

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**  
**KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ**

**(YÜKSEK LİSANS TEZİ)**

**Ebru KARATAŞ**

**KOCAELİ 2021**

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**  
**KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ**

**(YÜKSEK LİSANS TEZİ)**

**Ebru KARATAŞ**

**Dr. Öğretim Üyesi Mustafa ÇAKIR**

**Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 07.07.2021/16**

**KOCAELİ 2021**

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**  
**KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ**  
**(YÜKSEK LİSANS TEZİ)**

**Tezi Hazırlayan : Ebru KARATAŞ**

**Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 07.07.2021/16**

**KOCAELİ 2021**

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
ÖZET.....	V
ABSTRACT.....	VI
ÖN SÖZ.....	VII
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

1. GENEL BİLGİLER.....	3
1. 1. HEKİM VE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN YAPISI.....	3
1.1.1. Genel Olarak Hekim-Hasta İlişkisi.....	3
1.1.2. Hekim-Hasta İlişki Modelleri.....	4
1.1.2.1. Paternalist (Babacıl, Buyurgan) Yaklaşım Modeli.....	4
1.1.2.2. Danışman Hekim Yaklaşımı Modeli.....	5
1.1.2.3. Katılımcı Hekim Yaklaşımı Modeli.....	5
1. 2. HEKİM VE HASTA ARASINDA KURULAN İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER.....	6
1.2. 1. Hizmet Sözleşmesi Görüşü.....	9
1.2.2. Eser Sözleşmesi Görüşü.....	12
1.2.3. Vekalet Sözleşmesi Görüşü.....	15
1.2.4. Kendine Özgü Yapısı Olan (Sui Generis) Sözleşme Olduğu Görüşü....	18

## İKİNCİ BÖLÜM

2. HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ VE UNSURLARI.....	20
2.1. HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ.....	20
2.1.1. Mesleki Özerklik Kavramı.....	20

2.1.2. Profesyonel Meslek Olarak Hekimlik ve Sağladığı Özerklik.....	20
2.1.3. Hekimin Mesleki Özerkliğinin Hukuki Dayanakları.....	23
2.1.3.1. Hekimin Mesleki Özerkliğinin Ulusal Hukuktaki Dayanakları.....	24
2.1.3.1.1. Anayasal Düzenleme.....	24
2.1.3.1.2. Diğer Hukuki Düzenlemeler.....	25
2.1.3.2. Hekimin Mesleki Özerkliğinin Uluslararası Hukuktaki Dayanağı.....	26
2.1.4. Hekimin Mesleki Özerkliğinin Yargı Kararlarındaki Görünümü.....	28
<b>2.2. HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİNİN UNSURLARI.....</b>	<b>30</b>
2.2.1. Hekimin Tedavinin Gerekli Olup Olmadığı Yönündeki Kararı.....	30
2.2.2. Hekimin Vicdanıyla Çelişen Yöntemleri ya da Belirli Bir İlaç Tedavisini Uygulamaya Zorlanamaması.....	31
2.2.2.1. Vicdanı ile Çelişen Yöntemleri Uygulamaya Zorlanamaması.....	31
2.2.2.1.1. Gebeliğin Sonlandırılması (Kürtaj) Uygulaması.....	33
2.2.2.1.2. Sünnet.....	37
2.2.2.1.3. Yardımcı Üreme Yöntemleri ve Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı.....	38
2.2.2.2. Hekimin Belirli Bir İlaç Tedavisini Uygulamaya Zorlanamaması.....	40
2.2.3. Hekimin Teşhis ve Tedavi Yöntemini Seçme Hakkı.....	46
2.2.3.1. Hekimin Teşhis Yöntemini Seçme Hakkı.....	46
2.2.3.2. Hekimin Tedavi Yöntemini Seçme Hakkı.....	47
2.2.3.3. Teşhis ve Tedavi Yöntemi Belirlenirken Tabii Olunan Sınırlar.....	48
2.2.3.3.1. Hekimin Özen Yükümlülüğüne Uygun Davranması.....	48
2.2.3.3.2. Uzaktan Teşhis ve Tedavi Yasağı Bağlamında Tele Tıp Uygulamaları.....	51
2.2.3.3.2.1. Uzaktan Teşhis ve Tedavi Yasağı.....	51
2.2.3.3.2.2. Uzaktan Tıbbi Müdahale ve Tele Tıp Uygulamaları.....	52
2.2.3.3.2.3. Uzaktan Teşhis ve Tedavi Yasağı ile Tele Tıp Uygulamalarının Bağdaştırılması.....	55

2.2.3.3.3. Teşhis ve Tedavide Yapay Zekâ Teknolojisinin Kullanılıp Kullanılmayacağı.....	56
--	----

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

<b>3. HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİNİN SINIRLARI.....</b>	<b>59</b>
<b>3.1. HUKUKUN BAĞLAYICILIĞI.....</b>	<b>59</b>
<b>3.2. TIBBİ STANDART DIŞINA ÇIKMAMA.....</b>	<b>60</b>
<b>3.3. RİSKİ ARTIRMA YASAĞI.....</b>	<b>65</b>
<b>3.4. HASTANIN SEVKİNDE SERBESTLİK.....</b>	<b>66</b>
<b>3.5. HEKİMİN HASTAYI REDDETME HAKKI.....</b>	<b>67</b>
3.5.1. Hakkın Hukuki Dayanağı.....	67
3.5.2. Kamu ve Özel Sağlık Kuruluşlarında Hekimin Hastayı Ret Hakkı.....	70
3.5.2.1. Özel Sağlık Kuruluşlarında ya da Serbest Olarak Çalışan Hekimin Hastayı Ret Hakkı.....	70
3.5.2.2. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Hekimin Hastayı Ret Hakkı.....	71
3.5.2.3. Hekimin Hastayı Reddedilebileceği ya da Tedavisini Yarıda Bırakabileceği Durumlar.....	73
3.5.2.4. Hakkın Sınırı.....	79
<b>3.6. HASTANIN TEDAVİYİ REDDETME HAKKI.....</b>	<b>81</b>
3.6.1. Genel Olarak.....	81
3.6.2. Hakkın Hukuki Dayanağı.....	82
3.6.3. Mahkeme Kararları Bağlamında Tedaviyi Ret Hakkı.....	83
3.6.4. Tedaviyi Ret Hakkının Yehova Şahitleri Açısından Değerlendirilmesi.....	85
<b>3.7. EKONOMİK SEBEPLER.....</b>	<b>87</b>
<b>3.8. ŞİFA GARANTİ YASAĞI.....</b>	<b>90</b>
<b>3.9. BOŞUNA (YARARSIZ) TEDAVİ.....</b>	<b>93</b>
<b>3.10. DİĞER SEBEPLER.....</b>	<b>97</b>

3.10.1. Hekimin Çekinik (Defansif) Tıbbı Başvurması.....	97
3.10.1.1. Pozitif Çekinik Tıbbı Uygulamalar ve Mesleki Özerklik İlkesi.....	98
3.10.1.2. Negatif Çekinik Tıbbı Uygulamalar ve Mesleki Özerklik İlkesi.....	99
3.10.2. Hekimin Ayrımcılık Yasağı.....	100
3.10.3. Hekimin Baskıdan Uzak Olması Gerektiği.....	101
3.10.4. Mecburi Hizmet Yükümlülüğünün Özerkliğe Etkisi.....	103
3.10.5. Bulaşıcı Hastalıklar.....	105
<b>3.11. COVID-19 SALGINI DÖNEMİNDE SAĞLIK ÇALIŞANLARI HAKKINDA ULUSAL MEVZUATTA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLER VE MESLEKİ ÖZERKLİK İLKESİ.....</b>	<b>106</b>
<b>SONUÇ.....</b>	<b>111</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>115</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>125</b>

## ÖZET

Son yıllarda pek çok meslek grubu tarafından dikkat çekilen mesleki özerklik ilkesi, kişilerin mesleki faaliyetlerinde hiçbir baskı altında olmadan özgürce karar almasını sağlamaktadır. Bu ilkenin önemli görülmesinin nedeni, zamanla tüm mesleklerde gelişen mesleği profesyonelce icra etme bilincidir. Bunun yanı sıra, hekimlik mesleğinin de aralarında bulunduğu birtakım meslekler uzun yıllardır profesyonel meslek olarak kabul edilir. Bu meslekler açısından bakıldığında ise mesleğin yapısı itibariyle özerklik ilkesi ve mesleki faaliyetin birbirine sıkıca bağlı olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan, bireylerin en önemli haklarından biri olan sağlık hakkı kullanılırken hekimler ile hastalar arasında zorunlu olarak bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişkinin konusunu, hastanın sağlığı ve asla tehlikeye atılmayacak olan yaşam hakkı oluşturmaktadır. Bu nedenle, sağlık hizmeti sunan hekimlerin hastanın yaşamını etkileyecek olan kararları verirken herhangi bir baskı altında kalmaması mesleki özerklik ilkesini her zamankinden daha önemli hale getirmektedir.

Bu çalışmada; doktrinde yer alan görüşler, ulusal ve uluslararası mevzuat ile yargı kararları doğrultusunda “hekimin mesleki özerkliği” incelenmiştir. Bu kapsamda ilkenin hekim ve hastalar açısından önemi, unsurları ile sınırları irdelenerek mevzuattaki eksikliklerin nasıl giderilebileceğine ilişkin önerilerde bulunulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** *Hekim, Profesyonel Meslek, Mesleki Özerklik, Hekim Hakları, Sağlık Hakkı.*



## **ABSTRACT**

The principle of professional autonomy, which has been pointed out by many professional groups in recent years, enables people to make free decisions in their professional activities without any pressure. The reason why this principle is considered important is the awareness of performing the task at hand at a highly professional level. In addition to this, some professions, including the medical profession, have been accepted as professional professions for many years. In terms of these professions, it is seen that the principle of autonomy and the professional activity are tightly linked to the structure of the profession.

On the other hand, while the patients receive the right to health, which is one of the most important rights of individuals, a compulsory relationship is established between physicians and patients. The subject of this relationship is the patient health and the right to life which can never be endangered. Therefore, the principle of professional autonomy is more important than ever, because it is essential for the physicians who make the important decisions regarding the patients life, are not under any kind of pressure.

In this study, physician's professional autonomy principle are examined accordingly by the opinions in the doctrine, national and international legislation and judicial decisions. In this context, the importance of the principle for physicians and patients were examined and recommendations were made on how to overcome the deficiencies in the legislation.

**Key Words:** Physician, Professional Profession, Professional Autonomy, Physician Rights, Right to Health.

## ÖN SÖZ

“Hekimin Mesleki Özerkliği” isimli bu yüksek lisans tezinde, mesleki özerklik ilkesinin hekimlik mesleğindeki yeri ve kapsamı doktrindeki görüşler, ulusal ve uluslararası mevzuat ile yargı kararları ışığında ele alınmaktadır. Çalışmada, mevzuat ve uygulamadaki eksikliklere değinilerek bu konuda çözüm önerilerinde bulunulmaya çalışılmıştır.

Tez çalışmam sırasında destek ve katkılarını esirgemeyen, beni her zaman çalışmaya teşvik eden çok değerli tez danışmanın Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ÇAKIR’a, yorumlarıyla kıymetli katkılarda bulunan Sayın Prof. Dr. Ender Ethem ATAY’a ve Sayın Prof. Dr. Şirin DİLLİ’ye sonsuz teşekkür ve saygılarımı sunarım.

Bu süreçte bilgi ve tecrübelerini benimle paylaşan değerli dostum Hâkim Hülya KAŞKAYA DURAK’a, son derece yoğun olduğum yazım evresinde ihtiyacım olduğu her anda yardımına koşan kıymetli meslektaşlarımdan Av. Sevda ASLAN’a ve Av. Funda GÖRGÜLÜ ERGENÇ’e en içten dileklerle teşekkür ederim.

Son olarak, bu çalışmayı ve hayatım boyunca aldığım tüm kararları her koşulda destekleyerek bana zorluklarla mücadele etmeyi öğreten fedakâr annem Gülay KARATAŞ’a ve hayattaki çalışma azmini örnek aldığım babam Nurettin KARATAŞ’a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Ebru KARATAŞ

Mayıs 2021, Kocaeli

## KISALTMALAR

§	: Paragraf
a.g.b.	: Adı geçen bildirge
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.g.	: Adı geçen görüş
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AIDS	: Acquired Immune Deficiency Syndrome (Edinilmiş bağışıklık yetersizliği belirtisi)
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Anayasa	: 1982 Anayasası
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BGH	: Bundesgerichtshof (Almanya Yüksek Federal Mahkemesi)
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	: Bakınız
BTS	: Biyoetik Terimleri Sözlüğü
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
Covid-19	: Coronavirus disease (Yeni Koronavirüs Hastalığı)
Çev.	: Çeviren
D	: Daire
D.E.Ü.	: Dokuz Eylül Üniversitesi
Der.	: Derleyen

DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dn.	: dipnot
DSÖ	: Dünya Sağlık Örgütü
DTB	: Dünya Tabipler Birliği
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GK	: Genel Kurul
Haz.	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HIV	: Human Immunodeficiency Virus (AIDS hastalığına neden olan virüs)
HMEK	: Hekimlik Meslek Etiği Kuralları
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
kn.	: kenar numarası
KOÜ	: Kocaeli Üniversitesi
KOÜTF	: Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi
L/U	: Laufs/Uhlenbruck
m.	: madde
Mers-Cov	: Middle East Respiratory Syndrome-Coronavirus (Orta Doğu Solunum Sendromu)
MHRS	: Merkezi Hekim Randevu Sistemi

NASA	: National Aeronautics and Space Administration (Amerikan Ulusal Havacılık ve Uzay Araştırmaları Merkezi)
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
No	: Numara
s	: sayfa
S	: Sayı
SUT	: Sağlık Uygulama Tebliği
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TıpHD	: Tıp Hukuku Dergisi
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTB	: Türk Tabipleri Birliği
vd.	: ve devamı
VersR	: Versicherungsrecht
vs.	: vesaire
Y.	: Yıl
Yay.	: Yayın
YBK	: Yargıtay Başkanlar Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

## GİRİŞ

Sağlık kavramı genel anlamda tam olarak iyilik hali içerisinde olma durumunu açıklamakta olup, TDK Sözlüklerinde “*Bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik durumunda olması, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet*” şeklinde ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Bu konuya ilişkin olarak, Anayasanın 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve devamında sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabileceği eklenmiştir. Bu düzenleme ile bireylere sağlık hakkı tanınırken, devlete de hakkın gerçekleştirilmesi için pozitif yükümlülükler yüklenmiştir.

Sağlık hakkı kullanılırken, hakkın öznesi olan bireyler ile bu hizmeti sunan hastane ya da hekimler arasında zorunlu olarak bir ilişki kurulmaktadır. Her ilişkide olduğu gibi burada da her iki tarafın hakları bulunmaktadır. Bununla birlikte, hekim ve hasta arasındaki ilişkinin yapısı gereği tıbbi bilgiye sahip olan hekim güçlü konumda bulunmaktadır. Bu nedenle, tarafların hakları tanınırken güçsüz tarafa yani hastaya öncelik tanınmış ve onun hakları hekim haklarına kıyasen daha hızlı gelişim göstermiştir.

Hasta haklarındaki hızlı gelişim hekim-hasta ilişkisinin zaman içerisinde değişime uğratmış, etik ilkelerden olan hastanın özerkliği son derece önem kazanmıştır. Hastanın özerkliği ilkesi, kişinin kendi geleceği hakkındaki kararları özgürce verebilmesini ve bu kararlara saygı duyulmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, kimsenin istemediği bir tedavi, uygulama ya da yonteme zorla maruz bırakılması kabul edilemez. Bunun bir uzantısı olarak, hastanın kendisini tedavi edecek hastaneyi ya da hekimi seçme hakkı başta olmak üzere pek çok hak ve yetkisi de bulunmaktadır.

Diğer taraftan, hastanın sağlığına kavuşmasını amaçlayan ve ilişkinin diğer tarafında bulunan hekimin özgür bir çalışma ortamına ihtiyacı bulunmaktadır. Zira hekimin hasta, çalıştığı kurum, siyasi otorite ya da başkaca herhangi bir gücün

<sup>1</sup>TDK Sözlükleri, bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 15.11.2020

baskısı altında tıbbi faaliyetlerde bulunması hastanın yaşamı hakkında verilecek kararların isabetli olmasını da etkileyecektir. Bu durumlarda, kişinin en temel değerlerinden olan yaşamına ve bu hakkına yönelik keyfi müdahaleler sebebiyle oluşabilecek tehlikelerin kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, hekimin tıbbi faaliyetlerde bulunurken tüm etkenlerden uzak bir şekilde vicdanına, bilgi ve deneyimlerine dayalı olarak özgür kanaati ile hareket etmesi gerekmektedir. Bu özgürlük alanının sağlanabilmesi de mesleki özerklik ilkesinin hekim haklarından biri olarak kabul edilmesiyle mümkün olacaktır.

Bu çalışmada “hekimlerin mesleki özerkliği ilkesi” ele alınmış olup, çalışma üç ana bölüm halinde düzenlenmiştir. Çalışmanın birinci bölümünde öncelikli olarak hekim ile hasta arasındaki ilişkiye değinilerek ilişkinin yapısı itibarıyla ileri sürülen modellerden hangisi kapsamına alınabileceği ele alınmıştır. Sonrasında var olan ilişkinin hangi sözleşme tipine uygun olduğuna ilişkin çeşitli görüşler incelenmiştir.

İkinci bölümde, ilk olarak hekimin mesleki özerkliği kavramı ele alınarak kavramın ulusal ve uluslararası hukuktaki dayanakları değerlendirilmiş ve yargı kararlarındaki görünümü irdelenmiştir. Sonrasında mesleki özerkliğinin unsurları ayrıntılı olarak örnekler ve yargı kararları ışığında irdelenmiştir.

Son bölümde hekimin mesleki özerkliğinin sınırları belirlenmiş, bu sınırlar içerisinde yer almayan durumlar da nedenleri ve dayanakları ile birlikte incelenmiştir. Bu kapsamda, son dönemde tüm dünyada hızla yayılarak pandemi haline gelen Covid-19 hastalığı sebebiyle ülkemizdeki sağlık çalışanlarına yönelik yapılan yeni düzenlemelerin hekimlerin mesleki özerkliğine olan etkisi doktrindeki görüşlere yer verilerek değerlendirilmiştir.

Çalışmada, hekimin mesleki özerkliği ilkesi konu edinilirken hukuki düzenlemeler ve doktrindeki farklı görüşler irdelenmek suretiyle eksikliklerin tespit edilmesi ve doktrine katkıda bulunulması amaçlanmıştır. Bunun için ulusal ve uluslararası mevzuat ile yargı kararlarına yer verilerek doktrindeki görüşler ışığında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### 1. GENEL BİLGİLER

#### 1. 1. HEKİM VE HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN YAPISI

##### 1.1.1. Genel Olarak Hekim-Hasta İlişkisi

Hastalık ve hekim arasındaki ilişki, insanlık tarihinin en eski dönemlerinden itibaren var olarak bugüne kadar gelmiştir. İnsanların hastalığına çare arayıp bulan kişiler farklı devir ve coğrafyalarda birçok isimle anılmış, bu kişilerin güçleri bazen ilahi bazense beşerî kaynaklara dayandırılmıştır. Gücün dayanağı noktasında farklılıklar olsa da görüşler hekimlerin bilgili ve özel kişiler olduğu yönünde birleşerek mesleğin itibarına katkıda bulunmasının yanında hekim ile hasta arasındaki ilişkinin şekillenmesinde de etkili olmuştur.

Bu ilişki, eski tarihlerden itibaren gelişip farklılaşmışsa da taraflar konum itibarı ile eşit duruma gelmemiştir. Esasen, bu ilişkinin taraflarının eşit olması mümkün değildir. Çünkü hekim mesleği gereği alanında uzman bir kişi iken hasta ne kadar bilgili olursa olsun hastalığının yabancısıdır. Bu sebeple, ilişkinin güçsüz ve hukuken korunması gereken tarafında hasta yer almaktadır<sup>2</sup>.

Hasta-hekim ilişkisinde korunması gereken taraf hasta olduğu için son yıllarda hasta hakları hızla gelişim göstermiş ve buna bağlı olarak hekim hakları da gündeme getirilmiştir<sup>3</sup>. Çünkü karşılıklı ilişkilerde hukuki dengenin korunması şarttır ve hasta haklarının genişletilmesi ile birlikte bu dengenin bozulmasına izin verilmemelidir.

Öte yandan, kurulan ilişki dolayısıyla hasta ile hekimin birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri olabilir. Ancak, bu ilişkideki hasta ve hekim haklarının karşıt

<sup>2</sup>Tevfik Özlü, “Hasta-Hekim İlişkisi”, Şu kitapta: Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007, 2. Baskı, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.66., <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/s/s1-2.pdf>, E.T. 05.12.2020

<sup>3</sup>Özlü, a.g.m., s.66.



nitelikte olmadığı da unutulmamalıdır<sup>4</sup>. Çünkü kurulan ilişkinin sebebi hastalıktır ve hem hasta hem de hekim açısından ilişkinin nihai amacı hastalığın iyileştirilmesidir. Bu nedenle, tarafların haklarının birbirine zıt nitelikte olduğu değil aynı amaca hizmet eden ve amacın gerçekleşmesine birlikte fayda sağlayan iki ayrı yöndeki araç olarak değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

### **1.1.2. Hekim-Hasta İlişki Modelleri**

Hekim ile hasta arasında kurulan ilişkide uygulanmak üzere, eski tarihlerden itibaren birçok model ortaya atılmışsa da çalışma açısından en sık karşılaşılan üç temel yaklaşımın incelenmesi önemlidir. Bu nedenle, alt başlıkta paternalist (babacıl, buyurgan) danışman ve katılımcı hekim modeli yaklaşımları incelenmektedir.

#### **1.1.2.1. Paternalist (Babacıl, Buyurgan) Yaklaşım Modeli**

TDK Sözlüklerinde Fransızca kökenli paternalist kelimesi “*babacı*”, paternalizm de “*babacılık*” olarak ifade edilmektedir<sup>5</sup>. Bununla birlikte, paternalizm kavramı BTS’de “*bir bireye yarar sağlamak ya da onu zarardan korumak amacıyla onun bireysel özerkliğine sınırlama getirmeye, bireysel özerkliği göz ardı etmeye dayanan yaklaşım...*” olarak tanımlanmaktadır<sup>6</sup>.

Hekim-hasta ilişkisinde bu yaklaşım modeli, hekimi otoriter ve tüm süreci etkin olarak yürüten kişi konumunda bulundurmaktadır. Bu nedenle, bu yaklaşım modelinde hastanın aydınlatılması ya da kendi hayatı ile ilgili kararlar alması mümkün olmayıp sadece hekimin talimatlarına uyması gerekmektedir. Bu durumda burada benimsenen davranışlar hasta haklarının ihlaline neden olabilmektedir<sup>7</sup>. Örneğin, tedavi sürecinde hastaya tedaviyi reddetme, hekim seçme ya da tedavi yöntemini belirleme gibi haklar sağlamamaktadır<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup>Özlu, a.g.m., s.67.

<sup>5</sup>Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 10.04.2021

<sup>6</sup>Yasemin N. Oğuz/Harun Tepe/Nükhet Örnek Büken/Deniz Kırımsoy Kucur, Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2005, s.22.

<sup>7</sup>Özlu, a.g.m., s.67-68.

<sup>8</sup>Özlu, a.g.m., s.67-68.

Bu yaklaşım modeli, özellikle hekimlerin hastaları tedavi edici yeteneklerinin ilahi kaynaklara dayandırıldığı dönemlerde değer görmüşse de günümüzde hekim-hasta arasında kurulmak istenen ilişkiye katkı sağlayacak nitelikte değildir.

### **1.1.2.2. Danışman Hekim Yaklaşımı Modeli**

Danışman hekim yaklaşımında benimsenen hekim davranışları, paternalist ya da buyurgan olarak isimlendirilen yaklaşımdaki ile tamamen zıt niteliktedir. Bu modelin benimsendiği hekim-hasta ilişkisinde süreç hasta tarafından yönetilmekte hekim yalnızca hastanın isteklerine yönelerek risk almaktan kaçınmaktadır<sup>9</sup>.

Bu yaklaşım modelinde hekim edilgen konumda olup hastaya sadece tedavisi ile ilgili seçenekleri ve riskleri aktarmakla yetinir. Hekimin aktardıklarını muhakeme ederek seçimde bulunma hakkı hastaya aittir ve bu kararlar ilgili olarak hastaya hekim tarafından yardım da edilmemektedir<sup>10</sup>.

Dolayısıyla, her ne kadar bu yaklaşımda hastanın özgürlüğü çok geniş olsa da bu özgürlük birçok olumsuz sonucu meydana getirebilecek niteliktedir. Şöyle ki, hasta çoğu kez tıp bilimine yabancı ve hastalığının tedavisi için yardıma ihtiyacı olan kişi konumundadır. Bu nedenle, hastanın süreci tek başına yürütmekle sorumlu olması sağlık hizmetlerinde gerekli özenin gösterilmemesi ve hastanın hatalı seçimlerde bulunarak zarara uğraması gibi ihtimalleri beraberinde getirmektedir.

### **1.1.2.3. Katılımcı Hekim Yaklaşımı Modeli**

Katılımcı hekimlik olarak ifade edilen yaklaşımda ise hekim ile hasta arasındaki ilişki dayanışma esaslarına dayanmakta hastalık değil esasen hasta değer görmektedir. Burada, hekim tarafından hastaya danışman hekimlikteki gibi aydınlatmalarda bulunulurken paternalist hekim modeline yaklaşan şekilde de dostane bir tutum sergilenmektedir<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup>Tevfik Özlü, “Karşılıklı Hak ve Sorumluluklar Bağlamında Hekim-Hasta İlişkisi”, Şu kitapta: (Haz. Celal Ülgen/Coşkun Ongun) A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, (Eylül 2007), s.23-24.

<sup>10</sup>Özlü, a.g.m., s.68.

<sup>11</sup>Tevfik Özlü, “Karşılıklı Hak ve Sorumluluklar Bağlamında Hekim-Hasta İlişkisi”, s.24.

Bu yaklaşım modelinde, hekim ile hasta hastalığa ilişkin tüm süreci ekip organizasyonu içerisinde birlikte yönetmektedir. Tedaviye ilişkin kararlar hastaya ait olmakla birlikte hekim bu kararları verirken hastaya yardımcı olmaktadır. Bu durumun sonucu olarak da sorumluluk hekim ve hasta arasında birlikte üstlenilmektedir<sup>12</sup>.

Geçmiş dönemlerde, bu yaklaşımlar içerisinde çoğunlukla hekimin etkin rol aldığı paternalist yaklaşım yaygınken günümüzde hastanın katılımının sağlandığı yaklaşımlar önem kazanmıştır. Çünkü geçen süreçte sağlık hakkı ve doğrudan hasta hakları büyük değişiklikler geçirmiştir<sup>13</sup>. Şöyle ki, özellikle hasta odaklı kararlar ve hasta özerkliği ile birçok hasta hakkı önem kazanmıştır. Hatta bu ilişkinin kurulması ve sürdürülmesi hekimin etik değerleri arasında sayılmaya başlanmıştır<sup>14</sup>.

Bu nedenlerle, öğreti ve uygulamada baskın görüş haline gelen ve öğretide farklı şekillerde adlandırılrsa da çalışmada katılımcı hekim yaklaşımı olarak belirtilen modelin, günümüz sağlık hizmeti ihtiyaçlarına en uygun model olduğu kanaatindeyiz.

## **1.2. HEKİM VE HASTA ARASINDA KURULAN İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER**

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin olarak yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasen, bu ilişkinin kurulabilmesi için yasal düzenlemenin bulunması da zorunlu değildir. Çünkü hekimin hastanın tedavisini üstlenmesi ile birlikte hukuki ilişki de kurulmaktadır<sup>15</sup>.

Hekimin tedaviyi üstlendiğinin kabul edilebilmesi yani ilişkinin kurulabilmesi için hekimin hastayı bir kez muayene etmesi yeterli olabileceği gibi öğretide hekimin

---

<sup>12</sup>Özlü, a.g.m., s.68-69.

<sup>13</sup>Elif Atıcı, “Hasta-Hekim İlişisini Etkileyen Unsurlar”, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C.33, S.2, 2007, s.92., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/uutfd/issue/35313/391996>, E.T. 09.12.2020

<sup>14</sup>Erdem Aydın, “Hekim Hakları”, Doğum Hekimliği Maternal- Fetal Tıpta Etik ve Yasal Boyut (Ed. Sinan Bektaş), Ankara, Medikal Network, 2004, s.164., [http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/hekim\\_haklari.doc](http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/hekim_haklari.doc), E.T. 09.12.2020

<sup>15</sup>Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 7243 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler Eklenmiş 20. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.885.

hasta tarafından telefonla aranarak teşhis ve tedavi hakkında sorular sorulmasıyla birlikte de sözleşmenin kurulduğunu belirten görüşler bulunmaktadır<sup>16</sup>.

Nitekim hastanedeki hasta hakkında başka bir hekime telefonla danışıldığı olayda yanlış teşhiste bulunan telefondaki hekimin sorumluluğu için hekim ile hasta arasında doğrudan bir sözleşmenin, ilişkinin, fiziksel temasın bulunmasının şart olmadığı mahkemece belirtilmiştir<sup>17</sup>.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin, taraflara sağladığı haklar ile tarafları yükümlendirdiği borçlar değerlendirildiğinde ilişkinin sözleşme niteliğinde olduğuna kuşku bulunmamaktadır. Öte yandan, isimsiz sözleşme niteliğinde olduğu için sözleşmenin tanımı, içeriği, niteliği, sonuçları gibi birçok husus belirgin değildir<sup>18</sup>.

Hekim, tedavi süresince gerçekleştirdiği tüm tıbbi müdahalelerden kusuruyla orantılı olarak sorumlu bulunmaktadır<sup>19</sup>. Bu sebeple, ilişkinin hukuki niteliğine yönelik öğretilerde birçok görüş ortaya atılmış, nasıl adlandırılması gerektiğine ilişkin tartışmalar gündeme gelmiştir. Hekim ile hasta arasındaki tıbbi müdahale, tedavi yahut hekimlik sözleşmesi olarak da adlandırılabilen ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi önemlidir. Çünkü ilişkinin taraflarının hak ve yükümlülükleri ile bunların sonuçlarının belirlenmesi buna bağlı olarak sorumluluğun sınırlarının ortaya konulması gerekmektedir. Örneğin, ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde tıbbi malpraktiste<sup>20</sup> malzeme sağlama yükümlülüğü açısından hekimin sorumluluğu bulunmaktayken vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde sorumluluk idareye ait olmaktadır<sup>21</sup>.

Diğer taraftan, hekimlerin bir kısmı kamu kurum ve kuruluşlarında faaliyette bulunurken bir kısmı özel sağlık kuruluşlarında ya da serbest olarak

<sup>16</sup>Hakeri, a.g.e., s.885.

<sup>17</sup>Lecton v. Dyll, 2001; Aktaran: Hakeri, a.g.e., s.885.

<sup>18</sup>Mehmet Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", AÜHF Dergisi, C.57, S.3, 2008, s.226., [https://doi.org/10.1501/Hukfak\\_0000001527](https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001527), E.T. 10.12.2020

<sup>19</sup>Rezzan Günday, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.7.

<sup>20</sup>Malpraktis tanımları için bkz. TTB HMEK 13. maddesinde; "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir.*", DTB 44. Genel Kurulu'nda; "*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*" şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>21</sup>Günday, a.g.e., s.7.

muayenehanelerinde mesleki faaliyetlerini devam ettirmektedir. Hekimlerin çalıştıkları kuruluş ve sektörde çeşitliliğin olması hasta ile hekim arasında yahut hasta ile özel ya da kamuya ait sağlık kuruluşları arasında farklı hukuki ilişki ve sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır<sup>22</sup>.

Örneğin, kamu hastanelerinde ya da özel hastanelerde çalışan hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır<sup>23</sup>. Burada, özel hastane ile hasta arasında “hastaneye kabul sözleşmesi” adıyla sözleşme ilişkisi kurulurken kamu hastanesi ile hasta arasında böyle bir ilişki bulunmamaktadır. Çünkü kamu hastanelerinden alınan hizmet, hastanın kamu hizmetinden yararlanma hakkı kapsamındadır. Ayrıca, her ne kadar kamu hastaneleriyle hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmasa da kamu hizmeti yürütülürken meydana gelen zararlardan idare sorumludur<sup>24</sup>.

Dolayısıyla, hekimlik sözleşmesi yalnızca serbest çalışan hekimler ile onlara gelen hastalar arasında kurulmaktadır<sup>25</sup>. Bununla birlikte, hekim-hasta ilişkisi çoğunlukla tarafların karşılıklı anlaşmasına dayalı olarak kurulsun da sözleşme ilişkisinin bulunmadığı bazı durumlar da olabilmektedir. Şöyle ki, trafik kazasına denk gelen hekimin şuurunu kaybeden kazazedeye tıbbi müdahale ile tedavi faaliyetlerinde bulunması ya da kalp krizi geçiren hastaya ilk müdahalenin oradaki hekim tarafından gerçekleştirilmesi gibi haller bu duruma örnek gösterilebilir. Bu gibi durumlarda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki mahiyetinin TBK kapsamında vekâletsiz iş görme hükümlerine tabii olması gerekmektedir<sup>26</sup>.

Diğer taraftan, bir hekimin her durumda tıbbi müdahalede bulunması mümkün olmamakla birlikte gecikildiği takdirde hayati tehlikenin bulunduğu olaylarda müdahale etmesi zorunludur<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup>Seza Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.1.

<sup>23</sup>Mehmet Ayan, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s.45-45; Zarife Şenocak, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, AÜHF Yayınları, 1998, s.30.

<sup>24</sup>Ayan, a.g.e., s.45-46.

<sup>25</sup>Ayan, a.g.e., s.45-45; Şenocak, a.g.e., s.30.

<sup>26</sup>Reisoğlu, a.g.m., s.3.

<sup>27</sup>Reisoğlu, a.g.m., s.9.

Sonuç olarak, bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesinin bulunduğu noktada belirsizlik bulunmamaktadır. Ancak, bu sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde farklı görüşler savunulmuştur. Bu görüşlerden; hizmet, eser, vekâlet ve isimsiz sözleşme görüşleri ağırlıklı olarak öne çıktığından bu görüşler alt başlıklar halinde ayrıntıları ile incelenecektir<sup>28</sup>.

### 1.2.1. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Hizmet sözleşmesi, TBK'nin 393. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında tanımlanmış olup düzenleme şu şekildedir;

**Madde 393-** *“Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”*

*İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.”*

Kanun metninde, hizmet sözleşmesinin unsurları açıkça belirtilerek işçinin işverene bağımlı olması ve belirli ya da belirli olmayan bir süreyle iş görme edimi karşılığında işveren tarafından ücret ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

BK yürürlükte iken kanun metninde “bağımlılık” unsuruna yer verilmemiş, uygulama ve doktrinde bu unsurun hizmet sözleşmesinde bulunması gerektiği görüşü benimsenmiştir<sup>29</sup>. Dolayısıyla, bu düzenleme ile birlikte hizmet sözleşmesine ilişkin BK'deki eksiklik giderilmiştir.

Diğer taraftan, TBK'nin madde metninde bağımlılık unsurunun tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Yargıtay bir kararında bağımlılık ilişkisini, *“...burada söz konusu olan bağımlılık ise, her an ve durumda çalışana denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın, edimi*

<sup>28</sup>Demir, a.g.m., s.226.

<sup>29</sup>Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.57.

*ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır.”* şeklinde açıklamıştır<sup>30</sup>.

Hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olup olmadığına dair öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, hekim ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkide, hekim belirli bir amaca yönelik olarak mesleğini serbestçe ifa ettiğinden bağımlı olma ve süre unsurları hizmet sözleşmesinden farklı olarak esaslı unsur değildir<sup>31</sup>. Yine aynı doğrultuda başka bir görüşte, ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilememesinin sebebinin hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hiyerarşi, bağımlılık ve süreye bağlılık unsurlarını içermemesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>32</sup>.

Esasen, öğretilerde aynı doğrultudaki pek çok görüşe göre hekimlik sözleşmesi hizmet sözleşmesi kapsamında yer almamaktadır. Çünkü hekimlik sözleşmesinin bir tarafında gerekli eğitimleri alarak mesleki faaliyetlerini yürüten hekim bulunurken, diğer tarafta uzmanlık gerektiren bilgiye sahip olmayan hasta bulunmaktadır. Dolayısıyla, hekim hastanın direktifine uygun olarak hareket eden ve bağımlı konumda olan değil, tedaviyi başarıya ulaştırmayı hedefleyerek gerekli gördüğü işlemleri yapandır<sup>33</sup>.

Hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olmadığı görüşü öğretilerde baskın olmakla birlikte, geçmişte bazı yazarlar tarafından hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür<sup>34</sup>. Bu görüşlerden bazıları, sözleşmenin hekim ve hasta arasında belirli ya da belirsiz süreli olarak yapıldığı ve hekimin sigorta ya da sendika

<sup>30</sup>Yargıtay 10. HD, K.T. 27.02.1984, E. 1984/1132, K. 1984/1166.

<sup>31</sup>Mustafa Reşit Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953, s.76; Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1972, s.35, dn.52; Yavuz İpekyüz, a.g.e., s.57.

<sup>32</sup>Hakeri, a.g.e., s.887-888.

<sup>33</sup>Konu hakkındaki benzer görüşler için bkz. Belgesay, a.g.e., s.76; Reisoğlu, a.g.m., s.12; Çetin Aşçıoğlu, Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, Olgaç Matbaası, 1982, s.36; Ayan, a.g.e., s.54; Şenocak, a.g.e., s.19-20; Yavuz İpekyüz, a.g.e., s.58.

<sup>34</sup>Bkz. Cevat Abdürrahim Gücün, Nazari ve Ameli Hukuk Davaları C. II. (Menkul Mallar ve Borçlar), İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1946, s.756; Süheyl Donay, “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S.10, 1968, s.44-45.

gibi kurumların emri altında çalıştığı hallerde hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesinin mümkün olabileceğini savunmuştur<sup>35</sup>.

Hizmet sözleşmesinin TBK’de eski kanuna göre daha ayrıntılı düzenlenmesi, öğreti ve Yargıtay tarafından hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşünün baskınlık kazanması dolayısıyla azınlık tarafından savunulan bu görüş artık tamamen geçerliliğini yitirmiştir.

Bunların yanı sıra, aile hekimi ile hasta arasında kurulan ilişkinin hizmet sözleşmesi kapsamına alınıp alınamayacağına ilişkin de doktrinde farklı görüşler yer almıştır.

Reisoğlu’na göre, hekim ile hasta arasında kurulan ilişki belirli bir iş için olmayıp belirli bir süre boyunca devam ettiği hallerde hizmet sözleşmesi kapsamına girmektedir. Aile hekimi ile hasta arasındaki ilişki de bu duruma örnektir<sup>36</sup>.

Şenocak tarafından savunulan görüşte, aile hekiminin ailenin denetimi altında olmayıp aileden emir ve talimat almadığı ve ayrıca hem çalıştığı iş yerinin hem de araç gereçlerin aileye ait olmaması nedeniyle aileye karşı ekonomik olarak bağımlı olmadığı belirtmektedir. Bu görüşe göre, aile hekimi-hasta ilişkisinde öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilen “bağımlılık” unsuru bulunmamaktadır. Hekimin belirli ya da belirsiz süreyle ailenin sağlık sorunlarıyla ilgilenmesi ilişkiyi hizmet sözleşmesi yapmamakta, ilişki vekâlet sözleşmesi niteliği taşımaktadır<sup>37</sup>.

Hakeri’ye göre ise Aile Hekimliği Kanunu’nda yer alan düzenlemeler<sup>38</sup> dolayısıyla hasta ile aile hekimi arasındaki ilişki özel hukuk sözleşmesi değil, kamu hukuku ilişkisi niteliğindedir. Örneğin, aile hekiminin eylem ve işlemlerinden dolayı açılan davaların idari yargı mercilerinde görülmesi ve malpraktisten kaynaklanan suç duyurularında kamu görevlilerine özgü hükümlerin uygulanması da bu görüşü desteklemektedir<sup>39</sup>.

<sup>35</sup>Donay, a.g.m., s.44-45; Bayraktar, a.g.e., s.35, dn.52.

<sup>36</sup>Reisoğlu, a.g.m., s.12.

<sup>37</sup>Şenocak, a.g.e., s.20-21.

<sup>38</sup>Aile Hekimliği Kanunu m. 3/1, m. 3/3, m. 5/2, m. 6 için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/Mevzuat/Metin/1.5.5258.pdf>, E.T. 12.12.2020

<sup>39</sup>Hakeri, a.g.e., s.893.



Hizmet sözleşmesini düzenleyen kanun metni değerlendirildiğinde yalnızca süre unsuruna bakılarak aile hekimi-hasta ilişkisinin hizmet sözleşmesi kapsamına alınması mümkün değildir. Çünkü hizmet sözleşmesinin süre unsuru dışında hizmet ediminin bulunması, edim karşılığında ücret ödenmesi, tarafların anlaşması ve bağımlılık unsurlarını da içermesi gerekmektedir. Ayrıca, aile hekimi mesleğini serbestçe, ailenin talimat ve denetimleri olmaksızın yerine getirdiğinden aile ile arasında herhangi bir bağımlılık ilişkisinin olmadığı da açıktır. Bu nedenlerle, Reisoğlu'nun aile hekimi ile hasta arasında hizmet sözleşmesi kurulduğuna dair görüşüne katılmamaktayız.

