

# TIBBİ MÜDAHALE SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

İlhan GÜLEL<sup>1</sup>

## ÖZET

Tıbbi müdahale, insanın maddi ve manevi bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen teşhis, tedavi, önleme, koruma, nüfus planlaması gibi çeşitli amaçları sağlamaya yönelik bir faaliyettir. Tıbbi müdahalede bulunan bir hekim olabileceği gibi, ebe, hemşire veya diğer bir sağlık mesleği mensubu da olabilir. Tıbbi müdahalede bulunanın idarenin ajanı olarak faaliyette bulunması durumunda hasta ile idare arasında bir kamu hizmeti ilişkisi kurulmaktadır. Aksi halde ise sözleşme, vekaletsiz iş görme veya kanuni veya ahlaki bir görevin yerine getirilmesi dayanan hukuki sebepler olarak karşımıza çıkmaktadır. Hasta ile tıbbi müdahalede bulunan serbest çalışan sağlık mesleği mensubu ya da özel sağlık kuruluşu arasında genellikle sözleşme ilişkisinin varlığından söz edilir. Ancak tıbbi müdahale faaliyetinin kamusal öneme sahip bir faaliyet olması nedeniyle, bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan tıbbi müdahale sözleşmesi, diğer sözleşme türlerine göre bazı açılardan özellik arz etmektedir. Bu durum kendisini özellikle sözleşme (irade) serbestisinin sınırlandırılmasında ve sözleşmenin taraflara getirdiği hak ve borçların yer aldığı hükümlerin mevzuatımızda son derece dağınık bir şekilde bulunmasında göstermektedir. Öyle ki sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçlar ile ilgili hükümler, sadece Borçlar Kanunu gibi özel hukuku düzenleyen kanunlarımızda değil; hasta haklarını, sağlık mesleği mensuplarının mesleki kurallarını ve özel sağlık kuruluşlarını düzenleyen uluslararası belgelerde, kanunlarda, tüzük ve yönetmeliklerde; hatta ceza hukuku ile ilgili mevzuatımızda bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Tıbbi müdahale sözleşmesi, tıbbi müdahaleye rıza, sağlık mesleği mensubunun hukuki sorumluluğu, sağlık mevzuatı.

## GİRİŞ

İnsanın vücut veya ruh bütünlüğü üzerinde, başlangıçta var olan ya da sonradan ortaya çıkan bir sebebe bağlı olarak olumsuz etki yaratan herhangi bir durumun, tıp biliminin mümkün kıldığı en son olanaklar ölçüsünde ortadan kaldırılması veya etkilerinin azaltılması, ortaya çıkması öngörülebiliyorsa henüz ortaya çıkmadan önlenmesi ya da nüfus planlaması amacıyla, belirlenen alan dahilinde kanunen yetkilendirilmiş kişilerce yapılan faaliyetler *tıbbi müdahale* kavramı ile ifade

---

<sup>1</sup> Hâkim Adayı

edilmektedir<sup>2</sup>.

Bu tanımdan yola çıkarak, aşı vurulması veya gebeliği önleyici spiral takılması gibi en basit tedbirlerden en zorlu ameliyatlara, kök hücre tedavisi ve organ naklinden, kısırlık tedavisi ve tüp bebek uygulamalarına, ortodontik tel tedavisinden ağızda yapılan bir dolguya kadar pek çok faaliyet tıbbi müdahale kavramının içerisinde değerlendirilmektedir.

Hemen belirtilmelidir ki bir hastalıktan kaynaklanmasa ve bir anomali olarak nitelenemese<sup>3</sup>, herhangi bir fizyolojik ıstıraba neden olmasa ve hatta tıbbi açıdan bir zorunluluk gerektirmese bile, sırf manevi açıdan rahatsızlık yaratan vücuttaki bir durumun değiştirilmesi için yapılan müdahaleler, mesela estetik amaçlı cerrahi müdahaleler de tıbbi müdahale kavramı içinde yer almaktadır. Çünkü tıbbi müdahale ile korunması veya yeniden sağlanması amaçlanan sadece vücut bütünlüğü değildir. Bunun yanı sıra ve belli durumlarda vücut bütünlüğünden de bağımsız olarak ruhsal bütünlük de tıbbi müdahalenin konusunu oluşturmaktadır<sup>4</sup>.

586

Tıbbi müdahale, kişinin maddi veya manevi bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen bir müdahaledir. Ancak meşru olmayan ve hukuk düzenince yaptırıma tabi tutulan diğer müdahalelerden farklı olarak tıbbi müdahale, hukuki bir zemine oturduğu ve dayandığı hukuki sebebin şartlarını da tam olarak karşıladığı sürece hukuka uygun bir müdahale olarak kabul edilmektedir. Aksi halde, dayandığı hukuki sebebin şartlarındaki bir eksiklik nedeniyle tıbbi müdahalede bulunanın (medeni hukuk açısından) hukuki, cezai, idari veya mesleki sorumluluğunun doğması ve yaptırımla karşılaşması olasıdır.

Çalışmamızda, öncelikle tıbbi müdahalenin çeşitli ihtimallere göre dayanabileceği hukuki sebeplerin neler olduğu incelenecek, ardından bu sebeplerden biri olan tıbbi müdahale sözleşmesinin niteliği hakkında ileri sürülmüş görüşlerden bizim de benimsediğimiz görüşe bağlı olarak

2 Ayan'a göre "tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet" tıbbi müdahaledir. Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991, s.5. Ancak tıbbi müdahale, tedavinin yanı sıra teşhis, koruma, önleme, estetik kazandırma, gebeliği engelleme veya sona erdirmeye gibi pek çok amaçla yapılabilen faaliyetler olduğu için bu tanım yetersizdir.

3 Çilingiroğlu'na göre nüfus planlaması amacı dışındaki tıbbi müdahalelerin kişinin sağlığını tehdit edet fiziksel veya ruhsal anomalilerin teşhis, tedavi ve önleme amacına yönelik olması gerekmektedir. Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, 1993, s.15.

4 Ayan, a.g.e., s.34.

incelememizin esas konusunu oluşturan tıbbi müdahale sözleşmesine uygulanacak hükümler açıklanmaya çalışılacaktır.

## **I. TIBBİ MÜDAHALENİN DAYANABİLECEĞİ HUKUKİ SEBEPLER**

Yukarıda da belirtildiği üzere tıbbi müdahalenin meşru (hukuka uygun) bir müdahale sayılabilmesi için kanunla belirlenmiş bir sebebe dayanması ve müdahalenin şartlarını belirlemiş olan yasal düzenlemelere uyması gerekmektedir. Borçlar Kanunu'nda borcun sebepleri olarak ifadesini bulan kanun, sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ayırımına benzer olarak, kanun veya kanundan doğan zorunluluk gibi kanunu bir sebep olarak gösteren, sözleşmeyi ise bunun dışındaki diğer sebep olarak gösteren sınıflandırma, tıbbi müdahalenin dayandığı sebepler bakımından yapılamaz. Zira gerek kanun dışında gösterilen sebeplerin de yine bir kanun hükmünün sonucu olması, gerek tıbbi müdahale faaliyetinin toplum hayatı üzerinde oynadığı rol ve faaliyetin yoğun kamusal denetim ve yarar düşüncesi ile sıkı sıkıya bağlı oluşu onun dayandığı sebeplerin de klasik sözleşme-kanun şeklindeki ayırimlardan uzaklaşmasını sonuçlamaktadır.

İleride detaylı olarak değinileceği üzere, bir özel hukuk sözleşmesi olmasına rağmen, tıbbi müdahale sözleşmesine taraf olabilecek kişilerin aynı zamanda kanunca tanınan bir statüde olmaları gereklidir(sözleşmenin tarafı olabilmek bakımından sınırlılık). Diğer taraftan, sözleşmenin taraflara getirdiği hak, borç, sorumluluk ve yükümlülüklerin büyük bölümü kamusal nitelikte kanun, tüzük, yönetmelik, uluslararası anlaşmalar ile düzenlenmiştir. Öyle ki bu düzenlemeler taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunuyor olsun ya da olmasın uygulanmaktadır. Tıbbi müdahale sözleşmesinin konusunu, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü oluşturduğu için klasik borçlar hukuku sözleşmelerine göre hâkimin müdahalesine çok daha açıktır. Aynı nedenden ötürü tarafların irade serbestisi gerek objektif bilimsel ilkeler ve gerek detaylı hukuki düzenlemeler ile sınırlandırılmıştır. Tüm bu nedenlerle tıbbi müdahaleyi, dayandığı hukuki sebeplerin sınıflandırmasında kendisine bir hukuki sonuç bağlanmış diğer faaliyetlerden farklı bir zemine oturtmak zorunludur.

Tıbbi müdahale, hukuki sebeplere dayandırılırken esas olarak ikili bir ayırma tabi tutulabilir: Birincisi, hastanın müdahaleye rızası olup olmaması durumuna göre yapılan ayırım ve ikincisi; hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekimin ya da diğer sağlık mesleği mensubunun

(hemşire, ebe vs.) idarenin ajanı olarak hareket edip etmemesine göre yapılan ayrımdır.

### A) Hastanın Müdahaleye Rızası Olup Olmamasına Göre

Hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin, kural olarak onun aydınlatılmış rızası<sup>5</sup> sonucu olması gerekir. Aydınlatılmış rıza ile kastedilen, tıbbi müdahalede bulunacak kişinin özenli bir araştırma sonucu koyduğu teşhisi ve bu teşhis gereğince hastanın tüm özel ve kişisel durumları ile hastalığın özelliğini gözetererek seçtiği, hasta için en risksiz ve başarı şansı en yüksek tedavi şeklini tedaviye başlamadan makul bir süre önce hasta ile paylaşması, ona hastalığı hakkında, durumun gerekleri ve psikolojisinin elverdiği ölçüde, yalın ve anlayacağı bir dille bilgi vermesi, tedavinin riskleri ve gelişebilecek komplikasyonlar konusunda onu uyarması ve olumlu ya da olumsuz esaslı noktaları kendisinden saklamadan anlatarak düşünüp karar vermesi için ona bir imkan tanınmasıdır. Ancak bu şekildedir ki hastanın vereceği karar ile tıbbi müdahale mümkün olur ve hukuka aykırı bir müdahale durumundan çıkar. Aksi hal, örneğin hastanın rızasının hiç alınmaması ya da gereği gibi aydınlatılmadan alınacak rıza, rıza alınmadan bir müdahale yapıldığı anlamına gelir ki bu da yapılan müdahalenin hukuka aykırılığını sonuçlar<sup>6</sup>.

Bununla birlikte hayat olaylarında her zaman rızanın alınması mümkün olmayabilir. Özellikle acil bir durumun bulunması ve hemen müdahale yapılmasının zorunluluk arzemesi, hastanın bilincinin kapalı olması,

5 Aydınlatılmış rıza kavramı için bkz. Filiz Yavuz İPEKYÜZ, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat, 2006, s.1.; Hasan Seçkin OZANOĞLU, **"Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü"**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:52, Sayı:1, 2003, s.55-77; Burcu G. ÖZCAN, Çağlar ÖZEL, **"Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler"**, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C:10, Sayı:1, 2007, s.49-70.

6 Yargıtay 13.HD. 2008/4519E., 2008/10750K. sayılı ve 18.09.2008 tarihli kararında aydınlatılmış rıza alınmasının tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk üzerindeki önemini şöyle belirtmiştir. *"...22.12.2006 tarihli Adli Tıp Raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır...Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır...eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."*Akıp İçtihad Programı.

hastanın yaşının küçüklüğü veya akli melekelerindeki eksiklik nedeniyle ayırt etme gücüne sahip olmayışı ve rızasına başvurulabilecek bir yasal temsilcisinin bulunmaması<sup>7</sup> ya da hastanın rızası olmasa bile bulaşıcı hastalıklar nedeniyle uygulanacak zorunlu tedbirler gibi durumlar genel kuraldan ayrılmayı gerekli kılabılır. Bunun dışında genel ve rutin tıbbi müdahaleler ile basit nitelikte şikayetlere karşı yapılan risk içermeyen müdahalelerde, hasta hekime başvurmakla müdahaleye zımni bir rıza göstermiş sayılacağından ayrıca açık bir rıza verilmesi gerekli değildir<sup>8</sup>. Kanunun zorunlu saydığı soybağının tespiti veya bir suçun araştırılması için hâkim kararıyla vücuttan saç, kıl, kan, doku gibi maddelerin alınmasını gerektirir müdahalelere ise kişi rıza göstermek zorundadır<sup>9</sup>.

Diğer taraftan başlangıçta hastanın rızası alınmış olmasına rağmen tedavi sırasında vermiş olduğu rızanın kapsamı dışında kalan, hemen müdahaleyi gerektiren bir durum ortaya çıkabilir ve o anda rızanın alınması da mümkün olmayabilir. Örneğin bir rahatsızlığın giderilmesi için yapılan ameliyat esnasında hemen giderilmesi gereken başka bir rahatsızlık da farkedilir ve hastanın bilinci kapalı olması nedeniyle rızası alınamıyor olabilir. İşte bu gibi durumlarda kişiye yapılacak tıbbi müdahale bir sözleşmeye dayanıyor olsun ya da olmasın duruma göre şartları varsa vekaletsiz iş görme (BK m.410vd) ya da üstün özel yarar (Medeni Kanun m.24/2, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.9) hükümlerine dayanacak ve rıza olmasa dahi yapılan müdahale hukuka uygun kabul edilebilecektir.

## **B)Tıbbi Müdahalede Bulunanın İdarenin Ajanı Olarak Hareket Edip Etmemesine Göre**

### **1)İdarenin Ajanı Olarak Müdahalede Bulunulması**

Kamusal bir nitelik taşıyan sağlık hizmeti hem idare tarafından hem de idare tarafından verilen bir izne dayalı olarak özel kişi, kurum veya kuruluşlar tarafından yerine getirilebilmektedir. Sunulan hizmet

7 Ancak acil haller dışında önce mahkemeye başvurularak vasi tayin edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. aşağıda ilgili bölümdeki açıklamalar.

8 Sermet KOÇ, **Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Hekim Sorumluluğu**, s.4. (Çevirimiçi) <http://saglikhukuku.blogcu.com/yasal-duzenlemeler-cercevesinde-hekim-sorumlulugu/3035662>, 29 Kasım 2010.

9 Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesine göre "Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir."

kapsamında yapılan tıbbi müdahalenin kimin tarafından ve hangi sıfatla yapıldığına bağlı olarak da dayanılan hukuki sebep, uygulanacak yasal hükümler ve başvuru yargı yolları farklılık göstermektedir.

Genel olarak tıbbi müdahalede bulunan bir kişinin (hekim, diş hekimi, ebe, hemşire, sağlık memuru, fizyoterapist, anestezi uzmanı vs.) idarenin ajanı olduğu ve tıbbi müdahaleyi de bu sıfatla yaptığı hallerde kamu hizmeti ilişkisi, idare ajanı olmayan kişinin yaptığı tıbbi müdahaleler ile idare ajanı olmakla beraber tıbbi müdahaleyi bu sıfatla yapmadığı durumlarda ise sözleşme veya vekaletsiz iş görme ilişkisinin varlığından söz edilebilir. Dikkat edilirse sözleşme ilişkisinin varlığı tıbbi müdahaleyi yapanın idare ajanı olup olmaması yönünden taşıdığı sıfatla değil, müdahaleyi yaptığı sırada taşıdığı sıfatla; bir başka deyişle müdahalenin nerede ve ne zaman hangi hukuki koşullarla yapıldığına bağlı olarak değişmektedir.

Devlet hastanelerinde, askeri hastanelerde, devlet ya da vakıf üniversitelerinin tıp ve diş hekimliği fakültelerinde, sağlık ocaklarında, verem savaş dispanserlerinde, anne ve çocuk sağlığıyla ve diğer halk sağlığı ile ilgili çalışan dispanserlerde, idareye bağlı polikliniklerde, resmi kurumların tabibliklerinde yapılan tıbbi müdahalelerin kamu hizmeti ilişkisi çerçevesinde olduğuna şüphe yoktur. Aynı şekilde bu kurumların binalarında veya araçlarında (örneğin ambulans) yapılmasa bile hükümet tabibi veya il sağlık müdürlüğüne bağlı olarak çalışan hekim, hemşire, sağlık memuru, ebe, acil yardım görevlisi, aile hekimi gibi görevlilerce herhangi bir yerde görevi gereği yapılan tıbbi müdahaleler de kamu hizmeti ilişkisi çerçevesinde düşünülecektir. Bunlara örnek olarak okullarda yapılan aşılama faaliyetleri veya idare ajanı olarak çalışan hekim veya ebenin görevi nedeniyle evde yaptırdığı doğum gösterilebilir.

Tıbbi müdahalenin kamu hizmeti ilişkisine dayandığı durumlarda hukuki ilişkiye uygulanacak hükümler de idare hukuku esasları çerçevesinde düşünülecektir. Özellikle idarenin hizmet kusuru (kamu hizmetinin yerine getirilmemesi, geç yerine getirilmesi ya da gereği gibi yerine getirilmemesi) hallerinde idare ajanlarının kusurlarından kaynaklanan zararlar nedeniyle Anayasa'nın 129/5 maddesi, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b, 13 ve devamı maddeleri uyarınca açılacak davaların idare aleyhine ve idari yargıda tam yargı davası şeklinde görülmesi gerekmektedir. İdarenin daha sonra adli yargıda kusuru olan ilgililere

genel hükümlere göre rücu hakkı saklıdır<sup>10</sup>. Ancak yargısal uygulamada idare ajanlarının görev sırasında olsa bile görevlerinden bağımsız olarak kasıt da dahil olmak üzere salt kişisel kusurlarına dayalı fiilleri sebebiyle ortaya çıkan zararlardan kaynaklanan davaların doğrudan onlar aleyhine haksız fiil hükümlerine göre (BK.m.41vd.) ilgili adli yargı yerinde açılabileceğini de hatırlamak gerekir<sup>11</sup>.

