

**T.C.**  
**İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**CEZA HUKUKU AÇISINDAN TIBBİ MÜDAHALEDE MAĞDURUN RIZASI**

**YÜKSEKLİSANS TEZİ**

**Ceren YILDIZ**  
**0910032002**

**Anabilim Dalı: HUKUK**

**Programı: KAMU HUKUKU**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN**

**HAZİRAN 2012**

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	vii
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### CEZA HUKUKU KAPSAMINDA HUKUKA AYKIRILIK, HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ ve UNSURLARI

I. Ceza Hukukunda “Hukuka Aykırılık” Unsuru.....	5
A. Genel Olarak.....	5
B. Hukuka Aykırılığın Bağımsızlığı Sorunu.....	7
C. Hukuka Aykırılığın İçeriği .....	9
D. Hukuka Özel Aykırılık .....	12
II. Türk Ceza Hukuku Kapsamında “Hukuka Uygunluk Nedenleri” .....	13
A.Genel Olarak.....	13
B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinden İlgilinin (Mağdurun) Rızası TCK m.26/2.....	14
1. Genel Olarak .....	14
2. Koşulları .....	17

a. Mağdurun Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebileceği Bir Hakkın Varlığı .....	17
b. Rıza Açıklama Yeteneği.....	20
c. Rıza Açıklaması.....	22
d. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması.....	24

## İKİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ MÜDAHALENİN NİTELİĞİ ve HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

<b>I. Tıbbi Müdahale .....</b>	<b>26</b>
A.Genel Olarak.....	26
B. Tıbbi Müdahalenin Unsurları .....	28
1. Tıbbi Müdahalenin, Tıp Mesleğini İcra Yasal Olarak Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi .....	29
2. Türk Vatandaşı Olmak .....	30
3. Tıp Fakültesi Mezunu Olmak.....	32
4. Türk Tabipler Birliği'ne Kayıt Olmak .....	34
5. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici veya Sürekli Engel Bir Halin Bulunmaması.....	35
6. Tıbbi Müdahalenin Kanunen Öngörölmüş Amaçlara Yönelik Olması .....	36
7. Tıp Biliminin Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olması .....	37
8. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rıza Göstermesi .....	39

## **II. Tıbbi Müdahale Nedeniyle Oluşabilecek Olası İnsan Hakları İhlalleri** ..... 39

- A. Kişi, Kişilik, Kişilik Değerleri Ve Kişilik Hakkı Kavramları .... 39
- B. Yaşam Hakkı ..... 42
- C. Sağlık Hakkı ..... 44
- D. Vücut Bütünlüğü Hakkı..... 49

## **III. Tıbbi Müdahalede Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Rızanın İncelenmesi** ..... 50

- A.Genel Olarak..... 50
- B. Rızanın Koşulları ..... 53
  - 1. Rızaya Ehliyet ..... 53
    - a. Genel Olarak..... 53
    - b. Çocuklar Bakımından Rıza Ehliyeti..... 54
    - c. Yasal Temsilcinin Gösterilen Rıza Üzerindeki Etkisi..... 59
  - 2. Rızanın Konusu ..... 65
  - 3.Hastanın İradesinin Sağlıklı Olması ve Gerçekleştirilecek Müdahale Hakkında Aydınlatılması .....68
    - a. İradenin Sağlıklı Olması.....68
    - b. Hastanın Aydınlatılması.....69
      - (1) Genel Olarak..... 69
      - (2) Aydınlatma Yükümlülüğünün Yasal Dayanakları..... 73
        - (a) Aydınlatma Yükümlülüğüne İlişkin Ulusal Düzenlemeler ..... 73
        - (b) Aydınlatma Yükümlülüğüne İlişkin Uluslararası Düzenlemeler ..... 76
  - 4. Aydınlatmanın Yapılışı ..... 81
    - a. Aydınlatmada Bulunacak Kişi..... 81
    - b. Aydınlatılacak Kişi..... 82
    - c. Aydınlatmanın Zamanı ..... 84
    - d. Aydınlatmanın Şekli..... 85

e. Aydınlatmanın Çeşitleri.....	87
(1) Genel Olarak.....	87
(2) Müdahale Aydınlatması.....	88
(3) Teşhis Aydınlatması .....	89
(4) Süreç Aydınlatması.....	92
(5) Riziko Aydınlatması .....	93
(6) Diğer Özel Aydınlatma Türleri.....	98
5. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı ve Sınırları.....	100
a. Kapsamı .....	100
b. Sınırları.....	104
6. Aydınlatma Yükümlülüğü İhlalinin Sonuçları ve İspat Yükümlülüğü.....	108

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TIBBİ MÜDAHALELERDE ARANAN RIZA KOŞULUNUN SAĞLANAMADIĞI DURUMLAR

<b>I. Varsayılan Rıza .....</b>	<b>112</b>
A.Genel Olarak.....	112
B. Varsayılan Rızanın Hukuki Niteliği .....	115
1. İlgilinin Rızasına Dayanan Görüş .....	115
2. Zorunluluk Durumuna Dayanan Görüş.....	116
3. Vekaletsiz İş Görmeye Dayanan Görüş .....	119
4. İzin Verilen Riske Dayanan Görüş.....	120
5. Değerlendirme .....	123
C. Tıbbi Müdahalelerde Varsayılan Rızanın Koşulları .....	124
1. İlgilinin Mutlak Surette Tasarruf Edebileceği Bir Hakkının Bulunması ve Rıza Açıklamaya Ehil Olması.....	124

2. İlgilinin Rızasını Açıklamamış Olması ve Rızasının Zamanında Alınma İmkânının Olmaması.....	125
3. Önceki İrade Açıklamalarının Geçerliliği .....	129
<b>II. Rızayı Sakatlayan Haller .....</b>	<b>130</b>
<b>III. Tedaviyi Red Hakkı .....</b>	<b>130</b>
A. Genel Olarak.....	130
B. Tedaviyi Red Hakkının İçeriği .....	133
C. İrade Açıklamasıyla Tedavinin Kısmen Kesilmesi .....	134
D. Tedaviyi Reddin Ölümüne Yol Açması .....	136
E. Tedaviyi Red Hakkının Bazı Müdahaleler Açısından Değerlendirilmesi .....	139
1. Ötanazi .....	140
a. Uluslararası Düzenlemeler ve Karşılaştırmalı Hukukta Ötanazi .....	143
b. Türkiye’de Ötanazinin Yasal Boyutu.....	151
2. Açlık Grevi .....	154
a. Açlık Grevlerinde Yapılan Müdahaleler .....	154
b. Açlık Grevini Düzenleyen Uluslararası Belgeler .....	155
c. Açlık Grevine İlişkin Yasal Düzenlemeler.....	162
3. Ölüm Orucu.....	169
4. Değerlendirme .....	173
<b>SONUÇ.....</b>	<b>178</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>185</b>

## ÖNSÖZ

Yüksek lisans çalışmamızın konusu “Ceza Hukuku Açısından Tıbbi Müdahalede Rıza”dır. Hukuka uygunluk nedenlerinden olan rıza kavramı son zamanlarda tıp biliminin gelişmesiyle beraber gerçekleşen tıbbi müdahaleler açısından ceza hukuku ile beraber doğabilecek olumsuz sonuçlar karşısında sorumluluk doğmasının önüne geçebilen bir hukuka uygunluk nedeni haline gelmiştir. Yaşam hakkı başta olmak üzere kişinin kendi geleceğini belirleme ve vücut bütünlüğü haklarının yanı sıra sağlık hakkı açısından da tıbbi müdahalelerde rıza, gerekli düzenlemelerin yapılmasına ve var olan düzenlemelerin yeniden yapılandırılması gerekliliğini ortaya koymuştur. Çalışmamızın temelinde öncelikle rıza kavramını genel olarak bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirildikten sonra tıbbi müdahaleler açısından özelleştirerek, rızanın alınabilmesi için öncelikle konuya ve kişiye özel aydınlatmanın önemi ortaya konularak, ceza hukuku çerçevesinde yapılacak müdahalelere ilişkin değerlendirmeler ortaya konmaya çalışılmıştır.

Yüksek lisans çalışmamın konu seçiminden yazım aşamasının tamamlanmasına kadar hiçbir zaman desteğini esirgmeden yoğun temposuna karşın her zaman bana zaman ayırarak bilimsel anlamda çalışmama pek çok katkı sağlayan danışman hocam Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a, saygıdeğer kürsü hocalarım Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU ve Yard. Doç. Dr. Hasan Atilla GÜNGÖR’e,

Benim hukukla tanışmama vesile olan fakat bu mesleği paylaşma şansı bulamadan kaybettiğim, güçlerini ve desteklerini her zaman üzerimde hissettiğim değerli hukukçu dedelerim rahmetli Mehmet Salih YILDIZ, Abdurrahman BAYAR ve sevgili dayım Metin BAYAR’a,

Hayatımın her sürecinde maddi ve manevi hiçbir desteğini esirgmeden, sevgileriyle kendime olan inancımı destekleyerek hep arkamda olan ve beni cesaretlendiren, değerli babam Yalçın YILDIZ ve kıymetli annem Canan YILDIZ’a,

Hayatıma yön verme süreçleri başta olmak üzere bütün aşamalarda yürüdüğüm yollara ışık tutan ve beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan sevgili ağabeyim Cem YILDIZ’a,

Yardımlarını ve sevgilerini benden esirgmeden, tüm sıkıntılı süreçlerimde yanımda olan ve bana olan inançlarını her zaman hissettiren eşsiz dostlarıma sonsuz teşekkürler.

Mayıs 2012

Ceren YILDIZ.

## KISALTMALAR

<b>ABD</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AÜHFĐ</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>AY</b>	: Anayasa
<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>BKT</b>	: Borçlar Kanunu Tasarısı
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CD.</b>	: Ceza Dairesi
<b>CeGTİK</b>	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>Çev.</b>	: Çeviren
<b>Dn.</b>	: dipnot
<b>DEÜ</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi
<b>DTB</b>	: Dünya Tabipler Birliği
<b>E.</b>	: Esas
<b>f.</b>	: fıkra
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi.
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu.
<b>HHY</b>	: Hasta Hakları Yönetmeliği
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İHEB</b>	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
<b>K.</b>	: Karar
<b>m.</b>	: madde
<b>MÜHF</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>NPHK</b>	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu.
<b>R.G.</b>	: Resmi Gazete
<b>S.</b>	: Sayı



<b>s.</b>	: sayfa
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu.
<b>TDN</b>	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
<b>TŞSTİHK</b>	: Tababet Şuabatı Tarzı İcrası Hakkındaki Kanun
<b>TTB</b>	: Türk Tabipler Birliği
<b>vd.</b>	: ve devamı.
<b>WHO</b>	: World Health Organisation (Dünya Sağlık Örgütü)
<b>WMA</b>	: World Medical Association (Dünya Tabipler Birliği)
<b>Y.</b>	: Yıl
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay
<b>YKD.</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi

## **GİRİŞ**

Yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi temel haklara, gerek ulusal gerekse uluslararası birçok düzenlemede yer verilmiştir. Bu haklara müdahale, ancak kanunen belirlenmiş şartların sağlanabildiği durumlarda mümkündür. Tıp biliminin sürekli gelişmekte olması, bu alanda yapılacak yeni hukuksal düzenlemelere ihtiyaç duyulmasına ve var olan düzenlemelerinde geliştirilmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Günümüz tıp ve hukuk anlayışında, hastanın aydınlatılması ve aydınlatılmış rızasının alınmasının gerekliliği ve önemi ise yadsınamayacak düzeydedir.

Tıbbi müdahaleler, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder. Bu niteliği taşıyan fiiller, yasal düzenlemelerde yer verilmiş meşru faaliyetlerdir. Kişinin kendisine yapılacak herhangi bir tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi ya da reddedebilmesi için yeterince ve anlayabileceği bir şekilde bilgilendirilmesi, bu bilgilendirilme sonucu kişinin kendi değer yargıları ile özgür seçimine dayalı bir karar vermesi sağlanmalıdır. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun en önemli unsurlarından biri olan hastanın rızası, kişilik hakları temelinde, kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, sağlığı gibi maddi kişilik değerlerini ihlal etme olasılığı bakımından da bir hukuka uygunluk nedenidir. Hastanın tedaviye ilişkin bilgilendirilerek rızasının alınması ile amaçlanan, öncelikle kişinin serbest iradesine dayalı olarak kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması ve kişinin tedavi sürecinde oluşabilecek fiziki veya psikolojik olumsuz etkilerin en alt seviyeye çekilmesidir.

### ***Çalışmanın Sınırlanması***

Yapılacak müdahale sırasında veya sonrasında ilgilinin haklarına ilişkin olumsuz bir tablo ortaya çıktığında, söz konusu fiiller nedeniyle müdahaleyi gerçekleştiren kişinin ne zaman ve hangi koşullarda sorumluluğunun doğacağı belirlenmeye çalışılmıştır. Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin göstereceği rıza,

kendisinin bilgilendirilirken dikkate alınan esaslarla sınırlandırılmıştır. Bu sınırı aşan durumlarda uygulanacak herhangi bir müdahalede hekimin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Tüm bu sebeplerle, hekim tarafından gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde de bu esaslar göz önünde bulundurulmalıdır. Ceza hukuku açısından ise belirlenen esaslara göre hareket edildiğinde, suçun unsurları oluşmayacağından ilgililer açısından da sorumluluk doğurmayacaktır.

### ***Çalışmanın Amacı***

Çalışmamızın amacı, ceza hukuku açısından hukuka uygunluk nedeni olan rızanın, tıbbi müdahaleler için önemini saptayarak, bunun sağlanması için gerekli koşulları hekimin hukuki sorumluluğu açısından değerlendirmektir.

### ***Çalışmada İzlenen Method***

Bu konuda öğretilerde birçok çalışma bulunmaktadır. Günümüzde bütün dünyada sağlık hukuku konularının ceza hukukuna yansması önem kazanmaktadır. Bu nedenle anılan çalışmalar değerlendirilirken izlenen method, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile güncel gelişmeler ve içtihatlardan da yararlanılarak öğreti ve uygulamayı esas alan bir çalışma hedeflenmiştir. Bu hedef doğrultusunda TCK'da düzenlenen mağdurun rızası, tıbbi müdahale yönünden değerlendirilirken hem ceza hukuku kuralları, hem tıp hukuku kuralları ele alınacak, yayınlanmış alan araştırmalarının sonuçlarına da yer verilecektir.

Bu temel noktaları ele alarak “Ceza Hukuku Açısından Tıbbi Müdahalede Mağdurun Rızası”nı incelediğimiz çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, ceza hukuku kapsamında hukuka aykırılık unsuru, hukuka aykırılığın bağımsızlığı, içeriği ve ceza kanununun bazı maddelerinde yer verilmiş özel hukuka aykırılık durumları incelenecektir. Daha sonra hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenleri genel olarak değerlendirildikten sonra çalışmamızın konusu gereği Türk Ceza Kanunu'nun m.26/2'de düzenlenmiş olan “ilgilinin rızası” kavramının içeriği, koşulları ve hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise tıbbi müdahale kavramı ve hukuka uygunluk nedenlerinden rıza kavramı, üzerinde gerek yapılmış bilimsel çalışmalar gerekse düzenlendiği önemli ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri ve düzenlemelerden faydalanılarak açıklanacaktır. Konumuz açısından esas olan tıbbi müdahale kavramı, tıp biliminin sürekli değişim ve gelişim içinde olması, konunun etik ve hukuki boyutunun da bulunması nedeniyle, bu kavram için doktrinde yapılan farklı tanımlamalardan bahsedilecektir. Gerçekleştirilecek müdahalelere “tıbbi” niteliğinin verilebilmesi için olması gereken unsurlarıyla birlikte incelenecek, ardından tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun temeli ile tıbbi müdahale ile ihlal edilen kişilik değerleri yaşam hakkı, sağlık hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı başlıklarıyla değerlendirilecektir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza kavramı ise konumuzun önemi açısından, öncelikle genel olarak, ardından rıza göstermede ehliyet, rızanın konusu, hastanın iradesinin sağlıklı olması ve gerçekleştirilecek müdahale hakkında hastanın aydınlatılması unsurlarıyla detaylı olarak incelenecektir. Aydınlatma ve aydınlatılmış rızanın alınması, bir hasta hakkı olduğu kadar, hekim açısından da bir yükümlülüktür. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin işbirliği anlayışına dönüşmesi ve hastanın mümkün olduğu kadar tıbbi müdahale sürecine katılması için, hastanın yeterince bilgilendirilmesi ve müdahaleden önce ve mümkün olduğu ölçüde her aşamada onamının alınması gerekmektedir. Bu nedenle, rızanın geçerliliği tam bir aydınlatmaya bağlı olduğu için, aydınlatmayı yapacak kişi, aydınlatmaya ilişkin zaman ve şekil gibi çeşitli başlıklar altında değerlendirilecektir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiği durumlar ise ortaya çıkabilecek sonuçlar açısından incelenecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, “tıbbi müdahalelerde aranan rıza koşulunun gerçekleşmediği durumlar” başlığı altında son zamanlarda sıkça söz edilen hastanın bilincinin yerinde olmadığı durumlara özgü olarak gerçekleştirilmesi gereken tıbbi müdahalelerin hareket noktası olan varsayılan rıza kavramı doktrindeki tartışmalarla beraber tıbbi müdahale açısından ele alınarak değerlendirilecektir. Ardından rızayı sakatlayan haller üzerinde durulduktan sonra tedaviyi ret hakkı, içeriği, tedavinin kısmen kesilmesi ve tedaviyi ret hakkının ölüme yol açması

konuları üzerinde durulacaktır. Tedaviyi ret hakkının ölüme yol açması ceza hukuku ve mevzuatlar açısından da önemini koruyan yalnızca yaşam hakkının ihlali niteliği taşıyabilen ötanazi, açlık grevi ve ölüm orucu başlıkları altında sınırlandırılarak, ulusal, uluslararası düzenlemeler ve karşılaştırmalı hukuk ile birlikte ortaya konmaya çalışılacaktır. Tüm bu açıklamaların ardından, konunun genel hatlarıyla özetlendiği ve kendi görüşümüzün de yer aldığı sonuç kısmıyla çalışmamız tamamlanacaktır.

### ***Çalışmanın Sağlayacağı Muhtemel Yararlar***

Günümüzde tıbbi müdahaleler ve ortaya çıkan sonuçlar, hekim hasta ilişkisinin olumsuz yönde etkilenmesine sebep olabilecek örnekler taşımaktadır. Çalışmamızla, tıbbi müdahalenin kavram olarak sınırlarının belirlenmesi, bu müdahalelerin uygulanabilmesi için, hastanın kendi iradesini serbestçe ortaya koyabilme özgürlüğünün yeniden vurgulanması, hastanın kendi iradesini gösteremediği acil durumlar veya bilincinin kapalı olduğu hallerde, müdahalelerin hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi ve hekimin sorumluluğunun belirlenebilmesi açısından hukuka uygunluk teorilerinin tartışılması, hekimlik mesleğinin icra edilmesi sürecinde “yaşatma yükümlülüğünün” kişi iradesiyle çatışması halinde üstün değer olan yaşam hakkının korunmasının temel alınması gerekliliği, başta yaşam hakkı olmak üzere kişinin kendi geleceği hakkında karar verme ve vücut bütünlüğü haklarına yönelik hasta tarafından tedaviyi ret hakkının kullanımı sonucunda müdahalelerin niteliğine yönelik belirlenen kıstaslarla, çalışmamızın yararlı olabileceği inancındayız.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### CEZA HUKUKU KAPSAMINDA HUKUKA AYKIRILIK, HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ ve UNSURLARI

#### I. Ceza Hukuku Kapsamında “Hukuka Aykırılık” Unsuru

##### A. Genel Olarak

Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzenince izin verilmeyen, uygun bulunmayan bir hareket olmasının<sup>1</sup> yanı sıra yalnızca ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çatışma halinde bulunması demektir<sup>2</sup>. Bu anlamda hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzenince izin verilmediğinin ve hoş görülmediğinin bir ifadesidir. Buradaki aykırılığın, önceden suç tipinde öngörülmüş fiil nedeniyle söz konusu olan bir aykırılık olduğu açıktır. Tipiklik ve hukuka aykırılık bir araya geldiğinde “haksızlık” da gerçekleşmiş olur. Hukuka aykırılık fiilin bir niteliği ve norma aykırılık iken<sup>3</sup>; haksızlık, bizzat hukuka aykırı davranışı ifade eder. Davranış ile hukuk düzeni arasındaki bir çelişki anlamında olan hukuka aykırılık, derecelendirilemez iken, haksızlık, davranış ile gerçekleştirilen ve hukukun maddi değerler düzeninin onaylamadığı, gerek nicelik ve gerekse nitelik olarak derecelendirilebilir bir değersizliği ifade etmektedir<sup>4</sup>. Hukuken korunan çıkarları ihlal eden eylem ve bu

---

<sup>1</sup> Hamide Zafer, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK 1-75 Ders Kitabı*”, (İstanbul: Beta Yayınları, 2010) 208; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3.Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2010) 262; ; Timur Demirbaş, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, 7.Bası, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2011) 244; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3.Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007) 523.

<sup>2</sup> Tuğrul Katoğlu, “*Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*”, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2003), 19; Özgenç İzzet “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2010) 263; Demirbaş 244.

<sup>3</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya 480.

<sup>4</sup> Bahri Öztürk, M.Ruhan Erdem, “*Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*”, 10.Bası, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005) 187-188.

eylem karşılığında ceza öngörülmesi, onun kural olarak hukuka aykırı sayıldığını gösterir. Ancak, bu ilkenin istisnaları vardır. Hukuka aykırı bir eylem, somut olaydaki özel nedenlerle hukuken hoş görülebilir veya yapılması emredilmiş olabilir. İşte o zaman hukuka aykırılık ortadan kalkar. Hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olup olmadığı öğretide tartışılmıştır. Bazı yazarlar hukuka aykırılığı suçun yasallık unsuru içinde, bazı yazarlar maddi unsuru içinde, bazı yazarlar ise manevi unsur ve kusurluluğu etkileyen haller içinde değerlendirmişlerdir. Buna karşılık, hukuka aykırılığın suçun unsuru olmadığı ancak suçun esaslı karakteri olduğu da ileri sürülmektedir<sup>5</sup>.

Hukuka aykırılık, eylem ile hukuk kuralı arasında bir çelişki, bir çatışma ilişkisi biçiminde anlaşıldığından ceza hukuk alanında önemli olan husus, bu çatışmanın eylem ile bütün hukuk düzeni arasında mı, yoksa yine eylem ile sadece ceza normları arasında mı gerçekleşmesi gerekeceği sorununun çözümlenmesidir. Bu sorunun doğru bir şekilde cevaplandırılabilmesi ise, hukuka aykırılığın kapsam ve sınırının saptanmasına bağlıdır. Hukuka aykırılığı dar anlamda, yani sadece ceza hukuku kurallarına aykırılık biçiminde anlayan yazarlara göre, hukuka aykırılık kavramı, niteliği itibariyle tektir. Ancak hukuka aykırılık sınıflandırıldığında, onu öngören kuralları göz önünde tutmak gerekir. Bir eylem, açıkça ya da üstü örtülü biçimde, bütün hukuk düzenince yasaklanmışsa, mutlak hukuka aykırılık niteliği taşır; buna karşılık, belirli bir hukuk dalınca yasaklanmış olup, diğerlerince yasaklanmış değilse, nispi hukuka aykırılığın varlığını kabul etmek gerekir<sup>6</sup>. Hukuka aykırılığı geniş anlamda anlayan yazarlara göre ise, bir eylem hukuka ya aykırıdır ya da uygundur. Bir eylemin hukuka aykırı olup olmadığı hakkında bir değer hükmü verebilmek için, bütün hukuk düzenini göz önünde tutmak, bu kapsamda o eylemi hukuka uygun hale getirecek herhangi bir nedenin bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir. Aksi takdirde, hukuk düzeninin bütününü ihlal eden ve ceza hukuku

---

<sup>5</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, “*Türk Ceza Hukukuna Giriş*”, 4.bası, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2005) 280.

<sup>6</sup> Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, “*Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*”, 12.Bası, C:2 (İstanbul: 1999) 676-677.

bakımından hukuka aykırılığı kaldıran bir nedenin, diğer hukuk alanlarında bu etkiyi yapmayacağı kabul edilmiş olur ki, bu yargı kabul edilemez<sup>7</sup>.

Suç teşkil eden bir eylem gerçekleştirildiği düşünülürse, kanun koyucunun o eylemi suç saymakla güttüğü amaca bakılarak bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Yapılan eylemin bu amacın kapsamına girdiği sonucuna ulaşırsa, eylemin hukuka da aykırı olduğu; buna karşılık o eylemin sözü geçen amaca uygun olmadığı, ilgili kanun hükmünün bu eylemi yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldığında ise o eylemin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda o eylemi ilgili suç tipinin düzenleniş amacı dışına çıkaran etkenin kanunlarda yazılı olup olmamasının bir önemi yoktur, zira hukuka uygunluk nedenleri bir kaynaktan kaynaklanabileceği gibi, yazılı olmayan hukuk alanından da kaynaklanabilir. Bu nedenle, hukuka aykırılığın biçimselliğini hukuka uygunluğun biçimselliği nitelemesiyle karıştırmamak gerekir<sup>8</sup>.

## **B. Hukuka Aykırılık Unsurunun Bağımsızlığı Sorunu**

Hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olup olmadığı yazarlar arasında tartışılmıştır. Hukuka aykırılığın suç doktrini içinde yer alması gerekmele birlikte, bağımsız bir unsur olmadığını ve suçun belirli bir yönden görünüşü olduğunu savunanların yanı sıra onun diğer unsurlar içine girdiğini savunanlar da vardır. Hukuka aykırılığın bağımsız bir suç unsuru olarak kabul etmeyen yazarlardan bir kısmı, onu cezalandırılabilme unsuru içinde kabul ederler. Hukuka aykırılığı tipikliğe girdiği görüşünde olan yazarlara göre ise, bir eylemin kanuni tanıma uygun olduğunu kabul edebilmek için, eylemde hukuka uygunluğu belirten bir nedenin bulunmaması gerekir. Çünkü içeriğinde bu tür bir neden bulunan bir eylemin, kanuni tanıma uygun bulunduğu söylenemez. Bu görüş doktrinde, bir eylem açısından yapılacak hukuka aykırılık değerlendirmesinin, eylemle tüm hukuk düzeni arasında yapılması gerektiğini, bunun hukukun birlik ve bütünlüğünü sağlayacağı gerekçesiyle

---

<sup>7</sup> Kayıhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver, “*Suç Teorisi*”, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2.Bası, (Eylül 2000) 90.

<sup>8</sup> İçel 93.



eleştirilmiştir. Bir eylemin kanuni tipe uygun olması ve o eylemin hukuka aykırı olması farklıdır. Dolayısıyla, kanuni tipe uygun bir eylem, hukuka aykırılık unsurundan yoksun olabilir. Bu yazarlara göre, tipikliğin hukuka aykırılık açısından bir karine olmasına karşın, esasında bunlar birbirinden bağımsız unsurlardır<sup>9</sup>.

Suçun hukuka aykırılık unsurunun eylem unsurunun içinde bulunduğunu ve bu nedenle bağımsız bir unsur olmadığını savunan yazarlarda vardır. Hukuken önemli eylemi kanuna aykırı eylemle eşdeğer gören bu yazarlar, eylem hukuka aykırı olmayınca suçun maddi unsurunun varlığını reddederler. Nitekim bunlar birbirlerinden farklı unsurlar olarak suçun yapısal unsurlarındandır.

Bazı yazarlar ise, hukuka aykırılığın manevi unsura ve kusurluluğa girdiğini iddia etmektedirler<sup>10</sup>. Bir kimsenin iradi durumunu göz önünde tutmadan, o kimsenin hareketinin hukuka aykırılığı veya uygunluğunu anlamak olanaksızdır. Eylemin suç olup olmaması sübjektif unsura göre değişmektedir. Failin hatasının onun kusurluluğunu değil, eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırıcı etki yapacağı düşüncesindedirler. Bu görüş ise, kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin eyleminin hukuka uygun veya aykırı sayılmasına olanak bulunmadığı ve doğal olaylar ile kusur yeteneği olmayan kimselerce gerçekleştirilen eylemlerin hukuken eşit değerde olmasına karşılık, bu görüşün kusura ehil olmayan kimselerin hareketlerini hukuka uygun saymak sonucuna götürdüğünü belirtmişlerdir<sup>11</sup>.

Bir başka görüş ise, hukuka aykırılığı suçun bağımsız ve yapısal unsurlarından biri olarak tanımlamaktadır. Hukuka aykırılık, eylemin objektif bir değerlendirmesidir ve eylem ile hukuk düzeni arasındaki bir çelişkiyi ifade eder. Eylemin hukuka aykırılığı değerlendirilirken, hem kanuni tip açısından tipik olup olmadığı hem de eylemin hukuka aykırılığını kaldıran ve hukukun herhangi bir alanından doğan bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olup olmadığı araştırılır. Hukuka aykırılığın fail açısından bir sorumluluk doğurabilmesi için onun iradesinin bunu kapsar nitelikte olup olmaması, bu değerlendirmenin dışında kalır<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> İçel / Sokullu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 96-97.

<sup>10</sup> Doğan Soyaslan, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", (Ankara: 1998) 380.

<sup>11</sup> İçel / Sokullu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 98.

<sup>12</sup> İçel / Sokullu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 99.

Türk öğretisinde, hukuka aykırılık suçun bağımsız ve yapısal unsurlarından biri olarak kabul edilmiştir<sup>13</sup>. Hukuka aykırılık, eylemin objektif bir değerlendirilmesi olup eylem ile hukuk düzeni arasındaki bir çelişkiyi ifade eder. Eylemin hukuka aykırılığı değerlendirilirken, hem kanuni tipe uygun olup olmadığı hem de eylemin hukuka aykırılığını kaldıran ve hukukun herhangi bir alanından doğan bir hukuka uygunluk nedeninin var olup olmadığı araştırılır. Hukuka aykırılığın fail açısından bir sorumluluk doğurabilmesi için onun iradesinin bunu kapsar nitelikte olup olmaması bu değerlendirmenin dışında kalacağından, kusurluluk ve hukuka aykırılık iki ayrı kavramdır ve somut olayda yapılacak değerlendirmeye göre var olup olmama koşulları değişiklik gösterebilir<sup>14</sup>.

### C. Hukuka Aykırılığın İçeriği

Hukuka aykırılığın içeriği, fiil ile ceza kanunu arasında çelişme biçiminde ortaya çıkan ilişkidir<sup>15</sup>. Bir başka deyişle, hareketin suç tipini ihlal ettiğinde karine olarak hukuka aykırılığın ifade edilmesidir<sup>16</sup>. Hukuka aykırılığın yasada yer alan bir suç tanımının ihlali olarak anlaşılması şekli hukuka aykırılık olarak adlandırılır. Şekli hukuka aykırılık, sübjektif ve objektif hukuka aykırılık temeline dayalı olarak açıklanmaktadır. Sübjektif hukuka aykırılık anlayışına göre, hukuka aykırılık kişiye ait yükümlülüklerle kasten aykırılık olarak ortaya çıkmaktadır. Objektif hukuka aykırılık anlayışına göre ise, haksızlık, failin kusuru dikkate alınmadan objektif olarak dikkate alınmalıdır; bu görüş, tipe uygun her fiilin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmaktadır<sup>17</sup>. Hukuka aykırılığın suç tanımıyla korunan hukuki yararın ihlal edilmesi olarak kabulüne maddi hukuka aykırılık denir. Burada bir hukuk kuralı ile biçimsel çelişki bulunmasıyla yetinilmeyip, ceza kuralının koruduğu hak ve yararların ihlal edilip edilmediği veya tehlikeye sokulup sokulmadığı konularına önem verilir. Bu bağlamda hukuka aykırılığın değerlendirilmesinde yasa koyucunun

<sup>13</sup> Artuk / Gökçen / Yenidünya, 467; Centel / Zafer / Çakmut 293.

<sup>14</sup> Kayıhan İçel, Hakan Evik, “Ceza Hukuku Genel Hükümler – Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri 2. Kitap”, Yenilenmiş 4.Bası, (İstanbul: 2007) 88.

<sup>15</sup> Katoglu 39.

<sup>16</sup> Ayhan Önder, “Ceza Hukuku Dersleri”, (İstanbul: 1992) 214.

<sup>17</sup> Zeynel Temel Kangal, “Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul: 2006) 165.

bir eylemi suç olarak tanımlamakla izlediği amacı göz önüne almak ve yapılan bir eylemin bu amaca girdiği kabul edildiğinde hukuka aykırılığın bulunduğu, aksi durumda ise eylemin hukuka uygun olduğu sonucuna varmak demektir<sup>18</sup>. Ancak maddi hukuka aykırılığın daha kapsamlı bir içeriğe sahip olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Örneğin bir görüşe göre, sadece yasa haline getirilmiş hukukun var olduğu, bunun dışında bir hukukun bulunmadığı kabul edilemez. Hukukun amacı, toplumun çıkarları ile bireyin çıkarları arasında adaletli bir denge kurmaktır. İki çıkar karşılaştığında üstün olanın tercihi gerekir ve bunlardan hangisinin üstün olduğu pozitif hukuk kurallarıyla belirlenmiş olabileceği gibi, bunu hukukun genel ilkelerinden veya ortak uygarlık kurallarından, hatta etik ve dinsel düşüncelerden çıkarmak mümkündür<sup>19</sup>. Sonuç olarak hukuka aykırılığın şekli veya maddi nitelikte mi olduğu hususu yapay bir tartışmadır. Hukuka uygunluk nedenleri açısından belirli bir sınırlamanın bulunmadığı ve bunlardan herhangi birisinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunun kabul edilebilmesi için mutlaka kanunda yazılı olması gerekmemektedir<sup>20</sup>. Maddi hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için, hareketin şekli olarak suç tipini ihlal etmesi yeterli olmayıp, yapılan eylemin kanun koyucunun bu suç tipini düzenlemesinin nedeni ve amacı açısından değerlendirilmesi sonucunda korunan hukuksal yararın gerçekten ihlal edildiği yargısı dikkate alınmalıdır<sup>21</sup>.

Öğretide, hukuka aykırılığın maddiliğinin kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu eleştiriye göre, söz konusu ayırım siyasal düşüncelere dayanmaktadır. Bu görüş daha da ileri götürülerek, kanuna aykırı olmasa dahi, bir hareketin maddi bakımdan da hukuka aykırı olduğunu veya bunun aksini her zaman savunabilmek olanaklarına açık kapı bırakabileceği savunulmuştur. Hukuka aykırılığın bir içeriğinin olması, onun biçimselliğini engellemez. Çünkü hukuka aykırılığın biçimselliği, hukuka aykırılığın içeriğe göre belirlenemeyeceğini ifade etmektedir. Hukuka biçimsel aykırılık, herhangi bir hukuk düzeni tarafından eylemin

---

<sup>18</sup> Nur Centel, “*Türk Ceza Hukukuna Giriş*”, 2.Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları, 2002) 248.

<sup>19</sup> Centel 249.

<sup>20</sup> İçel / Sokullu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver, 106.

<sup>21</sup> İçel / Sokullu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 105.

cezalandırılmamış olmasıdır. Hukuka aykırılık sadece yasaya bakılarak belirlenebilir<sup>22</sup>.

Hukuka aykırılığın maddi anlamda kabulünün yararlarına bakılacak olursa, suçların belirlenmesi konusunda yasa koyucuya yol göstereceği gibi, somut olayda maddenin uygulanmasında yapılacak yorumlarda da yönlendirici rol oynar. Hükmün yorumunun amaca uygun olmasına yardım eder. Biçimsel hukuka aykırılık ise, hukuk güvencesinin tehlikeye düşme olasılığını ortadan kaldırır<sup>23</sup>.

Kanaatimizce, suç teşkil eden bir eylem gerçekleştirildiği düşünülürse takdirde, kanun koyucunun o eylemi suç saymakla güttüğü amaca bakılarak bir değerlendirilmenin yapılması gerekir. Yapılan eylemin bu amacın kapsamına girdiği sonucuna ulaşırsa, eylemin hukuka aykırı olduğunu; buna karşılık eylemin sözü geçen amaca uygun olmadığı, ilgili kanun hükmünün bu eylemi yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldığında ise o eylemin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir<sup>24</sup>. Dolayısıyla hukuka aykırılığın biçimselliğini hukuka uygunluğun biçimselliği niteliyle karıştırmamak gerekir<sup>25</sup>. 5377 sayılı Kanunla eklenen TCK m. 30/4'teki "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz*" hükmü ile hukuka aykırılık unsurunun maddi hukuka aykırılık şeklinde anlaşılmasının yolu açılmıştır. Bu bakımdan objektif hukuka aykırılık yeterli olmayıp, subjektif bakımdan da hukuka aykırılık gerçekleşmiş olmalıdır<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Centel 250; Nurullah Kunter , "*Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*", (İstanbul: 1949) 141; İçel / Sokullu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 106.

<sup>23</sup> Centel 250.

<sup>24</sup> Soyaslan 381.

<sup>25</sup> İçel / Sokullu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 107.

<sup>26</sup> Centel / Hamide / Çakmut, (4. Bası)m291. Demirbaş 243.

#### D. Hukuka Özel Aykırılık

Genel hukuka aykırılık durumlarında, failin hareketinden sonra, bunu yasaklayıcı bir normun olup olmadığı araştırılacaktır. Varlığı tespit edildikten sonra, genel hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği sonucuna varılacaktır<sup>27</sup>. Kanun koyucunun açıkça ve özel olarak hukuka aykırılığa yer verdiği suç tipleri söz konusu olduğundan, failin sorumluluğundan bahsedebilmek için, bu hukuka aykırılığa ilişkin bir değerlendirme yapma zorunluluğu bulunmaktadır<sup>28</sup>.

Welzel'e göre, hukuka özel aykırılık, aslında hukuka aykırılık unsuruna dahil olup, kanun koyucu tarafından çeşitli nedenlerle suç tipinin içine taşınmış unsurlardır. Bunların yokluğu halinde tipe uygun fiil unsuru değil, hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmış olacağından, objektif cezalandırılabilme şartları sayılmazlar. Bu nedenle, bir suç tipinde öngörülmuş bulunan hukuka özel aykırılık halinin gerçekleşmemesi durumunda, fiil hukuka uygun sayılacaktır<sup>29</sup>. Bir diğer görüş hukuka özel aykırılığı istisnai olarak suçun temel unsurlarından biri olarak kabul ederken, başka bir görüş, yasa koyucunun suç tipinde özel olarak hukuka aykırılıktan söz etmesi özel bir amacın varlığını göstermektedir<sup>30</sup>. Yasakoyucunun özel bazı düzenlemeler gerektirdiği bu durumlarda, failin bu durumlara ilişkin bilinci kasta ilişkin bilme ve isteme unsurunun oluşmasını etkileyeceğinden mutlaka aranmalıdır<sup>31</sup>. Kanaatimizce, "rızası olmaksızın" kavramı suç tipinin tümünü kapsayan bir nitelik taşıyorsa, rızanın bulunmamasının suçun genel bir unsuru olan hukuka aykırılığa işaret etmek için kullanıldığı, dolayısıyla, kanun koyucu hakime olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını ayrıca araştırması

---

<sup>27</sup> Demirbaş 244; Özgenç 269. TCK'da hukuka özel aykırılığın arandığı maddelerden bazıları m.109/1, TCK m.113, TCK m.117/1, TCK m.120, TCK m.223/1-3, m. 250/1-2, m. 260/1'de düzenlenmiştir.

<sup>28</sup> Katoğlu 123.

<sup>29</sup> Barış Erman, "Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul: 2006) 60.

<sup>30</sup> Katoğlu 123-124.

<sup>31</sup> Katoğlu 126.

gerektiğini söylemek istemiştir<sup>32</sup>. Ancak bu kavramlar suç tipinde yer alan unsurlara işaret ediyorsa, kastın bu unsuru da kapsamı gerekmektedir<sup>33</sup>.