Kanaatimizce, Şenocak'ın görüşünün gerekçeleri isabetli olsa da günümüzde aile hekimlerinin değişen statüsü nedeniyle vekâlet sözleşmesi olduğuna ilişkin görüş geçerliliğini kaybetmiştir. Zira Aile Hekimleri Kanunu'nda belirtildiği üzere aile hekimi sözleşmeli hekim olarak çalışmaktadır. Bu nedenle, aile hekimi ile hasta arasındaki ilişki Hakeri'nin belirttiği ve katıldığımız kamu hukuku ilişkisi niteliğindedir.

### **1.2.2. Eser Sözleşmesi Görüşü**

Eser sözleşmesi, TBK'nin 470. maddesinde “...yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” denilerek tanımlanmıştır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin özen yükümlülüğü çok geniş kapsamlıdır. Bu kapsam o kadar geniştir ki hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde hekim eseri meydana getirirken kullandığı malzemelerden dahi satıcısıymış gibi sorumlu tutulmaktadır<sup>40</sup>. Bu sebeple, sözleşmenin ayrımına varılarak hekimin sorumluluğunun belirlenebilmesi için doktrindeki tartışmalar önem arz etmektedir.

---

<sup>40</sup>Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.49.

Reisoğlu'na göre, hekim tedavinin sonucunda hastanın iyileŖeceđi yönünde garantide bulunamadığından hasta ile aralarında kurulan szleŖme iliŖkisi eser szleŖmesi niteliğinde değildir<sup>41</sup>.

Ŗenocak'a göre, hekimlik szleŖmesinin eser szleŖmesi olarak değerlendirilebilmesi için tedavi ya da cerrahi müdahalelerin eser niteliğine haiz olması gerekir. Burada ifade edilen eser, szleŖmenin konusu olup yüklenici tarafından üretilip iŖ sahibine teslimi gereken nesnedir. Bu grŖte, tıbbi müdahalelerin baŖarısı birçok unsura bağlı olduğundan hekimin bu yönde taahhütte bulunmasının ya da TBK'de eser szleŖmesi için düzenlenen ayıba karŖı tekeffül hükümlerinin hekimlik szleŖmesinde uygulanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır. Bu nedenle, hekimlik szleŖmesi eser szleŖmesi olarak kabul edilmemektedir<sup>42</sup>.

Hakeri'ye göre ise baŖtan kesin bir sonuca varmaktansa, estetik müdahalelerde hekimin hastaya karŖı taahhütleri ile somut olayın koŖulları değerlendirilerek szleŖmenin niteliği belirlenmelidir<sup>43</sup>.

Sonuç olarak, hekim ile hasta arasındaki iliŖkinin eser szleŖmesi olmadığı ancak istisnai olarak bazı hallerin eser szleŖmesi kapsamına girdiği grŖ öğretide baskın hale gelmiŖtir<sup>44</sup>. Bu hallerden biri olarak, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin eser szleŖmesini meydana getireceği grŖ hem doktrinde baskın grŖ haline gelmiŖ hem de yargı kararlarıyla benimsenmiŖtir.

Bu konuya iliŖkin bir Yargıtay kararında “...*Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaŖtırılan biçim ve Ŗekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinden böyle bir szleŖmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaŖtırıldıđı kuŖku ve duraksamaya yer olmayacak Ŗekilde açıktır. O nedenle, bu tip szleŖmenin eser szleŖmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun*

---

<sup>41</sup>Reisoğlu, a.g.m., s.12.

<sup>42</sup>Ŗenocak, a.g.e., s.24.

<sup>43</sup>Hakeri, a.g.e., s.635.

<sup>44</sup>Ayan, a.g.e., s.52.

*düşeceği* kabul edilmesi gerekir...” şeklinde belirtilerek müdahalenin sonucunun baştan belirlenerek amaç haline getirilmesi yönünden bu tip sözleşmelerin vekâlet sözleşmesinden ayrıldığı açıklanmıştır. Kararda estetik amaçlı operasyonların eser sözleşmesi kapsamında olduğu görüşü açıkça belirtildiği gibi sonraki tarihli pek çok kararlar Yargıtay’ın bu görüşü istikrar kazanmıştır<sup>45</sup>.

Bunun yanı sıra, bir görüşe göre diş protezleri takma diş, diş dolgusu, rapor verilmesi, sun’i organların yerine takılması ya da belsoğukluğu, frengi gibi bazı hastalıkların tedavisi de eser sözleşmesi niteliğindedir<sup>46</sup>.

Öte yandan, öğretilerdeki başka bir görüş ise protez yapımında hekim ve hasta arasında güvene dayalı bir ilişki kurulduğundan vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanması gerektiğini savunmuştur<sup>47</sup>. Bu görüşü destekleyen başka bir görüş de hekim tarafından hastaya rapor düzenlenmesi, takma diş yapımı, protez yapımı, diş dolgusu gibi faaliyetlerin hekimin tedavi sanatı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hekimin tedavi amacıyla gerçekleştirdiği müdahale protez yapımı olsa dahi vekalet sözleşmesi kapsamında yer almalıdır<sup>48</sup>.

Bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararında, “...Diş protezi yapılması bir eser (istisna) sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde müteahhit iş sahibinin verdiği, taahhüt ettiği bir ücret karşılığında bir şey yapımını üstlenmiş olur...” şeklinde ifade edilerek diş protezi yapımı eser sözleşmesi olarak kabul edilmiştir<sup>49</sup>.

Başka bir Yargıtay kararında da “...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, ... istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur...” denilerek diş protezi hakkındaki görüş

<sup>45</sup>Yargıtay 13. HD, K.T. 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741; Benzer yöndeki başka kararlar için bkz. Yargıtay 15. HD, K.T. 08.06.2006, E. 2005/7988, K. 2006/3417; Yargıtay 15. HD, K.T. 14.01.2019, E. 2018/5312, K. 2019/139; Yargıtay 15. HD, K.T. 15.6.2020, E. 2019/3257, K. 2020/1565; Yargıtay 15. HD, K.T. 25.11.2020, E. 2020/305, K. 2020/3086.

<sup>46</sup>Belgesay, a.g.e., s.77; Ayan, a.g.e., s.52-53.

<sup>47</sup>Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.II, 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, s.40-41.

<sup>48</sup>Aşçıoğlu, a.g.e., s.35.

<sup>49</sup>Yargıtay 15. HD, K.T. 20.12.1977, E. 3167, K. 2307; Aktaran: Reisoğlu, a.g.m., s.12; Aşçıoğlu, a.g.e., s.35.

Yinelenirken güzellik amaçlı müdahalelerin de eser sözleşmesi kapsamında olduğu belirtilmiştir<sup>50</sup>.

Kanaatimizce de doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere tedavi amaçlı hekimlik sözleşmelerinin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü belirtildiği üzere eser sözleşmelerinde taahhüt edilen eserin taahhüde uygun olarak ortaya çıkarılması esastır. Ancak, hekimin hastaya uyguladığı tedavi amaçlı tıbbi müdahalede bu durum söz konusu olmayacak hekim burada hastanın sağlığına kavuşturulması amacına yönelik davranışlarda bulunmakla yükümlü kılınacaktır.

### 1.2.3. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Vekalet sözleşmesi, TBK'nin 502. maddesinin 1. fıkrasında “..., vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemine yapmayı üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemenin yanı sıra doktrinde de aynı doğrultuda çeşitli tanımlar oluşturulmuştur<sup>51</sup>.

Doktrindeki baskın görüşe göre, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği vekâlet sözleşmesidir<sup>52</sup>. Bu görüşü savunan yazarlar, çoğunlukla iki sözleşme arasındaki benzerlikleri vurgulayarak bu görüşü desteklemektedir. Örneğin, vekâlet sözleşmesinde vekilin üstlendiği iş görmenin kapsamında hem hukuki işlemler hem de maddi fiiller yer almaktadır<sup>53</sup>. Hekimlik sözleşmesi gereğince gerçekleştirilen muayene, teşhis, tedavi gibi işlemlerin bu kapsamda ele alınması mümkündür<sup>54</sup>.

Vekâlet ilişkisinde, vekil vekâlet veren karşısında belirli ölçüde bağımsız durumdadır. Özellikle uzmanlık gerektiren mesleklerde bu bağımsızlık unsurunun kapsamı daha da genişlemektedir. Çünkü bu meslekler belirli bir düzeyde eğitime

<sup>50</sup>Yargıtay 15. HD, K.T. 03.11.1999, E. 1999/4007, K. 1999/3868.

<sup>51</sup>Vekalet sözleşmesinin tanımları için bkz. Tandoğan, a.g.e., s.356; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku zel Hükümler, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s.554.

<sup>52</sup>Bu görüşler için bkz. Belgesay, a.g.e, s.76; Reisoğlu, a.g.m, s.12-13; Aşioğlu, a.g.e, s.36-37; Tandoğan, a.g.e, s.360; Ayan, a.g.e, s.53-56; şenocak, a.g.e., s.25-27; İpekyüz, a.g.e., s.68; Hakeri, a.g.e., s.887-888; Işıl Güney Tunalı, Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Ykmllğinin Sınırları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.105-113; Demir, a.g.m., s.235-238; Hayrünnisa zdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, EÜHFD, C.11, S.1, 2016, s.46-49., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/issue/35553/394697>, E.T. 15.12.2020

<sup>53</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.107.

<sup>54</sup>Yavuz, a.g.e., s.555.

sahip meslek görevlileri tarafından yerine getirilmektedir<sup>55</sup>. Bu durum, hekimlik sözleşmesinin tıpkı vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi güvene dayalı olarak kurulmasını gerektirmektedir.

Hekimlik sözleşmesinde geçerli olan hastanın aydınlatılması, hekimin özenli davranma yükümlülüğü ve şifa garantisi verme yasağı da bu ilişkinin vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesini gerektirmektedir. Zira vekâlet sözleşmesinin belirli bir zaman kaydı ile yapılması ya da sözleşmede belirli bir sonucun garanti edilmesi mümkün değildir<sup>56</sup>. Bununla birlikte, hekimin bu sözleşme içerisinde faaliyetlerini duruma en uygun şekilde yerine getirmesi yani vekilin özen ve sadakat yükümlülüğüne uygun davranması gerekmektedir.

Öte yandan, TBK'nin 502. maddesinin 2. fıkrası "*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle, sadece bu düzenleme değerlendirildiğinde dahi hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi kapsamına alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Keza Reisoğlu da tedavi sözleşmesinin konusunu insan emeğinin oluşturması ve bunun başka bir sözleşme kapsamına girmemesi nedeniyle hekimlik sözleşmesine vekâlet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünü savunmaktadır<sup>57</sup>.

Bu konuya ilişkin eski tarihli bir Yargıtay kararında, "*...Davalı doktorun yaptığı iş, ameliyat ile hastasının beynindeki tümörü almaktır. Bu ameliye bir eser meydana getirmek veya bir şey yapmak veya mevcut bir şeyin bir parçasını yapmak, takmak veyahut tamir etmek niteliğinde değildir. Davalı doktorun "ameliyatın neticesini taahhüt etmesi" dahi durumu değiştirmez...*" denilerek devamında hekim ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin eser (istisna) sözleşmesi kapsamında yer almadığından vekâlet niteliğinde olduğu kabul edilmiştir<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.108.

<sup>56</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.107,109-111.

<sup>57</sup>Reisoğlu, a.g.m., s.13.

<sup>58</sup>YBK, K.T. 06.07.1964, E. 37, K. 40; Aktaran: Aşçıoğlu, a.g.e., s.36-37.

Sonraki tarihli başka bir Yargıtay kararında “...dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturduğunda asla duraksama söz konusu değildir. Eş deyişle dava, davalı doktorların vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır...” şeklinde ifade edilerek hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu hususundaki görüş yinelenmiştir<sup>59</sup>.

Keza Yargıtay HGK kararında “Gerçekten de B.K.nun 386/2. maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretisi ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır...” denilmiş, devamın da hekim-hasta arasında kurulan ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu belirtilmiştir<sup>60</sup>.

Günümüzde, hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğuna dair görüş doktrinde baskın görüş halini almasının yanında Yargıtay tarafından da benimsenerek yerleşik bir içtihat haline gelmiştir. Kanaatimizce, öğretisi ve Yargıtay tarafından benimsenen görüş yerinde değildir. Çünkü vekâlet sözleşmesinde vekil öncelikle vekâlet verenin bir işini görmeyi üstlenmektedir. Dolayısıyla, bu sözleşmenin konusu bir iş görmeden ibarettir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkide ise hastaya sağlık hizmeti sunulduğundan bunun salt bir iş görme olarak anlaşılması doğru olmayacaktır.

Bunun yanı sıra, hekim faaliyetlerini hastanın namına gerçekleştirmemekte yalnızca kamu hizmeti olan sağlık hizmeti sunmaktadır. Ayrıca, belirtmek gerekir ki hekimin tedavi faaliyetlerini bağımsız olarak bir muayenede yahut özel ya da kamuya ait sağlık kuruluşunda gerçekleştirmesi de hizmetin kamu hizmeti olduğu hususunu değiştirmemektedir.

Öte yandan, vekâlet ilişkisinde vekâlet veren vekile talimatlarını iletebilmektedir. Örneğin, bir avukat müvekkili istediği takdirde davadan feragat edebilmekte, takipsiz bırakabilmekte yahut davalı olması durumunda davayı kabul

<sup>59</sup>Yargıtay 13. HD, K.T. 04.03.1994, E. 1994/8557, K. 1994/2138.

<sup>60</sup>Yargıtay HGK, K.T. 11.12.2002, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047.

edebilmektedir. Ancak, hekim hastanın isteği ile ötenaziye zorlanması, hastanın güvenliği için gerekli koşulları sağlamadan doğrudan tedaviden çekilmesi, özel bir kuruluştaki çalışmada dahi acil durumlarda müdahale etmemesi imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar vekilin vekâlet verenin talimatlarına uygun davranması gerekmektedir de hekimin hastanın rızasına aykırı bir şekilde davrandığı pek çok durum bulunmaktadır.

Yine, TBK'nin 512. maddesi gereğince hem vekâlet verenin hem de vekilin her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırma hakkı bulunmaktadır. Bu hükmün, hekimlik sözleşmesine uyarlanması halinde ise sebepsiz olarak hastaların tedavilerinin aksaması ve zarara uğramaları muhtemel olacaktır. Tüm bu sebepler dolayısıyla, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesinin unsurları ile tam olarak örtüştüğünün söylenmesi mümkün değildir.

#### **1.2.4. Kendine Özgü Yapısı Olan (Sui Generis) Sözleşme Olduğu Görüşü**

Kendisine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler, unsurları kanunun kısmen ya da tamamen öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan sözleşmelerdir<sup>61</sup>.

Bu sözleşmelerin, iyi niyet kurallarına ve yaygın teamüle göre yorumlanması ve tamamlanması esastır. Ayrıca, burada nitelikleri izin verdiği oranda benzedikleri sözleşmelere uygulanan kanun hükümleri uygulanmaktadır. Bununla birlikte, özel hükümlerle çözüm bulunamadığı hallerde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulması sorun çözülebilmektedir. Yine, hukuki ihtilafların çözüm yollarında mahkeme içtihatlarıyla tespit edilen adet hukuku da bulunmaktadır. Bu sözleşmeler açısından bazı durumlarda hâkimin TMK'nin 1. maddesi uyarınca hukuk yaratma yetkisi ile ihtilafları çözmesi de mümkündür<sup>62</sup>.

Doktrin ve yargı kararlarında baskın görüş, hekim ile hasta arasında kurulan ilişkinin vekâlet sözleşmesi kapsamında olduğu ise de bizim de katıldığımız azınlıkta kalan diğer görüşe göre bu sözleşme kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir

---

<sup>61</sup>Cevdet Yavuz, a.g.e., s.23-24.

<sup>62</sup>Cevdet Yavuz, a.g.e., s.24.

sözleşmedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hekimlik sözleşmesi vekâlet sözleşmesinin bütün özelliklerine sahip olmamakla birlikte bu sözleşmenin kanunda düzenlenen herhangi bir sözleşmenin kapsamına dâhil edilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle, sözleşme kapsamında ortaya çıkan hukuki uyumsuzluklarda Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanabilecektir<sup>63</sup>.

Şöyle ki hekimlik sözleşmesi bireysel çıkarların konu olduğu iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farklılık taşımaktadır. Zira burada karşılıklı edim yükümlülüğü değil yardım, güven, anlayış, özen ve şefkat gibi değerleri içeren ve tarafların uzmanlık, güç ile otorite açısından eşit konumda olmadıkları bir ilişki bulunmaktadır. Yine görüşü savunan diğer bir kısım yazar da bu sözleşmede hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin oldukça önemli olduğunu ve sözleşmenin kendine has, insanlara yönelik niteliklere sahip olduğunu savunmaktadır<sup>64</sup>.

Kanaatimizce, hekimlik sözleşmesi kanunlarda yer alan sözleşme tiplerinden herhangi birine tamamıyla uymamaktadır. Bu nedenle, her ne kadar doktrin ve yargı kararlarıyla bu ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü ağırlık kazanmışsa da vekâlet sözleşmesi ile tamamen örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, bu ilişkinin sağlık ve yaşam hakkıyla doğrudan bağlantılı olması sebebiyle bu sözleşmenin hukuken kanunlarla düzenlenmesi gerekmektedir.

---

<sup>63</sup>Reşat Atabek/Merih Sezen, "Hekimin Mesuliyeti", İstanbul Barosu Dergisi, C.28, S.2, 1954, s.143-145.

<sup>64</sup>Ayan, a.g.e., s.51.



## İKİNCİ BÖLÜM

### 2. HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ VE UNSURLARI

#### 2.1. HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİ

##### 2.1.1. Mesleki Özerklik Kavramı

Özerklik TDK tarafından “*Bir topluluğun, bir kuruluşun ayrı bir yasaya bağlı olarak kendi kendini yönetme hakkı*” olarak tanımlanmakta ve “*muhtariyet, otonomi, otonomluk*” sözcükleriyle ifade edilmektedir<sup>65</sup>.

Kavramın tıbben manası ise BTS’de “*...bir topluluğun ya da bireyin karar verme ve belirli bir yaşam biçimini seçme özgürlüğü...*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>66</sup>.

Kanaatimizce, mesleki özerklik bireyin mesleğini icra etme şekli ile verdiği kararlarda herhangi bir kişi ya da gücün etki ve baskısı altında kalmadan özgürce yürütülmesini sağlayan özgürlük alanıdır.

##### 2.1.2. Profesyonel Meslek Olarak Hekimlik ve Sağladığı Özerklik

Günümüzde sıklıkla kullanılan profesyonel kelimesi TDK Sözlüklerinde, “*Bir işi kazanç sağlamak amacıyla yapan (kimse), amatör karıştı, ustalaşmış, uzmanlaşmış*” olarak açıklanmaktadır<sup>67</sup>. Çoğunlukla iş yaşamında önem kazanan kavram, özellikle bazı alanlardaki meslek ve meslek mensuplarını niteleyecek şekilde de kullanılmaktadır.

Her ne kadar öğretilerde profesyonel mesleklere ilişkin görüş birliğine varılan bir tanım bulunmuyorsa da bu mesleklerin sahip olması gereken unsurlarla ilgili ortak fikirler oluşmuştur. Yazarlar tarafından oluşturulan tanımlarda özellikle anlaşılması ve kullanımı zor fakat talep edilen bilgi, yüksek eğitim düzeyi, yaşam

<sup>65</sup>Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 15.12.2020

<sup>66</sup>Oğuz/Tepe/Örnek Büken/Kırımsoy Kucur, a.g.e., s.196.

<sup>67</sup>Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 15.12.2020

boyu öğrenme bilinci, piyasada ayrıcalıklı bir yer ve kontrol olanağı, bilgiye dayalı mesleki statü ve maddi ödüller, örgütlenme sayesinde kazanılmış topluluk, üyelik ve kurum kimliği duygusu ile bağlılık, sorumluluk ve meslektaşlık bilinci gibi unsurlar öne çıkarılmaktadır<sup>68</sup>.

Profesyonel meslekler, toplumun bir kesimi tarafından talep edilen anlaşılması, kullanılması zor olan bilginin üst düzey eğitim alınarak kazanılması buna bağlı olarak da üretilip uygulanması konusunda ayrıcalıklı yetki vermektedir. Bununla birlikte mesleki itibar, maddi ödüllendirme, bir topluluğa aidiyet ve meslektaş anlayışının gelişimi ile sorumluluğu gibi kazanımları da içermesi dolayısıyla başka mesleklerden farklı nitelikleri bulunmaktadır<sup>69</sup>.

Profesyoneller, genellikle kendilerine gelen kişiler tarafından çözülemeyen yalnızca profesyonel kişiler tarafından çözülebilecek nitelikte sorunlarla karşılaşmaktadırlar. Hatta profesyonellere başvuran kişiler için sonucunda profesyonellerce doğru yapıp yapılmadığını dahi değerlendirilebilecek nitelikte değildirler<sup>70</sup>.

Günümüzde sahip oldukları bilimsel bilgiler dolayısıyla sağlık sorunları hekimlerin, hukuki sorunlar hukukçuların, teknik sorunlar mühendislerin, eğitim alanındaki sorunlar ise eğitimcilerin alanına bırakılmıştır. Halkın genel bilgisi kapsamında yer almayan bu bilgilere sahip olduklarından dolayı toplum yaşamında profesyonellerin belirgin rolleri bulunmaktadır<sup>71</sup>.

Kavramın tanımı ve profesyonellerin özellikleri düşünüldüğünde, profesyonel meslek mensuplarının belirli bir alanda uzman olması öncelikli koşullardandır. Tıbbi alanın uzmanı olan hekimlerin de profesyonel meslek mensuplarından olduğuna kuşku bulunmamaktadır. Bu meslek de diğer profesyonel meslekler gibi belirli bir eğitimi gerektirmektedir. Bu nedenlerle, diğer profesyonel mesleklerde olduğu gibi bu meslek mensuplarının da özerklik hakkı bulunmaktadır.

<sup>68</sup>H. Şebnem Seçer, Mesleki Yaşam Modelinin Oluşturulması ve Mesleki Analizlerde Kullanımı, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, s.54-55.

<sup>69</sup>Seçer, a.g.t., s.54.

<sup>70</sup>William J. Goode, "Community Within A Community: The Professions", American Sociological Review, 22, (Nisan 1957), s. 194-200., Şu kitapta: (Der. ve Çev. Zafer Cirhinlioğlu) Meslekler ve Sosyoloji, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1996., s.70.

<sup>71</sup>Cirhinlioğlu, a.g.e., s.7.

Özerklik kavramı profesyonel meslekler açısından oldukça önemli bir konumda olmakla birlikte, kişilere belli bir alanda kontrol sahibi olma ile özgürce hareket edebilme imkânını sağlamaktadır. Profesyonellerin bireysel açıdan özerkliği, işlerinde takdir yetkisi kullanabilmesinin ve yalnızca meslektaşlarınca denetlenebilmesinin talep edebilmesini sağlamaktadır. Mesleki düzeyde özerklik ise bu mesleklerin iç işleyişlerinin devlet ya da başka bir gücün müdahalesi olmaksızın düzenleyebilmeleri olanağını sağlamaktadır. Bu olanak gerekli eğitimlerin sağlanması, lisansların verilmesi ve yenilenmesi, profesyonel uygulamaların kontrolü ile kurallara uyulmaması halinde üyelerin disipline edilmesi gibi mesleğin amaçlarının gerçekleştirilmesine yönelik nitelikleri barındırarak kendini göstermektedir<sup>72</sup>.

Profesyonel mesleklere tanınan özerkliğin farklı çeşitleri de bulunmaktadır. Bu çeşitler sınıflandırılırken doktrindeki yazarlar tarafından farklı adlandırmalara başvurulmuşsa da esasen özerkliğin iki boyutu bulunmaktadır. Bunlardan biri, profesyonelin işiyle ilgili eylem ve kararların kendi kontrolünde olması iken diğeri işyerinde profesyonel özgürlük ortamının sağlanmasıdır. Örneğin, hekimlerin teşhis ve tedavi yöntemleri arasından seçimde bulunması, hastanın kabul ya da reddedilmesi, hastanın tedavisinin tüm sürecinde kontrolünün bulunması birincisine örnek oluşturmaktadır. Bununla birlikte, tıbbi standartın dışına çıkılarak yeni tedavi yöntemlerinin uygulanması, çalışılan alana yenilikler getirebilmesi ise ikincisinin örneğini oluşturmaktadır<sup>73</sup>.

Her iki özerklik çeşidi incelendiğinde, özgürlük boyutuyla ele alınan özerkliğin kontrolün bulundurulmasına göre daha geniş bir özgürlük alanı tanıdığı kuşkusuzdur. Bu durum da hem özerkliğin hem de meslekteki profesyonelliğin derecelendirilmesine neden olmaktadır<sup>74</sup>.

Hekimlik serbest meslek faaliyetidir ve hekimliğin nerede nasıl yapıldığı bu durum açısından önemli değildir. Bu nedenle, bu mesleğin tıpkı diğer serbest mesleklerde olduğu gibi profesyonel eğitim almış kişiler tarafından ve özerk şekilde

---

<sup>72</sup>Seçer, a.g.t., s.164-166.

<sup>73</sup>Seçer, a.g.t., s.166-167.

<sup>74</sup>Seçer, a.g.t., s.167-168.

yürütülmesi gerekmektedir. Yukarıdaki örneklerden anlaşılacağı üzere, hekimin mesleki özerkliğinden kast edilen ise esasen tedavi özgürlüğüdür<sup>75</sup>.

Burada, mesleki özerkliğin kabul edilmesi önemlidir. Çünkü hekimin karşısında bulunan hasta tanı ve tedavi konusunda hekimin uzmanlık alan bilgisine ihtiyaç duyan kişidir. Bu durumu, hasta konumunda yer alan kişinin hekim olması dahi değiştirmemektedir. Zira hasta olan birey hekim olabilir ancak hastalığı kendi uzmanlık alanı olmayabileceği gibi uzmanlık alanı olsa bile bilgi ve yeteneklerini aşacak düzeyde olabilir. Bu nedenle, hekimin tedavinin tüm aşamalarındaki tıbbi nitelikteki kararları kendisinin vermesini sağlayan mesleki özerklik ilkesi keyfiyetin değil zorunluluğun sonucudur.

Hekime mesleğini ifa ederken tanınan özerklik, alt başlıklarda açıklanacağı üzere dayanağını anayasadan almakla birlikte profesyonel mesleklere tanınan özgürlük alanından da yararlanmaktadır.

### **2.1.3. Hekimin Mesleki Özerkliğinin Hukuki Dayanakları**

Tıbbi işlemler nedeniyle ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluğun ortaya çıkışı çok eski tarihlere dayanmaktadır. Bu konuya ilişkin ilk düzenlemeler Hammurabi Kanunlarında yer almıştır. Eski Mısır'da hekimlerin sorumsuzluğu esas olmakla birlikte daha önceden uygulanan tedavi usullerine aykırı davranılması idam ile cezalandırılmayı gerektirmiştir. Yine, Antik Yunan'da bu işlemi gerçekleştirmeye ehil olan kişilerin kasti tutumundan kaynaklanmayan zararlarda da hekimlerin sorumsuz olması esası kabul edilmiştir. Ayrıca, Sağlık hizmeti kamuda yahut devletin yakın gözetim ve denetimi altında özel kurum ya da kişiler tarafından yerine getirildiğine bakılmaksızın yalnızca hekimlerce yerine sunulan bir hizmet değil anayasal dayanağı bulunan bir kamu hizmetidir<sup>76</sup>.

Dolayısıyla hekimin mesleki özerkliği konusu incelenirken sağlanan hizmetin kamu hizmeti olduğunun ve bu hizmetin kusurlu olarak hiç işletilmemesi, kötü

---

<sup>75</sup>Hakeri, a.g.e., s.183.

<sup>76</sup>Ender Ethem Atay, "Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdarenin Sorumluluğu", Bedensel Zararların Tazmini ve Türk ve Fransız Danıştaylarının İçtihatları Üzerine Notlar", TBB Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri, 5-6 Nisan 2019 Sempozyum, (Ed. Av. Prof. Dr. Necdet Basa Av. Sema Gülaç Uçakhan), 2020, TBB Yayınları, Ankara, s.232-240.

işlemesi ya da geç işlemesinden idarenin sorumlu olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Burada, idare tarafından zararın giderilmesi halinde kusuru ile bu zararın ortaya çıkmasına neden olan hekime karşı rücu mekanizmasının işletileceği de kuşkusuzdur. Bu nedenle, mesleki özerklik ilkesinden bahsedildiğinden kapsamının iyi belirlenmesi ve keyfi tutum ve davranışları korumaması oldukça hayati bir öneme sahiptir.

Bu noktada gerek ulusal hukuk gerekse uluslararası hukukta hekimin mesleki özerkliği ilkesi, hasta hakları ve hekimlerin diğer haklarına göre daha geç gelişim göstermektedir. Bu durum, her ne kadar hakkın varlığına ilişkin belirsizlik olarak düşünülebilirse de başta anayasa olmak üzere ulusal hukukta ve uluslararası hukukta bu hakkın dayanakları mevcuttur.

### **2.1.3.1. Hekimin Mesleki Özerkliğinin Ulusal Hukuktaki Dayanakları**

Daha önce belirtildiği üzere, profesyonel mesleklere tanınan özerklik profesyonellere kontrol ve özgürce mesleki faaliyette bulunma hakkı tanımaktadır. Bu durum, hekime de mesleki özerklik hakkı sağlamaktadır. Öte yandan, ulusal hukukta da hekimin mesleki özerkliğinin bulunması gerektiği şeklinde yorumlanabilecek sağlam dayanaklar bulunmaktadır.

#### **2.1.3.1.1. Anayasal Düzenleme**

Hekimin mesleki özerkliğinin ulusal hukuktaki en önemli dayanağı, normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan anayasa hükümleridir. Şöyle ki, öncelikle Anayasanın 18. maddesinin 1. fıkrasında “zorla çalıştırma” kesin bir dille yasaklanmaktadır. Bu düzenlemede, zorla çalıştırmanın ve angaryanın<sup>77</sup> yasak olduğu belirtilmekle birlikte düzenlemenin 2. fıkrasında genel kurala ilişkin istisnai duruma şu şekilde işaret edilmiştir;

**Madde 18-** *“Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.”*

<sup>77</sup>Angarya kelimesinin “Bir kimseye veya bir topluluğa zorla, ücret vermeden yaptırılan iş, yükümlenti...” vd. tanımları için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 22.12.2020

Dolayısıyla, her ne kadar ilk fıkranın hekimin mesleki özerkliğine dayanak teşkil ettiği savunulabilirse de 2. fıkrada yer verilen sınırlamanın mesleki özerkliği sınırlandıran durumlardan biri olarak görülmesi gerekmektedir. Bu durum, yukarıda bahsedilen her özgürlüğün aynı zamanda sınırlandırmaları içermesi gerektiği görüşüyle de örtüşmektedir.

Bunun yanı sıra, Anayasanın 48/1 maddesinde “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir...*” ve 49/1 maddesinde “*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.*” denilerek çalışma özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

Belirtilen anayasal hükümlerde mesleki özerklik kavramı açıkça zikredilmemiş olsa da bireylerin çalışma özgürlüğüne dikkat çekilerek zorla çalıştırma kesin bir dille yasaklanmıştır. Bu nedenle, ilgili düzenlemelerin uygulama açısından yorumlanarak detaylandırılması gerekmele birlikte hekimin mesleki özerkliğine anayasal dayanak teşkil ettiği kanaatindeyiz.

#### **2.1.3.1.2. Diğer Hukuki Düzenlemeler**

Anayasa’dan başka hekimin mesleki özerkliğine işaret eden ve hatta anayasal düzenlemeye göre daha açıkça yer verilen düzenleme 1960 tarihinde yürürlüğe giren TDN’dir. Şöyle ki, bu nizamnamenin 6. maddesinde “*Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuz kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.*” denilerek hekimin mesleki anlamda özerk olduğu ifade edilmektedir.

Her ne kadar bu düzenlemede de mesleki özerklik kavramı açıkça söylenmemiş olsa da belirtilenler çalışmanın önceki başlıklarında ifade edilen kavramın içeriğiyle örtüşmektedir. Öte yandan, nizamnamenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle tıp etiğinde hasta özerkliği kavramı olmadığından bu hakkın hekimin özerkliği adlandırması ile ifade edilmemiş olmaması olağandır. Bu kapsamda, burada önemli olan ise hekimin özerkliği kavramının içeriğinin vurgulanmış olmasıdır<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup>Aydın, a.g.m., s.2.

Bu düzenlemenin yanı sıra, HMEK'nin 8. maddesinde kavramın aynı doğrultudaki benzer içeriği *“Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Her iki düzenlemede, hekimin mesleki faaliyetlerde bulunurken baskı unsurlarından uzak bir şekilde yalnızca vicdanına ve mesleki kanaatine uygun davranması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, TDN'de *“...Tabip ve diş tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.”* denilerek mesleki özerklik kavramının özünü oluşturan tedavi özgürlüğü ilkesine de kısmen değinilmiştir.

Bu kapsamda, hekimin mesleki özerkliğinin ulusal hukukta belirtilen düzenlemelerde yer aldığı anlaşılmağı birlikte ilkenin yasal düzenleme kapsamında doğrudan ve detaylı olarak ele alınmasının hekim haklarının iyileştirilmesine katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

### **2.1.3.2. Hekimin Mesleki Özerkliğinin Uluslararası Hukuktaki Dayanağı**

Uluslararası hukukta hekimin mesleki özerkliğine işaret edilen önemli ilk belge, DTB tarafından düzenlenen 1981 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'dir. Bu düzenlemenin 2. maddesinde *“Hastalar hiçbir etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik karar verebilen hekim tarafından bakılabilmelidir.”* denilerek adı zikredilmese de hekimlerin mesleki özerkliği ilkesine değinilmektedir.

Bu maddenin düzenleniş biçiminden, mesleki özerklik ilkesinin hekim hakkı olmasının yanı sıra hastalar açısından da hak olarak görüldüğü anlaşılmağıdır. Kanaatimizce, bu durum hem ilkenin özüne hem de hekim-hasta ilişkisinin karşıt değil birlikte olduğu görüşüne uygun düşmektedir.

Bu bildirme, DTB'nin 1995 yılında Endonezya'nın Bali kentinde gerçekleştirilen toplantısında gözden geçirilmiş ve üzerinde değişiklikler yapılması ile yeni bir bildirme ortaya çıkarılmıştır<sup>79</sup>. Yeni birtakım ilkeler eklenerek kapsamı genişleten bildirmede hekimin mesleki özerkliği yeniden vurgulanmıştır. şöyle ki mesleki özerklik bildirgenin “Kaliteli Tıbbi Bakım Hakkı” başlığını taşıyan 1. maddesinin b bendinde *“Her hasta herhangi bir diş müdahale olmaksızın özgürce*

<sup>79</sup>Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin Gözden Geçirilmiş Hali ya da Bali Bildirgesi olarak da anılmaktadır.

*linik ve etik kararlar verdiğini bilen bir hekim tarafından bakılma hakkına sahiptir.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Kanaatimizce, bu düzenlemede tıpkı bildirgenin ilk halinde olduğu gibi hekim-hasta arasındaki ilişkinin karşıt görülmemekte ve mesleki özerklik aynı zamanda hasta hakkı olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, hekimin herhangi dış müdahale olmadan karar vermesinin vurgulanmış olması nedeniyle burada mesleki özerkliğin Lizbon Bildirgesi'ne göre daha geniş kapsamlı düzenlendiği kanaatindeyiz.

Nitekim DTB tarafından 2008 yılında Seul'da kabul edilen Mesleki Özerklik ve Klinik Bağımsızlık Bildirgesi'nde<sup>80</sup> bu konunun önemine bir kez daha işaret edilmiştir. Bildirgenin 1. maddesinde, hekimin hastanın bakımı ile tedavisi yürütülürken dış etkenlerden bağımsız olarak mesleki kararlarını özgürce alabilmesini korunmaktadır<sup>81</sup>.

Keza Avrupa Hekimleri Daimi Komitesi tarafından 13.06.2009 tarihinde kabul edilen “Avrupa'da Tıp Mesleğinde Mesleki Özerklik ve Klinik Bağımsızlık” belgesinde klinik bağımsızlığın hekim açısından hem hak hem de yükümlülük olduğu ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra, Ekim 2009'da DTB tarafından kabul edilen Madrid Bildirgesi'nde de ulusal tabip birlikleri ile tüm hekimlerin dayanışması sonucunda hekimin mesleki özerkliğinin geliştirilip korunacağına dikkat çekilmiştir.

Belirtilen hukuki düzenlemeler değerlendirildiğinde, hekimin mesleki özerkliği adıyla yer almasa da hekimin dışarıdan gelebilecek tüm baskılardan korunmak istendiği ve hekime tedavi serbestisi tanındığı sonucuna varılmaktadır. Bunun yanı sıra, günümüzde hastalara hukuken tanınan özerkliğin ilişkinin diğer tarafında yer alan hekime tanınmaması adil olmayacaktır. Keza bu düşünceyi destekleyeceği kanaatinde olduğumuz doktrindeki bir görüşe göre, özerkliğin toplumda bir değer

---

<sup>80</sup>Seul Bildirgesi adıyla da anılmaktadır.

<sup>81</sup>Hakeri, a.g.e., s.185.



olarak düşünülmesi halinde hekim de bu hakkı kullanmaktan yoksun bırakılamayacaktır<sup>82</sup>.

#### 2.1.4. Hekimin Mesleki Özerkliğinin Yargı Kararlarındaki Görünümü

Hekimin mesleki özerkliği, çalışmanın alt kısımlarında detaylıca açıklanacak olan kamuoyunda “sezaryen yasağı” olarak ifade edilen kanun değişikliğinin iptali amacıyla açılan davada AYM tarafından değerlendirilmiştir.

Mahkeme kararında, *“Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Bunların yanında hastasının zarar görmemesi ve tedavinin olumlu sonuçlanması için, bilimsel tüm kuralları yerine getirmek, hastanın durumunu ivedi bir şekilde saptamak, mevcut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak ve uygun tedaviyi ivedi bir şekilde belirleyip uygulamak zorundadır. Bu nedenle tedavi yönteminin belirlenmesi temel olarak hekimin görevidir. Bu seçimi yaparken bilimsel kanaatine göre belirleyeceği en güvenilir yolu seçmesi gerekir. Hekimin sahip olduğu bu haklar, aynı zamanda hastanın özgürce bilimsel ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafından tedavi edilme hakkının da yansımasıdır. Dolayısıyla tedavi yöntemini belirleyecek olan hekim, hasta tarafından bilimsel görüşüne aykırı teşhis ve tedaviye zorlanamaz.”* şeklinde ifade edilerek hekimin mesleki özerkliği kavramı kullanılsa da içeriğine ilişkin açıklamada bulunulmuştur<sup>83</sup>. Bu kararda, hekimin görev tanımından başlanarak zorunlulukları ve özgürlük alanı ulusal hukukta yer alan düzenlemelere kıyasla çok daha ayrıntılı açıklanmıştır.

Bu karardan daha sonraki tarihte Danıştay tarafından incelenen bir davada hekimin mesleki özerkliği ilkesine değinilmiştir. Bu davada, *“...Meme kanseri olan davacı tarafından, sağlık kurulu raporuna göre önce 9 hafta, daha sonra 43 hafta olmak üzere toplam 52 hafta süreyle kullanılması gereken "Trastuzumab" etkin maddesini içeren ilacın kullanımını 9 hafta süreyle sınırlayan 25.3.2010 tarih ve 27532 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1.4.2010 tarihinde yürürlüğe giren Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin 6.2.14.C*

<sup>82</sup>Aydın, a.g.m., s.2.

<sup>83</sup>AYM GK, K.T. 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105.

maddesinin 3-a/2. bendinin, sözü edilen ilacın kullanımının uygun görülmediğine ilişkin İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğünün 024500 sayılı işleminin ve aynı Genel Müdürlüğün adı geçen ilacın endikasyon<sup>84</sup> kapsamında bulunmadığına ilişkin 4.5.2010 günlü ve 033781 sayılı işleminin iptali...” istemine ilişkindir<sup>85</sup>.

Dosyanın incelemesinde, “...Trastuzumab etken maddesinin ABD ve Avrupa’da yapılan bilimsel çalışmalar sonucu “1 yıllık” kullanımının metastazi önleme ve sağkalım süresini uzatma konusunda etkinliğinin kanıtlanmış olduğunun anlaşılması ve ilgili mevzuatın tedavi yöntemini belirlemek konusunda doktorlara tanıdığı münhasır yetki çerçevesinde sağlık kurulu raporuyla davacının yüksek risk taşıyan hastalığının tedavisi için 52 hafta süreyle bu ilacın kullanımının zorunlu görülmesi karşısında, sözü edilen ilaç nedeniyle sağlık yardımının ilacın 9 haftalık kullanımıyla sınırlandırılmasında kamu yararına, hizmet gereklerine ve hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” şeklindeki ifadelerle yer verilmiştir<sup>86</sup>.

