

HAKEMLİ MAKALE

RIZA, ÜSTÜN İTELİKTE ÖZEL VE KAMUSAL YARAR BAĞLAMINDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ*

Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM**

ÖZET

Hukukun yasakladığı bir fiil yahut davranışta bulunmak şeklinde tanımlanan hukuka aykırılık, kanunun öngördüğü şartların yerine gelmesi halinde belirli durumlarda ortadan kalkabilmektedir. Bunlardan başlıcaları zarar görenin rıza göstermesi, kamu güvenliği ve üstün nitelikte özel veya kamusal yarardır. Diğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerle birlikte sayılan rıza unsuru incelendiğinde hukuka aykırılığın ortadan kalkıp kalkmayacağı tartışıldığı çeşitli durumlarla karşılaşmaktadır. Rızanın nasıl verildiği yahut rızayı kimin verdiği burada önem arz etmektedir. Ayrıca diğer durumlardan olan üstün nitelikte yarar da özellikle kamusal yarar ile özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının çatışması gibi durumlarda her zaman hukuka aykırılığın ortadan kalkmasını sağlamamaktadır.

Bu çalışma ile öncelikle konunun temel unsuru olarak hukuka aykırılık konusu kısaca ele alınacak, ardından hukuka aykırılığı kaldıran hallerden zarar görenin rızası, rıza türleri ile incelenecektir. Aydınlatma yükümü doğrultusunda sağlık hukuku kapsamında geçerli rızanın önemi vurgulanacaktır. Ayrıca rıza konusu fikri haklar altında da ele alınacaktır. Sonrasında üstün nitelikte özel yarar ve üstün nitelikte kamusal yarar konuları analiz edilecektir. Kişilik hakları ile kamu yararının

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.06.2019

Kabul Edildiği Tarih: 15.10.2019

** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Araştırma Görevlisi.

Murdoch Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilişim Hukuku Misafir Araştırma Görevlisi, Perth, Avustralya.

E-Mail: aysegul.kulular@asbu.edu.tr

ORCID-ID: 0000-0001-6556-0269

çatıştığı durumlar incelenecektir. Makale ile hem Türk hukukunda hem diğer hukuklarda emsal kararlar ve hukuki düzenlemeler ele alınarak çatışan menfaatler dengesi nasıl sağlanabilir sorusuna cevap aranması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Örtülü rıza, aydınlatma yükümü, fikri haklar ve rıza, kamu yararı, hukuka uygunluk sebepleri*

PEER-REVIEWED ARTICLE

**JUSTIFICATION REGARDING TO CONSENT, SUPERIOR PRIVATE OR
PUBLIC INTEREST**

ABSTRACT

Unlawful acts can be defined as an act that is contrary to or violates an existing law. It is possible to assess unlawful acts lawful in determined conditions such as consent of aggrieved party, protection of public health and safety, or if there is superior interest. Under some conditions unlawful acts should not be considered legal. Regarding to justification of consent who and how questions should be considered. On the other hand, superior interest will be discussed for conflicting rights regarding to right to privacy and public interest. To balance the conflicting rights it is allowed to consider an unlawful act as legal.

This essay will first analyze the term of illegal act. Then it will focus on the types of consent. The importance of a valid consent will be emphasized considering duty to obtain consent under health law. On the other hand, the consent will be assessed under the law on intellectual property rights. Superior private or public interest will be assessed. With this regard the conflict of personal rights and public interest will be taken into account. The aim of this essay to elaborate on different cases from different countries about enabling act considering consent mainly. This paper seeks to address the question for how to balance conflicting rights.

Keywords: *Implied consent, duty to obtain prior consent, IP rights and consent, public interest, unlawful acts*

Giriş

Hukuka uygun olmayan eylemler kanun tarafından belirlenmiş sınırlı bazı durumlarda ilgili şartları sağlamak üzere hukuka uygun olarak kabul edilebilmekte ve zarar görenin rızası, üstün nitelikte kamusal yarar, üstün nitelikte özel yarar, kamu hukukuna dayanan yetkinin kullanılması, özel hukuka dayanan yetkinin kullanılması, meşru müdafaa, zorunluluk hali, kendi hakkını korumak için kuvvet kullanılması halleri, hukuka aykırılığı dolayısıyla eyleme bağlanan hükümlerin sonuç doğurmasını engellemektedir. Her ne kadar hukuka aykırılığı ortadan kaldıra haller ve bunların hangi durum ve şartlarda söz konusu olacakları hukuken düzenlenmiş olsa da ortada aslen hukuka aykırı bir fiil olduğundan bu fiili hukuka uygun saymak her zaman mümkün olmamaktadır. Aksi mümkün olsa idi, yani bu şekilde hukuka uygunluk nedenleri hukuka aykırı eyleme bağlanan sonuçların doğmasını her durumda engelleme gücünü haiz olsalardı hukuk kurallarının bir manası kalmazdı. Bu nedenle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin gündeme gelebilmesi için ortada hukuka aykırı bir eylemin olması gerektiğinden ve genellikle bu eylem bir başkasının hakkını yahut kamu düzenini, milli güvenlik genel sağlık gibi çeşitli kategorileri ve menfaatleri ihlal ettiğinden çatışan menfaatler arasında denge kurulması oldukça önemli ve bir o kadar da tartışmalı bir konudur.

Bu çalışma ile öncelikle konunun temel unsuru olarak hukuka aykırılık konusu kısaca ele alınacak, ardından hukuka aykırılığı kaldıran hallerden zarar görenin rızası, üstün nitelikte özel yarar ve üstün nitelikte kamusal yarar konuları analiz edilecektir. Makale ile hem Türk hukukunda hem diğer hukuklarda emsal kararlar ve hukuki düzenlemeler ele alınarak çatışan menfaatler dengesi nasıl sağlanabilir sorusuna cevap aranması amaçlanmıştır.