## II. Ceza Kanunu Kapsamında “Hukuka Uygunluk Nedenleri”

### A. Genel Olarak

Hukuka uygunluk nedenleri, hukuk düzeni tarafından kabul edilen ve hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırarak fiili hukuka uygun hale getiren nedenlerdir. Bu nedenle, kural olarak, tüm hukuk düzeni bakımından geçerlidirler. Hukuka uygunluk nedenleri, yalnızca ceza hukukundan veya yazılı hukuktan değil, bir bütün olarak hukuk düzeninden ileri gelirler<sup>34</sup>. Ceza hukuku dışındaki hukuka uygunluk nedenlerinin ceza hukukunda da geçerliliği, hukuk düzeninin tekliği ilkesine dayanır. Esas itibariyle hukuka uygunluk nedenleri, bütün suçlar için geçerlidir. Bu nedenle, yalnızca kasıtlı suçlarda değil, taksirli suçlarda da söz konusu olabilir. Bununla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinden bazıları mahiyeti gereği pratik olarak bir veya birkaç suç tipiyle sınırlı etki gösterirler. Bundan başka bazı hukuka uygunluk nedenleri de kanun gereği belirli suçlarla ilgilidir<sup>35</sup>. Bu tür hukuka uygunluk nedenleri, ceza kanununun özel kısmında yer alırlar ve yalnızca ilgili olduğu suç bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Eğer birden fazla hukuka uygunluk nedeni varsa, bu nedenler birbirlerinden bağımsız olarak, birlikte göz önünde bulundurulurlar<sup>36</sup>. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerde hakkın korunması iradesi değil, korunmasındaki amaç belirtilmektedir. Bu amaç da, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenin objektif varlığının esas alınmasıyla gerçekleşmektedir<sup>37</sup>.

Eski öğretilerde hukuka aykırılığın münhasıran objektif ölçütlere göre belirleneceği görüşü egemendi. Bu görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinden

---

<sup>32</sup>Veli Özer Özer, Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İler Tepe, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler*”, (Ankara: 2010) 258.

<sup>33</sup>Meral Şahin Ekici, “*Ceza Hukukunda Rıza*”, (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012) 99.

<sup>34</sup>Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler*”, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3.baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2010) 256; Özgenç 269.

<sup>35</sup>Koca / Üzülmöz, 257.

<sup>36</sup>Hakan Hakeri, *Tip Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007) 254.

<sup>37</sup>Önder 151.

yararlanabilmek için bu koşulların objektif mevcudiyetini bilmek gerekmezdi. Bugün ise, hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilmek için yalnızca objektif değil, aynı zamanda sübjektif koşuluda mevcut olması gerektiği kabul edilmekte, bu bağlamda failin hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyetine yönelik bir iradeye sahip olması da aranmaktadır<sup>38</sup>. Eski Türk Ceza Kanunu' nun yürürlükte olduğu dönemde, ceza kanununda öngörülen hukuka uygunluk nedenleri ile ceza kanunu dışındaki hukuka uygunluk nedenleri, öğretide ayrı başlıklar altında ele alınmaktaydı. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda ise, “ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlığa karşı bir takım eleştiriler olmuştur. Bu eleştirilere göre, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller eylemin hukuka uygun olarak meydana gelmesi sonucunu doğuran sebepler olarak nitelendirildiğinden, kusurluluğu etkileyen halleri içeren bir başlığın altında düzenlenmesinin daha isabetli olabileceği belirtilmiştir<sup>39</sup>. Ceza kanunu dışındaki hukuka uygunluk nedenlerinden “hakkın kullanılması” ve “mağdurun rızasını” da kapsamına alıp, 26.madde de ayrıca düzenlendiği için, sözü geçen ayırımın artık bir geçerliliği kalmamıştır<sup>40</sup>. YTCK'da öngörülen hukuka uygunluk nedenleri 24.maddede “Kanunun Hükümü ve Amirin Emri”, 25.maddede “Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali”, 26.maddede “Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası” cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik gibi kusurluluğu etkileyen hallerle birlikte “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler” başlığı altında 28.maddede düzenlenmiştir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, ceza sorumluluğunun kalkmasını değil, eylemin hukuka uygun olarak meydana gelmesi sonucunu doğuran sebeplerdir<sup>41</sup>. Çalışmamızın kapsamı çerçevesince hukuka uygunluk nedenlerinden 26.madde içinde yer alan ilgilinin rızası kavramı detaylı olarak incelenecektir.

---

<sup>38</sup> Öztürk / Erdem 188-89.

<sup>39</sup> Centel / Zafer / Çakmut 294.

<sup>40</sup> Kayıhan İçel, A.Hakan Evik, “*Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap*”, Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri, Yenilenmiş 4.Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2007) 101.

<sup>41</sup> Centel /Zafer / Çakmut (3.bası), 288.

## **B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinden İlgilinin (Mağdurun) Rızası**

### **1. Genel Olarak**

Tasarruf yetkisinin bulunduğu konularda ilgilinin (mağdurun) rıza göstermesi durumunda, eylemin suç oluşturmayacağı kabul edilmektedir. Hukuka uygunluk sebepleri ETCK'da yer alan ve yer almayan hukuka uygunluk sebepleri olarak ikiye ayrılmakta ve ETCK'da yer almayan hukuka uygunluk sebepleri de hakkın icrası ve mağdurun rızası olarak ikiye ayrılmaktaydı. YTCK hakkın icrası ve mağdurun rızası hukuka uygunluk sebeplerine de yer vermek suretiyle bu ayırımı ortadan kaldırmıştır<sup>42</sup>. Yeni TCK'nın 26.maddesindeki düzenlemeye göre; “ Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” Öte yandan, Yasa'da yer alan suç tanımlarının bazılarında da rıza bulunmamasına yer verilerek, rızanın varlığının suçun oluşmasını engellemesi sağlanmıştır.

TCK' nın 26.maddenin birinci fıkrasında hakkın kullanılması, hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağı, bilinen bir gerçektir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir. Burada hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması aranacaktır. Eğer hak, bir merciye başvurarak kullanılabilirse, artık buradaki hak kapsamında kabul olunmayacaktır.

Madde metnindeki “mağdurun rızası” ibaresi “ilgilinin rızası” veya “kişinin rızası” olarak değiştirilmiştir. Bu durumda herhangi bir mağduriyet söz konusu olmadığı için, “mağdur” yerine “ilgili” veya “kişi” kelimesi tercih edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında hukuka uygunluk nedenlerinden “ilgilinin rızası” düzenlenmiştir. Suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza göstermesi durumunda bu rızanın fiili hukuka uygun hale getirmesine ilgilinin (mağdurun) rızası

---

<sup>42</sup> Veli Özer Özbek, “Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı”, TCK İzmir Şerhi, C.I, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2006) 327.



denir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerekir. Keza, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur. Öte yandan, bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı ancak bir yargılama sonucunda belirlenebilir. Bu durumda fail ve mağdurun tespiti önemlidir. O halde mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olabilmesi için hukuki yararın sahibi olmak, diğer bir deyişle bireyin yararlarının korunmasına ilişkin suçların bulunması gerekir. Bu nedenle her durumda mağdurun rızası geçerli olamaz. Ancak mağdurun rızasının işleve sahip olduğu hallerde bu hukuka uygunluk sebebi uygulanabilir.

Mağdurun rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olarak hukuksal niteliği ve hukuki temeli konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Hukuki işlem teorisine göre, rıza, özel hukuktaki hukuki işlem gibi, faile rıza çerçevesinde istediği biçimde hareket etme hakkı verir ve bu nedenle fail cezalandırılmaz. Rızanın hukuki işlem olarak nitelendirilemeyeceğini kabul eden yazarlar, rızayı gösteren kişinin, rıza göstermekle bir hukuki işlem yapmadığını, kişinin kendisine ait hukuksal değeri ihlal eden veya tehlikeye düşüren bir hukuki fiil olduğunu kabul ederler<sup>43</sup>. Buna ilişkin geliştirilen teorilerden ilki, haktan vazgeçme teorisidir. Bu teoriye göre rıza, bir hak üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişinin bundan feragat etmesidir ve bu nedenle yapılan eylem hukuka uygun hale gelmektedir. Kişinin bazı hakları üzerinde özgürce tasarrufta bulunabileceğini kabul eden bir hukuk düzeninin, bu hakların zarar görmesine razı olunmasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden sayılmasını da benimsemesi gerektiği savunulmuştur<sup>44</sup>. Toplumsal değer teorisine<sup>45</sup> göre ise, hakkın ihlaline rıza gösterilen hukuksal değerlerin korunmasındaki toplumsal menfaatten daha üstün olduğu hallerde rızanın fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracığı kabul edilir. Buna göre, hukuk düzeni, bireylerin sahip olduğu hakları değerlendirme yetkisini belirli sınırlar içinde tanıyabileceği gibi, kişinin kendi hukuksal değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilme özgürlüğüne imkan tanıdığı

---

<sup>43</sup> Şahin Ekici 34-35.

<sup>44</sup> Centel / Zafer / Çakmut (4. Bası) 318.

<sup>45</sup> “Hukuk politikası teorisi” olarak da adlandırılmaktadır.

rızanın geçerlilik alanını da genişletebilmektedir. Rıza gösterilen fiilin ağırlığı, amacı ve diğer şartlar değerlendirilerek, fiilin yöneldiği hukuksal değer, kişinin kendi menfaatleri üzerinde tasarruf edebilme özgürlüğü karşısında korunması gerekip gerekmediğine karar verilmelidir. Böylece, birey özgürlüğü hukuk devletinde kabul edilmesi gereken toplumsal bir değeri oluşturmaktadır<sup>46</sup>. Bazı konularda kişi, haklarına zarar verilmesine razı olabilir. Bu nedenle faile ceza verilemez<sup>47</sup>. Haktan vazgeçme teorisi ve toplumsal değer teorisi birçok konuda benzerlik gösterse de, rızanın suça etkisi konusunda birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Toplumsal değer teorisine karşı ileri sürülen eleştirilerden biri, kişinin karar verme özgürlüğü ile normun koruma amacı altında yapılan düzenleme arasında değerlendirilebilecek bir menfaat çatışması olmadığıdır. Bunun yanı sıra, üstün değer ön planda tutulması objektif kriterlerden çok sübjektif kriterlere dayanılarak yorumlanabildiği için failin cezalandırılmaması sonucunun her zaman hukuka uygun olarak ortaya konduğu tartışmalıdır<sup>48</sup>. Kanaatimizce hukuki işlem olarak kabul edilebilecek olan rıza, kişinin kendi geleceğini belirleme aracı olarak kullanılarak, hukuksal değerleri üzerinde kişiye tasarruf edebilme yetkisi tanımaktadır. Dolayısıyla bu bağlamda tanınan yetki, Anayasa'nın 17.maddesinde de belirtilen maddi ve manevi varlığın serbestçe geliştirilebilmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

## **2. Koşulları**

### **a. Mağdurun Üzerinde Serbestçe Tasarrufta Bulunabileceği Bir Hakkın Varlığı**

Bireyin üzerinde mutlak tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığı bütün hukuk düzenine hakim olan genel ilkelere göre belirlenir. Bu konuda başvurulabilecek bir kriter olarak şu kullanılabilir: “Gerek korunan hak ve yararın ve gerekse hareketin yönelik olduğu ve suç tipinde belirtilen konunun kişiye ait olması gerekir. Bu iki kavram aynı kişide birleşiyorsa rıza geçerlidir.” Diğer bir kriter ise,

---

<sup>46</sup> İçel / Evik 153; Şahin Ekici 45.

<sup>47</sup> Önder 211.

<sup>48</sup> Şahin Ekici 46-47.

gerçekleşen fiilin şikayete tabi olup olmadığıdır. Kural olarak soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi suçlar bakımından mağdurun üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkın var olduğu kabul edilir. Mağdurun rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden oluşturması, yapılan hareketin sadece şikayete bağlı bir suça ilişkin olması halleriyle sınırlı değildir. Şikayete bağlı olmasa da, kişinin üzerinde özgürce tasarrufta bulunabileceği konulara ilişkin suçlar vardır. Bunlarda da rıza, eylemi hukuka uygun hale getirir. Örneğin, hırsızlık ( TCK m.141/1) istisnalar dışında şikayete bağlı bir suç değildir, ancak rıza eylemi hukuka uygun hale getirir. Konu her bir hak bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Burada TCK'nın suçları belirlerken hukuki değerleri esas alan tasnifinden yararlanılabilir. Bu ise TCK'da yer alan suçlar bakımından genel bir değerlendirmeyi zorunlu kılar<sup>49</sup>. Mağdur ancak, tasarrufta bulunabileceği bir hakkının zarar görmesine veya tehlikeyle karşı karşıya kalmasına razı olabileceği gibi; tasarrufta bulunma hakkını da yasalara, ahlaka ve genel edep törelerine uygun biçimde kullanmış olması gerekir<sup>50</sup>. Mağdurun rızası, hukuksal yarardan vazgeçme temeline dayanır. Hangi haklar üzerinde mutlak bir tasarrufun söz konusu olabileceği konusunda bireysel yararlar göz önünde bulundurulur. Bu yüzden mağduru doğrudan doğruya devlet ve toplum olan suçlarda, aynı zamanda bireysel yarar da korunuyor olsa bile, bireyin mutlak tasarruf yetkisi yoktur. Tasarruf edilecek hakkın kişiye bağlı olmayıp, mağdurun Devlet olduğu durumlarda, rızaya ehliyet ve rızanın konusu koşulları gerçekleşmediği ve ilgili bireyin bu yönde bir rıza açıklamasında bulunmasına karşın, bunun ceza hukuku açısından önemsiz olduğu kabul edilir<sup>51</sup>. O halde, uluslararası suçlar bakımından TCK m.76 vd., millete ve devlete karşı suçlar bakımından TCK m.247 vd. ve topluma karşı suçlar bakımından TCK m.170 vd. maddelerde mağdurun rızası bir hukuka uygunluk nedeni olamaz. Buna karşılık kişilere karşı işlenen suçlar (TCK m.81 vd.) bakımından, mağdurun rızası, kural olarak, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturur; zira bu anılan durumlarda mağdurun, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak söz konusudur<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup>Özbek 330-331; Öztürk / Erdem 218.

<sup>50</sup> Centel 321.

<sup>51</sup> Soyaslan.

<sup>52</sup> Öztürk / Erdem 218-219.

Kişinin malvarlığına ilişkin hakları üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilecekleri konusunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Kanun bu gibi hakların belirli bir şekilde kullanılmasını yasaklamamış olduğu ve rıza da yasaklanan kullanma biçimine ilişkin bulunmadığı takdirde, mamelek haklarında rıza bir hukuka uygunluk sebebidir<sup>53</sup>. Rıza açıklaması bakımından üzerinde durulması gereken bir husus da, rızanın konusunun kanuna ve ahlaka aykırı olmaması gerektiğidir. Gerçekten, bir kimse Medeni Kanun'un 23.maddesi gereğince, kişilik hakkını da kanuna, ahlaka ve adaba aykırı bir şekilde kısıtlayamaz. Bu anlamda şeref ve haysiyet hakları üzerindeki rıza da geçersizdir. Herkes onurlu bir şekilde yaşama hakkına sahiptir ve insan onuru dokunulmazdır. Bu nedenle, bir kimse kendisine hakaret edilmesine veya kendisinin sövülmesine rıza gösterse dahi, bu rıza hukuka uygunluk nedeni olamaz. Rıza gösteren kimse dahi, sonradan o eylemi şikayet etmek hakkına haizdir<sup>54</sup>.

Kişilerin özgürlük, beden bütünlüğü ve yaşama hakkı üzerindeki tasarruf hakkı ise sınırsız değildir. Gerçekten, özgürlük aleyhine işlenen suçlarda, mağdurun razı olmamasının bir unsur olarak gösterildiği hallerde rıza etkili olur. Örneğin, konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m. 116), özgürlük aleyhine bir suçtur, ancak suçun oluşması için konut sahibinin konuta girilmesine razı olmaması gerekir. Bu gibi sınırlı haller dışında razı olma, özgürlük aleyhine suçu hukuka uygun hale getirmez.

Beden bütünlüğü ile ilgili olan haklar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığı ve bu yetkinin sınırlarının neden ibaret olduğu, öğretide tartışmalara yol açmıştır. Bu bölüm konunun önemi gereği, ilgili kısımda detaylı olarak incelenecektir<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> İçel / Evik 158.

<sup>54</sup> Soyaslan 393.

<sup>55</sup> Bkz. s.20

## b. Rıza Açıklama Yeteneği

Rıza açıklama yeteneği iki unsuru içinde barındırmaktadır. Bunlardan ilki, rızanın normun koruduğu hukuksal yararın sahibince açıklanmasıdır. İkincisi ise bu kimsenin rızayı açıklama yeteneğine sahip bir kişi olması gerekliliğidir. Rıza açıklama yeteneği açısından, Medeni Kanun'un eylem yeteneğine ilişkin kuralları burada geçerli değildir. Burada önemli olan, ilgilinin yaşı, kendisine yönelik fiilin niteliği, önemi veya sonuçları ne olursa olsun, söz konusu haktan vazgeçmesinin anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olmasıdır<sup>56</sup>. Bu nedenle, rıza beyanında bulunan kimsenin ruh ve akıl sağlığının yerinde olması, onun rızayı açıklama yeteneğini kaldıran bir durumun bulunmaması gerekir. Rıza gösteren kimse hangi yararlarından hangi oranda vazgeçtiğini ve karşılaşılabilecek riskleri biliyorsa, anlama yeteneği varsayılır. Rızayı açıklamaya ehil olan kimse, rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi olmalıdır. Diğer bir deyişle, suç işlenseydi, kim suçun pasif süjesi olacak idi ise, o kimse bu rıza beyanında bulunmalıdır. Mağdur olmamakla birlikte, sadece o suçtan zarar gören kimsenin bir eylemin yapılmasına ilişkin gösterdiği rıza, hukuka uygunluk nedeni anlamında bir rıza değildir<sup>57</sup>. Rıza açıklama yeteneğine sahip olan kimsenin bu açıklamasının geçerli olabilmesi için, iradeyi bozucu etkiler altında yapılmamış olması gerekir. Bu nedenle, aldatma, yanılgı ve tehdit gibi iradeyi bozucu etkiler altında verilen bir rıza, böyle bir rıza dolayısıyla işlenmiş eylem bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmez. Eğer hukuksal yararın sahibi, gösterdiği rızanın önem ve çerçevesini anlayabilecek durumda değilse, bu takdirde yasal temsilciler onun yerine ve kendilerine tanınan yetki çerçevesinde bu hakkı kullanabilirler<sup>58</sup>.

Rıza açıklamaya ehil olanlar, sadece kişisel bir yarara sahip olan gerçek ve tüzel kişilerdir. Burada, en başta tartışılacak konu, isnat yeteneğine sahip olmayanların veya kısıtlı olanların rızalarının geçerli olup olmadığı, yani bunların rıza göstermeye ehil olup olmadıkları sorunudur. Örneğin, oniki yaşındaki bir çocuk, okul kitabının veya diğer bir eşyasının arkadaşı tarafından alınmasına rıza gösterirse,

---

<sup>56</sup> Öztürk / Erdem 220.

<sup>57</sup> Soyaslan 394.

<sup>58</sup> Öztürk / Erdem 221.

anne-babanın fiili kovuşturmayaya yetkili merciye ihbarda bulunması halinde acaba sorun nasıl çözülecektir? Bu durumda, küçüğün rızası geçerli sayılırsa fiil hırsızlık suçunu oluşturmayacak, geçerli sayılmazsa fiil hırsızlık suçunu oluşturacaktır. Kanunun isnat yeteneğine sahip olmayanların veya kısıtlı bulunanların iradelerine geçerlilik tanımadığını açıkça hükme bağladığı hallerde, bu kişilerin rızası kuşkusuz geçerli bir rıza değildir. Hırsızlık suçunda böyle bir kayıt yoktur, öyleyse çocuğun rızası geçerlidir, dolayısıyla fiil hırsızlık suçunu oluşturmamaktadır. Ancak, örneğin 103.maddede düzenlenen “çocukların cinsel istismarı” ve 104. maddede yer alan “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçlarında, kanun çocuğun rızasını geçerli saymamıştır, dolayısıyla çocuk cinsel ilişkiye rıza göstermiş olsa bile, rızası geçerli olmadığından, fiil suç olarak kabul edilmektedir<sup>59</sup>. Kamu tüzel kişilerine ve özellikle devlete gelince, bunlar sadece özel hukuk alanına giren yararları söz konusu olduğunda, bunu terk etmek hususunda rıza açıklamaya ehil sayılırlar.

Sağlıklı bir rızadan söz edilebilmesi için, rıza gösterecek kişinin rıza göstereceği hususlarda aydınlatılmış olması gerekir. Genellikle bilinen konularda bir sorun çıkmamakla birlikte, özellikle tıbbi müdahaleler ve teknik konularda hak sahibi aydınlatılırsa, bilinçli bir rızadan söz edilebilir. Hatta aydınlatma yükümlülüğü olan kimsenin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi onun sorumluluğunu doğurabilir. Şüphesiz, rıza gösterecek şahsın ilgili konuda bilgisinin bulunmaması, aydınlanma hakkından vazgeçmesi, zorunluluk hallerinin somut olay açısından aydınlatma olanağını ortadan kaldırması, özellikle tıbbi müdahalelerde mağdurun aydınlatılmasının hastanın veya üçüncü şahısların sağlığı veya yaşamı bakımından ciddi bir tehlike yaratacak olması şeklindeki istisnai durumlarda mağdur aydınlatılmamış dahi olsa rıza geçerli kabul edilmelidir<sup>60</sup>. Bu konuya, ileride detaylı olarak değinilecektir.

Suçun mağdurları birden fazla olduğu takdirde, her birinin rıza beyanında bulunması gereklidir ve hepsi razı olmadıkça, eylemin hukuka uygunluğundan söz edilemez. Bu konuda tartışmalı olan hususlardan biri, rızanın, suç mağdurunu temsilen başka bir kişi tarafından açıklanıp açıklanamayacağıdır. Burada dikkat

---

<sup>59</sup>Zeki Hafizoğulları, “*Hukuka Uygunluk Nedenleri*”, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html>, Erişim Tarihi: 20.04.2011.

<sup>60</sup> İçel / Evik 155.

edilmesi gerekli önemli bir husus, temsilcinin açıkladığı rızanın konu, kapsam, muhatabı vs. hususlarında temsilcinin beyanlarının hak sahibinin kararına tamamen uygun olması gerekliliğidir<sup>61</sup>. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların varlığı halinde, hakkın ihlalinde gösterilecek rızanın da bizzat hak sahibi tarafından gösterilmesi ve bu hakkın başkasına devredilmemesi gerekir. Aksi takdirde, rıza göstermek hak ve yetkisine sahip olmayan bir kimsenin rıza açıklamasıyla karşılaşılır ki, bu da hukuka uygunluk nedeni olan rızanın sonuçlarını doğurmaz. Buna karşılık, rızada bulunulması ve kapsamı konusunda hak sahibi bir karar vermekle birlikte, yalnızca bu kararın bir temsilci aracılığıyla açıklanması durumu bundan ayrıktır. Çünkü burada rıza, tasarruf edilebilme bakımından kendisine sıkı sıkıya bağlı bulunan hak sahibi tarafından gösterilmekte ve sadece bunun muhataplara açıklanması bir temsilci aracılığıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla, rıza gösterecek kişinin hak sahibi olduğu kural olarak kabul edilse de, somut olaya konu olan hakkın niteliğine göre rızada temsil hakkının olup olmayacağı ayrıca belirlenmelidir.

### **c. Rıza Açıklaması**

Belirli bir eyleme rıza gösterilmek istenilmesi veya rıza gösterilmesinin düşünülmesi eylemin hukuka uygun hale gelmesi bakımından yeterli olmayıp, bu rızanın mağdur tarafından açıklanmış olması da gerekir. Özgürce verilen rıza kararının açıklanması halinde, hukuk alanında etki doğurduğu kabul edilir. Rıza yeteneğine sahip kişinin rızayı açıklama biçimi, önemli değildir; önemli olan rızanın açıklanmış olmasıdır. Rıza beyanı açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir. Bunun gibi rıza yazılı veya sözlü olarak açıklanabileceği gibi, rızanın anlaşılır bir şekilde işaretle belirtilmesi de mümkündür. Bazen öyle olaylar söz konusu olabilir ki, haklarına müdahale edildiğini bilmeyen mağdurun bu müdahaleye rıza göstereceği varsayılır. Eğer somut olayın ivediliği ve özelliği yapılan eyleme mağdurun razı olacağını ve failin de bu varsayılan rızanın var olduğunun kabul edileceği alanda hareket ettiğini gösteriyorsa, varsayılan rıza açık rızayla aynı etkiyi doğurur. Hukuka uygunluk sebebi olan rızadan temel farkı, varsayılan rızada hukuksal yararın sahibinin fiili

---

<sup>61</sup> İçel / Evik 156.

onaylayan gerçek bir iradesinin mevcut olmamasıdır. İzin verilen riskin özel bir görünüş biçimi olan varsayılan rızanın bir hukuka uygunluk nedeni etkisi doğurması, korunan hukuksal yararın zarar verilen yarardan daha ağır basmasına (yararların karşılaştırılması ilkesi) dayandırılmaktadır. Zarar verilen hukuksal yararın değeri, müdahaledeki muhtemel üstün yarar karşısında ikinci plana düşmektedir. Varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için üçüncü kişiye ait bir yararın korunması söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla fail, hak sahibinin yararını korumak amacıyla hareket etmektedir; failin amacı, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin subjektif koşulunu oluşturur. Bu varsayımın, sonradan ilgilinin gerçek iradesine uygun olmadığı anlaşılması, hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaya engel değildir. Failin, ilgilinin rıza göstereceği konusunda gerekli koşulların mevcut olduğu inancıyla hareket etmiş olması yeterlidir<sup>62</sup>.

Mağdurun rızasının, suçun işlendiği sırada veya suçun işlenmesinden önce açıklanmış olması gerekir. Failin hareketini yapmasından sonra açıklanan rıza, artık rıza değil, bir icazet olur ve eylemde hukuka uygunluk sebebi etkisi yaratmaz. Hareket yapıncaya kadar, verilen rıza her zaman geri alınabileceği gibi, hareket esnasında da geri alınabilir. Hareketin yapılması anında rıza geriye alınmışsa eylem hukuka aykırıdır. Rızanın geri alınması, geri alınma anından itibaren geçerli olduğundan, o zamana kadar yapılan hareketler hukuka uygun, ondan sonra yapılanlar ise hukuka aykırı sayılır. Suçun işlenmesinden sonra mağdurun bunu kabullendiği yolundaki beyanlar ise, hukuka aykırı biçimde doğmuş eylemin niteliğini değiştirmez<sup>63</sup>. Bunun yanı sıra, hukuksal yarardan önceden ve peşin olarak vazgeçme sonucunu doğuracak biçimde açıklanan rızaya dayalı olarak işlenen fiiller bakımından da hukuka aykırılığın ortadan kalkması mümkün değildir<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Öztürk / Erdem 222.

<sup>63</sup> İçel / Evik 156-157.

<sup>64</sup> Öztürk / Erdem 221.



#### **d. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması**

TCK'nın 27.maddesinde hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı aşılması düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebebinden yararlanan kişinin, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin kanuni sınırlarını aşması durumunda, artık failin davranışı hukuka aykırıdır ve buna hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması denir. Burada, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için oluşturulan hukuka uygunluk nedenleri için belirlenmiş amacın, anlamının aşılması söz konusudur<sup>65</sup>. Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşmasının söz konusu olabilmesi için, hukuka uygunluk sebebinin uygulanma şartlarının gerçekleşmesi gerekir<sup>66</sup>. Bunun dışında sınırın aşıp aşılmadığını hukuka uygunluk nedeninin niteliğine ve olayın somut şartlarına göre belirlenmelidir<sup>67</sup>.

Oranda ya da araçta sınırın aşılması, bir hukuka aykırı saldırı esnasında, savunma hareketinin saldırıya göre çok aşırı olması gibi durumlarda söz konusu olur<sup>68</sup>.

Bir hukuka uygunluk sebebinin şartlarının mevcut olmasına rağmen, fail içerisine sürüklediği şaşkınlık, korku veya panik gibi istisnai bir psikolojik durumun sonucu olarak, aracın seçimi ve kullanım tarzı, oran ya da zamanla ilgili olarak sınırı aşmış olabilir. Burada, fiil hukuka aykırı olmasına rağmen, failin etkisinde bulunduğu heyecan durumu nedeniyle kusur isnadı mümkün değildir, dolayısıyla sorumluluk söz konusu olmaz. Failin bir hukuka uygunluk sebebinin uygulanma şartlarının bulunmadığını bilerek hareket etmesi durumunda ise sınırın kasten aşılmasından söz edilir ve fail gerçekleşen bu neticeden tamamiyle sorumlu olur. Hukuka uygunluk sebebinin uygulanma şartlarının bulunmadığını bile bile hareket eden failin, genel ilkeler çerçevesinde kastı sebebiyle sorumlu tutulması gerekeceğinden, kasten sınırın aşılması TCK'da düzenlenmemiştir. Sınırın taksirle aşılması halinde ise kusurun olduğu kabul edilerek sorumluluk söz konusu olur<sup>69</sup>. Bunun sebebi, failin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak

<sup>65</sup> İçel / Sokullu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 191.

<sup>66</sup> Demirbaş 300.

<sup>67</sup> İçel / Sokullu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 194.

<sup>68</sup> Demirbaş 300.

<sup>69</sup> Demirbaş 302.

öngörülebilir olan neticeyi öngörmemiş olmasından kaynaklanmaktadır<sup>70</sup>. Failin sınırı aşmadaki yanılması, onun taksirine de dayanmıyorsa, yanılma kurallarına göre bu durumun değerlendirilmesi ve failin sorumlu tutulması gerekir<sup>71</sup>. Sınırın aşılması, zorlayıcı bir nedenden ileri gelmiş ise fail hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenden yararlandırılmalıdır. Fail, yasal savunma dışındaki olaylarda da kapıldığı korku, dehşet veya telaş ile sınırı aşmış olabilir. Bu gibi durumlarda somut olayın özelliği ve failin psikolojik durumu göz önüne alınarak, sınırın bilinerek aşılp aşılmadığı değerlendirilmelidir<sup>72</sup>.

TCK m.27/2, “meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilemeyeceğini” öngörmektedir. Belirtilen durumlar nedeniyle sınırın aşılması halinde failin kusursuzluğu nedeniyle sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Bu maddenin uygulanabilmesi için objektif koşul olan sınırın aşılmasının subjektif unsur olan heyecan, korku veya telaş dolayısıyla gerçekleşmiş olması aranır. Üçüncü kişi lehine meşru savunma durumunda da bu hüküm uygulanabilmektedir<sup>73</sup>. Sonuç olarak, TCK m.27/1’de ki ifade mutlak gibi görünmesine ve 2.fıkarda sadece haklı savunma için konunun düzenlenmiş olmasına karşın; mücbir nedenler veya failin içinde bulunduğu ruhsal durum nedeniyle sınırın aşılmasında, fail kusurlu sayılmıyorsa, bu maddenin uygulanmaması ve failin sınırı aşmamış gibi hukuka uygunluk nedenlerinden yararlandırılması gerekmektedir<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Öztürk / Erdem 224.

<sup>71</sup> Demirbaş 305.

<sup>72</sup> Nevzat Toruslu, “*Ceza Hukukunda Zaruret Hali*”, AÜHF Yayınları No: 234, (Ankara: 1968) 162-163.

<sup>73</sup> Öztürk / Erdem 226-227.

<sup>74</sup> İçel / Evik 162.

## İKİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ MÜDAHALENİN NİTELİĞİ ve HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

#### I. Tıbbi Müdahale

##### A. Genel Olarak

Doktrinde tıbbi müdahaleye ilişkin olarak, temelde benzer unsurları taşıyan çeşitli tanımlar yapıldığı görülmektedir. Kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığında hastalığı hafifletmek, acılarını dindirmek veyahut rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması yapmak amaçlarıyla<sup>75</sup> tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet etik, ahlaki ve hukuki olarak tıbbi müdahale şeklinde isimlendirilir<sup>76</sup>. Bu nedenle, hekimin sözleri, önerileri, davranışları, hastayla ilişkisinde kullandığı yaklaşım metodu bile bu kavram içinde değerlendirilebilecektir<sup>77</sup>. Ancak bu tıbbi müdahale tanımları yanında müdahaleyi gerçekleştirecek kişilerin kapsamını genişleten bir diğer tanım da; faaliyetin tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından yapılması yanında, teşhis ve tedavi amacıyla yapılması şartları ile sınırlandırılması sebebiyle eleştirilmiş, kendi uzmanlık alanı sınırları içinde kalmak kaydıyla, diğer sağlık personelinin ilk ve acil

<sup>75</sup> Köksal Bayraktar, “*Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*”, (İstanbul: 1972) 24; Cüneyt Çilingiroğlu, “*Tıbbi Müdahaleye Rıza*”, (İstanbul: 1993) 15; Özlem Yenerer Çakmut, “*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*”, (İstanbul: Legal Yayıncılık, Ocak 2003) 24; Ahmet Nezih Kök, “*İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza*”, 1. Türk Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, Kamu Hukuku Arşivi, C.VIII, S. 2, (Kasım 2005), 118; Bedia Boran, “*Aydınlatılmış Rıza*”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, (Ankara: 2008) 85; Nazan Özkan, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2005) 4.

<sup>76</sup> Mustafa Sütlaş, “*Hasta ve Hasta Yakını Hakları*”, (İstanbul: 2000) 42.

<sup>77</sup> Özlem Yenerer Çakmut, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (Onam) (Mersin: 16-17 Ocak 2009) 4.

yardım girişimleri de tıbbi müdahale kapsamı içine dahil edilmiştir<sup>78</sup>. Uygulayıcı yönünden sınırlama yapılmayan bir diğer tanıma göre ise tıbbi müdahale, fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıklar, ağrı ve acılar, hastalık niteliği taşımayan fiziksel ya da psikolojik bozukluklar ile hastalık niteliği taşımayan şikayetleri önlemek, teşhis ve/veya tedavi etmek ya da bunların etkisini azaltmak amacıyla insan vücudu üzerinde yapılan girişimsel (invaziv) ve/veya girişimsel olmayan (non-invaziv) her türlü müdahaledir<sup>79</sup>. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3.maddesine göre müdahale; “tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon ve önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemler olarak tanımlanmış; cerrahi müdahalenin ise, tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlardır” şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda incelediğimiz bazı tanımlarda, tıbbi müdahale kavramının hekim faaliyeti olarak sınırlandırıldığı göze çarpmaktadır. Tıp mesleği, icraya yetkili kişiler tarafından yapılmalıdır. Bu yetkili kişiler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu ile belirlenmiştir. Tabipler Birliği Kanunu’na göre, bir hekimin tıp bilimini icra edebilmesi için; tıp fakültesi diplomasına sahip olması, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması, Tabip Odasına kayıtlı olması ve hekimlik yapmasına engel bir durumunun olmamasını gerektirmektedir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, genel olarak tıbbi müdahalede bulunabilecek kişileri; hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hastabakıcı ve hemşireler olarak sınırlandırmıştır. Kendisine yetki tanınan diğer sağlık personellerinin acil ve ilk yardım faaliyetleri de birer tıbbi müdahale olduğu gerekçesi ile sadece hekimlerin yaptığı müdahalelerin “tıbbi müdahale” olarak nitelendirilmesi doktrinde eleştirilmiştir<sup>80</sup>. Hukukumuzda, hekimler dışındaki sağlık personeline acil ve ilk yardım müdahaleleri dışında bazı tıbbi müdahalelerde

---

<sup>78</sup> Fatih Birtek, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı”, İBD., C.81, S. 2007/5, (Eylül-Ekim 1999) 25.

<sup>79</sup> Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, Y.2003, C.52, S. 3, 66.

<sup>80</sup> Hakeri 97.

bulunma yetkisi verildiği göz önüne alındığında, hekimler dışındaki sağlık personelinin yalnızca ilk yardım müdahalelerinin tıbbi müdahale olarak değerlendirilmesi eksik bir değerlendirmedir. Hekimler dışındaki sağlık personelinin, mevzuat hükümlerince kendilerine tanınan yetkileri kullanarak yapmış oldukları müdahaleler de birer tıbbi müdahale olarak değerlendirilmelidir. Sağlık personeli kavramı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde "... sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseler..." olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, gerçekleştirilecek müdahalelerin nitelendirilmesi için çok geniş bir tanımdır. Tıbbi müdahaleleri; tanı, tedavi ve önleme amacıyla gerçekleştirilen, uygulayıcı ya da amaç bakımından sınırlamadan, tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun yapılması kaydıyla, tıp ile bağlantılı her türlü eylemin, mesleği icraya yetkili kimseler tarafından gerçekleştirilen faaliyetler olarak tanımlamak kanımızca daha doğru olacaktır.

## **B. Tıbbi Müdahalenin Unsurları**

Kişinin, kişilik değerlerinin korunması için, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü haklarını ihlal eden veya ihlal etme olasılığı bulunan bir müdahalenin, kim tarafından, nasıl ve hangi amaçla yapıldığı sorularına verilecek yanıtlar, söz konusu müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda önem taşımaktadır.

Doktrinde bu unsurların belirlenmesi açısından farklı esaslardan hareket edilmiştir. Bir görüşe göre, bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle müdahalenin bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması ve müdahalenin doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması şartları aranmalıdır<sup>81</sup>. Bir diğer görüşe göre ise, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişilerce yapılma ve hastanın müdahaleye ilişkin rızasının bulunması şartları, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartları arasında

---

<sup>81</sup> Mehmet Ayan, "Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk", (Ankara: 1991) 5 vd.

değerlendirilmiştir<sup>82</sup>. Bizim de katıldığımız ve incelememizi bu doğrultuda yapacağımız bir diğer görüşe göre ise, tıbbi müdahalenin unsurları; tıbbi müdahalenin hukuki açıdan yetkili kişilerce icra edilmesi, hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olması, tıp bilimi bakımından kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olması ve hastanın müdahaleye rıza göstermesi<sup>83</sup> şeklinde belirlenmiştir.

### **1. Tıbbi Müdahalenin, Tıp Mesleğini İcraya Yasal Olarak Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi**

Tıbbi müdahalenin, hukuka uygun olabilmesi için, müdahalede bulunacak kimsenin, kanunen yetkili olması gerekmektedir. Ancak bu kişinin tıbbi müdahalede bulunması, bir mecburiyetin sonucu ise, fiil başka bir sebep nedeniyle, örneğin zorunluluk hali nedeniyle, hukuka uygun olabilir. Nitekim fail açısından bir hakkın icrası söz konusu değildir<sup>84</sup>.

Tıbbi müdahalelerin bireyler üzerinde yaratabileceği muhtemel olumsuz etkiler dolayısıyla, tıbbi müdahale yetkisi sağlık personeline (esas itibariyle hekimlere) verilmiştir. Böylece bireyin ve dolayısıyla da toplumun korunması amaçlanmıştır. Bireyin tıbbi müdahale konusunda, acil durumlar hariç olmak üzere, hekim veya sağlık personeli dışında bir kimseye yetki vermesi geçersizdir<sup>85</sup>. Sağlık personeli geniş anlamda ele alındığında “sağlık hizmeti sunan sistemlerde çalışan kişiler” olarak isimlendirilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4.maddesinin c bendinde “personel” başlığı altında “ *Hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak den bütüin sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseler*” şeklinde bir tanım yapılmaktadır. TCK’ nın 280.maddesinin uygulanması bakımından ise sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır. Ceza Muhakemesinde Beden

---

<sup>82</sup> Bayraktar 111 vd.

<sup>83</sup> Çilingiroğlu 16 vd.; Yenerer Çakmut 26 vd.

<sup>84</sup> Yenerer Çakmut 26.

<sup>85</sup> Bayraktar 112.

Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğinin<sup>86</sup> 3. maddesi de aynı tanıma vermiştir. Bu tanımlar sağlık personelinin geniş anlamda ifade ettiğinden, çalışmamızın konusu açısından doğrudan tıbbi nitelikli faaliyet gösteren personel sağlık personeli olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla sağlık personeli tanımının yapıldığı “*İnsanların sağlığını korumak ve geliştirmek, hastalıklarını teşhis ve tedavi etmek, ruhen, beden ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin oluşturulmasını ve devamını sağlamak amacıyla, doğrudan çalışan kimselerdir*”<sup>87</sup> görüşü bizce de yerindedir. Tüm bu tanımlar çerçevesinde, somut olayda mevzuatın personele verdiği yetki ve aldığı eğitim göz önünde bulundurularak, tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir<sup>88</sup>.

Bu yetkiyi kullanacak kişilerin başında hekimler geldiği için, sahip olmaları gereken özellikler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu’nda düzenlenmiştir.

## 2. Türk Vatandaşı Olmak

Türk Hukukunda hekimlik mesleğini icra edebilmenin ilk koşulu, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu’ nun 1.maddesinde açıkça düzenlendiği üzere “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tıp icrasında bulunabilmek ve her ne suretle olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türk bulunmak şarttır*”. Türkiye’de hekimlik mesleğini icra edebilmek için aranan Türk vatandaşlığı şartına ilişkin hususlar, 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu hükümleri çerçevesinde belirlenecektir. Bu ilkenin, ülkemiz hekimlerinin yabancı hekimlerin fiili baskısından korumak için kabul edildiği ifade edilmiştir<sup>89</sup>. Kanunun açık hükmünden anlaşılacağı üzere, Türkiye’de yabancı hekimlerin hekimlik yapmalarına izin verilmemiştir. Ancak bu hükme istisna

---

<sup>86</sup> Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, Yayımlandığı Resmî Gazete’nin Tarihi: 1 Haziran 2005 Sayı: 25832.