Nitekim mahkeme tarafından verilen kararda “Hekim yetkisi, hastalığın tedavisinde kullanılacak ilaç miktarını ve bu ilaçla yapılacak tedavinin süresini belirlemeyi de kapsadığından, sağlık kurulu raporu ile bir yıl süreyle kullanılması öngörülen ilacın kullanımının uygun görülmediğine ilişkin İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğünün 024500 işleminde de hukuka uyarlık görülmemiştir.” şeklinde belirtilerek 024500 sayılı işleminin iptaline karar verilmiştir<sup>87</sup>.

Danıştay da tıpkı AYM’nin kararında olduğu gibi mesleki özerklik kavramını zikretmeden hekimin yetkisinin kapsamını belirterek kavramın içeriğine ilişkin açıklamada bulunmuştur. Dolayısıyla, mahkeme kararıyla birlikte her iki yüksek mahkeme tarafından da hekimin mesleki özerkliği kavramının tanındığı görülmektedir.

---

<sup>84</sup>Endikasyon: “kullanım alanı, iyi gelirlik; gereklilik”, anlamı için bkz. KOÜTF Türkçe Tıp Dili Kurulu, Türkçe Tıp Dili Kılavuzu, 2. Baskı, Kocaeli, KOÜ Basımevi, 2007, s.33., <http://turkoloji.cu.edu.tr>, E.T. 17.04.2021

<sup>85</sup>Danıştay 15. D, K.T. 20.01.2016, E. 2013/2677, K. 2016/69.

<sup>86</sup>Danıştay 15. D, K.T. 20.01.2016, E. 2013/2677, K. 2016/69.

<sup>87</sup>Danıştay 15. D, K.T. 20.01.2016, E. 2013/2677, K. 2016/69.

## 2.2. HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİNİN UNSURLARI

Hekimin mesleki özerkliği kavramı, hekime tıbbi karar alma serbestisi sağladığından tedavi serbestliği olarak da ifade edilebilir. Mesleki özerkliğin üç unsuru bulunmaktadır<sup>88</sup>. Bu unsurlar şunlardır;

- Tedavinin gerekli olup olmadığına hekim karar verir.
- Hekim vicdanıyla çelişen metotları uygulamaya ya da belirli bir ilaç tedavisinin uygulanmasına zorlanamaz.
- Kendisi için uygun görünen teşhis ve tedavi yöntemini seçmek hekimin görevidir.

### 2.2.1. Hekimin Tedavinin Gerekli Olup Olmadığı Yönündeki Kararı

Hastanın tedavi edilmesinin gerekli olup olmadığına ilişkin kararı vermeye yetkili olan kişi hekimdir. Bu yetkinin dayanağını mesleki özerklik ilkesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla, tedavinin gerekli olmadığı yahut hastaya yarar sağlamayacağı hallerde hekimin tedaviden kaçınması mümkün olmaktadır<sup>89</sup>.

Öte yandan, gereklilik tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biri olup hem tıbben gerekli olmayı hem de hekim ya da hastanın isteğine uygun olarak müdahalede bulunmayı içermektedir<sup>90</sup>. Bu nedenle, hekim tarafından tıbbi müdahalede bulunulurken nesnel unsurlar gözetilmekle birlikte makul ve beklenebilir olması koşuluyla hastanın taleplerinin de değerlendirmeye alınabilmesi mümkündür<sup>91</sup>.

Bu durumlara ilişkin detaylı açıklamalara alt başlıklarda yer verileceğinden şimdilik kısaca değinmekle yetinilmiştir.

<sup>88</sup>Rüdiger Zuck, “Der Standart der besonderen Therapierichtungen im deutschen Gesundheitswesen”, Neue Juristische Wochenschrift, 1991, s.2933; Hakeri, a.g.e., s.183.

<sup>89</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.214.

<sup>90</sup>Hakeri, a.g.e., s.529.

<sup>91</sup>Uhlenbruck/Kern-Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Baskı, München, 2002, § 81, kn.2.

## 2.2.2. Hekimin Vicdanıyla Çelişen Yöntemleri ya da Belirli Bir İlaç Tedavisini Uygulamaya Zorlanamaması

### 2.2.2.1. Vicdanı ile Çelişen Yöntemleri Uygulamaya Zorlanamaması

Hekimin mesleki faaliyetlerde bulunurken vicdani kanaatine uygun davranması gerektiği TDN'nin 6. ve 16. maddeleri ile HMEK'nin 8. maddesi başta olmak üzere birçok hukuki metinde yer almaktadır. Vicdan kelimesi TDK Sözlüklerinde “*Kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>92</sup>.

Hekimin, gerçekleştirdiği davranışları daha o sırada hiçbir etki ve baskı altında kalmadan değerlendirdiğinde doğru olanı yaptığı kanaatini taşıması vicdanına uygun davrandığını göstermektedir<sup>93</sup>. Hastaya uygulanması gereken işlemlerin, hekimin vicdani kanaatiyle çatışması her zaman mümkün olabileceği gibi özellikle bazı işlemler özelinde sıklıkla tartışmaların olduğu görülmektedir. Bu işlemlere özellikle gebeliğin sonlandırılması, yardımcı üreme teknikleri, beyhude tedavi gibi örnekler verilebilir<sup>94</sup>.

Burada, doktrindeki tartışmaların odak noktasını hekimin vicdani kanaatine uymayan işlemleri reddedip reddedemeyeceği konusu oluşturmaktadır. Bir görüşe göre, yaşam hakkının önemi dolayısıyla bu hakkın tehlikeye atılması ihtimaline sebebiyet verecek nitelikteki kararların şahsi sebeplerle alınmaması, tamamen nesnel nitelikte olması gerekmektedir<sup>95</sup>.

Bu görüşü savunanların bir kısmına göre, sadece kaliteli ve etkin bir sağlık hizmetinin sağlanacağı koşulların oluşturulduğu hallerde hekimin vicdani reddi kabul edilebilir. Hastanın sağlık hizmetinden yararlanması yahut gerektiği şekilde

<sup>92</sup>Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 13.02.2021

<sup>93</sup>Mustafa Sütlaş, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul, Çiviyazıları Yayınevi, 2000, s.41.

<sup>94</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.532-536.

<sup>95</sup>Gürkan Sert/Tolga Güven, “Hekimin Tedavi Etmeyi Reddetme(me) Ödevi”, Şu kitapta: (Ed. Yeşim Işıl Ülman ve diğerleri) Tıp Etiğinden Biyoetiğe, Ankara, Türkiye Biyoetik Derneği Yayını, 2009, s.297., <https://biyoetik.org.tr/wp-content/uploads/2019/09/14.pdf>, E.T. 26.12.2020

yararlanmasının engellenebileceği, tehlikeye atılabileceği hallerde ise hekime vicdani ret hakkı tanınmaz<sup>96</sup>.

Aksini savunan görüşe göre ise hekimin inancı, değerleri ya da dünya görüşü dolayısıyla hastasını vicdanen ret hakkı mutlak nitelikte olduğundan bu gerekçeyle tıbbi müdahaleden her koşulda kaçınılabılır<sup>97</sup>. Bu nedenle, hekim vicdani kanaatine aykırı nitelikteki tıbbi müdahalelerde bulunmaya zorlanamaz<sup>98</sup>.

Burada, belirtmek gerekir ki her ne kadar vicdani ret kavramı çoğunlukla askerlik yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınma manasında kullanılmaktaysa da kavram sağlık alanı dâhil olmak üzere pek çok alanı kapsamına almaktadır. Zira bu kavram pozitif hukukun öngördüğü zorunluluklara inanç ya da vicdani kaygılarla karşı çıkılmasını içermektedir<sup>99</sup>. Dolayısıyla, tıbbi uygulamaların hekimler tarafından bu nedenlerle reddedilmesi de vicdani ret kapsamında olacaktır.

Bu konuya benzer nitelikte bir uyuşmazlık AİHM tarafından *Pichon ve Sajous / Fransa* davasında değerlendirilmiştir. Belirtilen davada başvuru eczane sahiplerinin kendilerine gelen hastalara hekim tarafından reçete edilen doğum kontrol haplarını satmayı reddetmeleri ve bunun üzerine ülke yargılamasında haksız bulunmaları neticesinde sözleşmenin 9. maddesinin<sup>100</sup> ihlal edildiği iddiası ile gerçekleştirilen başvuru incelenmiştir. Başvurunun incelenmesi sonucunda AİHM, hap satışının yasal olması ile bu hapların yalnızca eczanelerden edinilebildiğini dikkate alarak sözleşmenin 9. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen “uygulama” kelimesinin bir din ya da inançtan esinlenen her türlü eylem veya davranışı ifade etmediğini belirtmiştir. Ayrıca, mahkeme inançların meslek alanının dışında çeşitli şekillerle açığa çıkarılmasının mümkün olduğunu, eczacıların inançlarına öncelik

<sup>96</sup>Selvi Özçetin/Murat Balaban, Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.216; M. Gökhan Türe/Oğuzhan Türe, “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, TBB Dergisi, S.131, (Temmuz-Ağustos 2017), s.312-313., <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-131-1678>, E.T. 05.01.2021

<sup>97</sup>Türe/Türe, a.g.m., s.312.

<sup>98</sup>Özçetin/Balaban, a.g.e., s.216.

<sup>99</sup>Abdurrahman Eren, “Türk Hukukunda Vicdani Ret”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.61, S.3, 2006, s.104.

<sup>100</sup>AİHS m. 9 için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/aihs/>, E.T. 25.01.2021

tanıyarak hastanın ilacı edinmesine engel olmasının haklı gerekçe teşkil etmediği de ifade etmiştir. Bu nedenlerle, mahkeme 9. madde kapsamında yapılan başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir<sup>101</sup>.

Keza bu kararda AİHM eczacılara ilişkin bir karar vermişse de hekimlerin insan yaşamı üzerinde etkisi göz önünde bulundurulduğunda hekimler açısından da benzer bir çıkarımda bulunulabilir. Bu görüşe göre, eczanelerin ilaçların edinilebileceği tek yer olması ile hekimlerin de hastaları tedavi edebilecek tek meslek mensupları olması açısından benzerlik taşımaktadır. Bu nedenle, kişisel inanç hastayı başka bir eczaneye yönlendirmeyi haklı bulmuyorsa hekimin de kişisel inançları gereği hastayı başka bir hekime yönlendirmesi mümkün olmamalıdır<sup>102</sup>.

Öte yandan, kanaatimizce tek bir mahkeme kararı üzerinden genel bir yargıya varılması mümkün değildir. Çünkü her olayın koşulları birbirinden farklı nitelikte olabileceği gibi hekimin durumu ile eczacının durumu da tamamen aynı değildir. Ayrıca, çalışmanın alt kısımlarında açıklanacağı üzere hekimin hastayı reddedebileceği durumlarda başka bir hekime yönlendirmesi gerektiği aksi halde bu hakkı kullanamayacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, söz konusu AİHM kararı hekimler açısından genel geçer bir yorum olarak değerlendirilmemelidir.

#### **2.2.2.1.1. Gebeliğin Sonlandırılması (Kürtaj) Uygulaması**

Çocuğun alınması işlemi, gebeliğe son verilmesi ya da yaygın olarak kürtaj adıyla anılmaktadır. Bu işlemle birlikte, anne rahminde bulunan ve şekillenmeye başlayan cenin tıbbi müdahale ile rahimden alınmaktadır<sup>103</sup>.

Bu konuya ilişkin, bazı yabancı ülkelerin hukuk sistemlerinde düzenlemeler bulunsa da Türk hukukunda gebe olan kişinin hamileliğin sonlandırılması yönündeki talebini hekimin reddedebilmesini sağlayan bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>104</sup>. Hukukumuzda kürtaj belirli süre içerisinde gerçekleştirilmesi ve gerekli şartları

<sup>101</sup>AİHM, Pichon ve Sajous/Fransa, 02.10.2001, B. No: 49853/99, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=00\\_1-22644](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=00_1-22644), E.T. 20.01.2021

<sup>102</sup>Ezgi Kutluer, Hastanın Tedavi Olma Hakkı ve Hekimin Tedavi Özgürlüğü, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2019, s.72-73.

<sup>103</sup>İpekyüz, a.g.e., s.38.

<sup>104</sup>Hakeri, a.g.e., s.811-812.

taşıması halinde serbesttir<sup>105</sup>. Dolayısıyla, hekimlerin böyle bir hakka sahip olup olmadığı hususunun mesleki özerklik sınırları göz önünde bulundurularak tartışılması gerekmektedir.

Daha önce ifade edildiği üzere, hekimin mesleki özerkliği dolayısıyla TDN’de belirtilen acil durumlar haricinde özel sağlık kuruluşlarında ve serbest muayenehanelerinde çalışan hekimlerin hastayı reddetme hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle, bu kuruluşlarda çalışan hekimlerin vicdani kanaatine aykırı olan durumlarda hastayı reddetme hakkını kullanması mümkündür<sup>106</sup>.

Öte yandan, kamu kurum ve kuruluşlarındaki hekimler açısından belirsizlik bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin katıldığımız doktrindeki görüşe göre, kamu kurumlarında çalışan hekimler de rahim tahliyesi işlemine katılmaya zorlanamaz ancak istisnai olarak bu işlemi yapacak başka bir hekimi seçme imkânının olmadığı hallerde hekimin reddetme hakkı bulunmamaktadır<sup>107</sup>. Kanaatimizce, zorunlu nedenlerle başka bir hekime devredilemeyecek haller haricinde hekimin özelde yahut kamuda çalışması açısından farklılık olmadan hastayı reddedebilmesi gerekmektedir.

Nitekim ulusal hukukta şu an için kamu görevlisi olan hekimin vicdani sebeple kürtajı reddetme hakkı olmadığından, Yargıtay sağlık ocağında görevli hekimin kendisine başvuran hastasına spiral takmamasının görevi ihmal suçunu oluşturduğu yönünde değerlendirmede bulunmuştur<sup>108</sup>.

Keza konuya ilişkin uluslararası boyuttaki yaklaşım AIHM tarafından *R.R v. Poland* davasında sergilenmiştir. Davaya konu olayda, başvurucuya gebeliği devam ederken yapılan bir tetkikin sonucunda ceninde yapısal bir bozukluk olabileceğinin söylenmesi üzerine başvurucu gerekli tetkiklerin yapılması ve durumun kesinleşmesi halinde kürtaj olmak istediğini beyan etmiştir. Bunun üzerine, başvurucu bu incelemenin yapılması yönündeki talebini defalarca kendi hekimine ve başka hekimlere bildirmesine rağmen 5 hafta sonra bu test yapılabilmiş ve sonucunda

---

<sup>105</sup>Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, E.T. 27.01.2021

<sup>106</sup>Hakeri, a.g.e., s.811.

<sup>107</sup>Hakeri, a.g.e., s.812.

<sup>108</sup>Yargıtay 4. CD, K.T. 15.01.2007, E. 12333, K. 133; Aktaran: Hakeri, a.g.e., s.812.

ceninde Turner sendromunun<sup>109</sup> bulunduğu doğrulanmıştır. Testin sonucu çıktığında, başvuruçunun gebeliğinin sona erdirilmesi için Polonya yasalarında belirlenen yasal süre geçmiş olduğundan başvuruçunun hakkını kullanabilmesi mümkün olmamıştır<sup>110</sup>.

Yine AİHM'nin, *P. ve S.- Polonya* davasında da benzer bir tutum sergilediği görülmektedir. Davada başvuruçular, tecavüz sonucu gebe kalan küçük P ve annesi S'dir. P, 1993 tarihli Aile Planlaması Kanunu'na göre savcıdan gerekli izinleri almış olmasına rağmen başvurduğu devlet hastanesi hekimleri tarafından çelişkili beyanlarda bulunmuş ve gebeliğin devam ettirilmesi için ikna etme çabasına girişilmiştir. Nihayetinde hastanenin kadın doğum uzmanı tarafından kürtaja izin verilmediği gibi, hastane tarafından yapılan basın açıklaması nedeniyle konu günlerce basında ve farklı mecralarda tartışılmıştır. Bunun üzerine önce başka bir hastane tarafından kabul edilse de sonradan hastaneye ve P'ye karşı yürütülen baskılar sebebiyle bu hastanede de işlem gerçekleştirilememiştir. Sonunda başvuruçuların bakanlığa ettikleri şikâyetler dikkate alınarak gizlice evinden alınmış ve 500 km uzaklıkta bulunan başka bir şehirdeki hastanede kürtaj işlemi gerçekleştirilmiştir<sup>111</sup>.

Her iki davada da Polonya hükümeti AİHS'nin 9. maddesini dayanak göstererek hekimin kürtajı reddetme hakkı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme tarafından sözleşmenin 9. maddesinin 1. fıkrası değerlendirildiğinde ise maddenin bir din ya da inançtan esinlenen her türlü hareketi içermediği belirtilerek devletin sağlık çalışanlarına mesleki olarak vicdan özgürlüğünü koruyacak etkili bir sistem kurmasının hastalara hukuken tanınan sağlık hizmetlerinden faydalanma haklarını

<sup>109</sup>“Turner sendromu (TS), kadınlarda ikinci X kromozomunun kısmi veya tam kaybı ya da X kromozomunun yapısal anomalileri sonucu oluşan ve boy kısalığı, lenfödem, kardiyak anomaliler, primer over yetmezliği ve nörokognitif problemler gibi klinik bulgular ile karakterize bir hastalıktır.”, tanım için bkz. Mustafa Doğan/Recep Eröz/Semih Bolu/Hüseyin Yüce, “Turner Sendromlu Olgularımızın Karyotip Kompozisyonlarının Başvuru Şikâyetleri ve Antropometrik Verileri ile Birlikte Değerlendirilmesi”, Konuralp Tıp Dergisi, C.10, S.2, 2018, s.249., <https://doi.org/10.18521/ktd.414179>, E.T. 18.04.2021

<sup>110</sup>AİHM, R.R./Polonya, 26.05.2011, B. No: 27617/04, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-104911>, E.T. 14.02.2021

<sup>111</sup>AİHM, P. v. S./Polonya, 30.10.2012, B. No: 57375/08, [http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-1140\\_98](http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-1140_98), E.T. 20.01.2021; Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013, s.24-25.



engellemeyecek bir şekilde sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Sonuç olarak, mahkeme özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir<sup>112</sup>.

Bu konuya ilişkin başka olayda, yataklı tedavi kurumlarında isteğe bağlı rahim tahliyesi için hekimin zorlanabilmesinin mümkün olup olmadığı hususu bir hekim tarafından TTB'ye sorulmuştur. Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu tarafından verilen cevapta, hekimin tedaviyi reddedebilmesi halinin TDN'de düzenlenmiş olmasının yanında hiyerarşi olarak daha üst basamakta yer alan düzenlemeler gereğince rahim tahliyesi talebi karşısında hekimin seçim şansı olmadığı belirtilmiştir<sup>113</sup>.

Etik Kurulunun cevabının devamında da isteğe bağlı rahim tahliyesinin vicdani sebeplerle de reddedilemeyeceği “... *Kişisel değerler göreceli olduğundan mesleki uygulamalarda dikkate alınmaz. Aksi takdirde her hekimin kendi kişisel değerlerine göre hastalar arasında ayırım yapma olanağı doğar, ki bu da temel meslek ahlakı değerlerinden ayırım yapmamak ve sağlık hizmetine erişim hakkı ile çatışır. Mesleki uygulamalarda daima mesleki değerlerin öncelenmesi gerekir. Dolayısıyla da uygulanacak sağlık hizmetinin ne olacağını, hizmetin nitelik ve niceliğini belirleyecek olan şey, hekimin vicdani ya da başka bir biçimde tanımladığı herhangi bir kişisel değeri değil, hizmeti alacak olan kişinin gereksinimi olmalıdır.*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>114</sup>.

Öte yandan bazı kurul üyeleri bu görüşe katılmayarak insanın en temel hakkı olan yaşam hakkı için sağlık hakkının sağlanması gerektiğini ve bunun için hekimlerin sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında bireysel değerlerine değil mesleki değerlerine öncelik tanımasını gerektiğini belirtmişlerdir. Bu sebeple, rahim tahliyesinin kadın doğum uzmanı hekimin görevi içerisinde yer almasıyla birlikte etik boyutuyla hekimin değerlerinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini ve her olayın kendine has olması sebebiyle ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Dolayısıyla bu görüşe göre, mesleki değerler öncelikli tutulmak kaydıyla rahim tahliyesinin talep edenin sağlığını etkilemeyecek ve yükümlülükler

---

<sup>112</sup>R.R./Polonya, P. v. S./Polonya

<sup>113</sup>Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, ‘İsteğe bağlı rahim tahliyesini vicdani nedenlerle ret etme hakkı olup olmadığı’ sorusu üzerine görüş, (03.05.2010), <https://www.ttb.org.tr/945yggag>, E.T. 15.02.2021

<sup>114</sup>Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, a.g.g.

getirmeyecek olması şartıyla bu olayda da vicdani ret hakkının olduğu düşünülebilir ve talepte bulunan kişinin başka hekime yönlendirilmesi mümkündür<sup>115</sup>.

### 2.2.2.1.2. Sünnet<sup>116</sup>

Hekimlerin, sünnet edilme talebiyle kendisine başvuran kişileri inanç ya da vicdani kanaatine uygun olmadığı gerekçesiyle reddetme hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin görüşler de vardır<sup>117</sup>. Ancak, bunun öncesinde sünnetin hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Şöyle ki, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için onun gerekli olması yani endikasyonun bulunması şarttır<sup>118</sup>. Bununla birlikte sünnet gibi bazı tıbbi müdahaleler, endikasyon olmaksızın yapılmasına rağmen hukuka uygun sayılmaktadır<sup>119</sup>.

Bu konuya ilişkin doktrindeki bir görüşe göre erkek çocukların sünnet edilmesinde sosyal ve psikolojik endikasyon bulunmaktadır<sup>120</sup>. Başka bir görüşe göre ise çocukların rızası alınmaksızın bazen cebir ve şiddet vasıtasıyla bu işlemin yapılması hukuka uygun değildir. Tıbbi olarak zorunlu bulunan durumlar dışında çocuğun 18 yaşını doldurarak ergin olması ve işlem hakkında gerekli aydınlatmada bulunulmasının ardından özgür iradesi ile karar vermesi gerekmektedir<sup>121</sup>.

Günümüzde, uluslararası hukukta tartışmalı olsa da ülkemiz açısından dini ve geleneksel anlayışa dayalı olarak sünnetin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Hatta ulusal hukukta yer alan sünnetçilerle ilgili olan özel düzenlemeler ile toplumsal kurallar, sünnetin hem hukuken hem ahlaken uygun olduğuna kuşku duyulmamasını sağlamaktadır<sup>122</sup>.

<sup>115</sup>Aksi görüş olarak, kurul üyelerinden Dr. M. Yetener ve Dr. C. İzgi kurul görüşüne katılmayarak, hekimlerin değerlerinin de dikkate alınabileceğini belirtmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, a.g.g.

<sup>116</sup>Burada bahsedilen ülkemizde de yaygın olan erkekler açısından sünnet olup, özellikle dünyada istisnai olarak Afrika coğrafyasında görülen kadın sünneti uygulamasını kapsamamaktadır.

<sup>117</sup>Kutluer, a.g.t., s.81.

<sup>118</sup>Hakeri, a.g.e., s.529.

<sup>119</sup>Hakeri, a.g.e., s.539.

<sup>120</sup>Hakeri, a.g.e., s.536.

<sup>121</sup>Yener Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, (Aralık 2006), s.258-259., <https://www.jurix.com.tr/article/12022>, E.T. 15.02.2021

<sup>122</sup>Barış Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.204.

Doktrinde ve uygulamada baskın olan bu görüşe katılarak sünnetin hukuka uygun olduğu görüşündeyiz. Zira bunların yanı sıra bazı tıbbi müdahaleler doğrudan tedaviyi amaçlamayıp dolaylı tedavi amacına yönelmekte ve yine tıbbi müdahale olarak kabul edilerek ona uygun esasların uygulanması gerekmektedir<sup>123</sup>. Dolayısıyla, buradan bakıldığından sünnetin kişinin psikolojik ve toplumsal olarak daha iyi bir konumda olmasına olanak sağlaması açısından dolaylı tedavi olduğu da söylenebilir.

Bununla birlikte, her ne kadar öğretilerdeki bir görüş tarafından sünnetin zararlı olup olmadığına ilişkin bilimsel bir veri olmadığından söz edilerek hekimin yalnızca şahsi değerlerine dayalı olarak bu müdahaleden kaçınılmasının mümkün olmadığı belirtilmişse<sup>124</sup> de bu görüşe katılmamaktayız. Kanaatimizce, tıpkı gebeliğe son verilmesinde olduğu gibi hekimin hukuka uygun bir işlem olsa dahi vicdanı ile karşı karşıya bırakılmaması gerekmektedir. Çünkü bu işlemi hekim dine, geleneğe, vücut dokunulmazlığına, insan haklarına ya da başka bir nedene dayalı olarak değerlerine aykırı bulabilir. Burada önemli olan hekimin düşüncesi de değildir. Zira bu düşünceyi benimsemekle birlikte kanaati mesleğini yürütmesine engel olmadığı sürece sorun oluşturmamaktadır. Ancak, hekimin bu tıbbi müdahaleden kaçındığı ve aynı nitelikte başka bir hekim tarafından müdahalenin üstlenilmesinin mümkün olduğu hallerde kaçınan hekimin zorlanmaması gerekir.

#### **2.2.2.1.3. Yardımcı Üreme Yöntemleri ve Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı**

Üremeye yardımcı tedavi, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin 3. bendinde *“Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar”* şeklinde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, kısaca gebeliğin tıbbi imkânlardan faydalanılarak sağlanmasına yardımcı olan tedavi olarak da tanımlanabilir.

<sup>123</sup>Ayan, a.g.e., s.9.

<sup>124</sup>Kutluer, a.g.t., s.82.

Doktrinde, yardımcı üreme tekniklerinin de hekimler tarafından şahsi nedenlerle reddedilip reddedilemeyeceğinin de tartışmalı olduğunu ifade eden yazarlar bulunmaktadır<sup>125</sup>.

Keza, cinsiyet değişikliği ya da daha başka pek çok tıbbi uygulama açısından da aynı sorular akla gelebilmektedir. Cinsiyet değişikliği, kişiye uygulanan cerrahi müdahale sonucunda karşı cinsin sahip olduğu görünüme kavuşması olarak tanımlanabilir<sup>126</sup>.

Kanaatimizce, her iki tıbbi müdahale de yasal düzenlemelere uygun olarak talep edildiği takdirde yukarıda sünnette de belirtildiği üzere psikolojik ve sosyal endikasyon kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü talepte bulunan kişinin şahsi açısından cinsiyet değişikliği ya da çocuk sahibi olmak zorunluluk arz eden tıbbi müdahalelerden olabilir. Bu nedenle de bu müdahalelerin dolaylı tedavi amacı taşıdığı söylenebilir. Diğer taraftan, endikasyon koşulunun sağlanmasının ardından hekimin vicdani kanaatine ilişkin hususta yukarıda ifade edilen görüşümüzü tekraren mesleki özerkliğin ve esasen çalışma özgürlüğünün hastayı mağdur etmemek koşuluyla hekimden esirgenemeyeceği kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, hekimin tüm bu reddedişlerinin keyfiyetten uzak ve haklı sayılabilecek nitelikte olması gerekir. Örneğin, oğlu şehit olan bir hekimin terör sempatisini bir kişinin tedavisini reddetmesi ya da bunun tam tersi olarak terör sempatisini olan bir hekimin bir askerin tedavisini üstlenmekten kaçınması halinde uygulamada nasıl bir çözüm bulunacağına açıklığa kavuşturulması önemlidir. Kaldı ki bu örnekler daha da esnetilirse siyasi görüşü, farklı bir coğrafyada yaşaması, lehçesinin dahi ret sebebi olup olmadığı hususu dahi tartışmalı hale gelebilir. Zira, bir yanda hasta hakkı diğer yanda hekim hakkına hukuki koruma getirilmek istenirken hakların ihlali ve keyfi durumların ortaya çıkması olasılığı da bulunmaktadır.

Kanaatimizce, şehit babası olan hekimin talebi makul ve haklı olmakla birlikte tam tersi örneğin kabulü mümkün değildir. Çünkü, oradaki kanunlarda suç olan bir eylemin desteklenmesine hizmet etmektedir. Keza siyasi görüş, mezhep, yaşanan

<sup>125</sup>Görüşler için bkz. Kutluer, a.g.t., s.80.

<sup>126</sup>Ayan, a.g.e., s.30.

coğrafya, memleket gibi nedenlerle reddin de mesleki özerkliğin kapsamına dâhil olmadığı görüşündeyiz.

Bununla birlikte, yine de her somut olayın kendi içerisinde yeniden değerlendirmeye tabii tutularak keyfi, haklı ve makul olup olmadığı hususunda pek çok kıstasın göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Çünkü mesleki özerkliğin hekime her türlü durumdaki hastayı reddetme hakkını verdiği düşünüldüğünde kamu düzenin sarsılması da muhtemeldir.

Dolayısıyla, kanaatimizce hekimlere “mesleki özerklik”in hukuki düzenleme ile tanınması gerekmele birlikte sunulan nedenler de akla ve somut olayın koşullarına uygun, makul, kabul edilebilir ve haklı olmalıdır. Burada reddin bu niteliklere sahip olup olmadığı hususunda çelişkiye düşülmesi halinde o sağlık kuruluşunda belirlenen çeşitli uzmanlık alanlarındaki hekimlerin katılımıyla oluşturulacak bir kurulun ilk değerlendirmede bulunmasını ve itiraz mekanizmasını da bünyesinde bulunduracak bir mekanizma getirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca, “mesleki özerkliği” keyfi olarak kullanan hekimin kusurlu olacağı ve hastanın zarara uğraması halinde idare tarafından karşılanan zarar için kendisine karşı rücu yoluna başvurulacağı da unutulmamalıdır.

#### **2.2.2.2. Hekimin Belirli Bir İlaç Tedavisini Uygulamaya Zorlanamaması**

Hekimin, hastanın tedavisi ile ilgili faaliyetlerinin kapsamı oldukça geniştir. Bu konuya ilişkin olarak bir Yargıtay kararında bu faaliyetlerin “... *hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları*” kapsadığını belirtmektedir<sup>127</sup>.

Hekim tarafından tedaviye ilişkin sözü edilen faaliyetler gerçekleştirilirken özenli davranılması gerekmektedir. Şöyle ki, tedavi sürecinin son aşaması olması dolayısıyla ilaç reçete etme ve kullanım tarifi de TDN'nin 2. maddesinde

<sup>127</sup>Yargıtay 4. HD, K.T. 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541.

düzenlenmiş olan hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamına dâhil olmaktadır<sup>128</sup>.

Reçete, TDK Sözlüklerinde “*Üzerinde doktorun hastası için gerekli gördüğü ilaçlarla, bunların kullanılış biçimleri yazılı olan kâğıt...*” olarak tanımlanmaktadır<sup>129</sup>. İlacın ne olduğu ise mevzuat ve öğretide farklı şekillerde ifade edilmişse de birlikte genel olarak “*insanlarla ilgili tıbbi bir amaçla (tedavi, teşhis, korunma vs.) uygulanan ve kimyasal veya biyolojik bir işleme tabi tutulmuş maddeler...*” şeklinde tanımlanabilir<sup>130</sup>.

Hekim tarafından sorumluluğunun gereği olarak hastanın ve hastalığın durumuna en uygun nitelikte ilaç seçilmelidir. Mesleki özerkliği nedeniyle hekim bu seçiminde özgür olmakla birlikte özgürlük hekim keyfi davranışlarda bulunulabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Bunun için de hekimin, hastasına reçete ettiği ilaçların tüm özelliklerini tamamen bilmesi gerekmektedir. Aksi halde, ortaya çıkacak zararlardan bizzat sorumlu olacaktır<sup>131</sup>.

Bu nedenle, hasta için reçete düzenlenirken hekim özgür olmakla birlikte hasta bizzat muayene edilmeden<sup>132</sup>, gerekli tetkikler yapılmadan reçete düzenlenememesi<sup>133</sup> bu özgürlüğün sınırlarındandır. Bu sınırlar aşıldığı takdirde Yargıtay’ın da benimsediği üzere hekimin kusuru söz konusu olmaktadır<sup>134</sup>.

Hekimlerin, ilacın seçilmesi ve uygulanması açısından son derece özenli davranmaları gerekir. İlacın seçilip uygulanmasından önce hekim prospektüste yer alan bilgileri dikkatlice incelemeli ve doğruluğunu teyit etmelidir. Zira özen yükümlülüğü hekimin basiretli davranarak ilgili tıbbi araştırmalarda bulunması ve gerektiği takdirde alanında uzman hekimlere danışmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, seçilen ilacın prospektüsünde yer alan bilgilerdeki herhangi bir basım

<sup>128</sup>Erkin Göçmen/Ş. Ali Göçmen, “İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.3, 2003, s.640; Battal Yılmaz, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s.219.

<sup>129</sup>Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 15.02.2021

<sup>130</sup>Hakan Hakeri, İlaç Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, 2018, s.31.

<sup>131</sup>Erkin Göçmen/Ş. Ali Göçmen, a.g.m., s.641.

<sup>132</sup>Hakeri, a.g.e., s.820.

<sup>133</sup>Hakeri, a.g.e., s.785.

<sup>134</sup>Yargıtay 9. CD, K.T. 11.04.2007, E. 2007/2061, K. 2007/3133.

hatasından dolayı gerçekleşen hatalı tedavi uygulamalarından dahi hekim sorumlu kabul edilmektedir<sup>135</sup>.

Hekimin tıp bilimi tarafından denenerek kabul edilen ilaçların kullanılmasında özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı hallere, tedavi için uygun olan ilacın yanlış uygulanması (dozun yüksekliğinde hata edilmesi, ilacın hücre yerine deri altına enjekte edilmesi), teşhis edilen hastalık için açıkça yanlış olduğu ortada olan bir ilacın seçilmiş olması örneklerine rastlanılabilir<sup>136</sup>.

Öte yandan, tıp biliminde henüz tamamen geçerlilik kazanmamış olması nedeniyle tıbbi standartın kapsamına dâhil olmayan ilaçların kullanılmasında durum farklılık göstermektedir. Zira ilacın yaygın kullanıma ulaşmaması sebebiyle hekimin hastayı ilacın kullanımına başvurulmasının nedeni, yan etkileri ile muhtemel tehlikelerinin açıklanarak geniş kapsamlı olarak aydınlatılması gerekmektedir<sup>137</sup>.

Ayrıca, tıbbi standart dışındaki ilacın kullanılabilmesi için daha önceden laboratuvar ve hayvanlar üzerinde gerekli deneyler yapılmış olmalıdır. Tıbbi standart içerisinde yer alan ilacın kullanımının yeni ilacın kullanımıyla elde edilecek netice açısından elverişli olmaması gerekir. Öte yandan, tıbbi standart kapsamında yer alan ilacın kullanılması ile birlikte aynı sonucun daha az riskle elde edilebilmesinin mümkün olduğu halde de standart dışında kalan ilaç kullanılmamalıdır<sup>138</sup>.

Sağlık Bakanlığı'nın 18.06.2009 tarihli ve 4308 sayılı Eşdeğer İlaç Kullanımı konulu Genelgesi de hekimin tedavi özgürlüğü dolayısıyla mesleki özerkliği açısından önemlidir. Bu konu, bir hekimin hastasına yazdığı reçetesine **“muadil (eşdeğer) ilaç vermeyiniz”** ibaresini eklemesi sonrasında ileri sürülen farklı görüşlerin ardından yayınlanan genelge ile sonuca bağlanmıştır<sup>139</sup>.

<sup>135</sup>Şeref Ertaş, “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1980, s.199., <http://hdl.handle.net/20.500.12397/1952>, E.T. 17.02.2021

<sup>136</sup>Barbara Merz, Analyse der Haftpflichtsituation bei Schädigung durch Medikamente, Zürich, 1980, s.70; Aktaran: Ayan, a.g.e. s.37.

<sup>137</sup>Ayan, a.g.e., s.37.

<sup>138</sup>Bayraktar, a.g.e. s.164; Ayan, a.g.e., s.37-38.

<sup>139</sup>Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü 18.06.2009 Tarihli B.10.0.IEG.0.73.00.17/49 081 Sayılı Eşdeğer İlaç Kullanımı Konulu Genelge, [https://www.istanbuleczaciodasi.org.tr/upload/pdf/20090618\\_es\\_deger\\_ilac.pdf](https://www.istanbuleczaciodasi.org.tr/upload/pdf/20090618_es_deger_ilac.pdf), E.T. 11.12.2020

Bu genelgede, “... Eşdeğer ilaç, diğer bir deyişle jenerik ilaç, orijinal ilaçlarla aynı etkim maddeyi aynı miktarda içeren, aynı farmasötik özelliklere sahip, hasta üzerinde aynı tedaviyi sağladığı biyoeşdeğerlik çalışmalarıyla kanıtlanmış ve orijinal ilaçların koruma süreleri bittikten sonra satışa sunulan ilaçlardır. Yapılan bilimsel çalışmalarla biyoeşdeğer oldukları ispatlanmış olan ilaçların etkileri de birbirinin aynısıdır. Bakanlığımız 2002 yılından bu yana biyoeşdeğerliğini ispat etmeyen hiçbir ilaca ruhsat vermediği gibi bu tarihten önce ruhsat almış olanlardan biyoeşdeğerliğini yaptırmayanların satışına da müsaade etmemektedir. Bu itibarla eşdeğer ilaçların aynı etkiyi sağlamadığı yönünde yapılan propagandaların hiçbir bilimsel ve hukuki dayanağı yoktur.

Eşdeğer ilaçların eczacı tarafından birbiri yerine ikamesi hem bilimsel yönden hem de hukuki olarak doğrudur. Hekimlerin bunu engellemeye yönelik davranışları ise eğer etik olmayan ilişkilerden kaynaklanmıyorsa bilgisizliktendir. Bilimsel bir veriye dayanmadan bir ilacın etkisiz olduğunu iddia etmek o ilaca karşı yapılmış bir haksız saldırı olup yasalar karşısında suç sayılmaktadır. Ayrıca bu davranışlarla Bakanlığımızca ruhsatlandırılan ve belirli kriterler bakımından denetlenmekte olan ilaçların etkinliği, güvenilirliği ve kalitesi gibi konularda kamuoyu yersiz bir endişe ve tedirginliğe yönlendirilmektedir. Öte yandan eczacının mesleki hakkı olan farmasötik eşdeğer ilaç verme hakkı etik dışı müdahaleye uğramakta ve hastalar/ hasta yakınları ile eczacılar karşı karşıya getirilmektedir.

Ayrıca bugün pek çok gelişmiş ülkede, kamu maliyesinde tasarruf sağlamak amacıyla eşdeğer ilaçlara yönelik destek, bir devlet politikası haline gelmiştir. Ülkemizde de eşdeğer ilacın kullanımını arttırarak kamu ilaç harcamalarında tasarruf sağlamak mümkündür. Eşdeğer ilacın desteklenmesinin diğer bir sonucu ise bu konudaki uluslararası rekabet gücümüzün artması ve ihracat potansiyelinin yükselmesidir...” şeklindeki ifadelerle hekimlerin eşdeğer ilaç hakkındaki tavrı eleştirilmiş ve bu konuda eczacılara hak tanınmıştır<sup>140</sup>.

Bu genelge ile aynı doğrultuda olan doktrindeki bir görüşe göre, eczacılar tarafından hastalara eşdeğer ilaç verilmesi hem etik değerler hem de hukuk kuralları açısından uygundur. Çünkü hekimin hastaya düzenlediği reçetede belirtilen ilacın

<sup>140</sup>Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü Eşdeğer İlaç Kullanımı Konulu Genelge



eczanede bulunmaması, hastanın ödeme gücünün yeterli olmayışı ya da sosyal güvenlik kapsamında yer almaması gibi nedenlerle de eşdeğer ilaç verilebilir. Ancak, eczacının hastayı ya da hasta yakınının orijinal ilacı almasını engelleyerek eşdeğer ilacın alınması yönünde zorlanması kabul edilemez<sup>141</sup>.

Başka bir görüşe göre ise hekim, tıbbi standart ve mesleki gereklilikten başka herhangi bir sebeple sınırlandırılmaz ve hekime kamusal organlar tarafından talimat verilemez. Bunların yanı sıra, anayasal dayanağı olan hekimin mesleki özerkliğinin, genelge ile sınırlandırılması da hukuka aykırı niteliktedir. Dolayısıyla, eczacılar açısından eşdeğer ilaç verme hakkının doğabilmesi öncelikle bunun yasal düzenleme ile reçeteye etken madde yazılması hükmü getirilerek ve hekimin ilaç belirleme yetkisi eczacıya devredilerek sağlanabilir. Öte yandan, yasal düzenleme olsa dahi düzenlemenin anayasaya aykırılık iddiası ile karşılaşması mümkündür<sup>142</sup>.

Bu genelge ile hekimin belirlediği ilacı değiştirme yetkisi eczacıya tanınmaktadır. Ancak, hastanın tedavisi için orijinal ilacın gerektiği haller ve eşdeğer ilacın yazılması ya da eczacı tarafından değiştirilmesi halinde hastanın en ufak zarara uğraması halinde, eczacı tarafından hastaya hangi ilacın verildiği hekim tarafından bilinmediği için hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getiremeyeceği ihtimali bulunduğu hekim, eczacı ya da bakanlığın sorumluluğuna başvurulabilecek ve söz konusu genelge hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmeyecektir<sup>143</sup>.