Burada son olarak yargı yolu bakımından artık pratik önemi kalmayan bir hususu belirteceğiz. Bilindiği gibi Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı hastaneler yapılan yasal değişiklikler sonucu Sağlık Bakanlığına devredilmiştir<sup>12</sup>. Ancak daha önceleri 506 sayılı mülga<sup>13</sup> Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca bu kanundan kaynaklanan uyumsuzluklara bakmakla görevli mahkemeler iş mahkemeleri olduğu için SSK bir kamu kurumu olmasına rağmen ona bağlı hastanelerde yapılan tıbbi müdahalelerden kaynaklanan davalar idari yargıda değil adli yargıda görülmekteydi. Bugün artık iş mahkemelerinin hastanelerde yapılan tıbbi müdahalelerden doğan davalar ile ilgili görevi kalmamıştır.

## **2) İdarenin Ajanı Olmakla Beraber Bu Sıfat Dışında Müdahalede Bulunulması**

İdarenin ajanı olarak tıbbi müdahalede bulunmaktan kastedilen, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak memur statüsünde veya aynı kanunun devlet personel rejimini düzenleyen diğer istihdam şekilleriyle (sözleşmeli, geçici, ücretli vs.) ya da üniversiteler veya diğer idareye bağlı kurumlarda kendi özel kanunları uyarınca çalışan personelin görevi sırasında görevinden kaynaklanan ve görevin gereği olarak bulunduğu müdahalelerdir. İdarenin ajanı olmakla beraber kendi özel muayenehanesinde ya da görevi dışında herhangi bir özel hukuk ilişkisine (sözleşme, vekaletsiz iş görme, ahlaki veya kanuni bir görevin ifası gibi sebeplere) dayalı olarak bir tıbbi müdahalede bulunan kişinin faaliyeti bir kamu hizmeti ilişkisi yaratmaz. Örneklerle ifade etmek gerekirse:

---

10 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 06.06.1990 Tarihli ve 2670 Sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değişik 13. maddesinin 1. fıkrası, Anayasa'nın 129/5 maddesi.

11 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2001/4-595, K2001/643 sayılı ve 26.9.2001 günlü kararı, Akip İçtihad Programı.

12 06.01.2005 Tarihli ve 5283 Sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'un 4. maddesi, 25705 mükerrer sayılı ve 19.01.2005 tarihli Resmi Gazete.

13 31.05.2006 kabul tarihli, 26200 sayılı ve 16.06.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5510 Sayılı Kanun'un değişik 106. maddesi ile.

Bir tıp fakültesinin kardiyoloji anabilim dalında profesör olan A'nın, üniversitedeki görevi dışında kendi özel muayenehanesinde kendisine başvuran kalp hastası B ile arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisi (vekalet sözleşmesi) olup buna ilişkin hükümler uygulanır.

A'nın başka bir dalda uzman olan arkadaşı C'nin kendisine ait polikliniğinde kendi uzmanlığı ile ilgili bir hastalıktan muzdarip D'yi ameliyat ettiği sırada, D'nin daha önceden bilinmeyen bir kalp rahatsızlığının ortaya çıkması nedeniyle gelişen duruma bağlı olarak hayati tehlikeye maruz kaldığı bir olayda, polikliniğe gelen A'nın ameliyata girerek kalp ameliyatı yapması ve D'yi sağlığına kavuşturması halinde A ile D arasında bir vekaletsiz iş görme ilişkisi kurulmaktadır.

A'nın evine gittiği esnada yol kenarında toplanmış kalabalığı farkederek arabasını durdurması ve yerde kalp krizi geçirerek yatmakta olan E'yi görüp muayene etmesi neticesinde nabzının ve solunumunun durmuş olduğunu farketmesi; akabinde yaptığı kalp masajı ve suni solunumla E'yi tekrar hayata döndürmesi olayında müdahale Türk Medeni Kanunu'nun 24/2 maddesindeki üstün nitelikte özel yarar ve kanunun verdiği yetkiye dayandığından hukuka uygun bir müdahaledir. Diğer bir açıdan hekimlik mesleğini düzenleyen kanunlarda böyle bir durumda hekime yardım yükümlülüğü getirilmiş olup aksi davranış hekimin meslek etiği ve disiplin yönünden sorumluluğunu gerektirebileceği gibi<sup>14</sup> Türk Ceza Kanunu'nun 98 maddesinde tanımlanan yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunu oluşturacaktır.

Bu olay bakımından A ile E arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmadığı gibi kanunun emrettiği ve hatta ihmali cezai yaptırıma bağladığı bir görevin yerine getirilmesi nedeniyle vekaletsiz iş görme ilişkisi de kurulmamıştır. Çünkü ortada ahlaki ve kanuni bir görevin yerine getirilmesi olgusu vardır. Ancak diğer bir açıdan, aynı olay bağlamında, A'nın yardım etmek yerine pasif davranışta bulunması ve yardımdan kaçınması nedeniyle E'nin zarar görmesi halinde, A'nın bu hareketiyle E'nin zarar görmesi durumu arasında uygun illiyet bağı kurulabiliyorsa, A'nın hukuka aykırı davranışı nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 41 ve devamı maddeleri uyarınca haksız fiil sorumluluğu doğabilecektir. Aynı şekilde A'nın müdahale etmekle beraber mesleki bilgisi ve tecrübesi

14 Türk Tabipler Birliği Genel Kurulu'nun 11.10.1998 tarihinde kabul ettiği "Hekimlik Meslek Etiği Kuralları" madde 10'a göre "Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılmadığı durumlarda ilk yardımda bulunur." Benzer bir hükme Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 3. maddesinde de yer verilmiştir.



nedeniyle kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermemesi sonucu E'nin durumunu yanlış değerlendirerek kalbi durmadığı halde durmuş zannedip kalp masajı yapması ve E'nin zarar görmesine neden olması halinde yine dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ve bu hareket sonucu oluşan zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan E ile A arasında haksız fiil ilişkisi oluşacaktır.

İdarenin ajanı olmakla beraber bu sıfattan ayrı düşünüldüğü için yapılan bir başka ayırım da “kasıt” ve “görevden ayrılabilir salt kişisel kusur” nedeniyle sorumluluğa ilişkindir. Tipik örnek olarak devlet hastane-sinde yatan bayan hastaya hekimin tecavüz etmesi<sup>15</sup> görevle alakalı olmayan kasıtlı bir davranış; “Devlet hastanesinde görevli ve memur olan davalı doktorun hastası olan davacıya zamanında ve gerekli tedaviyi yapmayarak bir kolunun omuzdan kesilmesine neden olması görevden ayrılabilir salt kişisel kusur” olarak değerlendirilmektedir<sup>16</sup>.

### 3)İdarenin Ajanı Olmayan Tarafından Tıbbi Müdahalede Bulunulması

Bu durumda sözleşme, vekaletsiz iş görme ve ahlaki veya kanuni bir görevin ifası ihtimalleri tıbbi müdahalenin kaynağını oluşturabilir. Yapılan tıbbi müdahale bunlardan hiçbirine dayanmıyorsa ve şartları oluşmuşsa haksız fiil teşkil edebilir.

Serbest çalışan hekimler veya diğer sağlık çalışanları ile hasta arasındaki ve özel hastanelerle hasta arasındaki tıbbi müdahalenin hukuki temelini sözleşme oluşturmaktadır. Burada vakıf üniversitelerinin tıp ve diş hekimliği fakültelerini özel sağlık kurumlarıyla karıştırmamak gerekir. Zira vakıf üniversiteleri de kamu tüzelkişiliğine sahip oldukları ve burada görülen hizmet kamu hizmeti ölçütüne dayandırıldığı cihetle, üniversite rektörlüğü ile hasta arasında kurulan ilişki kamu hizmeti ilişkisi olmaktadır. Bununla beraber vakıf üniversitelerinde alınan ücret bakımından diğer devlet hastanelerinden farklı bir uygulama olması aradaki ilişkiyi sözleşme olarak nitelendirmek için tek başına yeterli sayılamaz. Öyle ki buradaki durumu sosyal güvencesi olmayan hastalardan kamu hastanelerinde talep edilen ücrete ya da sosyal güvencesi olmakla beraber hocaya muayene olmak için ödenen ücrete benzetmek gerekir. Nasıl ki bu durumlar faaliyetin kamu hizmeti

15 Mehmet DEMİR, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:57, Sayı:3, 2008, s.230.

16 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2001/4-595, K2001/643 sayılı ve 26.9.2001 günlü kararı, Akip İċtihad Programı.

niteliğini ortadan kaldırarak sözleşme kurulduğu anlamına gelmiyorsa, vakıf üniversitelerindeki durumu da bu şekilde addetmek gerektiği kanaatindeyiz.

Vakıf üniversitelerindeki durum ile vakıflara ait hastanelerdeki durumu da birbiri ile karıştırmamak gerekir. Bilindiği üzere vakıflar Medeni Kanun hükümleri uyarınca kurulan özel hukuk tüzelkişilikleri olup, bunların işletmesi durumundaki ayrı bir tüzelkişiliği bulunmayan hastanelerde tıbbi müdahalede bulunulan hastalar ile vakıf arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Aynı durum diğer bir özel hukuk tüzelkişisi olan derneklere ait hastaneler için de söz konusudur. Derneklerin Bakanlar Kurulu kararıyla kamu yararına çalışan dernek statüsüne kavuşturulmuş olması da sözleşme ilişkisinin kuruluyor olması bakımından bir farklılık oluşturmamaktadır<sup>17</sup>.

Özel hastanelerde hasta ile hastane işleticisi arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Hasta ile hekim arasında teoride doğrudan bir sözleşmesel ilişki kurulmamakla beraber özel hastane işleticisinin yardımcısı (BK m. 100) olarak sözleşmenin ifasında yer almaktadır. Teorik olarak, hastanenin vekalet sözleşmesi uyarınca BK m.98 uyarınca kendi kusurundan, sözleşmenin ifasında yardımcı şahsı olan hekimin kusurlu davranışından ötürü ise BK m.100 uyarınca kusursuz olarak sorumlu olduğu, hekimin veya diğer sağlık mesleği çalışanlarının ise ancak haksız fiilleri sebebiyle BK m.41 uyarınca kendi kusurlarından sorumlu tutulabileceği düşünülebilir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ise verdiği kararlarda çoğu zaman hastane işleticisi ve hekim bakımından sorumluluğun dayandığı sebebe göre ayırma gitmeyerek gerek kusurlu hekimi gerekse onu çalıştıran özel hastaneyi vekalet sözleşmesi (BK m.386-390) hükümlerince sorumlu tutan kararlar vermektedir<sup>18</sup>. Kimi zaman ise Yargıtay, hastaneye bir kusur izafe edilmese bile adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin Borçlar Kanunu'nun 55. maddesindeki çalışanı özenle seçme ve denetleme yükümlülüğünü dikkate alarak hastanenin sorumluluğunu belirlemektedir<sup>19</sup>. Yargıtay uygulaması bakımından tıbbi müdahale sözleşmesinin

17 Örneğin kamuya yararlı dernek olan Kızılay Derneği'ne ait sağlık kuruluşlarında, hastalar ile dernek arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmakta olup; kamu hizmeti ilişkisi oluşmamaktadır.

18 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2004/12088E., 2005/1728K.sayılı ve 07.02.2005 günlü kararı, Akip İçtihad Programı

19 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2005/3645E., 2005/11796K. sayılı ve 08.07.2005 günlü kararı, Akip İçtihad Programı. Bizce Yargıtay'ın bu kararında, arada bir tıbbi müdahale sözleşmesi olmasına rağmen istihdam edenin sorumluluğu hakkındaki BK.m.55 hükümlerine dayanması

bir tarafını hasta, diğer tarafını ise hastane işleticisi gerçek veya tüzel kişi ile tedayi üstlenen hekim veya hekimler oluşturmaktadır. Hastane ve hekim en hafif kusur nedeniyle verilen zarardan dahi (BK m.98 ve m.390/1 atfıyla m.321 uyarınca) hastaya (veya ölümü halinde yakınlarına) karşı müşterek ve müteselsil olarak sorumlu kabul edilmektedir.

## II. TIBBİ MÜDAHALE SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Yukarıda tıbbi müdahale faaliyetini hukuka uygun (meşru) bir müdahale haline getiren çeşitli sebepleri kısaca gördük. Bu sebepler arasında inceleme konumuzu oluşturan sözleşme ilişkisinin niteliği ve kanun sistematığımız içindeki yeri, buna bağlı olarak da sözleşmeye uygulanacak hükümler önem taşımaktadır.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin, doktrinde ve uygulamada niteliği ve isimlendirilmesi konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Hekimlik sözleşmesi, teşhis ve tedavi sözleşmesi, hastaneye kabul sözleşmesi gibi değişik isimlendirmeler yapılmışsa da hekim dışında fizyoterapist, hemşire gibi diğer sağlık çalışanlarının da sözleşmenin tarafı olabilmesi nedeniyle *hekimlik sözleşmesi*; teşhis ve tedavinin tıbbi müdahalenin önemli aşamaları olmakla beraber tıbbi müdahale terimini her durumda karşılamaması nedeniyle *teşhis ve tedavi sözleşmesi*; tıbbi müdahalenin sadece hastanede olmaması nedeniyle de *hastaneye kabul sözleşmesi* terimleri yetersizdir. Bu nedenle bunlar arasında en kapsayıcı olması ve sözleşmenin niteliğine en uygun düşmesi bakımından biz de *tıbbi müdahale sözleşmesi* kavramını kullanmaktayız.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin bir tarafını hasta diğer tarafını ise özel sağlık kuruluşu işleteni, hekim veya diğer sağlık görevlileri oluşturmaktadır. Tıbbi müdahalede bulunanın borçları, teşhis koyma, hastayı aydınlatma, tedavi etme, sadakat ve özen gösterme, dökümantasyon (tedaviyi kayda geçirme), sır saklama, hesap verme, acil durumlar dışında gerekirse hastayı uzmanına göndermek üzere tedaviyi üstlenmekten kaçınma ve mesleki bilgilerini geliştirme; hastanın borçları ise, ücret ödeme, bilgi ve belge verme, hekimin verdiği talimatlara uyma

---

isabetli olmayıp, sözleşme varsa ya hekim de sözleşmenin tarafı olarak kabul edilmeli; ya da sözleşme yardımcısı konumunda olduğundan BK.m.100 hükümleri gereğince hastanenin sorumluluğuna gidilmelidir. İstihdam edenin sorumluluğuna gitmesi Yargıtay'ın diğer kararlarıyla da çelişki oluşturmaktadır.

ve teşhise yönelik incelemelere uyma ve katlanmadır<sup>20</sup>.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin yasal dayanakları ve sözleşmenin taraflara yüklediği borçların bir kısmı Borçlar Kanunu gibi özel hukuk alanını düzenleyen kanunlardan, bir kısmı hasta haklarını ve hekimler başta olmak üzere sağlıkla ilgili çalışan personel ile ilgili mesleki kuralları ve sağlık kurumlarının uyması gereken normları düzenleyen mevzuattan (uluslar arası anlaşma, kanun, tüzük, yönetmelik), bir kısmı ise ceza kanunları gibi yasaklama içeren hükümler barındıran kanunlardan ileri gelmektedir.

Hastanın ve hekimin borçları hakkında Anayasa'da, Borçlar Kanunu'nda, Medeni Kanun'da, Ceza ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda, ülkemizin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarda, hekimlerin ve hemşirelerin mesleki kurallarını belirleyen özel kanunlarda, özel sağlık kuruluşlarının tabi olduğu mevzuatta, tüzüklerde ve yönetmeliklerde hükümler bulmak mümkündür. Şimdi sırasıyla tıbbi müdahale sözleşmesine uygulanan hükümler normatif kaynakları bakımından normlar hiyerarşisine göre incelenecektir.

## A) Anayasa

### 1) Sözleşmeyle İlgili Anayasa Kuralları

1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasa'sından farklı olarak “Başlangıç” bölümü hukuksal bağlayıcılığı olan anayasa metnine dahil edilmiştir(m.176). Anayasa'nın başlangıç bölümünde “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” denilerek temel hak ve hürriyetlerin niteliğine ve insan onuruna vurgu yapılmıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinde dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç gibi sebeplerle ayrımcılık yapma yasağı ve eşitlik ilkesi düzenlenmiştir.

12. maddede temel hak ve hürriyetlerin niteliği belirlenerek herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir.

20 Nurten FİDAN, “**Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu,**” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Yıl:1, Sayı:3, Ekim 2010, s.354.vd

13. maddede temel hak ve hürriyetlerin demokratik toplum düzenin gereklerine uygun olarak, anayasanın sözüne ve ruhuna ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacak şekilde ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

17. maddede kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ve yaşam hakkı düzenlenmiş, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı ya da insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır.

56.maddede sağlıklı bir çevrede yaşama bir hak olarak düzenlenmiş, herkesin hayatı, beden ve ruh sağlığını koruma görevi Devlete verilerek dolaylı bir tarifile de olsa sağlık hakkı da bir temel hak olarak kabul edilmiş, özel ya da kamuya ait sağlık kuruluşlarını tek elden planlama ve denetleme görevi devlete verilmiştir.

90.maddede usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunlar aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne iptal istemiyle başvurulamayacağı belirtilmiş, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşmalarla kanunların çatışması halinde ise uygulamada uluslararası antlaşmaya üstünlük tanınacağı ilkesi benimsenmiştir. Böylelikle Anayasamız uluslararası antlaşmaları, normlar hiyerarşisi bakımından Anayasa ile kanunlar arasında bir konuma oturmuş bulunmaktadır. Bu düzenleme, günümüzde sağlık hakkının temel bir insan hakkı olarak kabul görmesi nedeniyle özellikle sağlık alanında kabul edilen uluslar arası anlaşmaların uygulamadaki önceliği bakımından önem taşımaktadır.