<sup>87</sup> Hakeri 95.

<sup>88</sup> Hakeri 96.

<sup>89</sup> Bayraktar 117; Yenerer Çakmut 31.

olarak, aynı kanununun 77.maddesinde, “Türkiye’de mevzuatı kanuniye müsteniden hakkı müktesepeleri tanınmış olan ecnebi tabipler, dış tabipleri, dışçiler ve ebeler sanatlarını bu kanun ahkamı dairesinde icra edebilirler” hükmü yer almaktadır. Türkiye’de kanuna dayalı kazanılmış hakkı bulunan yabancı hekimlerin hekimlik mesleğini, bu kanun hükümleri çerçevesinde icra edebileceği hükme bağlanmıştır.

2527 Sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun’un 3.maddesinde; “Türk soylu yabancıların, kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen meslek, sanat ve işlerde çalışabilme ve çalıştırılabilmeleri için, özel kanunlarda aranan nitelikleri taşımak ve yükümlülükleri yerine getirmek şartıyla, bu Kanun ve 4817 Sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanuna göre, prosedürel işlemlerin tamamlanması şartıyla izin verileceği” düzenlenmiştir. Ayrıca, Türkiye’de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’un 35. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olduğundan, bu kanunda belirtilen mesleklerin yabancılar tarafından icra edilebilmesine olanak tanımıştır. Ancak Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun m.13/2 hükmünde de, diğer kanunlarda yer alan yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere dair hükümler saklı tutulmuştur<sup>90</sup>.

Hukukumuzda mevcut olan mevzuat hükümleri incelendiğinde, Türkiye’de hekimlik mesleğini icra edebilmenin, kanunen öngörülen istisnai durumlar dışında ancak Türk olma ön koşuluna bağlanmış olduğunu ve bu duruma ilişkin herhangi bir yasal bir düzenleme olmadığı takdirde yabancıların hekimlik mesleğini icra etmelerinin hukuken mümkün olmadığı açıktır.

---

<sup>90</sup> Funda Işık Özcan, “Tıbbi Müdahalede Aydınlatılmış Onam”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul:2008) 18.



### 3. Tıp Fakültesi Mezunu Olmak

1219 Sayılı Kanun'un 1.maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde hekimlik mesleğini icra edebilmek ve herhangi surette hasta tedavi edebilmek için, kural olarak, Türk üniversiteleri tıp fakültelerinden diploma sahibi olmak gerekmektedir. Ancak hekimlik mesleğini icrası bakımından bu diplomanın bulunması yeterli değildir. Kanunun 2.maddesinde, söz konusu diplomanın hekimlik mesleğini icrasına dayanak teşkil edebilmesi için, Sağlık Bakanlığı tarafından tasdik ve tescil edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Türk üniversitelerinin tıp fakültelerinden alınan diplomaların geçerli olacağı kabul edilse de, Türk vatandaşlarının yabancı ülke tıp fakültelerinden alınan diplomaların da belli şartlar altında geçerli sayılacağı kabul edilmektedir<sup>91</sup>. 1219 Sayılı Kanun'un 4.maddesinde, bu konuda ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, yabancı ülkede öğrenim gören kimsenin Türkiye'de hekimlik yapabilmesi için, alınan eğitimin Sağlık Bakanlığı'ndan bir kurul tarafından incelenmesi gerekmektedir. Yabancı ülkedeki tıp eğitimi ile Türkiye'deki tıp eğitiminde verilen derslerin süresi, müfredatı ve sınavları aynı ise ve bütün sınavlar başarı ile verilmişse, alınan diploma Bakanlık tarafından onaylanarak hekimlik mesleğinin icrasına izin verilir. Yabancı ülkedeki eğitim ile Türkiye'deki tıp eğitimi arasındaki fark bulunması halinde, yabancı ülkede tıp eğitimi alan kişinin, eksikliklerini tamamlaması amacıyla bir tıp fakültesinde eğitim görmesi ve staj yapması sağlanır. Tüm bu aşamalardan sonra, tıp fakülteleri profesörlerinden oluşan bir kurul önünde sınava tabi tutulur. Bu sınavı başarı ile tamamlayan kişilere hekimlik mesleğini icra izni verilir.

Kişilerin önemli menfaatlerini ihlal etme riski taşımalarından dolayı, tıbbi müdahalelerin gerekli ve yeterli bilgi almış olan hekimlerce, azami düzeyde özen ve dikkat gösterilerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bilgisiz ve

---

<sup>91</sup> Bayraktar 114; Ayan 7.

yeteneksiz kişilerce yapılacak faaliyetler, toplum için tehlike yaratacak, böylece kamu sağlığının korunması mümkün olmayacaktır<sup>92</sup>.

Burada karşımıza çıkan önemli sorunlardan bir diğeri ise, hekimin uzmanlığının tıbbi müdahalede bulunma aşamasında belirleyici olup olmamasıdır. 1219 Sayılı Kanun'un 8.maddesinde, "*Türkiye'de hekimlik yapma bakımından bu kanunda gösterilen niteliklere sahip olan kimselerin genel surette hastalıkları tedavi hakkına sahip oldukları*" düzenlenmiştir. Bazı tıbbi müdahalelerin niteliği gereği, hekimlerin belirli bir dalda uzman olmaları ve bunu ilan etmek bakımından uzmanlık belgesine sahip olmaları gerekmektedir<sup>93</sup>. Uzmanlık belgesinin arandığı durumlara ilişkin yasal düzenlemelerden biri olan 1219 Sayılı Kanun, büyük ve önemli cerrahi müdahaleler bakımından tıp fakültesi diplomasını tek başına yeterli görmemiştir. Kanun'un 3. ve 23.maddelerinde açıkça düzenlendiği üzere, büyük ve önemli cerrahi müdahalelerde bulunabilmek için, ayrıca bir uzmanlık belgesinin varlığı aranmaktadır. Bu tür müdahaleler, biri uzman olmak üzere en az iki hekim tarafından gerçekleştirilebilecektir. Dolayısıyla büyük cerrahi müdahaleler, uzmanlık belgesi almış hekimler tarafından yapılabilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, uzman bulunmasının ya da celbinin mümkün olmadığı yerlerde, yapılması zorunlu görünen müdahaleler ile acil ve olağanüstü durumların bu hükme istisna teşkil ettiği düzenlenmiştir<sup>94</sup>. Uzmanlık gerektiren müdahalelerin düzenlendiği bir başka düzenleme 3591 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunu<sup>95</sup> ile 992 sayılı "Seriri Taharriyat ve Tahlilat Yapılan ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji ve Kimya Laboratuvarları Kanunudur<sup>96</sup>. Her iki düzenlemeye göre de, müesseselerin yalnız uzmanlığını almış hekimlerce açılacağı düzenlemiştir.

---

<sup>92</sup> Yenerer Çakmut 28.

<sup>93</sup> Hakeri 97.

<sup>94</sup> Yenerer Çakmut 29-30.

<sup>95</sup> Madde 2-Birinci maddede adı geçen müesseseler yalnız ihtisas vesikası almış tabipler tarafından açılabilir. Bu tabipler açacakları müessesenin adresini ve kullanacakları cihazların marka ve nevelerini ve radyom miktarını ve şeklini bildiren bir istida ile Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletine müracaat ederler. Bu istidaya binanın bir krokisini ve vesikalarının birer örneğini de bağlarlar. Vekaletçe müessese tetkik ve teftiş ettirilerek hasıl olacak neticeye göre yazı ile izin verilir.

<sup>96</sup> Madde 2 – Laboratuvar açacak her mütehassis mahalli sıhiye ve muaveneti içtimaiye müdiriyetine bir istida ile müracaat eder ve bu istidasına atideki evrak raptedir.

AYAN, uzmanlığı olmayan bir hekimin, uzmanlık belgesi aranan bir müdahalede bulunmaya teşebbüs etmesinin, müdahalenin tıbbi müdahale olma vasfını etkilemediğini, ancak kendi bilgi seviyesinin çok üstünde bir müdahaleye girişmiş olması sebebiyle özen borcuna aykırılık teşkil edebileceğini ifade etmiştir<sup>97</sup>. Kural olarak, tıbbi müdahalede bulunan kişinin yetkili olması, müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlamaktadır. Eğer kişi yetkisini aşarak müdahalede bulunuyorsa, meydana gelen sonuca göre kasten ya da taksirle yaralama veya öldürme suçunun faili durumuna gelebilir<sup>98</sup>. Durumun aciliyet göstermesi halinde, gerçekleştirilecek müdahalelerde hekimin zorunluluk hali<sup>99</sup> veya varsayılan rızaya dayanarak, eyleminin hukuka uygun olabileceği de savunulmaktadır.

#### 4. Türk Tabipler Birliği'ne Kaydolmak

Hekimlik mesleğinin yerine getirilebilmesi için hekimlerin Türk Tabipler Birliği'ne üye olmaları gerekmektedir. Bu birlik, Türkiye sınırları içerisinde meslek ve sanatlarını icraya yetkili olup da sanatını serbest olarak yapan veya meslek diplomasından istifade etmek suretiyle, hekimler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı koruyarak, hekimliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesinin sağlanması ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korunması amacıyla resmi veya özel görev yapan hekimlerin katıldığı kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluştur.

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanun'un 7. maddesi uyarınca, hekimliğini serbest olarak gerçekleştirenlerin Tabip Odasına kaydı zorunlu iken; faaliyetlerine serbest olarak devam etmeyenler için aynı zorunluluk bulunmamaktadır. Buna ilişkin olarak 1219 Sayılı Kanun'un 15.maddesi, memur hekimlerin de tabip odalarına kayıt olması gerektiği hususunu düzenlemiş fakat 25.01.1956 tarih ve 6643 Sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu'nun 59.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak

---

A – (Değişik: 27/1/1930 - 1551/1 md.) Nüfus tezkeresi, diploma, tababet ve şubabı sanatlarının tarzi icrasına dair kanun ile nizamnamesinde münderiç ihtisas vesikaları hakkındaki hükümlere muvafık olarak alınmış vesikalar veya suretleri.

<sup>97</sup> Ayan 7.

<sup>98</sup> Hakeri 100. Benzeri hükümler, Tababet ve Şubabı Sanatlarının Tarzi İcrasına Dair Kanun'un 25, 26, 41, 42 ve 67. maddelerinde de düzenlenmiştir.

<sup>99</sup> Yenerer Çakmut 9.

ortaya çıkan bu sorun TBMM' nin memur hekimlerin de odaya kayıt olma zorunluluğunu belirten yorum kararı ile çözüme kavuşturulmuştur<sup>100</sup>. Dolayısıyla memur hekimlerin de tabip odalarına kayıt olması gerekmektedir. Böylece isteğe bağlı üyelik ortadan kaldırılarak, tüm hekimlerin birliğe kayıt zorunluluğu getirilmiştir.

## 5. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici veya Sürekli Engel Bir Halin Bulunmaması

Hekimlik mesleğini icra edilebilmesinin bir diğer koşulu da, hekimin, mesleği icra engelinin bulunmamasıdır. Bu icra engeli, geçici olabileceği gibi sürekli de olabilir. Türk Tabipler Birliği Kanunu 38.maddesi, odaya kayıt olmayan ya da kanunun kendisine yüklediği diğer görevleri yerine getirmeyen hekimler hakkında Tabip Odası Haysiyet Divanı'nca disiplin cezası verilebileceğini düzenlenmiştir. 6023 Sayılı Kanun'un m.39/1/c ve d bentlerinde<sup>101</sup>, Haysiyet Divanı tarafından hekimlere verilecek cezaları düzenlenmiştir. 40/2.maddesine göre, verilecek cezalara ilişkin incelemeler itiraz olsa da olmasa da, Yüksek Haysiyet Divanı'nca gerçekleştirilir ve bu kurulun onayı ile kesinleşir.

Hekimlik mesleğini sürekli icra engeli doğuran haller ise, 1219 Sayılı Kanun'un 28.maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, *“ağır hapis, beş seneden fazla hapis, sürekli olarak kamu hizmetlerinden yasaklılık ya da meslek ve sanatın kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki kez mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olan ya da mesleğini icra etmesine engel ve iyileşmesinin olanaksız olduğu tespit edilen akıl hastalığına yakalanmış bulunan*

---

<sup>100</sup> Bayraktar 120; Ayan 8; Yenerer Çakmut 33; Hayrünnisa Özdemir, *“Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, (Ankara: 2004) 47.

<sup>101</sup> **Madde 39**-Haysiyet Divanı, evrakı kendisine tevdi edilen azaların fiil ve hareketlerinin mahiyetine göre aşağıdaki inzibati cezaları verir: a)Yazılı ihtar, b) **(Değişik bent: 5477 sayılı Kanun m.6 Resmi Gazete:30.03.2006 , 26124)** b) O yılki en yüksek yıllık üye aidatının üç katından az, beş katından fazla olmayan para cezası, c)15 günden 6 aya kadar geçici olarak sanat icrasından meni, d)Bir mntıkada üç defa sanat icrasından meni cezası almış olanları o mntıkada çalışmaktan meni. Haysiyet divanları, bu cezaların verilmesine sıra gözetmeksizin geniş takdir hakkını kullanırlar.

hekimler, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine Yüksek Haysiyet Divanı'nın vereceği kararla mesleğin icrasından sürekli olarak yasaklanırlar ve diplomaları geri alınır". Bu hükümde yer alan bazı cezalar, maddenin düzenleniş biçiminin çok geniş olması, hekimlikle ilgili olmayan suçlardan dolayı mahkum olanlar hakkında uygulanmasına da yol açtığı sebebiyle eleştirilmiştir. Kanun hükmünden, hekimin mesleğin icrasından sürekli olarak yasaklanmasına sebep olabilecek beş seneden fazla veya ağır hapis ve kamu hizmetlerinden yasaklılık cezalarının meslekle ilgili bir suçtan dolayı alınmış olmasının gerekliliği açıkça belirtilmediğinden, hekimlikle ilgisi olmasa bile, herhangi bir sebepten mahkum olan hekimin bu şekilde bir cezaya çarptırılması sebebiyle hekimlik yapamayacak olması, kamunun ve kişilerin menfaati ile örtüşmemektedir<sup>102</sup>.

## **6. Tıbbi Müdahalenin Kanunen Öngörölmüş Amaçlara Yönelik Olması**

Hekim tarafından yapılacak müdahalenin tıbbi nitelik taşıyabilmesi için mutlaka kanunen öngörölmüş amaçlardan en az birine yönelik olması gerekmektedir. Hekim, hastanın başta yaşamı olmak üzere vücut bütünlüğü ve sağlık hakkını ihlal etmeden korumak ve mevcut hastalıkların teşhisini doğru yapıp tedavi etmek amacıyla hareket etmelidir<sup>103</sup>. Doktrinde teşhis; bir kişide bedensel ya da ruhsal bir rahatsızlık bulunup bulunmadığının aranması, bulunuyorsa ne olduğunun tespiti amacıyla tıp bilimine uygun olarak yapılan faaliyetler olarak tanımlanmıştır<sup>104</sup>. Tedavi ise bedensel ya da ruhsal bir anomali bulunduğu teşhisi koyulan, kişideki anomalilerin beraberinde getirdiği acı ve tehlikelerin ortadan kaldırılması ya da azaltılması amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerdir<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Bayraktar 121; Ayan 9 dn15; Yenerer Çakmut 34; Filiz İpekyüz Yavuz, "Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi", (İstanbul: 2006) 20.

<sup>103</sup> Çetin Özek, "Hekim ve Hukuk- Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları", İÜTFM., C. 28, (1965) 453.

<sup>104</sup> Bayraktar 231; Özdemir 41; Özkan Nazan 13.

<sup>105</sup> Bayraktar 232; Ayan 9; Çilingiroğlu 18; Yenerer Çakmut 36; Özdemir 42; Yavuz İpekyüz 25; Özkan Nazan 14.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13/3. maddesinde<sup>106</sup>, hekimin, tıbbi müdahaleyi teşhis, tedavi veya korunmak amacıyla yapabileceği açıkça vurgulanmıştır. Belirtilen amaçlar dışında, kişinin rızasıyla bile olsa, ruhsal bütünlüğünü ve beden bütünlüğünü ihlal edecek tıbbi müdahalelerde bulunması yasaklanmıştır. Hekim hastaya uygulanacak tedavi yöntemini seçmekte özgürdür. Ancak bu yöntemin, tıp bilimi tarafından genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun, uygulamada ağır basan ve etkinliği denenmiş olan, hukuksal olarak da hekime seçimi nedeniyle sorumluluk getirmeyecek nitelikte olması gereklidir<sup>107</sup>.

## **7. Tıp Bilimince, Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olması**

Gerçekleştirilen müdahalelerin tıbbi müdahale olarak nitelendirilmesi için gerekli şartlardan bir diğeri, müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olması gerekliliğidir. Hekim uygulayacağı yöntemi serbestçe seçme hakkına sahip olmakla birlikte, tıp biliminin gerektirdiği şekilde hareket etme yükümlülüğündedir. Bu nedenle, hekim sürekli bir gelişim içinde olan tıp dünyasını takip ederek hastalıklarla mücadelede benimsenen uygulamaları bilmek durumundadır<sup>108</sup>. Müdahalelerin tıbbi nitelik taşıması bakımından önem arz eden, tıp bilimince genel kabul görmüş olma ve tıp bilimin ilkelerine uygunluk unsuru, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, hekimlerin tıp bilimine uygun olarak teşhis koyup tedaviye başlamasına imkan tanınırken, bu hususta temel prensip ve kurallara aykırı veya aldatıcı nitelikteki teşhis ve tedaviler yasaklanmıştır. Bu bağlamda tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına aykırı bir müdahale, teknik açıdan tıbbi müdahale olarak değerlendirilemeyeceği gibi, hekimin sorumluluğunun doğmasına da sebep olacaktır.

---

<sup>106</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi Madde 13/3:Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.

<sup>107</sup> Yenerer Çakmut 36-37.

<sup>108</sup> Yenerer Çakmut 38.

Bir müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uygun olup olmadığı değerlendirilirken, somut olayın özellikleri ile tıp biliminin o tarihte ulaştığı bilimsel ve teknik gelişmişlik düzeyine bakılmalıdır<sup>109</sup>. Tıbbi müdahaleler açısından belirlenmiş olan bu şarta ilişkin üzerinde önemli durulması gereken konulardan bir diğeri ise, henüz uygunlukları tam olarak belirlenmemiş ve genel olarak kabul görmemiş bir takım girişimlerin hastalar için uygulanıp uygulanamayacağına ilişkindir. TCK'nın 90.maddesinde düzenlenmiş olan “*insan üzerinde deney suçu*” adı altında, hastanın rızası olmaksızın yapılan tedavi amaçlı denemeler suç olarak düzenlenmiştir. Suçun tanımı yapılmış ve hangi koşullar altında yapılan tedavi amaçlı denemelerin hukuka uygun sayılacağı ortaya konulmuştur. Bu bakımdan aranan birinci koşul, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin hasta üzerinde uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılmasıdır. Tedaviye yönelik bir denemenin gerçekleştirilmesi için bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin tamamının hasta üzerinde uygulanması şart koşulmamaktadır. Bu yöntemlerin sonuçsuz kalacağını anlaşılması, deneme yapılabilmesi için yeterlidir. Keza, tedavi amaçlı denemelerin bilimsel yöntemlere uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu koşulların yanı sıra, denemenin hukuken geçerli rızaya dayanması gerekir. Deneme, maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe ulaşmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı bazı somut faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemidir. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11. maddesinin 1. fıkrası gereğince, “*Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla kimyevî, fizikî veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez*” hükmüyle insan üzerinde deneye izin verilmemektedir. Deney süreci tamamlanmış, bilimsel açıdan geçerlik kazanmış çalışmalar ile tıp biliminde kabul görmüş olan tedavi yöntemleri ve sonuçlarının, 90. madde kapsamında değerlendirilmeyeceği de savunulmaktadır<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Çilingiroğlu 34.

<sup>110</sup> Ersan Şen, “*İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları*”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Birinci Baskı, (Ankara: Nisan 2008) 606.

## 8. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rıza Göstermesi

Gerçekleştirilecek müdahalenin tıbbi müdahale olarak kabul edilmesi gerekli olan son şart, hastanın müdahaleye rıza göstermesi gerekliliğidir. Bu rıza sayesinde, hasta üzerinde uygulanan fiiller hukuka uygun hale gelerek, gerçekleştirenler açısından sorumluluk ortadan kalkmaktadır. Rıza kavramı, gerek konunun önemi, gerekse çalışmamızın içeriği açısından detaylı olarak bir sonraki bölümde incelenecektir.

## II. Tıbbi Müdahale Nedeniyle Oluşabilecek Olası İnsan Hakları İhlalleri

Kişilik değerleri hukuk düzeni tarafından korunur ve kural olarak bu değerlere yönelik her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahalelerin de kişinin özellikle maddi kişilik değerlerini ihlal etme ihtimali bulunan birer müdahale olduğu açıktır. Bu sebeple tıbbi müdahaleler sebebiyle ihlale uğrama ihtimali bulunan yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü hak ve değerlerine bu konu kapsamında değinilecektir.

### A. Kişi, Kişilik, Kişilik Değerleri Ve Kişilik Hakkı Kavramları

Kişi<sup>111</sup> kavramı, sadece şekli anlamı ile hukukun kendisine kişilik tanıdığı, hak ve borç sahibi kıldığı hukuk süjesi olarak sınırlı biçimde tanımlanamaz. Maddi kapsamı dikkate alınmak suretiyle, kişiye bağlanan kişilik haklarının objesini

---

<sup>111</sup> Kendisine hak süjesi olma ehliyeti tanınan bir varlık olduğundan, kişi kavramı hukuki bir kavramdır ve hangi varlıkların kişi olarak tanınacağını belirlemek hukuk düzeni tarafından belirlenir. Geçmişten bu yana hukuk düzeni tarafından iki tür varlık kişi olarak kabul edilmektedir; gerçek kişiler, tüzel kişiler. Gerçek kişiler, insanları ifade etmektedir. Tüzel kişiler ise, belli bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelmiş, kendilerine başlı başına kişilik tanınmış kişi ya da mal toplulukları olarak tanımlanabilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “*Medeni Hukuk*”, (İstanbul: 1969) 89 vd.; Sulhi Selahattin Tekinay, “*Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*”, (İstanbul: 1992) 201 vd.; Velidedeoğlu 89; Aydın Zevkliler; M. Beşir Acabey; K. Emre Gökyayla, “*Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*”, (Ankara: 1999) 208 vd.; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, “*Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*”, (İstanbul: 2004), 5 vd.; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, “*Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*”, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Birinci Cilt, (İstanbul: 2007) 230 vd.



oluşturan kişilik değerlerini içerecek bir kişi tanımı; kişilik hakkı dahil, medeni hak ve borçlara sahip olabilen varlık olarak tanımlanmalıdır<sup>112</sup>.

Kişilerin doğuştan itibaren sahip olduğu ve kendisinden ayrılması mümkün olmayan, hak ehliyeti bulunmaktadır ve bu ehliyet hak sahibi olabilmenin bir şartıdır. Hak ehliyeti kişinin iradesinden ve davranışlarından bağımsız olarak kişi olma vasfı ile kazanmış olduğu bir ehliyettir. M.K.'nın 8. maddesi bütün insanların aynı hak ehliyetine sahip olduklarını ifade eder. Buna “genellik ilkesi” adı verilir. Belirli imtiyazlı haklar kurularak bunların belirli kişilerce kazanılmasını sağlayacak tarzda hak ehliyeti açısından bir çeşitlemeye gitmek bu hükümlerle yasaklanmıştır; arzu edilen kişiler arası bir fırsat eşitliği yaratmaktır. Bu ilke eşitlik ilkesi olarak ifade edilir<sup>113</sup>.

Kişilerin hak ve fiil ehliyetleri dışında, kişi olma sebebiyle bulunan ve hukuk düzeni tarafından korunan maddi ve manevi varlık ve değerleri ile bunlar üzerinde bazı hakları bulunmaktadır. Kişilerin hak ve fiil ehliyetleri ile sahip oldukları maddi ve manevi değerleri üzerindeki haklarının tümü kişiliğini oluşturmaktadır<sup>114</sup>. “*Kişilik hakkı*” ise doktrinde değişik şekillerde tanımlanmıştır. Helvacı ve İpekyüz’e göre “*kişilik hakkı*”: Kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki haktır<sup>115</sup>. Dural/Öğüz’e göre “*kişilik hakkı*”: Kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki haktır<sup>116</sup>. Bu tanımla TMK’nun düzenleniş biçimine de uygun olduğu için tarafımızca da benimsenmektedir. Zira, TMK m.24 ve Borçlar Kanunu (BK) m.49, kişilik hakları yönünden birer çerçeve hüküm getirmiş ve bunun içeriğini doldurmayı, bir başka deyişle hangi varlıkların kişilik hakkına dahil olacaklarını hakime bırakmıştır. Kişiye, hukuken bağlanan kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu hak, kişilik hakkıdır<sup>117</sup>. Kişilerin *kişilik hakkı* olarak ifade edilen, kişiliklerini oluşturan çeşitli varlık ve

---

<sup>112</sup>Zevkliler / Acabey / Gökyayla 207; Dural / Öğüz 5; Akipek / Akıntürk 229; Serap Helvacı, “*Gerçek Kişiler*”, (İstanbul: 2007) 1; Özkan Nazan 24.

<sup>113</sup> Kemal Oğuzman, Nami Barlas, “*Medeni Hukuk*”, 12. Bası, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2005) 32.

<sup>114</sup>Tekinay202; Zevkliler / Acabey / Gökyayla 211; Akipek / Akıntürk 337; Serap Helvacı, “*Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*”, (İstanbul: 2001) 14 (Kısaltma: Kişilik); Helvacı, (Gerçek Kişiler) 2-3; Işık Özcan 9.

<sup>115</sup> Helvacı 95; İpekyüz Yavuz 6.

<sup>116</sup> Dural / Öğüz 93- 94.

<sup>117</sup> Zevkliler / Acabey / Gökyayla 441.

değerleri üzerinde korunan hukuki menfaatleri bulunmaktadır. Kişilik hakkı temelde, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki haktır. Kişinin toplum içindeki kişiliğini ve saygınlığını serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı olan kişilik hakkı, kişiye maddi ve manevi varlık ve değerlerine yönelik saldırılardan kaçınılmasını isteme yetkisi verir. Kişinin doğuştan ve yalnızca var olması sebebiyle sahip olduğu kişilik hakkı, kişiyi var eden, diğer kişilerden ayıran, kişiliğini oluşturan tüm maddi ve manevi değerleri üzerindeki, değeri para ile ölçülemeyen, münhasır olarak sadece bu hakkın içeriğini oluşturan hukuki değerlere sahip kişiye ait olan, mutlak nitelikte ve kişiye sıkı surette bağlı bir haktır<sup>118</sup>. TMK m.24’de genel bir kişilik hakkının varlığı kabul edilmiş olup, kişisel değerler tahdidi olarak sayılmamıştır. Bu sebeple kişinin insan olarak yaratılıştan doğan vücut bütünlüğü, yaşama, sağlık, onur, özel yaşam gibi bazı değerlere sahip olduğu tartışmasız olmakla birlikte, bu değerlerin genel bir kişilik hakkı çerçevesi içinde koruma altında olduğu kabul edilmektedir<sup>119</sup>.

Yargıtay da bir kararında, “...*gerek doktrin ve gerekse uygulamada oy birliği ile kabul edilen görüşe göre, kişilik hakları, hak sahibinin hayatının, sıhhatinin, vücut tamlığının ve ruh bütünlüğünün, manevi ve fikri varlığının üzerindeki hakkıdır....*” diyerek, kişinin, hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki hakları kişilik haklarından saymıştır<sup>120</sup>.

Kişilik hakkı, içerisinde, maddi ve manevi kişisel değerleri barındırmaktadır. Bu anlamda, kişinin adı, özel hayatı, şeref ve haysiyeti manevi kişisel değerlerinden olup, hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğüne ilişkin değerleri ise kişilik hakkını oluşturan maddi kişisel değerlerden bazılarıdır. Yaşayan beden ve bunun organları üzerinde,

---

<sup>118</sup> Zevkliler / Acabey / Gökyayla 441; Kudret Güven, “*Kişilik Hakları ve Ötenazi*”, (Ankara: 2000) 80; Helvacı (Kişilik) 42; Dural / Ögüz 92; Akipek / Akıntürk 341; Ahmet Kılıçoğlu, “*Şeref Şahsiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*”, (Ankara: 1993), 4-5 (Kısaltma: Basın); Sibel Özel, “*Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*”, (Ankara: 2004) 25; Helvacı, (Gerçek Kişiler) 69; Özkan 25-26.

<sup>119</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay 249 vd.; Zevkliler / Acabey / Gökyayla 442 vd; Helvacı, (Kişilik) 43 vd; Dural / Ögüz 92; Akipek / Akıntürk 343 vd; Çetin Aşçıoğlu, “*Doktorların Hukuki ve Ceza, Sorumluluğu*”, (Ankara: 1982) 27 vd

<sup>120</sup> Y. 4. HD., T. 29.11.1977, E. 1976/12714, K. 1977/11212; Naklen: Sinem KARASU, “*Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*”, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009) 4.

herkesin kişilik hakkı vardır. Kişinin kişisel bir değer olarak, beden bütünlüğü üzerindeki hakkı özellikle aşağıda görüleceği gibi, tıbbi müdahalelerde özel bir önem taşımaktadır. Doktorluk gibi, kişinin yaşam alanına giren mesleklerde, kişinin en gizli ve özel sırları hakkında, edinilen bilgilerin “meslek sırrı olarak” saklanması zorunludur. Bunların açıklanması, sır sahibinin kişilik haklarına tecavüz olacağından ortaya doktorun hukuki ve cezai sorumluluğu çıkabilecektir<sup>121</sup>.

## B. Yaşam Hakkı

Temel insan haklarından biri, insanın sağlıklı ve özgür yaşam hakkıdır. Kişiliğin doğumla başlayıp ölümlle sona erdiği düşünülecek olursa, diğer temel hakların ve kişisel değerlerin söz konusu olabilmesi açısından yaşamak bütün özgürlüklerin en temel şartıdır<sup>122</sup>. Diğer bir ifade ile kişinin yaşamı, onun diğer kişilik değerleri açısından bulunması gereken vazgeçilmez ön koşuldur<sup>123</sup>. Doktrinde yaşam, kişinin fiziksel ve ruhsal açıdan bozulmaya karşı direnmesi, onun iyileşme ve gelişmesini sağlayan iç iktidarı, bunun yanı sıra maddi kişilik değerlerinden en önemlisi ve diğer kişilik değerlerinin varlık sebebi olarak tanımlanmıştır<sup>124</sup>. Yaşam kavramı ile bağlantılı olarak yaşam hakkı ve değeri, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, devam ettirebilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesidir<sup>125</sup>. İnsanın varlığının ve fiziki açıdan devamlılığının ilk koşulu ve diğer bütün hakların kullanılması bakımından vazgeçilmez olan yaşam hakkı kişiye, kamu makamlarının emri ya da izni ile öldürülememeyi sağladığı gibi, yaşama yönelik tehlike ve risklere karşı da kamu makamları tarafından korunma hakkı verir<sup>126</sup>. Yaşam hakkı, en önemli temel haklardan birisi ve hukuk devletinin de temel değeri olarak kişinin sahip olduğu en temel hak olarak birçok uluslararası ve ulusal düzenleme ile koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel

---

<sup>121</sup> Aşçıoğlu 29.

<sup>122</sup> İpekyüz Yavuz. 8.

<sup>123</sup> Çilingiroğlu 39.

<sup>124</sup> Bayraktar 13; Çilingiroğlu 39; Özkan 27.

<sup>125</sup> Zevkliler / Acabey / Gökyayla 449; Helvacı, (Kişilik) 50; Bayraktar 13; Yenerer Çakmut 46; Özkan 28.

<sup>126</sup> İbrahim Ö.Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, (İstanbul: 1993) 176.

Beyanname'si'nin<sup>127</sup> 3. maddesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2.maddesinde açıkça yer alan yaşam hakkı insan yaşamının devlet tarafından korunması yükümlülüğü ile bireyler arasında işlenen öldürme fiillerini de içermektedir<sup>128</sup>. Bu husus, iç hukukumuzda da Anayasal ve yasal düzeyde koruma altındadır. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Anayasa'da temel hak ve özgürlükler arasında sayılan yaşam hakkı, niteliği itibariyle dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir haktır. Benzer düzenlemelerle yaşam hakkı Türk Ceza Kanunu m.81 vd. kasten öldürme ve 84.maddede intihar ve intihara teşebbüs cezalandırılmamakla birlikte<sup>129</sup>, intihara yönlendirme bir suç olarak düzenlenmiştir. Yaşam hakkı, Türk Medeni Kanunu m.23 ve 24 ile de koruma altına alınmıştır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinde, hekimin hastanın hayatını kurtarmak ve sağlığını korumakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Doktrinde bu hükmün de yaşama hakkını koruma altına alan bir hüküm olduğu ve hekimin sorumluluğunun sınırının yaşama hakkı ile çerçeveslendiği ifade edilmektedir<sup>130</sup>. Bu düzenlemelerden hukukumuzda kişiye yaşam hakkı üzerinde hiçbir şekilde tasarrufta bulunma imkanı tanınmadığı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>131</sup>.

Yaşam hakkı niteliği itibariyle katı yorumlanması gereken bir hak olmasının yanı sıra devlete de bir takım yükümlülükler getirmektedir. Yaşam hakkına ilişkin devlete düşen negatif yükümlülük; organları aracılığıyla izin verilen istisnai durumlar dışında bir kimsenin yaşam hakkının hukuka aykırı olarak ortadan kaldırmamasıdır. Pozitif yükümlülük ise, insan yaşamının etkili olarak korunması için gerekli adımlar atılarak, uygun önlemler alınmalı, bunların ihlali halinde ise ceza kovuşturması etkin

---

<sup>127</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10.12.1948 Tarih ve 217(111) Sayılı Kararıyla kabul edilmiştir. RG. 27.05.1949. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündüz Aslan, "Milletlerarası Hukuk", Temel Belgeler, Örnek Kararlar, (İstanbul: 2000) 269 vd.

<sup>128</sup> Tezcan Durmuş, Oğuz Sancakdar , Mustafa Ruhan Erdem, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu", (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002) 168.

<sup>129</sup> Doktrinde intiharın ceza kanununda suç olarak düzenlenmemesinin nedeninin, cezalandırılmayla güdülen amacın elde edilemeyecek oluşu olduğu ifade edilmiştir (Bkz. Yenerer Çakmut 49, Mehmet Emin Artuk, "Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu", MÜHF, Hukuk Araştırmaları, C.8, S. 1-3, Y.1994, 7 vd.

<sup>130</sup> Aşçıoğlu 28; Yenerer Çakmut 48.

<sup>131</sup> Çilingiroğlu 40; Yenerer Çakmut 48.

bir şekilde organize edilerek yaptırımların infazına etkinlik kazandırılmalıdır. Usuli yükümlülüklerle ilişkin ise devlet görevlilerinin kuvvet kullanması sonucunda meydana gelen ölüm olaylarının etkin bir şekilde soruşturulmasıdır<sup>132</sup>.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında<sup>133</sup>, kişinin yaşamı ve sağlığının onun kişisel değerlerini oluşturduğunu, kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılmasının ancak tıbbi tedavi amacıyla ve hekimle hasta arasında kurulan bir sözleşmeyle, yani izinle mümkün olabileceğini hükme bağlamıştır. Yaşam hakkına sahip olabilmenin ilk şartı, diğer haklarda olduğu gibi, kişi olabilmektir. Başka bir ifadeyle, mevcut hukuk düzeni tarafından kişi olarak tanınmaktır<sup>134</sup>. İnsan yaşamı doğumla birlikte başlar ve ölümle son bulur. Bunun sonucu olarak da kişinin yaşam hakkı, hayatta olduğu süre boyunca koruma altına alınmaktadır. Yani, yaşam hakkı kişinin ölümü durumunda uygulama alanı bulmaz. Bununla birlikte, doğmamış çocuğun da yaşam hakkından söz edilemez. Kişilik TMK'nın 28.maddesinde de belirtildiği gibi, ancak sağ ve tam doğumla gerçekleşeceği için, yaşama hakkının koruması da ancak bu durumda söz konusu olacaktır.

### C. Sağlık Hakkı

Günümüzde en çok kabul görmüş sağlık tanımı, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından yapılmıştır. Buna göre sağlık, “yalnız hastalık ya da sakatlığın bulunmayışı değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam iyilik hali”dir<sup>135</sup>. Bu tanımda, bedensel ve ruhsal iyiliğin yanında, “sosyal yönden tam bir iyilik” haline vurgu yapılmaktadır. Sosyal yönden tam iyilik halinin ise sınırları belirsizdir. Bu tanım ile genelde insanlığın ve özelde ise sağlık hizmeti alanının önüne “insanları

---

<sup>132</sup> Tezcan Durmuş, Oğuz Sancakdar, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, “İnsan Hakları El kitabı”, 3.baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010) 90.

<sup>133</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu., 2001/4-595 E., 2001/643 K., 26.09.2001 T. Sayılı kararı, YKD., C.31, S. 4, Nisan 2002, 552 vd.

<sup>134</sup> H.Atilla Güngör, “Yaşam Hakkı”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, İstanbul 2007, 16.

<sup>135</sup> Recep Akdur, “Sağlık Sektörü Temel Kavramlar Türkiye ve Avrupa Birliği’nde Durum ve Türkiye’nin Birliğe Uyumu”, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, No: 17, (Ankara: 2006) 11.

*olabileceği en üst düzeydeki iyilik haline ulaştırmak*”, düşünsel bir hedef olarak konulmaktadır<sup>136</sup>. Kişilik hakkını oluşturan maddi kişisel değerlerden olan sağlık, organizması iyi ve düzenli işleyen bir insanın durumu olarak tanımlanmıştır<sup>137</sup>. KABOĞLU, sağlık hakkını, bedenine sahip olma hakkının unsurlarından biri olarak değerlendirmiştir. Sağlık hakkını, insan vücudunu koruyucu hukuki bir statü olarak nitelendiren yazar bu hakka, dokunulmaz haklar içerisinde yer vermiştir<sup>138</sup>.

DSÖ’ nün sağlık tanımına paralel olarak, 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 1. maddesi, sosyal bir hak olarak nitelenen sağlık hakkının bu özelliğini açıkça ortaya koymaktadır. 2. maddesine göre ise “*sağlık, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp, beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali*” olarak tanımlanmıştır. Sağlık kavramının, beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali olarak ifade edilmesi, beraberinde, sağlık hakkı kavramının içinin de yalnızca iyileştirmeyi isteme hakkı ile değil, önleme, koruma ve tedavi gibi unsurlar ile doldurması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Sağlık hakkı, kişinin, devletten sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesidir<sup>139</sup>. Sağlık hakkının, insan hakları ile ilgili uluslararası belgelerde ifade edilen sağlıklı yaşam hakkı kavramının temel unsurlarından biri olduğunu söylemek mümkündür<sup>140</sup>.

Uluslararası hukuk belgelerinin yanı sıra bazı devletlerin anayasalarında da sağlık hakkı, sosyal bir hak<sup>141</sup> olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşü destekleyen yazarlar, sağlık hakkının gerçekleşmesi bakımından, devletin önemli yükümlülükleri bulunduğu işaret etmektedir. Sağlık hakkının sağlanmasına ilişkin önlemleri almak ve gerekli girişimlerde bulunmak yükümü, kural olarak, devlete aittir. Devlet, gerek

---

<sup>136</sup> Akdur 12.

<sup>137</sup> Zevkliler / Acabey / Gökyayla 454; Bayraktar 15; Çilingiroğlu 40; Yenerer Çakmut 50.

<sup>138</sup> Işık Özcan 13.

<sup>139</sup> Bayraktar 17; Yenerer Çakmut 50; Sütlaş 40.

<sup>140</sup> Sütlaş 39.

<sup>141</sup> *Sosyal haklar*, sosyal hukuk devleti olarak toplumsal eşitlik amacına yönelmiş, toplumun güçsüz kesimlerinin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmeleri bakımından devletin çeşitli önlemler almak ya da doğrudan edimlerde bulunmak şeklinde olumlu davranışlarda bulunması ile gerçekleşebilen haklar olarak tanımlanmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu 286 vd.)

doğrudan gerekse yerel yönetimler ve özel sektör ile işbirliği kurarak, sağlık hakkının gerçekleştirilmesini sağlamalıdır<sup>142</sup>.