Kanaatimizce, burada iki görüşün de koşulsuz olarak kabul edilmemesi gerekir. Çünkü uygulamada önemli bir güç olan ilaç firmaları bu hak dengesini bozabilecek niteliktedir. Şöyle ki bu firmaların, her iki tarafı da etik değerlere aykırı olarak etkileme olasılığı bulunmaktadır. Bununla birlikte, yine de hekimin mesleki özerkliğinin genelge ile kısıtlanmasına ilişkin ağırlıklı olarak ikinci görüşe katılmaktayız. Çünkü reçete düzenleme hekimin münhasır yetki alanı içerisinde yer almaktadır ve bu sebeple genelge ile hekimin yetki alanının sınırlandırılması isabetli

<sup>141</sup>Cahid Doğan, “Eczacı Uygulamalarında Aydınlatılmış Rıza (Paylaşımli Karar Verme)”, TıpHD, Y.6, S.11, (Nisan 2017), s.198.

<sup>142</sup>Hakan Hakeri, “Sağlık Bakanlığının Eş Değer İlaç Genelgesi Hukuka Aykırı mı?”, Medimagazin, (07.09.2009), <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-saglik-bakanliginin-es-deger-ilac-genelgesi-hukuka-aykiri-mi-72-64-2115.html>, E.T. 05.02.2021

<sup>143</sup>Hakeri, “Sağlık Bakanlığının Eş Değer İlaç Genelgesi Hukuka Aykırı mı?”

değildir. Bununla birlikte, uygulamada bazı hekimlerin ilaç firmalarının maddi ve manevi birtakım uygulamalarından etkilenecek etik unsurlara aykırı olarak reçete düzenlemesi ihtimalinin bu yetkiyi ortadan kaldırmaması gerektiği görüşündeyiz. Zira, hukuka ve meslek ilkelerine aykırı uygulamaların yaptırımla sonuçlanacağı bilinmesine rağmen aykırı davranan hekimin bu davranışı hekimlerin tamamına tanınan yetki alanını sınırlandırmamalıdır.

Diğer taraftan, geçmiş yıllarda SUT'a eklenen bir maddenin hekimin tedavi özgürlüğünü kısıtladığına ilişkin görüşlerin ileri sürülmesi sonucunda yargıya intikal eden ilgili düzenleme hakkında Danıştay tarafından 2010 yılında yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. Kararda;

*““Bir reçetede en fazla dört kalem ilaç yazılır” düzenlemesi hekimin hastalığın tedavisini belirleme yetkisine müdahaledir.*

*Reçetelere yazılabilecek ilaç miktarını sınırlandırarak hastanın tedaviye ulaşım hakkını, hekimin mesleki yetkilerini kısıtlayan Tebliğin 6.1.1.Ç maddesinin 1. fıkrasının yürütmesi durdurulmuştur. “Ayaktan yapılan tedavilerde, 6.1.2 numaralı maddede belirtilen durumlar dışında, bir reçetede en fazla dört kalem ilaç yazılır ve her kalem ilaçtan bir kutunun bedeli ödenir...” yolundaki hükmün, **taniyi koyan ve hastalığın tedavisini belirleme hak ve yetkisine sahip olan hekimin bu hak ve yetkisinin kullanılmasına müdahale niteliğinde olduğu, hekimin sözü edilen hak ve yetkisini kısıtladığı, dolayısıyla bu hükmün mevzuat hükümlerine aykırı olduğu...**” şeklinde karar verilmiştir<sup>144</sup>.*

Bu kapsamda, Danıştay'ın SUT'a eklenen düzenleme hakkındaki yürütmeyi durdurma kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Çünkü hekimin reçeteye yazabileceği ilaç sayısının idare tarafından belirlenmesi mesleki özerkliğinin doğrudan kısıtlanmasına ve buna bağlı olarak profesyonel bir meslek olan hekimliğin serbestçe yürütülememesine neden olabilir. Bu durumun sonucunda ise hastaların kaliteli sağlık hizmetlerine ulaşımının engellenmesi ve anayasada düzenlenen sağlık hakkının ihlal edilmesi pek muhtemeldir.

<sup>144</sup>Danıştay 10. D, E. 2010/6584; Aktaran: Hakeri, a.g.e., s.185.

## 2.2.3. Hekimin Teşhis ve Tedavi Yöntemini Seçme Hakkı

### 2.2.3.1. Hekimin Teşhis Yöntemini Seçme Hakkı

Hekimler tedavi sözleşmesi kapsamında hastanın tedavi edilmesi ile yükümlüdürler<sup>145</sup>. Hastanın tedavi edilebilmesi için de öncelikle hekimin hastalığa teşhis koyması gerekmektedir.

Teşhis, TDK Sözlüklerinde “... *Hastalığın ne olduğunu araştırıp ortaya koyma, tanılama*” olarak açıklanmaktadır<sup>146</sup>. Bu sebeple, esasen teşhis hekimin tıbbi değerlendirmesinin sonucu olan nisbi nitelikteki görüştür<sup>147</sup>.

Teşhisin doğru ve yerinde olması seçilen tedavi yönteminin isabetliliği açısından önemlidir<sup>148</sup>. Öğretide, teşhisin konulması ile teşhis doğrultusunda en uygun tedavi yönteminin seçilip uygulanmasının hekimin hastasına karşı yükümlülüklerinden olduğu savunulmaktadır<sup>149</sup>. Kanaatimizce, hasta ve hekim arasındaki ilişkide hekimin mesleki özerklik hakkının bulunması bu yükümlülükleri aynı zamanda özgürce mesleklerini icra edebilmeleri için tanınmış haklardan olduğunu göstermektedir.

Teşhis yönteminin birden fazla olduğu hallerde ise hekim tarafından en az zararlı en iyi neticeye ulaşılacak yöntemin seçilmesi gerekmektedir. Teşhisin risksiz ya da daha az riskli yöntemlerle konulmasının mümkün olduğu hallerde hekim riski daha fazla olan yöntemlere başvurmamalıdır<sup>150</sup>.

Teşhis koyarken uyulması gereken kuralları düzenleyen hukuki metinler olmasa da Yargıtay'ın verdiği kararlarda bazı ölçütler ifade edilmiştir<sup>151</sup>. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında “... *Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı meslek şartlarını yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir anlatımla,*

<sup>145</sup>Ayan, a.g.e., s.64.

<sup>146</sup>Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 07.02.2021

<sup>147</sup>Hakeri, a.g.e., s.783.

<sup>148</sup>Ayan, a.g.e., s.65.

<sup>149</sup>Ayan, a.g.e., s.64; Hakeri, a.g.e., s.783.

<sup>150</sup>Hakeri, a.g.e., s.785.

<sup>151</sup>Şenocak, a.g.e., s.61.

*tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamakla görevlidir.”* denilerek hekimin teşhiste bulunurken tıp biliminin esaslarına uygun davranması gerektiği belirtilmiştir<sup>152</sup>.

Hekim, bilimin ve tekniğin sağladığı imkânlardan, gerekirse başka hekim ya da uzman kuruluşlardan yardım alarak hastalığa teşhis koymalıdır. Bu aşamalar yürütülürken hekim seçtiği araç ve yöntemler açısından da serbest olmakla birlikte bu seçimlerin hastaların şahsi özelliklerine göre yapılması gerekmektedir<sup>153</sup>.

Teşhiste bulunulurken hastalığın geçmişi saptanmalı ve özen yükümlülüğüne uygun olarak hasta hekim tarafından bizzat muayene edilmelidir. Ayrıca, gerektiği takdirde hekim hasta yakınlarından bilgi almalı, hastalığın ortaya çıkışı ve nedenleri hakkında hasta ile görüş alışverişinde bulunmalıdır<sup>154</sup>.

Bunların yanı sıra, teşhisin zamanında konulması da gerekmektedir. Çünkü her ne kadar hastalık teşhisi doğru olsa da zamanında teşhiste bulunulmaması hastalığın ilerlemesine ve buna bağlı olarak tedavinin zor ya da imkânsız hale gelmesine neden olabilir. Bu sebeple, yalnızca teşhis konulurken değil hastanın başka hekime ya da hekim dışındaki personele sevk edileceği hallerde de işlemlerin zamanında gerçekleştirilmesi gerekir<sup>155</sup>.

### **2.2.3.2. Hekimin Tedavi Yöntemini Seçme Hakkı**

Hekim ile hasta arasındaki ilişki gereğince hekimin hastayı tedavi etmesi hekim açısından hak niteliğinde olmamakla birlikte, hekimin tedavi metodunu ve tedaviyi belirleme özgürlüğü bulunmaktadır<sup>156</sup>.

Tıbbın gelişimi ile birlikte sürekli olarak yeni tedavi yöntemleri ve araçları ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan, birçok hasta doğal tedavi ya da alternatif tedavi yöntemlerini tercih ederek mevcut tıbbi uygulamalardan uzaklaşmaktadır. Bu

<sup>152</sup>Yargıtay 4. HD, K.T. 29.06.1977, E. 2876, K. 5612; Aktaran: Aşçıoğlu, a.g.e., s.50.

<sup>153</sup>Aşçıoğlu, a.g.e., s.75-76.

<sup>154</sup>Ayan, a.g.e., s.65.

<sup>155</sup>Uhlenbruck/Laufs-L/U, § 50, kn.9.

<sup>156</sup>Hakeri, a.g.e., s.196.

noktada, hekimin tedavi yöntemini seçimi tedavi özgürlüğü açısından daha da önemli hale gelmektedir<sup>157</sup>.

Teşhis konulmasının ardından tespit edilen hastalığın tedavisi için hekimin en uygun tedavi yöntemini seçmesi gerekmektedir. Bu sebeple, riski en az başarılı olma ihtimali en yüksek olan yöntem seçilmelidir<sup>158</sup>.

Hekim fiziksel, psikolojik ve sosyal pek çok durumu dikkate alarak risk ve yararlarını tartarak tedavi yöntemini seçmelidir. Hekimin tıbbi tecrübeleri ve mesleki etik kuralları gereğince verdiği karar, hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasıyla birlikte tamamen meşru hale gelmektedir. Seçilen tedavi yönteminin yerleşik ve kabul gören yöntemlerden olmasına bağlı olarak hekimin aydınlatma yükümlülüğü de o oranda nispeten azalmaktadır<sup>159</sup>.

Tıbbi yöntem uyuşmazlıklarına devlet müdahalede bulunmamalıdır. Yasama organı yahut idari makamlar tehlikenin önlenmesi açısından hekim ve hastaların bazı riskli tedavileri seçmelerini engellemek için yüksek risk taşıyan alanları kısıtlayabilmektedir. Ancak, sağlık hizmeti devlet tarafından etkinliği önceden onaylanmış tedavi yöntemleriyle sınırlandırılmaz<sup>160</sup>.

Hastanın teşhis ve tedavisinde kullanılacak yöntemi seçme hekimin özgürlük alanı içerisinde bulunmakla birlikte bu özgürlük sınırsız olmayıp, birtakım sınırlandırmaları beraberinde getirmektedir. Bu sınırlandırmalar alt başlıklarda detaylandırılacaktır.

### **2.2.3.3. Teşhis ve Tedavi Yöntemi Belirlenirken Tabii Olunan Sınırlar**

#### **2.2.3.3.1. Hekimin Özen Yükümlülüğüne Uygun Davranması**

Hekimlik sözleşmesi doktrin ve uygulama tarafından ağırlıklı olarak vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi hakkında uygulanan hükümlere uygun olması gerekmektedir.

---

<sup>157</sup>Laufs-L/U, § 3, kn.14.

<sup>158</sup>Ayan, a.g.e., s.66.

<sup>159</sup>Laufs-L/U, § 3, kn.14.

<sup>160</sup>Laufs-L/U, § 3, kn.15.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin sadakat ve özen gösterme yükümlülüğü öncelikli görevlerinden olup, bu husus TBK'nin 2. ve 3. fıkralarında şu şekilde düzenlenmektedir;

**Madde 506-** *“Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*

*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.”*

Bu sebeple, hekimin teşhis ve tedavi yöntemi seçerken özen yükümlülüğüne uygun davranması gerekmektedir. Örneğin, hekimin hastada beyin kanaması mı beyin tıkanması mı bulunduğunu belirlemek için gerekli tetkikleri uygulamadan belinden su alması işleminin gerçekleştirilmesi tedbirsizliktir<sup>161</sup>. Dolayısıyla, tedbirsiz davranan hekimin özen yükümlülüğünü ve buna bağlı olarak mesleki özerklik sınırlarını ihlal ettiği söylenebilir.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında, *“Basit bir parmak muayenesiyle biyopsi yapmadan, rektum kanseri teşhisi konularak gereksiz yere yapılan ameliyat sonucu ömrünün sonuna kadar, büyük abdestini karnından yapmak durumunda bırakılmasında davalı doktor, yüzde yüz kusurludur.”* denilerek hekimin teşhiste bulunurken özenli davranması gerektiğine işaret edilmiştir<sup>162</sup>.

Keza Yüksek Sağlık Şura'sı da bir kararında teşhis koyarken gerekli özeni göstermeyen hekimin davranışını *“... Hastanın hikayesinde bir haftadan beri gelip geçen veya sürekli bir şekilde prekordial ve reztrosternal şiddetli bir ağrı bulunmasına rağmen kalp nevrozu teşhisi koymaması ... ihmâl teşkil eder”* şeklinde belirterek ihmâl olarak değerlendirmiştir<sup>163</sup>.

<sup>161</sup>Selahattin Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, AÜHF Dergisi, C.35, S.1, 1978, s.85., [https://doi.org/10.1501/Hukfak\\_0000000855](https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000855), E.T. 08.02.2021

<sup>162</sup>YHGK, K.T. 16.2.1972, E. 1971/4-137, K. 1972/105; Aktaran: Aşçıoğlu, a.g.e, s.76.

<sup>163</sup>Yüksek Sağlık Şûrası, K.T. 22.11.1967, K. 6177; Aktaran: Bayraktar, a.g.e., s.217, dn.67.

Bunların yanı sıra, özen yükümlülüğü hekimi yalnızca teşhis değil tedavi yönteminin seçilmesi özgürlüğü açısından da sınırlandırmaktadır<sup>164</sup>. Örneğin, Alman Federal Yargıtay'ının önüne gelen bir davada hekimin cerrahi operasyon sırasında eski bir yöntem kullanması ve bunun sonucunda düzeltilemeyecek zararların ortaya çıkması dava konusu edilmiştir<sup>165</sup>. Mahkeme hekimi aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği için sorumlu tutmuş ancak bu karar öğretide bazı yazarlar tarafından yöntem seçme özgürlüğünün kötüye kullanıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>166</sup>.

Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında, “...Tümörün kılıflı veya kılıfsız alınıp alınmayacağı ancak; duruma göre ameliyat esnasında mütehassıs cerrahın vereceği karara bağlı bulunduğuna göre; davacı doktorun, davalıya beyin ameliyatı sırasında uyguladığı “entra kapsüller” müdahalenin ilmi prensiplere aykırı bulunmadığına göre davalının eyleminde kusur unsuru bulunmadığından davanın reddi doğrudur” şeklinde ifade edilerek hekimin tedavi yöntemini seçme özgürlüğü ve özen yükümlülüğüne işaret edilmiştir<sup>167</sup>.

Aynı şekilde, Yargıtay'ın daha sonraki tarihli çeşitli kararlarında “...Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir...” şeklindeki ifadelerle yer verilerek özen yükümlülüğü kapsamında hekimin tedavi yöntemini seçme özgürlüğü vurgulanmıştır<sup>168</sup>.

Tedavi ve müdahaleler için tıbbi gereklilikler hastanın iradesine göre değil objektif özelliklere göre belirlenmekle birlikte, hekimin tedavi yöntemini seçme özgürlüğünün bulunması hastanın tedaviye ilişkin taleplerde bulunmasını engellememektedir. Ancak, talep edilen tıbbi müdahalenin hekimden

---

<sup>164</sup>İpekyüz, a.g.e., s.93.

<sup>165</sup>BGH VersR 78, 41; Aktaran: Erwin Deutsch, “Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, (Çev. İrfan Yazman) AÜHF Dergisi, C.36, S.1, 1979, s. 174-175., <http://hdl.handle.net/20.500.12575/48329>, E.T. 09.01.2021

<sup>166</sup>İpekyüz, a.g.e., s.94.

<sup>167</sup>Yargıtay 4. HD, K.T. 1967, E. 296, K. 5112; Aktaran: Aşçıoğlu, a.g.e., s.45.

<sup>168</sup>Yargıtay 13. HD, K.T. 06.03.2003, E. 2002/13959, K. 2003/2380. Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay HGK, K.T. 04.06.2020, E. 2017/13-669, K. 2020/346; Yargıtay 13. HD, KT. 09.06.2020, E. 2017/8581, K. 2020/4368; Yargıtay 13. HD, KT. 23.06.2020, E. 2020/1255, K. 2020/5068.

beklenemeyecek nitelikte olduğu durumlar hastanın talep hakkının sınırını oluşturmaktadır<sup>169</sup>.

Bu konuya ilişkin bir olayın 1916 yılında Colmar Yüksek Mahkemesi'ne intikal etmesi üzerine, konu mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Almanya'da bir kadının diş hekimine gelerek beş tanesi sağlam, altı tanesi de az çürük olup, dolgu ile kurtarılabilir seviyede olan dişlerinin de içinde bulunduğu 22 dişini ve kökünü çekmesini istediği olayda kadının ısrarla büyük çirkin dişlerinin çekilmesini istemesi nedeniyle diş hekimi isteğine uygun olarak kadının tüm dişlerini çekmiştir. Ancak, aradan bir süre geçmesi ile dişlerini kaybettiği için pişman olan kadın diş hekimine karşı tazminat davası açmıştır. Bunun üzerine de Alman Yüksek Federal Mahkemesi tarafından ahlaka aykırı davranması sebebiyle hekim tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir<sup>170</sup>.

Yine BGH, 22.02.1978 tarihinde benzer bir dava hakkında karar vermiştir. Davada, yıllar boyu sürekli baş ağrısı çeken hasta, bu durumun hastalıklı dişleri ile ilişkili olması sebebiyle diş hekiminden tüm dişlerinin çekilmesini istemiştir. Hekim bu olayda hastanın dişlerini çekmemesine rağmen onu, dişlerini çekecek bir dişçiye yönlendirmiştir. Bu davada BGH, hekim hakkında ceza kararı vermiş, dişlerinin çekilmesini isteyen hastanın bu isteğini geçerli bir onay olarak kabul etmemiştir. Bu sebeple hekimin, bedensel zarar verdiği kabul edilmiştir<sup>171</sup>.

### **2.2.3.3.2. Uzaktan Teşhis ve Tedavi Yasağı Bağlamında Tele Tıp Uygulamaları**

#### **2.2.3.3.2.1. Uzaktan Teşhis ve Tedavi Yasağı**

Tedavi özgürlüğünün sınırlarından birisi de uzaktan teşhis ve tedavi yasağıdır. Zira hekimin hastasını uzaktan muayene etmesi, teşhiste bulunması ya da tedavi etmesi yasaktır<sup>172</sup>. Hekimlik sözleşmesinin ulusal hukukta vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmesi buna bağlı olarak vekilin bizzat ifa yükümlülüğü bulunması hastanın hekim tarafından bizzat muayene edilmesini gerektirmektedir.

<sup>169</sup>Uhlenbruck/Kern-L/U, § 81, kn.2.

<sup>170</sup>Karar için bkz. Uhlenbruck/Kern-L/U, § 81, kn.3.

<sup>171</sup>BGH NJW 1978, 1206.

<sup>172</sup>Hakeri, a.g.e., s.787.



Hekimin hastayı bizzat muayene etme zorunluluğu hukuki düzenlemelerde ve yargı organlarınca verilen kararlarda da yer almaktadır. Bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararında “...Çocuk hastalıkları konsültasyonunda nöbetçi çocuk hastalıkları uzmanı dr telefonla arandığında, bizzat gelemeyerek tahlil sonuçlarına göre hastanın değerlendirilmesini söylediği, akabinde yoğun bakım ünitesinde yatan hastanın beş gün sonra yaşamını yitirdiği olayda, Yüksek Sağlık Şurası'nın nöbetçi doktor sanığın görev yerinde bulunmaması ve hastayı bizzat değerlendirmemesi nedeniyle kusurlu olduğunun belirtildiği...” şeklinde ifade edilerek hastanın hekim tarafından bizzat muayene edilmemesi kusur olarak saptanmıştır<sup>173</sup>.

Yine, Yargıtay'ın aynı doğrultudaki başka bir kararında “...hastaneye gelmeden, hastanın yakınları tarafından Erzurum Araştırma Hastanesine götürülmesi yönünde talimat verdiği...sanığın hastayı görmeden ve yapılacak müdahaleler konusunda değerlendirme yapmadan sevkine karar vermekle, gerekli sağlık hizmetini vermeyerek mağduriyete neden olduğu...” gerekçesi ile bizzat muayene ya da müdahalede bulunmadan hastanın sevkini gerçekleştiren hekim kusurlu bulunmuştur<sup>174</sup>.

#### **2.2.3.3.2. Uzaktan Tıbbi Müdahale ve Tele Tıp Uygulamaları**

Uzaktan tıbbi müdahale ihtiyacının doğuşu eski tarihlere dayanmaktadır. Şöyle ki, NASA'nın uzaya gönderdiği astronotların tıbben gözlemlenebilmesi ve gerektiğinde müdahalede bulunulabilmesi için bugün kullanılan tele tıp uygulamasına öncülük edilmiştir<sup>175</sup>.

Tele tıp, Sağlık Bakanlığı tarafından “...radyolojik tetkiklere ait görüntülere 7x24 web ortamında erişilmesine, bu görüntülerin raporlanabilmesine, radyologlar arası tele konsültasyon yapılabilmesine, tıbbi görüntü ve raporların kalite açısından

<sup>173</sup>Yargıtay 9. CD, K.T. 13.02.2008, E. 12553, K. 780; Aktaran: Hakeri, a.g.e., s.787.

<sup>174</sup>Yargıtay 4. CD, K.T. 22.05.2013, E. 2011/17665, K. 2013/15693; Aynı doğrultudaki başka bir karar için bkz. Yargıtay 4. CD, K.T. 14.02.2012, E. 2011/3195, K. 2012/2667.

<sup>175</sup>Daniel Haering/Mirjam Olah, “Teletıp ve Ceza Hukuku Uzaktan “Rahat” Tedavi ile Hekimin Özen Yükümlülüğü Arasındaki Çatışmanın Telefon Konsültasyonu Uygulaması Özelinde Değerlendirilmesi”, Şu kitapta: (Çev. Barış Atladı) (Ed. Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver) Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakeri'ye Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 14 Tıp/Sağlık Hukuku, Ankara, 2014, s.243-244., <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=71118>, E.T. 22.02.2021

*değerlendirilebilmesine ve e-Nabız uygulaması üzerinden vatandaşlar ile paylaşılabilmesine olanak sağlayan bir sistemdir.” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>176</sup>.*

Tele tıp, “uzaktan tıp” olarak da isimlendirilmekle birlikte geniş kapsamlı olması dolayısıyla farklı görünüm şekilleri bulunmaktadır. Bunlardan bazıları tele konsültasyon, tele görüntüleme, tele cerrahi, tele konsil, tele patolojidir<sup>177</sup>.

Dolayısıyla, Bakanlık tarafından tanımın içeriği sınırlı tutulmuşsa da esasen oldukça geniş kapsamlı olduğu görülmektedir. Zira tele tıbbın yalnızca radyolojik görüntü ya da belgelerin hekimler tarafından ortak bir sistemde görülmesinden ibaret olmadığı hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Günümüzde, tele tıbbın yarar ve zararları tartışılmaya devam edilmektedir. Çünkü uygulamanın kullanımı bilgilere erişilebilirliği ve erişim hızını artırırken hasta ve hekim ilişkisinin klasik biçiminden ayrışmasına sebebiyet vermektedir<sup>178</sup>.

Son dönemde, Covid-19 salgınının pandemi boyutuna erişmesi ile birlikte tele tıp uygulamalarına olan ihtiyaç artmış buna bağlı olarak da uygulamaya olan ilgi ivme kazanmıştır<sup>179</sup>. Bu noktada, tele tıp uygulamalarının hukuka aykırı nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesi de önemlidir. Çünkü uygulamanın hukuka aykırı olduğu şeklindeki nitelendirme teşhis ya da tedavi başarılı olsa dahi hekimin hukuken sorumluluğuna sebebiyet verebilir.

Nitekim Covid-19 salgını döneminde ulusal hukuka uygun olmamasına rağmen ülkemizde ve dünyanın birçok ülkesinde tele tıp uygulamalarından

<sup>176</sup>T.C. Sağlık Bakanlığı Teletıp Sistemi, <https://teletip.saglik.gov.tr/#service>, E.T. 21.02.2021

<sup>177</sup>Haering/Olah, a.g.m, s.246.

<sup>178</sup>Haering/Olah, a.g.m, s.246.

<sup>179</sup>Duygu Yener/Yıldız Aktaş/Mehmet Tosun/Burcu Çalık Göçümlü, Sağlık Bakanı Koca: Evde tedavide yeni bir uygulamaya geçiyoruz, Anadolu Ajansı, (19.08.2020), <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/saglik-bakani-koca-evde-tedavide-yeni-bir-uygulamaya-geciyoruz/1947250>; Hilal Sarı, Virüs, Teletıp Sektöründe Hızlı Büyümeyi Tetikledi, Dünya Gazetesi, (21.08.2020), <https://www.dunya.com/dunya/virus-teletip-sektorunde-hizli-buyumeyi-tetikledi-haberi-478669>; Ali Kemal Erdem, Pandemi, Doktor ile Hastayı Online Buluşturan “Teletıp”a Yaradı. Uygulamayı Destekleyen de Faydasız Bulan da Var, Independent Türkçe, (25.11.2021), <https://www.indyurk.com/node/277201/haber/pandemi-doktor-ile-hastay%C4%B1-online-bulu%C5%9Ftur-an-telet%C4%B1pa-yarad%C4%B1-uygulamay%C4%B1>; Milliyet, Yeni Dönemin Yıldızı ‘Teletıp’ Olacak, (19.01.2021), <https://www.milliyet.com.tr/sigorta/yeni-donemin-yildizi-teletip-olacak-6409819>, E.T. 22.02.2021

faydalanılmıştır<sup>180</sup>. Ülkemizde salgınının başladığı dönemde, hastalığın bulaşıcı olması buna bağlı olarak aynı zamanda hastalığın izlenilmesi ile takibi için aile hekimleri telefon aracılığıyla evlerinde bulunan hastalar ile iletişim kurmuştur<sup>181</sup>. Sonraki dönemde, MHRS üzerinden aile hekimleri ile koronavirüs hastaları ve onlarla temaslı olanların görüşebilmesi için “aile hekimi görüntülü muayene” seçeneğine yer verilmiştir<sup>182</sup>. Ayrıca, pek çok özel sağlık kuruluşları görüntülü görüşme, online randevu, e-randevu gibi adlarla tele tıp kapsamında yer alan yeni randevu seçeneklerini hastalara sunmuşlardır<sup>183</sup>.

Kronik hastalığı ya da raporu bulunan hastalar belirli aralıklarla hekimlerine muayene olarak raporlarının yenilenmesi ile gerekli ilaçları temin edebilmektedir. Bu durumlarda hekimin tele tıp vasıtalarıyla hastalarıyla iletişime geçmesi ve gerekli işlemlerin yapılması yahut gereken işlemlerin yüz yüze yapılması ve değerlendirme aşamasının bu araçlarla sağlanması mümkündür<sup>184</sup>. Burada belirtmek gerekir ki, salgın döneminde düzenlenen genelge gereğince hastalar hekimlerine muayene olmadan raporlarının süresi uzatılmış ve ilaçların temini sağlanmıştır. Uygulamadaki bu durumlar, yasal düzenleme yapılmamış olmasına rağmen tele tıbbın uygulandığını göstermektedir.

Yine, bu dönemde hastaların tetkiklerinin üçüncü şahıslarca hekimlerin değerlendirmesine sunulması durumlarıyla da karşılaşmıştır. Bu konuda Hakeri, tıbbi mecburiyetler hariç hastanın bizzat hekim tarafından görülmesinin gerekmediği ve hastanın sağlığını olumsuz yönde etkilemediği durumlarda kabul edilebileceği görüşündedir. Ayrıca, burada yapılan işlem sadece değerlendirme olmakla beraber salgın döneminde var olan zorunluluk halinden dolayı hukuka uygundur<sup>185</sup>.

<sup>180</sup>Hakeri, a.g.e., s.762-763.

<sup>181</sup>Yakup Gökhan Doğramacı, “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C.78, S.2, (Ekim 2020), s.670., <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/57316/812428>, E.T. 09.02.2021

<sup>182</sup>T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü, Dr. e-Nabız Muayeneye Başladı, <https://sbsgm.saglik.gov.tr/TR.77430/dr-e-nabiz-muayeneye-basladi.html>, E.T. 23.03.2021

<sup>183</sup>Örnekleri için bkz. <https://www.medicalpark.com.tr/e-randevu?v=1>, <https://www.florence.com.tr/online-tibbi-danisma>, <https://www.acibadem.com.tr/acibadem-evinizde/>, E.T. 20.01.2021

<sup>184</sup>Doğramacı, a.g.m., s.674.

<sup>185</sup>Hakeri, a.g.e., s.787-788.

Öte yandan, hızlı bir biçimde gündelik yaşama dâhil olan tele tıbbın bilgilerin kaydedilmesi, gizliliği, görüşme süresi, kontrol muayenesi, ücretlendirilmesi, aydınlatılmış onam gibi pek çok hususu tartışılmaya açık olup, belirgin sınırlar çizilmemiştir<sup>186</sup>. Dolayısıyla, hukuken sınırları belirlenmemiş bir uygulamanın fiilen yürürlük kazanması yakın gelecekte hukuki ihtilafların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir.

### **2.2.3.3.2.3. Uzaktan Teşhis ve Tedavi Yasağı ile Tele Tıp Uygulamalarının Bağdaştırılması**

Uzaktan teşhis ve tedavi yasağı hem öğreti hem de yargı kararları ile baskın görüş olarak kabul edilmekte ise de bu görüşün zıddını savunanlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, öğreti ve uygulamada yasa hükmünün farklı yorumlanması sebebiyle hatalı şekilde uzaktan tedavi yasak olarak kabul edilmektedir<sup>187</sup>. Zira hekimin TBK, TDN, HMEK başta olmak üzere birçok hukuki düzenlemede hastayı bizzat muayene yükümlülüğü ve uzaktan tedavi yasağı yer almamaktadır. Ancak, nizamnamenin yürürlük tarihi dikkate alındığında dönem itibariyle tele tıp uygulamasına olanak sağlayan araçlar yaygınlık kazanmamıştır. Öte yandan, düzenlemelerde ifade edilen bizzat ifa yükümlülüğünün iletişim araçlarıyla tedaviyi değil aracı kullanılarak ifayı engellediği şeklinde yorumlanmalıdır<sup>188</sup>.

Yine bu görüşe göre, iletişim vasıtaları aracılığı ile hekimin hastaya karşı yerine getirmesi gereken yükümlülüklerdeki bizzat ifa koşulu da sağlanmaktadır. Bu durumun dayanağı TBK'nin 4. maddesinin 2. fıkrasında "*Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.*" şeklinde yer alan hükmünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, bu hüküm iletişim vasıtaları ile kurulan ilişkinin doğrudan olduğu hususunu kanıtlar niteliktedir<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup>Feza Şen-Ümit Erdem/Feza Şen, Koronavirüs & Tele-tıp Uygulamaları ve Sağlık Hukuku Sorunları, Medikal Akademi, (25.04.2020), <https://www.medikalakademi.com.tr/uzmanlar-tartisiyor-koronavirues-tele-tip-uygulamalari-ve-saglik-hukuku-sorunlari/>, E.T. 28.02.2021

<sup>187</sup>Doğramacı, a.g.m., s.670,704.

<sup>188</sup>Doğramacı, a.g.m., s.670,671-672.

<sup>189</sup>Doğramacı, a.g.m., s.673.

Nitekim epilepsi hastalarının kriz geçirdikleri sırada yardım alabilmeleri amacıyla mobil sağlık uygulamaları geliştirilmiştir<sup>190</sup>. Geliştirilen bu uygulamanın kullanılması halinde kriz geçiren kişiye yardımda bulunulması da uzaktan tedavinin bir çeşidi olarak kabul edilebilir.

Kanaatimizce, hukuki düzenleme ve yargı kararlarında uzaktan teşhis ve tedavi yasağının bulunduğu dair tereddüt bulunmamaktadır. Bu konuda kuşku bulunmaması sebebiyle ne kanun koyucunun yerine geçilmesine ne de dönemin koşullarına göre yorum yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Öte yandan, Covid-19 salgını döneminde uzaktan teşhis ve tedavi uygulamalarına duyulan ihtiyaç ve bu konudaki eksiklik ortaya çıkmıştır. Bu sebeple, kanun koyucu tarafından tele tıp uygulamalarının kişisel verilerin korunmasına hassasiyet gösterilerek hangi durumlarda kullanılacağı yasal düzenleme kapsamına alınmalıdır.

#### **2.2.3.3.3. Teşhis ve Tedavide Yapay Zekâ Teknolojisinin Kullanılıp Kullanılmayacağı**

Teknolojinin gelişmesi ile birlikte insanlara ihtiyaç kalamayacağı, yaşamın her alanında insanlarca yerine getirilen pek çok işlemin robotlar tarafından üstlenileceği düşünülmektedir<sup>191</sup>. Bu durumun hayatın her alanında kolaylıklar sağlayacağı düşünülse de robotlar sebebiyle hukuk alanında ortaya çıkacak sorunların nasıl çözüleceği netlik kazanamamıştır. Bu sebeple, yapay zekâ ile robotlar hakkındaki çalışma ve araştırmalar son yıllarda hukukun konularından biri haline gelmiştir.

Yapay zekâ için öğretilerde çeşitli tanımlar bulunmaktadır. Bunlardan birinde, insan tarafından yapılan ve insanın sahip olduğu düşünsel özellikleri bulunan makine olarak tanımlanmaktadır<sup>192</sup>. Başka bir yazar tarafından da “*insan gibi koşullara göre değerlendirme yapıp karar verebilen, kararlarını değiştirebilen, neden sonuç ilişkisi kurabilen, otomatik olarak yeni durum ve koşulları öğrenebilen, insanlar ve diğer*

<sup>190</sup>Ecem Çizmeli, Kronik Epilepsi Hastaları İçin Prototip Tele-Tıp Önerisi, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2014, s.40-47.

<sup>191</sup>Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Robot Hukuku”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.29, (Ocak 2017), s.85-86., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/981809>, E.T. 10.02.2021

<sup>192</sup>Bozkurt Yüksel, a.g.m., s.89.

*yapay zekâ teknolojisine sahip şeylerle etkileşimde bulunabilen bir yazılım türü...”* olarak tanımlanmıştır<sup>193</sup>.

Robot ise tamamen ya da kısmen bağımsız olarak hareket edebilme yeteneği bulunan makinedir<sup>194</sup>. Robotun bu yeteneğinin dışarıdan gözlemlenebilir olması da onu sıradan makine ve yazılımlardan ayırt eden önemli bir unsurdur<sup>195</sup>.

Dolayısıyla yapay zekâ bir robot olmayıp programdan ibaretken robotta zekâ bulunması gerekmektedir birlikte bunun yapay zekâ düzeyinde olması koşulu bulunmamaktadır<sup>196</sup>.

Bugün için, insanın etkisi olmadan yapay zekâ kullanılarak tıbbi müdahalelerde bulunulmamasıyla birlikte hekim kontrolünde robot kollardan faydalandığı bilinmektedir. Diğer taraftan, robotların kullanımının geliştirilmesi ile birlikte hastalıkların teşhisi ve ilaçların doz ayarı gibi konularda tıp alanında insanlara kıyasla daha iyi sonuçlar alınacağı da öngörülmektedir<sup>197</sup>. Ancak, bu konuda ulusal hukukta herhangi bir düzenlemenin olmamasına bağlı olarak insan etkisi olmadan yapay zekânın kullanılarak tıbbi müdahalede bulunulması ihtimalinde müdahalenin hukuka aykırı olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Keza, Hakeri'ye göre yapay zekâ kullanılarak hastalıklara teşhis konulabilmesi mümkün olmakla birlikte bunun hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca, hastalığın teşhisinin yalnızca hekimlerin alanında bulunması dolayısıyla yapılan işlem teşhis değil öneri yahut başka bir isimle adlandırılmalıdır. Bu durumda, teşhis konulması değil de kişilere sorulan soruların cevaplarına göre hekimlere yönlendirilmede bulunulması uzaktan teşhis yasağını ihlal etmemektedir ve hukuka uygun niteliktedir<sup>198</sup>.

---

<sup>193</sup>Koray Doğan, “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s.3225., <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/KORAY-DOGAN.pdf>, E.T. 09.02.2021

<sup>194</sup>Bozkurt Yüksel, a.g.m., s.89.

<sup>195</sup>Doğan, a.g.m., s.3223.

<sup>196</sup>Bozkurt Yüksel, a.g.m., s.89.

<sup>197</sup>Doğan, a.g.m., s.3228.

<sup>198</sup>Hakeri, a.g.e., s.788-789.

Örneğin, Covid-19 salgın hastalığı döneminde Sağlık Bakanlığı tarafından geliştirilen “Hayat Eve Sığar” uygulamasında yer alan sorularla kişilerin risk durumu bir uygulama tarafından hesaplanmaktadır. Bu hesaplamalar doğrultusunda da hastanın hekime yönlendirilmesi sağlanmaktadır. Ancak, Hakeri'nin görüşünde belirtildiği gibi burada yalnızca risk durumunu hesapladığı, herhangi bir teşhiste bulunulmadığı da açıktır. Bu uygulama ile kişilerin sağlık durumları hakkındaki riskler gerektiğinde hekimlere bildirilmekte ancak teşhisin konulabilmesi, muayene ve tetkiklerle mümkün olmaktadır. Dolayısıyla, hukuka aykırı bir durum ortaya çıkmamaktadır.

Burada, yapay zekâ kullanımı sebebiyle ortaya çıkan zararlardan sorumluluğun hukuken nasıl olması gerektiği de değerlendirilmelidir. Öğretide bu konuda ortaya atılan görüşlerden birine göre, günümüz hukuki düzenlemeleri kapsamında yapay zekânın zararlardan bizzat sorumluluğu olmayıp, hekimin sorumluluğu bulunmaktadır. Yapay zekâda bir aksaklık görülmesi halinde ise üretici veya kullanıcının sorumluluğu bulunmaktadır. Cezai sorumluluk açısından bakıldığında da üreticinin kast veya taksir durumuna göre sorumlu olduğu kabul edilmektedir<sup>199</sup>.

Diğer taraftan, yapay zekânın kullanımının hekimin mesleki özerkliği kapsamında yer alıp almadığı da sorgulanmalıdır. Kanaatimizce, yapay zekâ bugün için ülkemizde tıbbi müdahalelerde kullanılmamalıdır. Çünkü öncelikle değişen ihtiyaçlar sebebiyle bu konuda yasal düzenleme yapılmalı ve mevcut hukuki yetersizliğe son verilmelidir. Bununla birlikte, hukuki düzenlemelerin gerçekleştirilmesinin ardından hekimlerin yapay zekâ kullanarak teşhis ya da tedavi faaliyetinde bulunmasının hekimin mesleki özerklik sınırları kapsamında olduğuna da tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, hukuken düzenlenmeyen bir imkânın şu an için kullanılması teşhis ya da tedavi başarılı sonuçlansa dahi hekimi sorumlu olmaktan kurtarmamalıdır. Ayrıca, hukuken kabul edilmemiş bu uygulamalar için hekimin, hasta ve hasta yakınlarını onam için zorlaması da kabul edilemez.

---

<sup>199</sup>Hakeri, a.g.e., s.761-762.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### 3. HEKİMİN MESLEKİ ÖZERKLİĞİNİN SINIRLARI

#### 3.1. HUKUKUN BAĞLAYICILIĞI

Hekim, hastasıyla kurduğu ilişkide hukuk kurallarına uygun davranışlar sergilemelidir. Mesleki özerklik, hekimin hukuka aykırı kararlar alması ve uygulaması şeklinde yorumlanamaz<sup>200</sup>.

Hekimin davranışlarının hukuka uygun olabilmesi pek çok koşulu gerektirmektedir. Örneğin; aydınlatma yükümlülüğüne uygun davranılması, hastanın rızasının alınması, faaliyette bulunulan alanın hekimin uzmanlık alanı içerisinde yer alması, sadakat ve özen borcuna uygun davranılmasını gibi şartların sağlanması gerekmektedir<sup>201</sup>.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında “...Davacının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı da davalı doktora aittir. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. O halde nadiren de olsa böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği davacıya bildirilmeli idi. Olayımızda davalı doktor, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak, davacının anlayacağı biçimde bildirdiği iddia ve ispat edilmediğine göre meydana gelen ... zararlı sonuçtan sorumludur.” ifadesiyle hekimin en ufak risk hakkında dahi hastayı bilgilendirmesi gerektiği belirtilmiş, aksi durum aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir<sup>202</sup>.

Başka bir Yargıtay kararında “... Davalı çene cerrahisi uzmanı bir hekimdir. Meydana getirdiği kötü durum uzmanlığı dışında fakat iddiaya göre yetkili olduğu

<sup>200</sup>Hakeri, a.g.e., s.193.

<sup>201</sup>Aşçıoğlu, a.g.e., s.38-61.

<sup>202</sup>Yargıtay 4. HD, K.T. 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541.