Hukuka Aykırılık

Hukukun yasakladığı bir fiil yahut davranışta bulunmak olarak tanımlanabilen hukuka aykırılık Nomer'in ifadesiyle 'eyleme ilişkin bir

nitelendirmedir¹. Özellikle mutlak hak ihlallerinde söz konusu olan hukuka aykırılık, mutlak hakları ihlal etmemekle yükümlü olan herkes tarafından bu yükümlülüğü ihlal eden eylemler dolayısıyla ortaya çıkar. Dürüstlük kuralı kapsamında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenebilen durumlardan kaynaklı zararın tazmini isteminin de hukuka aykırılık dolayısıyla TBK 49uncu maddesinin inci fıkrasına dayanacağı belirtilmektedir². Ayrıca TBK 49uncu maddesinde

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklindeki düzenlemede geçen ‘hukuka aykırı fiil’ unsurunun tanımlanmasında hukuka aykırılık yalnızca kanuna aykırılık ile sınırlı olmayıp fiilin yönetmelik, tüzük ve hatta herhangi bir genelge şeklinde hukuk kaynaklarından herhangi birine aykırılık teşkil etmesi yeterlidir. Hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için her zaman bir emredici hükme aykırılık gereklidir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise TBK 49uncu madde 2nci fıkraya hükmüyle getirilen ve dar anlamda hukuka aykırılığın haksız fiil sorumluluğuna neden olması için gerekli olmayan kast unsurunun ahlaka aykırılığın haksız fiil sorumluluğuna neden olması için şart olması durumudur. Nitekim Yargıtay’ın da bu yönde kararları mevcuttur. Örnekle, yapılmış bir sözleşmenin bozulmasına neden olan fiili hukuka aykırı olarak nitelendiren bir kural olmamakla birlikte, geçerli olarak yapılan bir sözleşmenin keyfe keder bozulması ahlaken uygun görülmeyen bir eylemdir³. Dolayısıyla mesela bir kiracı ile aralarında husumet bulunan bir kimsenin mal sahibini ikna ederek kira sözleşmesini bozmasını

¹ NOMER, Haluk Nami, Borçlar Hukuku, İstanbul 2010, s.80.

² OĞUZMAN, M Kemal, ve ÖZ, M Turgut, Borçlar Hukuku. İstanbul 2014, s.64.

³ KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku, Ankara 2015, s.290.

sağlaması durumunda bu kimsenin fiili ahlaka aykırı olduğundan ve olay kastı haiz bulunduğundan haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴.

Diğer taraftan görünüşte bahsedilen şekilde hukuka aykırı bir eylem var olsa dahi aslında hukuka aykırılığın söz konusu olmayacağı durumlarla da karşılaşabilmektedir. Nitekim zarar görenin rıza göstermesi, hukuki bir yetkinin kullanılması, özel yarar yahut kamu yararı, zorunluluk hali ve kendi hakkını koruma amacıyla kuvvet kullanımı gibi TBK'da 'hukuka aykırılığı kaldıran haller' başlığı altında 63'üncü maddede

“Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.” şeklinde belirtilen durumlarda ve ayrıca kişilik hakkına özel olarak TMK 24'üncü maddesi

“ Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” ibaresinde hükmün zıddından hareketle kişilik hakkını ihlal eden kanuna aykırı eylemler; görünüşte eylem hukuka aykırı olmakla birlikte zarar görenin rızasının olması, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar bulunması ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması durumlarından birinin varlığı halinde söz konusu fiilin aslen 'hukuka aykırı olmayan bir eylem' şeklinde nitelendirileceği anlaşılmaktadır.

Hukuka Aykırılığı Kaldıran Hallerden Başlıcaları

Zarar Görenin Rızası

TBK 26'ncı maddesinde

⁴ Yargıtay HGK. 3.10.2001 T. 2001/6-653 E. 2001/672 K.

“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” şeklinde ve 27’nci maddesinde

“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur” şeklinde belirtilen geçerlik şartlarına uygun olarak verilmiş zarar görenin rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden biridir. Dolayısıyla her türlü rıza değil, ancak bahsedilen hükümlere uygun olarak verilmiş rıza geçerli olur ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırma vasfını taşır. Örneğin kişinin kişilik haklarının ihlaline yönelik rızası TBK 27nci maddesine uygun olmadığından veya öldürülmesine razı gelmesi durumu her türlü kişisel değer söz konusu olabilmesi için kişinin yaşıyor olması gerektiği tezi⁵ de göz önüne alınarak kişilik hakkı kapsamında olan yaşam hakkını⁶ ihlalden dolayı hem TBK 27nci maddesine aykırılıktan, hem Anayasa’nın 15inci maddesi

‘... kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz’ hükmünü ihlalden hem de Hasta Hakları Yönetmeliği 13üncü maddesi

‘Ötenazi yasaktır.Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.’ hükmüne aykırılıktan kesinlikle geçerli bir hukuka

⁵ HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar, İstanbul 2001, s.50.

⁶ ARAS, Ümit Yaşar, İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları, İstanbul 2010, s.23.

uygunluk sebebi kabul edilmeyip zarar verenin fiili hukuka aykırı fiil niteliğini haiz olacaktır.

Geçersiz Rıza

Rızanın geçersizliği yalnızca hukuka aykırı eylemin hukuka aykırılığını sürdürmesine neden olmakla kalmayıp bazı durumlarda sözleşmenin geçersizliğine yahut kısmi butlanına da neden olabilmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, bir film yapımcısı ile bir aktör arasında yapılan ve film yapımı tamamlanana kadar aktörün hamile kalamayacağına ilişkin bir maddeyi içeren bir sözleşme hem yapımcı hem de aktör tarafından kabul edilerek imzalanabilir. Bu durumda söz konusu maddede geçen aktörün hamile kalabilme hakkı; kişilik hakkı içerisinde olan özel hayat⁷ bağlamında kişisel özerklik hakkı içerisinde değerlendirilerek TMK 23'üncü madde '*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz.*' hükmüne ve TBK 27'nci maddesine aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla burada eğer söz konusu madde hükmü olmaksızın da tarafların iradeleri sözleşmeye devam etmekten yana ise sözleşme kısmi butlanla sakat olacak ancak eğer bu madde sözleşmenin temel dayanaklarından birini oluşturuyor yani yapımcı açısından aktörün hamile kalması halinde film yapımı imkansız hale geliyorsa ve bu durumda sözleşme yapılmayacak idiye sözleşme için kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır.

Aslında kişilik hakkına aykırı rızanın geçersiz kabul edilmesindeki temel neden kişilik hakkını korumak olmakla beraber, bazı durumlarda bizzat bu kural kişilik hakkı ihlaline neden olabilmektedir. Konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olmadığı müddetçe TBK 26ncı madde uyarınca herkes sözleşme hürriyetine sahiptir. Burada sözleşme

⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8inci maddesi kapsamına alınarak korunan 'kişisel özerklik'in (Clayton QC ve Tomlinson QC 2009) korunması için getirilen kanuni düzenlemelerin özel hayat hakkında özgürce karar verebilme hakkının korunmasına yönelik kanuni düzenlemelere paralel olacak şekilde güncellenmesi gerektiğine yönelik görüşler ve konu hakkında detaylı bilgi için bakınız: MİLLS, J. L., *Privacy: The Lost Right*, New York 2008, Oxford University Press.

hürriyetinin sınırları belirtilmiştir. Bu sınırlar içerisinde olan kişilik hakkına aykırı olmama şartı ile kişileri yalnızca dış müdahalelerden değil ayrıca kendi müdahalelerinden de korumak amaçlanmıştır⁸. Bu durumda yukarıdaki film yapımcısı ve aktör örneği üzerinden düşünüldüğünde bir aktör özel hayatına dair özgürce karar alma hakkını kullanarak film yapımı süresince hamile kalmamayı istese de bu isteme yönelik iradesi, geçerli bir rıza oluşturmayacaktır. Çünkü hamile kalma durumu kişilik hakkı kapsamına girmekte ve kişinin kendisinin dahi kişilik hakkı kapsamındaki bir haktan vazgeçmesi kanunen yasaklandığından kişinin bu eylemi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla bir tarafta bireylerin kişilik hakkının korunması amaçlanmaktayken diğer tarafta aynı kurallar dolayısıyla bireylerin özel hayatı hakkında özgürce karar verebilme hakkı gibi kişilik hakları kısıtlanmaktadır.

