*²⁷³ kararında, iç hukukta ötanazi talep eden bireyin yakını olarak başvuru yapan kimseyi, söz konusu hakkın kişisel ve devredilemeyen bir hak olmasından bahisle dolaylı mağdur olarak görmemiş ve başvuruyu reddetmiştir. Öte yandan Mahkeme, dolaylı mağdurluk başvurularında meşru menfaat kriterini de göz önüne almaktadır. İhlale karar verilmesi sonucunda dolaylı mağdurların tazminat alabileceği gerçeği karşısında, meşru menfaatin bulunabileceği ifade edilmiştir.

c. Potansiyel Mağdurlar

Potansiyel mağdurluk, özellikle Sözleşme'nin 3'üncü ve 8'inci maddeleri kapsamında bireyin sınır dışı edilmesi sonrasında yaşayabileceği işkence ve kötü muamele ile adil yargılanma hakkının zedeleneceği durumlarda tanınmış bir mağdurluk şeklidir. Potansiyel mağdurluk ile Mahkeme, ileride bireyin üzerinde etkisini gösterecek, ciddi ve telafisi güç zararların önlenmesi amacıyla bireylere başvuru hakkı tanımaktadır.²⁷⁴

²⁷¹ ŞİRİN, Tolga, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 7, 2018, s.39, https://www.anayasa.gov.tr/media/5605/usul_huk/uku_internet.pdf, (Son Erişim Tarihi: 26/10/2019)

²⁷² Çakıcı/Türkiye, 23657/94 Başvuru numaralı, 08/07/1999 tarihli kararı

²⁷³ Sanles Sanles/İspanya, 48335/99 Başvuru numaralı, 26/10/2000 tarihli kararı.

²⁷⁴ ŞİRİN, a.g.e., s.50.

B. Başvurunun Usule Uygun Olması

İnsan Hakları Sözleşmesi 35/1'inci maddesi, “*Mahkeme bir meseleyi sadece, uluslararası hukukun genelde tanınan kuralları uyarınca, tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra ve nihai kararın alındığı tarihten itibaren altı ay içinde ele alabilir.*” Hükmünü içermektedir. Bu hükme göre, olağan iç hukuk yollarının tüketilmesi hususu, her bir başvuru bakımından Mahkemece re’sen irdelenecektir. Bununla birlikte Mahkeme, iç hukuk yollarının; ulaşılabilirlik, etkililik ve yeterlilik koşullarını taşıması gerektiğini ifade etmiştir.

Mahkeme’nin aradığı koşulları sağlayan hukuk yollarının, *olağan hukuk yolları* olduğu kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, devam eden yargılama sırasında verilen tedbir kararları bakımından iç hukuk yollarının henüz tüketilmediğinden bahisle, söz konusu kararların başvuruya konu edilemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak, davanın esası hakkında karar verme süresinin hakkın ihlaline sebep olacağı durumlarda ise başvuruda bulunulabileceği vurgulanmıştır. Bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne ilişkin tedbir kararlarının bahsedilen nitelikte olduğu belirtilmiştir.²⁷⁵

Başvuru için tüketilmesi gereken olağan iç hukuk yolları, idari yollara başvuru, itiraz yolu, dava açma, istinaf, temyiz ve uyuşmazlık mahkemesi yolu olarak ifade edilmiştir. Karar düzeltme yolu ise, Mahkeme tarafından, *etkililik* niteliğine sahip olmadığı sebebiyle olağan iç hukuk yolu olarak görülmemiştir. Anayasa Mahkemesi ise karar düzeltme yolunun etkililiğinin, bireylerin bu yola başvurma durumuna göre belirlenebileceğini ifade etmiştir. Karar düzeltme yoluna başvurulması halinde bu yolun birey tarafından olağan iç hukuk olarak görüldüğü ve karar düzeltme sonucunun beklenmesi gerektiği, karar düzeltme yoluna başvurmamasında ise temyiz onama kararı akabinde başvurunun süresinin başlayacağı belirtilmiştir. *Olağanüstü iç hukuk yolları*, yargılamanın yenilenmesi, kanun yararına bozma ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı olarak belirtilmiştir.²⁷⁶

²⁷⁵Laura Alejandra Caceres,2013/1243 Başvuru numaralı, 2013/1243 tarihli kararı.