*cihazın kötü kullanılmasından doğmuştur.”, “...esasen 3153 sayılı Yasanın açık buyruğuna aykırı hareket ederek kendi uzmanlığı dışında başka bir uzmanlık alanında çalışmıştır...”* denilerek hekimin uzmanlık alanı içerisinde olmayan durumda müdahale etmesinin hukuka uygun olmadığı belirtilmiştir<sup>203</sup>.

Yine, diğer bir Yargıtay kararında da hekimin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarının hukuken korunmayacağı “...Doktorlar tarafından yapılan ameliyatlara beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilemeyeceğinden, meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz. Yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin kabulü için ölçü, zararı meydana getirenin subjektif niteliklerine bakılmaksızın yalnız orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutlak ihtimamdan ibarettir.” şeklinde ifade edilmiştir<sup>204</sup>.

Yargı kararlarından anlaşılacağı üzere mesleki özerklik yetkisi hekime özgürlük alanı tanımaktaysa da bu özgürlüğün asla hukukun bağlayıcılığını bertaraf ettiği şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Nitekim Anayasa'nın 11. maddesinde anayasa hükümlerinin organ, makam, kuruluş ile kişiler açısından bağlayıcı ve diğer kanunlardan üstün nitelikte temel kurallar olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla, hekimin de normlar hiyerarşisinin başındaki anayasadan itibaren genel ya da mesleki tüm düzenlemelere uygun davranma zorunluluğu bulunmaktadır.

### **3.2. TIBBİ STANDART DIŞINA ÇIKMAMA**

Tıbbi standart, denemeler neticesinde doğruluğu kanıtlanmış ve hastanın tedavi edilebilmesi için gerekli bulunan tecrübe ile bilimsel düzeyden oluşmaktadır<sup>205</sup>. Hekimin, teşhis ve tedavi faaliyetlerini tıbbi standarta uygun olarak yürütmesi gerekmektedir. Örneğin, bir hasta tedavi süreci içerisinde hastane kurallarına aykırı davranması sebebiyle hekim tarafından taburcu edilemez. Çünkü bu işlemin tıbbi bir

<sup>203</sup>Yargıtay 4. HD, K.T. 17.12.1976, E. 1976/692, K. 1976/11046; Aynı doğrultudaki başka bir karar için bkz. Yargıtay 15. HD, K.T. 07.01.2019, E. 2018/5219, K. 2019/46.

<sup>204</sup>Yargıtay 13. HD, K.T. 14.10.1974, E. 1974/2637, K. 1974/2492.

<sup>205</sup>Hakeri, a.g.e., s.925.

karar sonucunda gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>206</sup>. Bu nedenle, hekimin bu örnekte olduğu gibi keyfi davranışlarla tıbbi standart dışına çıkması mesleki özerklik kapsamında korunmamaktadır.

Mısır'da, deneylere dayalı olarak ortaya çıkan tıbbi bilgileri içeren kitaplar hekimlerin sorumluluklarının belirlenmesi açısından önem taşımıştır. Zira bu kitaplardaki kurallara uygun olarak davranmasına rağmen tedavinin olumsuz sonuçlanmasından hekimler sorumlu tutulmamışken kurallardan ayrılan hekimler istenmeyen sonuçtan sorumlu tutulmuştur. Yine, Eski Yunan'da da hekim tarafından tıp kurallarına uyulmaması kusur olarak kabul edilmiş ve bu kusur dolayısıyla hekimler sorumlu tutulmuştur<sup>207</sup>.

Hekimler, mesleki özerklik ilkesi kapsamında tedavi yöntemini seçerken özgür olmakla birlikte seçim yapılacak yöntemlerin tıbbi standarta uygun olması zorunludur<sup>208</sup>. Esasen, hastaya müdahalede bulunurken tıbbi standartın sağlanması zorunluluğu hem seçilen tedavi yöntemi açısından hem de hekimin tedaviyi uygulama kabiliyeti açısından gereklidir. Öte yandan, her hastanın ve tedavinin farklı koşulları olduğu göz önünde bulundurularak standartın tıbbi zorunluluğa dayalı olarak esnetilmesi de mümkündür<sup>209</sup>.

Yargıtay'ın bir kararında “... doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartlar yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir anlatımla, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamakla görevlidir.” denilerek hekimin tıbbi standartı uygulama zorunluluğuna değinilmiştir<sup>210</sup>.

Danıştay'ın bir kararında ise “...Tıbbi standart kavramı ile, tıp ilminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş meslek kuralları kastedilmektedir. Tıbbi standart ihlali değişik şekillerde gerçekleşebilir; teşhis, tedavi (endikasyon eksikliği, yanlış tedavi yönteminin seçimi) ve müdahale sonrası bakım yönetimi bunlardan bazılarıdır.”

<sup>206</sup>Hakeri, a.g.e., s.193.

<sup>207</sup>Aşçıoğlu, a.g.e., s.21.

<sup>208</sup>Hakeri, a.g.e., s.188.

<sup>209</sup>Atakan Adem Selanik, “Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Doğan Sorumluluğu ve Sigorta Sözleşmesi”, Şu kitapta: (Ed. Yasemin Güllüoğlu Altun) Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı (80. Yıl Sempozyumu Tebliğleri), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.447.

<sup>210</sup>Yargıtay 4. HD, K.T. 29.6.1977, E. 2876, K. 5612; Aktaran: Aşçıoğlu, a.g.e., s.50.

şeklindeki ifadelere yer verilerek tıbbi standart kavramının içeriğine ilişkin açıklamada bulunulmuştur<sup>211</sup>.

Tıbbi standart kavramı, mahkeme kararlarının yanı sıra TDN, HHY gibi ulusal düzenlemelerde ve Bali Bildirgesi (Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin Gözden Geçirilmiş Hali), Avrupa Biyotıp Sözleşmesi gibi uluslararası pek çok hukuki metinde yer almaktadır. Bu metinlerde yer alan maddelerdeki ortak hüküm ise hekimin hastayı tedavi ederken tıbbi standart kapsamında yer alan uygulamalarda bulunması gerektiğidir. Dolayısıyla, hekimin standart dışında kalan uygulamalarda bulunması hukuken korunmamaktadır.

Hekimin, tıbbi standarta uyma zorunluluğu genel kural olmakla birlikte kendi değerlendirmesi ile standart kapsamında yer almayan bir tedavi yöntemini benimsemesi de mümkündür<sup>212</sup>. Standart dışında kalan yeni sayılabilecek tıbbi müdahalelerin tipik özelliği ise yeteri kadar tecrübe edilmemiş olmamalarıdır<sup>213</sup>.

Tıp mesleği tarafından kullanılan takdir ve değerlendirme yetkisi diğer hizmet ilişkilerinde bulunmamaktadır. Çünkü hastanın iyileşmesi somut olayın koşullarına göre hatta bazıları rasyonel olarak pek anlaşılamayacak nitelikte birçok faktöre bağlıdır. Dolayısıyla, tedavi yalnızca seçilen tedavi yöntemine bağlı değildir. Hekim, her hastanın özelliklerini göz önünde bulundurmalı ve sadece hastanın iradesini dikkate almakla kalmayıp bunu iyileşme için başarıya ulaşmada kullanmalıdır. Hekimin, hastanın rızası ile başarıya ulaşmak için tıbbi standartın dışına çıkarak tedavi girişiminde bulunması da mümkündür<sup>214</sup>.

Tıbbi standarttan sapan uygulamalarda mevcut olayın koşulları değerlendirilmeli ve baştan mutlak kabullere girilmemelidir<sup>215</sup>. Hekimin yeni bir tedavi yöntemi uygulanmaya karar verebilmesi için öncelikle bunun daha az riskli ve daha iyi iyileşme şansı vaat eden bir yöntem olması gerekmektedir. Ayrıca, teşhis ve

---

<sup>211</sup>Danıştay 15. D, K.T. 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398.

<sup>212</sup>Hakeri, a.g.e., s.189.

<sup>213</sup>Ayan, a.g.e., s.12.

<sup>214</sup>Laufs-L/U § 99, kn.19.

<sup>215</sup>Laufs-L/U, § 99, kn.23.

tedavi yöntemi seçilirken tıbbi standarttan saparak yeni yöntemlere başvuran hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da genişlemektedir<sup>216</sup>.

Bunların yanı sıra, yeni bir tedavi yönteminin uygulanması gerektiğine karar veren hekimin de uygun davranması gereken kurallar bulunmaktadır. Şöyle ki, öncelikle hekimin bu kararı verebilmesi için klasik yöntemler kullanılarak hastaya fayda sağlanamayacağı ve yeni uygulanacak yöntemin deney hayvanları üzerinde yeterince deneyerek faydalarının anlaşılabilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca, bu yöntem için hastanın rızası alınmalı ve klasik yöntemle göre daha elverişsiz sonuç vermeyeceği de muhtemel olmalıdır. Öte yandan, yeni tedavi yönteminin hastayı iyileştireceğine kesin olarak bakılması ve zarar verme ihtimalinin bulunmaması koşuluyla daha önce denenmemiş bir yöntemin uygulanması da mümkündür<sup>217</sup>.

TDN'nin 10. maddesinde “...araştırma yapmakta olan tabip ve dış tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevlit etmeyeceğine kanaat getirmediğe, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celp etmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilave etmek şartı ile, bu keşfi tavsiye edebilir.” denilerek gerekli koşullar yerine getirildiğinde yeni tedavi yöntemlerinin uygulanabileceği vurgulanmaktadır.

Tıbbi standart dışına çıkıldığı hallerde hekim, hatalı tıbbi uygulama olarak da bilinen malpraktisten sorumlu olmaktadır. Örneğin, tedavi gören kişinin 44 günde 13,8 kilo zayıflamasını sağlayan hekim bununla ilişkili olarak tedavi görende bulunan kronik kalp damar hastalığının aktiflik kazanması neticesinde gerçekleşen ölümünde sanık sıfatıyla yargılanmıştır. Burada, sanığın uyguladığı tedavi yönteminin tıbbi standarta uygun olmadığı ve bu sebeple ölümün komplikasyon olarak değerlendirilemeyeceği kanaati ile sanığın cezası mahkemece onanmıştır<sup>218</sup>.

Bunların yanı sıra, ülkemizde Covid-19 salgın hastalığı döneminde hekimin mesleki özerklik ilkesinden yararlanarak farklı tedavi yöntemlerine başvurup

<sup>216</sup>Hakeri, a.g.e., s.189.

<sup>217</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz. TDN m. 11 ve HHY m. 27

<sup>218</sup>Yargıtay 12. CD, K.T. 04.11.2014, E. 2014/17447, K. 2014/21810.

başvuramayacağı da incelenmelidir. Zira tıp literatüründe bu hastalığa ilişkin bir bilgi ya da bilinen bir tedavi yöntemi bulunmadığından devletler henüz tıbbi standart niteliğine sahip olmayan yeni uygulamalara başvurmuşlardır. Ülkemizde Sağlık Bakanlığı tarafından resmi internet sitesi üzerinden hastalığa ilişkin tedavi algoritmalarına, kullanılacak ilaçlara ve gerekli bilgilere yer verilerek salgına karşı rota belirlenmektedir<sup>219</sup>.

Bu algoritma ve ilaçlar ise salgın hastalığın ve etkilerinin tanınması ile birlikte sürekli değişim ve gelişimine devam etmektedir. Keza, doktrinde belirtilen ve katıldığımız görüşe göre, her ne kadar bu belirlemeler tavsiye niteliği taşıyorsa da salgın ve toplumsal tehlike durumlarında otoritelerin belirlediği tedavi protokollerine uyulması gerekmektedir. Aksi halde, bu protokole uymamakta haklı sebebi olmayan hekimin ortaya çıkan zarardan sorumlu olması mümkündür<sup>220</sup>.

Kanaatimizce, bu gibi durumlarda henüz ülke çapında nasıl bir tedavi yöntemi uygulanacağı konusunda dahi değişim ve gelişim devam ediyorsa hekimin mesleki özerklik ilkesinden hareketle hastalar üzerinde şahsi fikirlerini denemesi kabul edilemez. Diğer taraftan, otorite tarafından belirlenen protokollere uygun faaliyetlerde bulunan hekimin de bu kapsamında sorumlu olması mümkün olmamakta ve sorumluluk bakanlığa ait olmaktadır. Zira, hekimin bakanlık tarafından belirlenen algoritmayı o durum içerisinde tıbbi standart olarak görmesi ve konuya ilişkin görüşlerini bakanlık bünyesinde bu işle ilgilenen kurullara ileterek algoritmanın değiştirilmesine katkı sağlaması daha isabetli olacaktır.

Bu konuya ilişkin olarak, H1N1 salgını döneminde hekimin belirlenen yönetim şemasına uygun davranmamasının Adli Tıp Kurulu tarafından kusur olarak edilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir.

---

<sup>219</sup>T.C. Sağlık Bakanlığı Covid-19 Bilgilendirme Platformu, <https://covid19.saglik.gov.tr/>, E.T. 25.03.2021

<sup>220</sup>Hakeri, a.g.e., s.186.

### 3.3. RİSKİ ARTTIRMA YASAĞI

Risk kelimesi TDK Sözlüklerinde “Zarara uğrama tehlikesi, riziko” olarak<sup>221</sup> BTS’de “istenmeyen, uygun olmayan olayın gerçekleşebilmesi olasılığı...” şeklinde açıklanmaktadır<sup>222</sup>.

Türk hukukunda baskın olan görüşe göre, hekim tedavi yöntemini seçerken serbest olmakla birlikte bu seçim yapılırken başarılı olma ihtimali en fazla ve en az riskli yöntem seçilmelidir<sup>223</sup>. Nitekim bu görüş çalışmanın ikinci bölümünde de belirtildiği üzere Yargıtay tarafından benimsenerek kararlarda “...çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir...” şeklinde yer almaktadır<sup>224</sup>.

Hekim tedavi yöntemini belirlerken en az riski barındıran ve başarılı olma ihtimali en yüksek olanına yönelmelidir<sup>225</sup>. Çünkü hastalığın tedavisi için en uygun tedavinin seçilmesi teşhisin konulması kadar önemlidir. Aksi halde hatalı bir tedavi yönteminin uygulanması tedavinin amacına ulaşmasını engelleyebilmektedir<sup>226</sup>. Burada öğretilerde de görüş birliğine varıldığı üzere en önemli husus, seçilen tedavi yönteminin “en güvenilir yol prensibine” uygun olarak seçilmesidir<sup>227</sup>.

Risksiz ya da daha az riskli tedavi yöntemleri bulunmasına rağmen hastasını daha fazla riske atacak tedavi yoluna başvuran hekimin sorumluluğunun doğması mümkündür<sup>228</sup>. Zira ilaçla tedavi edilebilecek bir hastalık için cerrahi müdahale

<sup>221</sup>Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 20.02.2021

<sup>222</sup>Oğuz/Tepe/Örnek Büken/Kırımsoy Kucur, a.g.e., s.207.

<sup>223</sup>Ayan, a.g.e., s.66; Hakeri, a.g.e., s.193.

<sup>224</sup>Yargıtay 13. HD, K.T. 06.11.2000, E. 2000/8590, K. 2000/9569; Yargıtay 13. HD, K.T. 25.04.2002, E. 2002/2589, K. 2002/4560; Aynı doğrultudaki diğer kararlar için bkz. s.45, dn.166.

<sup>225</sup>Gökhan Taneri, Hasta ve Hekim Hakları İle Uygulamadan Örneklerle Hekim Ceza Sorumluluğu, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s.298.

<sup>226</sup>Yavuz İpekyüz, a.g.e., s.91-92.

<sup>227</sup>Werner E. Ott, Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Zürich, 1978, s.41; Aktaran: Ayan. a.g.e., s.66; Yavuz İpekyüz, a.g.e., s.92.

<sup>228</sup>Hakeri, a.g.e., s.193.

uygulanması halinde tıbbi ilkelere uyulmadığı kabul edildiğinden hekim sorumlu olmaktadır<sup>229</sup>.

Doktrin ve uygulamada genellikle bu görüş hâkim olsa da bazı durumlarda daha yüksek risk barındırmasına rağmen daha üst düzey bir iyileşme sağlayacağı umuduyla hekimin başka yöntemlere öncelik tanınması da mümkündür<sup>230</sup>. Daha önce tıbbi standart dışına çıkılmasını gerektirdiğini ifade ettiğimiz nedenler burada da geçerli olmaktadır.

Dolayısıyla, hekimin mesleki özerkliği ilkesi mesleki ya da şahsi nedenlerle ve zorunlu olmadıkça hastanın tedavisindeki risk oranının arttırılmasını korumamaktadır. Bu nedenle, konuya ilişkin benzer durumlarda hekimin değerlendirmede bulunurken son derece hassas davranması gerekmektedir. Aksi halde, hekimin değerlendirmesinin uygun olup olmadığı yargılamaya konu edilecek bir husus olacaktır.

#### **3.4. HASTANIN SEVKİNDE SERBESTLİK**

HHY'nin 8. maddesinde hastanın sağlık hizmetinde yararlanacağı kurum ve kuruluşu seçebilmesi ile mevzuatta düzenlenen sevk zincirine uygun olarak sağlık kuruluşunu değiştirme hakkı tanınmaktadır. Bu sebeple, hastanın sevk talebinde bulunduğu hallerde hekimin mesleki özerklik yetkisi kısmen sınırlanmaktadır.

Sınırlamanın kısmi olmasının nedeni ise belirtilen madde metninin devamında, sevkin yaşamsal tehlike oluşturup oluşturmayacağı ve bu sebeple hastalığın daha ağır hale gelip gelmeyeceği konusunda hekim tarafından hastanın aydınlatılması ve yaşamsal tehlike bakımından hekimin tıbbi sakınca görmemesi halinde mümkün olacağı belirtilmektedir.

Bu durum değerlendirildiğinde, hekimin mesleki özerkliğinin sadece sevk zinciri kapsamında yer alan hastalar açısından mevzuata uygun olarak hastanın

---

<sup>229</sup>Örneğin, British Columbia Law Reports da yayımlanan bir yüksek mahkeme kararında, hastaya gereksiz yere mastectomy (memenin alınması ameliyatı) yapılması, hekimin tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmiştir: Down v. Royal Jubilee Hosp. (1980) 24 BCLR 296 (SC)"; Aktaran: Atiye B. Uygur, "Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, Y.32, S.144, (Eylül- Ekim 2019), s.375.

<sup>230</sup>BGH NJW 1987, 2927.

talepte bulunduğu hallerde sınırlandırıldığı görülmektedir. Bununla birlikte hekimin sakınca gördüğü hallerde ve mevzuata aykırı sevk taleplerinde, sevki engelleyebilecek yetkiye sahip olduğu söylenebilir<sup>231</sup>. Dolayısıyla, hekimin hastanın sevkindeki özgürlüğünün yalnızca sevk zincirine tabi olan hastalar ve hastaların mevzuata uygun talepleri ile sınırlandırılabilceği söylenebilir.

### **3.5. HEKİMİN HASTAYI REDDETME HAKKI**

#### **3.5.1. Hakkın Hukuki Dayanağı**

Çalışmanın üst kısımlarında belirtildiği üzere hekimlerin mesleki özerkliğinin anayasal dayanağı bulunmaktadır. Bu sebeple, hekimliği meslek edinen kişilerin anayasal düzenleme ile güvence altına alınan çalışma özgürlüğü kapsamında hastayı reddetme hakkı bulunur<sup>232</sup>.

Hastanın tedavi olacağı hekimi seçme hakkı HHY, Lizbon Hasta Hakları Bildirgesinin Gözden Geçirilmiş Şekli, TDN gibi farklı hukuki metinlerde düzenlenmiştir. Diğer taraftan, hekimlik sözleşmesinin karşı tarafında bulunan hekimler açısından ise hasta seçme hakkı düzenlenmemiştir.

Diğer taraftan, hasta özgürce hekim seçme hakkına sahipken mesleki özerklik ilkesi gereğince hekimin de özel durumlarda hastayı reddetmesi mümkündür<sup>233</sup>. Dolayısıyla, esasen hastaya tanınan hekim seçme hakkı hekimlerin mesleki özerkliği sayesinde kıyasen hekimlere de uygulanmaktadır<sup>234</sup>. Kanaatimizce, hastaya tanınan hekim seçme hakkının ilişkinin karşı tarafında yer alan hekim açısından sınırlı olarak da olsa kabul edilmesi hakkaniyet ilkesine uygun bir sonuçtur.

Bununla birlikte, ulusal hukukta hastanın seçim hakkı kadar geniş kapsamlı olmamakla beraber hekime hastayı reddetme imkânı tanınmaktadır. İlk bakışta, hastayı reddetme hakkının hastanın tedavi olma hakkını olumsuz etkileyebileceği düşünülebilir. Çünkü sağlık hakkı temel haklarından biridir ve yaşam hakkı gibi temel bir hakkı koruması dolayısıyla hastanın reddi hakkının hekimlere tanınması

---

<sup>231</sup>Hakeri, a.g.e., s.199.

<sup>232</sup>Kutluer, a.g.e., s.40.

<sup>233</sup>Laufs-L/U, § 3, kn.13.

<sup>234</sup>Hakeri, a.g.e., s.143.



kötü sonuçlara sebebiyet verebilir. Ancak, haklı sebepleri olan hekimin tedaviyi reddetmesi gerekirken üstlenmesi fikrinin geri dönülmez sonuçlara neden olabileceği göz önünde bulundurulduğunda bu düşüncenin doğru olmadığı anlaşılmaktadır<sup>235</sup>.

Öte yandan, hekimlerin bu hakka sahip olmadığının kabulü ilişkinin karşı tarafını haklı gerekçeleri olmasına rağmen zorla çalıştırmak anlamına gelir ki bu da anayasada yasaklanmıştır. Örneğin, yargı mensuplarından olan hâkimlerin de gerektiğinde dosyalardan kendi istekleri ile çekilme hakkı bulunmakta ve bu durum adalet hizmetlerinin aksamasına sebebiyet vermemekte aksine daha iyi işlemesini sağlamaktadır. Dolayısıyla, hekimin hastayı ret hakkı bulunmadığının savunulması halinde sağlık ve aynı anlayışla adalet hizmetleri de dâhil olmak üzere birçok alanda olumsuz sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Hekim hastanın tedavisine başlamadan önce hastayı reddedebileceği gibi, tedaviye başladıktan sonra da reddetme hakkına sahiptir<sup>236</sup>. Tedaviye başlamadan önce hekimin hastayı hangi koşullarda reddedebileceği TDN'nin 18. maddesinde, tedavisine başladığı hastanın tedavisini yarıda bırakabilmesinin şartları da TDN'nin 19. maddesinde düzenlenmiş olup bu düzenlemeler şu şekildedir:

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

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

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

*Hastayı bu suretle terk eden tabip veya dış tabibi, lüzum gördüğü veya hasta tarafından talep edildiği takdirde, tedavi zamanına ait müşahede notlarını verir.”*

<sup>235</sup>Aynı yönde görüşler için bkz. Kutluer, a.g.t., s.41.

<sup>236</sup>Kutluer, a.g.t., s.45.

Bunların yanı sıra, HMEK'nin 25. maddesinde de hekimin tedaviyi reddetme ve yarıda bırakma koşulları detaylı olarak açıklanmıştır.

Öte yandan, TDN'de düzenlenen maddelerin içeriğine ilişkin farklı yorumlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre, 18. maddenin metninde insani vazifenin tanımlanmaması ve kavram olarak geniş yorumlanabilecek nitelikte olması sebebiyle hastanın her türlü yardım isteğinin hekim tarafından reddini bu kapsama alabilmek mümkündür<sup>237</sup>.

Yine nizamname hekimin tedaviyi yarım bırakabileceği halleri belirtmeksizin, hekime hastanın bu sebeple zarara uğramasını engelleyecek nitelikte yükümlülükler üstlenmesini sağlamıştır. Dolayısıyla, burada hekimin hangi hallerde tedaviyi sonlandırabileceği sorusu akla gelmektedir. Bu sebeple öğretilerdeki bir görüş, tıpkı tedaviye başlamadan önce olduğu gibi TDN'nin 18. maddesinde belirtilen acil yardım, resmi veya insani vazifesinin ifası halleri gibi durumların haricinde hekimin bu hakka sahip olduğu kanaatindedir<sup>238</sup>.

Biz de bu görüşe katılmakla birlikte, aksi görüşün kabulü halinde TDN madde 18'de yer alan düzenlemenin anlamını yitireceği kanaatindeyiz. Aksi halde, hekimin tedaviyi reddinin güçleştirildiği fakat başladığı tedaviyi yarıda bırakmasının önündeki engelin ortadan kalktığına ilişkin mantığa uygun olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır<sup>239</sup>. Ayrıca, HMEK'nin 25. maddesinde belirtilen “...*tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiği*nde...” ifadesinin TDN madde 18'e göre daha genel anlamı olması sebebiyle nizamnamede belirtilen özel durumların değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Esasen, hekimin tedaviye başlamadan yahut tedavi başladıktan sonra hastanın tedavisini yarıda bırakması arasında ayırım yapılmaksızın bunun hastanın zarara uğramasına engel olacak nitelikte önlemlerin alınarak gerçekleştirilmesi

---

<sup>237</sup>Aydın, a.g.m., s.4.

<sup>238</sup>Kutluer, a.g.t., s.47.

<sup>239</sup>Aynı yöndeki görüşler için bkz. Türe/Türe, a.g.m., s.314; Kutluer, a.g.t., s.47.

gerekmektedir. Aksi halde, hekimin hukuken sorumluluğunun doğmasına sebebiyet verilebilir<sup>240</sup>.

Hekimin hastayı ret hakkı bağlamında, hakkı kullanan hekimin kamu ya da özel sağlık kuruluşunda çalışıyor olması da iki farklı uygulamayı ortaya çıkarmaktadır<sup>241</sup>.

### **3.5.2. Kamu ve Özel Sağlık Kuruluşlarında Hekimin Hastayı Ret Hakkı**

#### **3.5.2.1. Özel Sağlık Kuruluşlarında ya da Serbest Olarak Çalışan Hekimin Hastayı Ret Hakkı**

Özel sağlık kuruluşunda çalışan hekim nizamnamede sayılan hallerin dışında mesleki özerkliği sebebiyle hastayı reddedebilmektedir<sup>242</sup>. Dolayısıyla özel hastanede ya da serbest olarak muayenehanede acil yardım, resmi ya da insani görevlerin yerine getirildiği durumlar dışında hekimin hastayı reddetmesi mümkündür. Nitekim TDN'nin 3. maddesinde de bu husus *"Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur..."* şeklinde vurgulanmaktadır.

Bu sebeple, acil durumlarda hiçbir hastane ya da hekimin tıbbi müdahalede bulunmayı reddetme hakkı yoktur. Çünkü durumun ivediliği hastaya en kısa sürede müdahalede bulunulmasıyla birlikte tehlikenin ortadan kaldırılmasını amaçlanmaktadır<sup>243</sup>. Öte yandan, Taneri'ye göre ise serbest çalışan hekimlerin acil hallerde de tedaviyi üstlenme zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>244</sup>.

Bu konuya ilişkin olarak, Özel Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesinde, *"...Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususî hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir. Bunlardan fakir olanların yatırılarak tedavileri lâzımsa hastanenin parasız kısmına alınır..."* şeklinde yer alan düzenleme ile özel hastanelerin acil

<sup>240</sup>Aynı yönde görüşler için bkz. Erdoğan, a.g.t., s.33-34.

<sup>241</sup>Hakeri, a.g.e., s.143.

<sup>242</sup>Hakeri, a.g.e., s.143.

<sup>243</sup>Hakeri, a.g.e., s.793.

<sup>244</sup>Taneri, a.g.e., s.298.

durumlarda müdahalede bulunma zorunluluğu ile acil serviste muayene olan hastalardan ücret alınmayacağı hususları vurgulanmaktadır.

Kanaatimizce, mevcut hukuki düzenlemeler yorumlandığında acil hallerde hekimin çalıştığı kurum ve pozisyon fark etmeksizin tıbbi müdahalede bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bunların yanı sıra, hastalar tarafından acil servise başvurulmuş olması durumun ivedilik taşıdığı anlamına da gelmemektedir. Burada, durumun acilen tıbbi müdahalede bulunmayı gerektirip gerektirmediğine karar verecek olan hekimdir ve bu sebeple hekimin hastayı muayene etmesi ve gereken incelemeyi yapması gerekmektedir<sup>245</sup>.

Bu konuya ilişkin Yargıtay'a intikal eden bir davada, çocuğunun ateşlenmesi üzerine acil servise gelen aile için hemşire tarafından nöbetçi hekime haber verilmiştir. Ancak, hekim kalp krizi ve trafik kazası dışındaki hastalara bakmayacağını söyleyerek çocuğu muayene etmemiştir. Yargıtay, olayda hekimin sorumluluğu bulunduğu ilişkin karar vermiştir<sup>246</sup>.

Dolayısıyla, mevzuata uygun olarak Yargıtay'ın da vurguladığı üzere acil durumlarda hekimin hastayı reddetme hakkı bulunmamaktadır. Bu sebeple ortaya çıkacak zararlardan da hekimin sorumluluğunun bulunduğu kanaatindeyiz.

### **3.5.2.2. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Hekimin Hastayı Ret Hakkı**

Kamu kurum ve kuruluşunda çalışan hekimler açısından ise hastanın reddi çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Çünkü burada çalışan hekimlerin kamu personeli olmaları dolayısıyla gelen hastalara bakma yükümlülüğü vardır<sup>247</sup>.

Bu konuya ilişkin olarak kapatılan Askeri Yargıtay'ın bir kararında "*Doktorların deontoloji bakımından uymakla yükümlü olduğu kuralları belirleyen 'Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18'inci maddesine göre, doktor, mesleki veya şahsi*

<sup>245</sup>Harun Tuğcu, "Acil Olgularda Hekim Sorumluluğu", Klinik Gelişim Dergisi, C. 22, S. Adli Tıp Özel, 2009, s.85., <http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/2009-ozel.html>, E.T. 10.02.2021.

<sup>246</sup>Yargıtay 5. CD, K.T. 28.11.2013, E. 11820, K.11484; Aktaran: Hakeri, a.g.e., s.794.

<sup>247</sup>Hakeri, a.g.e., s.143.

*sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir ise de, bu serbestlik acil yardım, resmi ya da insani vazifenin ifası gibi hâllerde söz konusu değildir. Bu nedenle somut olay itibarıyla, resmi bir kurumda resmi bir iş yapan ve resmi iş yapıyor olmasından dolayı ASCK'nın Ek-6 ve 5237 sayılı TCK'nın 125/3-a maddeleri ile himaye altında bulunan müştekinin hastayı reddetme hakkı bulunmamaktadır...”* denilerek kamu görevlisi olan hekimin hastayı reddedemeyeceği belirtilmiştir<sup>248</sup>.

Yine, Yargıtay'ın bir kararında da “*Sağlık ocağında görevli hekimin talep eden hastaya spiral takmaktan kaçınması, görevi ihmal suçuna sebebiyet verir.*” şeklinde ifade edildiği üzere hekim hastaya bakmaktan kaçınması nedeniyle hukuken sorumlu olmuştur<sup>249</sup>.

Bununla birlikte, öğretilerdeki bir görüşe göre bazı haklı görülebilecek nitelikte sebeplerin olması kamu personeli olan hekimin de hastayı reddetmesine olanak sağlamakta ve bu hak hizmetten çekilme olarak adlandırılmaktadır<sup>250</sup>.

Şöyle ki TTB Hekim Hakları Bildirgesi'nde, TDN ve HMEK'de yer alan durumlar ile hekimin sözlü yahut fiziksel şiddetle karşılaştığı hallerde hizmetten çekilebileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte bildirgeye göre, hizmetten çekilmeyi gerektiren durumlar meydana gelse dahi hastanın sağlık hakkına erişimi mevcut kurumun teminatındadır. Ayrıca, acilen tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğu taşıyan durumlarda da hizmetten çekilme hakkını kullanmak isteyen hekimden başka bir hekimin müdahale etme ihtimali yoksa hekimin sorumluluğu devam etmektedir.

Öte yandan, bildirgenin hukuki bağlayıcılığının bulunmaması hizmetten çekilme hakkının yeterli güvenceye bağlanamamasına neden olmuştur. Buna bağlı olarak da kamu kurum ve kuruluşlarında görevli hekimler kamu personeli olmaları dolayısıyla hastayı ret hakkı olmadığından her koşulda hastanın tedavi edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Bu durum, kamuda çalışan hekimlerin mağduriyetine yol açtığından Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Hasta ve Çalışan Güvenliğinin

<sup>248</sup>Askeri Yargıtay 1. D, K.T. 09.05.2006, E. 2006/787, K. 2006/801.

<sup>249</sup>Yargıtay 4. CD, K.T. 15.01.2007, E. 12333, K. 133; Aktaran: Hakeri, a.g.e., s.812.

<sup>250</sup>Hakeri, a.g.e., s.143.

Sağlanmasına Dair Yönetmelik hükümlerine dayanarak “Çalışan Güvenliğinin Sağlanması” konulu genelge ve 2020 yılında Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu EK 12. Maddeye gelen ek düzenleme ile hizmetten çekilme hakkı tanınmıştır.

Kanunun ek 12. maddesine eklenen düzenlemede “*Şiddetin vuku bulduğu sağlık kurum ve kuruluşunda, faile veya yakınına mağdurun verdiği hizmeti verebilecek başka sağlık personeli ve yardımcı sağlık personeli bulunması halinde hizmet ilgili diğer personel tarafından verilir.*” şeklinde belirtilerek hizmetten çekilme hakkına işaret edilmiştir.

Eklenen düzenleme ile şiddet olaylarında failin hasta yahut hasta yakını olması fark etmeksizin mağdur sağlık çalışanının çekilerek hizmetin başka bir personel tarafından verilmesi mümkün kılınmaktadır. Dolayısıyla, kamu kuruluşlarında görevli hekimler de haklı gerekçeleri olmak koşuluyla hastayı hemen başka bir hekime sevk edebilecek imkânın bulunması halinde hizmetten çekilebilmektedirler. Sağlık personellerinin bireysel olarak hizmetten çekilebilmesi için durum böyle iken sağlık kurulunun tamamen hizmetten çekilebilmesi için ise şiddet olayının kuruldaki herkese yönelik olarak gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>251</sup>.

### **3.5.2.3. Hekimin Hastayı Reddedilebileceği ya da Tedavisini Yarıda Bırakabileceği Durumlar**

TDN'nin 18 ile 19. maddesine göre, mesleki ve şahsi sebeplerle hekimin hastaya bakmayı reddetmesi ya da hastanın tedavisini bitirmeden yarıda bırakması mümkündür. Öte yandan, hekimin hastayı reddetme hakkı kapsamına girmemekle birlikte genel yasal düzenlemelere bağlı olarak da hastanın reddedilebilmesi mümkündür<sup>252</sup>.

Bununla birlikte, çalışmada konuyla bağlantılı olarak öğretilerdeki görüşlerin de katkısı ile yalnızca TDN'de belirtilen mesleki ve şahsi sebepler ele alınmaktadır.

Hastanın tedavi sürecinde hekime destekte bulunmaması, hekimin önerdiği yöntemleri tıbbi olarak haklı bir neden olmaksızın reddetmesi, önerilerine uygun

<sup>251</sup>Hakeri, a.g.e., s.145-148.

<sup>252</sup>Kutluer, a.g.t., s.42.

davranmaması, süreç içerisinde tanı yahut tedaviyle ilgili olarak hekimin kendisinden beklentilerine olumsuz yanıt vermesi hekimin tedaviyi yarıda bırakabilmesine haklı sebep oluşturabilir<sup>253</sup>.

Örneğin; hastalığın tedavisi için reçeteye yazılan ilaçların hekim tarafından belirtilen şekilde uygulanması gerekir ya da operasyona göre hastanın istirahat etmesi gerekiyorsa bu talimatlara uygun davranılması zorunludur<sup>254</sup>. Hastalığın teşhisi için tahlil gerekiyorsa tahlil yaptırma, MR çekilmesi istenilmişse belirtilen cihazda bir süre hareketsiz olarak kalma ya da ultrason için sıvı alınması gerekiyorsa hasta bu işlemleri yaptırmakla yükümlüdür. Hatta teşhis için hastadan kan alınması gereken hallerde enjeksiyondan korksa dahi hastanın teşhise yönelik incelemelere katlanma zorunluluğu bulunmaktadır<sup>255</sup>. Zira hastanın tetkikleri reddetmesi durumunda hekimin hastasını bırakabilmesi imkânı TDN'nin 24. maddesinde de özel olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, burada hekim mesleki sebeplere dayanmadan 24. madde aracılığıyla da hastasını reddedebilmesi mümkündür.

Ancak, hekim tarafından seçilen tedavi yönteminin reddedilmiş olması doğrudan hastanın reddedilebileceği anlamına gelmemektedir. Örneğin, hekimin cerrahi müdahalede bulunmaya karar verdiği ancak hastanın bu yöntemi reddettiği durumda hekimin doğrudan hastayı reddederek hastalığı ile yalnız bırakması mümkün değildir<sup>256</sup>.

Tıbbi müdahalenin başlangıcında mevcut olmayan bazı durumların sonradan ortaya çıkarak tedavinin seyrini değiştirmesi durumlarında da hekimin tedaviyi yarıda bırakabileceğini yahut kısmen reddedileceğinin kabulü gerekmektedir<sup>257</sup>. Bununla birlikte hastanın tıbbi durumunun ağır hale gelmesi, durumun hekimin yahut çalıştığı kuruluşun imkânlarını objektif olarak aşmış olması hallerinde hekim gerekli

---

<sup>253</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.162.

<sup>254</sup>Yavuz İpekyüz, a.g.e., s.153-154.

<sup>255</sup>Örnekler için bkz. Yavuz İpekyüz, a.g.e., s.154.

<sup>256</sup>Cahid Doğan, "Tedaviyi Kabul Etmeme ve Durdurma Hakkı", Şu kitapta: Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu 13-14.11.2009, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.324.

<sup>257</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.160-161, dn.415.

önlemleri almak suretiyle hastanın sevkini sağlamalıdır. Ayrıca, bu durum TTB Hekim Hakları Bildirgesinde de ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>258</sup>.

Özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimler açısından hasta ile aralarındaki güven ilişkisinin sarsılması hastayı ret sebebi olabilir<sup>259</sup>. Hastanın teşhis ve tedavi ile ilgili olarak iş birliği içerisinde bulunmaması<sup>260</sup>, bulaşıcı hastalığı olan hastanın bunu gizlemesi<sup>261</sup> ya da HIV virüsü taşımasına rağmen hastanın test yaptırmayı reddetmesi<sup>262</sup> hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisinin sarsıldığını göstermektedir. Şöyle ki, hastanın hekimden özgeçmişine ilişkin bazı bilgileri saklamış olması, hekimin belirlediği tedaviye uymaması ve bunun sonucunda hekime türlü şekillerde rahatsızlık vermesi yahut hekim itibarını zedeleyici söylemlerde bulunarak bunları yayması gibi durumlar tedavinin başlangıcında kabul edilen hastanın daha sonra reddedilmesine sebebiyet verebilir<sup>263</sup>.

Bunların yanı sıra, konsültan hekimle<sup>264</sup> tedaviyi yürüten hekimin farklı görüşlerde olduğu ve hastanın konsültan hekimin fikrine uygun olarak tedavinin yürütülmesini istediği haller de hekimin hastaya bakma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır<sup>265</sup>. Bu durumun TDN'nin 28. maddesinde de özel olarak düzenlenmiş olması nedeniyle hekimin genel mesleki sebeplere değinmeden bu maddeye dayanarak tedaviyi yarıda bırakması da mümkündür.

Hastanın ödeme gücünün olmadığı<sup>266</sup>, kamu kurum ve kuruluşlarının dışında çalışan hekimlerde hastanın daha evvelki muayene ücretlerini ödemediği, randevulara gelmediği haller de ret sebepleri arasında gösterilmektedir<sup>267</sup>.

<sup>258</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.162-163.

<sup>259</sup>Ali Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.10.

<sup>260</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.162.

<sup>261</sup>Erdoğan, a.g.t., s.31-32.

<sup>262</sup>Kutluer, a.g.t., s.64.

<sup>263</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.161.

<sup>264</sup>Konsültasyon talep edilen hekim. Konsültasyon TDK Sözlüklerinde "*Bir hastalığa tanı koymak veya hastalığı tedavi etmek amacıyla birden fazla hekimin görüş alışverişinde bulunması, konsulto.*", şeklinde tanımlanmıştır. Tanım için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 25.03.2021

<sup>265</sup>Kutluer, a.g.t., s.53.

<sup>266</sup>Hakeri, a.g.e., s.793.

<sup>267</sup>Marcia M. Boumil/Clifford E. Elias/Diane Bissonette Moes, Medical Liability, St. Paul, 2003, s.16; Aktaran: Hakeri, a.g.e., s.791.



Hekimin mesleki bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağı hallerde hastayı reddetme hakkı bulunur. Bu duruma, hekimin hastalığı ilgilendiren alanda uzman olmadığı ya da tıbbi müdahalede bulunulması için gerekli imkânların (alet, ilaç, uygun ortam, vs.) olmadığı koşullar örnek olarak gösterilebilir. Uzmanlık alanı dışındaki konularda hekimin hastayı reddetme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Çünkü bu husus aynı zamanda meslek etiği değerlerinden birisi olarak da karşımıza çıkmaktadır<sup>268</sup>. Erişkin bir hastanın çocuk hekiminden reçete yazmasını talep etmesi ya da hekimin hastaya faydalı olamayacağı düşünmesi sebebiyle tedavinin başka bir hekimde devam etmesini istediği haller de bunlara örnektir ve her iki durumda da hekimin hastası reddetmesi makul görülebilir<sup>269</sup>. Fiziksel imkânların teşhis ve tedavi için yeterli olmadığı hallerde de hekim mesleki sebebe dayalı olarak hastanın tedavisini reddedebilmektedir<sup>270</sup>.

