

Tıbbî müdahale dolayısıyla ceza sorumluluğu: Hukuka uygunluğa ilişkin kriterler

Prof. Dr. İzzet Özgenç



1960 yılında Trabzon'un Araklı İlçesi Tosunlu Köyü'nde doğmuştur. 1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in asistanlığını yapmıştır. Yeni Ceza Kanunu'nun mimarlarından. Mart 2007'de YÖK üyesi seçilmiştir. 2008-2009 yılları arasında YÖK Başkanvekilliği yapmıştır. Halen Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı öğretim üyesidir.

Türk Ceza Hukukuna ilişkin yeni kanunların yürürlüğe girişi arifesinde, bu kanunlara karşı yürütülen kampanya kapsamında, sağlık mesleği mensuplarının da sorumluluk rejiminin değiştiği, sağlık mesleği mensuplarına yönelik çok ağır ceza yaptırımları öngörüldüğü yönünde bir dezenformasyon hareketi başlatılmıştı. Bu kampanya kapsamında sağlık mesleği mensupları arasında bir tedirginlik oluşturularak bu kanunların yürürlüğe konulmasının önü-

ne geçilmesi amaçlanmıştı. Aynı şekilde, hekim hatalarına karşı sigortalılığı sağlamak için çeşitli sigorta şirketleri tarafından bu durum fırsat addedilerek aleyhe kampanyanın desteklenmesi yönünde girişimlerde bulunulmuştu. Tıp biliminin çeşitli branşlarında düzenlenen ve tebliğci olarak katılma fırsatı bulduğum birçok kongrede, bu girişimlerin etkisinin bu gün dahi devam ettiğini müşahade etmiş bulunmaktayım. Bu yazı, iyi niyetli olmayan söz konusu kampanyanın sağlık mesleği mensupları arasında oluşturduğu tedirginliği gidermeyi ve

hukuka aykırı tıbbî müdahale nedeniyle cezai sorumluluğun esaslarını ortaya koymayı amaçlamaktadır.

1. Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin kriterler¹

I. İnsan, **sağlıklı bir hayat** sürme hakkına sahiptir. Bu itibarla, herhangi bir sebeple sağlık şartları bozulmuş olan insanın, kendisine sağlığını iyileştirici tıbbî müdahalede bulunulmasını talep etmesi, bu hakkın kullanılmasından ibarettir. Kişi, sağlığının yerinde olup olmadığının





Kişinin, tıbbî müdahaleye ilişkin olarak açıkladığı rızanın hukuken bir değer taşıyabilmesi için, uygulanacak olan teşhis ve tedavi yönteminin mahiyet, etki ve sonuçları bakımından yeterince bilgilendirilmiş olması gerekir. Bu bakımdan, uygulanacak teşhis ve tedavi; yöntemin mahiyet, etki ve sonuçları ile ilgili olarak gerekli bilgilendirme yapılmaksızın gerçekleştirilen tıbbî müdahale “rıza”ya dayalı olsa bile bu “rıza” hukuken geçersizdir. Dolayısıyla, hukuken geçerli olmayan bir rızaya dayalı olarak yapılan tıbbî müdahale, teşhis ve tedavi amacıyla da olsa, hukuka aykırıdır.

yani hasta olup olmadığının, hasta ise ne tür bir hasta olduğunun belirlenmesi (**teşhis, tanı**) ve maruz kaldığı hastalığın iyileştirilmesi (**tedavi**) amacıyla kendisine **tıbbî müdahalede** bulunulmasına **rıza** göstermek (**onam** vermek) hakkına sahiptir². Ancak **salt** bu **rıza**, **yapılan tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlama bakımından yeterli değildir**. Kişinin, tıbbî müdahaleye ilişkin olarak açıkladığı rızanın hukuken bir değer taşıyabilmesi için, uygulanacak olan teşhis ve tedavi yönteminin mahiyet, etki ve sonuçları bakımından yeterince bilgilendirilmiş olması gerekir (**aydınlatılmış onam**)³. Bu bakımdan, uygulanacak teşhis ve tedavi; yöntemin mahiyet, etki ve sonuçları ile ilgili olarak gerekli bilgilendirme yapılmaksızın gerçekleştirilen tıbbî müdahale “rıza”ya dayalı olsa bile bu “rıza” hukuken geçersizdir. Dolayısıyla, hukuken geçerli olmayan bir rızaya dayalı olarak yapılan tıbbî müdahale, teşhis ve tedavi amacıyla da olsa, hukuka aykırıdır. Aşağıda açıklayacağımız üzere, kanunun tabibe kişinin rızasının olmamasına rağmen tedavi