²⁷⁶ŞİRİN, a.g.e., s.157.

C. Zorla Tıbbi Müdahale Bakımından Başvuru

Öncelikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ve Ek Protokollerde doğrudan sağlık hakkıyla veya zorla tıbbi müdahaleyle ilgili bir hüküm yer almamaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, tıbbi müdahale ve bu müdahaleden kaynaklanan hak ihlallerini Sözleşme'nin birçok maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Bireylerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerine yapılan müdahale olan tıbbi müdahaleler bakımından Mahkeme, 8'inci madde kapsamında bireylerin rızasının alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bireyin, kanunlarda belirlenen şartlar dahilinde rızasının alınması gerektiğini ifade ederek; uygun rızanın bulunmaması halinde bireyin, bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını belirtmiştir. Öte yandan bireye uygulanacak olan tıbbi müdahalelerin 3'üncü madde kapsamında işkence ve kötü muamele boyutunda olmaması gerektiği de vurgulanmıştır. En nihayetinde, uygulanacak olan müdahalelerin en temel hak olan yaşama hakkını ihlal etmemesi gerektiği önem arz etmektedir.²⁷⁷

D. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 46/1'inci maddesi "*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler*" düzenlemesine göre Mahkeme kararları, iç hukuktaki yerel mahkeme kararlarını kaldırmayarak, hakkın ihlali ve tazminat konularında karar verecektir. Verilen ihlal kararına ise taraf devletler uymakla ve ihlal konusunda önlem almakla yükümlü olacaklardır. Mahkemenin vermiş olduğu kararlarayönelik iç hukuk uygulanması denetimi ise Bakanlar Komitesi tarafından yürütülecektir.²⁷⁸

²⁷⁷ ARSLAN, ÖNCÜ, Gülay, "Özel Yaşama Ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, s. 25

²⁷⁸ ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri, s.63. https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/unal.pdf (Son Erişim Tarihi: 27/10/2019)

SONUÇ

Bireylerin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler belirli şartları ihtiva etmeleri halinde hukuka uygun olacaktır. Hukuka uygunluk şartlarının başında ise rıza gelmektedir. Bireylerin uygulanacak müdahale açısından aydınlatılmaları sonucunda verecekleri rıza, kendi geleceğini belirleme hakkının sonucudur. Bireylerin rızasının bulunması istisnaları ise keyfiyeti önlemek adına ancak kanunlar tarafından belirlenebilecektir. Bu istisnalar amaç itibari ile kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı temellerine dayanmaktadır. Öte yandan insan onuru kapsamında bireyin yaşama hakkının ihlaline yönelik iradi ve rızai beyanları ise kabul görmeyecektir.

Devletin, rızanın bulunmadığı durumlarda tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğuna dair dayanak gösterdiği istisnalar ise hakkın özüne dokunma yasağı ve hakkın sınırlandırılmasının sınırları boyutunda irdelenmelidir.

Tez’de zorla tıbbi müdahale türleri, kanundan doğan ve diğerleri olarak sınıflandırılmıştır. Söz konusu türler, yapılan ikili ayırım altında, ulusal ve uluslararası mevzuatlar bakımından değerlendirilmiştir.

Kanun’dan doğan ve zorla tıbbi müdahalelerden olan bulaşıcı hastalıklarda; kamu sağlığı bakımından rıza aranmamış, tecrit ile zorla tedavi uygulamaları hukuka uygun görülmüştür.

Anayasa Mahkemesi’nin kararı ile bebeklik dönemi zorunlu aşılması için velilerin izni ve rızası aranmış ve rıza olmadan uygulanacak olan aşının hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir.