Anayasa'nın 135. maddesinde kanunlarla kurulacak olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları genel olarak düzenlenerek, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak bu kurumların amacı olarak gösterilmiştir. Bu düzenleme hekimlerin mensubu oldukları meslek örgütleri ve bunların belirleyecekleri mesleki etik ve disipline ilişkin kuralların tıbbi müdahale sözleşmesine etkileri bakımından önem taşımaktadır.

## 2) Anayasadaki İlgili Kuralların Sözleşme Üzerindeki Etkileri

Anayamızdaki bu hükümler ilk bakışta bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan tıbbi müdahale sözleşmesiyle alakasız gibi görünebilir. Ancak özel hukuk sözleşmesi niteliğinde de olsa sözleşmenin konusunun insanın vücut ve manevi bütünlüğü olduğu ve sözleşmenin bir tarafını oluşturan hastanın sahip olduğu sağlık hakkının temel bir insan hakkı olarak kabul edildiği düşünüldüğünde, anayasal ölçüdeki bu düzenlemeler tıbbi müdahale sözleşmesinin şekillenmesinde de izdüşümünü bulmaktadır. Ayrıca sağlık hakkının realizasyonunda Anayasa ile devlete tek elden düzenleme yetkisinin verilmesi ve devletin sağlık hakkını kamu ve özel sağlık kuruluşlarından yararlanarak, onları destekleyerek ve denetleyerek sağlayacağını öngörülmesiyle tıbbi müdahale faaliyeti kamusal önemde bir faaliyet olarak kabul edilmiş olmaktadır. Bu nedenle kamusal önemde bir faaliyet olarak kabul edilen tıbbi müdahaleye hukuki sebep teşkil eden tıbbi müdahale sözleşmesinin, bu nitelikte olmayan diğer ticari veya borç doğurucu faaliyetler için akdedilen özel hukuk sözleşmelerinden ayrı bir yerde düşünülmesi gerekmektedir.

598

Anayasa'daki söz konusu düzenlemeler sadece tıbbi müdahale sözleşmesinin içeriğini oluşturan hükümlerin ve sözleşmesel borçların niteliğinde ve yerine getirilmesinde değil, sözleşme öncesi evrede tarafların hareket şekli ve sözleşme kurulması üzerinde de kimi önemli roller oynamaktadır. Örneğin bir hekimin kendisine başvuran bir hastanın sırf dili, dini, ırkı, cinsiyeti, cinsel yönelimi, felsefi inancı, siyasi görüşü, mezhepsel mensubiyeti, ahlaki durumu, sabıkalı oluşu, toplumun o kimseye bakışı, toplum düşmanı ya da terörist olarak kabul edilmesi gibi bir sebeple dahi olsa tıbbi müdahale sözleşmesi akdetmekten kaçınması mümkün değildir. Bu durum anayasadaki ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin somut bir yansıması olduğu gibi, bu anayasal ilke ışığında düzenlenen diğer (özel hukuk ve ceza hukukunu ilgilendiren) alt normların ve mesleki düzenlemelerin de bir sonucudur (Türk Ceza Kanunu m.122, Hasta Hakarı Yönetmeliği m.5/c).

Kişinin temel haklarından biri olarak kabul edilen sağlık hakkı, 12. madde uyarınca doğuştan gelen devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte bir haktır. Bu hakkın kullanılması nedeniyle ortaya çıkacak durumların kişinin yaşam hakkına etki edecek boyutta olması halinde ise tıpkı işkence görmeme hakkı gibi kanunla dahi sınırlanamaz nitelikte bir

mutlak hak olduğu dahi öne sürülebilir<sup>21</sup>. Temel hakların vazgeçilmez nitelikte oluşu, özellikle bilinçli olarak sağlığını yitirme girişimi durumlarında (örneğin cezaevlerinde yapılan açlık grevi ya da ölüm orucu gibi eylemler sırasında) kişiye rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunulmasının meşruiyeti konusunda doktrine zengin bir tartışma imkanı sunmaktadır<sup>22</sup> (Benzer tartışmalar ötenazi için de yapılmaktadır.). Bu maddenin tıbbi müdahale sözleşmesi açısından önemi ise sözleşmenin konusunu oluşturan bir hakkın vazgeçilmezliği nedeniyle, sözleşme taraflarının sözleşme üzerindeki irade serbestilerinin sınırını oluşturmasındadır.

Anayasal düzenlemelerin tıbbi müdahale sözleşmesinin içeriğine etkisinde en somut ve doğrudan uygulanabilecek madde olarak 17. madde karşımıza çıkmaktadır. Maddede düzenlenen yaşama hakkı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkı tıbbi müdahale sözleşmesinin de konusunu teşkil etmektedir.

Maddenin getirdiği ilkeler bağlamında bakacak olursak tıbbi müdahale sözleşmesi ile hastanın rızası bulunsa bile insan onuru ile bağdaşmayan bir tedavi şekli kabul edilemez, tedavi adı altında normal ve kabul edilebilir ölçüyü aşacak ölçüde acı ve ıstırap veren, eziyet ve kötü muamele teşkil edecek bir yöntem uygulanamaz. Tıp biliminin sağladığı en son olanaklara göre hastanın acı çekmesini engelleyecek ya da çekilen acıyı hafifletecek yöntem, ilaç veya cihazlar bulunmasına rağmen, zorunluluk halleri dışında, sırf masraftan kaçınmak veya buna benzer bir sebeple bu unsurlar kullanılmadan müdahalede bulunulamaz. Sözleşme yapacak olan hekim veya özel sağlık kuruluşu bu olanaklardan mahrum ise sözleşme yapmaktan kaçınmak ve hastayı başka bir hekime ya da kuruluşa yönlendirmek zorundadır<sup>23</sup>.

Hekimin sözleşme ile elde edeceği menfaatleri düşünerek bu ilkeleri ihmal etmesi ve müdahalede bulunması bir sözleşmeye dayanıyor olsa ve

21 Ancak İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 26. maddesine göre "Bu Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır."

22 Bu konuda yazılmış bir makale için bkz.: Serkan CENGİZ, " **Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu,**" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran 2010; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı şartlar altında açlık grevi ya da ölüm orucu eylemi yapana rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunulabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Cengiz, a.g.m.

23 Sözleşmenin varlığı halinde de bu husus, gerektiğinde hastayı uzmanına göndermek üzere tedaviden kaçınma borcu olarak karşımıza çıkmaktadır.

hastanın rızası bulunsa bile anayasaya aykırılık teşkil eder ve hekimin (diğer sağlık personelinin ya da özel sağlık kuruluşu işleticisinin) sorumluluğunu gerektirir. Örneğin tıbbi olarak gerekemediği halde hastanın ameliyat edilmesi kişinin maddi ve manevi dokunulmazlığı hakkının ihlali olacak ve anayasa ile yasaklanan eziyet ya da kötü muamele olarak kabul edilecektir (Hasta Hakları Yönetmeliği m.12, Türk Ceza Kanunu m.96).

Tıp biliminin genel geçer ilkeleri ile bağdaşmayan, sırf deneme amaçlı bir tedavi şekli uygulanamaz. Bu da kaynağını 17. maddeden alan, kişiler üzerinde rıza alınmadan bilimsel veya tıbbi deney yapılmasını yasaklayan kuralın bir sonucudur. Arada sözleşme olsa bile, hekim karşısında tıbbi konularda bilgisiz ve zayıf durumda olan hastanın yapılacak tedavinin deney niteliğinde olup olmadığını bilmesi mümkün olmayacağından vereceği rıza da geçerli olmayacaktır. Bu nedenlerle kanunlarımız tıbbi deney niteliğindeki tedavileri çok sıkı şartlara bağlamış, kural olarak tıbbi müdahaleye verilecek rıza bir şekilde tabi değilken<sup>24</sup>, tıbbi deney halinde yazılı rıza alma şekli bir unsur olarak kabul edilmiş, aksi hareket ceza hukuku açısından suç kabul edilerek ceza yaptırımına bağlanmıştır (Türk Ceza Kanunu m.90).

600

## **B) Uluslararası Antlaşmalar**

Uluslararası antlaşmalar usulüne uygun olarak kabul edilerek yürürlüğe girdiklerinde kanun hükmündedirler. Bu nedenle uluslararası antlaşmalarının hükümlerinin doğrudan uygulama bakımından bilinmesi önemlidir.

Uluslararası antlaşmaların ikinci önemli etkisi, düzenledikleri konulara ilişkin global ölçekte standartları belirlemeleri ve ulaşılmak istenen hedefleri ortaya koymaları, bu sayede de ulusal hukuk düzenlerini etkileyerek gelişimine katkı sağlamalarıdır. Diğer bir açıdan da anlaşmaya taraf olan devletin iç hukukunda anlaşmaya uygun düzenlemelerde bulunması uluslar arası bir sorumluluğu olarak ortaya çıkmakta ve böylece ulusal hukukunun geliştirilmesi için ilgili devlet

---

24 Ancak Tababet ve Şuabat San'atlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun'un 70. maddesi büyük cerrahi ameliyatlara için yazılı rıza alma zorunluluğunu öngörmüştür. Aynı şekilde yazılı rızanın gerekli olduğu başka tıbbi müdahale türleri de bulunmaktadır. Örneğin aşağıda da detaylı olarak anlatıldığı üzere sterilizasyon ve rahim tahliyesi işlemlerinde durum böyledir. Rahim tahliyesi ve sterilizasyon işlemi yapılacak kişi evli ise onun eşinin de yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Organ ve doku naklinde ise donörün rızasının yazılı olarak alınmasının yanısıra iki şahidin huzurunda alınması da şart kılınmıştır (2238 Sayılı Kanun'un 5. maddesi).



zorlanmaktadır<sup>25</sup>. Uluslararası antlaşmaların üçüncü önemli etkisi ise ülkeler arası uygulamada yeknesaklık sağlamasıdır.

Sağlık hakkına ya da hasta haklarına ilişkin hukukumuzdaki düzenlemelerin tamamına yakını bu konudaki uluslar arası anlayış ve bunların somutlaştığı uluslar arası belgelere dayanmaktadır.

Hukuken herhangi bir bağlayıcılığı olmamasına rağmen ülkelerin ve ulusalüstü örgütlerin verdikleri önem ve yapılan atıflarla adeta bağlayıcı bir belge hüviyetine bürünen<sup>26</sup> 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 25. maddesinde “tıbbi bakım alma ve sağlık hakkı” zikredilmiş, bundan sonra çeşitli ulusalüstü örgütlerce sağlık hakkının daha da detaylandırılarak kabul edildiği bildirimler yayınlanmaya devam edilmiştir. Bu bildirimler ise kendilerinden sonra gelen ulusal nitelikte düzenlemelere ve bağlayıcı nitelikteki uluslararası antlaşmalara kaynaklık etmişlerdir.

Dünya Tıp Birliği'nce 1964 yılında kabul edilen Helsinki Bildirisi ve Dünya Sağlık Örgütü'nce 1981 yılında kabul edilen Lizbon Bildirisi, Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosunca 1994 yılında kabul edilen Amsterdam Bildirisi, 1995 yılında gözden geçirilerek kabul edilen 2.Lizbon Bildirisi, Avrupa Birliği'nin üyesi ülkelere yönelik olarak 2002 yılında kabul ettiği Hasta Haklarına İlişkin Avrupa (Roma) Statüsü, UNESCO'nun 2003 yılında kabul ettiği Genom ve İnsan Hakları Bildirisi hasta hakları ve hekimler ile bu konuda çalışan kişi ve kuruluşların sorumluluğuna ilişkin kapsamlı düzenlemeler getiren ve hukuken bağlayıcı olmayan belgelerden en önemlileridir<sup>27</sup>.

Hukuken bağlayıcılığı olan ilk uluslar arası belge Avrupa Konseyi öncülüğünde akdedilen Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan

25 İnsan haklarının gelişiminde bireysel hakların pozitif uluslararası hukukun konusu haline gelmesine paralel olarak birey de bir uluslar arası hukuk sujesi konumuna yükselmiş, böylece uluslar arası hukuksal kimlik ve ehliyetini kazanan birey sayesinde ulusalüstü hukuk düzeni ve örgütler gerçek anlamda devletler üstü bir etkiye kavuşarak, bireyi kendi hükümetinin iktidarını kötüye kullanmasına karşı korur hale gelmiştir. Ayrıca bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal, 2007, s.263 vd, s.1519 vd.

26 Gemalmaz, a.g.e., s.407 vd.

27 Semra EREN SAYLAN, “**Hasta Haklarının Hukuki Boyutu**,” Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, 20 numaralı dergi, (Çevirimiçi)  
[http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=68](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=68), 14 Kasım 2010

Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir<sup>28</sup>. 4 Nisan 1997'de imzaya açılan sözleşmenin onaylanması 3 Aralık 2003 tarih ve 5013 sayılı kanunla uygun bulunmuş, bu kanun uyarınca sözleşme, 16 Mart 2004 tarihinde onaylanmıştır<sup>29</sup>. Sözleşmenin orjinal metni ve resmi Türkçe çevirisi Bakanlar Kurulu kararına ekli olarak 20.04.2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış; onay belgesi 02.07.2004 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiş, Türkiye açısından sözleşme 01.11.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>30</sup>.

### 1) İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Sözleşmenin amacını belirleyen 1. maddesinde *“Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanlığın haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbin uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır.”* Denilmiş, 2. maddesinde ise insanın menfaatlerinin ve refahının, bilimin veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacağı kabul edilmiştir.

Sözleşmenin 3. maddesi taraf devletlere egemenlik alanları içinde sağlık hizmetlerinden kişilerin adil bir şekilde yararlanması için yükümlülük yüklemektedir.

Sözleşmenin 4.maddesinde *“Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”* denilerek tıbbi müdahale sözleşmelerinde doğrudan uygulanabilir nitelikte mesleki yükümlülükler ve standartları esas alan objektif ve genel bir kural getirilmiştir. Sözleşmenin doğrudan uygulama kabiliyetine sahip diğer hükümleri ise şunlardır:

5. maddede tıbbi müdahale sözleşmesinin de vekile yüklediği borçlardan biri olan hastanın aydınlatılmış rızasını alma yükümlülüğü açıklanmıştır. Buna 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, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir.”*

6. maddede rıza verme yeteneği bulunmayan kişiler açısından düzenleme

28 Anlaşma metni için bkz. [http://www.avrupakonseyi.org.tr/atlasma/aas\\_164.htm](http://www.avrupakonseyi.org.tr/atlasma/aas_164.htm)

29 Tuğrul KATOĞLU, *“Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi,”* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:55, Sayı:1, 2006, s.157.

30 Gemalmaz, a.g.e. s.1219.

yapılarak “*sadece (ehliyetsiz hastanın) doğrudan yararı*” ölçüt olarak konulmuş ve maddenin devamında “*Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir.*” denilmiştir.

“*Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.*” (m.6/2-2)

“*Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır.*” (m.6/3)<sup>31</sup>

“*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.*” (m.7)

Tıbbi müdahalenin rıza alınmadan yapılabileceği diğer durumlar olarak 8.maddede “*acil durum*” ve 9. maddede “*hastanın önceden açıkladığı istek*” istisnai durumlar olarak düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 10. maddesinde sır saklama ve kişisel verileri koruma borcu düzenlenmiş, bu hususun özel yaşamın gizliliği hakkını oluşturduğu hükme bağlanmıştır. “*Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.*” Maddede bilgilendirilme hakkının yanısıra özellikle hastanın maneviyatını ve tedaviyi olumsuz etkilemesi olasılığı bulunan hallerde bilgilendirmenin sınırlanmasına

31 Sözleşmenin küçükler ve fiil ehliyeti olmayan büyükler açısından mutlaka yasal temsilcinin, yetkili makam veya kişinin muvafakatını arayan 6. maddesi ile Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun'un “*Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir*” diyen 70. maddesi çalışmaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca sözleşmeye üstünlük tanıyarak eğer acil bir durum değilse yasal temsilcisi bulunmayan kişiye önce Medeni Kanun hükümlerince bir vasi tayin edilmesi, sonra alınacak vesayet makamı izni ve vasi muvafakatiyle hastaya tıbbi müdahalede bulunulması gerekmektedir.

ilişkin “bilgilendirilmemeyi isteme hakkı” dikkat çekmektedir<sup>32</sup>.

Sözleşmenin 4. bölümünü oluşturan 11 ila 14 maddelerinde insan genomuyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlar özetle; genetik nedenlerle ayırmacılık yapma yasağı (m.11), genetik hastalıklara yönelik testlerin amaç bakımından sınırlanması (m.12), insan genomuna yapılacak müdahalelerin önleme, teşhis ve tedavi dışında bir nedene dayalı olarak yapılamayacağı ve altsoyların genetiğini değiştirme yasağı (m.13), doğacak çocuğun cinsiyetini seçme amacıyla genetik müdahale yasağıdır (m.14). Bu maddeler üreme tıbbi ve embriyoya ilişkin yapılacak tıbbi müdahalelerde, özellikle çocuk sahibi olmak için gerçekleştirilen tedavilerin konusunu oluşturan tıbbi müdahale sözleşmelerinde doğrudan uygulanacak nitelikte emredici hükümler olup aksine şartlar sözleşme ile kabul edilemeyecek ve kabul edilse bile geçersiz olacaktır.

Sözleşmenin 5. bölümünü oluşturan 15 ila 18 maddelerinde bilimsel araştırmalar bağlamında biyolojik ve tıbbi deneyler ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır<sup>33</sup>. 15. maddede biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırmaların, sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla serbest olduğu kural olarak benimsenmiş, 16. maddede deney amaçlı tedavilerin şartları sayılmış, 17. maddede rıza verme ehliyeti olmayanlar bakımından bazı ek ve daha sıkı şartlar öngörülmüş, 18. maddede ise sadece araştırma yapmak amacıyla insan embriyolarının yaratılması yasaklanmıştır.

Sözleşmenin 6. bölümünü oluşturan 19. ve 20. maddelerinde nakil amacıyla canlı vericilerden organ veya doku alınması düzenlenmiş, Türkiye Cumhuriyeti ehliyeti olmayan kişilerden de bazı şartlar altında organ veya doku alınabileceğine ilişkin 20. maddeye 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle çekince koymuştur<sup>34</sup>.