Bu konu ve özellikle hastanın rızası konusu yalnızca Türkiye’de değil, yabancı hukuklarda da tartışılmaktadır. Zira toplum ve toplumun ahlak anlayışında zaman içerisinde gözlemlenen değişimlerin kanun koyucular da dahil olmak üzere toplumun her kesimi üzerinde doğrudan etkili olduğu ve fakat genel geçer kabul görmüş bir etik anlayışı bulunmadığından, toplumla yenilenen etiğin yargı sürecine yansımada çeşitli zorluklar olduğu düşünüldüğünde, kişilik hakkını korumaya yönelik kuralların toplumun değişen yapısına uygun şekilde güncellenerek yeniden yapılandırılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Terri Schiavo davası Amerika’da bu konudaki sorunların ve bu sorunları çözümlenmeye yönelik yargının rolünün tartışıldığı önemli örneklerden biri haline gelmiştir. Öyle ki farklı ahlaki tutumların yargıya nasıl etki ettiğinin gerçek hayattaki göstergelerinden biri haline gelen⁹ davada Terri Schiavo, uzun zamandır yaşam destek makinasına bağlı şekilde yaşamaktayken onun bu durumunun devam etmesi yahut sonlandırılması

⁸ ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, "Yaşama Hakkı" TBB Dergisi, Sayı 103, s. 140.

⁹ SILVERMAN, Henry J, "Withdrawal of Feeding-tubes from Incompetent Patients: The Terri Schiavo Case Raises New Issues Regarding Who Decides in End-of-life Decision Making.", Intensive Care Medicine, Cilt: 31, Sayı:3, 2005, s.480.

konusunda kocası ile anne babası arasında çıkan fikir uyuşmazlığında Terri Schiova'nın konuşması mümkün olsaydı kararının ne olacağı sorgulanmıştır. Konusu dolayısıyla yaşam hakkı ve sağlık hakkıyla da iç içe geçmiş şekilde özel hayatı hakkında özgürce karar verme hakkı bağlamında kişilik hakkı kapsamındaki bu olayda 'Terri Schiova'nın tercihi makinaya bağlı olarak hayatına devam etmek şeklinde mi yoksa yaşam destek makinasının işlevine son verilerek hayata göz kapamayı istemek şeklinde mi olurdu?' sorusuna cevap aranmıştır¹⁰. Aynı konuda ebeveynleri ile eşinin etik anlayışları farklı olan hastanın yaşam hakkı konusundaki kararının mahkemece tartışıldığı bu hayat sonu vesayet davası¹¹, aynı toplum içerisindeki bireylerin aynı anda ve aynı konudaki etik anlayışlarının birbirinden farklı olabileceğini ve bireyin özel hayatına yönelik özgürce karar verebilme hakkı bazında kişilik hakkını korumanın ve toplumun gelişen değerlerine göre kişilik hakkına yönelik hukuki düzenlemelerin güncellenmelerinin ne kadar zor olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

Örtülü Rıza

Zarar görenin zarara razı olması, Yargıtay kararlarında da çeşitli açılardan tartışılmış ve önemli hükümlere konu olmuştur. Bunlardan biri de rızanın örtülü olması konusundadır. Rıza bazı durumlarda hukuka aykırılığı kaldırmamakla birlikte tazminatın indirilmesinde rol oynayabilmektedir¹². Nitekim örtülü rızaya ilişkin Yargıtay kararında da bu şekilde hukuka aykırılık ortadan kalkmamakla birlikte örtülü rızadan ötürü tazminatın indirilmesi gerekmiştir. Olaya göre arkadaşını kendisini almak üzere çağırıp içki içmeye ikna edip kendisi ve arkadaşı sarhoşken arkadaşının arabasına binen ve kazada ölen kişi için tazminat hesaplanmasında TBK 51'inci maddesi '*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*' hükmü ve 52' nci maddesi '*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da*

¹⁰ SILVERMAN, s.480, 481)

¹¹'Hayat sonu vesayet davası' şeklinde ifade edilen terminolojinin aslı 'end-of-life guardianship case' şeklindedir.

¹² (NOMER, s.81)

artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.' hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar verilmiş ve TBK 51'inci madde uyarınca fail ile mağdur arasındaki kusur oranı için TBK 74'üncü maddesi '*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*' hükmü dolayısıyla ceza mahkemesi mahkumiyet kararında tespit edilmiş olan fail ve mağdurun kusur oranının hukuk hakimini bağlayıcı olmadığı anlaşılmıştır. Nitekim Yargıtay, kararında, ceza mahkemesince esas alınan kusur oranının hukuk mahkemesinin ilgi alanına giren hukuki meselelere cevap verecek nitelikte bulunmaması durumunda hukuk hakiminin konuyu yeniden değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca tazminat şekli ve miktarının tayini için gereken bu değerlendirme yapılırken yalnızca kusur oranının yeterli olmayıp halin özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır. İlgili olayda mahkemenin 'hatır taşması' durumunu gözetmeksizin yalnızca ceza mahkemesinin belirttiği 1/8 kusur oranına göre indirim yapmış olması, kusur oranı ile birlikte durumun özellikleri göz önünde bulundurulmadığından ve birlikte içki içmeye ikna edilen komşusunun arabasına içkili olduğunu bilerek binen kişinin bu durumunun TBK 51 ve 52nci maddeleri uyarınca değerlendirilmesi gerekirken TBK 51 ve 52nci maddeleri dikkate alınmadığından mahkeme kararının yasaya ve hakkaniyete aykırı olduğu belirtilerek temyiz başvurusu yerinde bulunmuştur³³. Yargıtay, kararında olayda mağdurun sarhoş olduğunu bildiği sürücünün arabasına

³³ Y, 4. HD, 15.6.1989, E. 5065, K. 5455.

binmesini, doğrudan ‘zararı doğuran eyleme örtülü rıza gösterme’ şeklinde nitelendirmiştir¹⁴.