Türk hukukunda sağlık hakkı anayasal düzeyde 1961 Anayasasına kadar kendisine yer bulamamıştır. 1961 Anayasası'nın 49. maddesinde "devlet herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ... sağlamakla ödevlidir" şeklinde sağlık hakkına devlet açısından pozitif yükümlülük doğuracak şekilde yer verilmiştir. Nitekim sağlık hakkı, halen yürürlükte olan 1982 Anayasası'nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasa'nın 56. maddesi, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı olduğuna işaret ederek, bu konuda Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyen çeşitli yükümlülüklerle değinilmiştir.

Sağlık ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına, uluslararası insan hakları belgelerinde de yer verilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde bir hak olarak tanınan sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının, sosyal adalete uygun şekilde uygulanabilmesini sağlamak için, sağlık hizmetlerinin bu kanun çerçevesinde hazırlanacak bir programla sosyalleştirileceği düzenlenmiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3., 11. ve 13. maddelerinde de, sağlık hakkı, doğrudan ya da dolaylı düzenlemeler ile güvence altına alınmıştır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi (ESKHUS), sağlık hakkı üzerine en kapsamlı içeriğe sahiptir ve buna ilişkin düzenleme 12. maddede yer almaktadır<sup>143</sup>. Sözleşmenin 12/1. maddesi uyarınca, sözleşmeyi imzalayan devletler, herkesin erişilebilir en yüksek standartta fiziksel ve ruhsal sağlık hakkı olduğunu kabul etmektedir. Sözleşmenin

---

<sup>142</sup> Bayraktar 18-19; Yenerer Çakmut 51; Sütlaş 39-40.

<sup>143</sup> "1. Bu Sözleşmeye taraf devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanır. 2. Bu Sözleşmeye taraf devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir: a) Varolan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması; b) Çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürme; c) Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü; d) Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması."

12/2. maddesi de, devletlerin bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi ile ilgili adımları atmaları gerektiğini öngörmektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Filadelfiya Bildirgesi, sağlık hakkı ile ilgili olarak “*güvenceye ve eksiksiz tıbbi tedaviye ihtiyaç duyan herkes için temel bir gelir sağlamak amacıyla yönelik sosyal güvenlik önlemlerinin yaygınlaştırılması, bütün işlerdeki işçilerin hayat ve sağlıklarının uygun bir biçimde korunması*” ilkesine yer vermiştir<sup>144</sup>. UÇÖ, doğrudan sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler yapmamaktadır. UÇÖ'nün sağlık hakkını korumaya yönelik olarak çeşitli işkolları için ürettiği sözleşme ve tavsiyeler bulunmaktadır. Bunlardan bazıları; Meslek Hastalıkları Sözleşmesi, Hastalık Sigortası Sözleşmesi, Gemi Adamlarının Hastalık Sigortası Sözleşmesi, Tıbbi Muayene Tavsiyesi, Gençlerin Tıbbi Muayenesi Sözleşmesi, Çocukların ve Gençlerin Tıbbi Muayenesi Sözleşmesi, İşçilerin Sağlığının Korunması Tavsiyesi, Denizde Tıbbi Muayeneler Tavsiyesi, İşçi Sağlığı Sözleşmesi, Tıbbi Bakım ve Hastalık Yardımları Sözleşmesi, Meslek Kanseri Sözleşmesi, Tarım Çalışanları Sağlık ve Güvenlik Sözleşmesi, İş Güvenliği ve Sağlığı Sözleşmesi, Meslek Hastalıkları Listesi Tavsiyesi, Mesleki Sağlık ve Güvenlik Tavsiyesi'dir<sup>145</sup>. Avrupa Sosyal Şartı'nda ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda “sağlık hakkı”, birinci bölümün 11. maddesinde “*Herkes ulaşılabilecek en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemlerden faydalanma hakkına sahiptir*” ve 13. maddesinde “*Yeterli kaynaklardan yoksun herkes, sosyal ve sağlık yardımı hakkına sahiptir*” biçiminde düzenlenmiştir. İkinci bölümde ise; hakkın içeriği ve taraf devletlerin yükümlülükleri daha ayrıntılı olarak tanımlanmaktadır.

Avrupa Birliği'nde sağlık konusu, sosyal politikalar içinde yer almaktadır ve birliğin sağlık konusuna bakışı, kuruluşundan bu yana çok değişime uğramıştır. Avrupa Birliğine üye devletlerin ulusal sağlık politikaları farklılıklar göstermektedir. Ancak birliğin, bu farklılıkların ortadan kaldırılması konusunda bir çabası bulunmamaktadır. Tam tersine, genel olarak sosyal politika alanında olduğu gibi, üye ülkelerin kendi ulusal sağlık politikalarına sahip olmaları ilkesini benimsemiştir.

<sup>144</sup> [http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/pages/Next\\_activities.asp](http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/pages/Next_activities.asp), Erişim Tarihi: 29.05.2011.

<sup>145</sup> Öznur Doğan Vuran, “*Bir İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı ve Uluslararası Dayanakları*”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, Sayı:1, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009) 359.



Ancak, iç pazarın tamamlanması çerçevesinde alınan önlemler arasında sağlıkla ilgili bazı önlemler de yer almaktadır<sup>146</sup>.

Tüm bu sebeplerden ötürü, gerek ulusal mevzuat gerekse uluslararası insan hakları belgeleri ile koruma altına alınan sağlık hakkı, yaşam hakkı başta olmak üzere, vücut bütünlüğü hakkıyla birebir ilişki içerisindedir.

Sağlık hakkı ile karıştırılan hasta hakları, sağlık hizmeti sunucusu ile bu hizmetten yararlananların ilişkilerini düzenleyen ve genellikle hizmet sunucusuna olumlu veya olumsuz edimler yükleyen haklar demetidir<sup>147</sup>. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 1. maddesinde, yönetmeliğin amacı “*temel insan haklarının sağlık hizmetleri alanındaki yansımaları olan ve başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sında, diğer mevzuatta ve milletlerarası hukuki metinlerde kabul edilen hasta haklarını somut olarak göstermek ve sağlık hizmeti verilen bütün kurum ve kuruluşlarda ve sağlık kurum ve kuruluşları dışında sağlık hizmeti verilen hallerde, insan haysiyetine yakışır şekilde herkesin hasta haklarından faydalanabilmesine, hak ihlallerinden korunabilmesine ve gerektiğinde hukuki koruma yollarını fiilen kullanabilmesine dair usul ve esasları düzenlemek*” şeklinde belirlenmiştir. Ulusal ve uluslararası hasta hakları metinleri, tıbbi müdahalenin önemli bir unsurunun da hasta haklarına saygılı olunması gerektiğine işaret etmektedir. Hasta haklarına her aykırılık, tek başına hukuki sorumluluk sebebi olmasa da, kusurluluğun derecesinin belirlenmesinde son derece önemlidir. Diğer yandan, hastanın rızası olmadan tıbbi müdahaleye maruz kalması durumunda; rızanın olmaması bir yanda tek başına hukuka aykırılık sebebi, diğer yandan hasta haklarının ihlalidir. Keza, tıbbi müdahale çerçevesinde hasta sırlarının ifşa edilmesi ve hastanın bu eylemden zarar görmesi halinde, hasta hakkı ihlal edildiğinden hekim aleyhine sorumluluk doğacaktır.

---

<sup>146</sup> Detaylı bilgi, Doğan Vuran 341-379.

<sup>147</sup> Göçmen, E, Göçmen, A, “*Hasta Hakları Kavramı ve Hasta Hakları Yönergesi Üzerine*”, Cilt 78, 2004/1, (İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi) 129.

#### D. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Yaşam hakkı kadar önemli ve koruma gerektiren bir hak olan vücut bütünlüğü hakkı, uluslararası düzeyde, işkencenin yasaklanması suretiyle, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 5. maddesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesi ile koruma altına alınmıştır. Vücut bütünlüğü hakkı, hukukumuzda başta Anayasamız olmak üzere diğer mevzuatlarımız tarafında da koruma altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde, Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve 24. maddelerinde, Yeni Borçlar Kanunu'nda<sup>148</sup> 54. ile 56. maddeler arasında, 5237 sayılı Ceza Kanununun' da ise 86. madde vd. hükümlerinde vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Vücut bütünlüğü hakkı, kişinin doğumundan ölümüne kadar geçen süre içinde, bedensel bütünlüğünün bir başkasının, hatta kendisinin gerçekleştireceği saldırılardan korunmasıdır. Bir başka ifadeyle, kişinin beden ve ruh tamlığıdır<sup>149</sup>. Vücut bütünlüğü hakkı, kişiye sıkı surette bağlı ve kural olarak üzerinde tasarrufta bulunulamayacak kişilik değerlerinden biridir<sup>150</sup>. Hukukumuzda kişiler yaşam hakkından hiçbir şekilde vazgeçemediği gibi, vücut bütünlüklerini bozan, tahrip eden sözleşmeler de yapamazlar<sup>151</sup>.

Mekanik ya da psişik bir müdahale nedeni ile kişinin anatomik yapısında ve/veya duygusal ya da zihinsel yeteneklerinde meydana gelen bozulma, vücut bütünlüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir. Bedendeki anatomik deformasyonlar, genellikle mekanik bazı müdahalelerden ileri gelmektedir. Örneğin, tokat atılması sonucunda kişinin duyma yeteneğini kaybetmesi gibi. Nitekim istisnai de olsa, psişik bazı müdahalelerle beden anatomisinin deformasyona uğratılması da olasıdır. Buna örnek olarak ise, sinir krizi nedeniyle erken doğum, çocuk düşürme veya intihar eğiliminin baş göstermesi verilebilir. Ruh tamlığının ihlalinde ise

---

<sup>148</sup>Kabul tarihi 11.1.2011 olan 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe giriş tarihi 01.07.2012'dir.

<sup>149</sup>Çilingiroğlu 41.

<sup>150</sup>Zevkliler / Acabey / Gökyayla 450.

<sup>151</sup>Akıntürk / Akipek 360.

müdahale sonucunda kişinin beden anatomisinde değil de; duygusal, zihinsel yeteneklerinde bir eksiklik veya deformasyon ortaya çıkmaktadır<sup>152</sup>. Kamu yararının söz konusu olduğu bazı durumlarda kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden bazı müdahalelerde bulunmak zorunlu olabilir. Bu istisnai durumlarda kişinin izni olmasa bile yapılan müdahaleler hukuka aykırı sayılmaz. Örneğin salgın bir hastalığa karşı aşı zorunluluğunun getirilmesi halinde, kişinin aşı olmak için rızasının bulunup bulunmadığına bakılmayacaktır. Bu durumda tıbbi müdahale kamu yararı ve kanunun verdiği özel yetki nedeniyle hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Bunun dışında kişinin vücut bütünlüğünde kalıcı ve sağlığına zararlı veya yeni tıbbi yöntemler yoluyla tedavi amacı olmayan zararlı ve tehlikeli sonuçlar doğuran denemelere tabi tutulması mümkün değildir<sup>153</sup>.

### III. Tıbbi Müdahalede Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Rızanın İncelenmesi

#### A. Genel Olarak

Tıbbi müdahaleler, bu müdahalelerin tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kişiler tarafından, kanunen öngörülmüş amaçlara ve tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak gerçekleştirilseler de, hastanın müdahaleye rıza göstermesi halinde hukuka uygun duruma gelebilmektedirler<sup>154</sup>. Rıza, hastanın veya gönüllünün kendi hakkında karar vermesini yani özerkliğini sağlayan bir kurumdur<sup>155</sup>.

<sup>152</sup> Çilingiroğlu 41.

<sup>153</sup> Mehmet Emin Özgül, “Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu”, 1.Baskı, (İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, Nisan 2010) 99.

<sup>154</sup> Rosenau Henning “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza” Çev: Ali Kemal Yıldız, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.2, (2006) 50; Bedia Boran, “Aydınlatılmış Rıza” Sağlık Hukuku Kurultayı 2007, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008) 85.

<sup>155</sup> M.Erdal Güzeldemir, “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, Sendrom Tıp Dergisi, (Mayıs 2005) 7; Ahmet Nezih Kök, “Adli Hekimlikte Hasta Hakları”, Sağlık Hakkı Dergisi, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, S.3, (Kasım 2007) 46; Tarık Gündüz, Nurdan Kırımlıoğlu, Burcu Eşiyok, Ayşegül Erdemir Demirhan, “Aydınlatılmış Onam ve Çocuk Hastaya İlişkin Hukuki Düzenlemeler”, Tıp Etiği- Tarihi- Hukuku Dergisi, Y.2000, C.9, S.1, 27; Nermin Çelik, Zehra Edisan, Cem Uysal, “Veli ya da Vasinin Çocuk Hasta Üzerinde Yetki Kullanmasının Yasal ve Etik Boyutu, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları”, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri

Türk Hukukunda rıza gösterme, hukuki işlem benzeri irade açıklaması olarak değerlendirilmektedir<sup>156</sup>. Bunun gerekçesi ise, rızanın hukuki bir sonuca değil, fiili bir sonuca yani tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelik olması ve hukuk düzeninin buna bir sonuç bağlamış olmasına dayanmaktadır<sup>157</sup>. Tıbbi müdahaleler kişinin başta yaşam hakkı olmak üzere sağlık hakkı ve vücut bütünlüğü haklarını ihlal edebilen bir nitelik taşıdığından, hukuka aykırı bir durumun ortadan kaldırılabilmesi için, müdahalenin gerçekleştirilmesinde karar verme yetkisi bizzat müdahaleye tabii olacak kişiye yani normun koruduğu menfaatin sahibine verilmelidir<sup>158</sup>. Hastanın göstereceği rıza, hekim tarafından tıp biliminin gerekleri ve amaçları doğrultusunda kullanılarak, hekimin müdahaleye ilişkin sınırlarını çizecektir<sup>159</sup>.

Bu noktada ele alınması gereken bir diğer sorun ise, rızanın tek başına hekime müdahale hakkı verip vermeyeceğidir. Genel olarak değerlendirildiğinde, tek başına rıza hekime müdahale hakkı vermemektedir. Endikasyon hukuka uygunluk nedeni, rıza ise hukuka uygunluk sınırındır. Buna karşılık öğretilerde aksi görüşü savunan yazarlar da vardır. İlk görüşe göre, tedavi amacı taşımayan her türlü tıbbi eylem yasak olmakla birlikte tek başına hastanın rızası yeterli olmamaktadır. İkinci görüşe göre ise, endikasyonsuz yapılan tıbbi müdahale yaralama suçunu oluşturmakta ise de, bu fiilin hastanın rızasıyla hukuka uygun hale geldiği açıktır<sup>160</sup>. HAKERİ, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından endikasyon şartı aranması gerektiğini, tek başına rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmayacağı görüşünü savunmaktadır. Bu kapsamda, estetik cerrahide olduğu gibi psikolojik; sünnette olduğu gibi sosyal endikasyonda, rızanın yanı sıra bulunmalıdır. Ancak mevzuatın açıkça müsaade ettiği hallerde endikasyonsuz müdahaleler de hukuka uygun olur<sup>161</sup>.

Türk Hukukunda birçok düzenlemede rızaya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Başta Anayasa'nın 17.maddesinde, ilgilinin, tıbbi zorunluluklar ve

---

Kitabı, (İstanbul: Nobel Tıp Kitapevi, 2007) 478. Zarife Şenocak, "*Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*", AÜHFD. C. 50, S. 4, (Ankara: 2001) 65.

<sup>156</sup> Demirbaş 303.

<sup>157</sup> Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, (İstanbul 2007) 244.

<sup>158</sup> Soyaslan (Ceza Hukuku) 394.

<sup>159</sup> Bayraktar 123.

<sup>160</sup> Hakeri 148.

<sup>161</sup> Hakeri 149.

kanunda yazılı olarak belirtilen dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı düzenlemiştir. Medeni Kanun'un 23.maddesinde, "Kişiliğin Korunması" başlığı altında "yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkün olduğu" şeklinde; 24. maddesinde ise "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 aykırı olacaktır" hükümlerine yer verilmiştir. Bu temel düzenlemelerin yanı sıra tıp hukuku kapsamında, başta 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi olmak üzere, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32. maddesinde "Hiç kimsenin kendi rızası olmaksızın tecrübe, araştırma ve eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamayacağı" düzenlemiştir. Biyotıp Sözleşmesi'nin 5.maddesinde ise ilgili kişinin müdahale konusunda özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde rıza göstermesi hüküm haline getirilmiştir. İptal edilen, 27089 Sayılı Klinik Araştırmalar Hakkındaki Yönetmeliğin<sup>162</sup> 5.maddesinin a bendinde, "araştırmadan beklenen bilimsel faydalar

---

<sup>162</sup> Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanıp 23 Aralık 2008 tarih ve 27089 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik (KAHY), Türk Tabipler Birliği'nin başvurusu sonucu Danıştay 10. Dairesi'nin 13 Kasım 2009 tarih ve 2009/3991 E. Sayılı yürütmeyi durdurma kararıyla yeniden düzenlenmiş ve bu yeni düzenleme "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" adı altında 11 Mart 2010 tarih ve 27518 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmişti. Danıştay tarafından verilen yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine ilişkin 13.11.2009 tarihli kararın ardından Türk Tabipler Birliği karara itiraz etmiştir. İtirazı değerlendiren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, yönetmelikle düzenlenen insan üzerinde ilaç klinik araştırmaları ve ilaç dışı klinik araştırmaların bu konuda çıkarılacak yasa ile düzenlenmesi gerektiği hükmüne varmış ve 16 Temmuz 2010 tarihli yeni kararı ile birlikte mevcut yönetmeliğin iptaline hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde, "... Açıklandığı üzere, Anayasa'nın 13. ve 17. ve 90/5. maddeleri ile İnsan Hakları ve Biyo.. Sözleşmesi'nin 1. ve 26. Maddeleri hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, en temel insan hakkı olan yaşama hakkı kapsamında bulunan kişi vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına müdahale içeren, başka bir anlatımla bilimsel araştırma amacıyla bu temel hakkın sınırlandırılması sonucu doğuran dava konusu düzenlemenin yasa ile düzenlenebileceğinin açık olması ve Yönetmeliğin dayanağı söz konusu yasalarda bu konuda bir düzenlemenin yer almaması karşısında, Sağlık Bakanlığı'nın bu konuda düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı açıktır. Ülkenin sağlık otoritesi olan Sağlık Bakanlığı'nın Yasalarla kendisine verilen yetkileri kullanabilmek için düzenleme yapabilmesi ve bu kapsamda Anayasa'nın 128. Maddesi uyarınca Yönetmelik çıkarması mümkün olmakla birlikte, Anayasa'nın ve ülkemizin taraf olduğu uluslar arası sözleşmelerin bağlayıcı hükümleri, açıkça yasa ile düzenlenmedikçe genel düzenleme yetkisinin kişi dokunulmazlığını ilgilendiren bu alanda Sağlık Bakanlığı'nın düzenleme yapabilmesine olanak vermediği kuşkusuzdur. Dava konusu Yönetmelikle düzenlenen insan üzerinde ilaç klinik araştırmaları ve ilaç dışı klinik araştırmaların bu konuda Yasa ile düzenlenmesi gerektiğinden, Yönetmeliğe dayanak alınan yasa hükümlerinin ise bu alanda Sağlık Bakanlığı'na düzenleme yapma yetkisini vermediğinden dava konusu Yönetmelik hükümlerinde

ve kamu menfaati, araştırmaya iştirak edecek gönüllü sağlığından veya sağlığı bakımından ortaya çıkabilecek muhtemel risklerden ve diğer kişilik haklarından daha üstün tutulamaz” hükmüne yer verilmiştir. Tüm bu düzenlemelerde, yapılacak müdahaleler açısından rızanın önemi vurgulanmaktadır.

## **B. Rızanın Koşulları**

### **1. Rızaya Ehliyet**

#### **a. Genel Olarak**

Bir hukuksal yarara yönelik müdahalenin, mağdurun rızasıyla hukuka uygun hale gelebilmesinin ilk ön koşulu, rızası aranan kişinin, bunu yapmaya ehliyetinin bulunmasıdır. Ruhi ve ahlaki olgunluğa erişmiş, vazgeçtiği menfaatin ve bu yönde verdiği kararın anlam, kapsam ve niteliğini bilebilecek, bunun sonuçlarını takdir edebilecek durumda olan kişi, rıza ehliyetine sahiptir<sup>163</sup>. Ehliyetsiz kişilerin belirlenmesi açısından getirilen bir tanıma göre, “yaş, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle, müdahalenin yöneldiği hukuksal yararların değerini anlayacak durumda bulunmayan, rıza açıklamasının hangi sonuç ve riskleri doğuracağını öngöremeyen veya rıza ile amaçlanan sonuca ulaşmak için kendisine daha az yük getirecek hangi seçeneklerin bulunduğunu kavrayamayan kişiler, rızaya ehliyetsizdir”<sup>164</sup>. Bu noktada ilgilinin yerine kanuni temsilcisi rıza beyanında bulunacak ve yapılan fiil hukuka uygun hale gelecektir<sup>165</sup>. Ancak medeni hukuktaki işlem ehliyeti ve onun için aranan şartlar, rıza ehliyeti bakımından kabul edilemez. Ceza hukuku açısından aranan rıza ehliyeti ve şartları her somut olaya göre değerlendirilecektir. Bu nedenle de ehliyetin varlığını belirli yaş sınırları çerçevesinde kabul etmek mümkün değildir. Somut olayın özelliğine göre rıza

---

*hukuka aykırılık bulunduğu ve davacının itirazının kabulü gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”* açıklamalarına yer verilmiştir.

<sup>163</sup> Yenerer akmut 206.

<sup>164</sup> Erman Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003) 80.

<sup>165</sup> Bayraktar 123.

açıklamasında bulunacak kişinin durumu değerlendirilerek ehliyetli olup olmadığı ortaya konulacaktır<sup>166</sup>.

Rıza verme, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için ihlal edilecek hukuki menfaatin sahibi kimse, rıza da onun tarafından gösterilmelidir<sup>167</sup>. Tıbbi müdahalelerde rıza ise, üzerinde tıbbi müdahalede bulunulacak veya yeni tıbbi yöntemlerin uygulanacağı kimseye ait bir hak<sup>168</sup> olarak kabul edilmektedir. Hastanın, özgür, sağlıklı ve geçerli bir iradeyle kendisine yapılacak tıbbi müdahalelere rıza gösterebilmesi için, öncelikle bu rızayı vermeye ehliyeti bulunması gerekmektedir. Hasta açısından rızaya ehliyet, hastanın karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerinde uygulanmasını istemesi olarak tanımlanmaktadır<sup>169</sup>.

Hastanın rıza yeteneğinin olup olmadığını denetleme görevi hekime aittir. Hekim, bütün olguları, yaş, fiziksel ve ruhsal durum, ilaçların etkisi, anlama yeteneğinin derecesi, kişinin kültürel yapısı, milliyeti vs. gibi hususları bu bakımdan göz önünde bulundurmak durumundadır. Hekimin bu konuda şüpheye düşmesi durumunda kanuni temsilcilerinin onayını alması gerekmektedir. Elbette bunun için tıbbi müdahalenin acil olmaması gerekir. Rıza vermesi gereken kişinin ve temsilcisinin rıza veremediği veya aciliyeti olan durumlarda ise hekim müdahalesi varsayılan rıza veya zorunluluk haline dayandırıldığında hukuka uygun olarak kabul edilmektedir<sup>170</sup>.

### **b. Çocuklar Bakımından Rıza Ehliyeti**

Rıza ehliyetinin belirlenmesi açısından hastanın küçük olması, tartışmalı olan hususlardan biridir. Kural olarak, Medeni Kanun'un 16. maddesinde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ayırt etme gücüne sahip küçüğün bizzat kullanabileceği hükme bağlanmış olmasına rağmen, ayırt etme gücüne sahip küçüğe yapılacak tıbbi

---

<sup>166</sup> Önder 211.

<sup>167</sup> Yenerer Çakmut 36-37.

<sup>168</sup> Özgül 245.

<sup>169</sup> Bayraktar 130.

<sup>170</sup> Hakeri 153.

müdahaleye rıza konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüş ayrılıklarının temeli ise yaş küçüklüğü kavramının içeriğinin ve koşullarının belirlenmesi, belirlenen esasların somut olaylarda uygulanması açısından farklılıklar olmasına dayanmaktadır.

Genel olarak, Türk Hukukunda; küçükler üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelere rıza gösterme hususunda kanuni temsilci yetkili olarak görülmektedir<sup>171</sup>. Medeni Kanun'un 16. maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezlerken, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç olmaksızın kullanabilirler<sup>172</sup>. Bu hüküm, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması bakımından, tam ehliyetli olduğu anlamına gelmektedir. Söz konusu maddede, bu hakların neler olduğu belirtilmese de esas itibarıyla temsil yoluyla kullanılmaya elverişli değildir<sup>173</sup>. Bu kurala dair boşluğun doldurulması, pozitif hukuktaki özel hükümlerle ve öğretisi ile yargı içtihatlarınca sağlanmaktadır.

Tıbbi müdahale için yasal temsilcinin rızasını şart koşmakla beraber, ayırt etme gücüne sahip küçüğün görüşünün alınması gerektiğini savunan görüşün dayanağı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. ve 26. maddeleri oluşturmaktadır. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesindeki düzenlemede "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatının alınacağı*", Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/1. maddesine göre ise, hasta küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcisinden izin alınacağı düzenlenmiştir. Bu hükümleri esas alan DURAL, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelendirdiği haklardan birinin, kişilik değerlerinden olan vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelen tıbbi müdahaleye rıza olduğunu ve ayırt etme gücüne sahip olmayan

---

<sup>171</sup> Erdem Aydın, *Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu*, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, C.46, S.2, (2003) 149.

<sup>172</sup> Öztan 101; Zevkliler 287.

<sup>173</sup> Şenocak (Rıza) 73.



veya ayırt etme gücüne sahip olsa da<sup>174</sup>, küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye rızanın, herhangi bir teorik tartışmaya yol açmadan yasal temsilcisi tarafından verilmesi görüşünün esas olduğunu, küçüğün ise sadece görüşünün alınacağını, ancak bu görüşün bağlayıcı olmadığını savunmaktadır<sup>175</sup>. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesinde, yasal temsilcinin rızasının gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanacağına yer verilmiştir. Söz konusu hükümler dikkate alındığında, ayırt etme gücüne sahip olsun olmasın, küçüğe tıbbi müdahale yapılabilmesi için esas itibarıyla yasal temsilcisinin rızasının bulunması şartının arandığı ve fakat küçüğün de bu husustaki görüşünün alınması gerektiği anlaşılmaktadır. ŞENOCAK, tıbbi müdahaleye rızanın gerek Anayasa'nın 17.maddesi, gerekse Medeni Kanun'un 24.maddesi gereğince kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması sebebiyle, karar vermesi gerekenin bizzat ayırt etme gücüne sahip küçüklere ait olduğunu savunmaktadır. Bunun gerekçesini ise, ayırt etme gücüne sahip küçüklere kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar alanında tam fiil ehliyetinin tanınmasının sebeplerinin başında, kişiliği yakından ilgilendiren işlerde bireye bizzat karar verme, bu kararın sorumluluğunu taşıma ve de kendi kendini koruma özgürlüğünün bahsedilmesinin gerekliliğinin yanı sıra kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar sahasında verilen kararların rasyonel sebeplerden çok, ilgilinin kişilik yapısına dayanması esasına dayandırmıştır. Tıbbi müdahale bakımından küçük bu alanda, müdahalenin objesi değil, süjesi olmak zorundadır. Bu nedenle küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen tıbbi müdahaleye rızanın, tamamen onun yasal temsilcisinin tasarrufuna bırakılması düşünülemeyeceği ifade edilmiştir<sup>176</sup>.

Küçüğe yapılacak tıbbi müdahale için, -kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına rağmen- küçüğün rızası yanında yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiğini savunan bir başka görüşün<sup>177</sup> temelinde ise, küçüğün korunması düşüncesi yatmaktadır. HİNDERLİNG'e göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda, bu hakkın ilişkin olduğu kişilik değerinin türüne göre, karar verme özgürlüğü ve sınırlı

---

<sup>174</sup> Şenocak (Rıza) 74.

<sup>175</sup> Hakeri 154.

<sup>176</sup> Şenocak (Rıza) 74-75.

<sup>177</sup> Önemli tıbbi müdahaleler açısından aynı görüşte Çilingiroğlu 56.

ehliyetsizi koruma ihtiyacı arasındaki denge değişebilmektedir. Vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve özel riskler içeren, özellikle uzun süre hastahanedeki kalmayı gerektiren tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası yanında, yasal temsilcinin de rızası aranmalıdır. Ameliyat gibi küçüğün yaşam ve ölümünün söz konusu olduğu durumlarda, ana babaya söz hakkı tanınmamasının söz konusu olamayacağını ifade etmiştir. Bu görüşün haklılık derecesinin değerlendirilmesi açısından tartışılması gereken husus, tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası yanında onun yasal temsilcinin de rızasının alınmasına, küçüğün korunması açısından ihtiyaç olup olmadığıdır<sup>178</sup>.

Rıza açıklamasını özel hukuka ait bir hukuksal işlem olarak değerlendirenler ise, rızaya ehliyet açısından borç altına girme ehliyetini, yani erginlik yaşını kabul etmişlerdir. Buna karşılık, rızayı tek taraflı bir hukuksal işlem olarak değerlendirenler, fiil ehliyetini ön plana çıkartmışlardır. Rızayı, kişinin kendisine karşı bir suç işleminin özel bir şekli olarak görenler ise, bununla bağlantılı olarak ceza ehliyeti yaşını esas almışlardır<sup>179</sup>. TCK' da düzenlenen kusur yeteneğine ilişkin yaş sınırlarını göz önünde bulunduran yazarlar, oniki yaşından küçüklerin rıza verme yeteneğinin bulunmadığını ileri sürmüşlerdir<sup>180</sup>. Bu düşünce eleştirilerek, bir küçüğün, başkasının hukuksal yararlarını kavrayarak, bunlara vereceği zararın hukuka aykırılığını değerlendirebiliyor olması, benzer bir değerlendirmeyi kendi hukuksal yararına ilişkin olarak da yapabilmesini gerektirmediği savunulmuştur<sup>181</sup>. Ağırlıklı görüşe göre, rıza gösterebilme yaşına sınırlar getirilmesinin ehliyet açısından genel ve yeterli bir ölçüt olmadığı<sup>182</sup> savunularak, sorunun temyiz gücü bakımından ele alınması ve mağdurun bu koşullar altında göstermiş olduğu rızasının anlam ifade edeceği, bunun dışında somut olaya bakılarak karar verilmesi gerekliliği<sup>183</sup> kabul edilmiştir<sup>184</sup>. Bu sebeple, çocuklar bakımından rıza ehliyetinin tartışılabilmesi için öncelikli ayırt etme gücünün varlığı değerlendirilmelidir. Tıbbi

---

<sup>178</sup> Şenocak (Rıza) 75.

<sup>179</sup> Erman 81.

<sup>180</sup> Önder 235; Centel / Zafer / Çakmut 319; Dönmezer / Erman 71.

<sup>181</sup> Erman 81.

<sup>182</sup> İçel / Sokullu-Akinci / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 182.

<sup>183</sup> Adnan Ataç, Remzi Gülsoy, Tolga Güven, *Gerçeği Söylemenin İstisnaları*, Türkiye Klinikleri Medikal Etik Dergisi, S.13, (2005) 56; Erman 84; Çelik / Edisan / Uysal 479.

<sup>184</sup> Dönmezer / Erman 747.

müdahaleye rıza konusundaki ayırt etme gücü, somut olaydaki tıbbi müdahalenin önemi ve kapsamını değerlendirebilmek için gerekli ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olmayı ifade eder. Çocuk ayırt etme gücüne, yani tıbbi müdahalenin önem ve kapsamını değerlendirecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olduğunda, anne ve babasının velayet hakkı geri çekilmeli; küçük kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkını tek başına kullanabilmelidir<sup>185</sup>.

Buna karşılık, karşılaştırmalı hukukta çoğunlukla tıbbi müdahalenin niteliğine ve ağırlığına göre bir ayırım yapılması ve rızaya ehliyet yaşının da bu ayırımı göre her olay için ayrı ayrı saptanması düşüncesi savunulmaktadır. Bu çerçevede, kişi küçük de olsa, kendi beden bütünlüğü üzerine serbestçe tasarrufta bulunabilecek durumda ise yapılan eylem hukuka uygun olacaktır<sup>186</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 6.maddesindeki düzenleme uyarınca; “...*muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.*” 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 göz önüne alınacaktır. 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. Akıl hastalığı olan kişilerin korunmasına ilişkin olarak ise 7.maddede “*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*” hükmü düzenlemiştir. Pediatrik Popülasyonda Yürütülecek Klinik Araştırmalarda Etik

---

<sup>185</sup> Şenocak (Rıza) 76.

<sup>186</sup> Erman 81.

Yaklaşımlara İlişkin Kılavuz'un<sup>187</sup> 4. maddesinde, çocuğun yasal bağlayıcılığı olan bir izin verememesi sebebiyle, ebeveyn ya da yasal temsilcisinin çocuk adına bilgilendirilmiş rızasının istenmesi düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi'nin 1996 yılındaki Strasbourg Bildirisinde çocuklara yapılacak tıbbi müdahalelerde yaş ve gelişim durumuna göre fikrinin alınması gerektiği kabul edilmiştir. 1990 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre çocuk fikirlerini belirtebilme yeteneği gösteriyorsa, yaşına ve olgunluğuna göre görüşünün alınması gerektiğini düzenlemektedir. Dünya Tıp Birliği Amsterdam Bildirgesi'nin 3/5.maddesinde ve 1995 tarihli Bali Bildirgesi'nde, çocuk hastalarda kanuni temsilcinin rızasının alınması gerektiği kabul edilmekle birlikte, durumlarının izin verdiği ölçüde karar alma sürecine dahil edilmeleri gereği vurgulanmaktadır<sup>188</sup>.

Küçüğe uygulanacak tıbbi müdahalelere ilişkin olarak yapılacak aydınlatma sonucunda iradesini gösterebilecek olgunluğa eriştiği kanısına varıldığında rızası geçerli olarak kabul edilmelidir. Kanuni temsilcisinin rıza göstermesini gerektiren durumlar söz konusu olduğunda ise hastanın bu duruma ilişkin karar verme yeteneğinin olmaması kuralı esas olarak kabul edilmeli ve kişi özerkliğine belirtilen esaslar ve istisnai durumlar dikkate alınarak saygı gösterilmelidir

### **c. Yasal Temsilcinin Gösterilen Rıza Üzerindeki Etkisi**

Küçüğün rıza ehliyetinin bulunmadığı durumlarda veli veya vasisinin iradesine başvurulması yasal olarak kabul edilmesine karşın, rıza gösterilen hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu durumlarda, böyle bir imkanın söz konusu olup olamayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Öğretiye göre, böyle bir durumda hakkın zedelenmesine gösterilecek rızanın da bizzat hak sahibi tarafından gösterilmesi ve bu hakkın başkasına devredilememesi gerekmektedir<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> 12.11.2009 tarihli, 7219 Sayılı Kılavuzda, doğumdan, yasal sorumluluğun doğduğu erişkinlik dönemine kadar çocuklarla yapılacak klinik araştırmaların etik boyutlarına ilişkin önerilere yer verilmektedir.

<sup>188</sup> Gündüz / Kırımlioğlu / Eşiyok / Erdemir Demirhan 31.

<sup>189</sup> İçel / Sokullu – Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 183.

Tıbbi müdahalelerin, kişinin vücut bütünlüğü hakkına ilişkin olmakla beraber kişiye sıkı sıkıya bağlı olduklarından, temsilci rızasıyla hukuka uygun hale gelmeyecektir. Nitekim tam ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarına müdahale edildiği durumlarda, korunması istenen çıkar, temsile izin verilmemesi halinde ortaya çıkacak zarara oranla daha ağır olduğunda, yasal temsilcinin rızasının geçerli olacağı kabul edilmektedir<sup>190</sup>. Velilerin, küçüğün fiziksel ve psikolojik gelişimini sağlamayı amaçlayan velayet hakkı, bu amaç gereği, hem bir hak hem de bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır<sup>191</sup>. Medeni Kanun'un 339. maddesi gereğince; “*ana babanın, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda bir taraftan onun menfaatinin göz önünde tutularak gerekli kararları alıp uygulamaları; diğer taraftan olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanımaları ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutmaları gerekir*”. Bu hükmün amacı ve velayetin işlevi, ana babanın bu suretle çocuğun hak ve özgürlüklerini algılayabilmesi ve kullanabilmesi için onun kendi bağımsız kişiliğinin gelişimini sağlamalarıdır<sup>192</sup>. Maddede küçüğün sağlığına ilişkin kararlar ayrıca belirtilmemiş olmasına karşın, yapılması tıbben gerekli bir operasyona ana babanın rıza göstermemesi durumunda çocuğun “menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü” kabul edilerek bu madde hükmünün uygulanabileceği açıktır<sup>193</sup>.

ŞENOCAK, çocuğun ayırt etme gücüne, yani tıbbi müdahalenin önem ve kapsamını değerlendirecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olduğunda, ana babanın velayet hakkı geri çekilmesi gerektiğini belirterek, küçüklerin ana babanın rızasına ihtiyaç olmadan kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başlarına kullanabileceklerini öngören, Medeni Kanun'un 16.maddesine, tıbbi müdahaleye rıza açısından bir istisna getirilmemesi gerektiğini, küçüğün özel bir korunmaya ihtiyacı olmadığını savunmaktadır. Bu kapsamda yapılacak tedavi sözleşmesinde ise, ayırt etme gücüne sahip küçüğün bizzat sözleşmenin tarafı olarak yapacağı işlemlere yasal temsilci sıfatıyla ana ve babasının izin veya icazet verebileceği gibi, bizzat çocuk lehine sözleşmenin tarafı olarak da hareket edebilme hakkı tanındığını belirtmektedir.

---

<sup>190</sup> Erman 86; Dural / Öğüz 76.

<sup>191</sup> Erman 86.

<sup>192</sup> Şenocak 76.

<sup>193</sup> Erman 88.

Tedavi sözleşmesinin tarafı olacak veya tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekimi ise ya ana baba ya da küçük belirlemektedir. Dolayısıyla, ana baba, sözleşmenin tarafı olarak veya sözleşme tarafının çocuk olması durumunda yasal temsilci sıfatıyla çocuğun yararı ölçüsünde sözleşmeye izin ve icazetini verme suretiyle tedaviyi yapacak hekimin belirlenmesinde söz sahibidir. Tedavi sürecinde başka hekimlere başvurmak gerektiğinde ise, ana baba üçüncü kişi lehine sözleşmede hekime BK m.389 çerçevesinde talimat verme veya m.396 çerçevesinde tedavi sözleşmesini sona erdirmeye hakkına sahip olduğundan bu konuda söz söyleme hakkını kaybetmeyeceğini savunarak öncelikle ayırt etme gücüne sahip olma şartıyla ( bu hususu tespit etmesi gereken kişi, bizzat tedaviyi yapacak olan hekimdir) bu hakkın müdahaleye tabi olacak çocuğa tanınması gerektiği görüşündedir<sup>194</sup>.

Benzer bir görüşe görede, kişinin, kendisine sıkı sıkıya bağlı haklarına yönelen tıbbi müdahalelerde kural, kişinin bunlar üzerinde tasarruf hakkını kendisinin kullanması olmakla birlikte, istisnai olarak bu rızanın verilmesi yetkisinin yasal temsilciye bırakılabilmektedir. Bu yetki, ancak iyileştirme amacına yönelen ve tıbbi endikasyonu bulunan tıbbi müdahaleler için söz konusu olabilecek, veliler, organ ve doku bağışına veya küçükler üzerinde tıbbi deneyler yapılmasına rıza gösteremeyeceklerdir<sup>195</sup>. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 70/5. maddesine göre, "*onsekiz yaşını doldurmamış ve ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır*". Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun'un 71/4/II. maddesine göre ise, sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde ergin kişinin isteği üzerine yapılır. Yine, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 35. maddesine göre, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmayanlara, kendilerine faydası olmaksızın sırf tıbbi araştırma amacını güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Bu kanun hükümlerinde yer alan ve kanımızca isabetli olan düzenlemelerde, söz konusu tıbbi müdahaleler açısından küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olmadıklarından hareket edilmiştir. Bu çerçevede, bu türden özel tıbbi

---

<sup>194</sup> Şenocak (Rıza) 76-77.

<sup>195</sup> Erman 87.

müdahalelerin küçüklere uygulanması, küçüğün kendisinin veya yasal temsilcisinin bu hususta rızası olsa dahi mümkün değildir<sup>196</sup>.