Sözleşmenin 21. ve 22. maddesi insan vücudu ve onun parçaları üzerinde ticari kazanç sağlamak amacıyla tasarrufta bulunulmasını yasaklamaktadır. Bu düzenleme bizim iç hukukumuz bakımından TCK'nın 91. maddesinde düzenlenen organ ve doku ticareti suçu

---

32 Katoğlu, a.g.m., s.173-174. Benzer düzenlemelere ulusal mevzuatımızda da rastlanmaktadır(Hasta Hakları Yönetmeliği m.20 ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.27).

33 Bu konuda mevzuatımızdaki düzenleme TCK'nın insan üzerinde deney suçuna ilişkin 90.maddesidir. Bkz. aşağıda bölüm III.G.1'deki açıklamalar.

34 Gemalmaz, a.g.e., s.1220; Katoğlu, a.g.m., s.183, 187.

açısından yansımasını bulmaktadır.

Sözleşmenin 23. maddesi, tıbbi müdahale sözleşmelerine hâkimin müdahalesi açısından önemi olan bir maddedir. Buna göre sözleşme, taraf devletlere sözleşmede öngörülen hakların ve ilkelerin hukuka aykırı bir şekilde ihlalinin en kısa sürede önlenmesi veya durdurulması için uygun yargısal korumayı sağlama yükümlülüğünü getirmiştir. Anayasa'mızın 90. maddesi uyarınca zaten sözleşme, iç hukukumuzun doğrudan uygulanabilir bir parçası olduğu için kanun koyucumuz tarafından herhangi bir özel düzenleme yapılmasa bile tıbbi müdahale sözleşmelerine hâkimin müdahalesi her zaman *-diğer özel hukuk sözleşmelerine göre çok daha fazla-* mümkün hale gelmektedir. Ayrıca hukukumuzda Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinin düzenlemesi de sözleşmenin 23. maddesi ile uyum halindedir.

Son olarak değineceğimiz husus sözleşmenin 24. maddesi olup, maddeye göre tıbbî bir müdahale sonucunda, uygun olmayan bir zarara uğrayan kişinin, kanun tarafından öngörülen koşullar ve usuller uyarınca, adil bir tazminat istemeye hakkı bulunmaktadır.

## 2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uluslararası alanda insan haklarına ilişkin belgeler içindeki kendi özel önemi ve yeri bir yana, ülkemizin de sözleşmeci taraf konumu ve özellikle iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurulana Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni kuran ve bireysel başvuru hakkını tanıyan sözleşme olması bakımından da Türk hukuk doktrini ve uygulamasında çok önemli bir yere sahiptir.

2010 yılında yapılan son anayasa değişikliklerinden sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu açılmıştır. Bu başvurular için aranacak temel kriter, aleyhine başvurulacak kararın Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmiş olanlarını ihlal etmiş olmasıdır.

Tıbbi müdahale sözleşmesine dayanarak açılacak davalarda ilk ve üst derecelerdeki mahkemelerin verdiği kararların sonucunun hak kaybına neden olur mahiyette olması halinde acaba Anayasa Mahkemesi'ne ve buradan da sonuç alınamazsa AİHM'e başvuru mümkün olacak mıdır? Bu soruya verilecek cevap AİHS'nin, tıbbi müdahale sözleşmesine doğrudan uygulanıp uygulanamayacağına ve devletin bu konudaki sözleşmesel sorumluluğuna yol açıp açmayacağına verilecek cevaba göre

değişecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının gerçekleştirilmesi konusunda sözleşmecı devletlere yükümlülükler yükleyen çok taraflı ve bağlayıcı bir anlaşmadır. Bu nedenle sözleşmede esas olarak birey ile devlet arasındaki ilişkiler ön plana çıkmaktadır. Tıbbi müdahale sözleşmesi ise bireyler arasında kurulan bir hukuki ilişkidir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tıbbi müdahale sözleşmelerine doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadığı öncelikle tartışılacak konu olmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde sağlık hakkı ya da hasta haklarına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bununla bağlantılı olabilecek haklar bulmak mümkündür. Bu bağlamda sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkı, 3. maddesinde düzenlenen gayriinsani ve haysiyet kırıcı muamele yasağı, 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı akla gelmektedir.

Yukarıda sayılan hakların tıbbi müdahale sözleşmesine uygulanabileceği düşünülebilirse de bunlara aykırı davranılması halinde sözleşmenin ihlali gerçekleştiği gerekçesiyle acaba Anayasa Mahkemesi ve AİHM önünde bireysel başvuru hakkı kullanılabilir mi? Kanaatimizce, bu soruya verilecek cevap olumsuz olacaktır. Çünkü AİHS'de düzenlenen hakları gerçekleştirme yükümlülüğü devlete verilmiş olup, bunların bireylerin kendi arasındaki ilişkiler nedeniyle ihlal edilmesi devletin doğrudan sorumluluğunu doğurmaz. Diğer yandan sözleşme, sözleşmecı devletlere *"metninde mezkûr hakların her yerde ve fiilen tanınmasını ve tatbik edilmesini sağlamaya matuf"* bulunmaktadır.

Devlete her yerde ve fiilen sözleşmede yazılı hakları sağlama yükümlülüğü yüklemesi, acaba ona, konusu sağlık hakkı gibi önemli olan bir sözleşme nedeniyle sorumluluk getirecek midir? Söz gelimi özel bir sağlık kuruluşunda çalışan hekimin meslekte acemiliği gibi bir sebeple tıbbi müdahale sözleşmesine aykırı davranışıyla hastanın hayatını kaybetmesi halinde sözleşmecı devlet yaşam hakkının ihlalinden ötürü sorumlu tutulabilecek midir?

Yaşam hakkının devletin doğrudan bir müdahalesi olmadan, diğer bir ifadeyle başka bireyler tarafından ihlal edildiği olaylarda AİHM'in verdiği kararlara baktığımızda, devletlerin doğrudan sorumlu olmasa bile, kişiyi korumakta gösterdiği yetersizlik ya da faili bulma konusunda etkili

bir soruşturma yapmaması nedeniyle yaşam hakkının ihlali (m.2) uyarınca dolaylı olarak sorumlu tutulduğu kararlara rastlamak mümkündür. Bu gibi hallerde mahkeme çoğu zaman 6. maddenin (adil yargılanma hakkı) ve 13.maddenin (etkili başvuru) hakkının ihlal edildiğine de karar vermektedir<sup>35</sup>.

Bu nedenle özellikle devletin sağlık kuruluşlarını denetleme yükümlülüğüne aykırı davranışı ya da hekim yetiştirmede ve ruhsat vermede ağır ihmal olarak kabul edilecek aktif ya da pasif bir davranışı tespit edilebilirse, örneğin denetimsizlik nedeniyle gayri sıhhi şartlara sahip özel sağlık kuruluşlarında yapılan ameliyat sonucu kapılan enfeksiyonun neden olduğu zararlarda, devletin kişinin yaşam hakkını korumada gösterdiği yetersizlik ve ihmal nedeniyle davranışının sözleşmeye aykırı bulunarak tazminata hükmedilmesi dolaylı yoldan mümkün olabilecektir. Buna ilave olarak tıbbi müdahale sözleşmesinin taraflardan biri tarafından ihlali aynı zamanda ceza kanunu uyarınca suç teşkil ediyor ve devletin, failin cezalandırılması konusunda yeterli ve etkili bir soruşturma yapmaması ya da yavaş yargılaması nedeniyle failin zamanaşımından yararlanması gibi hallerde de sözleşmenin etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesi ve adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ihlali nedeniyle yaptırım kararı uygulanabilecektir.

### 3) Diğer Uluslararası Anlaşmalar

Yukarıda bahsedilenlerin dışında da ülkemiz ile diğer devletler ve ulusalüstü örgütlerle akdedilen iki ve çok taraflı anlaşmalar bulunmaktadır. Diğer devletlerle akdedilen sağlık konusundaki ikili anlaşmalar genellikle işbirliği anlaşması niteliğinde olup devletlerin birbirlerine karşı üstlendikleri yükümlülüklerle ilişkin hükümler barındırmaktadırlar. Bu açıdan önemli olmakla beraber bu anlaşmalarda bir özel hukuk sözleşmesi olan tıbbi müdahale sözleşmesine doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümler bulmak güçtür.

Diğer taraftan doğrudan sağlık hakkını düzenlememekle birlikte, düzenledikleri konular bakımından sağlık ya da hasta haklarını ilgilendiren ulusalüstü ölçekte insan hakları belgeleri de mevcuttur. Bunlara örnek olarak 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı, 16 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi ile

---

35 19.10.2006 tarihli Apro Diril/Türkiye kararı, (Çevirimiçi) www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/aprodiril.doc, 23 Kasım 2010.

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, 28 Ocak 1981 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine Karşı Bireylerin Korunması Sözleşmesi, 26 Kasım 1987 tarihli Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) bünyesinde kabul edilen çok taraflı kimi sözleşmeler sayılabilir. Ancak tıpkı ikili anlaşmalarda olduğu gibi bu belgeler de doğrudan uygulanabilir nitelikte haklar içermekten çok, devletlerin bu konulardaki yükümlülüklerini ve sorumluluklarını belirleyen anlaşmalar olması bakımından doğrudan tıbbi müdahale sözleşmelerine uygulanabilir nitelikte hükümlere kaynaklık etmezler. Ancak dolaylı olarak ve ulusal mevzuatı etkileyerek uygulanmaları söz konusu olabilir.

### **C) Borçlar Kanunu**

#### **1) Tıbbi Müdahale Sözleşmesinin Türüne İlişkin Hükümler**

Tıbbi müdahale sözleşmesi bir sözleşme tipi olarak kanunlarımızda özel olarak düzenlenmiş değildir. Öyle ki Borçlar Kanunu'nda sayılan sözleşme tiplerinden hangisine girdiği doktrinde tartışılmış ve vekalet sözleşmesi olduğu noktasında doktrin ve uygulamada büyük oranda mutabakata varılmıştır. Tıbbi müdahale sözleşmesinin bazı hallerde ise istisna (eser) sözleşmesi olarak kabulü mümkündür. Diğer görüşler ise tıbbi müdahale sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi olduğu, karma nitelikte sözleşme olduğu ve sui generis sözleşme olduğudur<sup>36</sup>.

Tıbbi müdahale sözleşmesi rızai ve iki tarafa borç yükleyen *sinellagmatik* bir iş görme sözleşmesidir. Sözleşmenin şekli açıdan herhangi bir geçerlilik veya ispat şartı bulunmamaktadır. Adi yazılı, noterde onaylama veya düzenleme şeklinde yapılabileceği gibi sözlü olarak ta yapılabilir. Ayrıca açık bir irade beyanı ile yapılması mümkün olduğu gibi, hastanın hekime ya da hastaneye başvurması ve hekimin müdahaleyi kabul ettiğini gösteren bir hareketle, (örneğin reçete yazması) diğer bir ifadeyle zımni bir irade beyanı sayılabilecek hallerde sözleşmenin kurulması mümkündür. Önemli olan birbirine uygun ve anlaşılabilir iradelerin örtüşmesidir<sup>37</sup> (BK m.1). Ancak açık bir rızanın bulunmadığı hallerde hekim hasta tarafından yapılan icabı derhal reddetmediğinde sözleşme kurulmuş olacaktır<sup>38</sup>(BK m.387).

---

36 Demir, a.g.m. s.226.

37 Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz, 2005, s.58.

38 "Bu hüküm sadece gaip (hazır olmayanlar) arasında vekalet sözleşmesinin kurulmasında



Tıbbi müdahale sözleşmesi, kanunda özel olarak düzenlenmediği için BK m.386/2 maddesi uyarınca vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Hekimin borcu teşhis ve tedavi için özen göstermekten ibaret olup sonuç garanti edilemediği için bu yönüyle eser sözleşmesinden ayrılmaktadır. Ancak sonucun vaadedildiği dış protezi yapma ya da estetik cerrahi operasyonlarda eser sözleşmesine ait hükümler uygulama alanı bulacak<sup>39</sup> (BK m.355-371) ve ayıba karşı tekeffül de gündeme gelecektir(BK m.362). Tıbbi müdahale sözleşmesi hizmet sözleşmesi niteliğinde de değildir. Çünkü hizmet sözleşmesindeki bir iş sahibine bağlı olarak çalışma unsuru (BK m.313 vd.) hastadan bağımsız olarak görev yapan hekim açısından düşünülemez.

## 2) Sözleşmenin Tarafları ve Tarafların Borçlarına İlişkin Hükümler

Tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafları genellikle tıbbi müdahalede bulunan ve hastadır. Ancak bu şart değildir. (Tam veya eksik) Üçüncü kişi yararına sözleşme durumunda sözleşmenin tarafı, hasta dışındaki bir kişi de olabilir(BK m.111). Örneğin spor kulüplerinin sporcuları için özel sağlık kuruluşlarıyla yaptıkları (genellikle sponsorluk anlaşması adı altında ve karma nitelikte yapılmaktadır) tıbbi müdahale sözleşmelerinde sözleşmenin tarafı spor kulübü (dernek) olmasına rağmen, üzerinde tıbbi müdahale yapılan hasta (sporcu) olmaktadır. Aynı durum ticaret şirketlerinin çalışanları için yaptığı sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Eğer lehine sözleşme yapılan kişi sözleşme ile kendisine sağlanan hakları talep edebiliyorsa ( bir başka deyişle şahsen ifanın yapılmasını talep edebiliyorsa) tam üçüncü kişi yararına sözleşme, kendisi talep edemiyor ancak sözleşmenin tarafı olan kişi talep edebiliyorsa eksik üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusudur<sup>40</sup>.

Tıbbi müdahale sözleşmesinin taraflara yüklediği borçlara yukarıda değinilmişti. Bu borçların bir kısmı sağlık hakkı ve hekimlerin veya hemşirelerin mesleki sorumluluğu gibi meslek kurallarını düzenleyen mevzuatta belirlenmişken, önemli bir kısmı da vekalet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerden çıkarılmaktadır.

---

*uygulanır, hazırlar arasında özellikle telefonla yapılan icaplarda bu hüküm uygulanmaz.” Fahrettin ARAL, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Yetkin, 2007, s.396-397.*

39 “Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması ( protez ) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur.” Yargıtay 15.Hukuk Dairesi'nin E.1999/4007, K.1999/3868K. sayılı ve 03.11.1999 günlü kararı, Akip İçtihad Programı.

40 Oğuzman/Öz, a.g.e., s.820 vd.

Tıbbi müdahale sözleşmesinde tıbbi müdahalede bulunanın borçlarının bir kısmı hem borçlar hukukundan hem de meslek kurallarından kaynaklanmaktadır. Teşhis koyma ve tedavi etme (m.386/1), hastayı aydınlatma ve açık rızasına aykırı hareket etmeme (m.389), sadakat ve özen gösterme (m.390), işi bizzat görme (m.390/3, m.391), hesap verme (m.392) hem Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerden hem de meslek kuralları ve hasta haklarına ilişkin ulusal ve ulusüstü düzenlemelerden ileri gelmektedir. Tıbbi müdahalede bulunanın Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyip meslekle ilgili yükümlülük ve yasakları düzenleyen kurallardan kaynaklanan borçları da bulunmaktadır. Bunlar ise, dökümantasyon (tedaviyi kayda geçirme), mesleği yaparken kişiler hakkında öğrendiği bilgileri açık etmeme (sır saklama), mesleki bilgilerini geliştirme, gerekli durumlarda hastayı uzmanına göndermek üzere tedaviyi üstlenmekten kaçınmadır.

Hastanın borçlarından genel olarak Borçlar Kanunu'nda düzenlenenler ise ücret ödeme (m.386/3), iş için vekil tarafından verilen avans ve yapılan masrafları faiziyle birlikte ödeme (m.394/1), işi yaparken vekile kendi kusuru ile verilen zararları tazmin etmedir (m.394/2). Bununla birlikte hukukumuzda göre ücret ödeme borcu vekalet sözleşmesinin kurulması bakımından zorunlu bir unsur olmayıp, anlaşma olması halinde vekaletin ücretsiz olması da mümkündür<sup>41</sup>. Ancak ücret ödenmemesi hususunda açık bir anlaşma yoksa ve teamül ücret ödenmesini gerektiriyorsa, başlangıçta sözleşmede kararlaştırılmamış dahi olsa sözleşmenin esaslı unsurlarından biri kararlaştırılmadığı gerekçesiyle sözleşme geçersiz sayılmayacak ve işin niteliği ve hekimlik asgari ücret tarifesi göz önüne alınarak belirlenecek bir ücreti müvekkilin vekalet ücreti olarak vekile ödemesi gerekecektir(m.2).

Tıbbi müdahalede bulunanın ihtiyacı olan bilgi ve belgeleri verme, onun verdiği talimatlara uyma ve teşhise yönelik incelemelere katlanma ise hastanın, Borçlar Kanunu dışındaki diğer mevzuat hükümlerinden kaynaklanan borçlarını oluşturmaktadır.

### **3) Sözleşmenin Kapsamı ve Sözleşmesel Sorumluluğa İlişkin Hükümler**

Tıbbi müdahale sözleşmesinin kapsamı sözleşmeye göre, eğer sözleşmede açık bir şekilde tarif edilmemişse, sözleşmenin konusunu oluşturan işin mahiyetine göre belirlenecektir(m.388). Tıbbi müdahalede bulunan, sözleşmenin kapsamı dışında kalan fiilleri ile hastaya verdiği

---

41 Aral, a.g.e., s.393.

zararlardan haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır(m.41 vd.).