Beden muayenesi konusunda, TCK ve CMK, iç ve dış beden muayenesi şeklinde muayenenin bedenin hangi kısmına ilişkin yapılacağına dair ayrıma giderek yetkili makamların izin ve esaslarını bu ayrıma göre düzenlemiştir. Bunun yanında, gerekli izinler alınmadan yetkisiz kişiler tarafından uygulanabilecek genital muayeneler de suç olarak görülmüştür.

Açlık grevi ve zorla besleme konusunda mevzuat, zorla tıbbi müdahaleyi idarenin sorumluluğu olarak görmüş ve bu sorumluluk için yaşama hakkını işaret etmiştir.

Psikiyatride zorla tedavi ve zorla tıbbi müdahaleler bakımından kamu düzeni, rıza karşında üstün görülmüştür.

Evlilik öncesi uygulanan zorunlu sağlık prosedurleri ile soybağının tespiti amacıyla uygulanan tıbbi müdahaleler, kamu sağlığı ve kamu düzenine dayandırılmıştır.

Diğer zorla tıbbi müdahale başlığı altından incelenen cinsiyet değiştirme hususunda Anayasa Mahkemesi, TMK 40'ıncı maddesinin cinsiyet değişikliği için şartlardan olan *bireyin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunması* hükmünü iptal etmiştir.

Tez'de hukuka uygunluk şartları bakımından hangi müdahalelerin zorla tıbbi müdahale niteliği taşıdığı ve bu müdahaleler sonucunda bireylerin hangi yekili mercilere başvuracağı konusu ele alınmıştır. Bu bağlamda bir yandan geçerli rızanın şartları, özellikle hastanın gereği gibi aydınlatılması konusu tartışılmış, rızanın eksikliği halinde onun yerini dolduran varsayılan rıza kavramı incelenmiştir. Bununla birlikte mevzuatımızın hasta hakları ihlallerinde hasta ve hasta yakınlarına hukuki, idari ve cezai olmak üzere sağladığı korunma imkanları irdelenmiş, ihlal edilen hasta hakları konusunda başvuru hakkı ve bu hakkın kullanılması bakımından görevli ve yetkili kurumlar ele alınmıştır.

Hak ihlalleri hallerinde Ceza Hukuku veya İdare Hukuku kapsamında mevzuatımızda yer alan başvuru hakkı ve başvuru mekanizmalarının doğru bir şekilde bilinmesi ve kullanılması önem arz etmektedir. Tez'de öncelikle tıbbi müdahale ve tıbbi müdahalelerde rıza kavramı genel olarak bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alındıktan sonra, tıbbi müdahaleler neticesinde oluşabilecek mağduriyetler durumunda hasta veya hasta yakınlarının başvurabilecekleri hukuki mercilerle ilgili değerlendirilmeler ortaya konmaya çalışılmıştır.

KAYNAKLAR

AKKANAT, Halil, Prof. Dr. Özer Selici'ye Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

AKYILDIZ, Sunay, "COVID-19 Sebebiyle Oluşan Küresel Pandemiye Hukuksal Bakış", Terazi Hukuk Dergisi, cilt 15, sayı 166, Haziran 2020, s.1206.

AKYÜZ, Osman, ÇOBAN, Soner, BODAKÇI, Mehmet, DEMİR, Mehmet, ÖZDEMİR, Abdurahman, "Güncel Bilgiler Işığında Her Yönüyle Sünnet", Yeni Üroloji Dergisi, cilt 13, sayı 2, 2018, s.71.

ALAN AKCAN, Esra, "Ötanaziye Genel Bir Bakış", Fasikül Hukuk Dergisi, cilt 5, sayı 45, Ağustos 2013, s.11.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun 11/11/2015 tarihli 2013/1789 başvuru numaralı kararı.

ARIN, Namal, "Psikiyatri Tarihçesi Işığında Ruh Hastalarının Zorla Tedavilerine Etik Açından Genel Bir Bakış", ARIN, Namal, DOĞAN, Mahmutoglu (Ed) Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı (Vol 4-5-6). İstanbul, Nobel Tıp; 2013, s.43.