Küçüğün zararına gelişmelerin bulunması durumunda, Medeni Kanunumuz tarafından da çeşitli önlemlerle velayet hakkının kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Bunlardan ilki ve en önemlisi, Medeni Kanun'un 346.maddesindeki düzenlemede, “*çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz ve buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır*”. Maddede küçüğün sağlığına ilişkin kararlar ayrıca belirtilmemiş olmasına karşın, yapılması tıbben gerekli bir operasyona ana-babanın rıza göstermemesi durumunda çocuğun “menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü” kabul edilerek bu madde hükmünün uygulanabileceği açıktır<sup>197</sup>. Bu hallerde, küçüğün şahsına ve sağlığına ilişkin ihlal veya tehlikelerin doğması halinde bu maddeden kaynaklanan yetkileri kullanarak, ana-babaya yardım etme, öğüt verme, onlarla birlikte tehlikeyi bertaraf edecek önlemler alma, onlara talimat verme hatta üçüncü kişileri de bu talimatları yerine getirme konusunda uyarma yoluna gidebileceği ifade edilmektedir<sup>198</sup>. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi, Medeni Kanun'un 16.maddesi ile birlikte yorumlandığında, yasal temsilci ile temyiz sahibi küçüğün rızalarının birlikte aranması kabul edilmektedir. Vesayet altındaki kişiler içinde Medeni Kanun'un 487.maddesindeki düzenleme gereğince, vasinin rıza vermekten kaçındığı durumlarda, vesayet altındaki kişinin sağlığını korumak amacıyla gerekli önlemlerin alınabileceği şekilde yorumlanmalıdır.

Müdahalede zorunluluk varsa hekim, kanunen kendisine tanınan yetkiyi kullanarak görevini yerine getirecek ve hastanın hayatını kurtaracaktır. Bu durum aynı zamanda Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2.maddesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/1.maddesinde öngörülmüş kanuni bir yükümlülüktür. Tıbben müdahalede bulunmak zorunluysa ve kanuni temsilci rıza vermiyorsa, bu durumda

---

<sup>196</sup> Şenocak (Rıza) 79.

<sup>197</sup> Erman 88.

<sup>198</sup> Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, (İstanbul: 1994) 304.

Medeni Kanun hükümleri gereğince mahkemeden alınacak karar doğrultusunda harekete geçilebilecektir. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/3.maddesi ise, *“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.”* Acil hallerde ise hekimin rızanın olmamasına rağmen müdahalede bulunması üçüncü kişi lehine meşru savunma veya zorunluluk hali dolayısıyla hukuka uygun kabul edilmektedir. HAKERİ, başka suretle korunmak olanağı bulunmayan bir tehlike söz konusu olduğundan üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin varlığının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir<sup>199</sup>. Yasal olarak emredilen bir davranış yükümlülüğüne uymamak, ihmali bir hareket olarak sorumluluk doğurucu nitelikte bulunduğu anda, küçüğün beden bütünlüğüne veya yaşamına yönelik doğrudan bir saldırı şeklinde görülebilecek ve hekim, böyle bir saldırıya karşı küçüğü korumak için haklı savunma durumunda kalmış sayılabilecektir. Bu nedenle hekim, temsilcinin iradesini, ancak müdahale yoluyla korunması gereken değer için küçük açısından önemliyse orantılı olarak görmezden gelebilecektir. Haklı savunma hukuka uygunluk nedeninin koşullarından yararlanılmadığı durumlarda ise, temsilcinin hakkı sebebiyle korunan hukuksal yarar, küçüğün yaşam veya sağlık haklarıyla çatışması halinde, küçüğün haklarının öne çıkartılabilmesi için gerçekleşen müdahalelerde zorda kalışa dayanılabilir<sup>200</sup>. Biyotıp Sözleşmesi'nin 6/5. maddesinde ise, verilen iznin, ilgili kişinin en fazla yararı bakımından her zaman geri çekilebileceği belirtilerek, tıbbi zorunluluk ve üstün nitelikte yarara öncelik verilmiştir<sup>201</sup>.

Kural olarak hasta kişinin menfaatleri her şeyden önce geldiğinden, hekim müdahalede bir yarar görmüyorsa rıza bulunsa bile bunu yapmaya zorlanamaz.<sup>202</sup> Acil durumlarda tıbbi müdahale bizzat küçük tarafından reddolunduğu takdirde, böyle bir beyan hukuka aykırı olduğundan, hekim küçüğün iradesi hilafına tıbbi müdahalede bulunabilir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26/2. maddesinde de

---

<sup>199</sup> Hakeri 160

<sup>200</sup> Erman 89-90.

<sup>201</sup> Çilingiroğlu 51; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 9.Bası, (Ankara: 2007) 207.

<sup>202</sup> Bayraktar 135.



bu konuya ilişkin bir hüküm yer almaktadır: “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, hekim 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.” Bu tip durumlarda hekim elinden geleni yapmakla mükellef olduğundan, kanuni temsilcinin iradesi hekim için artık bağlayıcı değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ebeveynlerin kendi çocuklarını ilgilendiren tıbbi karar alma sürecine katılma hakları bulunduğu karar vermiştir. Ancak, bu karar ebeveynin çocukların yaşam ve vücut bütünlüğü açısından gerekli olan tıbbi müdahaleleri reddetme hakkına sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Karar, ebeveynin kendi çocukları ile ilgili verilecek kararlara katılım hakkına ilişkindir<sup>203</sup>.

Genel olarak medeni hukukta geçerli olan işlem ehliyetine ve ergin olma yaşına ilişkin kurallar ceza hukukunda kabul edilmediği gibi rıza ehliyetini tespit açısından da belli bir yaş sınırlaması koymak ceza hukukunda mümkün değildir. Sorunun çözümü açısından öncelikle rıza verilen konuda kanuni bir düzenleme olup olmadığına bakmak yerinde olacaktır. Eğer kanun koyucu bu noktada özel bir yaş aramışsa, bu yaşa gelen kişinin rızasının geçerli olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Kanunen şekli anlamda herhangi bir sınırlama yapılmadığı durumlarda ise sorunun çözümü bakımından ceza sorumluluğu açısından benimsenen kanuni yaş sınırlamalarının kabulü de doğru olmayacaktır. Böyle bir durumda somut olayın özelliği dikkate alınarak mağdurun durumu incelenmeli ve verdiği kararın etki ve sonucunu değerlendirip değerlendiremediği incelenerek olası çözüme ulaşılmalıdır<sup>204</sup>. Bu değerlendirmeyi yapabiliyorsa, esas olan kişiyi kendi menfaatleri

<sup>203</sup> Seda Koç, *İnsan Hakları Sözleşmesinin Tıbbi Karar Alma Sürecine Etkileri*, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, (Ankara: 2007) 396.

<sup>204</sup> Dönmezer / Erman 71.

hakkında kendisinin karar vermesi olacağından rızasını kabul etmek ve kanuni temsilcilere yönelmek gerekli olmayacaktır.

Tıbbi müdahaleler, kişinin yaşam, vücut ve sağlığına yönelik olduklarında kişiye sıkı surette bağlı haklardandır. Dolayısıyla bu hakların ihlaline yönelik bir müdahale diğer şartların yanında ancak ilgilinin rızasıyla hukuka uygun hale gelebilmektedir. Kanunen hak sahibi dışında üçüncü kişilere tanınmış bu yetkinin mutlaka kişi menfaatine kullanılması gerekir<sup>205</sup>.

## 2. Rızanın Konusu

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun kabulü için, müdahaleye tabii olacak kişi, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği kişisel menfaatine ilişkin bir konu üzerinde rızasını açıklamalı ve hekim de müdahalesini bu konuya yönelik olarak gerçekleştirmelidir. Üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamayacak bir hakka ilişkin olarak açıklanan rıza hukuken bir değer taşımayacağından, böyle bir rıza üzerine gerçekleştirilecek müdahale de hukuka uygun olmayacaktır. Kanun koyucu, gerçekleştireceği düzenlemelerle, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek hakları belirler, bunların sınırını da gösterir. Kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler açısından rızanın ayrı bir önemi olduğu açıktır<sup>206</sup>.

Beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığı hakkı, tüm hukuk kurallarıyla koruma altına alınmış; birçok ulusal ve uluslararası belgelerde açıkça düzenlenmiştir. Ulusal belgelerde; 1982 Anayasası'nın 17.maddesinde "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz. (Değişik: 7/5/2004-5170/3 md.) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü*

---

<sup>205</sup>Yenerer Çakmut 209.

<sup>206</sup>Yenerer Çakmut 216.

*hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”* şeklinde; Medeni Kanunu’nun 23.maddesinde “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunamaz”* şeklinde; Borçlar Kanunu’nun 41, 45-47.maddelerinde<sup>207</sup>, Türk Ceza Kanunu’nun 86 ile 93.maddeleri arasında “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” başlığı halinde kasten ve taksirli biçimde işlenen suç tipleriyle, Hasta Hakları Yönetmeliği’nde, uluslararası belgelerde ise; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi konuya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ulusal ve uluslararası belgeler aydınlatma yükümlülüğünü yasal dayanakları başlığı altında detaylı olarak incelenmiştir.

Beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığı hakkının varlığı ve kabulü, kişinin doğumundan ölümüne kadar geçecek süre içinde, beden bütünlüğüne yönelik olarak, bir başkasının, hatta kendisinin bile, gerçekleştireceği saldırılardan korunması esasını belirtir. Beden bütünlüğü ile ifade edilmek istenen kişinin fiziksel ve ruhsal tamlığıdır. Bu tamlığa, maddi veya manevi şekilde zarar verecek hareketler söz konusu hakkın ihlalidir<sup>208</sup>. Bu nedenle yapılan müdahalenin kişilik haklarıyla bağdaşır nitelikte olması gerekir. Bunun içinde müdahale, kişiliğe zarar vermeye değil, onu korumaya yönelmelidir<sup>209</sup>. Burada, genellikle benimsenen görüşe göre, insan kendi organlarının sınırsız hakimi değildir. Bu nedenle, rıza, kişiyi toplumsal faaliyetini gereği gibi yerine getirmesine engel olacak derecede beden tamlığına zarar veren bir eyleme ilişkinse, geçerli olamaz ve eylemin hukuka uygun sayılmasını gerektiremez. Bu nedenle, bireylerin beden bütünlüklerini koruma ve dolayısıyla kendilerine yöneltilen şiddet fiillerinden korunma hakları vardır. Bu hak,

<sup>207</sup> Yeni Borçlar Kanunu’nda 41.madde 49.maddede; 45.madde 53.maddede, 46/1.madde 54.maddede, 46/2.madde 75.maddede; 47.madde ise 56.maddede düzenlenmiştir.

<sup>208</sup> Çilingiroğlu 41.

<sup>209</sup> Dural / Öğüz 105.

devlet tarafından güvence altına alınmaktadır. Çünkü devlet, toplumu oluşturan bireylerin güven içinde ve herhangi bir saldırıyla karşı karşıya kalmaksızın yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür<sup>210</sup>. Ancak, burada, takibi şikayete bağlı derecedeki etkin eylemlerde rızayı geçerli saymak, diğer ağırlaşmış ve re'sen kovuşturulan etkin eylemler bakımından geçerli kabul etmemek daha doğru bir kıstas olacaktır<sup>211</sup>.

Kişinin yaşamı üzerinde tasarrufta bulunmasına temelde izin verilmezken; belli şartların varlığı halinde, beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığına yönelik olarak yapılan bazı müdahaleler kişilik haklarına aykırı kabul edilmez ve ceza hukuku tarafından da yaptırımla karşılanmaz. İnceleme konumuzun temelini oluşturan kavramlardan biri olan tıbbi müdahaleler aslında beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığına yönelik bir saldırı niteliğinde görülmekle birlikte; ahlak ve adaba aykırı olmaması, müdahaleye maruz kalacak olanın aydınlatılması ve rızanın alınması, bunun yanı sıra kişiye sağlığının kazandırılarak hastalık veya sakatlığının giderilmesi amacıyla, hukuk düzeni tarafından korunma altına alınmışlardır. Rızanın konusu ahlaka ve adaba aykırı olduğunda, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hak söz konusu olsa da, bu hakka rıza üzerine yapılacak müdahale hukuka aykırı olacaktır. Ahlaka aykırılık kavramı açısından, kesin sınır ve çizgiler belirlemek pek mümkün değildir. Değişkenlik özelliği, soyut olarak bu kavramın şartlarını belirlemeye olanak tanımamaktadır. Dolayısıyla her somut olayda ahlaka aykırılığın var olup olmadığı hususunda bulunulan zaman, toplumun kültür seviyesi, insan ilişkilerine bakışı ve sahip olduğu değer yargıları bir arada ele alınıp hareketin ahlaka aykırı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir<sup>212</sup>. Fakat bu kararı verebilmek için kullanılan ölçütlerin sübjektif nitelikli olmasından dolayı, bu tip belirsiz kavramlar yerine, hukuki açıdan net ve açık kıstasların belirlenmesi daha adil ve objektif sonuçlara ulaşmayı sağlayacaktır.

---

<sup>210</sup> Erman Sahir, Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, (İstanbul: 1994) 101.

<sup>211</sup> İçel / Sokullu – Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 160.

<sup>212</sup> Yenerer Çakmut 219.

Bu nedenle tıbbi müdahaleye maruz kalacak hastanın ve gerektiğinde yakınlarının müdahale öncesi rızasını alabilmek için öncelikle, sağlığa yönelik olarak gerçekleştirecek müdahaleye ilişkin bilgi sahibi olması ve bu konuda aydınlatılması, ardından buna ilişkin rızasının alınması gerekecektir. Ancak hastanın müdahaleye ilişkin rızası alındıktan sonra, uygulanacak yöntem, tedavi, teşhis, gerçekleştirilecek operasyonun şekli, seyri, biçimi için ayrıca tek tek rızaya ihtiyaç yoktur. İzin verilen müdahale sırasında hekim, rıza verilen konu dışında kalan, ancak hasta için risk taşıyan kimi müdahaleleri de kanunun kendisine verdiği yetkiyi kullanarak yapabilmelidir<sup>213</sup>. Ancak bunun için müdahalede bulunmak bakımından tıbbi zorunluluk olması, hastanın rızası için beklemenin, onun yaşamı veya sağlığı için geri dönüşü olanaksız kötü sonuçlar doğurabilecek nitelikte bulunması ya da müdahalenin yarıda kesilmesinin bu çeşit sonuçları ortaya çıkartabilecek nitelikte olması gereklidir. Aksi halde, hastanın rızası alınmadan müdahaleye devam etmek, fiili hukuka aykırı yapacak ve hekimin sorumluluğunu doğuracaktır<sup>214</sup>.

### **3. Hastanın İradesinin Sağlıklı Olması ve Gerçekleştirilecek Müdahale Hakkında Aydınlatılması**

#### **a. İradenin Sağlıklı Olması**

Sağlıklı bir iradeden söz edilebilmesi için, yanılgı, aldatma, tehdit gibi iradeyi sakatlayan nedenlerin bulunmaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Bu gibi etkiler altında verilen bir rıza, böyle bir rıza dolayısıyla işlenmiş eylem bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmeyecektir<sup>215</sup>.

İradeyi sakatlayan nedenlerin varlığı, kişinin kendi değer yargıları ile bağdaşmayan bir seçimde bulunması sonucunu doğuracaktır. Kişinin böyle bir seçime yönelmesi, irade açıklamasının, kendi değer yargıları açısından ne gibi bir anlam taşıdığı konusunda yanlış bir öngörüye sahip olmasından kaynaklanıyorsa

<sup>213</sup> Hamit Hancı, *Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 2.B., (Ankara: 2005) 74.

<sup>214</sup> Aşçıoğlu 38. Detaylı bilgi için, *Tıbbi Müdahale ile İhlal Edilen Kişilik Değerleri* 26-35.

<sup>215</sup> İçel / Sokullu – Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 185.

ortada yanılığı (hata), bu seçimi yapmakta kendisini baskı altına sokan, başka bir kişiden kaynaklanan bazı etkenlerin varlığı belirleyici olmuş ise, tehdit söz konusu olacaktır. Buna karşılık, hukuksal yarara yönelmeyen bir yanılığın veya hilenin, esaslı olmadığından ve gösterilen rızanın geçerliliğini etkilemeyeceğinden söz edilmektedir. Hukuksal yararın zedelenmesine yol açan eylem, kişinin sağlıklı rızasının kapsamında bulunduğu sürece, mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeninin korunmasından yararlanacaktır. Bu açıdan öne sürülen başka bir ölçüt ise, yanılığ veya hileye dayanan bir rızanın, geręek bir özerk irade açıklaması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir<sup>216</sup>. Hukuksal değerin kıymet ve önemi hakkında saik yanılığının bulunması halinde ise, yanılığının rızanın geçerliliğini ortadan kaldırması, somut olayda rıza gösterende bir irade eksikliğine yol açmasına bağlı olacaktır<sup>217</sup>.

Bunun yanı sıra hekim hasta ilişkisi açısından yanılığ, detaylı olarak inceleyeceğimiz aydınlatma yükümlülüğu ile yakın bir ilişki içerisindedir. Hastanın belirli konularda tam ve yeterli bir şekilde aydınlatılmamış olması, iradesinin sağlıklı bir şekilde oluşmasını engelleyeceğinden, verilen kararların neticesinin sorumluluğu da dolayısıyla hekime yüklenecektir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğu kapsamına girmeyen konularda, hastanın yanılığıya düşmesi halinde müdahalenin hukuka aykırılığını etkilemeyeceği savunulmuştur<sup>218</sup>.

## **b. Hastanın Aydınlatılması**

### **(1) Genel Olarak**

Mağdurun rızası, başta yaşam hakkı olmak üzere, vücut bütünlüğu hakkı ve sağlık hakkını da kapsamı içine alarak, vücut üzerinde geręekleřtirilecek tıbbi müdahaleler için bulunması gerekli şartlardandır ve müdahaleleri hukuka uygun hale getirmektedir. Söz konusu rızanın, hukuka uygunluk nedeni olarak sayılabilmesi için gerek rızada bulunacak kişinin ehliyetli olması, gerekse herhangi bir dış etken

---

<sup>216</sup> Erman 97-98.

<sup>217</sup> Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, (Ankara: 2003) 1023.

<sup>218</sup> Erman 98.

tarafından sakatlanmaması gerekmektedir. Hastanın açık ve doğrudan rızası olmasa dahi muhtemel rızası, ya kendisi ya da kanuni temsilcisi tarafından, alınan karar tıbbi müdahale açısından etkili olacaksa ve hastanın sağlığını olumsuz etkileyecekse mahkeme aracılığıyla alınmalıdır. Hastanın rızasının geçerli olabilmesi için, gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler hakkında hastanın kapsam ve sonuçları hakkında tam olarak aydınlatılması, hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi, müdahalenin aleyhine ve lehine olabilecek olası sonuçları tartarak, kendi çıkarı doğrultusunda karar verilebilmesi için bu konuda aydınlatılması gerekir. Bunun için gösterilecek iradenin sağlıklı olmasıyla birlikte hukuka ve ahlaka da uygun olması beklenmektedir.

Aydınlatma; hekimin hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin türü, biçimi, aciliyeti, içeriği, yan etkileri, riskleri ve böyle bir tıbbi müdahale gerçekleşmezse ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçları hastaya aktararak, müdahalenin niteliğinin hekim tarafından yeterli biçimde açıklanarak<sup>219</sup> tıbbi müdahale konusunda serbestçe karar alabileceği bilgileri hastaya sunulmasıdır<sup>220</sup>. Bir başka tanıma göre ise aydınlatılmış onam ya da bilgilendirilmiş rıza, “riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin, uygulamanın hasta tarafından “gönüllülükle kabulü” olarak” tanımlanmaktadır<sup>221</sup>. Aydınlatılmış onam ilkesi dolaylı olarak yararlılık, zarar vermeme ve özerkliğe saygı gibi diğer etik ilkelerin de uygulanmasını sağlar<sup>222</sup>.

Yargıtay, aydınlatma yükümlülüğünü bir kararında, “*hastanın açık ya da zımni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık durumunu; yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu*

---

<sup>219</sup> Ahmet Turla, Bekir Karaarslan, Şennur Dabak, “Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde Görev Yapan Hekimlerin ‘Aydınlatılmış Onam’ Konusundaki Bilgi ve Tutumları”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Dergisi, Cilt:21 No:(2), (2004), 57 (57-63).

<sup>220</sup> Özgül 180; Çilingiroğlu 59; Şenocak (Rıza) 44; Eyüp Yıldız, *Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı*, Yayınlanmamış yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2006) 25; Ayan 71.

<sup>221</sup> Güzeldemir 22.

<sup>222</sup> Kök 117.

*konuda yeteri kadar aydınlanmasına”* bağlı tutmuştur<sup>223</sup>. Özellikle, hekimin hastanın üzerinde uyguladığı ameliyat ve diğer girişimsel müdahalelerde, hastanın yeterli düzeyde aydınlatılması suretiyle elde edilen rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırması, hekim ile hasta arasındaki ilişkide hastanın aydınlatılmasının önemini ve özelliğini açıkça ortaya koymaktadır<sup>224</sup>.

Aydınlatmanın, bir yüküm mü yoksa bir yükümlülük olarak mı kabul edilmesi gerekliliği hususu öğretilerde tartışmalıdır. ERMAN, aydınlatma görevinin, hekimlik mesleğinin bir gereği olduğuna, bu görev yerine getirilmediğinde hekimin yaptığı müdahaleye gösterilen rızanın geçersiz olup ceza sorumluluğu doğuracağına, bundan dolayı da ceza hukuku açısından bir “yükümlülük” olarak kabul edilmesi gerektiğini<sup>225</sup> savunmaktadır. BAŞPINAR, organ nakli açısından aydınlatmanın bir yükümlülük olduğu görüşündedir<sup>226</sup>. OZANOĞLU, tıbbi müdahalelerde aydınlatma yükümlülüğünün, hizmet edimi ihtiva eden diğer ilişkilerle karşılaştırıldığında çeşitli özellikler gösterdiğini belirterek, özellikle, hekimin hastanın üzerinde uyguladığı ameliyat ve diğer girişimsel müdahalelerde, hastanın yeterli düzeyde aydınlatılması suretiyle elde edilen rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırması, hekim ile hasta arasındaki ilişkide hastanın aydınlatılmasının önemini ve özelliğini açıkça ortaya koyduğunu vurgulayarak aydınlatmayı yükümlülük olarak tanımlamaktadır<sup>227</sup>. ÇİLİNGİROĞLU ise aksi bir görüşü savunarak, kanun tarafından kendisine yüklenen bazı davranış ve ödevleri yerine getirmeyen kimsenin, haklarını kısmen ya da tamamen kaybetmesi halinde ortada bir “yüküm” olduğunu belirterek, aydınlatmanın, hekim açısından hukuki bir yüküm olduğunu savunmuştur<sup>228</sup>. Aydınlatmanın amacı, hastanın rızasının sağlıklı bir şekilde doğmasının sağlanması ve onun serbest iradesinin gerçekleştirilmesidir. Bu hem iyileştirici hem de tanı koyucu müdahaleler için geçerlidir. Aydınlatmanın bir başka amacı da, hastanın işbirliği yeteneğini ve yatkinliğini da artırmak olduğu ifade edilmektedir.

---

<sup>223</sup> Yenerer Çakmut 226-227.

<sup>224</sup> Ozanoğlu 56.

<sup>225</sup> Erman 101.

<sup>226</sup> Veysel Başpınar, *Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları*, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, (İstanbul: Nobel Tıp Kitapevi, 2007) 194.

<sup>227</sup> Ozanoğlu 56.

<sup>228</sup> Çilingiroğlu 58, dñnot 152.



Aydınlatmanın hastaya özgülenmiş olması, hastanın bilgi ve eğitim düzeyinin ve psikolojik durumunun göz önüne alınmasını gerektirir. Hekim doğruluktan ayrılmayarak, hastanın anlayabileceği basitlikte ve açıklıkta anlatmalı, hastanın özel aydınlanma gereksinimini gözeterek ve aydınlanma hakkından vazgeçme isteğine saygı gösteren bir tutum izlenmelidir<sup>229</sup>. Böylece hastanın müdahaleyle ilgili özgür iradesini oluşturarak, kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilme imkanı tanınmalıdır<sup>230</sup>. Kanaatimizce de, hastanın yapılacak müdahaleye karşı rıza gösterilebilmesi ve gösterdiği rızanın da geçerli olabilmesi için neye rıza gösterdiğini bilerek<sup>231</sup>, edinilen bilgiler doğrultusunda menfaatine uygun bir karar verilebilmesi açısından bir aydınlatma bir yükümlülük olarak kabulü daha doğru olacaktır.

Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı'nın 1.maddesinde yönetmeliğin ve aydınlatmanın amacı vurgulanarak, hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü tıbbi girişimin ön koşulu olan bilgilendirilmiş rızasının alınmasının, kişinin vücuduyla ilgili tasarruflarından doğabilecek hak ihlallerinden korunma yolları olarak belirlenmiştir. Aynı yönetmelik taslağına göre bilgilendirme ise; *“Bireyin; sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbi müdahale ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemeyen acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesi”* şeklinde tanımlanmıştır. Anayasa'nın 17/1.maddesi gereğince, herkesin maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlenmiş, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı (ki bu hak aynı zamanda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün temelini oluşturmaktadır)<sup>232</sup> ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakları kişiye tanınan en yüksek değerdeki haklar arasında kabul edilmektedir. Bu hakların gereğince kullanılabilmesi için gerçekleştirilecek

---

<sup>229</sup> Erman 102.

<sup>230</sup> Erman 103.

<sup>231</sup> Gündüz Tarık, Kırımhoğlu Nurdan, Eşiyok Burcu, Erdemir Demirhan Ayşegül, *Aydınlatılmış Onam ve Çocuk Hastaya İlişkin Hukuki Düzenlemeler*, Tıp Etiği-Tarihi- Hukuku Dergisi, C.9, S.1, (2001) 27-28.

<sup>232</sup> Hakeri 104.

müdahalelere ilişkin olarak hastaların bilgi sahibi olmaları ve gerekli iradenin kullanılabilmesi için hastanın neye, ne şekilde, ne için rıza gösterdiğini bilebilmeleri için aydınlatılmaları gerekir. Ancak bu şartların karşıladığı durumlarda alınan rıza hukuken geçerli olur ve bir etki doğurur. Hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilmesi için hastasıyla uzlaşması şarttır ve uzlaşma için de aydınlatma gereklidir<sup>233</sup>. Bu hususun belirtildiği şekilde yapılması hekimlerin meslek gereklerini yerine getirebilmesi açısından onlara bir özgürlük tanırken, hastaya da kendi menfaatlerini ve haklarını koruma imkanı sunmaktadır.

## **(2) Aydınlatma Yükümlülüğünün Yasal Dayanakları**

Yayımlanan düzenlemeler ve bu düzenlemelerde aydınlatılma hakkı ve bunun sonucunda alınan rızanın geçerliliği hususları aşağıda incelenmiştir.

### **(a) Aydınlatma Yükümlülüğüne İlişkin Ulusal Düzenlemeler**

Tıp mesleğine ilişkin düzenlemelerin başında gelen, 1219 sayılı Tababet ve Şuubatı Sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70.maddesinde, hekimlerin ve diş hekimlerinin, her tür tıbbi müdahale öncesinde, müdahalenin yapılacağı hastadan, hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde yasal temsilcisinden onam alınması gerektiği düzenlenmiştir. Hükümde yasal temsilcisi olmadığı ya da bulunmadığı hallerde veya müdahale yapılacak hastanın rıza göstermesinin mümkün olmadığı hallerde, onam alınmasının şart olmadığı öngörülmüştür. Hükümde dikkat çeken bir diğer husus, rıza alınmasının şekline ilişkin getirilen düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye göre, aydınlatılmış onam alınması bakımından şekil şartı aranmayan ülkemiz açısından, büyük cerrahi müdahaleler öncesinde alınacak onamların yazılı olması gerekliliği istisnai nitelikteki hükümlerdendir. 1960 tarihli, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinde, hastanın hastalığı ve kendisine uygulanacak tedavi konusunda aydınlatılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Hükümde hastanın

---

<sup>233</sup> Hakeri 105.

maneviyatı üzerinde olumsuz etki oluşturmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunmadığı hallerde, teşhise göre alınması gereken tedbirler hakkında hastanın aydınlatılabileceği düzenlenmiştir. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un 6. ve 7.maddesinde; hekimlerin, vericiye, organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbî, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi vermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nın, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme imkanını sağlayan 17.maddesinin yanı sıra insan sağlığı ve vücut bütünlüğünün korunması ile ilgili hükümlere yer vererek bu hakları anayasal bir temele ve teminata kavuşturmuştur. Konuya ilişkin benzer düzenlemeler Medeni Kanun'un 23 ve 24. maddelerinde de bulunmaktadır. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun'un<sup>234</sup> 7. maddesi de, hekime, vericiyi aydınlatma yükümlülüğü getirmiştir.

İlaç Araştırmaları Hakkındaki Yönetmeliğin<sup>235</sup> 8. maddesi, insanlar üzerinde bilimsel amaçla ilaç kullanılarak yapılacak tıbbi araştırmaların yürütülmesinde uyulacak hususlara yer vermiştir. Yönetmeliğin 23.maddesinde genel bir düzenlemeye yer verilmiş, insanlar üzerinde yapılacak ilaç araştırmalarından doğan cezai ve hukuki sorumlulukların genel hükümlere tabi olduğu, araştırmaya tabi tutulan kişinin rızasının bu yüzden uğradığı zararların tazminini talep hakkını ortadan kaldırmayacağı hükme bağlanmıştır. Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 26. ve 27. maddeleri, 1998 yılında çıkarılan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin<sup>236</sup> 7-15-20. maddeleri ile Yönetmeliğin "Rıza Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama" başlıklı 22. maddesinde, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından temel ilkeye yer verilmiş; kanunda gösterilen istisnai haller dışında, kimsenin rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahalelere tabi tutulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 5. Bölümü "Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası" başlığını taşımakta olup, 24.madde "Hastanın Rızası ve İzin", 25.madde "Tedaviyi Reddetme ve Durdurma", 26.madde "Küçüğün veya Mahcurun Tıbbi Müdahaleye İştiraki", 27.madde "Alışılmış Olmayan Tedavi Usullerinin

---

<sup>234</sup> RG. 27/05/1983-18059.

<sup>235</sup> RG.29.01.1993-21480.

<sup>236</sup> RG. 01.08.1998-23420.

Uygulanması”, 28.madde “Rızanın Şekli ve Geçerliliği”, 29.madde “Organ ve Doku Alınmasında Rıza”, 30.madde “Aile Planlaması Hizmetleri ve Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, ve 31.madde “Rızanın Kapsamı” konularında hükümler düzenlenmiştir.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkına Yönetmeliğin 12.maddesinin 1/b/4 bendi ile, EK-2 “bilgilendirilmiş muvafakat formunun” 2-3-6. fıkraları, Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği’nin<sup>237</sup> EK-3 bilgilendirilmiş onam formunu içermekte ve bilgilendirildikten sonra bu belgenin imzalanacağı belirtilmektedir. Yönetmeliğin “Rıza” başlıklı 19. maddesinde, genetik tanı merkezlerinde, başvuranın bilgilendirilmiş onay formu ile rızası alınmadan işlem yapılamayacağı, ayrıca sonuçların, kişinin rızası olmadan üçüncü kişilere bildirilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. TCK’ nın insan üzerinde deney ile ilgili, 90. Maddesinde ki “*Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı olmaması gerekir.*” hükmü ile üzerinde deney yapılacak kişinin kişilik değerlerinin korunması açısından önemli bir düzenleme niteliğindedir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’de<sup>238</sup> yer alan çeşitli maddelerde izin belgesinden ve bunun imzalanmasından söz edildiğinden, rahim tahliyesi ve sterilizasyon işlemleri açısından yazılılık şartı aranmaktadır.

Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği<sup>239</sup>, aydınlatılmış onam alınması konusunda hüküm içeren bir diğer düzenlemedir. Yönetmeliğin, m.4/s’de hekimin hastanın aydınlatılmış onamını usulüne uygun almaksızın tıbbi girişimde bulunması, yaptırımını para cezası olan bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelikte<sup>240</sup> de aydınlatılma ve aydınlatılmış onam konusunda düzenlemeler mevcuttur.

---

<sup>237</sup> RG.10.06.1998-23368.

<sup>238</sup> Bakanlar Kurulu Karar Tarihi-No: 14.11.1983-83/7395, RG. 18.12.1983-18255.

<sup>239</sup> RG. 28.04.2004-25446.

<sup>240</sup> RG. 10.03.2005-25751.

Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü Hasta Hakları Şubesi tarafından hazırlandığı belirtilen, Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı'nın ekinde yer alan bilgilendirilmiş rıza alınması ile ilgili form formatı ile Taslağın aydınlatılmış onam kavramını, bir form ve imzaya indirgediği izlenimi oluşturmaktadır. Yönetmelik kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarında hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü *tıbbi girişimin* ön koşulu olan *bilgilendirilmiş rızasının* alınmasını, insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığı ve bedeniyle ilgili tasarruflarının sağlanmasını, hak ihlallerinden korunabilmesini ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesiyle ilgili esas ve usulleri belirlemek amacını taşıdığı belirtilen Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı'nın içerik ve esas bakımından birçok eksiklik ve yanlışlık içerdiği görülmektedir. Taslak metnin genel itibarıyla, aydınlatılma ve aydınlatılmış onam alınması konularında, hukuki açıdan yetersiz, eksik ve çelişkili ifadeler içerdiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, kanaatimizce, söz konusu taslak metnin gözden geçirilerek, bu konuda amaca ve tekniğe uygun yeni bir taslak metin oluşturulması daha uygun olacaktır.

#### **(b) Aydınlatma Yükümlülüğüne İlişkin Uluslararası Düzenlemeler**

İnsan Hakları Bildirgeleri (1948), Dünya Tıp Birliği (WMA-World Medical Association)'nin pek çok bildirgesi; Uluslararası Tıp Etiği Kodları (1949), Cenevre (1948), Nuremberg Kodu (1949), Helsinki (1964), Tokyo (1975), Hawaii (1977) ve Lizbon (1977) Bildirgeleri (23.24,21) ile kuralları, koşulları belirlenmiş olan aydınlatılmış onam, evrensel boyuta getirilmiş oldu<sup>241</sup>. 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlamış Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin 3.maddesine göre hasta, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da ret etme hakkına sahiptir. Bu madde ile hastanın aydınlatılma hakkı, uluslararası boyuttaki bir metinde ilk kez yer almıştır. Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nin (Amsterdam Bildirgesi) 3/1.maddesinde; hastanın bilgilendirilmiş onayı, herhangi bir tıbbi girişimin ön koşulu olarak belirlenmiştir. Bildirgede, aydınlatılma hakkının

---

<sup>241</sup> Nermin Ersoy, Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi, Türkiye Klinikleri, Tıp Etiği- Hukuku-Tarihi, Cilt:3, Sayı:1, (1995) 4.

hangi hallerde kısıtlanabileceğine de yer verilmiştir. Buna göre aydınlatılma hakkı, ancak hasta üzerinde açık ve olumsuz bir etkisi olduğunu destekleyen geçerli nedenlerin varlığı halinde ve hastanın bilgilendirilmeyi istememesi halinde kısıtlanabilecektir.

Dünya Tabipler Birliği'nin Hasta Hakları Bildirgesi'nin<sup>242</sup> 3.maddesinde, “*kendi ile ilgili kararlarını belirleme hakkı*” ile ilgili olarak; hasta kendisi ile ilgili kararları özgürce verebilme hakkına sahiptir. Hekim verdiği kararların sonuçları hakkında hastayı bilgilendirmekle yükümlüdür. 7.maddede “*Bilgilendirme hakkı*” ile ilgili olarak, hasta kendisiyle ilgili tıbbi gerçeklerle birlikte sağlık durumu konusunda tam olarak bilgilendirilme ve kendisi hakkındaki tıbbi kayıtlara ulaşma hakkına sahiptir. Bununla birlikte hastanın kayıtlarında bulunan ve üçüncü bir kişiyi ilgilendiren bilgiler bu kişinin onayı olmaksızın hastaya verilmemelidir. İstisnai olarak, eğer hastaya verilecek bilginin kendi yaşamı ya da sağlığı üzerinde ciddi zararları olacağına inanılıyorsa hasta bilgilendirilmeyebilir. Bilgilendirme hastanın yetiştiği kültüre uygun olarak ve hastanın anlayabileceği biçimde yapılmalıdır. Hastalar bir başka kişinin yaşamının korunması için gerekli olmadığı sürece ve kesin olarak belirttiklerinde bilgilendirilmeme hakkına sahiptir. Hastalar kendileri yerine kimin bilgilendirileceğini seçme hakkına sahiptir.

Helsinki Bildirgesi'nin<sup>243</sup> 9.maddesinde, insanlarla yürütülen her türlü araştırmada, bütün adayları, amaçlar, yöntemler, beklenen yararlar, olası tehlikeler ve ortaya çıkabilecek rahatsızlıklar konusunda yeterince bilgilendirilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. İnsanları da içeren biyomedikal araştırmalar, yalnızca bilimsel yönden eğitim görmüş kişiler tarafından ve klinik alanda yeterli tıbbi kişilerin gözetimi altında yürütülmelidir. Çalışmaya katılan insanların sorumluluğu mutlaka tıbbi yönden eğitim görmüş bir kişinin üzerinde olmalıdır. Çalışmaya katılan kişinin kendi rızası olsa bile bu sorumluluk hiçbir zaman araştırmadaki insanların üzerine

---

<sup>242</sup>34. DTB toplantısında kabul edilmiş (Lizbon, Portekiz, Eylül/Ekim 1981), 47. DTB Kurultayı'nda değişiklikler yapılmış (Bali, Endonezya, Eylül 1995) ve 171. Konsey Toplantısı'nda uyarlanmıştır (Santiago, Şili, Ekim 2005).

<sup>243</sup>18'inci Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Haziran 1964; Helsinki- Finlandiya) benimsenmiş, 29'uncu Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Ekim 1975, Tokyo-Japonya) ve 35'inci Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Ekim 1983, Venedik-İtalya) geliştirilmiştir.

yüklenmemeli, tıbbi yönden eğitim görmüş bir kişide kalmalıdır. Çalışmaya katılmaktan vazgeçme özgürlüğü olduğu ve herhangi bir anda katılmaya gösterdiği rızayı geri çekebileceği bildirilmelidir. Bundan sonra hekim çalışmaya katılan kişinin özgürce vereceği izni yazılı olarak alınmalıdır. Yasal vesayet durumunda; rıza bildirim ulusal hukuk sistemine uygun olarak yasal vasiden alınmalıdır. Fiziksel ya da ruhsal yetersizlik rıza bildirim almayı olanaksız kılıyorsa ya da çalışmaya katılan çocuk ise, ulusal hukuk sistemiyle uyumlu olarak çalışmaya katılan kişinin rızası yerine sorumlu akrabasının rızası alınır. Çocuk gerçekte rıza gösterebilecek durumdaysa, yasal koruyucusunun rızasına ek olarak çocuğun da rızası alınmalıdır. Kişinin ölüm anının belirlenmesi, canlandırma girişimlerine son verilmesine ve yasaların uygun olduğu ülkelerde ölünün organlarının çıkarılmasına, eğer rıza için yasal gereklilikler de tamamlanmışsa, etik yönden izin verilir. Venedik Bildirgesi, Ölümle Sonuçlanan Hastalıklara İlişkin Bildirge'nin<sup>244</sup>, 3.maddesinde; Hekim, ölümcül hastalığın son dönemindeki bir hastada hastanın rızası, - hasta kendi isteğini açıklayamıyorsa en yakın akrabasının kararı-ile tedaviyi keserek hastanın acısını dindirebilir. Hekim, hasta yaşam bulgularının geri dönmeyecek şekilde kesildiği son döneme girdiğinde, ülkesinin yasalarına uygun davranmak koşuluyla, hastanın yetkili yakınının resmi rızasını sağlayarak, ne transplantasyon ameliyatı ile ne de hastaya verilen tedavisiyle ilgili olmayan hekimler tarafından verilmiş ölüm raporuna (ya da yaşam bulgularının geri dönmeyeceğini belirten rapora) dayanarak, transplantasyon için gerekli organlarını canlı tutabilecek yapay yöntemleri hastaya uygulayabilir.

Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi'nin<sup>245</sup> 1. maddenin 1.2. fıkrasında “*Hastanın kendi aldığı karara saygı göstermek hekimin görevidir. Hekim, müdahale etmeden önce hastayı durumdan bilgilendirerek iznini alır, ancak acil durum ortaya çıktığında, hekim hasta için en iyi olanı yapmak zorundadır*” hükmü yer almaktadır. Dünya Tabipler Birliği Bildirgesi Evde Tıbbi Gözlem, “Tele-Tıp” ve Tıp Ahlak

---

<sup>244</sup> 35'inci Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Ekim 1983, Venedik-İtalya) benimsenmiştir.