BK 390.madde uyarınca tıbbi müdahalede bulunan, işini dikkatli bir Şekilde yapmak ve özenli davranmak zorundadır. Sözleşmesel sorumluluğunun temelini de bu zen borcu oluşturur. Tıbbi müdahalede bulunan, nleme, teşhis ve tedavi faaliyetine yönelik özenli bir araştırma yapması ve gereken bütün dikkat ve gayreti göstermesi halinde sorumluluğunu yerine getirmiş kabul edilecektir. zen borcunun tam olarak yerine getirilmesine rağmen istenmeyen sonucun ortaya çıkması halinde ise sorumluluk doğmayacaktır. Bir başka değişle sonuçta hasta zarar görmüş olsa bile zen borcuna riayet edilmesi tıbbi müdahalede bulunanın sorumluluğuna gidilmesi önünde engel oluşturmaktadır. Zira sözleşme ile ykmlenilen netice değil netice için özenli bir Şekilde alışmadır.

Tıbbi müdahalede bulunanın zen borcuna ve diğer sözleşmesel borçlarına aykırı davranması nedeniyle bir zarar ortaya çıkarsa hasta yalnızca uğradığı zararı ispat edecektir. Haksız fiil hükümlerinin aksine hastanın kusuru da ispat etmesi gerekmemektedir. Bu durumda tıbbi müdahalede bulunanın kusursuz olduğunu kendisinin ispat ederek sorumluluktan kurtulması gerekmektedir(m.96).

Tıbbi müdahalede bulunan kural olarak her türlü kusurundan sorumludur(m.98). Ancak işin mahiyeti gerektiriyorsa ve sözleşme ile hastaya bir ücret borcu yklenmemişse tıbbi müdahalede bulunanın sorumluluğu hafiflemektedir. Bu durum tazminat miktarında hakkaniyet bakımından yapılacak tenkis açısından da önemli rol oynamaktadır(m.44).

Tıbbi müdahalede bulunanın sorumluluğu genel olarak işinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabidir(m.390/1). Ancak eğitim durumu ve mesleğinin gerekleri nedeniyle elbetteki gösterilecek dikkat ve özenin derecesi artmaktadır. Denilebilir ki ortalama bir hekimin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermeyen hekimin kusuru ağır kusur, üst düzey ve mesleğinde çok titiz bir hekimin göstereceği dikkat ve özeni göstermeyen hekimin kusuru hafif kusurdur. Bu belirleme, hekim ile aynı uzmanlık alanı ve akademik kariyere sahip ortalama ve üst düzey hekimlerden beklenebilecek davranışlar dikkate alınarak yapılacaktır.

Hekim, BK 99. maddeye göre sorumluluğunu sınırlandıran bir anlaşma bulunmuyorsa kural olarak en hafif kusurundan bile sorumludur. Uğranılan zarardan ise kusuru oranında değil, zararın tamamından sorumlu olmaktadır. Bu nedenle bilirkişi raporlarında 1/8 oranında

kusurlu bulunan bir hekime, halin icabı veya zarar görenin zarar görmesinde kendi kusuru ( müterafik kusur) da bulunmadığı müddetçe zararın 1/8'inin değil tamamının ödettirilmesi gerekmektedir. Örneğin hastanın durumuyla ilgili çok önemli bir bilgiyi hekimden saklaması veya hekimi yanıltıcı mahiyette bilgiler vermesi nedeniyle ortaya çıkan zarar üzerinde zarar görenin de kusurlu davranışının etkisi bulunduğu hâkim tıbbi müdahalede bulunan hakkında hükmedeceği tazminatı indirebileceği gibi tamamen de kaldırabilecektir<sup>42</sup>(m.44/1).

#### 4) Sözleşmenin Sona Ermesine İlişkin Hükümler

Tıbbi müdahale sözleşmesini tıbbi müdahalede bulunan veya hasta her zaman sona erdirebilir. Bu sonuca Borçlar Kanunu'nun 396. maddesindeki “*Vekaletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir.*” hükmünden ulaşıyoruz. Ancak maddenin devamına göre uygun olmayan bir zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf bu nedenle karşı tarafın uğradığı zarardan sorumludur<sup>43</sup>.

Vekaleti sona erdiren sebepler olarak BK 397. maddede ölüm, ehliyetin kaybedilmesi ve iflas gösterilmiştir. Bunlar sözleşmeyi kendiliğinden sona erdiren sebepler olup azil veya istifanın aksine herhangi bir irade açıklamasına gerek bulunmamaktadır.

Gerek tıbbi müdahalede bulunanın gerekse hastanın ölümü halinde sözleşme sona ermektedir. Bu nedenle mirasçılarının tıbbi müdahale sözleşmesine taraf olması mümkün değildir. Ancak buradaki sona ermenin ileri etkili olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. O nedenle sözleşmenin tarafı olan hastanın tıbbi müdahalede bulunanın kusurlu davranışıyla ölümü halinde destekten yoksun kalan mirasçılarının açacağı davalar da yine sözleşmeye dayanacaktır.

Tıbbi müdahale sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren ikinci hal, fiil ehliyetinin yitirilmesidir. Bu durumu hasta ve tıbbi müdahalede bulunan bakımından ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Tıbbi müdahalede bulunanın fiil ehliyetini kaybetmesi halinde bu mutlak bir sona erme sebebi teşkil edecektir. Ancak hastanın fiil ehliyetini kaybetmesi her zaman sözleşmenin sona ermesini sonuçlamaz. Zira ona vesayeten

---

42 Örneğin hasta hemofili hastalığı olduğunu bildiği halde bu durumu hekimden saklarsa ve ameliyat sırasında kanamanın durdurulamaması nedeniyle yaşamını kaybederse hastanın müterafik kusuru nedeniyle duruma göre hekimin tazminat sorumluluğu daralacak veya tamamen ortadan kalkabilecektir.

43 Aral, a.g.e., s.419.

sözleşmenin tarafı olarak borçları yerine getirecek vasi, kayyım gibi yasal temsilcilerin atanması mümkündür. Ancak tıbbi müdahalenin konusu ancak hastanın bizzat fiil ehliyetinin bulunmasını gerekli kılıyorsa bu durumda ehliyetin yitirilmesi sözleşmenin de sona ermesini sonuçlayacaktır. Buna organ nakli örnek verilebilir. Zira hukukumuzda göre kendisinden nakil amacıyla organ alınacak kişinin mutlaka fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir(2238 Sayılı Kanun m.5).

Tıbbi müdahale sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren üçüncü hal taraflardan birinin iflasıdır. Bu durumu da kanunumuz tıpkı fiil ehliyetinin yitirilmesine benzetmiştir. Kanunkoyucu iflas eden tarafın sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği varsayımıyla bu hükmü sevk etmiştir. Ancak burada da tıbbi müdahalede bulunan ve hasta bakımından bir ayrıma gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Eğer iflas eden tıbbi müdahalede bulunacak kişi ise bu durumda sözleşme mutlak olarak sona erer. Ancak iflas eden kişi hasta ise burada tıbbi müdahale sözleşmesi gereğince yüklendiği ücret borcunun ödenmiş olması ya da bu konuda maddi bir teminatın varlığı halinde artık sözleşmenin sona erdiğinden bahsedilemeyecektir. Zira kanunkoyucunun maddeyi düzenlemedeki amacı bütün malvarlığı iflas ile birlikte kendi tasarrufundan çıkarak iflas masasını oluşturan müflisin sözleşmeden kaynaklanan borçlarını yerine getiremeyeceği ve bu nedenle de karşı tarafın sözleşmenin devamını istemeyeceği varsayımına dayalıdır. Ancak tıbbi müdahale sözleşmesi gereğince hasta borcunu önceden ödemişse veya borç için yeterli teminat (örneğin müflis hastanın ödeme gücüne sahip bir yakınınca verilen bir bono) verilmişse ya da tıbbi müdahale sözleşmesi ücretsiz olarak akdedilmişse iflas sözleşmeyi sona erdiren bir sebep olmayacaktır.

BK m. 397'nin 2. fıkrasında genel kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre “ (ölüm, ehliyetin yitirilmesi veya iflas sebebiyle)...vekaletin nihayet bulması müvekkilin menfaatlerini tehlikeye koyuyorsa müvekkil veya mirasçısı veya mümessili bizzat işlerini görebilecek hale gelinceye kadar vekil veya mirasçısı veya mümessili vekaleti ifaya devam ile mükelleftirler.” Tıbbi müdahale sözleşmesinin özelliği ile bağdaşmayan bu hükmün uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Çünkü tıbbi müdahalede bulunan ölmüşse onun mirasçılarının tıbbi müdahaleye devam borcu düşünülemez. Keza ölen hasta ise artık tıbbi müdahale sözleşmesinin de konusu kalmamıştır.

Son olarak sözleşmeyi sona erdiren diğer bir sebep hastanın tıbbi

müdahale sonucunda iyileşmesi veya kesin olarak iyileşemeyeceğinin anlaşılmasıdır. Bu hallerde de sözleşmeye devam etmenin bir anlamı kalmamaktadır.

##### 5) Borçlar Kanunu'nun Sözleşmeye Uygulanabilecek Genel Hükümleri

Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesine göre “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*”. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulması, feshedilmesi, butlan nedeniyle geçersiz sayılması, iradeyi sakatlayan hata, hile, ikrah gibi sebepler nedeniyle iptal edilmesi, temsil ilişkisi, zararın ve tazminatın miktarının belirlenmesi ve tenkisi, manevi tazminat istemi, müteselsil sorumluluk, ceza hukuku ile ilişki, istihdam edenin sorumluluğu, borcun ifası, muacceliyet, ödemezlik def'i ve fesih hakkı, ödeme, mahsup, alacaklı ve borçlu temerrüdü, tevdi mahalli belirlenmesi, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluk, sorumsuzluk anlaşması, yardımcı kişilerin sorumluluğu, kusurun ispatı yükü, üçüncü kişi yararına sözleşme, borcun sona erme sebepleri, zamanaşımının başlaması, durması ve kesilmesi, sürelerin hesabı, borçlular ve alacaklılar arasında teselsül, müşterek borç, şarta bağlı borç, cezai şart, alacağın temliki ve borcun nakli hakkındaki genel nitelikli hükümleri işin niteliğine ve vekalet (bazı durumlarda eser) sözleşmesi hakkındaki özel hükümlere uygun düştüğü ölçüde tıbbi müdahale sözleşmeleri bakımından da uygulanacaktır.

Zamanaşımına ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nun 126/4 maddesi uyarınca tıbbi müdahale sözleşmelerinde beş yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Ancak serbest çalışan hekimler, dış hekimleri ve ebelerin tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan ücret alacakları bakımından hastalara açacakları davalarda iki yıllık hak düşürücü süre kabul edilmiştir<sup>44</sup>.

Zamanaşımının başlangıç tarihi alacağın muaccel olduğu tarihtir. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat istemlerinde zamanaşımı failin ve zararın öğrenildiği tarihte başlamakta olup, zamanaşımının işlemeye başlaması için zararın miktarının kesin olarak bilinmesi gerekmemektedir. Bu nedenle özellikle fazlaya dair haklar saklı tutularak açılacak kısmi davalarda zamanaşımı süresinin zararın miktarını tespit eden bilirkişi raporunun verildiği tarihte değil, zararın davacı tarafından kabaca (ana hatlarıyla) öğrenildiği tarihte işlemeye başladığına dikkat

44 Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.71.

edilmelidir<sup>45</sup>.

#### **D) Türk Medeni Kanunu**

Türk Medeni Kanunu'nun tıbbi müdahale sözleşmesine uygulanacak hükümleri özellikle hukukun uygulanması, dürüstlük kuralı, iyiniyet, hâkimin takdir yetkisi, ispat yüküne ilişkin başlangıç hükümleri ile kişilik, kişiliğin başlangıcı ve sonu, kişilik hakları ve kişiliğin korunması, hak ve fiil ehliyeti, ehliyetsizlik, velayet, vesayet ve kayımlık ile ailenin temsiline ilişkin olanlardır.

##### **1) Başlangıç Hükümleri**

Medeni Kanun'un 1. maddesi hukukun kaynaklarını ve uygulanmasını düzenlemektedir. Buna göre kanun özüyle ve sözüyle değindiği bütün konularda uygulanacaktır. Kanunun özü ile uygulanmasından kastedilen şudur: Bir kanun hükmünün sadece sözüne bakılarak uygulanması halinde hukuk düzeninin ve vicdanın kabul etmeyeceği adaletsiz sonuçlar doğuyor ve bu sonucun ortaya çıkacağını bilse idi kanunkoyucu bu şekilde bir hüküm sevketmezdi denilebiliyorsa, hüküm ait olduğu kanunun bütünü ile birlikte değerlendirilir ve kanunun amacına uygun yorumlanarak uygulanır. Böylece ortaya çıkabilecek adaletsiz ya da kanunun düzenlenme amacının tersine sonuçların ortaya çıkması önlenir.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı hallerde hâkim, örf ve adet hukukuna orada da bir hüküm bulunmadığı takdirde kendisi kanun koyucu olsa idi nasıl bir hüküm koyacaksa ona göre karar verecektir. Hâkim doğrudan uygulanabilir nitelikte bir hüküm bulamadığı zaman benzer konuları düzenleyen kanun maddelerinden ve bilimsel eserlerden yararlanarak önce tıpkı bir kanunkoyucudan beklendiği gibi objektif bir kural koyacak, bu kuralı da davada uygulayarak sonuca gidecektir. Hâkim önüne gelen davalara kanunda ya da örf ve adet hukukunda bir kural bulunmadığı gerekçesiyle bakmaktan kaçınmaz (Anayasa m.36/2). Bu nedenle denilebilir ki kanunda boşluk olabilir; ancak hukukta boşluk olamaz.

MK 2. maddede dürüstlük kuralı<sup>46</sup> düzenlenmiştir. Buna göre herkes

---

45 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2002/13-1011, K.2002/1047 sayılı ve 11.12.2002 günlü kararı, Akip İçtihad Programı.

46 "Dürüstlük kuralı, herkesin uyması gerekli olan genel ve objektif bir davranış kuralıdır. Genel olarak, dürüstlük kuralı; kişilerin tarafı oldukları hukuki ilişkilerde dürüst, namuslu, ahlaklı ve diğer kişilerde yaratılan güvenle tutarlı şekilde davranmalarını ifade eder. Buna göre, belirli bir hukuki ilişkide dürüstlük kuralına uygun davranış; toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekalı bir kişinin,

haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uygun davranmak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz<sup>47</sup>. Dürüstlük kuralı tıbbi müdahale sözleşmelerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında doğrudan uygulanabilir nitelikte önemli bir kuraldır.

## 2) Kişiliğe İlişkin Hükümler

Medeni Kanun'un kişiliğe ilişkin hükümleri genel olarak kişiliğin ve buna bağlı olarak hak ehliyetinin başlangıcı ve sona erişini, fiil ehliyetinin kazanılması ve kaybı hallerini gerçek ve tüzel kişiler açısından düzenlemiştir; ayrıca kişilik haklarının korunmasına ilişkin kuralları getirmiştir.

Gerçek kişiler açısından her insan, hak ve borç sahibi olabilmesi anlamına gelen hak ehliyetine sahiptir(MK m.8). Bu hakkını bizzat kullanabilmesi için kişinin fiil ehliyetine de sahip olması gerekir(MK m.9). Ayırt etme gücüne sahip olan ehliyetsizler yasal temsilcilerinin izin veya onayıyla hak ve borç edinebilirler(MK m.16/1). Ancak karşılıksız kazandırmalarda ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızaya gerek bulunmamaktadır. Bu durumda denebilir ki tıbbi müdahale sözleşmesinin bir tarafını oluşturan hasta, ayırt etme gücüne sahip olan küçük veya kısıtlı ise, sözleşmenin konusu kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için bu hakkın kullanılması bakımından yasal temsilcinin rızasına gerek duymadan kişisel olarak talepte bulunabilecektir. Buna karşılık sözleşme nedeniyle kendisine yapılacak taleplerin (özellikle maddi konulara ilişkin olanların) yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç olduğunda ve onun adına velayeten veya vesayeten yasal temsilcilerinden istenebileceğinde duraksamaya yer yoktur.

Ayırt etme gücüne sahip olan ve kısıtlı olmayan her ergin kişi fiil ehliyetine de sahiptir. Bu kişiler doğal olarak tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı ve sözleşmeden doğan hak ve borçların sahibi olabilirler. Kişi 18 yaşını doldurmakla ergin olabileceği gibi, 16 yaşını

*genel ahlak, doğruluk ve karşılıklı güven esaslarına uygun davranış biçimidir.” Mustafa DURAL, Suat SARI, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Filiz, 2004, s.181-182.*

47 Hakkın kötüye kullanılması olgusunun tespitinde özellikle şu hususların varlığı göz önüne alınır: hakkın kullanılmasında menfaatin bulunmaması, hakkın kullanılmasındaki menfaatle başkasının uğrayacağı zarar arasında aşırı nisbetsizlik bulunması, çelişkili ve karşı tarafta uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması, hakkın tanınmasındaki amaca aykırı kullanılması, hukukun dolanılması.Dural/Sarı, a.g.e., s.192-197.



doldurmuşsa hâkim kararı ve 17 yaşını doldurmuşsa anne ve babanın izniyle evlendiğinde de ergin olur. Ayrıca 15 yaşını doldurmuş kişiler hâkim kararıyla da ergin kılınabilirler.

Kişilik sağ ve tam olarak doğmakla başlayıp ölümlle sona erer. Hak ehliyeti ise sağ ve tam olarak doğmak kaydıyla ana rahmine düşülen andan itibaren kazanılır. Bu itibarla özellikle doğumla ilgili olarak yapılmış tıbbi müdahale sözleşmelerinde sağ ve tam doğmak şartıyla cenin de anne rahmine düştüğü andan itibaren hak sahibi olabileceği için, tıbbi müdahalede bulunanın doğum sürecindeki kusurlu davranışları nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararların tazminini sağ ve tam olarak doğduğunda sözleşmeye dayanarak tıbbi müdahalede bulunanın talep edebilecektir. Elbetteki bu talebi kendisi adına yasal temsilcileri yapacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 23 ve 24. maddelerinde kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri, Anayasa'mızın 12. ve 17. maddelerinin bir yansımasıdır. Medeni Kanun ile kişilik hakları hem kişinin kendisine hem de başkalarına karşı korunmuştur. Anayasa'nın 12. maddesinde temel hakların ve özgürlüklerin niteliği sayılırken bunların *devredilmez* ve *vazgeçilmez* nitelikte haklar olduğu bildirilmiştir. Bununla paralel olarak MK.m.23'de *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.”* denilerek kişilik hakları kişinin kendisine karşı da korunmuştur.