Hastanın Rızası

Rıza; ‘tıbbi müdahalenin yetkili kişiler tarafından uygulanması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve hastaya müdahale ederken tıp mesleğinin gerektirdiği kurallara ve özen yükümüne uygun davranılması’ şeklinde tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan üç şarttan biridir¹⁵. Hastanın aydınlatılmış rızasının alınması kapsamında, her türlü tıbbi müdahaleden önce hastaya, durumuyla ilgili tıbbi gerçekler, tavsiye edilen tıbbi girişimler, olası risk ve yararları, önerilen girişimlerin farklı seçenekleri, tedavisiz kalmanın etkisi, tanı, sonuç ve tedavinin gidişatı anlatılmalıdır. Bunlar anlatıldıktan sonra hasta, kendi el yazısı ile tüm bunları kabul ettiğine dair rıza vermelidir. Ancak uygulamada hastaların bilgilendirilme hakkı ihlal edilmekte, hasta durumuyla ilgili aydınlatılmadan, uygulanacak işlemlerin gidişatı konusunda bilgi verilmeden ameliyata alınabilmekte, farklı işlemler uygulanacak hastalara aynı matbu onam metninin imzalatılması dolayısıyla vücudundan apse boşaltılacak bir hastaya vücudunun bir uzvunun alınması ameliyatının onam metninin imzalatıldığı durumlar gibi hastanın tedaviden bihaber ameliyata alındığı olaylarla karşılaşabilmektedir

Bu eksikliklerin giderilmesi, hasta haklarının ve hekimlerin yükümlülüklerinin sınırlarının tespiti ve hastaların kişilik hakları konusunda bilgilendirilmesi ile mümkündür. ‘Amerikan hukukunda, hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünün tartışıldığı en eski ve örnek dava 905’te görülen Mohr – Williams davasıdır. Davaya konu olayda, davacı hasta sağ kulağında yapılacak cerrahi müdahaleye rıza göstermiş, ancak davalı hekim müdahale sırasında sağ kulaktan çok sol kulağın tedaviye gereksinim duyduğunu fark ederek müdahaleyi sol kulak

¹⁴ KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 2004, s.1167-1170.

¹⁵ KAYA, Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", TBB Dergisi Sayı: 100, 2012, s.4.

üzerinde gerçekleştirmiştir. Müdahale başarılı olmuşsa da, davacı hasta sol kulakta müdahaleye ihtiyaç olduğu konusunda bilgilendirilmediğini ve sadece sağ kulak üzerinde müdahale için izin verdiğini ileri sürerek dava açmıştır. Mahkeme sol kulak ameliyatı konusunda hasta aydınlatılmadığından ve rızası alınmadığından aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini ve hastanın bedensel bütünlüğüne saldırıldığını kabul etmiştir¹⁶. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 07.03.1977 tarih ve E. 1976/6297 K. 1977/2541 sayılı kararında ise

'Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.' hükmü yer almakta ve rızanın hukuken geçerli olabilmesi için aydınlatma yükümünün çok iyi yerine getirilmiş olması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁷. Hastanın bilgilendirilme hakkına yönelik Yargıtay kararında *'...hasta tehlikelere karşı kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye, hastaya aittir'*¹⁸. yahut *'Davacı tarafından 24.03.2008 tarihinde imzalanan "Bilgilendirilmiş Onam" belgesinde işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını*

¹⁶ KAYA, s.61.

¹⁷ ORAL, Tuğçe, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", Ankara Barosu Dergisi, 2011, s.188.

¹⁸ Y, 4. HD, 07.03.1977, E. 6297 K. 2541.

*bilgilendirmeleri bir zorunluluktur*¹⁹.’ şeklinde kapsamlı bir bilgilendirme yapılmadan alınan yazılı rızanın geçerli olmayacağını ifade eden; hastanın bilgilendirilme hakkının önemini vurgulayan durumlar mevcuttur. Ancak öte taraftan;

*‘Davalıya yöneltilen kusur, ameliyatın küçümsenerek muhtemel sonuçların davacıya anlatılmamasıdır. Davalının bu yolda hareket etmesinin hastanın maneviyatını kuvvetlendirmek bakımından faydalar sağlayacağı genel olarak kabul edilmektedir*²⁰.’ şeklinde hastanın bilgilendirilme hakkının ihlal edildiği durumlarda bunu haklı sayan kararları da mevcuttur. Konuyla ilgili spesifik düzenleme olmaması, genel hukuki bilgiyle çözülemeyecek sorunları²¹, yaşam hakkını vücut bütünlüğünü baz alan hastanın kişilik hakkına ilişkin ihlalleri genel düzenlemeler altında yoruma açık hale getirmekte ve bu nedenle aynı konuda birbirine zıt kararlar alınabilmekte; bu durum da hukuka olan güvenin sarsılmasına neden olmaktadır.

Hastanın rızasının alınmasında ihmal edilen ve rızanın geçersizliğine yönelik çeşitli davalara kapı aralayan bir diğer husus ise aynı bölüme tedavi için gelen hastaların çoğuna, uygulanacak tıbbi müdahale farklı olsa dahi aynı matbu onam metninin imzalatılmasıdır. Aynı bölümdeki her hastaya aynı onam metninin imzalatılması, bu metinlerin kapsamının çok geniş olması durumu; doktor başına düşen hasta sayısı, mesai içindeki yoğunluk gibi sebeplerle meşru hale getirilemeyecek kadar önemlidir. Onam metni, hastaya tedavinin ve tedavi sonucunda oluşabilecek sonuçların detaylıca anlatılmasıyla doktorun aydınlatma yükümünü somutlaştırdığı bir metindir. Hastayı durumu hakkında gereği gibi bilgilendirmeden ve yapılacak tıbbi müdahalenin bütün sonuçları anlatılmadan, bireysel olarak hazırlanmamış geniş içerikli bir matbu metin imzalatılması, doktorun sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak ve hastanın rızası olmadığından eylem hukuka aykırı olarak hukuka aykırı file bağlanan hükümler ve yaptırımları söz konusu olacaktır.

¹⁹ Y, 13. HD. 23012 E. K. 22561.

²⁰ Y, 4. HD, 12.05.1964, E.6458, K.4925.

²¹ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2015, s.5.

Küçük ve Kısıtlıların Rızası

Küçük veya kısıtlılara tıbbi müdahalede bulunulmasında bu müdahalenin haksız fiil teşkil etmemesi için küçük veya kısıtlının yasal temsilcilerinin rızalarının alınması gerekmektedir²² birlikte Hasta Hakları Yönetmeliği 26'ncı maddesi *'Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır.'* hükmü uyarınca ayırt etme gücünü haiz bulunmayan küçüğün veya kısıtlının mümkün olduğu ölçüde dinlenmesi gerekli görülmektedir. Yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde ise tıbbi müdahalenin yapılması imkansız hale gelmeyecek, bu durumda HHY 24'üncü maddesi 4'üncü fıkrası *'Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tabben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.'* ibaresi uyarınca TMK 346'ncı maddesi *'Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.'*ve 461'inci maddesi *'Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasiinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikâyetle bulunabilir.'* hükümleri gündeme gelecektir. Bu durumda küçük yahut kısıtlılara tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için gereken tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracak 'rıza'nın küçük yahut kısıtlının yasal temsilcisi tarafından verilmemesi halinde mahkeme kararıyla verilmesi mümkün kılınmıştır.