Üniversite hastanelerinde hastanın tedavi esnasında üçüncü kişi konumunda bulunan tıp fakültesi öğrencilerinin tedavi sürecine katılımını reddetmesi halinde hekimin hastayı reddetmesinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir<sup>271</sup>. Bu konuya ilişkin doktrindeki bir görüşe göre, hekimlerin yetiştirilmesini engelleyen uygulamalar kabul edilemeyeceğinden hekimin bu hallerde uygulamayı reddetme hakkı bulunmaktadır<sup>272</sup>.

Kanaatimizce hekimin hastayı bu sebeple reddedebileceği görüşünü savunmak hastanın sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını, özgür iradesi ile kullanmasını engellemektedir. Çünkü hasta tedavisi devam ederken üçüncü kişilerin de orada bulunmasına katlanmaya zorlanamaz. Hekimin bu sebeple hastayı reddetmesinin mümkün olduğu görüşünün kabulü, hastanın kendini baskı altında hissetmesine ve iradesine aykırı şekilde onay vermesine sebep olacaktır. Bu durum da hakkını kullanması engellediğinden haklar dengesini hasta aleyhine bozacaktır. Ayrıca, çalışmanın önceki başlıklarında belirtildiği üzere kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimlerin hastayı reddetme hakkı bulunmayıp sadece belli koşullarda hizmetten çekilme hakkına sahiptir. Bu açıdan da değerlendirildiğinde, üniversite

---

<sup>268</sup>Kutluer, a.g.t., s.49-51.

<sup>269</sup>Aydın, a.g.m., s.3.

<sup>270</sup>Türe/Türe, a.g.m., s.303-304.

<sup>271</sup>Kutluer, a.g.t., s.49.

<sup>272</sup>Özçetin/Balaban, a.g.e., s.210.

hastanelerinde kamu personeli olarak çalışan hekimlerin bu sebeple hastayı reddetme imkânı olmamalıdır.

Estetik ameliyatlardan açısından hekimin istenen sonucun gerçekleşemeyeceğine ya da tıbbi endikasyonun bulunmadığına ilişkin gerekçesi kamu görevlisi olması halinde dahi hastayı reddetme imkânı vermektedir<sup>273</sup>. Çünkü bu uygulamalarda hekimlik sözleşmesi eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, hekimin hastanın taleplerini tıpkı bir heykeltıraş gibi istenene en uygun şekilde gerçekleştirmesi gerekir. Dolayısıyla, hekimin hastanın isteklerinin kendi yeteneklerini aşacağı fikrine kapıldığı estetik müdahalelerde bulunmaya zorlanması kabul edilemez.

Hekimlerin çalışma koşullarının hekimin sağlığını riske attığı hallerde de tedaviyi reddetme hakkı olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu durumlarda hekimin riskin en az olacağı şekilde çalışma koşulları sağlanması yönünde talepte bulunabileceği kabul edilmektedir<sup>274</sup>.

Şöyle ki, TDN'nin 15. maddesinde sağlık kuruluşu dışında hastayı tedavi eden hekimin hijyen ve korunma koşulları sağlanmadığında tedaviyi reddedebileceğine işaret edilmiştir. Bununla birlikte, düzenlemede sağlık kuruluşunda sürdürülen tedavi hizmetlerinde bu koşulların sağlanmadığı hallerde hekime ret hakkı tanınıp tanınmadığına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Bu konuda öğretide bizimde katıldığımız bir görüşe göre, sağlık kuruluşunda sürdürülen tedavilerde de koşulların sağlanmadığı gerekçesiyle nizamnamedekine benzer bir yorumla hekimin tedaviden kaçınması mümkün olmalıdır<sup>275</sup>.

Bu konuya ilişkin olarak TTB Hekim Hakları Bildirgesi'nde, hekimin çalıştığı ortamın enfeksiyondan korunmak için yeterli araçları barındırmaması halinde acil tıbbi müdahalenin gerekli olmadığı hastaların yeterli imkânların bulunduğu kurumlara sevkinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Bu durumda, hekimin yetersiz gördüğü şartların düzeltilebilmesi için harekete geçmesi gerekir. Enfeksiyonun oluşumunda etkili etmenlerin tamamen belirlenmediği bulaşıcı hastalıklara da

---

<sup>273</sup>Hakeri, a.g.e., s.793.

<sup>274</sup>Erdoğan, a.g.t., s.58.

<sup>275</sup>Türe/Türe, a.g.m., s.307.

değnilmiştir. Bu hastalıklarda hekimin mesleki niteliklerini kullanarak etkili bir müdahalede bulunması gerektiği yükümlülüğünde olduğu belirtilmektedir.

Örneğin, Covid-19 salgını döneminde hekimler tarafından hastalara müdahale edilirken bakanlık tarafından cerrahi maske, N95 maske, koruyucu tulum ve gözlük gibi gereçler temin edilmiştir<sup>276</sup>. Aksi halde hekimlerin bulaşıcı hastalığı olan kişiyi tedavi etme zorunluluğunun bulunmadığı kanaatindeyiz.

Bu konuya ilişkin doktrindeki bir görüşe göre, çalışma koşulları yalnızca fiziksel koşullardan ibaret olmayıp hekimin mesleğini olması gerektiği gibi yerine getirebilmesi için çalışma ortamının da uygun olması gerekmektedir. Zira bir günde çok sayıda hastaya bakması hekimin teşhis ve tedavi açısından başarılı olabilmesi açısından olumsuz nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla bu durumda hekimin hastayı mesleki sebeple reddetme hakkı bulunmaktadır<sup>277</sup>.

Hekimin, uykusuz ya da uzun çalışma saatleri sebebiyle yorgun olduğu hallerde de “mesleki sebep” kapsamında hastayı reddetme hakkı bulunmalıdır. Çünkü yorgunluğu sebebiyle mesleki yükümlülüklerini gerekli şekilde yerine getiremeyeceğini düşünerek hastayı reddetmek isteyen hekimin zorlanması aynı zamanda hastanın mesleğini icra etmeye yeterli bir hekim tarafından tedavi edilmesi hakkını içerdiğinden, hastanın tedavi olma hakkı da ihlal edilmektedir<sup>278</sup>.

Kanaatimizce, burada hekimin yorgunluğu ya da uykusuzluğunun sağlık hizmetini ifa etmek için yaptığı çalışmalardan kaynaklaması gerekmektedir. Aksi halde, hekimin keyfi olarak hastayı reddetmesi gibi durumlar ortaya çıkabilir. Esasen, kanaatimizce bu durumda hekimlere bireysel olarak hastayı reddetme hakkının tanınmasındansa hakkaniyet ilkesine zarar vermeyecek şekilde idari makamlarca hekimlerin çalışma saatlerine ve nöbetlerine uygun olarak hastalara randevu sisteminin açılması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

---

<sup>276</sup>Duygu Yener, Sağlık Bakanı Koca Kovid-19 Mesaisindeki Hekimler ve Sağlık Çalışanlarıyla Görüştü, Anadolu Ajansı, (01.04.2020), <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/saglik-bakani-koca-kovid-19-mesaisindeki-hekimler-ve-saglik-calisanlariyla-gorustu/1787296>, E.T. 28.01.2021

<sup>277</sup>Erdoğan, a.g.t., s.28-30; Türe/Türe, a.g.m., s.302.

<sup>278</sup>Kutluer, a.g.t., s.58.

Öte yandan, özellikle Covid-19 salgını döneminde tüm sağlık çalışanlarının çalışma saatlerinde azami seviyeye ulaşılmış, izin kullanmaları bir süreliğine durdurulmuştur. Bu sebeple, her ne kadar sağlık çalışanlarının sağlık haklarını tehlikeye düşürecek boyutta kısıtlamalar olmaması gerektiği kanaatindeyse de salgın koşullarında olduğu gibi olağanüstü dönemlerde kamu hizmeti niteliğindeki görevleri gereğince hekimlerin bu sebebe dayalı olarak hastayı tamamen reddetmesi kabul edilmemelidir. Bu konu alt başlıklarda ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada sonlandırılmaktadır.

Hekimin şahsi nedenlerle hastayı reddetmesi için de hekimle ilgili içsel bir durumun objektifliği etkileyecek nitelikte olması gerekir. Örneğin, hekimin kendisine karşı ağır bir suç işlemiş olan kimseyi yahut oğlunu tedavi etmekten kaçınması şahsi sebepler açısından haklı görülebilir. Ancak, hizmetten çekilebilmesi için sebebin belirli bir yoğunluk içermesi ile tedavinin başarısız olmasının muhtemel olması gerektiğinden cerrahi müdahalelerde mümkün olan çekilme hakkı genel muayene açısından haklı bir sebep teşkil etmemektedir<sup>279</sup>. Dolayısıyla, şahsi sebeplerle hastanın reddedildiği hallerin somut olayın koşullarına göre özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, hekimlerin vicdani kanaatlerine uygun olarak da hastayı reddedebilecekleri durumlara ilişkin açıklamalara ikinci bölümde ayrıntılı olarak yer verildiğinden oraya atıfta bulunmakla yetinmekteyiz.

#### **3.5.2.4. Hakkın Sınırı**

Hekim ret hakkını kullanırken haksızlık ya da ayrımcılığa neden olacak uygulamalara sebebiyet vermemelidir. Nitekim bu hakkın aciliyet içeren hallerde kullanılması mümkün değildir. Örneğin, diyabet hastası birinin gerekli tedaviyi alması aşamasında ret hakkı kullanılamaz. Çünkü bu hastalık düzenli bir tedavi gerektirdiği gibi zaman kaybedilmesi halinde olumsuz sonuçlara sebebiyet verebilmektedir<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup>Türe/Türe, a.g.m., s.305-306.

<sup>280</sup>Hakeri, a.g.e., s.289.

Her hekimin TDN'nin 3. ve 18. maddelerinin gereği olarak acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası hallerinde tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğu vardır. Keza, bu durum HMEK'nin 10. maddesinde *“Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.”* şeklinde düzenlenerek acil durumlarda hiçbir ayırımı bulunmaksızın hekimlerin müdahalede bulunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, hekimin bu hallerde hastayı reddetmesi hukuken mümkün olmadığı gibi meslek etiğine aykırı ve mesleki özerklik ilkesi ile de bağdaşmayacak bir davranıştır.

Bu konuya ilişkin olarak Yüksek Columbia Mahkemesi tarafından onanan bir karara konu olayda *“...Hekim anestezi ilacını enjekte ettikten 2 ya da 3 dakika içinde, boğaz sıkışması gece saat 12.55'te başlar. Hastaya, hava alması ve oksijen verilmesi başarısız olur. Hastaya kasları gevşetici iğne yapılır ve boğazından akciğerlerine hava göndermek üzere tüp salınır. Fakat hastanın beyin tahribatı önlenemez. Aslında, hastaya oksijen verme yine toplanan kanıtlara göre, geçen zaman sonucunda gece saat 1.45'e kadar sürmüştür. Böylece anestezi hekiminin, hastaya vaktinde oksijen vermediği tespit edilir. Anestezi uzmanı Dr. Gutierrez'in, hastayı terk ettiği ve başka bir hekime bıraktığı gece saat 1.30'dur. Ancak, hasta ameliyat odasında gece 12.57 ile 1.30 arasında hiçbir hekimin bulunmadığını iddia etmiştir”*. Yapılan yargılama neticesinde, *“... anestezi uzmanı olarak ameliyat yerinden ayrıldığı ve bu nedenle hastaya gerekli müdahaleyi yapmadığı tespit edildiğinden...”* Dr. Gutierrez'in kusurlu olduğuna karar verilmiş ve uygun olmayan bir zamanda tedaviyi yarım bırakması sebebiyle hekim sorumlu tutulmuştur<sup>281</sup>.

Kanaatimizce, belirtilen yabancı mahkeme kararı son derece isabetlidir. Zira tedavinin reddedilebileceği ya da yarıda bırakılabileceği hallerin de makul yer, zaman ve koşulları sağlaması gerekmektedir.

Bunlara ek olarak, ulusal hukuk sisteminde T.C. vatandaşı olan 18 yaşından küçük çocukların tedavisinin maddi sebeplerle reddedilemeyeceğinin belirtilmesi gerekir. Çünkü 5510 Sayılı Kanun kapsamında T.C. vatandaşı çocuklar genel sağlık

<sup>281</sup>Acher ve Guterrez Olayı, s.282-284; Aktaran: Cemal Öztürkler, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Yenilenmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s.101.

sigortasına dâhildir. Bu sebeple de sevk zincirine uygun davranılması koşuluyla çocukların tedavisinin maddi sebepler dolayısıyla reddi mümkün değildir<sup>282</sup>.

Burada hakkın sınırını oluşturabilecek nitelikteki sık karşılaşılan örneklere yer verilmiş olmakla birlikte uygulamada karşılaşılabilecek farklı örneklerin de bu kapsamda yorumlanması gerekmektedir.

### 3.6. HASTANIN TEDAVİYİ REDDETME HAKKI

#### 3.6.1. Genel Olarak

Hekimin mesleki özerkliği ilkesi ile teşhis ve tedavi yöntemini seçen hekime geniş bir özgürlük alanı tanınmaktadır. Öte yandan, bu ilke ile hastanın tedaviyi ya da tedavi yöntemini reddettiği hallerde devreye giren hastanın özerkliği ilkesi karşı karşıya geldiğinde hangisine öncelik tanınacağı önemli bir husustur.

Hastanın özerkliği, hekimin görevini yerine getirirken uyması gerekli tıp etiği ilkelerinden biridir<sup>283</sup>. Bu sebeple, hastanın özerkliği ilkesi hekimin mesleki özerkliğinin sınırlarından birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, bu durumda hekim hasta kararına saygı göstermeli ve onu tedavi için zorlamamalıdır<sup>284</sup>.

Bu durumda, hastanın açık iradesine aykırı olarak tedaviyi hukuk sistemi tanınmadığından hekimin hastanın iradesine uygun olarak müdahaleden kaçınması gerekmektedir. Dolayısıyla tedavide belirleyici olan tıbbi göstergeler değil yalnızca hastanın kendi iradesidir<sup>285</sup>.

Bununla birlikte, önemli olan hususlardan biri de tedaviyi reddetme hakkının hastalara tanınmış olmasıdır. Örneğin, 80 yaşında bilinci kapalı halde hastaneye gelen hasta yakınlarının tedaviyi reddetme, hastanın evde acısız olarak ölümünü beklemeyi talep etme hakkı yoktur. Çünkü burada tedavinin reddedilmesi hastanın yaşam ve vücut bütünlüğünü tehlikeye uğratabilecek nitelikte olabileceği gibi hasta

---

<sup>282</sup>Kutluer, a.g.t., s.44.

<sup>283</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz. HMEK

<sup>284</sup>Reisoğlu, a.g.m., s.6.

<sup>285</sup>Laufs-L/U, § 52, kn.9.

yakınlarının hangi amaçla bu kararı aldığı belirsizdir. Dolayısıyla, bu durumda hekimin hastayı tedavi etme yükümlülüğü devam etmektedir<sup>286</sup>.

### 3.6.2. Hakkın Hukuki Dayanağı

Hastanın tedaviyi reddetme hakkı ulusal hukuktaki pek çok metinde yer almaktadır. Bunlardan, öncelikli olanı Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*" şeklindeki düzenleme olup, bu düzenleme ile kişinin vücut bütünlüğünün korunması amaçlanmaktadır.

Düzenlemede yer alan tıbbi zorunluluk kavramı, Hakeri'ye göre "endikasyon"a işaret etmektedir. Bu sebeple, kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi halinde endikasyonun varlığı hukuka aykırılığı engelleyecektir. Bununla birlikte, anayasa metninde bu müdahale açısından kişinin rızasına yer verilmemiş olması hastanın tedaviyi ret hakkı olmadığı şeklinde yorumlanamaz. Zira genel hükümler değerlendirildiğinde hastanın bu hakka sahip olduğuna kuşku bulunmamaktadır<sup>287</sup>.

Bununla birlikte, HHY'nin 22. maddesinde Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen hususlara yer verilerek suç delillerinin sanığın ya da mağdurun vücudunda bulunduğu hallerde istisnai olarak hâkim kararıyla tıbbi işlemde bulunulabileceği de eklenmiştir.

Yine, HHY'nin 25. maddesinde "*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir.*" şeklinde ifade edilerek hastanın tedaviyi reddetme hakkı düzenlenmiştir.

<sup>286</sup>Hakan Hakeri, "Tıp Hukukuna Giriş (Tıp Hukukunun Temel Kavramları) (Genel Tıp Hukuku)", Roche Sağlık Hukuku Günleri 2 Soru ve Cevaplar, İstanbul, Roche Müstahzarları Yayınları, 2007, s.31.

<sup>287</sup>Hakeri, a.g.e, s.803.

### 3.6.3. Mahkeme Kararları Bağlamında Tedaviyi Ret Hakkı

Bu konuya ilişkin olarak, ulusal hukukta sezaryen yöntemi ile gerçekleştirilen doğumlara kısıtlama getiren düzenlemeye karşı açılan iptal davası AYM tarafından incelenmiştir. Davada, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153. maddesine 04.07.2012 tarihinde eklenen 2. fıkranın Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 48. ve 56. maddelerini ihlal ettiği iddiasında bulunulmuştur<sup>288</sup>.

Maddeye eklenen “*Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir.*” şeklindeki 2. fıkra hükmünün iptali istemiyle açılan dava AYM tarafından oy çokluğu ile reddedilmiştir<sup>289</sup>.

Mahkeme başvuruyu reddettiği kararının gerekçesinde “*Dava konusu kural ile doğumun gerçekleşmesinin iki yönteminden birinin tıbbi zorunluluk kavramına göre hekim tarafından tercih edilmesi öngörülmektedir. Kuralın sınırladığı husus, anne adayının kendi isteği ile doğum yöntemini belirlemesi ve hekime bunu dayatabilmesi ile hekimin de tıbbi zorunluluk olmaksızın bu ameliyatı yapmasıdır. Kural ile hekime, tedaviye ilişkin bilimsel görüşünü ileri sürme ve uygulama konusunda yasal bir dayanak sağlanmıştır...*” şeklindeki ifadelerle esasen hekimin hastanın bilimle bağdaşmayan isteklerinde ısrarcı davranmasının engellenmesinin amaçlandığı yönünde yorumlanmıştır<sup>290</sup>.

Kararın devamında da düzenleme bu şekilde yorumlanmaya devam edilerek, “*...Doğumun gerçekleşmesinde sadece iki yöntemin olduğu dikkate alındığında, anne adayına hekimin bilimsel tercihinin etkisiz kılacak üstün bir tercih hakkı verilmesinin, uygun görmediği tedaviyi uygulamaya zorlanacak hekimin çalışma hürriyetini*

<sup>288</sup>AYM GK, K.T. 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105.

<sup>289</sup>AYM GK, K.T. 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105.

<sup>290</sup>AYM GK, K.T. 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105.



*daraltacağı açıktır. Dolayısıyla bu durum, hekimin tedavi yöntemini belirleme hakkına müdahale olacaktır...*" şeklindeki ifadeler yer verilmiştir<sup>291</sup>.

Öte yandan, mahkemede çoğunluğun kararına katılmayan dört üye tarafından düzenlemenin çeşitli anayasa maddelerini ihlal ettiğine ilişkin karşı oy kullanılmıştır. Mahkemenin iki üyesi tarafından sunulan ve bizim de katıldığımız karşı oy gerekçesinde "*Düzenleme, sezaryen ile doğum konusunda anne adayının bireysel tercihini tamamen ortadan kaldırmakta, bu konudaki kararı tıbbi zorunluluk bulunması durumunda sadece doktora bırakmaktadır. Esasen kuralın yüklemi olan "yapılabilir" ibaresi de ayrıca belirsizlik hatta kendi içinde çelişki barındırmaktadır. Bu haliyle kural "tıbbi zorunluluk bulursa bile doktor sezaryen yapmayabilir" şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Halbuki zorunluluğun olduğu yerde tercihe yer yoktur. Bu kural olmasa bile anne adayı veya bebek açısından tıbbi zorunluluk halinde sezaryen ameliyatı yapılmalıdır. Bu nedenle kuralın asıl amacı, tibben bir sakınca olmadığı durumlarda anne adayının kişisel tercihlerine bağlı olarak sezaryen ile doğum yapmasını yasaklamaktır.*" denilerek kuralın amacı çoğunluk görüşünden farklı şekilde yorumlanmıştır<sup>292</sup>.

Karşı oy gerekçesinde AİHM'nin *Ternovszky/Macaristan* kararına "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayat"ın, bireyin fiziki bütünlüğünü, kişisel özerkliğini ve anne baba olma ya da olmama hakkını da kapsayan geniş bir kavram olduğunu vurgulamaktadır. Evde doğum yapmayı tercih eden bir anne adayının yaptığı başvurunun değerlendirildiği Ternovszky/Macaristan kararında AİHM şu tespiti yapmıştır: "Kişisel özerklik, 8. maddenin koruduğu hakların/güvencelerin yorumunda dikkate alınması gereken temel bir ilkedir. Bu nedenle, anne baba olma kararına ilişkin hak, doğumun nasıl yapılacağı konusundaki tercih hakkını da içerir"*(*Ternovszky/Macaristan, B. No: 67545/09, 14/12/2010, § 22*)."

şeklinde yer verilerek atıfta bulunulmuştur. Gerekçenin devamında, kişinin doğum yapacağı yöntemi seçmesinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının gereği olduğu belirtilerek bunun

<sup>291</sup>AYM GK, K.T. 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105.

<sup>292</sup>Engin Yıldırım ve Zühtü Arslan Karşı Oy Gerekçesi için bkz. AYM GK, K.T. 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105.

ancak gebe ya da bebeğin sağlığının tehlikeye atıldığı durumlarda sınırlandırılabilirdiği ifade edilmiştir<sup>293</sup>.

Yukarıda belirtilen karşı oy gerekçesindeki ifadelere ağırlıklı olarak katılmakla birlikte, üyelerin aksine bu hususta hukuki düzenlemeler yapılmasını içerik olarak olmasa da hekimlerin mesleki özerkliği açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirmektedir. Öte yandan, eklenen fıkra hükmünün içerik olarak mesleki özerklik hakkını genişletmekten çok bireyin kendi bedeni üzerindeki haklarını sınırlandırdığı görölmektedir. Bu sebeple, eklenen fıkrada değiştirilecek birkaç kelime ile hekimin tıbbi zorunluluk hallerinde mesleki kanaatine göre yöntem seçebileceğinin diğer durumlarda ise hastanın seçimlerinin öncelikli olacağının açıkça ifade edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Keza, Dr. Wittig vakasında da BGH tarafından hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygılı bir yaklaşım benimsenmiştir. şöyle ki, olayda ölen eşinin yanına gitmek istediğini daha önce birçok kez beyan eden yaşlı kadın intihar girişiminde bulunmuş ve eve kontrole gelen hekim hastayı bilinci kapalı bir şekilde yatağında bulmuştur. Hastanın önceki beyanlarından haberdar olan ve evde hastanın ölmek istediğine ilişkin birden fazla not kâğıdı bulan hekimin hastanın iradesine uygun olarak müdahalede bulunmadığı olayda hekim beraat etmiş ve yüksek mahkeme tarafından bu karar onaylanmıştır<sup>294</sup>.

#### **3.6.4. Tedaviyi Ret Hakkının Yehova şahitleri Açısından Değerlendirilmesi**

Hastanın tıbbi müdahaleyi tamamen reddetmesi mümkün olduğu gibi, müdahale için verdiği rızayı sınırlandırabilmesi de mümkündür. Örneğin, cerrahi operasyona rıza vermekle birlikte dini sebeplerle kan nakline onay vermeyen Yehova şahitlerinin durumu bu şekildedir. şöyle ki, bu inanişa göre kişinin başka birisinden ya da kendi kanı dahi olsa bile dışarıdan vücuduna kan aktarımında bulunulması kesinlikle yasaktır. Bu sebeple, belirtilen inanişa sahip kişiler bilinç kapanıklığı durumunda kendisine kan naklinde bulunulmasına izninin olmadığını belirten yazılı

<sup>293</sup>Engin Yıldırım ve Zühtü Arslan Karşı Oy Gerekçesi için bkz. AYM GK, K.T. 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105.

<sup>294</sup>BGH NJW 1984, 2639.

belgeleri genellikle yanlarında bulundurmaktadır<sup>295</sup>. Bilinci kapalı olan hastanın yanında Yehova Şahidi olduğunu belirten belgenin bulunması halinde hekimin hastanın bilinci açık olsaydı kan nakline rızasının olmayacağını değerlendirerek müdahalede bulunması gerekmektedir<sup>296</sup>.

Diğer taraftan, bu belgenin kişinin yanında bulunmadığı ancak kendisinin Yehova Şahidi olduğunun bilindiği durumlara ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerde birinde, hastanın Yehova Şahidi olduğunun bilinmesi önemli bulunduğundan rızanın bulunmadığından hareketle kan ve kan ürünü naklinin yapılmaması gerektiği savunulmaktadır<sup>297</sup>. Katıldığımız diğer görüşe göre ise bilinci kapalı olan Yehova Şahidi kişinin yanında açıkça iradesini belirten yakın tarihli bir belgenin bulunması halinde bu beyana uygun davranılması gerekmektedir. Ancak, iradeyi açıkça beyan eden bir belge yoksa yaşam hakkına öncelik tanınmalıdır<sup>298</sup>.

Kanaatimizce, hastanın belirli bir inancı benimsemiş olması her koşulda onun gereklerini yerine getirdiğini ya da koşullara göre özgür iradesinin farklı yönde gelişmeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu sebeple, bu yönde açıkça irade beyanı olmayan hastanın inancından ötürü kan naklini istemeyeceği düşüncesiyle müdahale etmekten kaçınılması hastanın özgür iradesine müdahale niteliği taşıyacağı gibi hastanın niyetini okumaktan fazlası olmayacaktır. Bu durumlarda müdahale etmekten kaçınan hekimin de ortaya çıkan zarardan sorumlu olması muhtemeldir.

Öte yandan, Yehova Şahidi olan hastanın kan ve kan ürünleri naklinin reddettiği durumlarda hekimin hastanın isteğine saygı göstermesi gerekmele birlikte hekim tarafından değerlendirildiğinde riskli bulunması halinde operasyonun reddedilmesi mümkündür<sup>299</sup>. Dolayısıyla, hastanın kan ve kan ürünleri nakli olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması yönündeki talebini hekimin kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra, hastanın yaşamının tehlikeye girdiği hallerde rızası olmamasına rağmen kan verilmesi ya da rıza dışı müdahalede bulunulmasının

---

<sup>295</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.358-359.

<sup>296</sup>Erman, a.g.e., s.140.

<sup>297</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.359.

<sup>298</sup>Hakeri, a.g.e., s.495.

<sup>299</sup>Laufs-L/U, § 52, kn.10.

mümkün olup olmadığına ilişkin öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden birine göre, hastanın üstün yararı gereğince hekimin hastanın ölümüne seyirci kalması beklenmeyeceği gibi bu yöndeki anlaşma da TMK madde 23'e göre hükümsüz olacaktır<sup>300</sup>. Keza, Reisoğlu da bu görüşte olup yaşam hakkının anayasa ile güvence altına alınmış olduğundan kişinin tedavi hakkındaki kendi kararına dayanan kişilik haklarına göre öncelik taşıdığını ve bu sebeple hastanın rızası olmasa dahi müdahalede bulunulması gerektiği savunulmaktadır<sup>301</sup>.

Öğretide baskın olan diğer görüşe göre ise tıbbi müdahalede bulunulmadığında durum hastanın ölümüyle sonuçlansa dahi belirlenebilen rızaya öncelik tanınmalıdır. Zira tedavinin hasta tarafında reddedilebilmesi kendi geleceğini belirleme hakkıyla bağlantılıdır ve bu sebeple hastanın rızası önem taşımaktadır<sup>302</sup>.

Kanaatimizce, yaşam açısından tehlike arz edebilecek durumlarda hastanın üzerinde bulunan belgeye göre hareket edilmeli, orada bir vekil belirlendiyse o kişiye belirlenmediyse hastanın açıklanan iradesine uygun davranılmalıdır. Bunun için belgenin yakın tarihte düzenlenmiş, hastanın iradesinin açıkça yer aldığı ve beyanın hastaya ait olduğuna ilişkin değerlendirmede bulunulmalıdır. Öte yandan, hastanın yanında belgenin bulunmadığı ancak Yehova Şahidi olduğunun belirlenebilir bir simgeden ya da kişiden öğrenildiği hallerde hekim tarafından hastanın yaşam hakkına öncelik tanınmalıdır. Zira bilinci kapalı olan hastanın o an iradesini ne yönde kullanacağını yukarıda belirtilen sebeplerden dolayı tahmin edilemeyeceği görüşündeyiz.

### 3.7. EKONOMİK SEBEPLER

Hekimin mesleki özerkliğinin ekonomik nedenlerle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı da önemlidir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından 1992 yılında

<sup>300</sup>Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003, s. 232; Arif Barış Özbilen, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.12, S.24, 2013, s.102-103., <https://app.trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TWpNd056YzVPUT09>, E.T. 07.03.2021

<sup>301</sup>Reisoğlu, a.g.m., s.6-7.

<sup>302</sup>Ergun Özsunay, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Şu kitapta: Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu/Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.43; Şenocak, a.g.e., s.43, dn.34.

Roma’da yapılan toplantıda sağlık hizmetlerinin belirli bir toplumun sahip olduğu mali, insani ve maddi kaynaklarla sınırlı olduğu ve dengeli davranılması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte, hastalığın çok maliyetli olması durumunda sadece masrafının çokluğu gerekçesiyle tedaviden kaçınılması da mümkün değildir. Dolayısıyla, tedavi özgürlüğünün masraf bakış açısı ile sınırlandırılmasının önleyici tedbirler açısından dikkate alınabilecek nitelikte olmakla birlikte tedavi aşamasındaki etkisinin daha kısıtlı olması gerektiğine ilişkin düşünceler bulunmaktadır<sup>303</sup>.

Yine, TTB Hekimlerin Toplumsal Sorumluluk Bildirgesi’nde de sağlık hizmeti sunulurken hekimlerin toplumsal kaynakları akılcı kullanması gerektiği belirtilmiştir<sup>304</sup>. Bununla birlikte, hekimin mesleki faaliyetlerini yürütürken özgürlüğünün devlet tarafından ekonomik sebeplerle kısıtlanabileceği kabul edilmektedir. Sınırlandırmanın amacı ise aşırı harcamalar ile hekimin defansif tıbbi başvurulmasının engellenmesidir. Fakat hastanın yararı söz konusu olduğunda gerekli tıbbi standartın korunması gerekmektedir<sup>305</sup>.

Bu durumlar ulusal mevzuatta, TDN madde 20’de ve HMEK madde 30’da da vurgulanmış olup hekimin hastaya yarar sağlamayacak gereksiz ya da masraf niteliğinde olan işlemlerden kaçınması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu konuya ilişkin bir davada, yerli kuduz aşısı kullanımı sonucunda gerçekteşen komplikasyon ile hastanın ölümü sonucunda tazminat talebi ile açılan dava Danıştay’a intikal etmiş ve Danıştay’ca İdare Mahkemesi’nin kararı onanmıştır. İdare Mahkemesi’nin onama kararının gerekçesinde konuya ilişkin olarak, “181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu hükümlerine göre davalı idarenin, gerekli aşısı, serum, kan ürünleri ve ilaçların üretimini yapmak, yaptırmak ve gerekirse ithalini sağlamakla, bu maddelerin kalite ve kontrolünü denetlemekle, salgın ve sosyal hastalıklarla mücadele etmekle, kuduz aşısı hazırlanması ve uygulanması için gerekli kuruluşları açmakla ve aşısını parasız uygulamakla görevli olduğu, verilen ara kararı üzerine

<sup>303</sup>Hakeri, a.g.e., s.194.

<sup>304</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz. Güney Tunalı, a.g.e., s.524.

<sup>305</sup>Hakeri, a.g.e., s.195.

*Adli Tıp Kurumu 5.İhtisas Komisyonunca verilen 2.05.1994 tarih ve ... sayılı raporda, davacıların yakınının ölüm nedeninin yerli kuduz aşısı sonrası geçirilen “Guillen Barre” olduğunun, ithal kuduz aşısı olan HDCV'nin en az komplikasyonu olan aşı olduğunun, bu aşıyla ilgili bildirilmiş bir ölüm olayının bulunmadığının belirtildiği, bu durum karşısında riski çok daha yüksek aşığı uygulayarak müşahede altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, yaşam hakkı ve sosyal hukuk devletinin gerekleri karşısında maddi olanaksızlık gibi bir savın da kabul edilemeyeceği, bu nedenle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği...” şeklinde karar verilmiştir<sup>306</sup>.*

*Daha eski tarihli bir Danıştay kararında “...Zehirli haşaratın mebzul olduğu bir muhitte bu kabil zehirlenme olaylarının da pek çok tekerrür ihtimali varit olduğu halde, bu olaylardan zarar görenlerin tedavisinde lazım olacak ilaç, alet ve personeli hastanelerde her an hazır bulundurmak gerekirken, dava mevzuu olayda bu nevi tedbirlerin hiçbirinin layıkı veçhile alınmadığı ve böylece amme hizmetinin yürütülmesinde idarenin ağır kusurunun bulunduğu ve bu yüzden davacının çocuğunun ölümü ile sonuçlanan olayın vukuu bulduğu açıkça anlaşılmaktadır...” şeklinde belirtilerek herhangi bir sebeple ilaç, alet ya da personel bulundurmayan idarenin sorumlu olduğu kabul edilmiştir<sup>307</sup>.*

*Diğer taraftan, bu durum örneğin hekimin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından endikasyon dışı olarak kabul edilen ve bu sebeple ödenmeyen ya da pahalı olması nedeniyle zaten hastanın alamayacağı düşünülen ilacın ekonomik sebeplerle reçete edilmekten kaçınılması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu durumlarda, hekimin ödemeye yönelik değil tıbbi kanaatine uygun davranarak tedavi faaliyetlerini gerçekleştirmesi gerekmektedir<sup>308</sup>.*

*Kanaatimizce, hekimin masraf olduğu düşüncesiyle ya da ekonomik sebepleri düşünerek gerekli tıbbi faaliyetlerden kaçınması, olması gerekenden daha az yarar sağlayacak şekilde gerçekleştirmesi mümkün değildir. Zira hekim bu konuda karar*

<sup>306</sup>Danıştay 10. D, K.T. 14.11.1996, E. 1995/7086, K. 1996/7534.

<sup>307</sup>Danıştay 12. D, K.T. 24.10.1966, E. 1965/21, K. 1966/2928; Aktaran: Aşçıoğlu, a.g.e., s.102-103.

<sup>308</sup>Hakeri, a.g.e., s.192.

verecek olan mercii değildir. Hekimin tıbbi faaliyetlerde bulunurken göz önünde bulundurması gereken tıbbi ve vicdani kanaatidir. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda hekimin gerekli malzemelerin tedarik edilmesi için talepte bulunması gerekir. Bununla birlikte idare tarafından kısıtlama ya da kesinti yapılması, tedarik edilmemesi gibi sorunlarda sorumluluk idarenin olmaktadır. Bu durumda idarenin kusurlu olup olmadığı ise ancak somut olayın koşullarına uygun olarak yargı organlarının değerlendirmesi neticesinde ortaya çıkacaktır.

### 3.8. ŞİFA GARANTİSİ YASAĞI

Hekimin mesleki özerkliğinin sınırlarından biri de öğretide bazı yazarlarca hekimin iyileştirme garantisi vermeme hakkı<sup>309</sup> olarak da adlandırılan şifa garantisi yasağıdır<sup>310</sup>. Adlandırma farklı olsa da hakkın içeriğinden anlaşılan ortaktır. Kavram, çalışma içerisinde mesleki özerkliğin sınırlarından biri olarak ele alındığından ve iki kavram arasında hak ve yasak kelimeleriyle oluşan farklılıktan dolayı “şifa garanti yasağı” olarak kullanılmaktadır.

Doktrinde, hastanın tedavi edilmesi “...hekimin, hastanın iyileşmesi (yeniden eski sağlığına kavuşması) veya hiç değilse ızdıraplarının asgari hadde indirilmesi için tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle faaliyette bulunmasıdır.” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>311</sup>.

Hekimlik sözleşmesi kapsamında hekimin hastasına karşı özenli davranma yükümlülüğü başta olmak üzere birçok yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte, hekim hastasına onu sağlığına kavuşturacağına dair garanti veremeyeceği gibi böyle bir garantide bulunması yönünde karşı tarafça zorlanamaz<sup>312</sup>.

Hekimin şifa garantisi verme hakkı ya da yükümlülüğünün bulunmadığı, TDN'nin 13. maddesinde “*tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile*

<sup>309</sup>Günday, a.g.e., s.20; Şebnem Akipek Öcal, “Hasta-Hekim Hakları ve Yükümlülükleri”, Şu kitapta: (Ed. Hediye Bahar Sayın) Sağlık Hukuku, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları, 2019, [https://ets.anadolu.edu.tr/storage/nfs/HUK120U/ebook/HUK120U-16V\\_1S1-8-0-1-SV1-ebook.pdf](https://ets.anadolu.edu.tr/storage/nfs/HUK120U/ebook/HUK120U-16V_1S1-8-0-1-SV1-ebook.pdf), s.50; Güney Tunali, a.g.e., s.157.

<sup>310</sup>Hakeri, a.g.e., s.199.

<sup>311</sup>Ayan, a.g.e., s.64.

<sup>312</sup>Hakan Hakeri, “Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları”, TıpHD, Y.1, S.2, (Ekim 2012), s.4.

*neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Keza bu durum, Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın tıbbi anlaşma ve güvence başlığını taşıyan 12. maddesinde de *“Tıbbi hizmetlerle ilgili olarak, hasta ile tıp biliminin sınırları haricinde sözlü veya yazılı olarak tıbbi anlaşmalar yapılamaz, güvenceler verilemez.”* şeklinde düzenlenmiş fakat tasarı yasa haline gelmemiştir.

Hukuki düzenlemelerde, hekime şifa garanti yasağının konulması esasen hekim ile hasta arasında kurulan ilişkinin Türk hukukunda nasıl konumlandırıldığı ile ilgilidir. Çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı üzere hekimlik sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişki, doktrin ve yargı kararlarında istisnai durumlar haricinde vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

Vekâlet sözleşmesinde, vekilin iş görmeden dolayı başarılı bir sonuç elde edilememesi tehlikesini taşımaması sözleşmenin unsurlarındandır. Bu sözleşme gereğince vekil iş görmekte, gerekli özeni göstermekte fakat buna rağmen başarılı neticenin elde edilememesi tehlikesine müvekkil katlanmaktadır<sup>313</sup>.

Nitekim bu husus Yargıtay kararlarında *“Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca, ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur...”* şeklinde ifade edilmektedir<sup>314</sup>.

Şöyle ki, hekimin seçip uyguladığı tedavi yöntemi tıbbi standartlara uygun ve özenli gerçekleştirilmiş olmasına rağmen başarılı olamayabilir. Çünkü hasta canlı bir organizmadır ve bu sebeple hastadan kaynaklı önceden öngörülmesi mümkün olmayan durumlar meydana gelebilir<sup>315</sup>. Dolayısıyla gerekli tüm özeni gösteren hekimin seçip uyguladığı tedavi yöntemi başarısız olsa dahi sorumlu olmamaktadır<sup>316</sup>.

---

<sup>313</sup>Yavuz, a.g.e., s.561.

<sup>314</sup>Yargıtay 13. HD, K.T. 04.03.1994, E. 1994/8557, K. 1994/2138; Yargıtay 13. HD, K.T. 06.03.2003, E. 2002/13959, K. 2003/2380.

<sup>315</sup>Güney Tunalı, a.g.e., s.157.

<sup>316</sup>Ott, a.g.e., s.42; Aktaran: Ayan, a.g.e., s.67; Yavuz İpekyüz, a.g.e., s.94.



Bu konuda, benzer yönde bir diğer görüşe göre de tıp alanının oldukça geniş kapsamlı olması ve kimi zaman hastadan kimi zaman bilimin olanaklardan ötürü her hastada aynı sonuca varılmayan tedavi yöntemleri için hekimin hastanın iyileşeceğine dair kesin garanti vermemesi hakkını tanır<sup>317</sup>.

Dolayısıyla, her ne kadar hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi kapsamında yer aldığı görüşüne daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere katılmasak da yukarıdaki görüşle aynı doğrultuda olarak hekimin hastasına şifa garantisinde bulunamayacağı görüşündeyiz. Zira, tıp alanının kapsamı ve her geçen gün gelişimi ile her bir hastanın ve hastalığının kendine özgü olması şifa garantisinde bulunulmasını engellemektedir.

Tedavi amaçlı olmayan tıbbi müdahalelerde ise bu durum geçerli olmayacaktır. Zira öğretilerdeki baskın görüş estetik amaçlı operasyonların eser sözleşmesine tabii olduğu yönündedir. Bu sebeple, eseri meydana getirmekle sorumlu olan hekimin de eser sözleşmesindeki gibi vaat edilen neticenin ortaya çıkmamasından sorumlu olması gerekmektedir.