MK m.23'ün tıbbi müdahale sözleşmelerine ilişkin önemli bir hükmü de 2. fıkradır. Buna göre *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.”* denilerek biyolojik kökenli madde alınmasına gösterilecek rıza ve rızanın şekli belirlenmiş; ayrıca bu bir eksik borç olarak kabul edilerek rızaya rağmen donörün madde vermekten kaçınması halinde buna kendisinin hukuken zorlanamayacağı ve bu nedenle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunamayacağı kabul edilmiştir.

MK 24.maddede *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle*

*haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”* denilmiştir. Bu maddenin içeriği ve uygulanmasına ilişkin yukarıda detaylı açıklamalar yapılmıştı. Madde aynı zamanda tıbbi müdahale sözleşmesinin kişilik haklarına saldırı niteliğinde hükümler içermesi halinde hâkimin sözleşmeye müdahalesini düzenleyen madde olması açısından önemlidir<sup>48</sup>.

### 3) Velayet, Vesayet ve Aile Birliğine İlişkin Hükümler

Ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin tıbbi müdahalede bulunan ile kendilerinin yapacakları tıbbi müdahale sözleşmesinin geçerliliği yasal temsilcilerinin rızasına bağlıdır. Bu rıza, sözleşme yapılmadan önce verilecek bir izinle ya da sözleşme yapılması sırasında verilecek bir muvafakatla olabileceği gibi sözleşme yapıldıktan sonra verilecek bir onayla da olabilir. Sözleşme yapıldıktan sonra yasal temsilcinin vereceği onaya kadar tıbbi müdahale sözleşmesi askıda hükümsüz olacaktır. Haklı bir sebebe dayanmaksızın yasal temsilcinin izin veya onay vermektan kaçınması halinde ayırt etme gücüne sahip olan küçük hâkime başvurarak sözleşmeye onay verilmesini isteyebilir. Burada hâkimin vereceği karar yasal temsilcinin rızası yerine geçecektir.

618

Askıda olan tıbbi müdahale sözleşmesine sözleşmeyi akdeden ayırt etme gücüne sahip küçük, daha sonradan ergin olarak fiil ehliyetini kazandığında da onay verebilir. Bu durumda askıda hükümsüz olan tıbbi müdahale sözleşmesi baştan itibaren geçerli bir sözleşme olarak hükümlerini doğuracaktır.

Ayırt etme gücüne sahip küçüğün kendi kazancının olması durumunda, tıbbi müdahale sözleşmesini bazı hallerde bizzat kendisi yapabilir. MK mad. 359/11, ana babanın çocuğun mallarının bir bölümünü bağımsız bir meslek ya da sanatla uğraşması için ona vermesi durumunda, meslek ve sanatın gerektirdiği işlemlerle sınırlı olmak üzere; yine çocuğun kendi çalışmasının ürünü olan kazancı üzerinde, kazanç miktarı ile sınırlı olmak üzere küçüğün tam fiil ehliyetine sahip olacağını belirtmektedir. Bu çerçevede ayırt etme gücüne sahip küçük, tıbbi müdahale iş gücünün muhafazasına ya da yeniden kazanılması amacına hizmet ettiği veya kişisel kazancı ile sınırlı olduğu sürece, sağlığı için gerekli olan tıbbi müdahale sözleşmelerini ana babanın rızası olmadan yapabilecektir<sup>49</sup>.

48 Ayrıca bkz. yukarıda İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 23. maddesi ile ilgili açıklamalar.

49 Zarife ŞENOCAK, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:50, Sayı:4, 2001, s.70.

Ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlılarda da benzer bir durum vardır. Şu farkla ki tıbbi müdahale sözleşmesi, kısıtlı için aynı zamanda kanunda sayılan hâkimin iznini gerektirir borç doğurucu bir işlem olduğundan yasal temsilci sözleşmeye rıza göstermeden önce vesayet makamı olan sulh hukuk hâkiminin iznini almak zorundadır<sup>50</sup>(MK m.462/13). Kanun vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kuruluşuna yerleştirilmesi için vesayet makamının iznini alma şartını koyarak kısıtlının menfaatlerini korumaya çalışmıştır. Ancak acil hallerde bu izin baştan alınmazsa daha sonradan onay şeklinde de alınabilir. Bu durumda da sözleşme askıda hükümsüz olacak ve hâkimin onayı ile baştan itibaren geçerli bir sözleşme haline gelecektir. Vasi hâkime onay için başvuramazsa tıbbi müdahalede bulunan hâkime sözleşmenin onaylanması için başvurabilir (MK m.451/2'ye kıyasen). Hâkim sözleşmeye onay vermezse tıbbi müdahalede bulunan sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulur (MK m.451) ve yaptığı harcamaları MK m.452 hükümlerine göre geri isteyebilir. Ancak, vesayet altındaki kişi, sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur(MK m.452/1). Vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur(MK m.452/2).

Haklı bir sebep olmaksızın vasinin tıbbi müdahale sözleşmesine rıza göstermek için hâkimden gerekli izni almak amacıyla başvurmaması halinde, kısıtlı olan kişi, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkını şahsen kullanabileceğinden doğrudan vesayet makamı olan hâkime başvurarak bu iznin verilmesini isteyebilecektir<sup>51</sup>.

Küçüklerin temsili Medeni Kanun'un 342. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır.

---

50 Ancak kanunda sağlık kuruluna yerleştirmekten bahsedildiği için nezle veya öksürük gibi basit şikayetler için ayakta yapılacak müdahaleler için vesayet makamının izni gerekli değildir.

51 Mustafa DURAL, Tufan ÖĞÜZ, Alper GÜMÜŞ, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz, 2005, s.651; Bu başvuru MK.m.461'deki vesayet altındaki ayırt etme gücüne sahip kişinin vasinin işlemlerine karşı vesayet makamı olan sulh hukuk hâkimine şikayet hakkı çerçevesinde olacaktır. Sulh hukuk hâkiminin vereceği karara karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilir.

Ayrırt etme gücüne sahip olmayan küçükler ve kısıtlılar adına yasal temsilcileri tarafından yapılan tıbbi müdahale sözleşmelerinin tarafı yine adına sözleşme yapılan küçük veya kısıtlıdır. Çünkü haklar ve borçlar onların adına doğmaktadır(MK m.343). Ancak küçükler bakımından bu aynı zamanda Medeni Kanun'un velayete ilişkin hükümleri gereğince veliye yüklenen küçüğe yardım ve bakım yükümünün (MK m.327) bir sonucu olduğundan (evlilik birliği içinde) anne ve baba da malvarlıklarıyla şahsen sorumlu olmaktadırlar. Boşanma halinde ise küçüğün velayeti kendisine bırakılan anne ya da baba sorumludur. Bu hallerde ücret ödeme borcundan kanunun getirdiği küçüğe yardım ve bakım yükümünün bir gereği olarak anne ve (veya) baba sorumlu olmaktadır. Velayetin anne veya babadan yalnızca birinde olduğu durumlarda diğer taraf tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan ücret borcuna hâkimin belirleyeceği iştirak nafakası ile katılır. Taraflar arasında önceden belirlenmiş bir iştirak nafakası varsa ve sonradan ortaya çıkan tedavi ücreti çok yüksekse bu durum hâkim tarafından dikkate alınmalı ve iştirak nafakası yeniden şartlara göre değerlendirilerek yükseltilmelidir.

620

Küçük adına yapılan tıbbi müdahale sözleşmesinin BK.m.111 uyarınca küçük lehine yapılmış bir üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olduğu sonucuna varan görüşe<sup>52</sup> katılmak olanaklı değildir. Bu görüş kabul edilecek olursa küçüğün veya kısıtlının sözleşmeye dayanarak tıbbi müdahalede bulunandan herhangi bir talepte bulunması mümkün olamayacaktır; meğerki sözleşme tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak akdedilmiş olsun. Diğer taraftan tıbbi müdahalede bulunan da, küçük daha sonradan fiil ehliyetini kazandığında bile kendisinden herhangi bir ücret talebinde bulunamayacaktır. Aynı şekilde küçüğün mülkiyetinde borcuna yeter miktarda malı olmasına rağmen tıbbi müdahalede bulunan herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Bu durum ise *çocuk, borçlarından ana ve babanın çocuk malları üzerindeki haklarına bakılmaksızın kendi malvarlığı ile sorumludur* hükmünü düzenleyen MK.m.343'e aykırıdır. Eğer uygulamada küçük adına yapılan tıbbi müdahale sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu kabul edilirse bu sözleşme, çoğunlukla küçüğün de şahsen sözleşmenin ifasını isteyebileceği şeklinde ayrı ve açık bir şart barındırmayacağından doğal olarak eksik üçüncü kişi yararına sözleşme sayılacaktır. Bu nedenle küçük fiil ehliyetini kazandığında bile sözleşmeye dayanarak herhangi bir

---

52 Şenocak, a.y.

talepte bulunamayacaktır.

### E) Türk Ticaret Kanunu

Türk Ticaret Kanunu'nun 1. maddesine göre, “*Türk Ticaret Kanunu, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir cüzüdür. Bu kanundaki hükümlerle, bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen her hangi bir müesseseyi ilgilendiren muamele, fiil ve işlere dair diğer kanunlarda yazılı hususi hükümler, ticari hükümlerdir.Hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde mahkeme, ticari örf ve adete, bu dahi yoksa umumi hükümlere göre karar verir*”.

TTK m.3'e göre, “*Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir.*”.

TTK m.21'e göre, “*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Şu kadar ki; hakiki şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticari sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç adı sayılır. Taraflardan yalnız biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır*”.

TTK m.4'e göre 21 inci maddenin birinci fıkrası gereğince her iki taraf için ticari sayılan hususlardan doğan hukuk davaları ... ticari dava sayılır

Tacir bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten gerçek veya tüzelkişidir. (TTK m.14) Ticari işletme ise kanunda sayılanlar ve benzerleri (TTK m.12) ile işlerinin hacim ve mahiyeti itibariyle esnaf faaliyetini aşar nitelikte olan yerlerdir. “... işlerinin hacim ve ehemmiyeti, ticari muhasebeyi gerektir(en) ve ona ticari veya sınai bir müessese şekil ve mahiyetini ver(en) ... müessese de ticari işletme sayılır”(TTK m.13) Bir başka deyişle iş faaliyeti kanununun 17. maddesinde tanımlanan esnaf faaliyetini aşan kişiler tacirdir.

TTK m.12'nin 6. bendinde özel hastaneler ve bunlara benzer olanlar açıkça ticari işletme olarak sayılmışlardır.

Ticaret şirketlerinin tacir olduğunda duraksama yoktur. (TTK m.18) Bunun yanında gayesine varmak için ticari bir işletme işleten dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince hususi hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet, belediye

*gibi amme hükmi şahısları tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler dahi tacir sayılırlar.* Ancak Devlet, belediye, köy, il özel idaresi gibi kamu tüzelkişileri ile Bakanlar Kurulunca kamu yararına çalışan dernek statüsü verilen dernekler tacir değildirler. Budan dolayı bunlar tarafından işletilen özel sağlık kuruluşlarında yapılan tıbbi müdahaleler için yapılan sözleşmelerde Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanamaz.

Bir özel hastaneyi (veya poliklinik, dispanser, tıp merkezi, tüp bebek merkezi, göz merkezi vs.) işleten kollektif, komandit, limited ve anonim şirketler, (tartışmalı olmakla beraber) kooperatifler ile gerçek kişiler tacirdirler.

Özel muayene çalıştıran hekimler de mesleki faaliyetleri kanuna göre esnaf faaliyetini aşar ölçüde ise tacir sayılırlar.

Tacirler iflasa tabi olup yaptıkları işler ticari iş karinesine sahiptir. Bu nedenle borçları da ticari borç sayılır. Ayrıca ortaklar borçlarından müteselsilen sorumludurlar. Tacirler sözleşmeye konulan cezai şartın hakkaniyet gereği indirilmesini (ekonomik açıdan mahvolmalarına sebep olacak denli yüksek olmadıkça) hâkimden talep edemezler(TTK m.24). Tacirlerin borçlarına yasal faiz değil avans faizi uygulanır. Tacirlerin ticari işlerine ilişkin davalara diğer taraf tacir olmasa bile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.8 uyarınca belirlenen parasal değeri aşıyorsa ticaret mahkemesinde bakılır. Parasal sınırın altında kalan davalara sulh hukuk mahkemesi ve ayrı bir ticaret mahkemesi olmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemesi davayı ticaret mahkemesi sıfatıyla görür.

Bu hükümlerden yola çıkarak tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı olan tıbbi müdahalede bulunan tacir ise şu durumlar geçerlidir:

- 1-Bu sözleşme TTK m.21 uyarınca ticari sözleşme niteliğindedir.
- 2-Sözleşmeden kaynaklanan borçlara yasal faiz değil ticari avans faizi uygulanır.
- 3-Sözleşmede tıbbi müdahalede bulunan için belirlenen cezai şartın indirilmesi kural olarak istenemez.
- 4-Tıbbi müdahalede bulunanın sözleşme gereği yaptığı bütün iş ve işlemler ticari iş niteliğindedir.
- 5-Tıbbi müdahalede bulunan ile birlikte sözleşmenin diğer tarafı da tacirse ve sözleşmeyi tacir sıfatıyla yapmışsa (örneğin bir ticaret şirketinin çalışan personeli için bir özel hastane işleticisi ile üçüncü kişi

yararına tıbbi müdahale sözleşmesi yapması halinde) sözleşmenin taraflarının birbirlerini temerrüde düşürmek, sözleşmeyi feshetmek veya ondan dönmek amacıyla gönderecekleri ihtar ve ihbarların geçerli olması bunların noter aracılığıyla, iadeli taahhütlü mektupla ya da telgrafla gönderilmelerine bağlıdır(TTK m.20/3).

**6-Sözleşmenin taraflarının birbirlerine olan borçlarında teselsül karinesi uygulanır(TTK m.7).** Buna göre sözleşmenin bir tarafında müşterek borçlu olarak birden fazla kişi varsa sözleşmede açıkça müteselsilen sorumlu olduklarına dair bir kayıt bulunmasa bile diğer taraf borcun tamamının yerine getirilmesini borçluların birinden, birkaçından veya hepsinden isteyebilir. Ancak sözleşme ile bunun aksi kararlaştırılabilir.

**7-Sözleşmeye kefil olanların kefaleti de sözleşmede aksi açıkça kararlaştırılmadıysa müteselsil kefalet hükmündedir(TTK m.7/2).**

**8-Tacir olan tıbbi müdahalede bulunanın aleyhine iflas yolu ile takip mümkündür.**

**9-Sözleşmeden kaynaklanan davalar ticari davadır.**

**10-Sözleşmeden kaynaklanan davalara asliye hukuk mahkemesinin görev sınırında ise ticaret mahkemesinde bakılır.** Aynı bir ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk mahkemesi, dava değerinin HUMK m.8'deki sınırın altında kaldığı hallerde ise sulh hukuk mahkemesi davayı ticaret mahkemesi sıfatıyla görür. Ancak aynı bir asliye ticaret mahkemesi olmasına rağmen davanın asliye hukuk mahkemesine açıldığı durumlarda ilk itiraz süresi içinde iş bölümü itirazı yapılmamışsa ya da doğru olarak asliye ticaret mahkemesine açılmasına rağmen iş bölümü itirazı üzerine hataen asliye hukuk mahkemesine gönderilmişse asliye hukuk mahkemesi davaya TTK hükümlerini dikkate alarak ticari dava olarak bakar. Davanın iş bölümü açısından görevli ticaret mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesinde bakılması tek başına bozma sebebi oluşturmaz(TTK m.5/3).

**11- Dernekler tarafından ve kendi kuruluş kanunlarına göre özel hukuk hükümlerine göre idare edilmek üzere devlet, belediye, il özel idaresi gibi kamu tüzelkişilerince kurulan özel sağlık kuruluşları da tacir sayıldıklarından bunlarla yapılan tıbbi müdahale sözleşmeleri de ticari niteliktedir ve sözleşmeden kaynaklanan davalar ticari dava olarak görülür.**

## F)Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Tıbbi müdahale sözleşmelerine tüketici sözleşmelerini<sup>53</sup>düzenleyen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanabilip uygulanamayacağı tartışmalıdır. Kimi yazarlar, kanundaki tüketiciyi, hizmeti ve tüketici işlemlerini tanımlayan cümlelerin anlam genişliğinden ve kanunun amacından da faydalanarak özellikle özel hastanelere başvuran hastaların tüketici olarak kabul edilmesi ve böylece sözleşmeye Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedirler<sup>54</sup>.

Kanun'un 1. maddesi “*Bu Kanunun amacı, (...) kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir.*”

*Bu Kanun, 1 inci maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar(TKHK m.2).*

Kanun'un 3. maddesinde: “*Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti,*” “*Tüketici: Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi,*” “*Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri,*” “*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi,*” olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımlardan hareket ederek tıbbi müdahale sözleşmesinin bir tüketici sözleşmesi olduğunu<sup>55</sup> ve TKHK'nın kapsamına girdiğini savunan

53 Tüketici sözleşmesi kavramı için bkz.:Hasan Seçkin OZANOĞLU,“Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulanma Alanı),” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:50, Sayı:1, 2001, s.55-90.

54 Zafer ZEYTİN,“Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kurallarının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller,” 1.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, (Çevirimiçi) [http://zaferzeytin.net/dokumantasyon.htm#\\_ftn17](http://zaferzeytin.net/dokumantasyon.htm#_ftn17), 27 Kasım 2010; Ayrıca bkz. Mehmet Emin ÖZGÜL, *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu*, İstanbul, 2010 s.68.