Türk hukukundaki bu düzenleme genel olarak düşünüldüğünde, sağlık hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak hak niteliğinde olan kişilik hakkı kapsamında yer aldığından, ayırt etme gücünü haiz küçükler yahut kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı bu haklarını yasal temsilcileri yahut mahkeme kararı vesilesi ile kullanabilmeleri değil, fakat tek başlarına tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmeleri gerektiği ve bu durumda tıbbi müdahaleye rıza göstermenin ayırt etme gücünü haiz küçük yahut

²² (NOMER, s.81)

kısıtlı için ekonomik yükümlülük getirmesi halinde bu şekilde bir yükümlülük altına girebilmeleri için kanuni temsilcilerinin onamlarının alınması gerektiği²³ şeklinde eleştirilere kapı aralamaktadır. Aslında kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kullanımının bu şekilde olması gerekmele birlikte uygulama Türk hukukunda küçük yahut kısıtlının ayırt etme gücünü haiz olup olmadığına bakılmaksızın kendisine tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için gereken rızanın yasal temsilci yahut mahkeme kararı tarafından verilmesi şeklinde sürmektedir.

Konuyla ilgili olarak Amerika'da Terri Schiavo davasına değinmek gerekirse, söz konusu davada da mahkeme kararı gerekmiş; ancak mahkeme kararı hastaya uygulanacak işlem için gerekli kararı verme hakkının kime ait olduğuna yönelik olmuştur. Nitekim Terri Schiavo'nun bitkisel hayat sürmeye devam etmesini isteyen anne babası ve bitkisel hayata son verilmesini isteyen kocası arasında çıkan uyuşmazlık sonucu mahkeme özel hayat hakkında karar verebilme özgürlüğü çerçevesinde böyle bir kararın verilmesinde hastanın ebeveynlerinin değil eşinin yetkili olduğuna hükmetmiştir²⁴.

Mektup, Hatıra veya Benzer Yazı Sahipleri ile Resmeden veya Çizenin yahut Resmedilen yahut Çizilenin Rızası

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 85'inci maddesi

Eser mahiyetinde olması bile mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz. Meğer ki yazarın ölümünden itibaren on yıl geç bulunsun. Mektuplar birinci fıkradaki şartlardan başka muatap veya muatap ölmüş ise on dokuz uncu maddenin in birinci fıkrasında yazı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz; meğer ki muatabın bölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun. Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında borçlar kanununun 49 uncu maddesi ve ceza kanununun 197 ve 199 uncu maddeleri hükümleri uygulanır. Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımı caiz olduğu hallerde madeni kanununun 24 üncü

²³ (NOMER, s.82)

²⁴ SILVERMAN, s.480.

maddesi hükmü mahfuzdur' hükmü uyarınca mektup, hatıra ve buna benzer yazıların; gerek yazarların ve gerekse muhatapların yani yazıldıkları kişilerin rızaları olmaksızın ölümleri üzerinden 10 yıl geçmeden önce yayınlanmaları eylemi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Dolayısı ile bu tür yayınların yayınlanması 10 yıl geçmeden yayınlanması durumunda da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olarak rıza gereklidir. Bu kişilerin ölmüş olmaları durumunda yine 10 yıl geçmeden önce söz konusu yazıların yayımlanması halinde ise 19'uncu madde

'Eser sahibi 14 ve 15 inci maddelerin birinci fıkralarıyla kendisine tanınan salahiyetlerin kullanılış tarzlarını tespit etmişse yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna, bu tayin edilmemişse sırayla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mensup mirasçılarına, ana-babasına, kardeşlerine aittir.

Eser sahibinin ölümünden sonra yukarıdaki fıkrada sayılan kimseler eser sahibine 14, 15 ve 16ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilirler.

Eser sahibi veya birinci ve ikinci fıkralara göre salahiyetli olanlar, salahiyetlerini kullanmazlarsa, eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla, eser sahibine 14, 15 ve 16ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kendi namına kullanabilir.

Salahiyetli kimseler birden fazla olup müdahale hususunda birleşemezlerse, mahkeme, eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun bir şekil de basit yargılama usulü ile ihtilafı halleder.

18inci madde ile yukarıdaki fıkralarda sayılan salahiyetli kimselerden hiç biri bulunmaz veya bulunup da salahiyetlerini kullanmazlarsa yahut ikinci fıkrada belirlene süreler bitmişse eğer memleketin kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde Kültür Bakanlığı 14, 15, 16ncı maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine

tanınan hakları kendi namuna kullanabilir.' hükmü dikkate alınacaktır. Özetle, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar eser niteliğini haiz olmasalar dahi yayınlanmaları hem yazan kişinin hem de yazıldığı kişinin rızası ile hukuka uygun hale gelecektir²⁵. Yazan yahut muhatap öldükten 10 yıl geçtikten sonra yazıların yayınlanması halinde eylem rıza olmaksızın hukuka uygun olacaktır. Ancak yazan yahut muhatap öldükten sonra fakat ölüm üzerinden 10 yıl geçmeden önce yazının yayımlanması halinde hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için gereken rızanın 19uncu madde kapsamında belirtilen kişilerce verilmesi gerekmektedir.

Kişilerin resim yahut portreleri için de benzer durum söz konusudur. Söz konusu yasanın 86ncı maddesi

'Eser mahiyetin de olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe teshir veya diğer suretle umuma arz edilemez.

Birinci fıkradaki muvafakatin alınması;

- 1. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri;*
- 2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler;*
- 3. Günlük hadiselerin müteallik resimlere radyo ve film haberleri; için şart değildir.*

Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında borçlar kanununun 49 uncu maddesi ile Türk ceza kanununun 197 ve 199 uncu maddelerin hükümleri uygulanır.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hallerde ve medeni kanununun 24 üncü maddenin hükmü mahfuzdur.'

²⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s.151.

hükmü dolayısıyla kanunda belirtilen istisnalar dışında kişilerin resim yahut portrelerinin teşhir edilmesi yahut umuma arz edilmesi halinde bunların eser niteliğinde olup olmadıklarına bakılmaksızın resmi çizilen yahut portresi çizilen kişinin rızası eylemi hukuka uygun hale getirecektir.