yükümlülüğü getirdiği hallerle zorunluluk hali dışında, geçerli rızaya dayalı olmayan tıbbî müdahaleler, cezaî sorumluluğu gerektirir. Hatta yapılan tıbbî müdahale sonucunda kişinin hastalığının iyileştirilmiş olması, bu cezaî sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Bazı hallerde, rıza açıklamasına hukuki değer izafesi, usule ilişkin belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı kılınabilir. Mevzuatımızda **rıza açıklamasının ne suretle yapılacağı** konusunda çeşitli hükümler bulunmaktadır. Örneğin, 11.4.1928 t. ve 1219 s. Tababet ve **Şuabatı** Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesine göre, “*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveliminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri (yazılı) olması lazımdır.*”⁴.

II. Belirtmek gerekir ki, tıbbî müdahaleye rıza göstermeyen bir hastaya buna rağmen tedavi amaçlı müdahale girişimi insan onuruyla bağdaşmaz. Aklen sağlıklı, bilinci açık olan hasta, kendisine tedavi uygulanmasını reddettiğinde, meselâ bağlı olduğu teknik cihazın çıkarılmasını istemek gibi hayatını sürdürücü tedaviyi artık kabul etmediğinde, buna rağmen iyileştirilmesini veya hayatta kalmasını sağlamaya yönelik olarak bu kişiye tıbbî müdahalede bulunulmamalıdır⁵. Hastanın rıza göstermediği bir tıbbî müdahalenin başarı şansı da tartışılabilir. Bu nedenle tıbbî müdahalenin gerekli olduğuna hastanın kani olması, ikna edilmesi gerekir. İkna girişimine rağmen şuuru açık olan ve tedaviye rıza göstermeyen hastaya tıbbî müdahalede bulunulamaz⁶. Bu itibarla, şuuru yerinde olan hastanın artık istememesi dolayısıyla kendisine tedavi uygulanmasından, hayatını devamı için gerekli olan teknik cihazla olan bağlantısının kesilmesi gibi hayatını sürdürücü tedaviden sarfınazar eden sağlık görevlileri ceza hukuku bakımından sorumlu tutulamazlar⁷.

III. Rıza göstermemesine rağmen kişiye tıbbî müdahale ancak **kamu sağlığı** gerekçesiyle yapılabilir. Başka bir deyişle, **kamu sağlığını korumak için, rıza göstermemesine rağmen, elverdiği ölçüde kişiye tıbbî müdahalede bulunulabilir**^{8,9}.

IV. Keza, işaret etmek gerekir ki, teşhis ve tedaviye yönelik müdahale için kişi her zaman rıza açıklamasında bulunabilecek durumda olmayabilir. Bu gibi durumlarda, rızasının olup olmadığını araştırmaya gerek olmaksızın, kişiye tıbbî müdahalede bulunulmasını gerekmektedir. Çünkü tabiplik mesleğini icra eden veya icra etmek hususunda yetkiyle donatılan kişi¹⁰, tıbbî müdahaleye ihtiyaç duyan bir kimseye iyileştirilmesi

amacına matuf gerekli müdahalede bulunmakla **yükümlüdür**¹¹. Bu yükümlülüğün varlığı halinde gerçekleştirilen tıbbî müdahale, **görevin yerine getirilmesi** dolayısıyla **hukuka uygundur**. Bu gibi durumlarda, gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu “*mefruz, varsayılan rıza*”ya dayalı olarak açıklayan görüşlere¹² iştirak etmemekteyiz. Varsayıma dayalı olarak hüküm tesis edilemez. Çünkü hukuk kurallarının dayanağını oluşturan davranış normları gerçeklik üzerine bina edilmişlerdir. Tabibin görevi, sadece hasta olan bir insanın hastalığının teşhisi ve tedavisi amacıyla yönelik tıbbî müdahaleden ibaret değildir. Tabip, özel hukuk uyuşmazlığıyla ilgili bir davada ya da bir suç olayına ilişkin soruşturma ve kovuşturma sürecinde, **bilirkişi** olarak görevlendirilebilir. Tabibin bilirkişi olarak görevlendirildiği durumlarda bir **hasta-hekim ilişkisinin olmadığı** ve dolayısıyla, bu görev kapsamında gerçekleştirilecek tıbbî müdahalelerle ilgili olarak **kişinin rızasının aranmadığını**, göz önünde bulundurmak gerekir. Örnek olarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 74 ve devamı maddelerindeki düzenlemelerin bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir.