ARMAĞAN, Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

ARPACI, Abdulkadir, "Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 6, sayı 2, Aralık 2009, s.10-11.

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, "Özel Yaşama Ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı" Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, s.25.

ARSLAN, Kahan, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 28, sayı 120, Eylül 2015, s.159.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Makaleleri, Güven Kitabevi, 2002.

AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğa Sorumluluk, Ankara, Maya Kitabevi, 1993.

ATALAY, Ayşe Özge, “İnfaz Kurumlarındaki Açlık Grevlerine Devlet Müdahalesi Sorunu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 8, sayı 109, Eylül 2013, s.72-76-87.

AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991,
AYDIN ER, Rahime, ŞEHİRALTI, Mine, “ Çözülmemiş Bir Konu: Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastanın Gönülsüz/Zorla Tedavi Edilmesi”, Psikiyatri Hemşireliği Dergisi, cilt 1, sayı 1, s.40.

AYDIN, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Bursa, Adalet Yayınevi, 2008,

AYDIN, Serap, “Türk Hukuk Sisteminde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 8, sayı 80, Nisan 2013, s.17.

AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün; ÜSTÜN, Çağatay, “Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirmesi”, Fasikül Hukuk Dergisi, cilt 6, sayı 53, 2014, s.29.

AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, “Hukuki Kurum Rızanın, Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt 6, sayı 2, Aralık 2009, s.142.

BADUR, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017,

BAĞÇECİ TACİR, Hamide,“Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış ve İnsan Geliştirme Uygulamaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 15, sayı 2, Aralık 2018, s.8-9.

Balyemez/Türkiye, 2014/5909 başvuru numaralı 25/03/2015 tarihli karar.

BAYINDIR, M. Savaş, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. XI, Sa.1-2, s.554,

BAYSAL, Mustafa, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Mağdur Kavramı”, Dergipark,

BEREKET BAŞ, Zühal: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, sayı 68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004, s.73-88.

BEYAZIT, Özgür, “Genital Muayene Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 5, sayı 13, Ağustos 2010, s.152.

BİRTEK, Fatih, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”, İstanbul Barosu Dergisi, cilt 81, sayı 5, Eylül 2007, s.1999.

BORAN, Bedia, “Açık Grevi/ Ölüm Orucu Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, Ankara Barosu Dergisi, cilt 65, sayı 3, Yaz 2007, s.97.

BÜYÜKTOSUN, Ömer, “Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu”, Fasikül Hukuk Dergisi, cilt 10, sayı 101, Nisan 2018, s.18.

CANPOLAT, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 21, sayı 80, Ocak 2009, s.167.

CENGİZ, Serkan, “Mahpusların Açlık Grevi Ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 23, sayı 88, Mayıs 2010, s.436.

Çakıcı/Türkiye, 23657/94 Başvuru numaralı, 08/07/1999 tarihli kararı,

ÇAKMUT YENERER, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 2003,

ÇELİK, Can, “İnsan Hakları Boyutuyla Zorla Besleme”, Fasikül Hukuk Dergisi, cilt 6, sayı 53, S.41.

ÇETİN, Gürsel, “Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, I. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu. A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.179.

ÇOBANOĞLU, Nesrin, “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu, 2009, s.7.

DURŞUN, Gizem, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, cilt 19, Özel Sayı-2017, s.2975.

DÜLGER, İbrahim, “Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene”, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu “Tıp Hukukunun Güncel Sorunları”, 28 Şubat – 1 Mart 2008, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.1261.

Ebru-Tayfun Çolak/ Türkiye Kararı, (60176/00), 30 Haziran 2006,

EKİNCİ, Hüseyin, SAĞLAM, Musa, “66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Ankara Barosu Yayınları, Kasım 2012,

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996,

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, 20. Baskı, İstanbul, Yetkin Yayınevi, 2016,

ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003,

ERSOY, Nermin, AYDIN, Erdem, “ Tıbbi Etik’te Özerklik ve Özerkliğe Saygı İlkesi” Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuku Tarihi Dergisi, cilt 2, sayı 2, Şubat 1994, s.71.