Üstün Nitelikte Özel Yarar

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller içerisinde yer alan üstün nitelikte özel yarar, hastanın rızası konusunda olduğu gibi genellikle tıbbi müdahale söz konusu olduğunda önem arz eder. Nitekim hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmek için gerekli rıza beyanında bulunamayacak durumdaki bir hastaya tıbbi müdahalede bulunulması halinde bu eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran durum eylemin işlenmesinde hasta açısından üstün özel yarar bulunmasıdır. Örnekte olduğu gibi fakat küçük yahut kısıtlının hasta olması halinde yasal temsilcinin olmaması ya da hazır bulunmaması yahut yasal temsilci veya mahkemeden izin alınması için gereken zaman içerisinde hastanın hayatı veya hayati organlarından biri tehlikeye girecek olması durumunda ise HHY 24'üncü maddesi *'Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.'* ve *'Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.'* hükümleri dolayısıyla rıza aranmaması ve yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı fiil niteliğini haiz olmaması da yine derhal

tıbbi müdahalede bulunulmasında hasta için üstün özel yarar bulunmasından dolayıdır.

Her ne kadar üstün özel yarar hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden biri olsa da üstün nitelikte özel yarar dolayısıyla rıza aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilmesi kuralı kötüye kullanılmamalıdır. Bir başka deyişle, üstün nitelikte özel yarar sebep gösterilerek hastanın rızasına zıt olarak yahut uygun olmayarak tıbbi müdahalede bulunulması halinde hukuka aykırılık ortadan kalkmayacak ve fiili uygulayan fail hukuka aykırılık dolayısıyla doğacak sonuçlara katlanmak zorunda kalacaktır. HHY’de yer alan 22’nci maddede yer alan ‘*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.*’ ve 25’inci maddede yer alan ‘*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.’ hükümleri de bu şekilde üstün özel yarar sebebinin kötüye kullanılmasını engellemek üzere getirilmiş ve her ne kadar kişilik hakkı kapsamında yaşam hakkını doğrudan ilgilendiren ötenazi kişinin yine kişilik hakkı kapsamında özel hayatı hakkında özgürce karar verebilme hakkı ile çatıştığı halde yasaklanmış olmasına rağmen HHY 25’inci madde ile hastaya tanınan tedaviyi reddetme yahut durdurulmasını isteme dolayısıyla pasif ötenaziye müsaade edilmiştir. Bir başka deyişle, ehliyetli hasta için tıbbi müdahalenin sona erdirilmesi hastanın ölümüne neden olacak olsa dahi hasta istemi ile mümkün kılınmıştır²⁶. Ehliyetsiz hastalar için ise böyle bir durumda ne yapacağına yönelik hasta önceden bilinci yerindeyken açık ve kesin şekilde ne istediğini belirtir irade beyanında

²⁶ AŞICIOĞLU, Faruk, BAFRA, Jale ve SEÇKİN, Çetin, "Yaşamsal Desteklerin Kesilmesi ya da Sınırlanması (Pasif Ötenazi): Bir Olgu Sunumu", Adli Tıp Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1 - 4, 1995, s.73.

bulunmuş ise tartışmaya yer bırakmayacak derecede açık ve kesin olan bu beyan doğrultusunda bilinci kapandıktan sonra da pasif ötenazi yapılabilir. Bu şekilde önceden vasiyet edilmesi durumunda vasiyet edilmiş olan kişinin güvenilir biri olması gereklidir²⁷. Ancak ehliyetsiz yani bilinci yerinde olmayan hastanın bu şekilde tedavinin reddine yahut durdurulmasına yönelik güvenilir bir kişiye ehliyetliken belirtmiş olduğu bir irade beyanının bulunmaması halinde yakınlarının istemi üzerine tedavinin durdurulmasına karar verilip verilmeyeceği konusu önemli ve net cevabı olmayan hem ülkemizde hem de 1980lerde ötenaziyi suç olmaktan çıkararak 2001'de bu durumu yasalaştıran Hollanda²⁸ gibi diğer ülkelerde oldukça tartışmalı bir konudur²⁹.

Üstün Nitelikte Kamusal Yarar

Kamu yararı, temel mutlak haklardan olan kişilik hakkı ihlallerinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden şeklinde önemli bir kavram olmakla beraber bu kavram mevzuatta tanımlanmamış ve gerek mahkeme kararlarında gerekse doktrinde kavramı betimleyen çeşitli görüşler doğmuştur. Bunlardan doktrin bazında başlıcaları '*özü ya da içeriği önceden belli olmayan, buna karşılık biçimi aracılığıyla tanınan bir kavram*³⁰', '*temel hakların sınırlandırılmasında başvuru*

²⁷ Konuya yönelik farklı ulusların düzenlemelerine ilişkin deneysel çalışmalar da mevcuttur. Bunlardan Fransa Nancy Üniversitesi Hastanesi'nde yapılan araştırmaya göre katılımcıların %52'si bu şekilde iradelerini belirtecekleri vasiyetleri için 'güvenilir kişi' olarak eşlerini seçmişlerdir Guyon, ve diğerleri "Trusted Person and Living Will: Information and Implementation Defect", La Revue De Medecine Interne, Cilt: 35, Sayı:10, 2014, s.644.

²⁸ ROSENFELD, Barry, Assisted Suicide and the Right to Die: The Interface of Social Science, Public Policy, and Medical Ethics. Washington, DC, 2004, s.129. Ötenazi tarihi ve Hollanda'da ötenazi konusundaki önemli davalar ve detaylı bilgi için Rosenfeld'in ilgili kaynağını inceleyiniz.

²⁹ Amerika'da konuyla ilgili tartışmalar hakkında önemli emsal olan karar için bakınız: SILVERMAN, Henry J, "Withdrawal of Feeding-tubes from Incompetent Patients: The Terri Schiavo Case Raises New Issues Regarding Who Decides in End-of-life Decision Making.", Intensive Care Medicine, Cilt: 31, Sayı:3, 2005, s.480-481. (<https://link-springer-com.ezproxy.library.qmul.ac.uk/article/10.1007/s00134-004-2542-8/fulltext.html>, 05.05.2017)

³⁰ AKILLIOĞLU, Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1988, s.11.

*başlıca nedenlerden biri ve yasama faaliyetlerinin ana amacı ve sonucu olan, yargıcın yetkilerinin belirlenmesinde temel alınan bir kavram ve bir faaliyetin kamu hukukuna uygunluğunun bir ölçütü*³¹, 'kamu düzeni, genel ahlak, genel sağlık, genel asayiş, milli güvenlik, eğitim, sosyal dayanışma vs. şeklinde özel kategorileri olan ve her bir idari makamın herhangi bir kamu yararı amacıyla değil fakat sadece kendisine özgülünen özel kategoriye gerçekleştirmek üzere işlem yapmakla yetkili olduğu ve özgülendiği amaç dışındaki bir kamu yararını gerçekleştirmek üzere işlem yapması durumunda maksat unsuru hukuka aykırı olan idari işlem genel amacı'³² şeklindeki tanımlardır.