V. Teşhis ve tedavi amacıyla yönelik bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için; bunun **tabiplik mesleğini icra etmek hususunda yetkiyle donatılan kişi**¹³ tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Uzmanlığı gerektiren bir tıbbî müdahale söz konusu ise; bunun, **uzmanı** olan **tabip** tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Uzmanlığı gerektiren fakat uzman tabip tarafından gerçekleştirilmeyen bir tıbbî müdahale, sonuçta kişi şifa bulmuş olsa bile, **hukuka uygun değildir**. Uzmanlığı gerektiren bir tıbbî müdahalenin uzmanı olmayan tabip tarafından gerçekleştirilmesi halinde, ancak **zorunluluk haline** ilişkin koşullar (TCK, m. 25, f. 2) bulunduğu takdirde, sorumluluk cihetine gidilemez¹⁴. İşaret etmek gerekir ki, kişi üzerinde gerçekleştirilecek her tıbbî müdahalenin münhasıran hekim tarafından yapılması gerekmektedir. Bazı tıbbî müdahaleler, hekim dışında ebe, hemşire ve sünnetçi gibi diğer sağlık görevlileri tarafından da gerçekleştirilebilir¹⁵.

VI. Keza, kişi üzerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, bunun **teşhis ve tedavi amacıyla** yapılması gerekir. Belirli bir hastalıktan korunmaya yönelik aşı uygulaması halinde de **tedavi amacıyla** hareket edilmekte ve dolayısıyla, fiil, hukuka uygun bulunmamaktadır. Bir hastalığın teşhisi ve tedavisi amacı taşımayan bir tıbbî müdahale, hukuka uygun değildir. Ancak, kanun koyucu, belirli bir hastalığın teşhis ve tedavi amacını taşıyorsa bile, çeşitli mülahazalarla, kişiye tıbbî müda-

halede bulunulmasına imkân tanımaktadır. Örneğin, **kan bağıışı** ile ilgili olarak 11.4.2007 t. ve 5624 s. Kan ve Kan Ürünleri Kanununda, **kişilerden organ veya doku alınması** ile ilgili olarak 29.5.1979 t. ve 2238 s. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunda, **kısırlaştırılma ve kürtaajla** ilgili olarak 27.5.1983 t. ve 2827 s. Nüfus Plânlaması Hakkında Kanunda, **cinsiyet değişikliği** ile ilgili olarak 22.11.2001 t. ve 4721 s. Türk Medeni Kanununun 40. maddesinde, **bilimsel bir deney** ile ilgili olarak, Türk Ceza Kanununun 90. maddesinde hükümler bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu durumlarda söz konusu amaçlar doğrultusunda kişiye tıbbî müdahalede bulunulabilmesi için, rızasının varlığı gereklidir.

VII. Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir¹⁶. Tıp biliminin verilerine uygun olmayan bir müdahale, tedavi amacıyla ve kişinin rızasıyla gerçekleştirilmiş olsa bile, hukuka uygun değildir. Kişi üzerindeki tıbbî müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olup olmadığını tespitinde, **müdahalenin gerçekleştirildiği tarih itibarıyla tıp biliminin gelişmişlik düzeyi** göz önünde bulundurulmalıdır. Tıp bilimindeki gelişmeler karşısında, bir müdahale yönteminin bilahare sakıncalı hatta yanlış olduğu tespit edilmiş olabilir. Ancak bu tespit, gerçekleştirildiği tarihte tıp biliminin verilerine uygun olması itibarıyla, bir tıbbî müdahaleyi hukuka aykırı fiil olarak kabul etmemizi gerektirmez. Hastalığın arz ettiği özellikler ile hastanın içinde bulunduğu sağlık şartları göz önünde bulundurularak belirlenen bir tıbbî müdahale yönteminin hastanın sağlığı hatta hayatı bakımından belli oranda risk oluşturması hatta bu risk oranının fazlalığı, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu etkilemez. Yapılan tıbbî müdahalenin teşhis ve tedavi amacıyla yönelik olması ve yapıldığı tarih itibarıyla tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olması, hukuka uygunluk açısından yapılacak olan değerlendirmede başvurulacak olan ölçütlerdir. Hukuka uygunluk açısından önemli olan, hastanın tedavi edilmemesinin sağlığı ve hayatı bakımından oluşturduğu risk ile belirlenen tıbbî müdahale yönteminin kişinin sağlığı ve hayatı bakımından oluşturduğu riskin mukayesesi sonucunda, ikincisinin birincisine tercih edilmesidir. Bu itibarla belirtmek gerekir ki, tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilen tıbbî müdahale, sonuçta kişi hayatını kaybetse bile, hukuka uygundur. Ancak tıbbî müdahale ile bağlantılı olarak **rizikonun artırılması yasağının** olduğunu da göz önünde bulundurmak gerekir¹⁷. Bu itibarla, tıbbî müdahalede bulunulması halinde gerçekleşmesi muhtemel