Eser sözleşmesi kabul edilen tıbbi müdahalelerde hekimin sonucu garanti edebileceği içtihatlarında,

*"...Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekalet sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar.*

*Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda "eser" denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur.*

---

<sup>317</sup>Akipek Öcal, a.g.e., s.50.

*...Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden, yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövme için estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibariyle taahhüt etmiş sayılır...” şeklinde yer almış ve zamanla yerleşik içtihat haline gelmiştir<sup>318</sup>.*

Keza Yargıtay’ın eski tarihli bir kararında da şifa garantisi yasağı bulunduğu *“...Esasen hekim, tedavisini ya da ameliyatını deruhte ettiği hastayı yüzde yüz iyileştirme yükümlülüğü altında da değildir. Bütün sorun, hekimin “tıp kural ve gereklerine” uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmektir. Eğer hekim, tıp biliminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden, tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir”* şeklinde yer almıştır<sup>319</sup>.

Dolayısıyla hem öğretilerdeki görüşler hem de Yargıtay’ın yerleşik içtihatları değerlendirildiğinde tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerde hekimin şifa garantisinde bulunması mümkün olmamakla birlikte estetik amaçlı müdahalelerde ise taahhütte bulunulması gerekliliği işin esasında yer almaktadır.

### **3.9. BOŞUNA (YARARSIZ) TEDAVİ**

Boşuna ya da yararsız tedavi terimi, makul bir iyileşme ya da gelişme şansının olmadığı yahut hastanın yarar görme şansının bulunmadığı uygulamalar için kullanılmaktadır<sup>320</sup>. Öğretilerde yararsız, faydasız, beyhude tedavi olarak çeşitli adlandırmalarda bulunulsa da TDK Sözlüklerinde kavramların tamamı aynı anlamda kullanılmaktadır<sup>321</sup>.

Boşuna tedavi, BTS’de ise *“hastaların içinde bulunduğu durumu düzeltme olasılığı olmayan ya da çok düşük olan veya halen uygulanmakta olan tedaviden*

<sup>318</sup>Yargıtay 15. HD, K.T. 03.11.1999, E. 1999/4007, K. 1999/3868; Aynı doğrultuda başka bir karar için bkz. Yargıtay 3. HD, K.T. 13.03.2017, E. 2015/17955, K. 2017/2959.

<sup>319</sup>Yargıtay 4. HD, K.T. 04.10.1980, E. 2175, K. 4735; Aktaran: Aşçıoğlu, a.g.e., s.67-68.

<sup>320</sup>Dünya Tabipler Birliği, Tıp Etiği Elkitabı (Çev. M. Murat Civaner), Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, TTB Yayınları, 2017, s.47., [https://www.ttb.org.tr/kutuphane/tip\\_etigi.pdf](https://www.ttb.org.tr/kutuphane/tip_etigi.pdf), E.T. 05.01.2021

<sup>321</sup>Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 24.01.2021

*daha yararlı olması beklenmediği halde daha pahalı ya da riskli olan tedavilere verilen ad...” ifadeleriyle tanımlanmaktadır<sup>322</sup>.*

Keza TTB tarafından hazırlanıp kabul edilen “Yaşamın Sonuna İlişkin Bildirge” de tedavinin hangi koşullarda yararsız olarak nitelendirilebileceği *“Hastaya önerilen ya da durumu için mümkün olabilen tedavinin yararsız ya da etkisiz olduğu, yaşamın niteliğine çok az katkı sağladığı, beklentilere cevap verme olasılığı taşımadığı ve makul yaşam şansı tanımadığı durumlarda tedavi ya da uygulama tıbbi açıdan yararsız olarak değerlendirilmekte...”* şeklinde ifade edilmiştir<sup>323</sup>.

Bunların yanı sıra, boşuna tedavi için dar ve geniş anlamda olmak üzere iki ayrı tanımlamaya başvurulabilir. Şöyle ki, kavram dar anlamda yorumlandığında klinik amaca ulaşmada etkisiz tedavi niteliğinde olan uygulamaları ifade etmektedir. Öte yandan, geniş yorumlandığında tedavinin başarılı olma ihtimali bulunmasına rağmen bu durum hastanın yaşam kalitesini iyileştirecek nitelikte değildir<sup>324</sup>.

TTB'nin kabul ettiği bildirmede, bu konuda verilecek kararın tıbbi nitelikte olduğu ve hekimin tedavinin yararsız olduğuna karar vereceği hallerde hastaya sağlanan yaşam desteğinin sonlandırılabilirliği belirtilmektedir<sup>325</sup>. Aynı şekilde, Dünya Tabipler Birliği tarafından Dünya Tabipler Birliği Elkitabında<sup>326</sup> ve Venedik Bildirgesinde hastaya herhangi bir yarar sağlamayacak uygulamalardan kaçınılması gerektiği belirtilmektedir<sup>327</sup>.

Diğer taraftan, uygulamada, özellikle yoğun bakım endikasyonu olmayan hastaların hasta yakınları, idare ya da servis hekimlerinin etkisi ile yoğun bakıma alındığı olaylara rastlanılmaktadır<sup>328</sup>. Bu konuya ilişkin olarak, akciğer kanserinin son aşamasında bulunan hastanın başka gerekçelerle acile getirildiği ve öngörülen

<sup>322</sup>Oğuz/Tepe/Örnek Büken/Kırımsoy Kucur, a.g.e., s.38.

<sup>323</sup>Türk Tabipleri Birliği, “Yaşamın Sonuna İlişkin Bildirge”, Şu kitapta: Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri, Ankara, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2020, s.39., <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/etikbildirgeler2020.pdf>, E.T. 24.01.2021

<sup>324</sup>Hakeri, a.g.e., s.814.

<sup>325</sup>Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu, a.g.b., s.39.

<sup>326</sup>Dünya Tabipler Birliği, a.g.e., s.47-48.

<sup>327</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz. [https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararası\\_belgeler.pdf](https://www.ttb.org.tr/kutuphane/uluslararası_belgeler.pdf), E.T. 08.04.2021

<sup>328</sup>Hakeri, a.g.e., s.197.

yaşam süresinin geçtiği gerekçesiyle hekimin oksijen verilmesi dışında başka bir müdahalede bulunulmaması yönünde karar verdiği olay örnek olarak gösterilebilir. Zira olayda hastanın eşi tarafından hastanın yoğun bakıma alınarak makineye bağlanması talep edilmiştir<sup>329</sup>.

Konuya ilişkin farklı bir olay da ABD'deki bir hastanede çoklu organ yetmezliği ile bulunan 72 yaşındaki hastanın tedavisinin devam ettirilmesine ilişkindir. Hasta kalıcı olarak bitkisel yaşamda bulunmasına rağmen ailenin tedavinin sonlandırılması doğrultusundaki istekleri hastane tarafından kabul edilmemiş, açılan davada mahkeme tarafından tedavinin devam ettirilmesi gerektiğine ilişkin karar verilmiştir. Bu kararın ardından 3 ay içerisinde hasta hayatını kaybetmiştir<sup>330</sup>. ABD'de yaşanan bir başka olayda da 84 yaşındaki hastanın tedavisinin devam ettirilip ettirilmeyeceği konusu mahkemeye intikal etmiştir. Bu olayda, mahkeme tarafından karar verilinceye kadar tedaviye devam edilmiştir. Dolayısıyla, bu süreçte hasta ventilatöre bağlı olarak yaşamak zorunda bırakılmıştır<sup>331</sup>.

Uygulamada, özellikle bakım maliyetlerinin yüksekliği ve sağlık sigortası tarafından ödemelerle ilgili güçlükler çıkarılması hasta yakınlarının bu karara olumlu bakmasına sebebiyet verebilmektedir<sup>332</sup>.

Yukarıdaki örneklerden anlaşılacağı üzere, yararsız nitelikte bulunan tedavinin sonlandırılması talebi bazen hasta ve hasta yakınlarından bazen de hekimlerden gelmektedir. Daha önce belirtildiği gibi bu sebeple tedavinin sonlandırılması yönündeki tıbbi karar hekime aittir. Hasta yakınının, hekimin tedaviye devam etmesi ya da sonlandırılması için zorlaması mümkün değildir. Öte yandan, uygulamada hekimlerin ve özellikle de yoğun bakım hekimlerinin hissettikleri baskı nedeniyle mesleki özerkliğini kullanması engellenmektedir<sup>333</sup>.

<sup>329</sup> Prof. Dr. Tevfik Özlü; Aktaran: Hakeri, a.g.e., s.812-813.

<sup>330</sup> Dilek Özcengiz, Yaşam Sonu Kararların Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2020, s.28.

<sup>331</sup> Özcengiz, a.g.t., s.28.

<sup>332</sup> Çağatay Üstün/Nuray Demirci, “Yaşam Desteğini Sonlandırmak Etik Bir İkilem Olabilir mi?” (“Sam Schmid Olgusu” ve Hospiz), Fasikül Hukuk Dergisi, C.4, S.35, (Ekim 2012), s.6., <https://www.jurix.com.tr/article/3503>, E.T. 04.01.2021

<sup>333</sup> Bu konuda benzer görüş için bkz. Hakeri, a.g.e., s.197.

Tedavinin yararsız olduğu hallerde hekimin hastayı reddetme hakkına sahip olup olmadığının belirlenmesi de oldukça önemlidir. Özellikle, hekim ile hasta yakının tedavinin devam edip etmeyeceği hususunda fikir ayrılığı yaşıdığı hallerde bu durum daha da önem kazanmaktadır. Doktrinde ağırlıklı olan ve katıldığımız görüşe göre, hastanın tedavisini devam ettirme ya da sonlandırma yetkisi hekime ait olup hekimin bu tıbbi kararına ilişkin olarak zorlanması mümkün değildir<sup>334</sup>. Bu durum hekimin mesleki özerkliğinin neticesidir.

Bununla birlikte, boşuna tedavi ile palyatif bakım terimlerinin karıştırılmaması önemlidir. Zira, palyatif bakım DSÖ tarafından “yaşamı tehdit eden hastalıklardan kaynaklanan sorunlar ile karşı karşıya olan hastaların ve ailelerinin yaşam kalitesini, ağrının ve fiziksel, psikososyal ve ruhsal diğer sorunların erken dönemde tespit edilip değerlendirilerek önlenmesi, tedavi edilmesi veya hafifletilerek yaşam kalitesi artırılarak geliştirilen bir yaklaşım” olarak tanımlanmaktadır<sup>335</sup>.

Yine, TDN'nin 14. maddesinin 1. fıkrasında “Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.” şeklinde yer alan ifadelerle palyatif bakımın hekimin yükümlülüğü olduğuna işaret edilmektedir. Diğer taraftan, nizamnamenin 20. maddesinde “Tabip ve diş tabibi, faydasızlığını bildiği bir ilacı, hastaya veremez. Ancak, esaslı bir tedavi yapılması mümkün olmayan hallerde, teselli bakımından bazı ilaçlar tavsiye edebilir.” denilerek hekimin boşuna ilaç vermesi sınırlandırılırken palyatif bakım açısından ilaç verebilmesi sağlanmıştır. Dolayısıyla, her iki maddede de hekimin palyatif bakım yükümlülüğü olmasına rağmen boşuna tedavide bulunmasının zorunlu olmadığı hatta 20. maddede boşuna tedavide bulunmaması gerektiğine işaret edilmiştir. Hatta HMEK'nin 30. maddesinde “... yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi veremez.” şeklinde ifade edilerek hekimler açısından beyhude tedavi yasaklanmıştır.

Bunların yanı sıra, literatürde geçen Bebek Ryan olayı bu konudaki farklı bir örnek niteliğindedir. Zira bu olayda prematüre olarak dünyaya gelen bebeğin

<sup>334</sup> Hakeri, a.g.e., s.815; Kutluer, a.g.t., s.59.

<sup>335</sup> World Health Organization, (Dünya Sağlık Örgütü) <https://www.who.int/ncds/management/palliative-care/introduction/en/>, E.T. 06.02.2021

solunum, sindirim ve beyinde hasar tespit edilmiştir. Damar yolu ile beslenmeye başlayan ve diyalize bağlanan bebek için hekimler bu durumda en fazla iki sene daha yaşayabileceğini ailesine bildirilmiştir. Ayrıca bebeği tedavi edebilecek başka bir tedavi seçeneğinin bulunmadığı gerekçesiyle tedavinin sonlandırılmasını teklif etmişlerse de bu teklif aile tarafından kabul edilmemiştir. Başka bir hastanede tedavisine devam edilen bebeğin cerrahi operasyonlar neticesinde bir sene sonra yaşlılarıyla aynı gelişim düzeyine ulaştığı görülmüştür<sup>336</sup>. Yine ABD’de 2011 yılında gerçekleşen bir başka olayda, beyin ölümünün gerçekleştiğine inanılan hasta organ bağıışı için donör olmak üzere ventilatörün fişi çekilecekken tedaviye yanıt vermiştir. Bunun üzerine gerçekleştirilen tedavilerle birlikte hastada büyük oranda iyileşme gerçekleşmiştir<sup>337</sup>.

Dolayısıyla her ne kadar hekime tedavinin beyhude olduğu hallerde tedavinin sonlandırılması imkânı tanınmışsa da örnek olaylarda görüldüğü üzere bu karar son derece zor ve riskli bir karardır. Zira hekimin hatalı değerlendirmesi hastanın yaşama ihtimali bulunmasına karşın yaşamının sonlanmasına da sebep olabilir. Bunun için, hekimin karar verirken tüm ihtimalleri göz önünde bulundurarak dikkatli davranması gerekmektedir.

### 3.10. DİĞER SEBEPLER

#### 3.10.1. Hekimin Çekinik (Defansif) Tıbbi Başvurması

Defansif tıp ya da Türkçe kaynaklarda yer aldığı şekilde çekinik tıp, “*hekimin ceza veya hukuk davalarıyla karşılaşmamak, tazminat ödememek, sigorta poliçe primlerini artırmamak amacıyla aşırı korumacı veya çekingen davranarak tanı ve tedaviye yönelik tıbbi uygulamaları gereksiz kullanması ve malpraktis davası ile sonuçlanma riski yüksek olan uygulamalardan kaçınması*” olarak tanımlanmaktadır<sup>338</sup>.

<sup>336</sup>Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.364-365.

<sup>337</sup>Üstün/Demirci, a.g.m., s.6.

<sup>338</sup>Yusuf Aynacı, *Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması*, Tıpta Uzmanlık Tezi, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Konya, 2008, s.1.

Hekimlerin bu doğrultudaki uygulamaları, öğretide pozitif ve negatif çekinik tıp olarak iki sınıfa ayrıştırılmaktadır<sup>339</sup>. Burada, çekinik tıp uygulamalarının çalışmanın konusu olan mesleki özerklik kapsamında yer alıp almadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmede bulunurken de çekinik tıp çeşitlerinin her ikisinin de ayrı başlıklarda düzenlenmesi yerinde olacaktır.

### **3.10.1.1. Pozitif Çekinik Tıbbi Uygulamalar ve Mesleki Özerklik İlkesi**

Pozitif çekinik tıpta, normalde gereksiz olarak nitelendirilebilecek her türlü tıbbi tetkik, müdahale vb. hekimin kınanma ya da dava edilme gibi endişeleri taşıması sebebiyle hastalara uygulanmaktadır<sup>340</sup>. Pozitif defansif tıp uygulamalarında; gereğinden fazla tetkik ve konsültasyon istenilmesi, gereğinden fazla ilaç yazılması, endikasyon bulunmamasına rağmen hastanın yatışının gerçekleştirilmesi, tıbbi kayıtların daha detaylı şekilde tutulması, hastanın daha detaylı bilgilendirilmesi gibi örneklerle çok sık karşılaşılmaktadır<sup>341</sup>.

Bu uygulamalardaki incelemelerin detaylı olması, hastaların teşhis ve tedavi işlemlerinin daha iyi şartlarda gerçekleştirildiği görüntüsü vermekteyse de bu görüntünün başka bir boyutu da bulunmaktadır. Çünkü her ne kadar detaylı incelemede bulunulsa da hekim bunu gerektiği için değil sorumluluktan kurtulmak için yapmaktadır. Tıbbi müdahalede bulunmak için endikasyon yani gereklilik unsuru zorunlu unsur olmasına rağmen hekim pozitif çekinik uygulamalarda aykırı davranmaktadır.

Öte yandan, bu uygulamalar hastaları zaman ve maliyet açısından zarara uğratmakla birlikte her yapılan tetkikin vücuda edilen bir müdahale olduğu düşünüldüğünde olumsuz sonuçların gerçekleşmesi ihtimali bulunmaktadır. Ayrıca, hastalara verilmesi gereken sağlık hizmetinin adil olması gerektiğinden pozitif çekinik tıbbi uygulamaların özellikle kamu kurum ve kuruluşlarındaki hastaların sağlık hakkını ihlal ettiği söylenebilir<sup>342</sup>.

<sup>339</sup>Aynacı, a.g.t., s.3; Yılmaz, a.g.t., s.47.

<sup>340</sup>Yılmaz, a.g.t., s.48.

<sup>341</sup>Aynacı, a.g.t., s.12; Yılmaz, a.g.t., s.68.

<sup>342</sup>Yılmaz, a.g.t., s.68-75.

Pozitif çekinik tıbbi uygulamaların hem mesleki etik ilkelere hem de hukuka uygun olmadığı kuşkusuzdur. Çünkü tıbbi bilgisi olmayıp hekim ile güvene dayalı bir ilişki kuran hastanın gerekmediği halde zaman, para kaybı ya da vücuduna müdahalede bulunulması hukuka uygun olarak kabul edilemez. Ancak, bu uygulamaların tespiti uygulamada çok zor olmakla beraber çekinik tıbbi uygulama olduğu tespit edilen davranışların mesleki özerklik kapsamında değerlendirilmesi kabul edilemez. Ayrıca, hekim bu davranışları sebebiyle hukuki ve cezai olarak sorumlu tutulabilir<sup>343</sup>.

### 3.10.1.2. Negatif Çekinik Tıbbi Uygulamalar ve Mesleki Özerklik İlkesi

Negatif çekinik tıbbi uygulamalarda ise hekimler, malpraktis davalarıyla sonuçlanacağı endişesi ile yüksek risk içeren teşhis ya da tedavi yöntemlerinden kaçınma davranışları sergilemektedir<sup>344</sup>. Burada, hekim pozitif çekinik tıp uygulamalarının aksine hastaya bakabilmesi mümkün olmasına rağmen durumun içerdiği risk dolayısıyla sorumlu tutulma ihtimaline karşı tedaviden tamamen yahut asgari seviyede uygulamada bulunarak dolaylı olarak kaçınmaktadır<sup>345</sup>.

Hekimlerin tedaviden kaçınması doğrultusundaki davranışlarına özellikle karmaşık tıbbi sorunları olan veya hekimi şikâyet edebilme potansiyeli yüksek olan hastalarda karşılaşılmaktadır. Ayrıca, komplikasyon riski fazla olan yöntemlerin tercih edilmemesi ya da risk bulunan hastaların tedavi edilebilecek olanaklar bulunmasına rağmen başka sağlık kurumlarına sevki de sık karşılaşılan negatif çekinik tıbbi uygulamalardandır<sup>346</sup>. Hekimin negatif çekinik tıp uygulamalarına yönelik davranışlarda bulunmasının temel sebebi de yasal sorumlulukla özellikle malpraktis davalarıyla karşı karşıya kalma endişesidir<sup>347</sup>.

Burada, hekimin riskli bulduğu hallerde hastayı tedavi etmekten kaçınması davranışı mesleki değerler ve etik ile uyummadığı gibi hekimin hastaya karşı yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin de ihlalidir<sup>348</sup>. Ayrıca, hekimin tedavi olanakları

<sup>343</sup>Yılmaz, a.g.t., s.79-90.

<sup>344</sup>Aynacı, a.g.t., s.3; Yılmaz, a.g.t., s.51.

<sup>345</sup>Yılmaz, a.g.t., s.76.

<sup>346</sup>Yılmaz, a.g.t., s.76-79.

<sup>347</sup>Aynacı, a.g.t., s.12; Yılmaz, a.g.t., s.76.

<sup>348</sup>Yılmaz, a.g.t., s.76-79.



ve yeterliliği bulunmasına rağmen hukuken sorumlu olacağı endişesi ile hastayı tedaviden ya da komplikasyon riski olsa da hastayı iyileştirecek tedavi yöntemlerinden kaçınması mesleğin değerleri ve niteliği uyuşmamaktadır.

Öte yandan, hekimin kaçınma davranışlarında bulunması hastanın sağlık hizmetlerinden faydalanmasını engellemekte ya da geciktirmektedir. Yine, uygulamada özellikle defansif tıbbi uygulamalar sebebiyle hastanın sevkinin bedensel zarar yahut ölümle sonuçlanması mümkündür. Bu durumlarda, hastanın sağlık hakkı ve yaşam hakkı hekim tarafından ihlal edilmiş olmaktadır<sup>349</sup>.

Negatif çekinik tıp kapsamında yer alan hekim davranışları, hekimlerin kendilerini hukuki sorumluluktan kurtarmak için henüz teşhis ya da tedavi aşamasında riskli durumlardan kaçınmalarına hizmet etmektedir. Ancak, hekimlik mesleği profesyonel bir meslek olmakla birlikte riskleri de başarısız olma ihtimalini de her zaman bünyesinde barındırmaktadır. Tıbbi müdahalelerin birçoğunun vekâlet sözleşmesi olarak görülmesi ve hastalara şifa garantisinde bulunulmasının yasak olması da hukuki dayanağıdır. Bu sebeple, mesleğinin gereğini özenli olarak yerine getiren hekimin riskli hasta ya da hastalıklardan kaçınması da hukuken korunmamalıdır. Dolayısıyla, hekimin negatif çekinik tıbbi uygulamalara yönelik davranışları mesleki özerklik içerisinde kabul edilmediği gibi hekimin hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açabilecektir<sup>350</sup>.

### **3.10.2. Hekimin Ayrımcılık Yasağı**

Hekimin mesleki özerkliğinin, hekime sınırsız bir özgürlük alanı sağlamadığı daha önce belirtilmişti. Özerklik alanı dışında kalan durumlardan biri de hekim tarafından hastalara karşı ayrımcı davranışlarda bulunulmasıdır. Bu durum, sağlık alanında düzenlenen ulusal ve uluslararası pek çok belgede de düzenlenmiş ve ayrımcılık yasaklanmıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında “... Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” denilerek eşitlik ilkesi ifade edilmiştir. Diğer

---

<sup>349</sup>Yılmaz, a.g.t., s.76-79.

<sup>350</sup>Yılmaz, a.g.t., s.79-90.

tarafından, bu maddenin karşıt anlamından ayrımcılık yasağının bulunduğu yorumu ortaya çıkmaktadır.

Yine, HMEK'nin 7. maddesinde *“Hekim görevlerini her durumda hastaları arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.”* denilerek hekimin yansızlığı olarak düzenlenen madde ile ayrımcılık yasağı vurgulanmıştır.

Uluslararası düzenlemelerden, Tokyo Bildirgesi'nin giriş kısmında *“... insanlar arasında hiçbir ayırım gözetmeden bedensel ve zihinsel sağlığı korumak ve tedavi etmek...”* hekimin görevlerinden biri olarak sayılmıştır.

Daha sonra, Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin Gözden Geçirilmiş Hali'nin 1. maddesinin a bendinde *“...Her insan ayrımcılık yapılmaksızın yeterli tıbbi bakım görme hakkına sahiptir.”* ve e bendinde *“...Özellikle tedavi bakımından hizmet sınırlılığı olan durumlarda potansiyel hastalar arasında bir seçim yapılması gerekiyorsa, bu seçimin bütün hastaların hakkını dikkate alarak eşit bir şekilde yapılması gerekir. Bu seçim tıbbi ölçütlere göre ve ayırım yapılmaksızın yapılmalıdır.”* şeklinde yer alan ifadelerle ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir.

Nitekim Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 3. maddesinde taraf devletler tarafından sağlık hizmetlerinden adil olarak faydalanılmasını sağlama gerektiği ile 11. maddesinde kişiye kalıtsal bir nedenle ayrımcılık yapılamayacağı ifade edilmiştir<sup>351</sup>.

### **3.10.3. Hekimin Baskıdan Uzak Olması Gerektiği**

Hekimlerin mesleki özerkliğinin sağlanmasının zorunluluklarından biri de klinik olarak bağımsız olmasıdır. Şöyle ki, Tokyo Bildirgesi'nin 7. maddesinde de bu konuya ilişkin olarak *“Bir hekim, tıbbi sorumluluğunu taşıdığı kişinin bakımıyla ilgili olarak vereceği kararlarda tam bir klinik bağımsızlığa sahip olmalıdır. Hekimin temel görevi, insanların sıkıntılarını gidermek ve hafifletmektir ve kişisel,*

<sup>351</sup>Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi

*kolektif ya da siyasal nitelikteki hiçbir gerekçe bu üst ilkeye üstün gelemes.*” şeklinde ifade edilerek hekimin klinik bağımsızlığının önemi vurgulanmıştır.

Hekimlerin klinik bağımsızlık ilkesine uygun olarak mesleki faaliyette bulunabilmesi için gereken koşulların sağlanması zorunludur. Bununla birlikte, ülkemizde kamu ve özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin klinik bağımsızlığının sağlanmasına engel teşkil edebilecek nitelikteki sorunlar tartışılmaktadır.

Kamu kurumlarında çalışan hekimlerin mesleki özerkliğini etkileyerek baskı altında hissetmelerine neden olabilecek unsurlara başta performansa dayalı ücret sistemi olmak üzere idari hiyerarşi içerisinde yer alınması, sağlık çalışanlarına yönelik şiddet olayları ve son dönemde artan malpraktis davaları örnek olarak verilebilir. Bu unsurlardan, özellikle performansa dayalı ücret sistemi, hekimler üzerinde her daim baskı unsuru oluşturmaktadır. Zira bu sistemde hekimler, uyguladıkları tıbbi işlemlerden kazandıkları puanlara göre para kazanmaktadır<sup>352</sup>.

Bu sistem, ücret ve performansın ilişkilendirilmesinin sonucunda ortaya çıkmış olup kurumlarda hız, verim, motivasyon ile bireysel performans ile takım performansını geliştirilmesi gibi birçok olumlu özelliği bulunmaktadır. Bunun yanında, çalışanlar arasında kıskançlıklara sebebiyet verdiği, motive edici olmadığı vb. olumsuzlukları içermekle birlikte kamu kesiminde ve özellikle sağlık sisteminde uygulanması ile farklı pek çok olumsuzluğa da sebebiyet verebilmektedir<sup>353</sup>.

Bu sistemle birlikte sağlık sisteminde ortaya çıkan rekabet ortamının pek çok soruna yol açtığı tespit edilmiştir. Bunlardan başlıca gelenleri; polikliniklerde daha çok hastaya bakmak için sık aralıklarla randevu oluşturulması ve buna bağlı olarak hastaların muayenesi için ayrılan sürenin kısılması, performans ödemelerinden yararlanılabilmesi için hastadan çok sayıda gereksiz tetkik ve tahlil istenilmesi, cerrahi operasyonların artması gibi hekimlerin performans puanlarını arttırırken

<sup>352</sup>İbrahim Yüksel/Kudret Şevket Sayın, “Kamu Hastanelerinde Performansa Dayalı Ek Ödeme Model Önerisi ve Örnek Bir Uygulama”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C.10, S.2, (Temmuz 2018), s.2-3., <https://www.jurix.com.tr/article/18113>, E.T. 07.01.2021

<sup>353</sup>Doğan Kestane, “Performansa Dayalı Ücret Sistemi ve Kamu Kesiminde Uygulanabilirliği”, Maliye Dergisi, S.142, (Ocak-Nisan 2003), s.132-142., <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/12/img-142.pdf>, E.T. 16.03.2021

sağlık hizmetinin kalitesini düşüren uygulamalardır. Bununla birlikte, hekimlerin puan durumunu dikkate almadan tıbbi uygulamalarda bulunması performans sistemine göre kendilerinin alacağı ödemenin azalmasına ancak sağlık hizmetinin kaliteli şekilde verilmesini sağlayacaktır.

Bunlara bağlı olarak, hekimin sağlık hizmetini kalite standartlarına uygun olarak sağlaması ekonomik anlamda zor duruma düşmesine sebebiyet verebilecektir. Bu durum hekimlerin etik olmayan bu davranışlarda bulunması ve hekim-hasta ilişkisindeki güven unsurunun zedelenmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu sebeple, performansa dayalı sistemin uygulanması yerine hekimlerin özlük haklarının iyileştirilerek sağlık sisteminin daha kaliteli verilmesinin amaçlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin açısından da ciro baskısı, kuruluş ile arasındaki iş sözleşmesi ve iş güvencelerinin olmaması, standartların altındaki tıbbi ortam gibi nedenler mesleki özerklik ilkesine uygun olarak sağlık hizmetlerini gerçekleştirilmesini engelleyebilmektedir<sup>354</sup>. Zira özel sağlık kuruluşları tarafından çoğu kez hekimlere belirli bir ciro hedefinin konulması, hekimin kuruluşa ettirdiği kar oranında başarılı bulunması gibi uygulamalar hekimlerin mesleki yükümlülüklerini yerine getirmesi açısından zorlayıcı olabilmektedir. Kanaatimizce, hekimlerin çalıştığı sağlık kuruluşunca baskı altında kalmasının engellenmesi koruyucu nitelikteki hukuki düzenlemeler ve idari denetimlerle mümkün olacaktır.

#### **3.10.4. Mecburi Hizmet Yükümlülüğünün Özerkliğe Etkisi**

Hekimlerin mecburi hizmet yükümlülüğü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa 5371 sayılı Kanun ile eklenen 3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede hekimler her tamamladıkları eğitim için ayrı olarak atandıkları yerlere göre 300 ile 600 gün arasında devlet hizmetini yerine getirmekle yükümlü kılınmışlardır. Maddede, hekimlerin tıp fakültesini bitirip tabip, uzmanlık eğitiminin ardından uzman tabip ya da yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayıp uzman tabip unvanını

<sup>354</sup> Ankara Tabip Odası Sağlık Politikaları Komisyonu, Hekim Bağımsızlığı, Ankara, Ankara Tabip Odası Yayınları, 2011, s.21., [http://static.ato.org.tr/fs/4f4f776167cde9211d000001/hekim\\_bagimsizli\\_gi.pdf](http://static.ato.org.tr/fs/4f4f776167cde9211d000001/hekim_bagimsizli_gi.pdf), E.T. 01.04.2021

aldığında her defasında devlet hizmetini ya da çalışmada kullanıldığı ismiyle mecburi hizmeti yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Dolayısıyla, hekimler için mecburi hizmet yükümlülük olup hekimin kaçınması mümkün değildir. Bahsedilen ek maddenin anayasaya aykırılığı iddiası ve iptali için Danıştay 5. Dairesi'nde devam eden davada AYM'ye itiraz yolu ile başvurulmuştur. AYM ise maddenin anayasaya uygun olduğundan itirazın reddine karar vermiştir. AYM kararının gerekçesinde “...her bir eğitimleri için tabiplere Devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesiyle, tabiplerin çalışma özgürlüğünün ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlandırıldığı kabulüne olanak bulunmamaktadır. Tabipler için getirilen Devlet hizmeti yükümlülüğü, bu kişilerin almış oldukları her eğitim sonucunda elde ettikleri bilgi birikimlerini ülke ihtiyaçları doğrultusunda Devlet hizmetine sunmalarını ifade etmektedir. Anayasa'nın 18. maddesinde öngörüldüğü üzere, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki Devlet hizmeti yükümlülüğünün, bu düzenleme ile elde edilmek istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan ya da orantısız olduğundan söz edilemez...” ifadeleriyle mecburi hizmet yükümlülüğü anayasaya uygun bulunmuştur<sup>355</sup>.

Öğretideki bir görüşe göre, hekimin mecburi hizmet yükümlülüğü sebebiyle kura ile atandığı yerleşim yerinde uzun süre görevini yerine getirmesi tedavi özgürlüğüyle örtüşmemektedir. Ayrıca, AYM'nin de belirttiği gibi düzenlemenin amacı sağlık hizmetinin ülkenin geneline yayılarak yararlı olunmasıdır. Ancak, uzun süre istemediği yerleşim yerinde görevini yerine getirmek zorunda olan hekimin hastalarına yeteri kadar yararlı olamaması sonucuna sebep olabilir<sup>356</sup>.

Mecburi hizmet yükümlülüğünün mesleki özerklik ilkesine aykırı olup olmadığı değerlendirildiğinde, AYM'nin gerekçesi ile ülke koşullarının da dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü bir yandan hekim hakları korunurken diğer taraftan hastaların sağlık hizmetine ulaşma haklarına engel olunmamalıdır. Hekimler tarafından tıp ve uzmanlık eğitimi alınmadan önce mecburi hizmet yükümlülüğünün bulunduğu bilinmektedir. Dolayısıyla, hukuki güvenlik ilkesine aykırı bir durum

<sup>355</sup>AYM, KT. 13.03.2006, E. 2006/21, K. 2006/38.

<sup>356</sup>Kutluer, a.g.t., s.38-39.

olmayıp ülke açısından mesleğin gerektirdiği nitelikler arasında dahi sayılabilir. Ayrıca, mecburi hizmetin yükümlülük olduğu başka meslek grupları da vardır ve çoğu da hekimlik gibi hayati önem taşıyan görevleri yerine getirmektedir. Bu sebeple, hukuki düzenleme ile hekimlere mecburi hizmet yükümlülüğünün getirilmesi mesleki özerklik ilkesini ihlal etmemekte ve isabetli olarak ilke kapsamının dışında yer almaktadır.

### 3.10.5. Bulaşıcı Hastalıklar

Bulaşıcı hastalık, TDK'de "*Mikrop, parazit, virüs vb. hastalık etkenleriyle yayılan hastalık*" olduğu belirtilmiştir<sup>357</sup>. Bu terim Sağlık Bakanlığı tarafından, "*Bir enfeksiyon etkeninin veya onun toksik (zararlı-zehirli) ürünlerinin, bir kaynaktan duyarlı kişiye doğrudan veya dolaylı olarak geçmesiyle oluşan hastalık*" şeklinde tanımlanmış ve Covid-19, HIV- AİDS, grip, kuş gribi, Mers-Cov gibi birçok hastalık bulaşıcı hastalık sınıflandırmasına dahil edilmiştir<sup>358</sup>.

Bu hastalıklar herhangi bir kaynaktan geçerek yayıldığından sürekli hastalarla birebir temasta bulunan sağlık çalışanlarına bulaşma riskinin daha fazla olduğu söylenebilir. Hekimlerin de bu hastalara bakmakla yükümlü olduğu düşünüldüğünde zorunluluk durumunun mesleki özerkliğe zarar verip vermediği düşünülebilir.

Kamu hizmetinde görevli olan kişi görevi nedeniyle veya esnasında zarar görebilir. Mesleki risk olarak belirtilen durum nedeniyle kusuru olmamasına rağmen idare tarafından zarar karşılanmaktadır. Bu durum, mesleki riskin bulunduğu hallerde ortaya çıkan durumun hizmet açısından kaçınılmayacak bir tehlike olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır<sup>359</sup>.

Bunun yanı sıra, meslekten dolayı var olan bulaşma tehlikesi hastanın reddedilebilmesi için yeterli bir neden olarak kabul edilmemekteyse de hekimin kesin olarak ölüm tehlikesi ile karşılaştığı ağır durumlarda hekimin de kendi

<sup>357</sup>Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 17.03.2021

<sup>358</sup>T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Bulaşıcı Hastalıklar Dairesi Başkanlığı, <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasicihastaliklar-anasayfa>, E.T. 17.03.2021

<sup>359</sup>Zehra Odyakmaz/Bayram Keskin, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Gerekliliği, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 267.

yaşamını düşünmesi makul karşılanabilir ve bu sebeple zorunluluk halinden yararlanır<sup>360</sup>.

### **3.11. COVID-19 SALGINI DÖNEMİNDE SAĞLIK ÇALIŞANLARI HAKKINDA ULUSAL MEVZUATTA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLER VE MESLEKİ ÖZERKLİK İLKESİ**

Covid-19 salgını döneminde ülke hukukunda sağlık çalışanları için yayımlanan pek çok genelge ile birtakım kısıtlamalar getirilmiştir. Bu genelgelerde salgınla mücadele kapsamında özellikle istifa, emeklilik ve yıllık izin gibi pek çok talep durdurulmuştur. Bu süreçte genelgelere ilişkin sosyal ve hukuki tartışmalarda bulunulmuş, pek çok farklı görüş ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden birine göre, Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan genelge hukuka aykırıdır. Çünkü Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girmek her vatandaşa tanınan bir haktır. Diğer taraftan, Anayasanın 18. maddesinde kimsenin zorla çalıştırılmayacağı düzenlenmektedir. Bu sebeple tıpkı kamu hizmetine girmek hak olduğu gibi kamu hizmetinden bulunan kişilerin hizmetten ayrılmaları da hak olmalıdır<sup>361</sup>.

Devlet memurlarının bu hakkı, “çekilme” başlığı ile DMK'nin 20. maddesinde tanınmakta, hakkın detayları ise kanunun 94. maddesi ve devamındaki hükümlerinde düzenlenmektedir. Şöyle ki, DMK madde 94'te devlet memurlarının çekilme talebinde bulunabileceği belirtilirken mazeretsiz olarak görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz olarak 10 gün sürmüş olması halinde yazılı başvuru koşulu olmasa da çekilme isteğinde bulunduğu kabul edileceği belirtilmektedir. Ayrıca maddenin devamında da çekilmek isteyen memurun yerine atanan biri gelene kadar ya da çekilme isteği kabul edilene kadar görevine devam edebileceği ifade edilmektedir. Öte yandan, yerine birinin gelerek aslen ya da vekâleten görevi devralmaması halinde üstüne haber vermek suretiyle memurun bir ayın sonunda görevi bırakabileceği belirtilmektedir.

<sup>360</sup>Hakeri, a.g.e., s.262.

<sup>361</sup>Kemal Gözler, “Sağlık Personeline Getirilen İstifa Yasağı Hukuka Uygun mu?”, Türk Anayasa Hukuku Sitesi, (15.10.2020), [www.anayasa.gen.tr/istifa-yasagi.htm](http://www.anayasa.gen.tr/istifa-yasagi.htm), ET. 26.02.2021

Dolayısıyla, hekimin hizmetten çekilme talebinde bulunması hukuken mümkün olduğu gibi istifa vermeden 10 gün devamsız bulunması ya da çekilme talebine rağmen bir ay içerisinde görevinin devralınmaması hallerinde onu çalışmaya zorlayacak herhangi bir hukuki yaptırım bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hukuka uygun olarak 94. maddede belirtilen koşullara uygun olarak görevinden çekilen memurların altı ay geçmeden, görevin devamsızlık suretiyle terki ya da çekilme isteğinin kabul edilmesi yahut yerine birinin gelmesi için tanınan bir aylık süreye uyulmaksızın görevin bırakılması halinde bir yıl geçmeden devlet memurluğuna alınamamaktadır.

Diğer taraftan, DMK'nin 96. maddesinde “*Olağanüstü hâl, seferberlik ve savaş hallerinde veya genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerdeki Devlet memurları, çekilme istekleri kabul edilmedikçe veya yerine atanacak gelip işe başlamadıkça görevlerini bırakamazlar.*” şeklinde ifade edilerek çekilme hakkının sınırlandırılabilceği haller de açıklanmaktadır. Burada olağan dönemdeki bir aylık süre kaldırılmak suretiyle memurun çekilme hakkı idare lehine daraltılmakta ancak bu halde dahi tamamen kaldırılmamaktadır. Zira DMK'nin 97. maddesinin D bendinde, 96. maddeye aykırı olarak çekilenlerin ise hiçbir surette devlet memurluğuna alınamayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla madde metninde, bir daha devlet memuru olamayacağı yaptırımına katlanabilecek memurun bu durumda dahi istifa etmesi engellenmemiştir.

Ülkemizin salgın koşullarındaki durumu değerlendirildiğinde ise DMK'nin 96. maddesinde belirtilen olağanüstü hâl ilanı ve genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, hukuken olağanüstü hâl günlük kullanımından farklı bir kavram olup Anayasa'nın 119. maddesine göre yurdun tamamında ya da bir bölümünde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl ilan etme yetkisi Cumhurbaşkanı'ndadır. Bu düzenlemeye göre, olağanüstü hâl kararı verildiği gün Resmî Gazete'de yayınlanıp TBMM onayına sunulmaktadır. Ülkemizde, Covid-19 salgınının başladığı tarihten itibaren bugüne kadar olağanüstü hâl ilanına karar verilmemiştir.

Ülkemizde salgın koşulları sebebiyle olağanüstü hâl ilan edilmediği gibi DMK madde 96'da belirtilen “genel hayata müessir afetlere uğrama” koşulu da



karşılanmamaktadır<sup>362</sup>. Zira 7269 Sayılı Kanun'da<sup>363</sup>, genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerin “*Deprem (Yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerler...*” olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla ülkenin tamamının bu kapsama alınması fiilen mümkün olmadığı gibi buna ilişkin verilen bir karar da bulunmadığından hukuken de mümkün değildir. Söz konusu genelgede belirtilenlerin hukuka uygun olabilmesi için olağan dönemde bulunulduğundan temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın 13. maddesine uygun olarak kanunla sınırlandırılması gerekmektedir<sup>364</sup>.