<sup>245</sup> Açlık grevcilerinin sağlığından sorumlu doktorlar için bir rehber niteliğindeki Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyon, Kasım 1991'de Malta'da toplanan 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edildi, Eylül 1992'de ise İspanya'nın Marbella kentinde toplanan 44. Dünya Tıp Kongresi'nde düzeltilti.

Yasaları<sup>246</sup>, hekimin, hastanın veya ailesinin tele-tıp sistemini başlatmadan önce yeterli ve bilgilendirilmiş olmaları gerekliliğini düzenlemektedir.

Dünya Tabipler Birliği'nin Olağandışı Durumlar İçin Tıp Etiği Bildirgesi<sup>247</sup>, olaydan etkilenen kişilerle ilişki; ilkyardım ve acil bakıma ve eğer olanaklı ise acil durum anında hastaların rızalarının alınarak onların en üstün çıkarının korunması konusundaki gereksinimlerine göre sürdürülmelidir. Ancak, hekim, toplumların kültürel farklılıklarına uyum sağlamalı ve koşulların gerektirdiği biçimde davranmalıdır. Hekim en fazla sayıda yaralıyı kurtarmak ve morbiditeyi olabilecek en az düzeyde tutabilmek için duygusal yaklaşım kadar teknolojiyi de içeren en yüksek bakım yaklaşımını benimsemelidir. Dünya Tabipler Birliği'nin Eylül 1995'de, Endonezya toplantısında gözden geçirilen aynı bildirgenin 3. maddesi ve bağlı bentlerinde “kendi kaderini belirleme hakkı” başlığı altında, hastanın kendi kaderinin belirleme hakkı olduğu belirtilerek, hastanın verdiği kararın sonuçları hakkında hekim tarafından bilgilendirilmesi düzenlenmiştir. Hasta uygulanacak test veya tedavinin amacının ne olduğunu, bunun sonuçlarının ne olabileceğini, tedaviyi kabul etmeme durumunda olabilecekleri açık bir şekilde anlamalıdır. Unesco XXIX. Genel Konferansı İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin “İlgili Kişilerin Hakları” başlığının altında yer alan 5/b.maddesine göre; her vakada, ilgili kişinin özgür ve bilinçli rızası önceden alınacaktır. Eğer kişi onay verecek durumda değil ise, bu konudaki onay veya yetki, kişinin üstün çıkarları doğrultusunda yasa tarafından öngörülen biçimde alınacaktır.

Dünya Tabipler Birliği'nin İşkence ya da Zalimce/İnsanlık Dışı/Onur Kırımı Muamelelerin Belgelendirilmesi ve İhbar Edilmesinde Hekimlerin Sorumluluğuna İlişkin Kararı<sup>248</sup> ulusal tabip birliklerine bazı önerilerde bulunmaktadır. Bu önerilerin 7.maddesinde; Hekimlerin işkence ya da kötü muameleden kaynaklanan semptomları belirleyip rapor ederken bilgilendirilmiş onam almaları ve bireyleri tehlikeye atmaktan kaçınmalarının sağlanması düzenlenmiştir.

---

<sup>246</sup> 44'üncü Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Marbella, İspanya, Eylül 1992) benimsenmiştir.

<sup>247</sup> Eylül 1994 tarihinde İsveç'in Stockholm kentinde yapılan 46. Genel Kurulu'nda uyarlanmıştır.

<sup>248</sup> Eylül 2002, 2003 yılında Helsinki'de DTB Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve Danimarka'nın Kopenhag kentinde Ekim 2007'de DTB Genel Kurulu'nda uyarlanmıştır.



2002 tarihinde Roma’da kabul edilen “*Hasta Hakları Avrupa Statüsü*” hasta hakları alanında kabul edilen son uluslararası metin olması yönüyle önem arz etmektedir. İnsan sağlığının yüksek düzeyde korunması ve çeşitli ulusal sağlık kurumları tarafından yüksek kalitede sağlık hizmeti verilmesini sağlama amacı taşıdığı vurgulanan sözleşmenin, 4. maddesinde diğer uluslararası metinlerdeki düzenlemelere paralel olarak, hastanın yasal temsilcisinin onamının gerektiği durumlarda, hastanın mümkün olduğunca karar sürecine katılmasının sağlanması ve hastanın tıbbi müdahaleyi kabul etmeme hakkı olduğu konularına da yer verilmiştir. Kapsamları farklı olmakla birlikte, genel olarak benzer düzenlemeler ihtiva eden tüm bu uluslararası metinler, hasta haklarının ve konumuz bakımından hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamının gerekliliği konularının uluslararası düzlemde kazandığı önemi göstermesi bakımından dikkate çekicidir.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi’nin, 5 ile 9.maddeleri arasında “*muvafakat*” başlığı altında birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Bu uluslararası sözleşme, 1997 yılında ülke olarak sadece bir maddesine çekince koymak kaydıyla imzalanmıştır. 1999 yılında uluslararası belge haline gelmiş ve Birleşmiş Milletler tarafından da kabul edilmiştir. 2003 yılında ise TBMM’nce kabul edilerek 5013 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun çıkartılmıştır<sup>249</sup>. Sözleşmede, sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin müdahaleye özgürce ve aydınlatılmış şekilde onam vermesinden sonra yapılabileceği hükme bağlanarak genel bir kural olarak ortaya konmuştur. Kişiye önceden müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilginin verilmesi gerektiği ve ilgilinin onamını her zaman geri alabileceği düzenlenerek aydınlatma ve aydınlatılmış onam konusundaki genel çerçeve çizilmiştir.

---

<sup>249</sup> Gürsel Çetin, *Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi*, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, Eylül 2007) 177.

#### 4. Aydınlatmanın Yapılışı

##### a. Aydınlatmada Bulunacak Kişi

Doktrindeki yerleşik görüşe göre, hasta veya yakınlarını aydınlatmakla yetkili olan hekim ve hastanın onamını alacak kişi, kural olarak, hastaya tıbbi müdahalede bulunacak ve bunun sorumluluğunu taşıyacak hekimin kendisidir<sup>250</sup>. Bir görüşe göre bunun istisnası, söz konusu hekimin hastanedeki işbölümü gereği bu yükümlülüğü başka bir meslektaşının yerine getirmiş olduğuna haklı olarak güvenmesi durumudur. Ayrıca hekim sözleşmesinde de buna ilişkin bir hüküm bulunduğunda, yükümlülüğün yerine getirilmesi başka bir hekime bırakılabilecektir. Buradaki tartışma, tedavi sözleşmesinin tarafı olan hekimin mi, bizzat müdahalede bulunacak hekimin mi yükümlülüğü bulunduğu konusunda toplanmaktadır. Bu konuda, hem sözleşmenin tarafı olan hekimin, hem de müdahalede bulunacak hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunduğu savunulmaktadır<sup>251</sup>. Bu bağlamda, aynı konuda birden fazla hekimin birlikte çalışması söz konusu olduğunda, asıl hekim, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesini hiyerarşik olarak daha altta yer alan bir hekime bırakabilecektir. Ancak bunun için, söz konusu hekimin bu aydınlatmayı hakkıyla yerine getirebilecek kapasiteye sahip olduğuna güvenebilecek durumda olması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, bir klinikte birden fazla hekim bir arada çalışıyorlarsa, aydınlatmayı kimin yapacağı tartışmalıdır. Bu durumda aydınlatma, hakim görüşe göre kıdemi en yüksek olan hekime aittir.<sup>252</sup> Tıbbi müdahalenin farklı alanlardan birden fazla hekim tarafından birlikte yürütülmesi halinde her birinin kendi uzmanlık alanı dahilinde aydınlatma yapması gerekecektir. Ancak bu hekimlerden birinin yaptığı aydınlatma diğer hekimler tarafından yapılması gereken aydınlatmayı kapsıyorsa, bu hekimin yaptığı aydınlatma yeterli sayılacaktır<sup>253</sup>. Tıbbi müdahale farklı alanlardan birden fazla hekim tarafından ayrı ayrı fakat birbirleriyle

<sup>250</sup> Ayan 81; Özsunay 49; Çilingiroğlu 69; Erman 103; Sert 232; Özdemir 109; Hakeri 129.

<sup>251</sup> Sert 233; Özdemir 109; Hakeri 129.

<sup>252</sup> Hayrunisa Özdemir, *Teşhis Ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*, EÜHFD, C. XII, S. 3-4 (2008) 365.

<sup>253</sup> Çilingiroğlu 70; Sert 233; Özdemir 109.

bağlantılı aşamalarda yürütülecekse, her bir hekimin kendisi tarafından yürütülmesi gereken aşama ile sınırlı olarak aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>254</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri tıp uygulamasında özellikle cerrahi müdahalelerde, aydınlatmanın istisnai durumlar haricinde asıl sorumlu olan hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini, böyle bir uygulamanın hem hasta hem de hekim açısından daha yararlı olacağına inanıldığı ifade edilmektedir<sup>255</sup>.

Hekimin yanında çalışan ancak hekim olmayan personelin yaptığı aydınlatma kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak, söz konusu personel, yeterli bilgi ile donatılmış ise hastaya gerekli aydınlatma kendileri tarafından yapılabilir. Anestezi uygulanacağı hallerde, anestezi hekiminin de anesteziye ilişkin aydınlatmayı yapması gerekir.<sup>256</sup> Hemşirenin aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak sorumluluk alanındaki tıbbi müdahalelerde de hemşirenin aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu şüphe bulunmamaktadır. Kanaatimizce, hekimler dışındaki sağlık çalışanlarının da, hukuken yapmaya yetkili kılındıkları müdahaleler bakımından, aydınlatmada bulunma ve hastadan rızasını alma hakkı, yetkisi ve yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>257</sup>.

## **b. Aydınlatılacak Kişi**

Aydınlatılması gereken kişi bizzat hastanın kendisidir. Aydınlatma sonucunda rıza gösterimi için gerekli olan şartlardan ayırt etme gücü ilgili kişide yerindeyse, uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin rıza bizzat kendisinden alındığında geçerli olacaktır. Bu durum dayanağını, hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan rızanın, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından alır. Nitekim çocuk, akıl hastası veya vesayet altına alınmış hastalara, hastalığın basit biçimi ile anlatılması yeterliyken, veli veya vasileri daha geniş bir şekilde aydınlatılmalıdır<sup>258</sup>. Bu husus Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15/2.maddesinde; *“Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde*

---

<sup>254</sup> Çilingiroğlu 70.

<sup>255</sup> Erman 103.

<sup>256</sup> Hakeri 130.

<sup>257</sup> Ozanoğlu 72; Hakeri, Tıp Hukuku, 130.

<sup>258</sup> Bayraktar129.

velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı husus bakanlığın hazırladığı yönetmelik taslağında da benzer şekilde düzenlenmiştir.

Hastanın küçük olması durumunda teşhis ve tedavi sözleşmesi küçüğün ana ve babası bunlar bulunmuyorsa, kanuni temsilcisi ile yapılacağından, hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğü de onlara karşı gerçekleşecektir<sup>259</sup>. Tam ehliyetsizlerde de aydınlatılacak kişi, kanuni temsilcidir. Bunların yanı sıra, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kanuni temsilcilerinin izinleri olmadan sözleşme yapıp yapamayacakları doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler, kanuni temsilcilerinin onayı alınmaksızın teşhis ve tedavi sözleşmesi yapabilirler<sup>260</sup>. Ancak, kanuni temsilcilerine de bilgi verilebilir. Bu durumda, hekim aydınlatma yükümlülüğünü ayırt etme gücüne sahip küçüğe karşı yerine getirecektir. Bu görüşün temeli, tıbbi tedavilere karşı verilecek rızanın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasıdır. Bu hakkı kullanabilmesi için de kişinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir<sup>261</sup>. Bir başka görüşe göre, hastanın küçük veya kısıtlı olması durumlarında onların ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları göz önüne alınmaksızın kanuni temsilcilerinin rızaları alınır. Bu görüşün gerekçesi ise, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70.maddesindeki, “...Hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasinin evveleminde muvafakatini alırlar” ifadesidir. Ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 26.maddesinde, küçük ya da kısıtlının mümkün olduğu ölçüde dinlenilmesi öngörülmüştür. Madde metninde sadece dinlenilmeden bahsedildiği için, hekim küçük ya da kısıtlının beyanı ile bağlı değildir<sup>262</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise, küçüğe karşı yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleşebilmesi için küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın kanuni temsilcinin de rızasının alınması gerekir. Her ne kadar rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak ise de, kanuni temsilcinin küçüğün

---

<sup>259</sup> Ozanoğlu s.72

<sup>260</sup> Şenocak (Rıza) 79-80

<sup>261</sup> Şenocak 79.

<sup>262</sup> Dural-Öğüz, 98; Reisoğlu, 4.

gelişiminde önemli olacak tıbbi müdahaleler hakkında bilgi edinmesi gerekir.<sup>263</sup> Kanaatimizce, küçüğün kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklarını kullanırken, özerkliğine saygı gösterilmesi gerekmektedir. Nitekim küçüğün bu haklarını kullanırken iradesini bilinçli gösterip göstermediğinin her somut olay açısından değerlendirilmesi gerektiğinden, yasal temsilcisinin göstereceği rıza, bu hakkın kullanımının güvencesi olarak değerlendirilebilir.

Hekim, hastasının ruhsal durumunu koruyacak şekilde, teşhisini ve sonuçlarını söylemekle yükümlüdür. Aydınlatmanın çerçevesini ise hekim çizecek, hasta yakınlarının takdirine bırakmayacaktır. Dolayısıyla, hasta yerine yakınlarının aydınlatılması, hastanın aydınlatılmasının yerine geçemez. Nitekim bazı hallerde örneğin, kişinin rıza yeteneğinin bulunmaması veya şuurunun kapalı olması durumunda hastanın yakınları aydınlatılabilir.

Bir başka sorun ise, hekimin dilini bilmeyen hastaların aydınlatılması konusunda yer almaktadır. Burada tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatmanın yapılması için, hekim gerekirse bir tercümanın yardımından faydalanacaktır. Bu husus Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18.maddesinde, "*bilgi, gerektiğinde tercüman kullanılarak, hastanın anlayabileceği şekilde, tıbbi terimler mümkün olduğunca kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden ve hastanın ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile verilir.*" şeklinde pozitif bir yükümlülük haline getirilmiştir.

### **c. Aydınlatmanın Zamanı**

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmiş olması için aydınlatmanın yapıldığı zaman da önemlidir. Hastanın tıbbi müdahaleye yazılı rızası alındıktan sonra yapılacak sözlü bilgilendirmenin önemi bulunmamaktadır. Tıbbi

---

<sup>263</sup> Ozanoğlu, 72; Reisoğlu, 5; Özsunay, 51; Atabek/Sezen, 150; Büyükay 66.

müdahalenin hukuka uygunluğu için aydınlatılmış rıza gerekse de, bu halde rızanın geçerliliği sorgulanabilecek ve tıbbi müdahale hukuka aykırı hale gelebilecektir<sup>264</sup>.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam manasıyla yerine getirebilmesi için aydınlatmanın zamanı önem taşır. Aydınlatmanın zamanı, her somut olay göz önüne alınarak gerçekleştirilir<sup>265</sup>. Aydınlatma, hastanın karar verme açısından zaman baskısını hissetmeyeceği, tıbbi müdahaleye izin verilmeden önce, hastaya yeterince düşünebilecek zamanı bırakmak suretiyle yapılmalıdır<sup>266</sup>. Hastanın danışmak istediği yakınlarının veya diğer görüşlerine değer verdiği kişilerin fikirlerini de alabilmek, en önemlisi hastanın tıbbi müdahaleyi kabul veya reddedilmesi için makul bir süre tanınmalıdır. Bu nedenle, durum acil olmadıkça, ameliyat masasında yapılacak bir aydınlatma kabul edilemez<sup>267</sup>.

Bununla beraber, aydınlatma müdahaleden hemen önce yapıldığında şu hususa dikkat etmek gerekir; müdahaleden hemen önce yapılan aydınlatma, hastanın müdahale sürecini artık değiştiremeyeceği izlenimi yaratırsa, aydınlatmanın zamanında yapılmadığı kabul edilir<sup>268</sup>.

#### **d. Aydınlatmanın Şekli**

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü belli bir şekle bağlı değildir. Aydınlatmanın kişisel olması, hastayla karşılıklı iletişim kurulması, aydınlatmanın tam olarak gerçekleşmesi açısından önemlidir. Hekim, aydınlatmada bulunurken hastanın psikolojik durumunu dikkate alarak, temel noktalardan detaylara doğru genişleyen bir aydınlatmada bulunur, hastanın edindiği izlenime göre gerekli

---

<sup>264</sup> Burcu G. Özcan, Özel Çağlar, *Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt:10, Sayı:1 (2007) 61.

<sup>265</sup> Yenerer Çakmut 225.

<sup>266</sup> İpekyüz Yavuz 84.

<sup>267</sup> Yahya Deryal, *Tıbbi Müdahale İçin Hastanın aydınlatılması ve Onayının Açıklanması*, [www.haksay.org/files/yahya02.doc](http://www.haksay.org/files/yahya02.doc). Erişim tarihi. 23.09.2011.

<sup>268</sup> Hakeri 130.

gördüğü yerde detay açıklamalarına son verir<sup>269</sup>. Uygulamada yapılan matbu aydınlatma bunu karşılamayacaktır.

Yazılı ya da sözlü aydınlatma mümkün olabilmektedir. Ancak yazılı şekilde yapılan aydınlatma, hastanın tam olarak bilgilenmesi için yeterli olamayabilir. O halde, hastanın kendisine uygulanacak tedavi yöntemi ve hastalığı hakkında daha iyi bilgi sahibi olabilmesi için sözlü aydınlatma yapılması daha işlevsel olacaktır. Bu sayede hekim, hastanın kendisine açıklanan noktaları kavradığından ve bunların, kendi anlayış yeteneğini aşmadığından emin olmalıdır.

Bununla birlikte hekim açısından aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirildiği konusunda ispat kolaylığı açısından sözlü bilgilendirmenin yanında tıbbi müdahaleye yazılı onay alınması ve aydınlatmanın yazılı olarak da yapılması yerinde olacaktır. Buna karşılık, uygulamada, rutin aşılama gibi, özel bir açıklama gerektirmeyen müdahalelerde, kişiye genel bir bilgi verilerek soru sorma olanağının tanınmasının yeterli olacağı da kabul edilmektedir<sup>270</sup>. Uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin broşür veya formüller, ona özgülenmiş olmalıdır. Gerektiğinde hekim, hastanın özel durumuyla ilgili notları eliyle eklemelidir. Dolayısıyla, hastaya yapılacak işleme ilişkin üzerinde hiç bilgi yer almayan veya çok az ve yetersiz bilgi içeren yazıların verilmesi veya hastanın bilgilendirildiğine ilişkin bir kağıt imzalatılmış olması, hiçbir şekilde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamını taşımayacaktır<sup>271</sup>. Nitekim Alman uygulamasında da, tek belirleyici noktanın, hekim ile hasta arasındaki güvene dayanan diyalog olduğu, bunun dışında ölçütlerin tek başına olamayacağı vurgulanmıştır<sup>272</sup>. Hasta ve hekim arasındaki ilişkinin özelliği ve güven esası, aydınlatmanın her türlü şüpheden uzak bir şekilde, sözlü olarak yapılmasını ve sonradan bunun yazıya geçirilmesini doğru kılar<sup>273</sup>.

---

<sup>269</sup> Dural - Ögüz 106.

<sup>270</sup> Erman 105.

<sup>271</sup> Aşçıoğlu 28.

<sup>272</sup> Erman 105.

<sup>273</sup> Ergun Özsunay, *Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Ankara: 12-13 Mart 1982, (İstanbul: 1983)53.

Sonuç olarak, hekimin aydınlatmada kullanacağı formlar ve hastanın rızasını gösteren ve hasta tarafından imzalanmış belgeler sadece ispat amacına hizmet etmektedir. Esas alınan husus, tıbbi müdahaleye ilişkin hastanın anlayabileceği düzeyde, sosyo-kültürel düzeyine uygun, tıbbi terimlerden yeterince arındırılmış, hastanın psikolojik durumu da esas alınarak yapılan aydınlatmalardır.

### **e. Aydınlatmanın Çeşitleri**

#### **(1) Genel Olarak**

Hekim ve hasta arasındaki ilişkide hukuki açıdan iki temel menfaat karşılıklı olarak değerlendirilmektedir. Bir tarafta, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde tedavi olma isteği, diğer tarafta ise hekimin hastayı meslek kurallarına uygun bir şekilde tedavi etmesi ve hastayı kendisine uygulanacak tedavi kapsamında bilgilendirerek dahil etme yükümlülüğü yer alır. Bu sebeple, tedaviye yönelik aydınlatma ile bu menfaatler arasında denge tesis edilirken, tedavinin parçaları ve aşamaları arasında bağlantı kurulur ve bu noktada çıkabilecek sorunlar aşılmaya çalışılır. Bu noktada hasta hekim arasındaki ilişkide hekimin aydınlatma yükümlülüğünün iki temel amacından bahsedilebilir<sup>274</sup>. Bunlardan ilki; hasta hekim arasındaki güven ilişkisini temin etmek ve bunu tedavi sırasında güçlendirmek, diğeri ise; hastanın tedaviyi kabul veya reddedebilmesi için önerilen tedavinin muhtemel yan etkileri üzerine, gerekli altyapıyı oluşturacak bilgileri hastaya ileterek, özgürce karar verebilmesinin sağlanmasıdır<sup>275</sup>. Bu çerçevede hekimin hastasını aydınlatma yükümü açısından aydınlatma türleri müdahale aydınlatması, karar aydınlatması ve riziko aydınlatması başlıkları altında incelenecektir.

---

<sup>274</sup>Roggo 77; Ozanoğlu 64.

<sup>275</sup> Ozanoğlu 64-65.



## (2) Müdahale Aydınlatması<sup>276</sup>

Müdahale aydınlatmasında temel hareket noktası, hastanın rızasının tıbbi müdahaleyi haklı kılabilmesi için, hastanın hangi ölçüde aydınlatılması gerektiği sorusudur. Hastanın vücut bütünlüğünü ihlal eden her tedavi bakımından, müdahale aydınlatması bir temel teşkil edeceğinden, önemli olan hastanın rızasının hekimin kendisine uygulayacağı hukuken vücut bütünlüğünün ihlali olan durumun hukuka uygun hale getirilebilmesidir. Bunun gerçekleşebilmesi için de, hastanın söz konusu tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir<sup>277</sup>. Aydınlatma hastanın kendi sorumluluğu dahilinde serbestçe karar verebilmesini mümkün kılmalı, hastanın kararı, onun bakımından önem arz eden faktörler bilinerek ve önemli olan bütün durumlar değerlendirilerek oluşmuş olmalıdır. Bu nedenle, hekim hastasına onun kararının oluşmasına temel teşkil edecek olan bütün bilgileri vermekle yükümlüdür. Dolayısıyla, hekim hastasını; teşhis, muhtemel tedaviler, tedavinin riskleri, gerçekleşmesi muhtemel sonuçlar hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirmelidir<sup>278</sup>.

Teşhis ve tedavinin gerekli şekilde yerine getirilmesi ve başarılı olup olmama durumuna ilişkin hastanın bilgilendirilmesine<sup>279</sup> tedavi aydınlatması veya güvenlik aydınlatması denilmektedir. Hekimin aydınlatması sırasında vereceği bilgiler; tıbben gerekli olanı mümkün kılacak ve desteleyecek şekilde, ayrıca hastanın uygulanacak müdahaleye ilişkin seçimini etkileyebilecek her türlü esası içeren bir kapsamda olmalıdır. Hekim bu aydınlatma ile hastasını korumakta, vereceği tavsiyelerle hastayı yönlendirerek en iyi tedavinin gerçekleşmesini sağlamaktadır<sup>280</sup>. Yapılması öngörülen müdahalenin türü açısından da aydınlatmada bulunulması gerekir. Müdahalenin tanıya mı, tedaviye mi yoksa kullanılacak ilaçlara mı yönelik olduğu da bu kapsamdadır<sup>281</sup>. Tedavi aydınlatmasını, karar aydınlatmasından ayıran temel

---

<sup>276</sup> Hakeri “Otonomi” kendi geleceğini belirleme hakkı olarak tanımlamıştır.

<sup>277</sup> Ozanoğlu 65; Başpınar 198; Hakeri 113.

<sup>278</sup> Ozanoğlu 66.

<sup>279</sup> Zafer Zeytin, *Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, Sağlık Hakkı Dergisi, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, S:3, (Kasım 2007) 168; Çilingiroğlu 60; Yıldız 29.

<sup>280</sup> Şenocak 46.

<sup>281</sup> Erman 108.

nokta ise, hastanın rızasını alma amacına yönelik bir aydınlatma olmamasıdır<sup>282</sup>. Hekimin özen yükümlülüğü kapsamında yaptığı bu aydınlatmada, hastanın tıbbi müdahale kapsamında bilgilendirilip, tedavinin başarısı veya sağlığına yönelik tehlikelerin önlenmesi için belirli davranış şekillerine uyulması gerekliliği üzerinde durulmaktadır<sup>283</sup>.

### (3) Teşhis aydınlatması

Teşhis aydınlatması, hekimin hastasını muayenesi neticesinde elde ettiği bulgular konusunda bilgilendirilmesidir<sup>284</sup>. Sağlık şikayeti nedeniyle hekime başvuran kimsenin, hastalığı ile ilgili teşhisi öğrenme hakkı vardır. Teşhis hakkında daha açık bir ifade ile hastanın sağlığı ile ilgili bulgular ve bu bulguların anlamı hakkında özel bir haklılık sebebi olmaksızın (özellikle ağır hastalıklarda terapik ayrıcalık gibi) susmak ya da teşhisi gizlemek, aydınlatma eksikliği bağlamında hekimin özen yükümünün ihlali anlamına gelir. Dolayısıyla teşhis; hasta ile hekim arasındaki iletişimin temelini oluşturan bir kavram niteliğini taşımaktadır. Hekimin bu aydınlatmanın tarzını, niteliğini ve kapsamını hastanın entelektüel durumunu da dikkate alarak belirleyecek ve hastanın durumu uygunsa gerektiğinde bilimsel ve mesleki ifadelerle de anlatımında yer verebilecektir. Hastanın özellikle aydınlatılmadığı hususu, hastanın dosyasında belirtilmelidir. Hastanın iyiliği düşünülerek yapılmayan aydınlatma, hastanın dosyayı incelemesi halinde, amaca ulaşmayacaktır. Hastanın ancak aydınlatılması suretiyle tedavi için kazanılması mümkün oluyorsa, teşhisin tam olarak ona aktarılması gereklidir. Dolayısıyla tam olarak emin olunmayan, gerektiği gibi araştırılmadan kesinleştirilmeyen teşhisler hastaya iletilmemelidir<sup>285</sup>.

Hastanın, hastalığa ilişkin tüm tıbbi bulgular konusunda bilgilendirilmesine karar aydınlatması içinde teşhis aydınlatması bölümünü oluşturmaktadır<sup>286</sup>. Bu

---

<sup>282</sup> Hakeri 109.

<sup>283</sup> Özgül 188.

<sup>284</sup> Ayan 71; Çilingiroğlu 60; Özsunay 41.

<sup>285</sup> Hakeri s.116.

<sup>286</sup> İpekyüz Yavuz 77; Petek 202; Başpınar 198; Gündüz/Kırımlıoğlu/Eşiyok/Erdemir Demirhan 28.

aydınlatma ile hastanın kendi geleceği hakkında karar vermesi sağlanır. Hastanın teşhis konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi gerekirken, istisnai durumlarda hastanın teşhisi öğrenmesiyle yaşamı ve sağlığı bakımından ciddi tehlike oluşabilme ihtimali var ise, teşhis aydınlatılmasından kısmen veya tamamen vazgeçilebilecektir<sup>287</sup>. Ceza hukuku açısından tanı hakkındaki bilgilendirme, ancak bu konudaki olası bir bilginin, hastanın seçimini etkilemesi durumunda önem kazanır. Teşhisin hastaya bildirilmesinin, aydınlatma yükümlülüğü içinde yer aldığı, Alman uygulaması tarafından ağırlıklı olarak kabul edilse de, bu konuda öğretilerde bir birlik bulunmamaktadır. Bu düşünceye göre, kural olarak bulguların hastaya açıklanması şart değildir. Buna karşılık, hastanın müdahaleye rıza göstermesi için, müdahalede bulunulmaması halinde ortaya çıkabilecek tehlikeleri bilmesi mutlaka gerekiyorsa, bunun tersi kabul edilmelidir. Yine, teşhisin ancak hasta tarafından açıkça talep edildiğinde açıklanması gerektiği de savunulmaktadır. Belirlenen teşhisin hastaya bildirilmeden, sadece öngörülen tehlikeler açısından bilgilendirilerek rıza alınması halinde, bu rızanın geçerli olacağı da savunulmaktadır. Nitekim bu görüş, öğretilerde eleştirilmiştir<sup>288</sup>.

Hastanın, hastalığına ilişkin tam bir bilgiye sahip olmadan sadece riskleri değerlendirerek bir karar vermesi mümkün değildir. Riskleri göz önüne alarak, uygulanacak müdahaleye ilişkin rıza vermesi aslında gerçek iradesini yansıtamayacaktır. Belirlenen bulgular üzerinden, ancak kendisine verilecek doğru ve tam bilgiler doğrultusunda kendi geleceğini belirleme hakkını tam anlamıyla kullanabilir. Hastanın rıza gösterme iradesine yönelik olarak tedaviyi reddetmesi için mantıklı bir neden aranmadığına göre, hekimde teşhisi bildirilmesinin hastanın seçimi etkilemeyeceğine yönelik objektif bir karar verme yetkisi bulunmamalıdır<sup>289</sup>. Henüz kesinleşmemiş, ispatlanmamış veya kesinleşmemiş şüpheli teşhis haline doktor tarafından özellikle dikkat edilmeli ve hasta bu yolla tedirgin edilmemelidir<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> Erman 106; Hakeri 116; İpekyüz Yavuz 79, Dieter Giesen, (Çeviren: Salim Özdemir), *Yeni ve Deneysel Tedavilerden Doktorların Hukuki Sorumluluğu*, YD., C.3, S.3-4, (1977) 221.

<sup>288</sup> Erman 106-107.

<sup>289</sup> Erman 107.

<sup>290</sup> Hakeri 116.

Tedavi sürecini hedef alan bu aydınlatma türünde hasta, tıbbi müdahalenin öncesi, sonrası ve gelişimi hakkında bilgilendirilmekte bununla bağlantılı olarak tedavinin türü, ağırlığı, kapsamı ve nasıl yürütüleceği konularında da aydınlatılmaktadır. Hastanın özgür iradesiyle karar verebilmesi için, hekimin hastaya planlanan müdahalenin bütün ayrıntılarını anlatmakla yükümlü olmadığı kabul edilmektedir<sup>291</sup>. Yapılacak müdahalenin türü açısından da aydınlatmada bulunulması gerekir. Hasta tanıya yönelik bir müdahale yapılacağını düşünüyor ancak hekim bu arada iyileştirici bir müdahalede bulunuyorsa, bu, rızanın sınırlarının dışında bulunduğu anlamına gelecektir<sup>292</sup>. Müdahalede bulunacak kişinin hekimlik becerisi ve deneyimi üzerine bilgilendirmenin de, aydınlatma yükümlülüğüne girdiği kabul edilerek, basit durumlar bunun dışında bırakılmıştır. Burada da, aydınlatmada bulunulmasının, anlayışlı bir kişinin seçimine etki edip etmeyeceğini esas alan genel ölçüt esas alınır<sup>293</sup>.

Teşhis aydınlatması ve teşhise yönelik aydınlatma birbirinden farklı kavramlardır. Teşhise yönelik aydınlatma, teşhis amacıyla yapılacak müdahaleler öncesinde ve bu müdahaleler nedeniyle yapılması gereken bir bilgilendirmedir<sup>294</sup>. Müdahalenin mutlak gerekli veya hayati önemi taşımadığı hallerde, hekim gerçekleşme ihtimali az olan komplikasyonlarda dahil olmak üzere hastayı aydınlatmak yükümlülüğü altında olacaktır<sup>295</sup>. Teşhis aydınlatmasında ise hasta var olan tıbbi bulgular konusunda bilgilendirilmelidir<sup>296</sup>. Hastanın ayrıntılı ve kapsamlı tıbbi tedbirler alınması gereken bir bulgu hakkında bilgilendirilmemesi, mesleki kusur olarak değerlendirilmektedir<sup>297</sup>.

---

<sup>291</sup> Giesen 221; Hakeri 117; Gündüz/Kırımlıoğlu/Eşiyok/Erdemir Demirhan 28; Erman 108.

<sup>292</sup> Erman 108.

<sup>293</sup> Erman 108.

<sup>294</sup> Hakeri 111; İpekyüz Yavuz 77; Özgül 190.

<sup>295</sup> Özsunay 39; Hakeri 111.

<sup>296</sup> Taşkın 109; Başpınar 198; İpekyüz Yavuz 77.

<sup>297</sup> Başpınar 198.

#### (4) Süreç Aydınlatması

Süreç aydınlatması, amaçlanan müdahalenin etkileri ve süreci hakkında hastanın aydınlatılmasını ifade eder<sup>298</sup>. Bu bağlamda hekim, hastasını, teşhis neticesinde elde etmiş olduğu bulgular çerçevesinde belirlenen fiziksel ya da ruhsal bozuklukların tedavisi, bu tedavi sürecinde gerçekleştirilmesi muhtemel müdahalelerin gerekliliği, türü, gerçekleştiriliş tarzı ve kapsamı ile böyle bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi durumunda doğabilecek sonuçlar hakkında aydınlatmalıdır<sup>299</sup>. Müdahalenin gerekli olup olmadığı konusundaki açıklama, teşhis aydınlatmasından süreç aydınlatmasına geçişteki birinci aşamayı oluşturur. Buna göre, öncelikle müdahale olmaksızın hastanın gelişiminin ve bu bağlamda muhtemel akıbetinin ne olacağını hastaya anlatılması gerekir. Bu çerçevede hekim, öncelikle tıbbi müdahalenin başarısız olması ihtimalinden bahsetmek durumundadır. Başarı şansı, başarının ne ölçüde beklendiği veya olumsuz ifade edilecekse, yüzde kaç ihtimalle başarısızlık ihtimalinin bulunduğu konularındaki aydınlatmada zorunlu olup, süreç aydınlatması içinde kabul edilmektedir<sup>300</sup>. Nitekim burada önemli bir sakınca ile karşılaşılması muhtemeldir. Zira muhtemel sonuçların hastaya iletilmesi hekimin hastasının kararını yönlendirebilmesi sonucunu doğurabilir. İşte bu noktada yönlendirmeyen aydınlatma büyük önem kazanmaktadır<sup>301</sup>. O halde, müdahaleye evet ya da hayır kararı her durumda hastaya ait olmalıdır. Bunu en sağlıklı şekilde sağlayabilmek için, müdahale sürecinin aşamalarının ve etkilerinin hastaya açıklanması gerekir.

Alternatifler konusundaki aydınlatmada, süreç aydınlatması kapsamında değerlendirilecektir. Tedavisi için, alternatif tıbbi yöntemler bulunan hastanın, bu konuda bilgilendirilmemiş olması eksik aydınlatıldığı anlamına gelmektedir. Kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, öncelikle uygulanması imkan dahilinde olan alternatiflerden bahsedilmesi gerekir. Bu açıdan, hekimin tüm alternatiflerden ya da

---

<sup>298</sup> Bu aydınlatmada, müdahaleyle doğrudan ilgili olmayan, ancak onun koşulu teşkil eden iki temel unsur mevcuttur. Doktor bu müdahaleyi niçin önerdiğini, eğer başka yöntemler var ise bunların nelerden ibaret olduğunu hastasına açıklamalıdır (bkz. VViegand 133).

<sup>299</sup> Bkz. ve karşı. Çilingiroğlu 60; ayrıca bkz. Özsunay 41; Ayan 71-72.

<sup>300</sup> Hakeri 117.

<sup>301</sup> Ozanoğlu 67.

yöntemlerden bahsetmesi ve kendi seçtiği yöntemin sebebini açıklaması her durumda ondan beklenemeyeceği gibi, zorunluluğu da bulunmamaktadır. Yeni tıbbi yöntem, henüz tıbbi müdahale niteliği taşıyor; istenen tedavi sonucunu gerçekleştiriyor veya henüz deneme aşamasında bulunuyorsa, hekimin, alternatif yöntem konusunda aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak hasta kendisine uygulanabilecek bir diğer yöntem olup olmadığını sorarak ve kendi durumu için bunların avantajlı ve dezavantajlı yönlerini öğrenerek, tercihi belirleyebilir. Hekim geleneksel tıbbi müdahale yerine, alternatif tedavi yöntemlerinden birini uygulamak niyetindeyse, bunu gerekçelendirerek hastasını aydınlatma yükümlülüğü altındadır<sup>302</sup>. Bu açıdan, hekim tanınmış, yerleşmiş ve güvenilir olan yöntemleri tercih etmekteyse, yapması gereken aydınlatmanın kapsamı daralabilmekteyken, bu yöntemlerden uzaklaşıp daha tehlikeli olabilen yeni tıbbi yöntemleri tercih ettiğinde aydınlatmanın kapsamı genişlemektedir<sup>303</sup>.

#### **(5) Riziko aydınlatması**

Hekim meslek kurallarına uygun davranırsa bile, her tıbbi müdahalede, komplikasyonlar veya planlanmayan bazı gelişmeler ortaya çıkabilir. Hekimin, tıp bilimindeki bilimsel ve teknik gelişmeler çerçevesinde, bilinen veya bilinmesi gereken yan etkiler konusunda, hastasını aydınlatması gerekir. Gerekli özen gösterildiği veya tıbbi müdahale hatasız yapıldığı halde bile söz konusu olabilecek, öngörülebilir sürekli veya geçici yan etkiler konusunda hastanın bilgilendirilmesine risk aydınlatması denir<sup>304</sup>. Tıbbi müdahale sonrası ortaya çıkması muhtemel ve önlenmesi konusunda tıp biliminin kesin garanti vermediği sonuçlar ile tıbbi müdahalenin veya tedavi amaçlı tıbbi denemenin uygulanmaması halinde doğabilecek riskler konusunda da hastanın bilgilendirilmesi risk aydınlatması

---

<sup>302</sup> Özgül 195-196.

<sup>303</sup> Hakeri 121; Erman 114; Cemal Öztürkler, *Tıbbi Sorumluluk Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, (Ankara: 2003) 207.

<sup>304</sup> Özsunay 41; İpekyüz Yavuz 78-79.

kapsamındadır<sup>305</sup>. Tıp biliminde henüz bilinmeyen bir risk konusunda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün olduğunu söylemek mümkün değildir.

Burada asıl sorun riskler konusunda bilgi verirken sınırların ne şekilde belirleneceği, hastanın karar vermesi açısından bu rizikoların hasta tarafından bilinmesinin gerekli olup olmadığı<sup>306</sup> konusudur. Risk aydınlatmasının ölçüsü, kapsamı ve sınırları bu konudaki tartışmaların merkezini oluşturur<sup>307</sup>. Risk aydınlatmasına ilişkin temel ölçütler; tıbbi müdahaleye, genel risklere, tıbbi müdahalenin amaç ve gerekliliğine, hastanın kişiliği, davranışı, bünyesi ile müdahalenin yapıldığı yere ilişkindir. Tıbbi müdahalenin sonuçlarının ağırlığı ise uygulanan hastanın yapısına bağlı olarak değişebilmektedir<sup>308</sup>. Hasta, teklif edilen bir teşhis veya tedavi müdahalesini kabul etmemiş ise aydınlatma yükümlülüğü yoğunlaşacaktır. Bu kapsamda, uygulanacak tedaviyi hastanın reddetmesi durumunda, bunun ortaya çıkarabileceği riskler konusunda bilgilendirme yapılmalı ve yanlış taleplerinden hasta vazgeçirilmelidir. Hastanın kendi talebi üzerine, hastaneden erken taburcu edilmesi durumunda, hekim en azından hastanın ailesinin yeteri kadar bilgilendirilmesini sağlayıp, oluşabilecek komplikasyonlara karşı teşhis ve uygun tedavi imkanını anlatarak üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmelidir<sup>309</sup>. Hastanın, alınacak ilaçların kullanımı, yan etkileri ve dozu gibi konularda bilgilendirilmesi gerekir<sup>310</sup>. Yapılacak bilgilendirme, ilacın etkileri ve bu etkilerin taşıdığı risk ve tehlikeler oranında ayrıntılı olmalıdır. Hekim, ilacın doğrudan etkileri ile sık görülen yan etkileri konusunda genel bir bilgilendirme yaparken ilaç kutusuna atıf yapabileceği savunulsa da, doktrinde, hekimin ilaç kutusundaki bilgilere atfının yetersiz olacağı belirtilerek, hastanın ilaç kutusundaki bilgilerden ziyade hekimin verdiği bilgiye itibar ettiği savunulmaktadır<sup>311</sup>.