olan sonuç, müdahalede bulunulmaması halinde gerçekleşmesi muhtemel olan sonuçtan daha ağır ise, tıbbî müdahaleden imtina edilmesi gerekir. Keza, sonuçları bakımından daha az riskli olan tıbbî müdahale yönteminin tercih edilmesi gerekir¹⁸.

Dipnotlar

¹ Bu paragraf altındaki açıklamalar için ayrıca bkz. ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. bası, Adalet Bakanlığı yayını, Ankara, Ocak 2006, sh. 284 vd.; aynı yazar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş, Suç Teorisi, Yaptırım Teorisi, Milletlerarası Ceza Hukuku, Ankara, Eylül 2006, sh. 347 vd.; aynı yazar: Hekimlik Mesleğinin İcrası ve Ceza Sorumluluğu, in: Ankem Dergisi, yıl 2006, cilt 20, Ek 2, sh. 10 vd.; aynı yazar: Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğuna İlişkin Raporaj, in: Sağlıkta Nabız Dergisi, yıl 2006, sayı 18, sh. 4 vd.; aynı yazar: Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğuna İlişkin Kriterler, in: SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Haziran-Temmuz-Ağustos 2007, sayı 3, sh. 76 vd.

² Teşhis ve tedavi amacıyla yönelik olarak kişinin açıkladığı rızanın kapsam ve mahiyeti hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. 4.HD, 7.3.1977, 6297/2541 (YKD, Haziran 1976, sh. 905 vd.). Söz konusu karara ilişkin değerlendirme için bkz. ÜNVER, Yener: Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998, sh. 192 vd.

³ "Aydınlatılmış onam" kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Ankara 2007, sh. 103 vd.; ERMAN, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003, sh. 99 vd. Keza, "Biyoloji ve Tıbbin Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi" ("Avrupa Biyo-Tıp Sözleşmesi") hükümleri çerçevesinde aydınlanmış onam kavramıyla ilgili açıklamalar için bkz. KÖK, Ahmet Nezi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza, in: Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA), Kasım 2005, yıl 8, sh. 116 vd.; GÖKCAN, Hasan Tahsin: Perinatolojide Tıbbî Uygulama Hataları Nedeniyle Ceza Sorumluluk, in: 11. Ulusal Perinatoloji Kongresi, 26-29 Nisan 2007, Antalya, sh. 109.

⁴ Benzer hükümler için bkz. TCK, m. 90; f. 2, 4; 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun", m. 6; "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük", m. 13.

⁵ "Aktif ötenazi" ve "pasif ötenazi" ayrımıyla ilgili olarak bkz. DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13. bası, 1990, no. 22; BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul, 1972, sh. 150; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. bası, İstanbul, 2005, sh. 330 vd.; HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 304 vd.

⁶ 1219 s. "Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun", m. 70; "Hasta Hakları Yönetmeliği", m. 5, bend d, m. 24 vd.; "Hekimlik Meslek Etiği Kuralları", m. 26.

⁷ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, no. 23.

⁸ Kamu sağlığını gerektiren durumlarda hekimlerin tedavi yükümlülüğünün yanı sıra, kişilerin **tedaviye katlanma yükümlülüğü** bulunmaktadır (Bkz. HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 221).