Üstün nitelikte kamusal yarar ise kamusal yararlarla bağlantılı olmakla beraber genel olarak basın yayın dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin korunması hakkını ihlal eden hukuka aykırı durumlarda bu aykırılığı ortadan kaldırma nedeni şeklinde söz konusu olmaktadır. Kamu yararının mı yoksa kişilik hakkı ihlal edilen bireyin mi faydası daha çok şeklinde bir çıkar dengesi sağlanarak bu terazide kamu yararının ağır bastığı durumlarda söz konusu olan bir hukuka uygunluk nedenidir. Bir başka deyişle, birey menfaati ile kamu menfaati arasında denge kurulması doğrultusunda getirilmiş olan bu kural her hâlükârda değil, ancak kamu menfaatinin ağır bastığı durumlarda uygulama alanı bulur. Üstün nitelikte kamusal yararın, eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için kişilik hakkını ihlal eden haber yahut eleştiri gibi herhangi türdeki bir yayımın gerçeği yansıtması ve kamunun aydınlatılmasına ilişkin olması gereklidir³³.

Konu ülkemizde olduğu gibi diğer birçok ülkede de tartışılmaktadır. Avrupa'da verilerin korunması hakkındaki direktif³⁴ incelendiğinde, kişisel verilerin işlenmesi ve ifade özgürlüğü başlığı altında düzenlenen 9'uncu maddesi³⁵ Türkçe

³¹ SARAÇ, Osman, "Kamu Yararı Kavramı", Maliye Dergisi, Sayı: 139, 2002, s.1.

³² GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Bursa 2003, s.856.

³³ Y, 4. HD. 30.11.2000, E. 11832, K. 10914.

³⁴ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council

³⁵ Article 9

Processing of personal data and freedom of expression

Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions of this Chapter, Chapter IV and Chapter VI for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the

olarak 'Üye devletler, ancak özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile ifade özgürlüğünün korunması hakkının uzlaştırılması gerektiği hallerde kişisel verilerin yalnızca gazetecilik amacıyla işlenmesi, sanatsal veya edebi ifade amaçlı işlenmesi durumları için bu bölüm ile 5inci ve 6ncı bölüm hükümlerinden muaf tutulacaklardır.' şeklindeki hükmü ile ifade özgürlüğü kapsamında yapılan yayınların kişilik hakkı kapsamındaki özel hayatın gizliliği hakkını ihlal etmesi durumunda, basın dolayısıyla bilgi öğrenme hakkı olan kamunun bu bilgi edinme menfaati ile özel hayatından bir kesit kamuya duyurularak kişilik hakkı ihlal edilen bireyin özel hayatın gizliliğindeki menfaatinin çatışması halinde veri işlenmesi ile ifade özgürlüğünü dengelemeye yönelik iki şey belirtilmektedir:

Kişisel verilerin yalnızca gazetecilik amacıyla veya sanatsal veya edebi ifade amacıyla işlenmesi meşrudur. Gazetecilik, sanatsal ve edebi ifade olmak üzere toplamda 3 tür ifade kategorisi verilerin korunması hakkındaki direktif yükümlülüklerinden ancak eylemlerin dengelenmesi gerekli kıldığı ölçüde muafır.

Bu çıkarımlardan birincisi yorumlandığında hükümde geçen 'yalnızca gazetecilik amacıyla' ifadesi göz önüne alındığında, kişisel verinin kısmen gazetecilik kısmen de başka bir amaçla işlendiği durumlarda ne olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca gazetecilik amacının yahut sanatsal veya edebi ifade amaçlarının ne olduğu tanımlanmayıp, içeriklerinin ne tür eylemleri kapsadığı belirtilmediğinden bu konularda da sorunlar ortaya çıkmaktadır. İkinci çıkarım yorumlandığında ise, kanun koyucunun ifade özgürlüğü konusunda bazı uyuşmazlıkların çıkabileceğini ancak uyuşmazlık söz konusu olduğunda her türlü ifadenin korunmayacağını, yalnızca uzlaştırma gereken hallerde ve yalnızca gazetecilikle ilgili ve sanatsal ve edebi ifadelerin korunacağını ifade ettiği görülmektedir.

purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.

Gazetecilik amacıyla kişisel verilerin işlenmesi konusunda Avrupa Adalet Divanı'nın ilgili kararında gazetecilik amacı 'kamuoyuna bilgi, görüş ve düşüncelerin açıklanması' şeklinde tanımlanmıştır³⁶. İlgili davada Finlandiya'daki zengin vatandaşların ödedikleri vergiler bir gazetede önce yayımlanıp ardından abonelere kısa mesaj şeklinde iletilmiştir³⁷. Verilerin korunması hakkında direktifin ihlal edildiğine ilişkin açılan davada, davalı gazetenin, kişisel verileri yalnızca gazetecilik amacı için mi işlediğinin belirlenmesi, bu nedenle eylemin hukuka aykırı olup olmadığının tespiti gerekmiştir³⁸. Dava metni okunduğunda Avrupa Adalet Divanı'nın kamu yararı dolayısıyla bireylerin kişisel verilerinin paylaşılması eyleminin hukuka aykırılığının ortadan kalkıp kalkmayacağına dair sorunun çözümlenmesi için gerekli tespitleri yapmadığı ancak Finlandiya mahkemesine kararında dikkate alması gerektiği noktaları belirttiği görülmektedir.

Konu Türk hukukunda da tartışmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın '*... temel ölçüt kamu yararadır. Gerek yazılı gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözlemeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. ... O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır*' şeklindeki kararı da üstün nitelikte kamusal yararın hukuka uygunluk nedeni olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaması için eylemde aranması gereken özellikleri ve menfaatler arasında denge kurulması gerektiğini belirtmektedir.

Bu kararlar, hukuka uygunluk nedenlerinin her hâlükârda uygulama alanı bulmadığını, nitekim özellikle üstün nitelikli kamusal yarar konusunda kamu menfaati ile birey menfaatinin çatışması halinde bu dengenin iyi korunması gerektiğini her zaman kamu menfaatinin ağır basmadığını ve bu konunun hem

³⁶ Case C-73/07

³⁷ MORGAN, Richard, ve BOARDMAN, Ruth, Data Protection Strategy, Londra 2012, s.244.

³⁸ FLANAGAN, Anne, "Defining 'Journalism' in the Age of Evolving Social Media: a Questionable EU Legal Test", International Journal of Law and Information Technology, Cilt: 21, Sayı:1, 2012, s.5.

ülkemizde hem diğer ülkelerde hala tartışılmakta olduğunu göstermesi açısından önem arz etmektedir.