---

<sup>305</sup> Hakeri 120; Çilingiroğlu 63; Yargıtay, 13.HD., 20.11.2000, 8582 E., 10298 K. ; Özkan Hasan, Sunay Akyıldız, *Açıklamalı İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları*, (Ankara: 2008) 319.

<sup>306</sup> Hakeri 120.

<sup>307</sup> Hakeri 120.

<sup>308</sup> Fisher (Aydınlatma) 10; Özgül 202.

<sup>309</sup> Hakeri 110.

<sup>310</sup> Gündüz/Kırımlıoğlu/Eşiyok/Erdemir Demirhan 28.

<sup>311</sup> Hakeri 112; Fischer 11; Zeytin 170.

Tıbbi müdahale bakımından rizikoya az rastlanması bu konudaki aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu aydınlatma, müdahaleden sonra meydana gelmesi muhtemel ve önlenmesi konusunda tıp biliminin verilerinin kesin garanti veremediği sonuçları da kapsamalıdır<sup>312</sup>. Alman Federal Mahkemesi önceki kararlarında, komplikasyon oranı ile aydınlatma yükümlülüğü arasında doğru orantılı bir sayısal ilişkinin varlığını esas almış olmasına rağmen sonraki kararlarında bu görüşünü değiştirerek, aydınlatma gerekliliğinin kapsamını genişleterek çok nadir gerçekleşme ihtimali ve müdahale bakımından farklı özellik taşıyan riskleri de değerlendirerek aydınlatma yapılması görüşü benimsenmiştir<sup>313</sup>. Yargıtay ise, ameliyat sonrası oluşan komplikasyonlar da nadir olsa bile olası durumlar konusunda hekimin bilgi verip, riskler konusunda aydınlatma yapıp yapmadığının incelenmesi gerekeceği belirtmiştir<sup>314</sup>.

Tıbbi müdahalenin başarısız olması veya sonradan ortaya çıkabilecek riskler yine bu aydınlatma kapsamındadır<sup>315</sup>. Bu tür bir aydınlatmanın yapılmaması ceza hukuku açısından hastanın rızasının geçersizliğine<sup>316</sup> sebep olurken, özel hukuk açısından mesleki kusur olarak değerlendirilmelidir<sup>317</sup>. Meydana gelen sonucun, hekimin uyguladığı tedavinin sonucu olmadığını ispat etme yükümü ise hekime aittir<sup>318</sup>. Alman hukuk doktrininde ve Federal Mahkeme kararlarında tedavi aydınlatmasının yapılmadığına ilişkin ispat yükü hastaya düşmektedir. İspat yükü içerisinde, yeterli veya doğru aydınlatma yapılmış olsaydı zararın hiç doğmaması hali de bulunmaktadır<sup>319</sup>.

---

<sup>312</sup> Hakeri 119-120.

<sup>313</sup> Özgül 201.

<sup>314</sup> Yargıtay 13.HD. 18.09.2008 tarih, 2008/4519E., 2008/10750K. Sayılı kararı, Bkz. YKD. C.35, S.1, (Ocak 2009) 80.

<sup>315</sup> Özgül 189.

<sup>316</sup> Erman 100.

<sup>317</sup> Fischer Gerfried ( Çeviren : Efe Direnisa), *Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:III, S:2, (2006) 5.

<sup>318</sup> Hakeri 111.

<sup>319</sup> Fischer 5-6; Özgül 190.



Müdahalenin diğer organlara ve üçüncü kişilere etkisi de açıklanmalıdır<sup>320</sup>. Ancak bu müdahalenin ve riskin tıbben tam olarak ve bütün muhtemel şekilleriyle anlatılması boyutuna varmamaktadır<sup>321</sup>. Somut olarak müdahale ve risklerin ağırlığı ve yönüne ilişkin genel bir tablo çıkarmak yeterli olacaktır. Müdahalenin acil olması durumuna göre risk aydınlatmasının kapsamı daralabilecektir<sup>322</sup>. Yeni tıbbi yöntemlerin uygulanması beraberinde yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlığa zarar verici özel riskler getirmekte ve bu özel risklerin hastaya veya gönüllülere aktarılması zorunluluğu doğmaktadır. Yeni tıbbi yöntemlerin uygulanmasından önce yapılacak aydınlatma tüm bu riskleri içermek zorundadır. Risklerden haberi olmayan hekim, kendi bilgi eksikliği nedeniyle doğan sonuçlardan sorumlu olmalıdır<sup>323</sup>. Hayati tehlikenin bulunduğu hallerde de aydınlatma yükümlülüğü devam etmektedir. Müdahalenin taşıdığı risklere ilişkin hastanın aydınlatılması sonucunda rızasının alınmaması ihtimali, aydınlatma yükümlülüğün yerine getirilmemesinin gerekçesi olamaz<sup>324</sup>. Alternatif bir yöntem uygulanacak olduğunda, henüz rizikoları kesin olarak bilinmeyen bu yöntem konusunda da hastanın aydınlatılması gerekebilir. Esasen alternatif tedavi yöntemlerine ilişkin olarak yükseltilmiş aydınlatma yükümlülüğünde esas alınan ölçüt müdahalenin aciliyeti kriteridir.

Somut rizikoların ağırlığına ve yönüne ilişkin genel bir çerçeve oluşturulması gerekir. Elbette hekim, tedavi sırasında tespit ettiği ve tıp biliminin o gün geldiği nokta itibariyle bilinen rizikolara işaret etmek durumundadır. Dolayısıyla bu rizikolardan hekimin bilgi sahibi olmaması dolayısıyla, bu rizikolar konusunda hastayı aydınlatmaması halinde, eksik aydınlatmadan kaynaklanan bütün hukuksal sonuçlar hekim açısından söz konusu olabilecektir<sup>325</sup>. Bu konuda özellikle yabancı öğreti ve mahkeme içtihatlarında çeşitli ölçütler benimsenmiş bulunmaktadır. Bu ölçütler içerisinde özellikle, istatistiksel verilerden hareketle riskin gerçekleşme oranının yüzde ya da binde olarak ifade edilmesi örnek olarak gösterilebilir. Aynı şekilde, riskin ağırlığı, örneğin sinir felci, uzuv kaybı gibi ağır sonuçlarla

---

<sup>320</sup> Hakeri 120.

<sup>321</sup> Çilingiroğlu 62; Erman 110; Hakeri 120; Yıldız 31.

<sup>322</sup> Özgül 201.

<sup>323</sup> Hakeri 120.

<sup>324</sup> Hakeri 122-123.

<sup>325</sup> Hakeri 120.

neticelenebilecek risklerin hastaya anlatılması bir diğer ölçüttür. Bu ölçütte komplikasyonların sıklığı ve ağırlığı ile girişimin konu ve zaman itibarıyla ne zaman gerçekleştirileceği hakkında hastaya bilgi verilir. Başka bir ölçüt de, hastanın bireysel durumu dikkate alınarak her hastanın durumuna uygun düşen aydınlatmanın yapılmasıdır<sup>326</sup>. Esasen ağırlıklı olarak benimsenmesi gereken ölçüt, hasta hekim arasındaki ilişkinin özel bir ilişki olması nedeniyle, hastanın kişisel ihtiyaçları ve bulunduğu somut durum dikkate alınarak hastanın aydınlatılması olmakla birlikte", Türkiye'de hekim başına düşen hasta sayısının fazlalığı, aile hekimliği sistemini gerekli bir hale getirmiştir. Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin<sup>327</sup> amacı; birinci basamak sağlık hizmetlerini güçlendirmek ve verilen sağlık hizmetinin kalitesini artırmak için aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının çalışma usul ve esaslarını, çalışılan yer, kurum ve statülerine göre öncelik sıralamasını, aile hekimliği uygulamasına geçiş ve nakillere ilişkin puanlama sistemini ve sayılarını, aile sağlığı merkezi olarak kullanılacak yerlerde aranacak fiziki ve teknik şartları, meslek ilkelerini, iş tanımlarını, performans ve hizmet kalite standartlarını, hasta sevk evrakı, reçete, rapor ve diğer kullanılacak belgelerin şeklini ve içeriğini, diğer kurum ve kuruluşlarla işbirliğini, kayıtların tutulmasını, çalışma ve denetime ilişkin sair usul ve esasları belirlemektir.

Sonuç olarak, hekimin yapması gereken; bütün müdahale olasılıklarını hastaya sunmaktır. Bu yöntemlerin, hasta lehine ve aleyhine olabilecek hususlarını açıklayarak, hastanın yeterince aydınlatılması ve karar vermesi sağlanmalıdır. Aslında riziko aydınlatması ile ilgili olarak kanaatimizce şu ilkeyi ortaya koymak mümkündür; tıbbi müdahaleye ilişkin riziko ne kadar büyükse, aydınlatılmanın kapsamı da o ölçüde geniş olmalıdır.

---

<sup>326</sup> Ozanoğlu 67.

<sup>327</sup> Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik, 6 Temmuz 2005 tarihli 25867 sayılı Resmî Gazete Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği 25 Mayıs 2010 Tarih ve 27591 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliği, 11.03.2011 tarihli, 27871 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

## (6) Diğer Özel Aydınlatma Türleri

Literatürde, Alman ve İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında, hekimlerin hastalarını tedavi veya operasyonun ekonomik maliyeti ve bu kapsamda ekonomik planda tedavinin özellikleri ve sonuçları hakkında aydınlatması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>328</sup>. Hekim hastasını planlanan tıbbi müdahalenin mahiyeti veya farklı maliyetler taşıyan diğer tıbbi yöntemler konusunda bilgilendirilmelidir. Bugün uygulamada, hekimin tıbbi müdahalenin ekonomik yönü konusunda da hastasını aydınlatması gerektiği yönünde kararlar verildiği görülmektedir. Hekimin hastasını alternatif yöntemler ve masraflar hakkında aydınlatmasına ekonomik aydınlatma denilmektedir. Ekonomik aydınlatmanın yerine getirilememesi, rızanın geçersizliği ya da müdahalenin hukuka aykırılığı sonucunu doğurmaz<sup>329</sup>.

Kalite aydınlatması ise hekimin, hastasını aynı tıbbi müdahalenin daha iyi koşullarda ve daha iyi kalitede başka bir yerde yapılabileceği konusunda aydınlatmasıdır. Hekimin böyle bir aydınlatma yükümlülüğünün olduğu uygulamada yer almasa da, doktrin açısından bunun belirtilmesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>330</sup>.

Yeni tıbbi yöntemlerden özellikle tedavi amaçlı tıbbi denemelerin uygulanmasında, müdahalenin maliyeti ve özellikle bunun karşılanma şekilleri hakkında bilgilendirmek gerekir. KAHY m.5/g' ye göre<sup>331</sup>; *sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanması için destekleyici tarafından herhangi bir ikna edici teşvikte ve/veya mali teklifte bulunulamaz. Ancak gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybından doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır.*

---

<sup>328</sup> Ozanoğlu 69. Nitekim, 21. Dönem 4. Yasama yılında kadük olan "Tıbbî Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nın "Hizmet bedelinin ödenmesi" başlığını taşıyan 23. maddesinin I. fıkrasında "Hastaya, alacağı hizmetin bedeli ile ilgili bilgi önceden verilir. Sağlık personeli, hastaya gereksiz harcamalar yaptıramaz." hükmü yer alıyordu.

<sup>329</sup> Özgül 203.

<sup>330</sup> Hakeri 127-128.

<sup>331</sup> Özgül 204.

Doktrinadaki tartışmalı konulardan bir diğeri ise hekimin hastalarını kendi hataları hakkında da aydınlatmaları gerekip gerekmediğine ilişkindir. Hekimin garantörlük ve zarar azaltma yükümlülüğüne bağlı olarak, somut olayda tedavi hatası ve bundan kaynaklanan zararlı sonuçları bildirme yükümlülüğü doğabilir. Bu yükümlülüğün kaynağı, zarar veren kimsenin genel hukuksal yükümlülüğü hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan yan yükümlülüktür. Hekimin hatasını kasten gizleyerek, kendisine yönelik dava açılmasını önlemek istemesi veya zamanaşımı süresinin bu sebeple gerçekleşmiş olması halinde hile olduğundan dolayı zamanaşımı süresinin uzaması söz konusu olabilir.

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 20.maddesinde belirtildiği gibi hekimler meslektaşlarının uygulama hatalarını bildirme yükümlülükleri vardır<sup>332</sup>. Bu durumda, hekimin kendisini korumaya yönelik yararları, hastanın sağlık yararları karşısında geri planda kalmaktadır<sup>333</sup>. Kanaatimizce, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kendi hatalarını da kapsayacak ölçüde genişletilmesi Anayasa'nın 38/5.maddesi'nde düzenlenen "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*" hükmüyle çelişmektedir. Hekimin üstüne düşen sorumluluğun kapsamı ne kadar artarsa, hekim müdahalede bulunmaktan bir o kadar çekinecektir. Dolayısıyla aydınlatma konusunun sınırları öncelikli olarak belirlenmelidir.

---

<sup>332</sup> Hakeri 126-127.

<sup>333</sup> Hakeri 125.

## 5. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı ve Sınırları

### a. Kapsamı

Hastanın yaşam ve sağlık hakkı ile kendi geleceği hakkında karar verme hakkı çatıştığında, hastayı aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğünün kapsamı ve sınırları açısından sorun yaşanabilmektedir<sup>334</sup>. Genel olarak, hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin bilgi sahibi olmasını sağlayacak bir bilgilendirme, yükümlülüğün belirlenebilmesi açısından yeterli görülmüştür. Nitekim her müdahalenin kendine özgü koşulları olabileceğinden, aydınlatılacak olguların kapsamı da bu doğrultuda değişebilmektedir. Bu değişimler ise aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarını oluşturmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken kanunda herhangi bir düzenleme bulunuyorsa, söz konusu bu düzenleme geçerli olur. Ancak, herhangi bir düzenleme olmayan hallerde, ülkenin sosyo-kültürel yapısı, hastanın veya yeni tıbbi yöntemlerin uygulanacağı gönüllünün yaşı, anlama yeteneği, eğitim seviyesi ve toplumsal durumu<sup>335</sup> aydınlatmanın kapsamını belirlemede önemli bir ölçüttür<sup>336</sup>.

Türk Hukuku'nda hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken, aydınlatma çeşitlerine göre sınıflandırma yapmak mümkündür. Tedavi aydınlatmasında somut olayda tıbbi gereklilikler, güvenlik aydınlatmasında korunması gereken değerlere yönelik riskler, teşhis aydınlatmasında ise tıbbi bulguların ne olduğu önem taşımaktadır<sup>337</sup>. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14.

---

<sup>334</sup> Helen Aveyard, *The Requirement for Informed Consent Prior to Nursing Care Procedures*, *Journal of Advanced Nursing* 37 (3), (Şubat 2002) 244.

<sup>335</sup> Çilingiroğlu 65; Hakeri 132; Petek 204; Zevkliler 283; Tam olarak aydınlatılmış rızadan bahsedilemediği Arın Namal, "Hasta Hakları ve Etik", A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007) 100.

<sup>336</sup> Ozanoğlu 70; Ayan 75; Bayraktar 128, dpn. 39, Y. 4HD. KT, 17.10.1964, E. 6458/K.4925; Dural/Öğüz 103; Erdem Büyüksağış, *Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı – Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım*, AÜHFHD, Cilt: 54., Sayı: 4, (Ankara: 2005) 125; Çağlar Özel, Burcu G. Özcan, "Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, C.10, S.1 (2007) 64.

<sup>337</sup> Zeytin 180; Özgül 213.

maddesinde<sup>338</sup>, aydınlatmanın kapsamını belirleyen genel bir hüküm bulunmaktadır. Bu maddeye göre, teşhis için alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerekmektedir. Aydınlatmanın kapsamı alanında, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15/1. maddesinde; hastanın sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Aynı Yönetmeliğin 31.maddesinde ise hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılmasına yer verilmiştir. Bunlara ilaveten Hekimin Meslek Etiği Kuralları' nın 26.maddesinde; hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularını içeren aydınlatmanın kapsamı hakkında bir düzenleme bulunmaktadır. Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı'nın 15. maddesinde de<sup>339</sup>, aydınlatma sırasında üzerinde durulması gereken başlıklar belirtilmiştir.

---

<sup>338</sup> Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14.maddesi: “ Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırahını 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 lazımdır. 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 tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir”.

<sup>339</sup> Söz konusu Yönetmelik Aydınlatılmış onam konusunda SB Tedavi Hizmetleri GM. Hasta Hakları Şb. tarafından hazırlanmıştır. Bilgilendirmenin İçeriği Madde 15- (1) Bireye verilecek bilgi;

- Önerilen tedavinin içeriği,
- Önerilen tedavinin amacı ve başarılı olma şansı,
- Önerilen tedavinin avantajları ve riskleri,
- Önerilen tedavinin varsa alternatifleri,
- Önerilen tedavinin potansiyel sonuçları,
- Tedavinin red edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek riskler ve yararlar,
- İyeleştikten sonra beklenen büyük problemler ve hastanın normal yaşamına ve günlük aktivitelerine dönebilmesi için gerekli olan süre,
- Önerilen tedaviyi hastaya uygulayacak olan sağlık hizmeti sunucusunun kimlik bilgileri ve profesyonel deneyimleri,
- Kullanılacak ilaçların özellikleri, süresi, kullanım şekli, yan etkileri ve ilaçların etkileşimleri,

Aydınlatmanın genel olarak kapsamı somut olayın özelliklerine göre ortaya konmalı ve hasta esas alınmalıdır. Bu bağlamda, aydınlatmanın kapsamı belli durumlarda genişleyebileceği gibi belli bazı durumlarda ise, daralabilir. Tıbbi müdahalenin gerekliliği azaldıkça, aydınlatmanın kapsamı daralır<sup>340</sup>. Aydınlatmada ölçü bizzat hastanın kendisi olmakla birlikte aydınlatma içeriği makul ve ortalama bir hastanın tıbbi müdahaleye rıza vereceği düşüncesiyle<sup>341</sup> objektif kıstaslara ve hastanın beklentilerine göre yapılmalıdır<sup>342</sup>. İyileştirmede kullanılacak tedavi yönteminin seçimi açısından, her birinin hastaya ne gibi bir etkisinin olacağı da, aydınlatma yükümlülüğü kapsamındadır.

Aydınlatmanın kapsamının belirlenmesinde, müdahalenin acilliği ve rizikonun ağırlığı önemlidir. Bunun nedeni, hastanın sağlığının daha önemli olması ve tıbbi müdahalenin yapılması zorunluluğunun bulunmasıdır. Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ile müdahalenin acilliği arasında bir ters orantı olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, özellikle acil durumlarda ve hastanın yaşamı tehlikeye girdiğinde, verilecek bilgilerin en temel noktalara indirgenebileceği kabul edilmektedir. Buna karşılık, bu durumun, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlanması anlamına gelemeyeceği, yaşamı yakın bir tehlike altında da olsa, hastaya, müdahalede bulunup bulunulmayacağı üzerinde bir seçim hakkı tanınması gerektiği kabul edilmektedir<sup>343</sup>. Hekim bu durumda makul ve ortalama bir hastanın tıbbi müdahaleye rıza vereceği savıyla hareket etmektedir<sup>344</sup>. Bununla birlikte tıbbi müdahale için zorunluluk hali olsa da hastanın belirlenebilen ortalama iradesi de dikkate alınmalıdır<sup>345</sup>. Acil durumlarda hekim yanlış tedavi nedeniyle hastanın zarara uğramasına neden olursa haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu doğacaktır. Ancak, hasta ile arasında daha önce kurulmuş bir sözleşme ilişkisinin

---

i) Tedavi sonrası sağlığı için istenilen yaşam tarzı ve evde bakım şekli,

j) Gerektiğinde yeniden aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşacağı, hususlarını içermelidir.

<sup>340</sup> Özsunay 39; Ayan 76; Çilingiroğlu 65; Büyükay 62.

<sup>341</sup> Özsunay 52 vd.; Hakeri 132.

<sup>342</sup> Yenerer Çakmut 253; Makul hasta esas alınırken genel yaşam standartları yanında, somut olaydaki nitelik ve şartlara sahip olan münferit hastalarda dikkate alınmalıdır. Bkz. Şenocak 48; Gündüz/Kırımlıoğlu/Eşiyok/ Erdemir Demirhan 29.

<sup>343</sup> Erman 111.

<sup>344</sup> Yenerer Çakmut 253.

<sup>345</sup> Hakeri 136; Yenerer Çakmut 253.

olması ve bu sözleşme ilişkisine dayanarak yapılan tıbbi müdahale sırasında oluşan bir durum nedeniyle hastanın rızası alınmaksızın yeni müdahale gerekmişse, yeni müdahale sırasında (ameliyat sırasında) zarar doğması halinde hekimin sorumluluğu, sözleşme ilişkisine göre belirlenecektir<sup>346</sup>.

Tıbbi müdahalenin, acil olmadığı tehlikeli olduğu ya da kimi estetik operasyonlar gibi tedavi amacı taşımadığı durumlarda ise hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir<sup>347</sup>. Bunlara ilaveten, dönüşü olmayan, cinsiyet değişikliği, doku organ ve embriyon aktarmaları gibi önemli tıbbi müdahalelerde, aydınlatmanın kapsamı, daha da genişleyecektir.<sup>348</sup>

Aydınlatmanın kapsamını belirleyen bir diğer husus ise tıbbi müdahalenin taşıdığı riskler ile yaşanması muhtemel komplikasyonların sıklığıdır. Uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin şekli, kapsamı ve başarı şansı yanında, hastaya, bunun zorunlu ve muhtemel sonuçları da bildirilmelidir<sup>349</sup>. Ağır ve kalıcı zararlardan hasta haberdar edilmelidir. Ayrıca, bu tip genel ameliyat riskleri yanında, hastanın durumundan veya somut olayın özelliklerinden kaynaklanan tehlikeler anlatılmalıdır. Hekimin, değişik tedavi yöntemlerini uygulama imkânı varsa, bunların şanslarını ve risklerini açıklamalı, karşılıklı değerlerini tartıp ortaya koymalıdır. İlaçla tedavi veya ameliyat yöntemlerinden hangisini uygulayacağını belirtmelidir<sup>350</sup>. Yaşamsal tehlikesi az ancak tıbbi anlamda riski bulunan müdahaleler söz konusu olduğunda, zayıf risklerin de hasta ile tartışılması gerekir. Geri dönülmez sonuçlar doğurabilecek müdahalelerde, aydınlatmanın kapsamı genişletilmeli, hastanın neye rıza gösterdiğini tam olarak kavraması sağlanmalıdır<sup>351</sup>. Ayrıca, önerilen teşhis veya tedavi yöntemi reddedildiği takdirde ortaya çıkabilecek olumsuz gelişmeler de ayrıntılı bir şekilde hastaya anlatılmalıdır. Hekim söz konusu olan bütün bu bilgileri aktarırken hastanın anlayabileceği bir dil kullanmalıdır<sup>352</sup>.

---

<sup>346</sup> Büyüksağış 119.

<sup>347</sup> Şenocak 51.

<sup>348</sup> Özdemir (Aydınlatma) 361.

<sup>349</sup> Şeref Ertuş, *Alman Hukukunda Hekimin Meslekî Kusurdan Sorumluluğu*, EÜHFD, S.1, (1982) 188.

<sup>350</sup> Özdemir (Aydınlatma) 361.

<sup>351</sup> Erman112.

<sup>352</sup> Bayraktar 128.



## **b.Sınırları**

Hastanın tıbbi müdahale hakkında önceden bilgisinin olması veya daha önce benzeri bir müdahaleye tabi olmuş olması halinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daraltılabilir ya da aydınlatma gereği ortadan kalkabilmektedir<sup>353</sup>. Bu tür durumlarda hekimin, hastanın müdahale hakkında bilgili olduğu hususunu güvence altına alması gerekmektedir. Hastanın da bizzat müdahale konusunda bilgili bir hekim olması durumlarında, mesleği dolayısıyla tıbbi müdahale konusunda bilgisi olduğu varsayılabilir. Özellikle tıbbın yeni alanları veya uzmanlık gerektiren alanları bakımından her hekimin bu konuda bilgili olmasının söz konusu olmayabileceği göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla hastanın da hekim olma niteliği, aydınlatmanın türü ve kapsamını etkileyebilir ancak yükümlülüğü tamamıyla ortadan kaldırmaz<sup>354</sup>. Yargıtay da, bu konudaki bir kararında, beyin içindeki urun alınmasına yönelik bir ameliyatın ağır ve ciddi bir ameliyat olduğunu hastanın bilmediğini kabul etmenin mümkün olmadığını belirlemiştir<sup>355</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 10/2.maddesine göre, herkes kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkında sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. Bu bağlamda, hastanın, kendi geleceğini belirleme hakkı ile birlikte yaşam hakkı kapsamında, gerçekleştirilecek tedaviden vazgeçme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Hastanın, böyle bir talepte açıkça bulunması talebi aksine, aydınlatılmamaya örtülü rıza gösterdiğinin saptanması zorluk göstermektedir. Bu nedenle bu zımni iradenin kabul edilebilmesi için, hastanın bu yöndeki iradesinin açıkça ve ciddi olarak ortaya konabiliyor olması gerekmektedir<sup>356</sup>. Bu konudaki bir görüşe göre, aydınlatılmadan vazgeçme beyanının mutlaka açık şekilde yapılması gerekmektedir. Örtülü bir aydınlatılma hakkından vazgeçmenin geçerli olmayacağı belirtilmiştir<sup>357</sup>. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25.maddesi, tedaviyi reddetmenin yazılı olarak yapılması gerektiğini düzenlemektedir. Hastanın aydınlatmadan tamamen vazgeçmesinin mümkün olmaması gibi, kendisine uygulanacak tüm tıbbi müdahalelere razı

<sup>353</sup> Özsunay 45; Boran 102; Şenocak 57.

<sup>354</sup> Hakeri 139.

<sup>355</sup> Y.4HD. E. 64/6458, K.64/4925 (naklen, Bayraktar 125, dph. 18); Erman 116.

<sup>356</sup> Erman 116; İpekyüz Yavuz 88; Zeytin 184.

<sup>357</sup> Ayan 79; Özsunay 44; Çilingiroğlu 67; Hakeri 138.

olduğunu ve aydınlatılmak istemediğini içeren bir sözleşme yapması da mümkün değildir<sup>358</sup>. Bu husus aynı zamanda, Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 27.maddesinin “bilgilendirilmeme hakkı” başlığı altında düzenlenmiştir.

Hekim hastasının hukuka aykırı vazgeçmesini dikkate alarak yapmadığı aydınlatmadan sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, aydınlatılma hakkının vazgeçilebilecek bölümü, ancak müdahalenin yürüyüşü ve tehlikeleri ile ilgili ayrıntı içeren noktalara ilişkin olabilecektir<sup>359</sup>. Yeni tıbbi yöntemlerin uygulanması hakkında ise, vazgeçilmesi mümkün olmayan temel aydınlatma ölçütü konmaya çalışıldığı ve araştırmacının, denemenin karakteristik özellikleri konusundaki aydınlatmadan kesinlikle vazgeçilemeyeceği sonucuna ulaşıldığı görülmektedir<sup>360</sup>. Medeni Kanun'un 23/2.maddesi ise bu hususun dayanağını oluşturmaktadır. Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi de ancak hukuka ya da ahlaka aykırı bir irade beyanı olarak değerlendirilmediği sürece, hukuken geçerli sayılacaktır. Bu bağlamda, hastanın mutlak surette ve kapsamlı olarak aydınlatılması gereken durumlarda yaptığı bir vazgeçme hukuken geçerli bir irade beyanı olarak değerlendirilemez.

Hastanın açıkça ve serbest iradesiyle aydınlatmadan vazgeçmesi<sup>361</sup> ile tıbbi zorunluluk durumlarında, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi aranmaz. Tıbbi müdahalenin derhal yapılmaması, hastanın yaşamı ve sağlığı açısından ağır tehlike oluşturacaksa, aydınlatma yapılmaması mümkündür<sup>362</sup>. Hastanın aydınlatılması yükümlülüğüne istisna teşkil eden tıbbi zorunluluk durumuna ilişkin ilk ihtimal, gecikmeksizin tıbbi müdahalede bulunulması gereken *hastanın bilinçsiz*

---

<sup>358</sup> Çilingiroğlu 68; Zeytin 183; Özgül 222.

<sup>359</sup> Erman 117.

<sup>360</sup> Giesen 221

<sup>361</sup> Aşçıoğlu 34; Özsunay 44, Özsunay 58 “Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi halinde aydınlatma ödevi son bulur”, temel bilgileri okuyan, ancak hastalığı hakkında soru sormayan hastanın durumunu “zararın doğumuna birlikte sebep olma” haline örnek olarak ileri sürmüştür.” ; Dural/Öğüz’e göre ise, hastanın aydınlatılma hakkından feragat etmesi halinde dahi, hayati tehlike varsa, hasta aydınlatılmalıdır(s.101); Aynı görüşte, Arpacı 114.

<sup>362</sup> Yelmer 29; Ayan 79; Köprülü 594; Özsunay 43; Çilingiroğlu 68; Özdemir 106; Öztürkler 76; Hakeri 141.

*olması* durumudur. Bu duruma ilişkin olarak, kazada bilincini kaybetmiş ve ağır yaralı birine yapılacak müdahaleler açısından aydınlatma yapma zorunluluğunun ortadan kalkacağı örneği verilebilmektedir. Buradaki zorunluluk, bizzat mevcut durumun kendisinden kaynaklanmaktadır<sup>363</sup>. Ancak müdahale sırasında hastaya başka bir müdahalenin yapılması gerekirse, bu durumda operasyona ara verilmesi hasta için olumsuz sonuçların doğmasına sebep olacaksa, rıza şartı aranmaz ve müdahaleye devam edilir<sup>364</sup>. Öngörülen tedavinin, hastanın objektif menfaati dikkate alınarak genişletilmesinin öngörülebilir nitelikte olması halinde, hekimin bu konuda da aydınlatma yapması gerektiği ifade edilmiştir. Müdahaleden önce öngörülebilmesi mümkün olmayan genişletmeler söz konusu olduğunda izlenecek yol bakımından ise, ikili bir ayrıma gidilmiştir. Genişletmenin hayati bir tedaviyi amaçlamaması yanında yüksek riskler taşıması söz konusu ise, aydınlatma yapılmaksızın müdahaleye devam edilebileceği savunulmuştur. Ancak genişletme tehlikeli değilse ve hastanın ayrıca aydınlatılmadan onam vereceği bir müdahale ise hastanın onamını almak bakımından operasyonunun durdurulması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>365</sup>. Bilinci yerinde olmayan kişiye sırf inancı gereği, ölüme terk etmek kanaatimizce yerinde değildir<sup>366</sup>. Hekim kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeli ve kişiye yardım etmelidir. Yani onun hayatını kurtarmak için gerekeni yapmakla hekim kanunen yükümlüdür.

Hastayı aydınlatmanın, tedavinin yürüyüşü açısından olumsuz bir etki yaratacağının öngörülmesi halinde, hekimin yükümlülüğü sınırlanabilecektir. Bu husus Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19.maddesinde; *“Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir*

<sup>363</sup> Ayan 79; Özsunay 43; Çilingiroğlu 47; Boran 95.

<sup>364</sup> Özsunay 44.

<sup>365</sup> Ayan 80.

<sup>366</sup> Çilingiroğlu 48–49; Yenerer Çakmut 233.

*teşhis ailesine bildirilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 14/2.maddesinin 2. cümlesinde de, hastalığın vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması için uygun olduğu hükme bağlanmıştır. Hekimin tedavi gereği olarak da hastayı aydınlatma zorunluluğunun ortadan kalkabilecektir. Hastanın bazı konularda bilgilendirilmesi, tedavi sürecini olumsuz etkileyebileceks, hekimin aydınlatma yapmamasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir<sup>367</sup>.

Aydınlatmanın tedavisi zor bir hastalığa ilişkin olması halinde, hastanın aydınlatılma sonrasında psikolojik açıdan büyük zarar görme ihtimalinin bulunduğu durumlarda, aydınlatmanın tehlikenin daha da artmasına sebep olması ihtimalinde ve üçüncü kişilerin korunması amacıyla aydınlatma zorunluluğundan vazgeçilebileceği kabul edilmektedir<sup>368</sup>. Bir diğer görüş ise, hastaya durumu ne kadar ümitsiz olsa ve ameliyatın sonuçları ne kadar tehlikeli olursa olsun, ancak hastanın sağlık ve yaşamı yapılacak aydınlatma ile tehlikeye girecekse hekimin aydınlatma yükümlülüğünde muaf tutulabilmesi mümkün olacaktır. Sadece psikolojik olarak hastanın etkilenebileceği görüşü ile aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi mümkün değildir<sup>369</sup>. Hasta yakınları gibi üçüncü kişilerin zarar görmesi gibi ayrıksı durumlarda da aydınlatma zorunluluğunun sınırlandırılabilir ya da tamamen kaldırılabilir kabul edilmektedir.

Aydınlatmanın hasta açısından anlamını yitirmiş olduğu durumlarda, hastanın aydınlatılması zorunluluğunun ortadan kalktığı kabul edilir. Hastanın, hastalığının terminal safhasına girdiği dönemde veya tedavisi mümkün olmayan bir hastalığı olması durumlarında aydınlatmanın anlamsız kalacağı açıksa, hastanın ıstırabını azaltmak amacıyla aydınlatma ödevinin ortadan kalkacağı belirtilmektedir<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> Ayan 81; Köprülü 594; Özsunay 46; Çilingiroğlu 69; Erman 117; Yılmaz 35; Hakeri 140; Özdemir 107; Özkan 117; Boran 101.

<sup>368</sup> Ayan 81; Özsunay 46-47; Erman 118-119; Öztürkler 76; Hakeri 140-141.

<sup>369</sup> Şenocak 55; Öztürkler 74; Özsunay 46; Özgül 225.

<sup>370</sup> Hakeri 142; Özsunay 45; Ayan 81; Çilingiroğlu 68; Özdemir 108, Yılmaz 38; Öztürkler 77.

## 6. Aydınlatma Yükümlülüğü İhlalinin Sonuçları ve İspat Yükümlülüğü

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi; hastanın rızasının geçersiz olmasına ve hekimin tıbbi müdahalesinin hasta yararına olsa bile hukuka aykırı olmasına sebep olacaktır<sup>371</sup>. Özel hukuk bakımından, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hekimin tazminat sorumluluğuna yol açabilmektedir. Ancak, ceza hukukundan farklı olarak, aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline rağmen hastanın iyileşmesi, sağlığında herhangi bir zararın meydana gelmemesi durumunda, ortada maddi bir zarar olmadığından tazminat sorumluluğu doğmasa da<sup>372</sup>, kişilik haklarının ihlali açısından manevi tazminat talebi mümkün olabilir<sup>373</sup>. Ceza hukuku açısından değerlendirildiğinde ise, hekimin yaralama suçundan dolayı sorumlu olmasına sebep olabilmektedir. KAHY' in 32/1.maddesine göre, yönetmelikte belirtilen hükümlere aykırı davranan ve faaliyette bulunanlar hakkında fiillerinin niteliğine göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanacaktır.

Kural olarak, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı hekime aittir. Hekim aydınlatmanın ve rızanın varlığını ispat ederek tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğunu kanıtlayabilir. Aydınlatma işlemi; hekim tarafından, hastanın karar verme yeteneğini olumsuz etkilemeyecek bir zamanda, tıbbi müdahalenin aciliyetinin ve taşıdığı risklerin doğru anlatıldığı veya hastanın aydınlatılmasına gerek olmayan durumlardan birinin mevcut olduğu<sup>374</sup>, var olan belgelerle de desteklenerek ispatlanabilir. Yargıtay da aydınlatmaya ilişkin ispat yükümlülüğünün hekimde olduğunu kabul etmektedir. Ceza hukuku açısından ise, aydınlatmanın yapıldığı ispat yükü hekimde değildir. Ceza hukukunda ispat külfeti söz konusu olmayıp, her türlü vasıta ile ispat mümkündür. Bu itibarla, aydınlatmanın

---

<sup>371</sup> Yener Ünver, *Tıbbi Riskin Ceza Hukuku Görünümü*, Uluslararası Katılımlı 3.Ulusal Tıp Etiği Kongresi, Kongre Kitabı C.1, (Bursa: 2003) 124. ; Gündüz/Kırımlıoğlu/Eşiyok/Erdemir Demirhan 30.

<sup>372</sup> Hakeri 143.

<sup>373</sup> Özsunay 57; Aksi görüş Zeytin 188, aydınlatma ve rızanın hiç bulunmadığı hallerde hasta sağlığına kavuşsa dahi, manevi zararın varlığı kabul edilirken, rızanın olduğu ancak aydınlatmanın hiç veya gereği gibi yapılmadığı durumda, hasta sağlığına kavuşmuşsa tazminata hükmedilmemesi gerektiği, zira sorumluluk halinin aşırı genişlemesine izin verilmesi olarak yorumlamaktadır.

<sup>374</sup> Fischer 15.

yapıldığı tanıklarla da ispatlanabilir<sup>375</sup>. Hekimin ceza sorumluluğu söz konusu olduğunda, bu yükümlülüğe uymuş sayılabilmesi için daha basit ölçüler ve düşük standartlar belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>376</sup>. Kural olarak, aydınlatma yükümlülüğünü eksik olarak yapan hekimin gerçekleştirdiği tedaviye gösterilen rıza geçersiz olacaktır. Hekim kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmesine karşın, hastanın baştan beri içinde bulunduğu yanlış ortadan kalkmamışsa, hastanın verdiği rıza geçerli olacaktır. Buna karşılık hekimin yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda, kusurluluk çeşidine bağlı olarak kasten veya taksirli adam öldürme veya yaralama suçundan cezalandırılacaktır<sup>377</sup>. Diğer tarafta, riskler ve yan etkiler bakımından hastanın çıkarları dikkate alındığında, söz konusu müdahale açısından yeterli bilgilendirme yapılmaması ceza hukuku açısından hukuka aykırı bir fiil oluşmasına sebep olur<sup>378</sup>. Hekimin, aydınlatma yükümlülüğü olan konuyu saptamada veya değerlendirmede taksirinin bulunması, aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Eksik aydınlatmada bulunulması sonucu hekimin ceza sorumluluğunun doğabilmesi için, aydınlatma yükümlülüğüne tam olarak uyulmasının, hastanın iradesini de değiştirecek bir sonuç doğuracak olması aranmaktadır<sup>379</sup>. Özel hukuk alanında ise, salt aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığın, başlı başına bir meslek kusuru ve sorumluluk nedeni olarak görüldüğü belirtilmelidir. Aydınlatma yükümlülüğünün hekim tarafından yerine getirildiğinin ispatı, teşhis ve tedavi sözleşmesinin bir tarafı olan hekim için oldukça önemlidir. Taraflar arasında bir sözleşme söz konusu olduğundan 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun<sup>380</sup> 112.maddesi gereği, ispat yükü ters çevrilmiştir. Borçlu, alacaklıya karşı borcun yerine getirilmemesinde herhangi bir kusurunun olmadığını ispatla yükümlüdür. İspat yükünün ters çevrilmesi sadece kusur içindir. Bunun dışında kalan zarar, uygun

---

<sup>375</sup> Hakeri 143-144.

<sup>376</sup> Rıgızahn, Ernest; "Anmerkung", BGH, 29.06.1995 tarih ve 4 StR 760/94 sayılı kararı üzerine; JR 1996, s.73, 74. Aktaran Erman 121.

<sup>377</sup> ROXIN, AT/I, §13, no.80, Aktaran Erman 121.

<sup>378</sup> Koch, s. 228, Aktaran Erman 121.

<sup>379</sup> BGH, 29.06.1995 tarih ve 4 StR 760/94 sayılı kararı üzerine; JR 1996, s.68 vd., s.71, Aktaran Erman 246.

<sup>380</sup> 6098 sayılı Borçlar Kanunu 11.1.2011 tarihinde kabul edilerek, 4.2.2011 tarihli, 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu kanunun yürürlük tarihi ise 1 Temmuz 2012'dir. Bu kanun yürürlüğe girene kadar uygulanacak olan 818 sayılı Borçlar Kanunu 22.4.1986 tarihinde kabul edilerek, 29.4.1986 tarihli, 359 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Kanun'un 96. Maddesine göre "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.

illiyet bağı ve sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında genel kural geçerli olup ispat yükü alacaklı üzerindedir<sup>381</sup>.