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümlerine göre bildirim yükümlülüğü kapsamında olan hastalıklarla ilgili olarak kişilere, tabip tarafından yapılacak **teşhis ve tedaviye** yönelik muameleye **katlanma yükümlülüğü** getirmiştir (1593 s. K., m. 67). Hatta bu yükümlülüğe aykırı davranan hastalarla ilgili olarak, yaptırım öngörülmüştür. (1593 s. K., m. 287). Diğer bir deyişle, bu durumlarda tabipler açısından **teşhis ve tedavi yükümlülüğü** bulunmaktadır.

Keza, "frenği, belsoğukluğu ve yumuşak şankır" hastalıklarına müptela olan kişilerle ilgili olarak **tedavi olma yükümlülüğü** mevcuttur (1593 s. K., m. 103). Bu yükümlülüğe aykırı hareket eden kişiler, **zorunlu olarak tedaviye** tabi tutulur (1593 s. K., m. 107).

Kişilerle ilgili olarak belli hastalıklara karşı **aşı olma yükümlülüğü** getirilmiştir (1593 s. K., m. 88, 90).

Bütün bu düzenlemeler karşısında **AİDS** hastalığı ile ilgili olarak şu tespit ve önerilerde bulunulabilir:

1. AİDS hastalığı, bulaşıcı bir hastalıktır.
2. Bu hastalıkla ilgili olarak karantina tedbirleri alınmalıdır.
3. Bu tedbirler kapsamında, hastalığı ile ilgili olarak kişinin yakınlarına bilgi vermek gerekir.
4. Hasta yakınlarının bu hususta bilgilendirilmesi, 5237 s. TCK'nun kişisel verileri bir başkasına hukuka aykırı olarak verme fiilini cezalandıran 136. maddesindeki suçu oluşturmaz.

Ancak, bu hastalıkla ilgili olarak alınması gereken karantina tedbirlerinin belirlenmesi amacıyla Sağlık Bakanlığı tarafından genel bir düzenleyici işlem yapılmasına ihtiyaç bulunduğu kanısındayız.

⁹ **Fuhşa sürüklenen kişi**, yaşı ne olursa olsun, yeni TCK'nın sisteminde, fuhuş suçunun **mağduru** olarak kabul edilmiştir. TCK'nın 227. maddesinin sekizinci fıkrasında **"Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tabi tutulabilir."** hükmüne yer verilmiştir. Dikkat edilmelidir ki, bu hükümdede suçun mağduru kişiler açısından **tıbbî müdahaleye katlanma yükümlülüğü** getirilmiştir. Bu itibarla, fuhşa sürüklenen kişi, bulaşıcı bir hastalık taşıyıp taşımadığının tespiti amacıyla tıbbî müdahaleye katlanmakla yükümlüdür. Bulaşıcı bir hastalığın varlığının tespiti halinde, ayrıca tedaviye katlanma yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Yapılan muayene sonucunda, fuhşa sürüklenen kişinin bulaşıcı hastalığının bulunmadığının anlaşılması halinde ise, gerekli olduğu takdirde, psikolojik terapiye tabi tutulabileceklerdir. Dikkat edilmelidir ki, fuhşa sürüklenen kişinin psikolojik terapiye tabi tutulabilmesi için, rızasının olup olmamasından ziyade, psikolojisinin böyle bir tedaviye gerekli olması önem taşımaktadır. Nitekim, TCK'nın 227. maddesinin sekizinci fıkrasında 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin **gerekçesinde** şu açıklama yer verilmiştir: "5237 sayılı Kanunun 227 maddesinin sekizinci fıkrasında fuhuş suçunun mağduru konumundaki kişilerin, örneğin bulaşıcı hastalık taşımaları dolayısıyla tedaviye tabi tutulmasının yanı sıra ya da buna

ihtiyaç duyulmaması halinde sadece psikolojik terapi uygulanmasını sağlayacak düzenleme yapılmıştır" (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1255, sh. 19).

İşaret etmek gerekir ki, fuhşa sürüklenen kişinin muayenesinin ve gerektiği takdirde tedavisinin yapılabilmesi için hâkim kararına gerek bulunmamaktadır. Fuhuş suçunun işlendiği hususunda ortaya çıkan şüpheye bağlı olarak soruşturmayı yürüten **C. savcısı**, soruşturma kapsamında söz konusu suçun mağduru konumundaki kişilerin bulaşıcı hastalığının olup olmadığının tespiti ve tıbben gerekli olması halinde tedaviye ve psikolojik terapiye tabi tutulması için gerekeni yapmakla **yükümlüdür**.