ERSÖZ, Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Hukuk Dergisi, sayı 45, Mayıs 2010, s.106-108.

EŞELİOĞLU, Rasime, “İnsan Onuru ve Biyoetik”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 3, sayı 1, Ocak 2017, s.237.

FEYZİOĞLU, Metin, “Açlık Grevi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 43, sayı 1, Ocak 1993, s.158.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Teorisinin Genel Teorisine Giriş, 1. Cilt, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, 2012.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 9, sayı 93, Mayıs 2014, s.119.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Hukuku ve Maddi Manevi Tazminat Davaları, Ankara, 2008, s.32.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

GÖNENÇ, Fulya İlçin, “Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (16-17 Ekim 2014, Lefkoşa), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, sayı 306, Kasım 2015, s.72.

GÜLEL, İlhan, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt 6, sayı 2, Aralık 2009, s.142.

GÜRBÜZ, Meral, “Bir Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 1, sayı 1, Aralık 2011, s.113.

GÜVEN, Kudret, “Multidisipliner Bir İnceleme Konusu; Hadımlaştırma (Kastrasyon)”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 1, sayı 5, Ocak 2019, s.11-56.

GÜVEN, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Nobel Yayıncılık, 2000.

GÜZELSOY, Zeycan, “Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması”, (Danışman: Yard. Doç. Dr. Yusuf Tunç Demircan), T.C. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019,

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019,

- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 21. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020,
- HANCI, İ. Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006,
- HATIRNAZ EROL, Gültezer, “Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Hakkında Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 9, sayı 100, Aralık 2014, s.757.
- İŞİK YILMAZ, Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 24, sayı 98, Ocak 2012, s.394.
- İPEKÇİOĞLU AKSOY, Pervin, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vucuttan Örnek Alınması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, sayı 1, 2012, s.35.
- İPEKÇİOĞLU AKSOY, Pervin, “Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 6, sayı 17, Aralık 2011, s.110.
- İZGİ, Cumhur, “Tedavi Amaçlı Olmayan Erkek Çocuk Sünnetinin Etik Değerlendirilmesi”, Türk Psikiyatri Dergisi, sayı 25, 2014, s.5.
- KALAYCI ÖLÇÜM, Merve Buse, Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- KANADOĞLU, Korkut Osman, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Oniki Levha Yayınları, 2015.
- KARAKUL, Selman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-1”, Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı 3 (2), Güz 2016.
- KARAKUL, Selman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-2”, Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı 4 (1), Bahar 2017,
- KASAPOĞLU TURHAN, Mine, “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 9, sayı 1, Haziran 2019, s.7.
- KAYAR, İnci, “ Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 7, sayı 67, Mart 2012, s.62, 69.
- KICALIOĞLU, Mustafa, “Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Terazi hukuk Dergisi, cilt 1, sayı 4, Aralık 2006, s.17.

KICALIOĞLU, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

KIZILARSLAN, Hakan, Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara, 2007.

KORKMAZ, Ramazan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Köln Eyalet Mahkemesi 1. Ceza Dairesi 07.05.2012 tarihli 151 Ns 16/11 sayılı kararı.

KÜÇÜK, Füsün Ceren, “Kısırlaştırma ve Hadımlaştırma”, İstanbul Barosu Dergisi, cilt 91, sayı, Mayıs 2017, s.159.

KÜÇÜK, Sönmez Tevfik, “Bir Ceza Hukuk Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 19, sayı 4, Yaz 2015, s. 303, 304.

Laura Alejandra Caceres, AIHM 2013/1243 Başvuru numaralı kararı.

MERAL, Ömer Oğuzhan, “Türk Borçlar Kanunu Ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, cilt 19, Özel sayı, 2017, s.1139.

METİN, Sevtap, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, On İkinci Levha Yayınları, 2010.

NUHOĞLU, Ayşe, “Beden Muayenesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 3, sayı 2, Aralık 2006, s.327.

OĞUZ, Yasemin, DEMİR, Başaran, “Etik ve Hukuki Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma”, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi, cilt 4, sayı 1, s.368.

OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “İnsan Vücudunun Korunmasına Dair Biyotıp İlkeleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 15, sayı 1, Ocak 2016, s.380.

ORAL, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, Ankara Barosu Dergisi, cilt 2, sayı 2, Şubat 2011, s.188.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 52, sayı 3, Eylül 2003, s.1303.

ÖZGÜLDÜR, Serdar, Tam Yargı Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993.

ÖZKARA, Erdem, Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.

ÖZMERT, Elif, “Dünya'da ve Türkiye'de Aşılama Takvimindeki Gelişmeler”, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, sayı 51, 2008, s.168.

ÖZPINAR, Berna, “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamaların Hukuki Sonuçları”, Ankara Barosu yayınları, Ankara, 2007.

ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SIRMA, Özge, SAYGILAR, Yasemin, ALAN, Esra, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2010.

ÖZTÜRKLER, Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin, İstanbul, 2003,
ÖZTÜRKLER, Cemal, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

PETEK, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 8, sayı 1, Mayıs 2006, s.188.

POLAT, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

Sanles Sanles/İspanya, AIHM 48335/99 Başvuru numaralı, 26/10/2000 tarihli kararı.

SARITAŞ, Hatice, Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu, Ankara, Bilge Yayınevi, 2006.

SAVAŞ, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

SCARAMUZZINO, Fabio Massimo, “İtalya’da Hekimlerin Sorumluluğu Ve “Consenso Informato” (Bilgilendirilmiş Rıza)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, cilt 6, sayı 2, 2009, s.137.

SERT CANPOLAT, Selin, “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değişirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 28, sayı 118, Mayıs 2015, s.259.

SERT YÜCEL, Özge, GÜRKAN, Sert (Ed.), “Hasta Hakları”, “Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

SERT, Gürkan, Vakalarla Türkiye’de Üreme Hakları Etik ve Yasal Değerlendirmeler, İstanbul, Seçkin, 2012.

SERT, Gürkan, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

SERT, Selin, “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değişirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 28, sayı 118, Mayıs 2015, s.259.

SERT SÜTÇÜ, Selin, “COVID-19 Kapsamında Yeni Tedavi Yöntemlerinin Denenmesi ve Bu Denemelerin Hukuka Uygunluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 15, sayı 166, Haziran 2020, s.1269.

SEVİNÇ, Murat, “ Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, cilt 57, sayı 1, 2002, s.114.

SIRMA, Özge, Türk, Alman ve İtalyan Ceza Hukuklarında Sünnet, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 44, Temmuz 2013, s. 19,20.

ŞAHİN EKİNCİ, Meral, ÖZEN, Muharrem, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Nisan 2010, s.19.

ŞEN, Nevin, ÖZKAN SÜZER, Filiz, “Psikiyatri Hastalarında Zorunlu Yatış ve Zorla Tedaviye Bir Bakış Açısı”, Düzce Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi, cilt 7, sayı 3, 2017, s.177.

ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1998, s.3.

ŞENOCAK, Zarife, “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 50, sayı 4, Aralık 2001, s.69.

TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.

TAŞKIN, Ahmet, “ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslemenin Reddi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 62, 2006, s.233.

TAŞKIN, Ahmet, Türkiye’de ve Dünyada Açlık Grevleri, 2015, s.335.

TOKEL, Metin, Ceza İnfaz Kurumlarında Açlık Grevleri, İstanbul, Adalet Yayınevi, 2016.

TURABİ, Selami, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Rehberi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.

TURAN BAŞARAN, Gamze, “Türk Medenî Kanunu’nun 40’inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları” , Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt 25, sayı 103, Kasım 2012, s.245.

TÜRKMEN, Ali, Hasta ve Hekimin Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

TÜZÜNER, Özlem, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 62, sayı 4, Aralık 2013, s.1144.

UYGUR, Gülriş, “ Kamu Sağlığı Bağlamında Hukuk ve Biyoetik İlişkisi” Sosyal Dönüşüm, Biyoetik ve Kamu Politikaları Konferans Sunumları, Ankara, UNESCO, 2012.