55 Tüketici sözleşmesi ayrı ve bağımsız bir sözleşme tipi olmayıp, satım veya işgörme sözleşmelerinin bir tarafını tüketicinin oluşturduğu durumlarda TKHK hükümleriyle koruma



yazarların görüşüne katılmıyoruz. Şöyle ki:

Öncelikle kanunun amacında geçen *tüketicinin sağlık ve güvenliğini korumak* ibaresinden hareketle sağlıkla ilgili faaliyetlerin bu kanun kapsamında olduğunu söylemek güçtür. Zira maddede ifade edilmeye çalışılan, kanun kapsamında olan mal veya hizmetler yüzünden tüketicinin sağlık veya güvenliğinin tehlikeye girmesini engellemektir. Diğer bir deyişle tüketicinin salt sağlığını korumak için yapılan faaliyetler kanunun amacı olarak kabul edilmiş değildir. Tüketicinin sağlığının korunması yalnızca kanun kapsamında kabul edilen mal veya hizmetler bakımından düşünülmüştür.

İkinci olarak her ne kadar geniş tanımlar yapılmışsa da kanunun 3. maddesinde *Tüketici: Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi* olarak tanımlandığına göre kastedilen faaliyetler bir gerçek kişinin olduğu kadar bir tüzelkişinin de yararlanabileceği nitelikte faaliyetlerdir. Bu nedenle denilebilir ki bir tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı olan hasta ancak bir gerçek kişi olacağından buradaki faaliyet tanımına tıbbi müdahaleler girmez. Bir tıbbi müdahale sözleşmesine bir gerçek kişi hasta yerine bir tüzelkişinin taraf olması ancak üçüncü kişi yararına sözleşme durumlarında söz konusudur. Bu durumda da amaç mesleki ya da ticari olacağından TKHK kapsamında kalmayacağı açıktır.

Üçüncü olarak maddede *Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri* olarak tanımlandığına göre burada kastedilen hizmet de kamu hizmeti dışındaki bir hizmet olmaktadır. Zira sağlık hizmeti kamu tüzelkişilerince de verilen bir hizmettir ve kamu tüzelkişileri tarafından verildiğinde idare hukuku esaslarına tabi bir kamu hizmetidir. Maddede tanımlanan hizmet ise bunlar dışında kalan bir hizmet olmalıdır. Aksinin kabulü halinde sağlık hizmetini de TKHK kapsamında bir hizmet olarak kabul etmek gerekir ki bu durumda da temel kamu hizmetlerinden biri olarak kabul edilen sağlık hizmetinin aslında böyle olmadığını söylemek gerekir. O halde sağlık ile ilgili faaliyetlerin TKHK anlamında bir hizmet olmadığı sonucuna varabiliriz.

Bu konuda son olarak dolaylı yoldan yapabileceğimiz bir yorum da şu olabilir: Kanunun 3. maddesinde kanunda geçen bakanlık tabirinden Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın kastedildiği açıklanmıştır. 3143 sayılı

---

altına alınan sözleşme olarak düşünülmelidir.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde bakanlığın görevleri sayılmış olup (s) bendinde “*Evrensel kabul görmüş tüketici haklarının sağlanması ve korunmasına yönelik hukuki ve idari tedbirleri almak, tüketicinin korunmasını sağlayıcı inceleme, araştırma ve düzenlemelerde bulunmak.*” Bakanlığın görevleri arasında sayılmıştır. Ancak maddenin hiçbir yerinde doğrudan sağlık hizmeti ile ilgili bir denetleme, düzenleme ya da teşkilat kurma görevi düzenlenmiş değildir. Bu görevlerin hepsi mevzuatımızla Sağlık Bakanlığı'na verilmiştir.

Diğer taraftan kanun uyarınca mülki amirlikler nezdinde tüketici sorunları hakem heyetleri kurulmuş olup, kanun kapsamında kalan tüketici işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile ilgili kararlar vermek bu mercilerin görevindedir. Belli bir parasal sınıra kadar olan uyuşmazlıklar için bu mercilere başvurulması zorunlu olup bu sınıra kadar olan hakem heyeti kararları icra-iflas kanunu uyarınca ilam hükmünde kararlar niteliğinde kararlar olarak kabul edilerek ilamların icrası gibi uygulanmaktadırlar. Bu kararlara karşı tüketici mahkemelerine itiraz edilmesi bile kural olarak kararın icrasını durdurmamaktadır(TKHK m.22/5). Belli değerın üstündeki tüketici davalarında ise hakem heyeti kararları tüketici mahkemelerinde delil niteliğinde olmaktadır. Buna karşın Borçlar Kanunu'nun vekalet veya eser sözleşmesi hükümlerine tabi olan ve genelde tıbbi müdahale bulunanın tacir olması nedeniyle ticari sözleşme sayılan tıbbi müdahale sözleşmesinden kaynaklanan davalar her zaman yargılamayı gerektirmektedir.

Açıklanan nedenlerle Borçlar Kanunu uyarınca vekalet (kimi durumlarda eser) sözleşmesi niteliğinde olan ve çoğunlukla Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre ticari sözleşme sayılan, uyuşmazlıklara bakma görevinin değere göre genel mahkemelerde (sulh, asliye hukuk mahkemesi veya asliye ticaret mahkemesi) olduğunun Yargıtay tarafından da istikrarlı bir şekilde kabul edildiği tıbbi müdahale sözleşmesinin bir tüketici sözleşmesi niteliğinde olmadığı ve bu nedenle TKHK'nın hükümlerinin bu sözleşme tipi açısından doğrudan doğruya uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Ancak kanundaki koruyucu hükümlerin ve özellikle ayıba ilişkin hükümlerin kıyas (örnekseme) yoluyla dolaylı bir şekilde sözleşmenin yorumunda ve uygulanmasında kullanılması düşünülebilir.

## G) Türk Ceza Kanunu

Türk Ceza Kanunu'nda hem tıbbi müdahalede bulunanın kimi davranışları nedeniyle ceza yaptırımıyla karşılaşabileceği genel suç tipleri, hem de özel olarak tıp mesleğinde çalışanları ilgilendiren ve tıbbi müdahale sözleşmesinin tıbbi müdahalede bulunana yüklediği borçlara da kaynaklık eden hükümler bulmak mümkündür.

Kanunun düzenlediği suç tiplerinden özellikle görevi kötüye kullanma, görevi ihmal, irtikap, rüşvet, zimmet kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensuplarının; güveni kötüye kullanma, insanlığa karşı suçlar, organ veya doku almak amacıyla insan ticareti, taksirle öldürme, taksirle yaralama, eziyet, ayrımcılık, terk yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, özel hayatın gizliliğini ihlal<sup>56</sup>, kişisel verilerin kaydedilmesi<sup>57</sup>, verileri hukuka aykırı olarak verme, akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali herkes tarafından da işlenebilen ve sağlık mensuplarının da en çok muhatap kalabileceği suç tipleri; insan üzerinde deney, organ veya doku ticareti, çocuk düşürtme, kısırlaştırma, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma ve satma, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma, yeni doğan çocuğun karışmasına neden olma, sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi, izinsiz genital muayene ise özellikle sağlık mesleği mensuplarını ilgilendiren suç tipleridir.

Türk Ceza Kanunu'nun yasakladığı ve suç olarak kabul ettiği fiilleri konu edinen tıbbi müdahale sözleşmeleri Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca geçersizdir(Mutlak butlanla batıldır).

### 1) İnsan Üzerinde Bilimsel ve Tedavi Amaçlı Deneyler(m.90)

TCK m.90'da insan üzerinde deney suçu düzenlenmiştir. İlk olarak

56 Katoğlu, a.g.m., s.174.

57 "5237 sayılı TCK'nun 135. maddesinin son fıkrası uyarınca sağlık durumları da dahil olmak üzere kişisel bilgileri, kişisel veri olarak hukuka aykırı biçimde kaydedenlerin altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmektedir. TCK'nun 136. maddesinde ise, kişisel verilerin ifşası ya da hukuka aykırı biçimde ele geçirilmesi cezalandırılmaktadır. TCK'nun 135, 136. maddelerinde düzenlenen fiillerin nitelikli haline 137. maddede yer verilmiştir. Maddenin (b) bendinde bu fiillerin, belli bir meslek ya da sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi durumunda verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmaktadır. Buna göre, sağlık çalışanlarının bu fiillerin faili olması durumunda cezanın yarı oranında artırılması sözü konusu olacaktır. Öte yandan, yine TCK'nun 139. maddesi uyarınca, özel hayatın gizliliği ve hayatın gizli alanına suçlar arasında 135, 136. maddelerde sayılanların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olmadığı belirtilmekle, bu fiillere karşı doğrudan soruşturma başlatılması yolu açılmıştır." Katoğlu, a.y.

bilimsel deneyler ikinci olarak ta tedavi amaçlı deneyler ayrı ayrı gösterilmiştir.

Birinci fıkraya göre insan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Genel kural bu olmakla beraber belirli şartların varlığı halinde rızaya dayalı deneyler suç olarak kabul edilmemiştir. Bu kanun açısından bir hukuka uygunluk sebebi, diğer bir açıdan da sözleşme yapılmasına cevaz verilen alandır. İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi (diğer bir ifadeyle hukuka uygun sayılması) için ikinci fıkra da gösterilen şartlar şöyledir:

a) *Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli izin alınmış olması,*

b) *Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,*

c) *İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,*

628 *d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,*

e) *Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,*

f) *Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,*

g) *Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması, gerekir.*

Maddenin üçüncü fıkrasında çocuklarla ilgili bilimsel deneyler için bazı ek şartlar getirilmiştir:

a) *Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,*

b) *Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,*

c) *Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve*

*hastalıkları uzmanının bulunması,*

Maddenin dördüncü fıkrasında hasta olan kişiler üzerinde yapılan tedavi amaçlı deneyler düzenlenmiştir. Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.

İnsan üzerinde bilimsel deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hâlinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Hasta olan kişiler üzerinde tedavi amaçlı denemeler bakımından böylesi bir hüküm kabul edilmemiştir. Ancak genel hükümlere göre taksirle yaralama veya taksirle öldürmeye ilişkin hükümler gündeme gelebilir.

İnsan üzerinde bilimsel deney ve tedavi amaçlı deney suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur(TCK m.90/6).

## **2) Organ veya Doku Ticareti(m.91)**

Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hâlinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında da aynı cezaya hükmolunur. Suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılaman kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde,

tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Organ veya doku ticaretine ilişkin tıbbi müdahale sözleşmelerinin kanuna aykırı ve hatta suç olması nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca geçersiz olduğu izahtan varestedir.

### 3) Çocuk Düşürtme(m.99)

Hukukumuzda rahim tahliyesi işlemleri Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve buna göre çıkarılan tüzük ve yönetmeliklerle düzenlenmiştir. Bu mevzuatla paralel olarak ceza kanunu, çocuk düşürtmeyi suç olarak düzenlemiş ve hapis cezası yaptırımına bağlamıştır.

Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Tıbbî zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olarak gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Ayrıca çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

Ayrıca yukarıdaki fiillerin yetkili hekim tarafından yapılması halinde ceza yarı oranında arttırılır. Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi hâlinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.

### 4) Kısırlaştırma(m.101)

Kısırlaştırma (sterilizasyon) işlemleri de Nüfus Planlaması Hakkında

Kanun ve ilgili tüzük ve yönetmeliklere göre rahim tahliyesi işlemleri ile birlikte düzenlenmiş olup bu konuya ileride ayrıntılı olarak değinilecektir. Türk Ceza Kanunu da mevzuata paralel olarak hukuka aykırı kısırlaştırmayı suç olarak düzenlemiştir.

Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır. Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

### **5) Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma ve Satma(m.187)**

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adlî para cezası verilir. Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

### **H) Ceza Muhakemesi Kanunu**

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tıbbi müdahale sözleşmeleri bakımından etkisi tıbbi müdahalede bulunanın sır saklama borcuna diğer ifadesiyle mesleki faaliyeti sırasında öğrendiği bilgileri açık etme yasağına ilişkin önemli bir hüküm içermesidir.

Bilindiği gibi Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre göre tanıklıktan çekinme hakkı olmadığı halde tanıklıktan çekinmek mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle kanunumuz tanıklığı zorunlu tutmuş ve yalan tanıklık Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir. Yeminli olarak dinlenen tanıkların yalan tanıklık yapması ayrıca cezada artırım sebebidir.

Kanunen geçerli bir sebebi olmadığı halde tanıklıktan veya yeminden kaçınan kişiler hakkında uygulanacak işlemler kanunun 60. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre “

*(1) Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl*

*serbest bırakılır.*

(2) *Bu tedbirleri almaya naip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi yetkilidir.*

(3) *Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra o dava veya aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez.*

(4) *Disiplin hapsi kararına itiraz edilebilir.”*

Kanunun 46. maddesinde meslek ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar sayılmıştır. Maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre, “*Hekimler, dış hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler*” nedeniyle tanıklıktan çekinebilirler.

Dikkat edilirse kanunda *çekinmek zorundadırlar* denilmemiş bunun yerine *çekinebilirler* denilmiştir. Bu durumda tanıklıktan çekinip çekinmemenin takdiri tamamen tıbbi müdahalede bulunana kalmaktadır. Ancak maddenin ikinci fıkrası gereğince tıbbi müdahalede bulunan kişiler *ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez*. Bu durumda artık tanıklık yapmak ve hâkimin (veya cumhuriyet savcısının) vereceği yemini etmek tıbbi müdahalede bulunan için zorunlu olup kişinin buna rağmen yemin ve tanıklıktan kaçınması halinde yukarıda değinilen sonuçlar ortaya çıkar.

İlgili tabirinden kastedilen ise tıbbi müdahalede bulunulan hasta ile mesleki faaliyet sırasında hakkında bilgi edinilen hasta yakınlarıdır. Bu kişilerin tanıklığa rızası tıbbi müdahalede bulunanın sır saklama yükümlülüğünü ortadan kaldırır ve bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği için Türk Ceza Kanunundaki mesleki sırların açık edilmesine ilişkin sonuçlar ortaya çıkmaz.

Ceza Muhakemesi Kanunu ve hatta Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu açısından sır saklama yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir başka sebep de savunma hakkıdır. Savunma hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*. Bu nedenle savunma hakkı sınırlarında kalmak kaydıyla ceza veya hukuk yargılamasında davacı veya davalı (müşteki, katılan veya sanık)



durumunda olan sağlık mesleği mensubu mesleki faaliyeti sırasında öğrendiği bilgileri açıkladığı için sorumlu tutulamaz.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 159. maddesine göre, “*Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde; kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler; durumu derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle yükümlüdürler*”. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde tıbbi müdahalede bulunanın kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşıyamamasına göre görevi ihmal ya da sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu oluşacaktır.

### **I) Tıp Mesleğini, Sağlık Hizmetlerini ve Sağlık Hizmeti Veren Kuruluşları Düzenleyen Kanunlar**

#### **1) Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun**

1219 Sayılı Kanun 14.04.1928 tarihinde yürürlüğe girmiş olup hekimlik mesleği ile birlikte diş hekimleri, sünnetçiler, ebeler, hastabakıcılar, sağlık memurları, askeriyedeki sihiye erbaş ve erleri ile diş protez teknisyenlerine ilişkin hükümler taşımaktadır<sup>58</sup>.

Kanun, hekimlik mesleğini Türk vatandaşlarının ve yalnızca Türk Tıp Fakültelerinden mezuniyet diploması olanların tekeline bırakmıştır. Bu kimseler dışındakilerin Türkiye Cumhuriyeti sınırlarında tıbbi müdahale faaliyetinde bulunmaları yasaktır(m.1). Bununla beraber 77.maddeye göre kanunun yürürlüğü tarihinde mevcut çalışan yabancıların kazanılmış hakları korunmuştur. Ayrıca kanunun 4. maddesinde, yabancı tıp fakültelerinden mezun Türk vatandaşlarının denklik sağlanmak koşuluyla mesleği icra edebilecekleri kabul edilmiştir.

Kanunun 2. maddesinde tıp diplomasının geçerliliği mecburi hizmeti yerine getirme şartına bağlanmıştır.

Kanunun 3. maddesinde belli cerrahi konularda uzmanlık sahibi olmayan hiç kimsenin ameliyat yapamayacağı, belli uzmanlık dallarının dışında kalan ameliyatların bütün hekimlerce yapılabileceği; ayrıca ilgili düzenlemelerde gösterilecek kimi ufak cerrahi müdahalelerin de Sağlık Bakanlığının açtığı veya buna eş konumdaki okullardan mezun olan sağlık memurlarınca yapılabileceği düzenlenmiştir.

---

58 Dişçiler ile ilgili hükümler 11.12.2010 tarihli ve 6088 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle kaldırılmıştır.

8. maddede kanun uyarınca yetkili olanların hastalıkların tedavisi için tıbbi müdahalede bulunabileceği; ancak uzmanlık gerektiren konularda yalnızca uzman hekimlerin tıbbi müdahale yapabileceği kabul edilmiştir.

11. maddede tıbbi konularca mahkemelere yapılacak bilirkişiliğin de ancak bu kanun kapsamındaki kişilerce yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunun 5. maddesinde özel muayene açma serbestisi düzenlenmiş, 12. maddede aynı hekimin ikametgahı dışında birden fazla muayenehane açması ve bizzat dükkan veya mağaza açarak ticaret yapması yasaklanmıştır.

Kanunun 13. maddesinde akıl ve beden sağlığı ile ilgili rapor verme yetkisi, 14 ila 22 maddelerinde hekimlerin mesleki ve disiplinle ilgili konularında karar vermeye yetkili tabipler odalarının ve onur kurulları ile Ankaradaki Yüksek Onur Kurulu'nun kuruluş ve görevleri, 24. maddede serbest çalışan hekimlerin çalışma saatlerini ilan şekli ve reklam yasağı devamı hükümlerde ise idari ve adli cezalara ilişkin hükümler yer almaktadır.