¹⁰ Ülkemizde tabiplik mesleğinin icrası için gerekli şartlarla ilgili olarak bkz. 11.4.1928 t.ve 1219 s. "Tababet ve **Şuabatı** Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun" (Resmî Gazete: 14 Nisan1928/863).

¹¹ Türkiye tarafından da onaylanan 4.4.1997 tarihli "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi"nin (**Avrupa Biyo-Tıp Sözleşmesi**"nin) (Resmî Gazete: 20 Nisan 2004/25439) "Muvafakat" başlıklı II. Bölümünde konumuzla ilgili olarak şu hükümler yer almaktadır:

Madde 5. (Genel Kural)

Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.

Madde 6. (Muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması)

1. Aşağıda, 17 ve 20. maddelere tâbi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.

2. Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir.

Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak gözönüne alınacaktır.

3. Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir.

İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır.

4. Yukarıda 2 ve 3. paragraflarda belirtilen temsilci, makam, kişi veya kuruluşa, aynı şartlarda, Madde 5'te belirtilen bilgi verilecektir.

5. Yukarıda 2 ve 3. paragraflarda belirtilen izin, ilgili kişinin en fazla yararı bakımından her zaman geri çekilebilir.

Madde 7. (Akıl hastalığı olan kişilerin korunması)

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

Madde 8. (Acil durum)

Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınmaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.

Madde 9. (Önceden açıklanmış istek)

Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler gözönüne alınacaktır.

İşaret etmemiz gerekir ki, söz konusu Sözleşmenin onaylanması 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Sözleşme, 26.11.2006 tarihi itibarıyla İngiltere, **Almanya**, **Rusya Federasyonu**, **Avusturya** ve İrlanda tarafından 2 Ağustos 2007 tarihi itibarıyla **imzalanmamıştır**. **Fransa**, İtalya, İsviçre, **Ukrayna**, **Polonya** ve **Finlandiya** tarafından imzalanmış olmakla birlikte, 2 Ağustos 2007 tarihi itibarıyla **onaylanmamıştır**. Sözleşme, Türkiye'nin yanı sıra, Bulgaristan, Romanya, Yunanistan, Estonya, Danimarka ve İspanya gibi ülkeler tarafından onaylanarak yürürlüğe konulmuştur.

1219 s. "**Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun**"nun 70. maddesi hükmüne göre,

«... Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın ... evvelemede muvafakatını alırlar. ... (Ancak,) ... üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.»

Bakanlar Kurulu'nun 13.1.1960 tarih ve 4/12578 sayılı Kararı ile kabul edilen "**Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi**"nde (RG: 19.2.1960/10436.) bu konuda şu hükümler yer almaktadır:

«Madde 2- Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.

Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlâkî düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimaî seviyesi, mevkii ve siyasî kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda âzami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.

Madde 3- Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanmadığı âcil vakalar da, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur.

Dış tabibi de, kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir.

Madde 11- Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamıyacağı gibi aynı maksatla, kimyevî, fiziki veya biyolojik şekilde her-

hangi bir tedavi de tatbik edilemez.

Klasik metodların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya lâboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mütat tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve muvafakiyet elde edilmemesi halinde ise mütat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağına muhtemel bulunması şarttır.

Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması katî görülen bir müdahale yapılabilir.

Madde 13- Tabip ve dış tabibi, ilmi icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.

Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.

Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplere, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.

Madde 14- Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.

Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.

Meş'um bir prognostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir prognostığın ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tâyin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir.»

Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan "**Hasta Hakları Yönetmeliği**"nde (RG: 1.8.1998/23420) şu hükümlere yer verilmiştir:

«İlkeler

Madde 5-

a) Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu, hizmetin her safhasında daima göz önünde bulundurulur.

b) Herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını haiz olduğu ve hiçbir merci veya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinenek, hastaya insanca muamelede bulunulur.

d) Tıbbî zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.

Hastanın Rızası ve İzin

Madde 24- Tıbbî 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.

Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 272 nci ve 431 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz.

Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.

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

Tedaviyi Reddetme ve Durdurma

Madde 25- 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.