Sonuç

Gerek ceza hukuku gerek özel hukukta gerek spesifik olarak tıp hukukunda gerek kanun gerek yönetmelik bazında çeşitli düzenlemelerle korunmaya çalışılan menfaatler ve toplumsal düzene yönelik hukuka uygunluk sebepleri, fiilin hukuka aykırı olarak doğmasını önleme işlevi görmektedirler³⁹. Hukuka uygunluk nedenleri farklı farklı menfaatleri dengelemek yahut toplumsal düzeni sağlamak işlevlerini haiz olduklarından her birinin gündeme geleceği olgu tipleri de farklılık arz etmektedir. Zarar görenin rızası genellikle tıbbi müdahale konusunda gündeme gelmekte ve böylece hem hastaların kendilerine uygulanacak tedavi hakkında detaylı bilgilendirilmeleri sağlanmakta hem de olası komplikasyonlar hakkında önceden bilgi verilerek hasta ve yakınlarının muhtemel gelişmelere karşı hazırlıklı olmaları sağlanmaktadır. Bu durum doktor açısından ise tıbbi teşhis ve tedaviye “hastanın tıbbi teşhis ve tedaviye rıza göstermesi” sınırlamasının getirilmesi kabul edilmiştir, şeklinde değerlendirilebilir⁴⁰. Böylece, tıbbi tedavide bulunacak hekimin hastayı aydınlatarak onun yazılı rızasını alma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır⁴¹. Teşhis ve tedaviye başlanılmadan önce alınan yazılı, genel muvafakat şeklindeki onama formunun hasta ve yakınlarının anlayacağı şekilde açıklanması ve bu formda yazanlar dışında varsa tedaviye ilişkin diğer bilgilendirmelerin yapılması gerekmektedir. Bu şekilde alınan rıza tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracaktır.

Üstün nitelikte özel yarar da genellikle tıbbi müdahaleler için fakat hastanın rızasını almanın mümkün olmadığı durumlarda eylemin hukuka aykırılığını ortadan

³⁹ AKYAZAN, Ahmet Emrah, "5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", Ankara Barosu Dergisi, 2006, s.78.

⁴⁰ SANTAŞ, Hatice, Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005, s.57.

⁴¹ Aydınlatma yükümlülüğünün kalktığı haller mevcuttur. Nitekim hasta istemez ise, kötü etkileyecekse, endikasyon hallerinde ve anlamsız kalmışsa aydınlatma yükümü ortadan kalkar.

kaldırma nedeni olarak gündeme gelmektedir. Diğer taraftan üstün nitelikte kamusal yarar ise birey menfaati ile kamu menfaati çatışmasının dengelenmesi konusunda ve genellikle gerek basın yayın aracılığıyla olsun gerek TBMM üyelerinin ifadeleri olsun⁴² ifade özgürlüğü kapsamında gündeme gelen hukuka aykırılığı kaldırma nedenlerdendir. İnceleme konusu olan bu nedenlerden başka diğer hukuka uygunluk sebepleri ise TBK 63üncü maddesinde sayılmıştır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller her ne kadar kanunda sınırlı sayıdalık esasına göre belirtilmiş olsa da uygulamada gerek hukukumuzda Yargıtay kararlarında gerekse Avrupa Adalet Divanı kararlarında görüldüğü üzere diğer ülke hukuklarında hala tartışılmakta olan bu konularda her bir eylem için detaylı değerlendirme gerekmektedir.

⁴² (NOMER, s.83)

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, *Cilt:* 9, *Sayı:* 1-3, 1988, s.11-22, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/view/1023002573/1023002166>, 17.04.2017)

AKYAZAN, Ahmet Emrah, "5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", Ankara Barosu Dergisi, 2006, s.77 - 98.

ARAS, Ümit Yaşar, İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları, İstanbul 2010, Bahçeşehir Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi. Erişildi: Mart 12, 2017. <http://libris.bahcesehir.edu.tr/dosyalar/Tez/083923C1.pdf>.

AŞICIOĞLU, Faruk, BAFRA, Jale ve SEÇKİN, Çetin, "Yaşamsal Desteklerin Kesilmesi ya da Sınırlandırılması (Pasif Ötenazi): Bir Olgu Sunumu", Adli Tıp Dergisi, *Cilt:* 11, *Sayı:* 1 - 4, 1995, s.71-76, (https://www.journalagent.com/adlitip/pdfs/ADLITIP_11_1234_71_76.pdf, 17.04.2017)

Clayton QC, Richard, ve Hugh Tomlinson QC. 2009. *The Law of Human Rights*. New York: Oxford University Press.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, "Yaşama Hakkı" TBB Dergisi, Sayı 103, s. 137-168. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-103-1230>, 01.04.2017)

FLANAGAN, Anne, "Defining 'Journalism' in the Age of Evolving Social Media: a Questionable EU Legal Test", International Journal of Law and Information Technology, *Cilt:* 21, *Sayı:*1, 2012, s.1-30, (<https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/3206>, 18.04.2017).

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Bursa 2003, Hüncar Ofset.

GUYON, G, GARBACZ, L, BAUMANN, A, BOHL, E, MAHEUT-BOSSER, A, COUDANE, H, KANNY, G GİLLOIS, P ve CLAUDOT, F, "Trusted Person and Living Will: Information and Implementation Defect", La Revue De Medecine Interne, Cilt: 35, Sayı:10, 2014, s.643-648.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2015, Seçkin.

HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, Beta.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 2004, Beta Basım.

KAYA, Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", TBB Dergisi Sayı: 100, 2012, s.45-82, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-100-1181>, 13.04.2017).

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku, Ankara 2015, Turhan Kitabevi.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, Turhan Kitabevi.

MİLLS, J. L., Privacy: The Lost Right, New York 2008, Oxford University Press.

MORGAN, Richard, ve BOARDMAN, Ruth, Data Protection Strategy, Londra 2012, Sweet & Maxwell.

NOMER, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku*. İstanbul 2010: Beta.

OĞUZMAN, M Kemal, ve ÖZ, M Turgut, Borçlar Hukuku. İstanbul 2014, Vedat Kitapçılık.

ORAL, Tuğçe, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", Ankara Barosu Dergisi, 2011, s.185-209,

(<http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2011-2/2011-2-8.pdf>, 14.04.2017).

ROSENFELD, Barry, Assisted Suicide and the Right to Die: The Interface of Social Science, Public Policy, and Medical Ethics. Washington, DC, 2004, American Psychological Association.

SANTAŞ, Hatice, Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005, Bilge Kitabevi.

SARAÇ, Osman, "Kamu Yararı Kavramı", Maliye Dergisi, Sayı: 139, 2002, s.1-11,
(https://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/md139/O.%20SARAC.pdf, 17.04.2017).

SILVERMAN, Henry J, "Withdrawal of Feeding-tubes from Incompetent Patients: The Terri Schiavo Case Raises New Issues Regarding Who Decides in End-of-life Decision Making.", Intensive Care Medicine, Cilt: 31, Sayı:3, 2005, s.480-481.
(<https://link-springer-com.ezproxy.library.qmul.ac.uk/article/10.1007/s00134-004-2542-8/fulltext.html>, 05.05.2017)