Kanunun 58-62 maddelerinde sünnetçilere, 63-68 maddelerinde hastabakıcılara, Ek 4-Ek 10 ve devamı geçici maddelerde diş protez teknisyenlerine ilişkin hükümler mevcuttur.

Kanunun 70 maddesinde tıbbi müdahalelere rıza şartı düzenlenmiş, rızanın kişinin kendisinden, kişi küçük ya da kısıtlı ise yasal temsilcisinden alınacağı, yasal temsilcinin bulunmadığı hallerde rıza alınmasının şart olmadığı<sup>59</sup>, rızanın kural olarak şekle bağlı bulunmadığı düzenlenmiştir. Ancak büyük cerrahi müdahalelerde rızanın yazılı olarak alınması şartı getirilmiştir.

Kanunun 71. maddesinde tıbbi müdahale sözleşmesinden doğan ücret alacağı ile ilgili davalar için özel bir görev ve hak düşürücü süre kuralı kabul edilmiştir. Buna göre davanın değerine bakılmaksızın tıbbi müdahale sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağı için hastaya açılacak davalar sulh hukuk mahkemesinde görülür. Ayrıca ücret alacağının muaccel olmasından itibaren 2 yıl içinde dava açılmaması halinde artık ücret istenemeyecektir. Çünkü kanunda belirlenen bu süre hak düşürücü süredir. Bu konuda bir defa veya itiraz olmasa bile hâkimin bu süreyi

---

59 Bu hükmün İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile çelişmesi nedeniyle acil haller dışında uygulanmayacağına daha önceki açıklamalarda değinilmişti.

resen nazara alması gerekir. Kanunda bu özel hüküm için sadece serbest çalışan hekimler, diş hekimleri ve ebeler sayıldığı için bunlar dışında kalanların (örneğin özel hastanele işleticilerinin) açacağı davalar genel hükümlere tabidir. Bunun yanı sıra faaliyeti esnaf faaliyetini aşar nitelikte olan özel muayenehane sahibi hekimler de tacir olduklarından bu hüküm onlar bakımından da uygulanamayacaktır.

72. maddede hekimlerin dökümantasyon (tedaviyi kayda geçirme) borçlarına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Buna göre serbest çalışan hekimler, diş hekimleri ve ebeler örneği Sağlık Bakanlığınca hazırlanacak ve il sağlık müdürlüğünce onaylanacak bir hasta protokol defteri tutmak zorundadırlar. Ücretten doğan davalarda bu deftere delil olarak dayanılabilir; ancak defterdeki kaydın aksinin ispatı belge veya geçerli herhangi bir başka delille mümkündür. Belge üzerinde tahrifat yapan ve gerçek durumun aksine kayıtlar yazan hekim, diş hekimi ve ebe hakkında Türk Ceza Kanunu'nun özel belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümleri uygulanır(m.73).

Sağlık Bakanlığı'nın uygun göreceği yerlerde tıbbi müdahale sözleşmelerinden kaynaklanan ücret uyuşmazlıklarını çözmek için mahkemelerce göz önüne alınmak üzere asgari ve azami ücret tarifeleri kabul edilebilir(m.74)

Tıbbi müdahale sırasındaki cürümlerden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelerin başka bilirkişilerin görüşünden faydalanma hakkı saklı kalmak kaydıyla (Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan) Yüksek Sağlık Şurasının görüşü alınır(m.75). Bu hüküm ile tıbbi müdahalede bulunan hekim ve diğer sağlık çalışanlarının cürümleri ile verdikleri zararlar nedeniyle haklarındaki ceza davalarında Yüksek Sağlık Şurası, görüşüne başvurulması zorunlu bir bilirkişi konumuna getirilmiştir. Sağlık Bakanı adına Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürü, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürü ve Bakanlık 1. Hukuk Müşavirinin doğal üyesi olduğu şuranın seçimle gelen on bir üyesi ile birlikte toplam on beş üyesi vardır. Yüksek Sağlık Şurası'nın 11-12 Mayıs 2006 tarihinde toplanan 253. oturumunda (Karar Sayısı:11362) "Ceza Mahkemelerine açılmış davaların haricinde, adli ve idari davalar ile hazırlık soruşturmalarında adli mercilerce Şura kararı istenilmemesi" ile ilgili tavsiye kararı alınmıştır.

Kanunun ek 9. maddesinde kendi kliniklerinde diş protezi yapmak isteyen diş hekimlerinin, en az bir diş protez teknisyeni çalıştırmaksızın

kendi çalışmalarıyla başka diş hekimlerine protez yapmaları halinde klinik çalışma yapmalarını yasaklayıcı bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme aykırı hareket edilmesi disiplin cezasını gerektirebileceği gibi, kliniklerinde diş protez teknisyeni istihdam etmeksizin başka diş hekimlerinin protez ihtiyacını bizzat çalışarak karşılayan diş hekimlerinin artık kanunen kliniklerinde hastalara hizmet vermesi olanaklı olmadığından, hastalar ile yaptıkları tıbbi müdahale sözleşmeleri de geçersiz olacaktır(Borçlar Kanunu m.19).

## 2) Hemşirelik Kanunu

6283 Sayılı Kanun 25.02.1954 tarihlidir. Kanunun 3. maddesinde tıpkı hekimlerde olduğu gibi hemşirelik mesleği Türk vatandaşlarının tekeline bırakılmıştır. Kanuna göre, hemşireler *tabip tarafından acil haller dışında yazılı olarak verilen tedavileri uygulamak, her ortamda bireyin, ailenin ve toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek sağlıkla ilgili ihtiyaçlarını belirlemek ve hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak, uygulamak, denetlemek ve değerlendirmekle görevli ve yetkili sağlık personelidir. Ayrıca aile hekimliği uygulamasına ilişkin kanun hükümleri ile bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan mevzuattaki görevleri de yaparlar.*

Hemşireler bir hekimin yardımcısı olarak bir tıbbi müdahalede bulduklarında tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı olmayıp, sözleşmenin tarafı olan hekimin (veya özel sağlık kuruluşunun) sözleşme yardımcısı konumundadırlar. Bu nedenle tıbbi müdahale sırasında kusurlu davranışlarından dolayı haksız fiil sorumluluklarına gidilmediği takdirde sözleşmesel sorumlulukları BK. m.100'e göre belirlenir. Bir sorumsuzluk anlaşması yapılmadığı sürece hekim sözleşme yardımcısı olan hemşirenin dahi kusurlu hareketinden BK.m.100 uyarınca sorumludur.

Hemşireler de tıpkı hekimler gibi mecburi hizmetlerini tamamladıklarında serbest olarak mesleklerini yapabilirler(m.5). Bu nedenle serbest çalışan hemşirelerin toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek sağlıkla ilgili ihtiyaçlarını hekimlerden bağımsız olarak karşılamak<sup>60</sup> üzere hastalarla yaptıkları sözleşmeler de tıbbi müdahale sözleşmesi niteliğinde olacaktır.

60 Zekeriya KURŞAT, "Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu," İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LXVI, Sayı:1, 2008, s.294.

Hemşirelerin pozisyonlarına ve eğitimlerine göre sahip oldukları görev, yetki ve sorumlulukları Sağlık Bakanlığınca çıkarılan 27515 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 08.03.2010 tarihli Hemşirelik Yönetmeliği ile belirlenmiştir. Hemşirelerin görev ve sorumluluklarını belirleyen Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun gibi kimi kanun ve Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik gibi diğer yönetmeliklerde bazı hükümler bulunsa da bu durumlarda hemşire ya bir idare ajanı ya da bir özel kuruluşun çalışanı olacağından tıbbi müdahale sözleşmesinin tarafı olması düşünülemez. Bu nedenle konumuz bakımından alakalı olmayan bu hükümleri incelemeyeceğiz.

### 3) Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun 27.05.1983 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, kanuna göre Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği ve Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi, Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik çıkarılmış; ayrıca kanunun sterilizasyon ve rahim tahliyesi hakkındaki hükümlerinin uygulanmasını göstermek için Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük yayımlanmıştır.

Kanuna göre sterilizasyon (bir erkek ya da kadının cinsel isteğinin engellenmeyecek şekilde üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması, kısırlaştırma) ve rahim tahliyesi (kürtaj) işlemleri devletin gözetim ve denetimi altında yapılır(m.2/3). Bu işlemleri yapacak uzman ya da pretisyen hekimlerin kanunun belirlediği şekilde kursları ya da diğer şartları yerine getirdikten sonra belge almaları gerekmektedir. Belgesi olmayan hekimlerce bu işlemler yapılamaz.

Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir(m.5/1). Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir(m.5/2). Ancak acil durumlarda annenin hayatı tehlikesi varsa yetkili hekimce rahim derhal tahliye edilir ve 24 saat içerisinde durum ilgili mercie bildirilir(m.5/3).

Rahim tahliyesi, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile

velinin iznine, vesayet altında bulunup ta reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz(m.6/1).

Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır(m.4/2).

On haftayı geçmeyen gebeliklerde rahim tahliyesinin kimler tarafından ve nerede yapılabileceği Tüzüğün 4. maddesinde düzenlenmiştir.

*On haftayı geçmeyen gebelikte, rahim tahliyesini,*

*a) Kadın hastalıkları ve doğum uzmanları mesleklerini uyguladıkları yerlerde,*

*b) Pratisyen hekimler menstrüel regülasyon yöntemiyle resmi tedavi kurumlarında yaparlar.*

*Anestezi gerektiren tahliyeler ise, anestezi uygulanabilen resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır.*

638

*On haftayı geçmeyen gebelikte rahim tahliyesinin yapılacağı resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının muayenehanelerinde, Tüzük'e ekli (1) sayılı listede yer alan araç ve gerecin bulunması zorunludur.*

On haftayı geçen kadınlarda rahim tahliyesi kural olarak yapılamaz. Ancak tüzükte gösterilen durumların ve rahatsızlıkların bulunması halinde bu müdahale yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından yapılabilir. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur. On haftayı geçen gebelikte, rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Buralarda, Tüzük'e ekli (3) sayılı listede yer alan araç, gereç ve personelin bulunması zorunludur(Tüzük m.6). Kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekimler on haftayı geçen gebelikleri kendi muayenehanelerinde sonlandırmak üzere tıbbi müdahale sözleşmesi yapamazlar. Aksi halde sözleşme BK.m.19'a göre geçersiz olur.

Rahim tahliyesini yapan hekim, bu raporu, işlemin sonucuyla birlikte en geç bir hafta içinde, illerde sağlık müdürlüklerine, ilçelerde hükümet

tabipliklerine göndermek zorundadır. Bu raporlar il sağlık müdürlüğünde toplanır(Tüzük m.5/2).

Gerek rahim tahliyesinde gerek sterilizasyon ameliyatında kişinin evli olması halinde eşinin de rızasının alınması gerekir(Kanun m.6/2, Tüzük m.13). Bu rıza olmadan yapılacak bir tıbbi müdahale sözleşmesi eş izin verinceye kadar uygulanamayacak ve askıda hükümsüz kalacaktır. Eşin rıza göstermemesi halinde ise sözleşme geçersizdir. Rıza bir yazılı şekle bağlanmış olup tüzüğün ekinde bulunan izin belgesi ile verildiğinde geçerli bir rızadır.

Bu kanuna aykırı olarak yapılacak rahim tahliyesi ve sterilizasyon işlemleri tıbbi müdahalede bulunanlar açısından Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinde düzenlenen çocuk düşürme ve 101. maddesinde düzenlenen kısırlaştırma suçunu oluşturacaktır.

#### **4) Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun**

03.06.1979 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2238 sayılı Kanun canlıdan ve ölüden tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasını düzenlemiş, nakil hizmetlerinin yürütülmesi, denetim ve koordinasyon kurullarının ve organ ve doku nakli merkezlerinin kuruluşu ise detaylı olarak 01.06.2000 tarih ve 24066 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

Kanuna göre bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır(m.3). Yine onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır(m.5) Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine çekince koyduğunu yukarıda belirtmiştik.

Organ ve doku nakli amacıyla yapılacak tıbbi müdahalelerde vericinin rızası sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Buna göre 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(m.6).

Hekimin aydınlatılmış rıza için aydınlatma ve araştırma borcu da (ya da görevi) 7. maddede özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre organ ve doku alacak hekimler:

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

sonuçları hakkında bilgi vermek,

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

c) Akli ve ruhi durumu itibarıyla kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek,

d) Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek,

e) Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek,

f) Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak zorundadırlar.

Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır(m.8). Organ ve doku alınması, aşılınması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur(m.9). Organ ve doku alınması, saklanması, aşılınması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunludur(m.10).

Kanunda ve yönetmelikte gösterilen şartlara uymayan tıbbi müdahalede bulunanların Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesinde tanımlanan organ veya doku ticareti suçu ile karşı karşıya kalmaları olasıdır.

### **5) Diğer Kanunlar**

24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 24.05.1933 tarihli ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, 12.01.1961 tarihli ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, 25.06.1983 tarihli ve 2857 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu, 15.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 13.12.1983 tarihli ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.



## **J) Tüzükler**

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Tababet Uzmanlık Tüzüğü, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü, Özel Hastaneler Tüzüğü.

## **K) Yönetmelikler**

Hasta Hakları Yönetmeliği, Özel Hastaneler Yönetmeliği, Ayakta Teşhis ve Tedavi Hizmeti Sunan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Güvenliği Hakkında Yönetmelik, Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği, Terapötük Afrez Merkezleri Hakkında Yönetmelik, Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği, Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği, Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik, Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği.

## **SONUÇ**

Gelişen hasta hakları bilinci ve özel sağlık sektörü nedeniyle tıbbi müdahale sözleşmeleri, güncel hukuk uygulamasında sürekli gelişen ve önem kazanan bir alan olmaktadır. Tıp biliminin ulaştığı aşamaya ve baş döndürücü hızda ilerleyen teknolojiye bakarak tıbbi müdahale faaliyetinin çok daha çeşitleneceğini ve hukuk uygulaması bakımından daha kompleks bir hal alacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durum ise genellikle tıp bilimini arkadan takip eden hukuksal düzenlemelerin ne şekilde olması gerektiği sorunsalını doğurmaktadır.

Tıbbi müdahalede bulunanın borçları ve yükümlülükleri, özellikle müdahale hatalarından (malpraktis) kaynaklanan sözleşmesel sorumluluk ve maddi – manevi zararların tazmini konusu, hak arama bilincinin gelişmesi ile doğru orantılı olarak her geçen gün daha çok önem kazanmaktadır.

Tıbbi müdahale faaliyetinin niteliği ve çeşitliliği nedeniyle tam bir kodifikasyon sağlamak mümkün olmasa da tıbbi müdahale sözleşmelerini, sağlık mesleği mensuplarının tıbbi müdahalelerinden kaynaklanan sorumluluklarına ilişkin özel bir kanunun içinde ayrı bir sözleşme tipi olarak düzenlemek yararlı olabilir. Bu şekilde en azından mevzuatta dağınık olarak bulunan hak ve borçlara ilişkin hükümler kanun çatısı altında derlenip toplanırken, tıbbi müdahalelerin çeşitlerine göre

Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler  
İlhan GÜLEL

---

sağlık mesleği mensuplarının davranış Őekillerini düzenlemek yine kanun sistematiği içinde yönetmeliklere bırakılabilir. Böylelikle kanun değiştirmenin zorluğundan kaynaklanan hantallık bir ölçüde aşılarak dinamik bir hukuksal düzen oluşturulabilir.

\*\*\*

**KAYNAKÇA**

- ARAL, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Yetkin, 2007
- AYAN, Mehmet: **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991
- CENGİZ, Serkan: “**Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Parodoksu Işığında Hekim Sorumluluğu**,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran 2010
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, 1993,
- DEMİR, Mehmet: “**Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:57, Sayı:3, 2008, s.225-252.
- DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ,Tufan; GÜMÜŞ, Alper: **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz, 2005
- DURAL, Mustafa; SARI, Suat: **Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, Filiz, 2004
- EREN SAYLAN, Semra: “**Hasta Haklarının Hukuki Boyutu**,” Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, 20 numaralı dergi, (Çevirimiçi) [http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim\\_makale\\_detay.asp?IDNO=68](http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=68), 14 Kasım 2010
- FİDAN, Nurten: “**Hekimin Tıbbî Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu**,” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C:I, Yıl:1, Sayı:3, Ekim 2010, s.349-362.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal, 2007
- İPEKYÜZ, Filiz Yavuz: **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat, 2006
- KATOĞLU, Tuğrul: “**Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:55, Sayı:1, 2006, s.157-193.
- KOÇ, Sermet: **Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Hekim Sorumluluğu**, (Çevirimiçi) <http://saglikhukuku.blogcu.com/yasal-duzenlemeler-cercevesinde-hekim-sorumlulugu/3035662>, 29 Kasım 2010.
- KURŞAT, Zekeriya: “**Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu**,” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LXVI, Sayı:1, 2008, s.293-321.
- OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz, 2005,
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “**Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü**,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:52, Sayı:1, 2003, s.55-77.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: ”**Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulanma Alanı),**” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:50, Sayı:1, 2001, s.55-90.

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

ÖZGÜL, Mehmet Emin: **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu,** İstanbul, 2010

ŞENOCAK, Zariye: “**Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası,**” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:50, Sayı:4, 2001, s.66-80.

ZEYTİN, Zafer: “**Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kurallarının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller,**” 1.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, (Çevirimiçi)  
[http://zaferzeytin.net/dokumantasyon.htm#\\_ftn17](http://zaferzeytin.net/dokumantasyon.htm#_ftn17), 27 Kasım 2010

AKİP Açıklamalı Kanun-İçtihad Programı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 19.10.2006 tarihli Apro Diril/Türkiye kararı, (Çevirimiçi) [www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/aprodiril.doc](http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/aprodiril.doc), 23 Kasım 2010.

UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi Mevzuat Programı