Küçüğün veya Mahcurun Tıbbî Müdahaleye İştiraki

Madde 26- Kanuni temsilcinin muvafakatının gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbî müdahaleye iştiraki sağlanır.

Rızanın Şekli ve Geçerliliği

Madde 28- Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir.

Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.

Rızanın Kapsamı

Madde 31- Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbî müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.

Hastanın, uygulanacak tıbbî müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbî işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbî işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelik'te ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi için azami ihtimam gösterilir.

rilir.

Yine, Türk Tabipler Birliği'nin 47. Genel Kurulunda 10-11 Ekim 1998 tarihinde kabul edilen "**Hekimlik Meslek Etiği Kuralları**"nda bu hususla ilgili olarak şu hükümlere yer verilmiştir:

«Hekimin Görev ve Ödevleri

Madde:5- Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.

Acil Yardım

Madde:10- Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbî girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.

Meşru ve Yasak Yöntemler

Madde:12- Hekim mesleğini yerine getirirken, bilimsel ve çağdaş tanı ve tedavi yöntemleriyle koruyucu hekimlik ilkelerini göz önünde bulundurur; hastalarının tanı ve tedavisinde bilimsel olmayan yöntemleri uygulamaz. Hekim, gerekli bilimsel aşamalardan geçip ruhsatlandırılmamış kimyasal, farmakolojik, biyolojik maddeleri ilaç olarak kullanmaz.

Yetkinlik Dışı Faaliyet Yasağı

Madde:18- Hekim tıbbî görevlerini yerine getirirken, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlar dışında özel bilgi, beceri gerektiren bir girişimde bulunamaz.

Hasta Haklarına Saygı

Madde:21- Hekim hastasının sağlığı ile ilgili kararlar alırken; bilgilendirme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı, vb. hasta haklarına saygı göstermek zorundadır.

Aydınlatılmış Onam

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

Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, he-

kim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.

Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.»

¹² HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 165 vd., 287; ERMAN, Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, sh. 66, 77, 139 vd.

¹³ Ülkemizde tabiplik mesleğinin icrası için gerekli şartlarla ilgili olarak bkz. 11.4.1928 t.ve 1219 s. "Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun" (Resmi Gazete: 14 Nisan1928/863). 1219 s. Kanunun bu husustaki düzenlemelerine ilişkin açıklamalar için bkz. ÇAKMUT, Özlem Yenerer: Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, sh. 26 vd.

¹⁴ 1219 s. Kanunun 23. maddesi hükmü bu bağlamda göz önünde bulundurulmalıdır:

"Umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler behemehal **ihstias vesikasını hamil** olan bir **mütehassıs** ile beraber diğer bir tabip tarafından yapılmak lazımdır. Mütehassıs bulunması veya celbi mümkün olmayan mahallerde yapılması zaruri görülen ameliyeler ile ahvali müstacele ve fevkalade bu hükümden müstesnadır."

¹⁵ 1219 s. Kanunun, ebelere ilişkin olarak 47 ila 57., **sünnetçilere ilişkin olarak 58 ila 62., hemşirelere ilişkin olarak 63 ila 68. maddeleri hükümlerine bakılmalıdır.**

¹⁶ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, 3. bası, Ankara 2006, sh. 347 vd.; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, Suç Teorisi, 2. bası, sh. 176. GÖKCAN, 11. Ulusal Perinatoloji Kongresi, sh. 109.

¹⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, sh. 191.

¹⁸ Bir hastalığın tedavisi için **daha az riskli olan ilaç varken, risk oranı yüksek olan ilacın kullanılması hukuka aykırıdır.** Bu durumda, ekonomik kaygılar (örneğin Devlet bütçesine yüklenen yük), risk oranı yüksek olan ilacın kullanılmasına haklılık kazandırmaz. Devletin tazminat sorumluluğu bakımından Danıştay Onuncu Dairesinin 14.11.1996 tarihli ve 7534/7086 sayılı Kararı önem taşımaktadır. Ancak, daha az riskli ilacın varlığına rağmen, temini konusunda bir **imkânsızlık** söz konusu olduğu için risk oranı yüksek olan ilacın kullanılması ve bu nedenle hastanın ölmesi halinde, kanımızca, TCK'nın **zorunluluk haline** ilişkin hükümleri (m. 25, f. 2) kapsamında ceza sorumluluğu cihetine gidilemez.