ÜNVER, Yener, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, Ceza Hukuku Dergisi, cilt 2, sayı 3, Nisan 2007, s.205.

ÜSTÜN, Çağatay, SİRMA, Özge, “Etik ve Hukuki Açından Hasta Hakları”, Fasıkül Hukuk Dergisi, cilt 6, sayı 53, Nisan 2014, s.18,19.

Y.Y./Turkey, AİHM 10/03/2015 tarihli 14793/08 Başvuru Numaralı karar.

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

YENER, Üner, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, 22. Kitap.

YILMAZ, Berfin Işık, “Ötanazi”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 7, sayı 68, Nisan 2012, s.51.

YILMAZ, Sabire Sanem, “Ceza Hukuku Kapsamında Beden Muayenesinin Adli Tıp ve Kişisel Veriler Açısından Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 13, sayı 146, Ekim 2018, s.122.

YÜCEL, Özge “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, YÜCEL, Özge/, SERT, Gürkan (Ed.), s.195,201,219,220,230.



İNTERNET KAYNAKLARI

Anayasa Mahkemesi Kararları,

<https://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/genelkurul/detay/35.html> (Son Erişim Tarihi: 09.11.2019)

BOZKURT, Enver, “Kısırlaştırma ve İnsan Hakları”, Ankara Barosu III. Sağlık Kurultayı, 2010, s.7,<http://www.kisiselsaglikverileri.org/icerik/diger/4.pdf> (Son Erişim Tarihi 02.10.2019)

Danıştay 10.Dairesi, 13.2.2006 tarih, 2004/9120 E. ve 2006/1220 K. sayılı kararı. (Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

Danıştay 10.Dairesi, 15.5.2013 tarih, 2009/6118 E. ve 2013/4501 K. sayılı kararı. (Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

Danıştay 15. Dairesi, 18.02.2015 tarih, 2013/4361 E. Ve 2015/890 K. sayılı kararı. (Danıştay UYAP Bilişim Sistemi)

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5da6222ed09566.80874695 (Son Erişim Tarihi: 15/10/2019)

http://www.journalagent.com/phd/pdfs/PHD_1_1_39_42.pdf (Son Erişim Tarihi:13.10.2019)

https://www.academia.edu/10093600/K%C3%B6ln_Eyalet_Mahkemesinin_S%C3%BCnnet_ile_%C4%B0lgili_Karar%C4%B1 (Son Erişim Tarihi: 10.11.2019)

ŞİRİN, Tolga, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 7, 2018, s.39, https://www.anayasa.gov.tr/media/5605/usul_huk/uku_internet.pdf, (Son Erişim Tarihi: 26/10/2019)

Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, “Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlü ve Tutuklulara Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında İnceleme Raporu”, 24. Dönem, 5. Yasama Yılı, 2015, s.1., https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2015/saglik_hizmetleri_hakkinda.pdf (Son Erişim Tarihi 07.11.2019)

TDK, Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü
http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GT.S.5da62194b78093.34921266

TDK, <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi 26.09.2019).

TDK, <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi 06.10.2019)

TDK, <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi: 07.10.2019)

TDK, <https://sozluk.gov.tr/>(Son Erişim Tarihi: 11.10.2019)

TDK, <https://sozluk.gov.tr/>, (Son Erişim Tarihi: 10.11.2019)

Türk Tabipler Birliği, Açlık Ve Açlık Grevlerinin Klinik, Etik Ve Hukuki
Açıdan Değerlendirilmesi,
HTTP://WWW.TTB.ORG.TR/HABERARSIV_GOSTER.PHP?GUID=66F924FA-9232-11E7-B66D-1540034F819C (Son Erişim Tarihi: 09.10.2019)

UNESCO Türkiye Milli Komisyonu,
<http://www.unesco.org.tr/Pages/460/73/Biyoetik%20ve%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20Evrensel%20Bildirgesi> (Son Erişim Tarihi 27.09.2019).

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri, s.63. https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/unal.pdf
(Son Erişim Tarihi: 27/10/2019)