Bu durumda, sağlık personelinin hizmetten çekilme talebinde bulunması halinde sınırlamanın kanunla getirilmemiş olması ve yaptırımın belirsiz olması hekimler açısından endişe ile karşılanmaktadır. Bu yasaklar hukuken geçerli olmasa da hekimlerin psikolojik olarak çalışmak zorunda olduğu düşüncesi, hukuki haklarından haberdar olmaması ya da kullanmasının uğraş gerektirdiği yönündeki kanaati de bu düzenlemenin hukuken olmasa da fiilen baskı unsuru teşkil ettiğini göstermektedir.

Bununla birlikte, usul ve şartlara uygun davranan devlet memurunun hizmetten çekilmesinin engellenmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira Anayasa'da yer alan zorla çalıştırmanın yasak olması, çalışma özgürlüğü ile Uluslararası sözleşmeler ve DMK buna izin vermemektedir. Keza bu süreçte konuya ilişkin olarak TTB tarafından açıklanan görüşler de bu yönde olup, hekimin istifa hakkının bulunduğu belirtilmektedir<sup>365</sup>. Ayrıca, tüm bu yasaklamaların hukuken geçerli olduğu varsayımında dahi en katı yaptırım olağanüstü hâl dönemleri için belirlenen bir daha memuriyete girememe yaptırımıdır. Ülkemizde olağanüstü hâl ilanına da karar verilmemiş olması memurun DMK'de belirtilen bu yaptırımla da karşılaşmayacağı anlamına gelmektedir. Öte yandan, kamu görevlisinin bireysel olarak istifası TCK kapsamında da herhangi bir suç meydana getirmeyecektir. Zira eylemin bireysel

---

<sup>362</sup>Kemal Gözler, a.g.m.

<sup>363</sup>Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun

<sup>364</sup>Kemal Gözler, a.g.m.

<sup>365</sup>Türk Tabipleri Birliği, ‘Hekimin İstifa Hakkı’ Hukuki Görüş Metni, (05.05.2021), <https://www.ttb.org.tr/225yikh>, E.T. 10.05.2021; Türk Tabipler Birliği, Hekimlerin İstifası Yasaklandı mı? (02.11.2020), <https://www.ttb.org.tr/215yiaj>, E.T. 07.12.2021

olması hizmetten çekilmenin TCK madde 260'ın içeriğine dâhil olmasını engellemektedir.

Uygulamada ise hekimlerin istifa dilekçelerinin işleme alınmadığı ya da istifa taleplerinin kabul edilmediğine dair örneklere rastlanılmaktadır. Diğer taraftan, istifanın kural olarak tek taraflı bir irade beyanı olduğunu ve bu beyanın karşı tarafın kabulünü gerektirmediğini de belirtmek gerekir. Belirtmek gerekir ki, idare tarafından talebin alınmaması ya da kabul edilmemesi gibi uygulamalar hukuka uygun değildir. Öncelikle, Anayasa'nın 74. maddesinde tanınan dilekçe hakkının uygulama ya da genelge ile engellenmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra, hekimin Anayasa'da tanınan çalışma özgürlüğünün yukarıda belirtilen sebeplerle usulen uygun olmayan bir düzenleme ile sınırlandırılması da hukuka aykırıdır. Dolayısıyla, yöneticilerin anayasa ve kanuna uygun olarak hizmetten çekilme talebini kabul etmesi gerekmektedir.

Hekimlerin hizmetten çekilme talebinin üstleri tarafından reddedilmesi halinde ise DMK'nin 94. maddesinin 2. fıkrası gereğince yerine birinin atanması ya da vekil tayin edilmesi için tanınan bir aylık süre sonunda hizmetten çekilmesinin önünde hiçbir engelin bulunmadığı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte uygulamada özellikle sorun teşkil eden diğer bir durum da izin yasağıdır. Zira hekimler pandemi döneminde yıllık izinlerini kullanamamış, halen de kullanamamaktadır. Yıllık izin hakkı sağlık çalışanlarının bu dönemde en çok ihtiyaç duydukları anayasal haklarından biridir. Bu nedenle yakın vadede dönemler ve adil olarak kullanımı için idarenin takdir yetkisini kullanması gerektiği görüşündeyiz.

Bu sebeplerin çalışma açısından önemi ise sağlık çalışanlarından olan hekimlerin mesleki özerkliğinin etkilenip etkilenmeyeceği hususudur. Bununla birlikte, belirtilen yasakların hekimin mesleki özerkliğini olumsuz yönde etkileyeceğine hiç şüphe bulunmamaktadır. Zira uzmanlık alanı fark etmeksizin ve izin hakkı sağlanmadan, hekimin çalışmak zorunda bırakılması tedavi özgürlüğüne olumsuz yönde etki edecektir. Kanaatimizce, düzenlemelerin ülkenin bulunduğu koşul ve küresel bir salgınla mücadele ile hekim hakları ekseninde düşünülmesi gerekmektedir. Zira tüm dünyayı etkisi altına alan bu salgın da hekimlere düşen

sorumluluğun her zamankinden fazla olması mesleğin yapısından kaynaklanmakla birlikte, insan ve hekim haklarının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Özetle, sağlık çalışanlarına yönelik getirilen kısıtlamaların yer aldığı düzenlemeler hukuki dayanak açısından eksik durumdadır. Zira bakanlık düzenlemelerinin hiçbirinde herhangi bir hukuki dayanak yer almamış, düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı ile tüm kamu kurum kuruluşlarında uygulanacağını belirtilmesi ile yetinilmiştir. Dolayısıyla bakanlık düzenlemesinin dayanağının olup olmadığı, varsa hangi hukuki metin olduğu belirsiz durumdadır. Kanaatimizce, salgının boyutu dikkate alındığında getirilen kısıtlamalar içerik olarak zorunlu olmakla birlikte istisnai olarak izinlerin iptal edilmesi bu süreçte hekimler açısından psikolojik olarak yıpratıcı olmaktadır. Bu sebeple, izinlerin kullanımı ile ilgili olarak idarenin takdir yetkisini kullanması hekimler ile diğer sağlık çalışanları için hızlıca düzenleme yapılması gerekmektedir.

Öte yandan, hekimin hizmetten çekilmesi ve diğer kısıtlamalarla ilgili olarak genelgeyle ya da başka bir düzenlemeyle değil Anayasanın 13. maddesine uygun olarak kanunla düzenleme yapılması gerektiği düşüncesine katılmaktayız. Bununla birlikte, düzenlemenin de nesnel kıstaslara uygun olarak belirlenmesi, kısa süreli ve hekim ile insan haklarının sınırlarını aşmayacak nitelikte kanunla gerçekleştirilmesinin hukuka uygun olacağı kanaatindeyiz.

## SONUÇ

Sağlık hakkının kişilerin Anayasa'da en temel haklarından biri olarak düzenlenmesi devlete bu konuda pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bu nedenle, hakkı kullanma girişiminde bulunan hastaya hizmeti sunacak olan sağlık kuruluşları ya kamuya ait ya da kamu denetiminde olmaktadır. Bununla birlikte, sağlık hizmetini sunan yer kamuya ait olsun ya da olmasın bu hizmetlerin tamamı hekimler ve diğer sağlık personelleri aracılığıyla yürütülmektedir.

İnsanların yaşam hakkını da ilgilendirmesi neticesinde geçmiş dönemlerden itibaren sağlık kavramı ile sağlıklı olunmasına yardımcı olan hekimler toplumda önemli bir konumda yer almışlardır. Çünkü insanların acılarını dindiren, onları iyileştiren ve belki de yaşam süresini uzatan bu insanların diğerlerinde olmayan bilgi ya da güçlere sahip oldukları düşünülmüştür. Günümüzde de hekimlerin toplumdaki saygınlığı korunmaya devam ederken sahip oldukları tıbbi gücün mesleki bilgi ve deneyimlerinden kaynaklandığı kabul edilmektedir.

Hekimin hastasına tıbbi müdahalede bulunması aralarında ilişki kurulmasını sağlamaktadır. Bu ilişkide iki taraf arasındaki denge yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı önceleri hekim lehine iken zamanla bu anlayış değişmiştir. Şöyle ki günümüzde ideal hekim-hasta ilişkisinin katılımcı hekim modeli olduğu, tarafların ilişkiyi birbirinin haklarına saygı duyarak ve dayanışma ile sürdürmesi gerektiği düşüncesi ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.

Bunun yanı sıra, ilişkinin hukuki niteliğinin sözleşme olduğu kanaatine varılmaktaysa da hangi sözleşme tipine dâhil olduğuna ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar içerisinde özellikle hizmet, eser, vekâlet ve kendine özgü (sui generis) sözleşme olduğuna ilişkin görüşler yoğunlaşmıştır. Günümüzde ise bazı istisnai haller hariç olmak üzere hem doktrin hem de yargı kararları tarafından hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

Diğer taraftan, bu ilişkinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olması tarafların birtakım hak ve yükümlülüklerinin bulunmasını gerektirmektedir. Bu noktada, hekimin sahip olması gereken haklar açısından mesleki özerklik ilkesi oldukça önemlidir. Zira hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğuna ilişkin kabul ve mesleğin “profesyonel meslek” olduğu yönündeki değerlendirmeler hekimin tıbbi müdahalelerde bulunurken özgür olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, hekime tanınması gereken özgürlük alanı mesleğin gereklerinin yerine getirilebilmesi açısından zorunlu bir ihtiyacın sonucunda ortaya çıkmıştır.

Hekimlerin gerek geçmiş dönemlerde gerekse günümüzde tıbbi faaliyetlerde bulunurken kendi tıbbi kanaatine aykırı olan isteklerle, şiddet olaylarıyla, ekonomik ve siyasi başta olmak üzere pek çok baskı unsuruyla karşılaştığı bilinmektedir. Bununla birlikte, hekimlik mesleği sağlık ve yaşam hakkı gibi en önemli değerleri konu edindiğinden hekim her türlü etki ve baskıdan uzak olarak yalnızca tıbbi kanaatine ve vicdanına uygun davranılmalıdır. Aksi halde, hekimin fiillerinin suç konusu oluşturması ya da mesleki etik değerlerden ayrılması gibi sonuçları meydana getirebilir. Ancak, savaş koşullarında dahi mesleki değerlere uygun davranması beklenen hekimin yaşam hakkı söz konusu olduğundan bir anlık aykırı davranışı dahi makul görülemez. Bu durum, mesleki özerklik ilkesinin hekimler için ne denli önemli olduğunu da göstermektedir.

Doktrinde hekimin mesleki özerkliği olarak ifade edilen bu ilke ile hekim hasta, hasta yakını, idare ve hatta hukuki düzenlemelere karşı dahi korunmaktadır. Öte yandan her ne kadar belirtilen ilke hayati bir öneme sahip olsa da bu konuda ulusal hukukta gerçekleştirilen çalışmalar karşılaştırmalı ve uluslararası hukuka nazaran daha sınırlı düzeyde kalmıştır.

Bunun yanı sıra Anayasa, TDN ve HMEK’de yer alan düzenlemelerde mesleki özerklik ilkesinin adı açıkça zikredilmemişse de hukuken tanındığına ilişkin değerlendirmeye yorumlanarak ulaşılabilmektedir. Kanaatimizce, açıkça hekim hakkı olarak belirtilmeyen ve detaylandırılmayan ilkeye ilişkin düzenlemeler yeterli değildir. Bu sebeple, hekimin tıbbi faaliyetlerde bulunurken özerk olduğuna ve bu özerkliğin içerisinde yer alan unsurların neler olduğuna ilişkin doktrinindeki görüşler

ile uygulamadaki örnekler göz önünde bulundurularak özel ve ayrıntılı bir yasal düzenleme hazırlanması gerekmektedir.

Doktrinde, hekimin mesleki özerkliği kapsamının üç ana unsura ayrıldığına ilişkin görüşler bulunmaktadır. Buna göre, tedavinin gerekli olup olmadığına yönelik karar hekime ait olmakla birlikte hekimin vicdanıyla çelişen yöntemleri ya da belirli bir ilaç tedavisini uygulaması yönünde zorlanamayacağı ile uygun gördüğü teşhis ve tedavi yöntemi seçme hakkının bulunduğu belirtilmektedir. Bu unsurlar incelendiğinde hekimin mesleki özerkliğinin sağlanmasından kastedilenin tedavi özgürlüğü olduğu anlaşılmaktadır.

Bu unsurlar arasında doktrinde tartışmalı olan ve uygulamada da sıklıkla sorunlara yol açan hekimin vicdani kanaatine uygun olmayan yöntemi hastaya uygulaması yönünde zorlanabilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Zira bu durumda hangi vicdani değerlerin bu kapsamda olduğunun belirlenmesi oldukça zordur. Şöyle ki ayırım gözetmeksizin bütün şahsi değerlerde hekimin zorunlu tutulamayacağı kabul edilmesi hastanın sağlık hakkından yararlanmasını engelleyebilecekken hekimin her durumda tedavi etme yükümlülüğünün bulunduğu savunulması da anayasada düzenlenen çalışma özgürlüğüne zarar verebilecek niteliktedir.

Bununla birlikte, şiddete uğrayan hekimin kendisine şiddet uygulayan hastayı tedavi etmesi ya da değerlerine aykırı olan bir tıbbi müdahalede bulunmaya zorlanması mesleği ile kişisel kanaatleri arasında çelişkiye düşmesine istemeyerek de olsa müdahale beklenen faydanın azalmasına sebebiyet verebilecektir.

Diğer taraftan, hekimin vicdani kanaatinin hastanın sağlık hizmetlerinden yararlanmasını tamamen engellemesi fikri zaten baştan kabul edilmemelidir. Zira gebeliğin sonlandırılması işleminin tüm hekimler tarafından vicdani gerekçelerle reddedildiği varsayımında öncelikli korunan temel insan haklarının ihlal edildiği açıktır. Keza konuya ilişkin AİHM içtihatları da bu çalışma kapsamında incelenmiş, hak ihlalleri değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, doktrindeki görüşler tarafından da savunulduğu üzere hekimin bu gerekçelerle hastayı reddettiği hallerde hasta için gerekli ve uygun olan tüm koşullar sağlanarak reddeden hekim ile aynı nitelikteki başka bir hekime devredilmesi gerekmektedir. Bu olanakların sağlanmadığı hallerde ise mesela devreden hekimin uzman devralanın pratisyen olduğu bir örnekte hekimin

tedaviden kaçınması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, hakkın hekimler tarafından herhangi bir kazanç elde etmek ya da mevcut kazancı arttırmak amacıyla kullanılmasının da hukuken korunamayacağını belirtmekte fayda bulunmaktadır.

Bunların yanı sıra, her özgürlük alanında olduğu gibi burada da sınırsız hareket edebilme olanağı bulunmamaktadır. Çünkü kişinin özgürlüğü başka birinin özgürlüğünün başladığı yerde sona ermektedir. Hekimlerin mesleki özerkliğinin sınırlarının aşılması halinde de hastanın vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı, özel yaşama saygı, sağlık hakkı gibi pek çok hakkının ihlal edilmesi sonucu doğabilir. Dolayısıyla, bu durumlarda gerçekleşecek ihlallerin hukuken kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, bir bütün olarak mevzuat ve yargı kararlarının incelenerek hekimin mesleki özerkliğinin sınırları doktrindeki görüşler tarafından belirlenmeye çalışılmıştır. Çalışmada, bu görüş ve kararlar ışığında bu sınırlar tekrar ele alınmıştır.

Yine, son dönemde tüm dünyada hızla yayılan Covid-19 pandemisi de hekimlerin mesleki özerkliğini kısıtlamıştır. Bu dönemde sağlık çalışanlarının izin, istifa, emeklilik başta olmak üzere pek çok hakkı askıya alınmıştır. Yine, hekimlerin uzmanlık alanları dışındaki bölümlerde görevlendirilmeleri ve uzun süren nöbetleri de başta çalışma özgürlüğü olmak üzere pek çok hakkının kısıtlanmasına neden olmuştur. Öte yandan, bu sürecin tüm dünyada oldukça ağır sonuçlara sebebiyet verdiği ve diğer sektörlerde çalışan insanlarında hekimler kadar olmasa da kısıtlamalara tabii olduğu düşünüldüğünde bu durumların zorunluluk hali içerisinde kabul edilmesi gerekir. Ancak, kanaatimizce burada içerik olarak hukuka aykırı bir durum bulunmamakla birlikte sınırlandırmaların kanun ile değil genelgeyle düzenlenmesi yapılaş usulü olarak anayasaya aykırı nitelikte olduğundan eleştirilebilir. Bu sebeple nesnel kıstasları olan, kısa süreli ve hak dengesini koruyacak nitelikte ve kanunla gerçekleştirilmesi düzenlemenin hukuka uygun hale gelmesini sağlayacaktır.

Çalışmanın tamamı değerlendirildiğinde ise hekimin mesleki özerkliği ilkesinin uygulamadaki eksiklikler, yabancı ülke hukuklarındaki düzenlemeler ile doktrindeki görüşler doğrultusunda bir hekim hakkı olarak açık ve kapsayıcı bir yasal düzenleme ile tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

### 1. Kitaplar

- Akipek Öcal, Şebnem (2019). “Hasta-Hekim Hakları ve Yükümlülükleri”. Şu kitapta: Ed. Hediye Bahar Sayın. Sağlık Hukuku [Elektronik Sürüm]. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları, 20-57. <https://ets.anadolu.edu.tr/storage/nfs/HUK120U/ebook/HUK120U-16V1S1-8-0-1-SV1-ebook.pdf> E.T. 20.12.2020.
- Ankara Tabip Odası Sağlık Politikaları Komisyonu (2011). Hekim Bağımsızlığı [Elektronik Sürüm]. Ankara: Ankara Tabip Odası Yayınları. [http://static.ato.org.tr/fs/4f4f776167cde9211d000001/hekim\\_bagimsizligi.pdf](http://static.ato.org.tr/fs/4f4f776167cde9211d000001/hekim_bagimsizligi.pdf) E.T. 01.04.2021.
- Aşçıoğlu, Çetin (1982). Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. Ankara: Olgaç Matbaası.
- Ayan, Mehmet (1991). Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Bayraktar, Köksal (1972). Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu. İstanbul: İÜHF Yayınları.
- Belgesay, Mustafa Reşit (1953). Tıbbi Mesuliyet. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Boumil, Marcia M./Elias, Clifford E./Moes, Diane Bissonette (2003). Medical Liability. St. Paul.
- Cirhinlioğlu, Zafer (1996). Meslekler ve Sosyoloji. Ankara: Gündoğan Yayınları.
- Doğru, Osman, Atilla Nalbant (2013). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Erman, Barış (2003). Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Gücün, Cevat Abdürrahim (1946). Nazari ve Ameli Hukuk Davaları C. II. (Menkul Mallar ve Borçlar). İstanbul: Üniversite Kitabevi.
- Güney Tunalı, Işıl (2020). Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Günday, Rezzan (2012). Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayınevi.



- Hakeri, Hakan (2020). Tıp Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hakeri, Hakan (2018). İlaç Hukuku. Ankara: Astana Yayınları.
- Hancı, İbrahim Hamit (2006). Malpraktis (Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hatemi, Hüseyin (1999). Borçlar Hukuku Özel Bölüm. Filiz Kitabevi.
- Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm (2012). Handbuch des Arztrechts. München.
- Merz, Barbara (1980). Analyse der Haftpflichtsituation bei Schädigung durch Medikamente, Zürich.
- Odyakmaz, Zehra/Keskin, Bayram (2020). Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Gerekliliği. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Oğuz, Yasemin N./Tepe, Harun/Örnek Büken, Nükhet/Kırımsoy Kucur, Deniz (2005). Biyoetik Terimleri Sözlüğü. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu.
- Ott, Werner E. (1978). Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes. Zürich.
- Özay, Merter (2006). Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özçetin, Selvi/Balaban Murat (2014). Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztürkler, Cemal (2006). Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Sütlaş, Mustafa (2000). Hasta ve Hasta Yakını Hakları. İstanbul: Çiviyazıları Yayınevi.
- Şenocak, Zarife (1998). Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu. Ankara: AÜHF Yayınları.
- Tandoğan, Haluk (1985). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. C.1/1, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Taneri, Gökhan (2015). Hasta ve Hekim Hakları İle Uygulamadan Örneklerle Hekim Ceza Sorumluluğu. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Türkmen, Ali (2013). Hasta ve Hekim Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu (2020). “Yaşamın Sonuna İlişkin Bildirge”. Şu kitapta: Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri [Elektronik Sürüm]. Ankara: Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 36-40. [https://www.ttb.org.tr/kutuphane/etik/bildirgeler2020.pdf/](https://www.ttb.org.tr/kutuphane/etik/bildirgeler2020.pdf) E.T 24.01.2021.

- Yavuz, Cevdet (2002). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Yavuz İpekyüz, Filiz (2006). Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Yenerer Çakmut, Özlem (2003). Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Yılmaz, Battal (2020). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Zengin, Mehmet Ali (2012). Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Williams, John R. (2017). Dünya Tabipler Birliği Tıp Etiği Elkitabı [Elektronik Sürüm]. (Çev. M. Murat Civaner). Ankara: TTB Yayınları. [https://www.ttb.org.tr/kutuphane/tip\\_etigi.pdf](https://www.ttb.org.tr/kutuphane/tip_etigi.pdf)/ E.T. 05.01.2021.

## **2. Makaleler, Bildiriler, Tezler**

- Adıgüzel, Sibel (2011). Yoğun Bakım Ünitelerinde Aydınlatma ve Onam Alma Yükümlülüğü. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Atabek, Reşat/Sezen, Merih (1954). “Hekimin Mesuliyeti”. İstanbul Barosu Dergisi, 28(2): 135-165.
- Atay, Ender Ethem (2020). “Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdarenin Sorumluluğu, Bedensel Zararların Tazmini ve Türk ve Fransız Danıştaylarının İçtihatları Üzerine Notlar”. (Ed.) Av. Prof. Dr. Necdet Basa, Av. Sema Gülaç Uçakhan. TBB Bedensel Zararlar Konusunda Yüksek Mahkeme Görüşleri, 5-6 Nisan 2019 Sempozyumu. Ankara: TBB Yayınları: 217-275.
- Atıcı, Elif (2007). “Hasta-Hekim İlişisini Etkileyen Unsurlar” [Elektronik Sürüm]. Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 33(2), 91-96. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/uutfd/issue/35313/391996/> E.T. 09.12.2020.
- Aydın, Erdem (2004). “Hekim Hakları” [Elektronik Sürüm]. Şu kitapta: Ed. Sinan Beksaç. Doğum Hekimliği Maternal- Fetal Tıpta Etik ve Yasal Boyut. Ankara: Medikal Network, 164-172. [http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/hekim\\_haklari.doc](http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/hekim_haklari.doc) E.T. 09.12.2020.
- Aynacı, Yusuf (2008). Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması. Tıpta Uzmanlık Tezi, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Konya.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru (Ocak 2017). “Robot Hukuku”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.29, 85-112. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/981809/> E.T. 10.02.2021.

- Çizmeli, Ecem (2014). Kronik Epilepsi Hastaları İçin Prototip Tele-Tıp Önerisi. Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul.
- Demir, Mehmet (2008). “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu” [Elektronik Sürüm]. AÜHF Dergisi, 57(3), 225-252. [https://doi.org/10.1501/Hukfak\\_0000001527/](https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001527/) E.T. 10.12.2020.
- Deutsch, Erwin (1979). “Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu” (Çev. İrfan Yazman) [Elektronik Sürüm]. AÜHF Dergisi, 36(1), 1979, 171-186. <http://hdl.handle.net/20.500.12575/48329/> E.T. 09.01.2021.
- Doğan, Cahid (2011). “Tedaviyi Kabul Etmeme ve Durdurma Hakkı”. Şu kitapta: II. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu 13-14 Kasım 2009. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 307-357.
- Doğan, Cahid (2017). “Eczacı Uygulamalarında Aydınlatılmış Rıza (Paylaşım) Karar Verme”. TıpHD, Y.6, S.11, 173-206.
- Doğan, Koray (2019). “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk”. D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21(Özel), 3219-3251. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/KORAY-DOGAN.pdf> E.T. 09.02.2021.
- Doğan, Mustafa/Eröz, Recep/Bolu, Semih/Yüce, Hüseyin (2018). “Turner Sendromlu Olgularımızın Karyotip Kompozisyonlarının Başvuru Şikâyetleri ve Antropometrik Verileri ile Birlikte Değerlendirilmesi”. Konuralp Tıp Dergisi, 10(2), s.248-252. <https://doi.org/10.18521/kttd.414179/> E.T. 18.04.2021.
- Doğramacı, Yakup Gökhan (Ekim 2020). “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler”. İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(2), 657-710. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/57316/812428/> E.T. 09.02.2021.
- Donay, Süheyl (1968). “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”. İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S.10, 39-53.
- Erdoğan, Ersoy (2007). Hekim Hakları. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Eren, Abdurrahman (2006). “Türk Hukukunda Vicdani Ret”. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 61(3), 103-130.
- Ertaş, Şeref (1980). “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”. DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 173-204. <http://hdl.handle.net/20.500.12397/1952/> E.T. 17.02.2021.
- Goode, William J. (Nisan 1957). “Community Within A Community: The Professions”. American Sociological Review, 22, 194-200.
- Göçmen, Erkin/Göçmen, Ş. Ali (2003). “İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”. İstanbul Barosu Dergisi, 77(3), 640-645.

- Haering, Daniel/Olah, Mirjam (2014). “Teletıp ve Ceza Hukuku Uzaktan “Rahat” Tedavi ile Hekimin Özen Yükümlülüğü Arasındaki Çatışmanın Telefon Konsültasyonu Uygulaması Özelinde Değerlendirilmesi” (Çev. Barış Atladı). Şu kitapta: Ed. Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver. Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakeri’ye Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 14, Tıp/Sağlık Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık. 243-281. <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=71118/> E.T. 22.02.2021.
- Hakeri, Hakan, (2007). “Tıp Hukukuna Giriş (Tıp Hukukunun Temel Kavramları) (Genel Tıp Hukuku)”. Roche Sağlık Hukuku Günleri 2 Soru ve Cevaplar. İstanbul: Roche Müstahzarları Yayınları: 3-42.
- Hakeri, Hakan (Ekim 2012). “Hekim Hakları ve Hak Arama Yolları”. TıpHD, Y.1, S.2, 1-10.
- Kestane, Doğan (Ocak-Nisan 2003). “Performansa Dayalı Ücret Sistemi ve Kamu Kesiminde Uygulanabilirliği”. Maliye Dergisi, S.142, 126-144. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/12/img-142.pdf/> E.T. 16.03.2021.
- Keyman, Selahattin (1978). “Hekimin Cezai Sorumluluğu”. AÜHF Dergisi, 35(1), 57-89. [https://doi.org/10.1501/Hukfak\\_0000000855/](https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000855/) E.T. 08.02.2021.
- KOÜTF Türkçe Tıp Dili Kurulu (2007). “Türkçe Tıp Dili Kılavuzu”. Kocaeli: KOÜ Basımevi. <http://turkoloji.cu.edu.tr/> E.T. 17.04.2021.
- Kutluer, Ezgi (2019). Hastanın Tedavi Olma Hakkı ve Hekimin Tedavi Özgürlüğü. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- Özbilen, Arif Barış (2013). “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 12(24), 99-124. <https://app.trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TWpNd056YzVPUT09/> E.T. 07.03.2021.
- Özcengiz, Dilek (2020). Yaşam Sonu Kararların Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara.
- Özdemir, Hayrünisa (2016). “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”. EÜHFD, 11(1), 33-81. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/issue/35553/394697/> E.T. 15.12.2020.
- Özlu, Tefvik (Eylül 2007). “Karşılıklı Hak ve Sorumluluklar Bağlamında Hekim-Hasta İlişkisi”. Şu kitapta: Haz. Celal Ülgen/ Coşkun Ongun. A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 20-28.
- Özlu, Tefvik (2009). “Hasta-Hekim İlişkisi”. Şu kitapta: Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 [Elektronik Sürüm]. Ankara: Ankara Barosu Yayınları. 65-70. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/s/s1-2.pdf/> E.T. 05.12.2020.

- Özsunay, Ergun (1983). “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”. Şu kitapta: Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu/Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu (Ankara, 12/13 Mart 1982). İstanbul: Fakülteler Matbaası, 31-59.
- Reisoğlu, Seza (1983). “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”. Şu kitapta: Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu/ Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu (Ankara, 12/13 Mart 1982). İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1-18.
- Seçer, H. Şebnem (2007). Mesleki Yaşam Modelinin Oluşturulması ve Mesleki Analizlerde Kullanımı. Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- Selanik, Atakan Adem. (2018). “Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Doğan Sorumluluğu ve Sigorta Sözleşmesi”. Şu kitapta: Ed. Yasemin Güllüoğlu Altun. Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı (80. Yıl Sempozyumu Tebliğleri). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 435-474.
- Sert, Gürkan/Güven, Tolga (2009). “Hekimin Tedavi Etmeyi Reddetme(me) Ödevi”. Şu kitapta: Ed. Yeşim Işıl Ülman ve diğerleri. Tıp Etiğinden Biyoetiğe [Elektronik Sürüm]. Ankara: Türkiye Biyoetik Derneği Yayını, 295-300. <https://biyoetik.org.tr/wp-content/uploads/2019/09/14.pdf>/ E.T. 26.12.2020.
- Tuğcu, Harun (2009). “Acil Olgularda Hekim Sorumluluğu”. Klinik Gelişim Dergisi, 22(Adli Tıp Özel), 85-88. <http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/2009-ozel.html>/ E.T. 10.02.2021.
- Türe, M. Gökhan/Türe, Oğuzhan (Temmuz-Ağustos 2017). “Hizmetten Çekilme Hakkı” [Elektronik Sürüm]. TBB Dergisi, S.131, 295-346. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-131-1678/> E.T. 10.12.2020.
- Uygur, Atiye B. (Eylül- Ekim 2019). “Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi”. TBB Dergisi, Y.32, S.144, 355-381. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi144/356/> E.T. 10.02.2021.
- Ünver, Yener (Aralık 2006). “Türk Tıp Hukukunda Rıza”. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 227-288. <https://www.jurix.com.tr/article/12022/> E.T. 15.02.2021.
- Üstün, Çağatay/Demirci, Nuray (Ekim 2012). “Yaşam Desteğini Sonlandırmak Etik Bir İkilim Olabilir mi?” (“Sam Schmid Olgusu” ve Hospiz). Fasikül Hukuk Dergisi, 4(35), 6-7. <https://www.jurix.com.tr/article/3503/> E.T. 04.01.2021
- Yüksel, İbrahim/Sayın, Kudret Şevket (Temmuz 2018). “Kamu Hastanelerinde Performansa Dayalı Ek Ödeme Model Önerisi ve Örnek Bir Uygulama”. Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, 10(2), 1-17. <https://www.jurix.com.tr/article/18113/> E.T. 07.01.2021.
- Zuck, Rüdiger (1991). “Der Standart der besonderen Therapierichtungen im deutschen Gesundheitswesen”. Neue Juristische Wochenschrift, 2933-2937.

<https://016a1bd0e3cab9faf1500f1134a3b63d150fda46.vetisonline.com/Dokumentvpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F1991%2Fcont%2Fnjw.1991.2933.1.htm&pos=6&hlwords=on/> E.T. 17.04.2021.

### 3. Diğer Kaynaklar

Erdem, Ali Kemal (25.11.2020). Pandemi, Doktor ile Hastayı Online Buluşturan “Teletıp” a Yaradı. Uygulamayı Destekleyen de Faydasız Bulan da Var. Erişim: Independent Türkçe. <https://www.indyrturk.com/node/277201/haber/pandemi-doktor-ile-hastay%C4%B1-online-bul%20u%C5%9Fturam-telet%C4%B1-pa-yarad%C4%B1-uygulamay%C4%B1/> E.T. 22.01.2021.

Erdem, Ümit/Şen, Feza (25.04.2020). Koronavirüs & Tele-tıp Uygulamaları ve Sağlık Hukuku Sorunları. Yazan: Hüseyin Kandemir. Erişim: Medikal Akademi. <https://www.medikalakademi.com.tr/uzmanlar-tartisiyor-koronaviru-es-tele-tip-uygulamalari-ve-saglik-hukuku-sorunlari/> E.T. 28.02.2021.

Hakeri, Hakan (07.09.2009). “Sağlık Bakanlığının Eş Değer İlaç Genelgesi Hukuka Aykırı mı?”. Medimagazin. <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-saglik-bakanliginin-es-deger-ilac-genelgesi-hukuka-aykiri-mi-72-642115.html/> E.T. 05.02.2021.

Gözler, Kemal (15.10.2020). “Sağlık Personeline Getirilen İstifa Yasağı Hukuka Uygun mu?”. Türk Anayasa Hukuku Sitesi. <https://www.anayasa.gen.tr/istifa-yasagi.htm/> E.T. 26.02.2021.

Milliyet, Yeni Dönemin Yıldızı ‘Teletıp’ Olacak. (19.01.2021). <https://www.milliyet.com.tr/sigorta/yeni-donemin-yildizi-teletip-olacak-6409819/> E.T. 22.02.2021.

Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü 18.06.2009 Tarihli B.10.0.IEG.0.73.00.17/49081 Sayılı Eşdeğer İlaç Kullanımı Konulu Genelgesi, [https://www.istanbuleczaciodasi.org.tr/upload/pdf/20090618\\_es\\_deger\\_ilac.pdf](https://www.istanbuleczaciodasi.org.tr/upload/pdf/20090618_es_deger_ilac.pdf) / E.T. 11.12.2020.

Sarı, Hilal (21.08.2020). Virüs, Teletıp Sektöründe Hızlı Büyüme Tetikledi. Erişim: Dünya Gazetesi. <https://www.dunya.com/dunya/virus-teletip-sektorunde-hizli-buyumeyi-tetikledi-haberi-478669/> E.T. 22.01.2021.

T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü (19.01.2021). Dr. e-Nabız Muayeneye Başladı. <https://sbsgm.saglik.gov.tr/TR,77430/dr-e-nabiz-muayeneye-basladi.html/> E.T. 23.03.2021.

T.C. Sağlık Bakanlığı Covid-19 Bilgilendirme Platformu. <https://covid19.saglik.gov.tr/> E.T. 25.03.2021.

TDK Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>

Türk Tabipleri Birliği (02.11.2020). Hekimlerin İstifası Yasaklandı mı?. Erişim: Türk Tabipleri Birliği Web Sitesi. <https://www.ttb.org.tr/215yiaj/>, E.T. 07.12.2021.

Türk Tabipleri Birliği (05.05.2021). ‘Hekimin İstifa Hakkı’ Hukuki Görüş Metni. Erişim: Türk Tabipleri Birliği Web Sitesi. <https://www.ttb.org.tr/225yikh/> E.T. 10.05.2021.

Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu (03.05.2010). ‘İsteğe bağlı rahim tahliyesini vicdani nedenlerle ret etme hakkı olup olmadığı’ sorusu üzerine görüş. Erişim: Türk Tabipleri Birliği Web Sitesi. <https://www.ttb.org.tr/945ygag/> E.T. 15.02.2021.

Yener, Duygu (01.04.2020). Sağlık Bakanı Koca Kovid-19 Mesaisindeki Hekimler ve Sağlık Çalışanlarıyla Görüştü. Erişim: Anadolu Ajansı. <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/saglik-bakani-koca-kovid-19-mesaisinde-ki-hekimler-ve-saglik-calisanlariyla-gorustu/1787296/> E.T. 28.01.2021.

Yener, Duygu/Aktaş, Yıldız/Tosun, Mehmet/Çalık Göçümlü, Burcu (19.08.2020). Sağlık Bakanı Koca: Evde Tedavide Yeni Bir Uygulamaya Geçiyoruz. Erişim: Anadolu Ajansı. <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/saglik-bakani-koca-evde-tedavide-yeni-bir-uygulamaya-geciyoruz/1947250/> E.T. 22.01.2021.

World Health Organization (Dünya Sağlık Örgütü). <https://www.who.int/ncds/management/palliative-care/introduction/en/> E.T. 06.02.2021.

<https://teletip.saglik.gov.tr/#service>

<https://www.acibadem.com.tr/acibadem-evinizde>

<https://www.anayasa.gov.tr>

<https://www.florence.com.tr/online-tibbi-danisma>

<https://www.medicalpark.com.tr/e-randevu?v=1>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www2.tbmm.gov.tr>

#### **4. Ulusal Mahkeme Kararları**

Askeri Yargıtay 1. D, K.T. 09.05.2006, E. 2006/787, K. 2006/801.

AYM GK, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, K.T. 03.10.2013, E. 2012/103, K. 2013/105.

AYM, KT. 13.03.2006, E. 2006/21, K. 2006/38.

Danıştay 10. D, K.T. 14.11.1996, E. 1995/7086, K. 1996/7534.

Danıştay 10. D, E. 2010/6584.

Danıştay 12. D, K.T. 24.10.1966, E. 1965/21, K. 1966/2928.

Danıştay 15. D, K.T. 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398.

Danıştay 15. D, K.T. 20.01.2016, E. 2013/2677, K. 2016/69.

YBK, Yargıtay Başkanlar Kurulu, K.T. 06.07.1964, E. 37, K. 40.

Yargıtay 3. HD, K.T. 13.03.2017, E. 2015/17955, K. 2017/2959.

Yargıtay 4. CD, K.T. 15.01.2007, E. 12333, K. 133.

Yargıtay 4. CD, K.T. 14.2.2012, E. 2011/3195, K. 2012/2667.

Yargıtay 4. CD, K.T. 22.05.2013, E. 2011/17665, K. 2013/15693.

Yargıtay 4. HD, K.T. 1967, E. 296, K. 5112.

Yargıtay 4. HD, K.T. 17.12.1976, E. 1976/692, K. 1976/11046.

Yargıtay 4. HD, K.T. 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541.

Yargıtay 4. HD, K.T. 29.06.1977, E. 2876, K. 5612.

Yargıtay 4. HD, K.T. 04.10.1980, E. 2175, K. 4735.

Yargıtay 5. CD, K.T. 28.11.2013, E. 11820, K.11484.

Yargıtay 9. CD, K.T. 11.04.2007, E. 2007/2061, K. 2007/3133.

Yargıtay 9. CD, K.T. 13.02.2008, E. 12553, K. 780.

Yargıtay 10. HD, K.T. 27.02.1984, E. 1984/1132, K. 1984/1166.

Yargıtay 12. CD, K.T. 04.11.2014, E. 2014/17447, K. 2014/21810.

Yargıtay 12. CD, K.T. 30.04.2015, E. 2014/6837, K.2015/7211.

Yargıtay 13 HD, K.T. 14.10.1974, E. 1974/2637, K. 1974/2492.

Yargıtay 13. HD, K.T. 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741.

Yargıtay 13. HD, K.T. 04.03.1994, E. 1994/8557, K. 1994/2138.

Yargıtay 13. HD, K.T. 06.11.2000, E. 2000/8590, K. 2000/9569.

Yargıtay 13. HD, K.T. 25.04.2002, E. 2002/2589, K. 2002/4560.

Yargıtay 13. HD, K.T. 06.03.2003, E. 2002/13959, K. 2003/2380.

Yargıtay 13. HD, KT. 09.06.2020, E. 2017/8581, K. 2020/4368.



Yargıtay 13. HD, KT. 23.06.2020, E. 2020/1255, K. 2020/5068.

Yargıtay 15. HD, K.T. 20.12.1977, E. 3167, K. 2307.

Yargıtay 15. HD, K.T. 03.11.1999, E. 1999/4007, K. 1999/3868.

Yargıtay 15. HD, K.T. 08.06.2006, E. 2005/7988, K. 2006/3417.

Yargıtay 15. HD, K.T. 07.01.2019, E. 2018/5219, K. 2019/46.

Yargıtay 15. HD, K.T. 14.01.2019, E. 2018/5312, K. 2019/139.

Yargıtay 15. HD, K.T. 15.06.2020, E. 2019/3257, K. 2020/1565.

Yargıtay 15. HD, K.T. 25.11.2020, E. 2020/305, K. 2020/3086.

YHGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K.T. 16.02.1972, E. 1971/4-137, K. 1972/105.

YHGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K.T. 11.12.2002, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047.

YHGK, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K.T. 04.06.2020, E. 2017/13-669, K. 2020/346.

Yüksek Sağlık Şûrası, K.T. 22.11.1967, K. 6177.

##### **5. Uluslararası Mahkeme Kararları**

Acher ve Guiterrez Olayı

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, P. v. S./Polonya, 30.10.2012, B. No: 57375/08, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-114098/> E.T. 20.01.2021.

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Pichon ve Sajous/Fransa, 02.10.2001, B. No: 49853/99, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-22644/> E.T. 20.01.2021.

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, R.R./Polonya, 26.05.2011, B. No: 27617/04, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-104911/> E.T. 14.02.2021.

BGH 1978,1206.

BGH 1984, 2639.

BGH 1987, 2927.

BGH VersR 78, 41.

Lecton v. Dyll, 2001.

## ÖZGEÇMİŞ

**Adı- Soyadı** : Ebru KARATAŞ

**Meslek** : Avukat

**Öğrenim Durumu** : Körfez Atatürk Anadolu Lisesi (2012)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2016)

Anadolu Üniversitesi İktisat Fakültesi Uluslararası  
İlişkiler Bölümü (2020)

Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu  
Hukuku Anabilim Dalı (2021)

**Akademik Çalışmalar** : “ Unutulma Hakkı ‘The Right To Be Forgotten’ ”  
Journal Of Justice, Volume 5, Issue 1 (2021). 79-114. (Yayınlanmış makale)