Müdahale aydınlatmasında(otonomi aydınlatması) ise, hekim, hastanın anayasal anlamda korunan vücut bütünlüğüne müdahale edebilmesi için bir hukuka uygunluk sebebinin olması gerekir. Burada hukuka uygunluk sebebi, hastanın rızasıdır. Bu durumda, hekimin tıbbi müdahalede bulunduğu hukuka uygunluk sebebinin bulunduğunu ispat etmesi gerekir. Bundan dolayıdır ki hekim, hastaya olası mevcut riskler hakkında gerekli açıklamalar yaparak rızasını aldığını (aydınlatılmış rıza)<sup>382</sup> ispat etmek zorundadır. Bundan dolayı, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini hekim ispat etmek zorundadır. Burada, kişinin müdahaleye rızasının bulunmadığına ilişkin yasal karine (TMK.24) ters çevrilmektedir<sup>383</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğünün ispatı konusu, aydınlatma türlerine göre farklılık göstermektedir. Hastanın hekime danışması sırasında veya tedavi amaçlı bilgilendirme sırasındaki ihmaller ve hatalar hekimin uygulama hatası olarak kabul edilirler ve ispat hukuku bakımından buna ilişkin kurallara tabidir<sup>384</sup>. Hekimin aydınlatmada yanlış bilgi vermesinin nedeni kendi yanılması da olsa, sorumluluğu vardır. Gerçek olgulara ve bilimsel verilere dayanmayan bilgiler, aydınlatma olarak kabul edilemez ve bu tür bilgiler tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmaz<sup>385</sup>. Tedavi aydınlatmalarında ise, müdahale aydınlatmalarından farklı olarak aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmede özen yükümlülüğünün bir ihlali olduğundan, aydınlatma yükümlülüğünün gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı, hastaya aittir. Alman hukukunda kabul edilen ve Türk hukukunda da benimsenmesi doktrinde tavsiye edilen bir görüşe göre özellikle hekimin ağır bir mesleki hatasının bulunması

---

<sup>381</sup> Murat Doğan, *Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı*, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, (Ankara: 2007) 39 vd; A. Cem Budak, Türk Medeni Usul hukukunda Tıbbi Deliller, YÜHFD. C. III, S. 2., (2006/2) 351 vd.

<sup>382</sup> Aydınlatılmış rıza, hekimin hastasının özerkliğine saygı göstermesiyle ilgili olup, kişinin kendi sağlık durumu hakkında bilgi sahibi olması anlamına gelir. Aydınlatılmış rıza ile, kişi, hastalığı ile ilgili olarak özgür bir biçimde karar verebilme hakkına sahiptir (Bayraktar, Tıp Etik, 4-5).

<sup>383</sup> Ozanoğlu 75; Özdemir 371.

<sup>384</sup> Hakeri 144.

<sup>385</sup> Aşçıoğlu 28.

durumunda, ispat yükü ters çevrilmelidir. Aslında burada tam bir ispat yükünün ters çevrilmesi olayı söz konusu olmayıp sadece ispat yükü hasta yararına kolaylaştırılmaktadır. Bunlar, hekimin tedavi hatası ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının olması, tedavi hatasının olması ve bununla ilgili tutulması gerekli kayıtların tutulmaması, hatalı muayene, delillerin yok edilmesi, ağır meslek kusur, organizasyon eksikliği ve tıbbi müdahalede uygun olmayan yardımcı personelden yararlanma, zararın artmasına sebep olmak şeklindedir<sup>386</sup>.

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğunda, hekimin kusurunun ispatı sözleşme hükümlerine göre oldukça zordur. Çünkü bütün deliller hekimin elinde bulunmaktadır. Bundan dolayıdır ki hekimin kusurunun ispatı sözleşmeye dayanan hükümlere göre daha kolaydır<sup>387</sup>. Hastanın hekimin kusurunun ispatı ağırlaştırılmamalıdır. Çünkü hasta hekim karşısında daha güçsüzdür<sup>388</sup>. Bundan dolayı, hastanın somut olay bakımından hayat tecrübelerine göre olumsuz bir durumun varlığını ortaya koyduğu hallerde, hekimin özen borcuna aykırı davrandığını ispat etmiş kabul edilmelidir. Özellikle de hekimin yükümlülüğünü ihlal etmesi durumlarında, ispat yükü ters çevrilmelidir<sup>389</sup>.

---

<sup>386</sup> Özdemir 372.

<sup>387</sup> Y.13HD. KT. 01.07.1991, E.3677/K.7318; Eraslan Özkaya, Vekâlet sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, (Ankara: 2005) 428–429.

<sup>388</sup> Başpınar 210.

<sup>389</sup> İpekyüz Yavuz 126.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TIBBİ MÜDAHALELERDE ARANAN RIZA KOŞULUNUN SAĞLANAMADIĞI DURUMLAR

#### I. Varsayılan Rıza

##### A. Genel Olarak

Uygulamada açık ve zımni rıza dışında, tıbbi müdahaleler bakımından büyük önem taşıyan varsayılan rızadan da bahsedilmektedir. Varsayılan rıza, müdahaleye maruz kalacak kişinin gerçek (açık ya da zımni) rızasının alınmadığı ya da kanuni temsilcisine de ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde, bu beyanda bulunması gereken kişinin gerçek iradesi üzerinde bir tahminde bulunarak, ilgilinin menfaatine göre hareket etme ilkesine dayalı ve yapılan eylem açısından “bir hukuka uygunluk nedeni olarak”<sup>390</sup> kabul edilebilen kendine özgü ikincil nitelikte bir kurumdur<sup>391</sup>. Bir başka tanıma göre ise varsayılan rıza esas itibariyle, beyanda bulunması gereken kişinin tahmin edilen iradesi ile olası tam tersi yöndeki iradesi arasındaki çatışmanın, hukuk düzeni tarafından nesnel ve somut ölçütlere dayanarak çözülmesinden ibarettir<sup>392</sup>. Bu durum temelde, menfaatlerin dengelenmesi ilkesine dayanmaktadır. Bazen öyle olaylarla karşılaşılmaktadır ki, korunacak hukuki menfaat, zarar verilecek menfaatten daha üstün tutulmaktadır ve böyle bir halde gerçekleştirilen fiil, bazı şartların da varlığı halinde hukuka uygun kabul edilmektedir<sup>393</sup>.

Varsayılan rıza örtülü rıza veya tahmin edilen rızadan farklıdır. Örtülü rıza veya tahmin edilen rızası aranan kişinin gerçek bir iradesi bulunmakta, ancak bunu açık bir şekilde ifade etmediğinden dolayı, bu iradenin çeşitli ölçütlere dayanılarak

---

<sup>390</sup> Roseau, Henning, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, (Çev. Ali Kemal Yıldız), 2. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.2, (2006) 55; Özcan 30. Öğretide ağır yaralama oluşturan tıbbi müdahalelerde, varsayılan rıza değil, izin verilen risk hukuka uygunluk sebebinin kabul eden yazarlar vardır, Ünver, (izin verilen risk) 355, Çakmut 212,213.

<sup>391</sup> Yenerer Çakmut 211; Erman 139; Boran 95.

<sup>392</sup> Erman 139.

<sup>393</sup> İçel, Sokullu – Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver 184.

tahmin edilmesi gerekmektedir.<sup>394</sup> Varsayılan rızasının kullanılabilmesi için, duruma ilişkin gerçek ve açık bir rızanın bulunmaması veya kişinin, rızasını açık bir biçimde göstermemiş olması gerekmektedir. Buna varsayılan rızanın ikincilliği ilkesi denilmektedir. Bu ilke gereğince, önceden belirli bir yönde gösterilen irade geçerliliğini koruduğu sürece, varsayılan rızaya dayanılarak bu iradenin tersine sonuç doğurabilecek işlemler yapılamayacaktır<sup>395</sup>.

Varsayılan rıza tıbbi müdahaleler açısından değerlendirildiğinde, müdahaleye konu olan durum karşısında hastanın rıza göstereceği düşüncesi yatmaktadır<sup>396</sup>. Böylece, hastanın açık iradesine ulaşamadığı durumlarda, varsayılan rızanın koşullarına uyarak bir değerlendirme yapılması kabul edilmiş olmaktadır. Doktrinde, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70.maddesi gereği varsayılan rızanın kabul edilemeyeceği savunanların<sup>397</sup> yanı sıra, bu görüşü kabul edenler, tıbbi müdahalenin yapısı gereği yapılan düzenlemelerin dayandığı temel düşüncenin buna imkan verdiği gerekçesine dayanırlar. Bazı yazarlar varsayılan rızayı zorda kalışın özel bir şekli olarak sınıflandırırken, geri kalan çoğu yazar bu kavramı, diğerlerinden tamamen bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirmektedirler<sup>398</sup>.

Varsayılan rıza, beyanda bulunması gereken kişinin açık bir irade beyanının elde edilemediği durumlarda, göstereceği gerçek iradesi üzerinde bir tahminde bulunmaya ve bunun sonucuna göre hareket etmeye dayanmaktadır<sup>399</sup>. Dolayısıyla hekim, varsayılan rızayı değerlendirirken, hastanın durumuna ilişkin iradesini belli edebilecek olsaydı, bunun ne yönde olabileceğini göz önünde bulundurmalıdır. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu başkası yararına hareket esasına<sup>400</sup> dayandığından, somut olayın ivediliği ve özelliği, yapılan eyleme mağdurun rızasını değerlendirmede kıstas olarak kabul edilmektedir. Hekim de bu varsayılan rızanın

---

<sup>394</sup> Erman 142-143.

<sup>395</sup> Erman 150

<sup>396</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, (İstanbul: 2008) 567.

<sup>397</sup> Arpacı 117.

<sup>398</sup> Erman 142.

<sup>399</sup> Erman 139-140.

<sup>400</sup> Erman 142.

kabul edilebileceği alanda müdahalede bulunuyorsa, varsayılan rıza geçerli olacak ve açık rızayla aynı etkiyi doğuracaktır<sup>401</sup>.

Uluslararası belgeler arasında iradesini açıklayacak durumda olmayan hastanın iradesinin belirlenmesi ve kendi geleceğini belirleme hakkına da saygı gösterilmesi konusunda, Biyotıp Sözleşmesi'nin 9.maddesinde konuyla ilgili düzenleme şöyledir: “*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır*”. Buna bağlı olarak aynı Sözleşme'nin 8.maddesinde ise acil bir durum nedeniyle uygun rızanın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahalenin yapılabileceği düzenlenmiştir. Dünya Sağlık Örgütü'nün 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin 3.3.maddesine göre, “*Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir.*” Aynı Bildirge'nin 3.7. maddesine göre ise, “*Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak alternatif karar alma biçimi için uygun değerlendirmeler yapılmalıdır.*” Hastanın uzun süre bilinçsiz kalması halinde kendisine bir vasi atanmalıdır<sup>402</sup>.

Hekim, varsayılan rızası araştırılan hastanın iradesinin ne yönde olduğu konusunda hiçbir belirtiyeye ulaşamadığında, objektif olarak hastanın en yararına olan çözümü benimseyebilecektir<sup>403</sup>. Hastanın varsayılan rızasının tespiti hekimin görevidir. Bu konuda hekimlere ağır yükümlülükler yüklenmemelidir. Aksi halde, hekimlerin aciliyeti olan müdahaleleri gerçekleştirirken, hastanın varsayılan rızasına

---

<sup>401</sup> İçel, Sokullu – Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver 184.

<sup>402</sup> Hakeri 168; Rosenau 55. “Durumun acil olduğu kabul edilerek öncelikle Biyotıp Sözleşmesi'nin 8.maddesi çerçevesinde kanuni temsilcisinin rızasına başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Bu kimseler hasta yerine geçerek kendi kanaatlerini açıklamamalı, sadece hekime kendi kanaatlerine göre hastanın böyle bir durumda göstereceği gerçek iradesinin ne olacağı konusunda bilgi vermelidir.”

<sup>403</sup> Erman 140.

ilişkin gerekli koşulların mevcut olduğu kabul edilse bile, sorumluluk almaktan kaçınabilmek için müdahalede bulunmadan vazgeçme ihtimali söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla hekimin müdahalesi ne ölçüde ağır ve kapsamlı ise, hastanın muhtemel rızasının belirlenmesine ilişkin objektif esaslar da o derece özenli ve kapsamlı değerlendirilmelidir<sup>404</sup>.

## **B. Varsayılan Rızanın Hukuksal Niteliği**

Varsayılan rızanın, hukuka uygunluk nedeni olarak kabulünde, doktrinde farklı görüşlere bulunmaktadır.

### **1. İlgilinin Rızasına Dayanan Görüş**

Doktrinde yer alan bir görüşe göre varsayılan rıza, ilgilinin iradesinin somut koşullara göre yorumlanması şeklinde tanımlansa da, esasında mevcut hukuk düzeninde kabul edilen rıza kavramının genişletilerek uygulanmasından ibarettir<sup>405</sup>. Bir başka görüşe göre ise, gerçek ve varsayılan rıza birbirlerini tamamlayan bir ilişki içindedirler<sup>406</sup>. Dolayısıyla, ilgilinin kendi lehine olabilecek bir yarara karşı iradesini açıklayamadığı hallerde rızanın varsayılarak kabul edilebileceği savunulmuştur. Bu görüşe dayananlar varsayılan rızayı, “*failin beyan edilmediğini bildiği, ancak mağdur durumu bilseydi, beyan edeceğini varsaydığı rıza*” olarak tanımlamaktadır<sup>407</sup>. Aynı görüşü savunan bir başka yazar, varsayılan rızanın hem bireysel hukuksal yararları koruduğunu hem de kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını sağladığını savunmaktadır<sup>408</sup>. Somut koşullardan, olası “potansiyel iradenin” ortaya konulabilmesinin varsayılan rızanın kabulünün koşulu olduğunu, hareket

---

<sup>404</sup> Hakeri 166-167.

<sup>405</sup> Mezger 220-221, aktaran Kangal Zeynel T 227.

<sup>406</sup> Heidner 6, aktaran Erman 144

<sup>407</sup> Honig, Die Einwilligung des Verletzten I (1919), s.153 dn. 58'den aktaran ARNDT, s.27'den aktaran Erman 144.

<sup>408</sup> Erman 144.

noktalarının ilgilinin müdahaleye makul şekilde rıza göstermesinin gerekip gerekmediği düşüncelerinden de elde edilebileceğini ileri sürmüştür<sup>409</sup>.

Varsayılan rızayı ilgilinin rızası çerçevesinde açıklayan bu görüş eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, ilgilinin rızasında gerçek iradenin açığa vurulması söz konusu iken, varsayılan rıza normatif bir yapıya sahiptir<sup>410</sup>. Mağdurun rızasının, eylemin tipe uygunluğu olarak ileri sürenler ise, varsayılan rızayı yine de bir hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirmektedirler. Buna göre, eylemin hukuksal yararı ihlal etmemesi gibi bir sonuç ortaya çıkmamakta, ancak müdahale, fail tarafından yürütülen düşünsel bir değerlendirmeye dayanarak, hukuka uygun hale gelmektedir<sup>411</sup>.

Varsayılan rızada, ilgili herhangi bir nedenden ötürü iradesini oluşturma ve rızasını açıklama yeteneğini kaybetmiş ya da olan iradesini açıklayamamıştır<sup>412</sup>. Nitekim varsayılan rızaya dayanan kişi, bu hukuka uygunluk nedeninin<sup>413</sup> koşullarına ve ölçütlerine uygun hareket etmesine karşın mağdurun gerçek iradesine aykırı bir sonuca ulaşmış olsa bile hukuka uygunluk korumasından yararlanması gerekeceği savunulmuştur<sup>414</sup>.

## 2. Zorunluluk Durumuna Dayanan Görüş

Varsayılan rıza kurumunu zorunluluk durumuna göre açıklayan *Welzel*'e göre; *“Hukuka uygun hale getiren asıl neden, yararın<sup>415</sup> mağdur tarafından genel olarak feda edilmesi (böylece rıza) değil, aksine onun yararına pozitif olarak hareket edilmesidir. Varsayılan rızanın sınırlı gerekliliği, yalnız üçüncü kişilerin işgüzar*

---

<sup>409</sup> Hruschka 205 aktaran Kangal Zeynel T. 227

<sup>410</sup> Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 4. , aktaran Kangal 227; Erman 145.

<sup>411</sup> Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 4, aktaran Erman 145.

<sup>412</sup> Kangal 227.

<sup>413</sup> Doktrinde tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen durumlara göre(ağır yaralama halleri) hekimin sorumsuzluğu açısından izin verilen risk teorisinin uygulanması gerektiğini savunanlar vardır. Bkz. İzin verilen risk.

<sup>414</sup> Roxin, *FS Welzel*, s.449., aktaran Erman 145.

<sup>415</sup> Welzel, § 14 V, aktaran Kangal 228.

yardımlarını engellemelidir. Bu noktada rızaya ilişkin yaklaşımlarla maddi hak görüşünün kombinasyonu mevcuttur (maddi olarak ilgilinin yararına hareket edilmişse, şekli hak ihlali de yoktur)”. Bunun gerçekte zorda kalış hukuka uygunluk nedeninin bir özel görünüş biçimi olduğunu öne sürmektedirler. Bu düşünceye göre, “ön plandaki hukuka uygunluk nedeni, mağdurun korunan değerden vazgeçmesiyle oluşan, yararına gerçekleştirilen pozitif eylemdir. Bu düşünceyi savunanlara göre, varsayılan rıza kurumu açısından ilgili kişinin iradesinin önemszenmesi, bunun ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu veya mağdurun rızası temeline dayandığını göstermemektedir. Zira, burada aynı hukuksal konu süjesine ait değer yararları karşı karşıya gelmektedir. Schmidhäuser, ilgiliye ait bir konunun tehlikeye düşmüş olmasını ve bunun yalnızca ilgiliye ait konulardan objektif olarak daha az önemdeki başka bir konuya müdahale edilmek suretiyle kurtarılabilir olmasını varsayılan rızanın koşulları arasında saymaktadır<sup>416</sup>. Aynı şekilde Heidner de, hastanın rıza vermeye ehil olmadığı durumlarda sağlığına ilişkin yararlarının, kendi kararını vermeye ilişkin yararlarından önemli derecede ağır basması halinde hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun mevcut olduğunu ifade etmiştir<sup>417</sup>. Schlehofer varsayılan rızayı ağır basan yarar ilkesine dayandırmaktadır. Bu çatışmanın çözüme kavuşturulması için yararların birbirleriyle karşılaştırılmalarını ve ağır basan yarara öncelik verilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>418</sup>.

Bir diğer görüş ise, kendi yararına hareket durumunu eylemin toplumsal uygunluğu ile açıklamaya çalışmışlardır. Buna göre, bu gibi eylemler toplum içinde genel olarak uygulandıkları ve kabul gördükleri sürece hukuka uygun kabul edileceklerdir ve bu nedenle, varsayılan rızanın etki alanında bulunmamaktadırlar<sup>419</sup>.

Bu teoriler farklı açılardan eleştirilmiştir. Öncelikle varsayılan rıza belirlenirken, kişinin “gerçek yararı” ölçütünün uygulanamayacağı çünkü hukuk düzeninin kendi geleceğini belirleme hakkına öncelik tanıdığı ifade edilmiştir. Bu nedenle, açık bir rızaya uymanın gerekliliği kabul edildiğinde, çeşitli ipuçlarıyla

---

<sup>416</sup> Schmidhauser 9/49.

<sup>417</sup> Heidner, 163-164., Aktaran Kangal 228, dpnot 18.

<sup>418</sup> MünchKommStGB (SCHLEHOFER)], Vor §§ 32 ff., No: 137. Aynı yönde bkz. OTTO, s. 682. aktaran Kangal 228.

<sup>419</sup> Zipf, s.53-55, aktaran Erman 146.

ortaya konan ancak doğrudan edinilmesi olanaklı bulunmayan bir iradeye saygı gösterilmesi olanaklı olmayacaktır. Yine, gerçek irade belirlenebildiği durumlarda, kendi objektif çıkarına ters düşen seçeneği özgürce, hatta mantıksızca seçebilecek bir kişinin iradesinin, salt bunu ortaya koyabilecek durumda olmaması nedeniyle, üçüncü bir kişinin objektif değerlendirilmesi sonucu görmezden gelinmesinin kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Kendi yararına hareket örnekleri ise eylemin toplumsal uygunluğu ile tümüyle açıklanamaz; çünkü teörinin kişisel ilişkilere yeterince önem tanımadığı ileri sürülmektedir. Bir olayda zorda kalışın varlığından söz edilebilmesi için, iki ayrı hukuksal yarardan birinin daha öncelikli olması gerektiği, ama varsayılan rızada böyle bir durumun söz konusu olmadığı ifade edilmiştir. Ancak, varsayılan rızayı zorda kalışa bağlayan görüşün taraftarları, burada gerçekte bir değerler tartımı öngörmektedirler. Buna göre, özellikle tıbbi müdahaleler açısından, kişinin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkı ile kendi geleceğini belirleme hakkı arasında bir değerler tartımı söz konusu olmakta, kural olarak da, kendi geleceğini belirleme hakkının sübjektif iradesi varsayım yoluyla belirlenerek buna göre davranılmakta, dolayısıyla vücut bütünlüğü hakkı zedelenecek, kendisine tıbbi müdahalede bulunmaktadır<sup>420</sup>.

Varsayılan rızada, ilgili kişi olayı tam olarak bilseydi, kendi açısından harekete izin verirdi şeklindeki bir olasılık yargısı söz konusudur. Varsayılan rızada ilgilinin asıl yararına neyin uygun düştüğü değil, makul olmasa bile, tahmini olarak neyi isteyebileceği araştırılmaktadır. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumu, yapılan müdahalenin ilgilinin karşı iradesine önem atfedilmeksizin hukuka uygun kılındığı veya yalnızca rıza gösterilmesinin tek başına yeterli olmadığı olaylarla ilgilidir. Bu nedenle de hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun katı koşulları varsayılan rıza olaylarına uygun düşmemektedir. Ayrıca varsayılan rızada çoğu zaman korunan yarar ve ihlâl edilen yarar aynı kişiye ait olmakta ve yararlar karşılaştırması ilgilinin kendi geleceğini belirleme hakkına yönelmektedir. Bununla birlikte, varsayılan rızanın zorunluluk durumu kapsamında açıklanmasını reddedenler de, olayların çoğunda bir hakkına müdahale edilen kişinin

---

<sup>420</sup> Erman 145.

varsayılan iradesinin zorunluluk durumundaki yararlar karşılaştırmasının sonucuyla örtüşmesiyle, her iki kurumun birbirine yaklaştığını kabul etmektedirler. Ancak bunun yararlar karşılaştırmasının varsayılan iradenin elde edilmesinde yardımcı bir araç vazifesi gördüğü dile getirilmiştir<sup>421</sup>.

### 3.Vekâletsiz İş Görmeye Dayanan Görüş

Hekim kural olarak hastaya aralarındaki sözleşmeye dayalı olarak tıbbi müdahalede bulunmaktadır<sup>422</sup>. Ancak sözleşme dışında meydana gelen ve hekimin sorumluluğunun doğabileceği durumlar da söz olabilmektedir. Tıbbi müdahalelerde hastanın tedavinin uygulanmasına ilişkin bir sözleşme veya geçerli bir irade beyanı olmaksızın ancak hasta yararına yapılan müdahale vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmektedir. Bunun yanında var olan sözleşmenin şartlarının doktor tarafından zorunluluk nedeniyle genişletilmesi de vekâletsiz iş görme içinde geçerlidir<sup>423</sup>.

Klinik ilaç araştırmaları açısından olaya yaklaşıldığında ise, vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması zordur. Çünkü deneme mutlaka gönüllü kişinin rızasına dayanmalıdır ve tıbbi müdahalelerde görüldüğü gibi hastanın ameliyat edilmesi ya da başka deyişle narkoz almış olup muvafakatine başvurulamaması gündeme gelebilecektir<sup>424</sup>. Borçlar Hukuku kapsamında yer alan vekaletsiz iş görme kavramı, “iş sahibinin menfaatine uygun olarak girişilen ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayan davranış”<sup>425</sup> şekli olarak tanımlanmıştır. Örneğin, bilinci kapalı ve bu nedenle sözleşme için irade beyanında bulunması mümkün olmayan bir hasta için hekimin hastanın varsayılan iyileşme çıkarına ve iradesine

---

<sup>421</sup> LK-StGB (HIRSCH), Vor § 32, No: 129; LK-StGB12 (RÖNNAU), Vor § 32, No: 214. JESCHECK/WEIGEND, § 34 VII 1 a). KINDHÄUSER, § 19, No: 2. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, § 18, No: 5. LK-StGB (HIRSCH), Vor § 32, No: 129, 132; LK-StGB (RÖNNAU), Vor § 32, No: 214, 217. Aktaran Kangal 279.

<sup>422</sup> Ayan 49; Reisoğlu 12; Kaneti 61; İpekyüz Yavuz 129; Halide Savaş, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, Ceza-Hukuk, (Ankara: 2007) 296; Özkan 45; Ünal Er, *Sağlık Hukuku*, (Ankara: 2008) 36.

<sup>423</sup> Öztürkler 191; Ayan 113; Özkan 173.

<sup>424</sup> Özgül 92.

<sup>425</sup> Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, C.II, (Ankara: 1977) 445.



dayanarak tıp biliminin kuralları çerçevesinde yapacağı müdahale Borçlar Kanunu'nun 410. ve 411.maddesine<sup>426</sup> göre, kişinin iradesi ve elde ettiği yararı korumaya yönelik olduğundan vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilir ve hukuka uygun görülür<sup>427</sup>.

#### 4. İzin Verilen Riske Dayanan Görüş

Varsayılan rızanın hukuki niteliğini ve hukuka uygunluğunu izin verilen risk esasına dayanarak savunanlar da bulunmaktadır. Hekimlik uygulamasının doğasından kaynaklanan, gerekli özen ve dikkat gösterilmesi ve her türlü tedbirin alınmasına rağmen ortaya çıkmasından kaçınılamayan zararlar (*komplikasyon*<sup>428</sup>) *tibben izin verilen risk* olarak tanımlanmaktadır<sup>429</sup>. İzin verilen riskten söz edebilmenin ön koşulu, taksirli davranmamak ve özensiz davranışın yol açabileceği riskleri önleyici veya asgariye indirici ya da doğduğunda zarar veya tehlike neticesini mümkün olduğunca yapılacak müdahaleyle izale etmek için gerekli ve teknik güvenlik normlarının zorunlu kıldığı önlemleri almaktır.<sup>430</sup> Bunun yanı sıra aydınlatma bölümünde de detaylı bir şekilde incelediğimiz ve Yargıtay'ın da üzerinde durduğu husus, hastaya yapılacak müdahale sonucunda olabilecek komplikasyonlar hakkında gerekli aydınlatmanın yapılıp hastanın bilgilendirmesinin sağlanmasıdır<sup>431</sup>.

---

<sup>426</sup> YBK m.526. "Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür." **MADDE 527.** Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.

<sup>427</sup> Kudret Güven, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, (Ankara: 2000) 123; Şenocak; Savaş 295.

<sup>428</sup> Polat 32.

<sup>429</sup> M.Fatih Yavuz, *Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı*, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, (İstanbul: 2007) 100.

<sup>430</sup> Yener Ünver, *Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı*, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, (Mersin: Mersin Barosu Yayınları, 2009) 158.

<sup>431</sup> "Kullanılan bir ilacın yan etkisi ile ilgili olarak hastanın bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur...." **Yarg.** 13.HD. T.19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842.; "...ameliyattan önce böyle bir ihtimalden hiç bahsetmemiş olmasına rağmen, davalı doktorun hata ve kusuru nedeniyle, ameliyat sırasında sol kolundaki sinirlerin kesilmesi sonucu sol kolunun felç olduğunu..." **Yarg.** 13.HD. T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687, "davacıya 25.3.1998 gününde davalı hastanede yapılan anjiyografi sırasında davacının hastane mikrobu kapıp kapmadığı ve bunun sonucunda ayağının kesilip kesilmediği, yapılan anjiyografi eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı açıkça ortaya konulup tartışılmamıştır. Mahkemece,davacının rapora itirazları da göz

İzin verilen risk, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesindeki hareketlerden dolayı hasta yönünden istenmeyen sonuçlar meydana gelse bile bunun sorumluluğunun hekime yükletilemediği durumdur<sup>432</sup>. Hekimler meslekleri gereği müdahaleler için göstermek zorunda oldukları dikkat ve özene ilişkin gerekli şartları yerine getirirlerse de, tıbbi müdahaleler nitelikleri gereği her zaman tehlike ve önemli riskleri yapılarında taşıdıklarından beklenmeyen neticelerin meydana çıkması her zaman ihtimal dahilindedir<sup>433</sup>. Tıbbi müdahale sonucunda beklenmeyen ihtimallerin gerçekleşmesi ise tıbbi müdahalelerin normal sapma ve riskleri olarak değerlendirilmektedir<sup>434</sup>. Bu görüşü savunanlara göre, gerçek rızaya ulaşılamayan durumlarda, bu rızanın beklenmesinin yol açacağı risk ile alınması gereken rızanın alınmadan müdahalede bulunulması sonucu hak sahibinin iradesine aykırı davranmadan doğacak risk karşılaştırılarak, riski diğerine göre daha az olanın seçilmesinin uygun olacağı savunulmaktadır<sup>435</sup>. Bu değerlendirmenin yerindeliği ise, hak sahibinin görüşü alınabilseydi ne şekilde karar vereceği sorusunun, objektif ölçütlere uygun olarak yanıtlanması durumunu gözönünde bulundurularak saptanmaktadır<sup>436</sup>. Hekimlerin müdahale sırasında oluşabilecek komplikasyonlara karşı vereceği kararlarda özgür olma esasının yanı sıra gerekli özen ve dikkatle davranması gerekliliği bazı noktalarda taksirle işlenen suçlarla benzerlik göstermektedir. Hekimin sorumluluğu belirlenirken yapılan değerlendirmede taksir, hekimin sorumluluktan kaçınması ihtimalini meydana getirmekte ve yapılması gereken müdahalenin yapılmamasına veya ertelenmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle izin verilen risk kuramıyla hem hekimin sorumluluk alanı daha net bir şekilde belirlenecek hem de mesleki açıdan ortaya çıkabilecek risklerin normal

---

önünde bulundurularak dosyanın yeniden konusunda uzman bilirkişi kuruluna veya Adli Tıp Kurumuna gönderilerek taraf ve Yargıtay denetimine elverişli gerekçeli rapor alınmalı sonucuna göre karar verilmelidir." Endikasyon izin verilen risktir. **Yarg.** 13.HD. T.9.4.2002, E.2002/1376, K.2002/3840. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 13.11.2011)

<sup>432</sup> Erdem Aydın, *Tıp Etiğine Giriş*, (Ankara: Pegem Yayıncılık, 2001) 183-192; Erdem Aydın, *Tıbbi Etik ve Malpraktis*, Tıp Etiği Araştırmaları, (Ankara: Biyoetik Derneği Yayınları, 1999) 65; Ahmet Çolak, *Komplikasyon mu? Malpraktis mi?*. *Malpraktis davalarının Asli Unsurları*. Hekim Forumu Dergisi, (İstanbul: İstanbul Tabip Odası Yayın, 2003) 32- 33.

<sup>433</sup> Bayraktar 207; Yener Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, (İstanbul: 1998) 334.

<sup>434</sup> Kadri Keskin, *Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1994) 150; Yenerer Çakmut 247.

<sup>435</sup> Baumann/Weber/ Mitsch, § 17, no.116, aktaran Erman147.

<sup>436</sup> Roxin, FS Welzel, s.453, aktaran Erman147.

olarak değerlendirilmesi sağlanacaktır<sup>437</sup>. Zorda kalış durumundan yola çıkanların aksine, kişinin iradesi ile yararı karşı karşıya geldiğinde, maddi konunun niteliğine göre bir ayırım yapılmaktadır.

Tıbbi müdahalede bulunan hekim, tıbbın o gün itibarıyla ulaştığı seviyenin gereği olan method ve usulleri kullanarak gerçekleştirdiği teşhis, tedavi ya da operasyonlarda, meslek kurallarına uyduğu ve acemilik göstermediği sürece doğan sonuçlardan (bunlar zararlı olsa da) sorumlu olmayacaktır. Çünkü hukuk düzeni şartlarına uyularak yapılan tıbbi müdahalelerde, gereken dikkat ve özenin de gösterilmiş olmasına rağmen meydana gelebilecek ölüm veya yaralama olağan sayılmış ve müdahalenin normal riski olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla müdahale, hukuken kabul edilebilir olunca hekimin de sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.<sup>438</sup> Nitekim tıp biliminin standartları gereği bilinmesi gereken bilgilerin bilinmemesi hekimin sorumluluğuna sebep olmaktadır. Örneğin, tıbbın standart uygulamalarından biri, ameliyata alınacak olan hastaya, daha önceden bir takım tetkiklerin yapılmasıdır. Kanama ve pıhtılaşma zamanının belirlenebilmesine yönelik tektik de bunlardan biridir. Ancak, bu tetkik yapılmamış ve hastada kanama olmuş ise, bir zarar doğması halinde hekim sorumlu olacaktır<sup>439</sup>. Bu nedenle, hem adli tıp açısından hem de hukuki açıdan, her vaka kendi içinde değerlendirilmek durumundadır. Bir olay için komplikasyon olarak kabul edilen durum, bir diğer olayda hekimin kusuru olarak nitelendirilip, sorumluluğuna sebep olabilecektir<sup>440</sup>.

---

<sup>437</sup> Ünver (İzin Verilen Risk) 7; Erem Faruk, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, 14.Bası, (Ankara: Seçkin Yayınları, Ankara 1997) 477; Dönmezer/ Erman 255-256; Yenerer Çakmut 248; Erman 147.

<sup>438</sup> Çetin Özek, *Hekim ve Hukuk- Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları*”, İÜTFM., C. 28, (1965) 166; Bayraktar 207; Ünver (İzin Verilen Risk) 334; Keskin 150; Yenerer Çakmut 248-249.

<sup>439</sup> Yavuz 101.

<sup>440</sup> Yener Ünver, *Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi*, Sempozyum No: 2, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, MÜHF., (İstanbul: 2007) 55 vd.

## 5. Değerlendirme

Varsayılan rızanın en önemli koşulu, ilgilinin açık veya örtülü bir iradesinin olmamasıdır. Dolayısıyla ilgilinin elde edilebilir bir irade beyanı varsa, artık böyle bir değerlendirme yapmanın da anlamı kalmamaktadır. Varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumundan bağımsız değerlendirilmelidir. Bunun nedeni ise zorunluluk durumunda yapılan değerlendirmede yararlar objektif olarak karşılaştırılmakta ve ağır basan yarara önem verilmektedir. Buna karşılık varsayılan rızada, bir rıza varsayımının lehe ve aleyhindeki noktaların birlikteliği vasıtasıyla varsayılan irade araştırılmaktadır. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumu başka bir kişiyle toplumsal dayanışma yükümlülüğü düşüncesine dayanmasına karşın, varsayılan rızada çatışma durumu, ilgilinin varsayılan subjektif tercihine göre belirlenmektedir. Bu nedenle de varsayılan rıza, koşulları varsa zorunluluk durumuna göre öncelikle uygulanmalıdır.

Varsayılan rızayı vekâletsiz iş görme kurallarıyla açıklayan görüşler de isabetsizdir. Varsayılan rızada önemli olan nokta, ilgilinin tahmini iradesinin kendi yararı doğrultusunda ortaya konulmasıdır. Oysa vekâletsiz iş görmede hukuksal alanına müdahale edilen kişinin yararı ve varsayılan iradesi birlikte bulunmalıdır. İş sahibinin iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahip olduğunu ifade ederek vekâletsiz iş görmenin esas itibarıyla iş sahibinin menfaatine hareket edilmesi ilkesine dayandığını teyit etmektedir.

Varsayılan rızanın izin verilen riske dayanan görüşe daha uygun olduğunu ve yukarıda detaylı olarak açıkladığımız görüşlerden bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu düşünmekteyiz. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve özerkliğe saygı ilkesinin gereği, hastanın önceden açıklamış olduğu isteklerinin yerine getirilmesi beklenen ve istenen bir davranıştır. Buna göre ilgilinin gerçek rızasına ulaşılamayan durumlarda, bu rızanın beklenmesinin yol açacağı risk ile rızanın beklenmeden müdahalede bulunulması sonucu ilgilinin iradesine aykırı davranmadan doğacak risk karşılaştırılarak, bunlardan daha az olanı seçilmelidir. Eğer başkasının hukuksal alanına derhal müdahale edilmemesinin meydana

getireceği risk, ilgilinin iradesine aykırı olarak müdahaleden kaynaklanan riskten daha yüksek ise, bu müdahale varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olacaktır<sup>441</sup>.

Sonuç olarak, varsayılan rızanın kendine özgü şartları olduğundan bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Varsayılan rızanın hukuki niteliğini açıklamak için başvuru izin verilen risk görüşü, gerek hekimin hastası yerine subjektif değerlendirme yaparak hukuksal değer sahibini koruması, hem de tıbbi müdahale açısından hekimin sorumluluğunun belirlenebilmesi ve bundan yararlanabilmesi için daha elverişlidir.

### **C. Tıbbi Müdahalelerde Varsayılan Rızanın Koşulları<sup>442</sup>**

#### **1. İlgilinin Üzerinde Mutlak Surette Tasarruf Edilebileceği Bir Hakkının Bulunması ve Rıza Açıklamaya Ehil Olması**

Tıbbi müdahalelerde varsayılan rızanın söz konusu olabilmesi için, hastanın özgür iradesiyle karar verebilmesinin mümkün olmaması gerekir. TCK'nın 26/2.maddesinde, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edilebileceği bir hakka ilişkin göstereceği rıza, varsayılan rıza içinde kabul edilebilir.

Yaşam hakkı ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına öncelik tanınsa da, hasta için öngörülen varsayılan rızanın yaşamsal tehlike olmasa bile vücut bütünlüğüne yönelik büyük tehlikelere yol açabilecek rizikoların varlığı halinde de kabul edilmesi gerekmektedir<sup>443</sup>. Hastanın muhtemel rızası belirlenirken, somut durum göz önüne alınarak hastanın kişisel durumu, bireysel yararları ve değer yargıları esas alınmalıdır. Hastanın yakınlarının ve diğer ilgili kişilerin bu konuda gösterecekleri iradeleri ise belirleyici değil yardımcı niteliktedir<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> Ünver (İzin verilen risk) 188-198; Erman 147-149, 238; Yenerer Çakmut 211- 213; Kangal 195; Öztürk - Erdem 261.

<sup>442</sup> Erman 149-152.

<sup>443</sup> Hakeri 166.

<sup>444</sup> Hakeri 166-167.

## 2. İlgilinin Rızasını Açıklamamış Olması ve Rızasının Zamanında Alınma İmkânının Olmaması

Kişinin gerçekleşecek müdahaleye ilişkin olarak gerçek ve açık bir rıza göstermesi durumunda, varsayılan rızaya dayanarak müdahale etme imkanı ortadan kalkacaktır. Varsayılan rıza, ikincil olma özelliği gereği ancak gerçek rızanın mevcut olmaması halinde kabul edilebilecek bir hukuka uygunluk nedenidir. Önceden gösterilen iradenin geçerliliği korunduğu sürece, varsayılan rızaya dayanılarak müdahale edilmesi imkanı bulunmamaktadır. Nitekim kişinin açık iradesini belirttiği zamandan sonra belirlenmiş koşullarda önemli değişiklikler olmuşsa, bu değişen koşullar açısından varsayılan rıza dikkate alınabilir<sup>445</sup>.

Hemen veya daha sonra bir müdahalede bulunulmadığı takdirde, hastanın yaşamı veya sağlığı bakımından önemli bir tehlike meydana gelecekse, varsayılan rızayı kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, önemli bir tehlike mevcut olsa bile, müdahale hastanın fikri alınarak daha sonra da yapılabilecek nitelikteyse, varsayılan rıza kabul edilmemelidir<sup>446</sup>. Burada ilk olarak, hastanın rızasıyla yapılan müdahale sırasında ortaya çıkan sebepler nedeniyle hasta yararına olduğu düşüncesiyle müdahalenin genişletilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak Nüfus Planlaması Kanunu'nun 4/3.maddesinde, “ *Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir*”<sup>447</sup> hükmü yer almaktadır. Operasyonun genişletilmesi açısından, hastanın irade özgürlüğüne saygı gösterilmesi ilkesi öncelikliken, yaşam tehlikesi ve sağlığa yönelik ağır tehlikelerin de dikkate alınması gerekliliği kabul edilmiştir<sup>448</sup>. Bu tür durumlarda alınan rızanın genel ve soyut olarak değerlendirilmeden varsayılan rızaya ilişkin prensiplerin uygulanması gerekmektedir<sup>449</sup>.

---

<sup>445</sup> Erman 150.

<sup>446</sup> Kangal 234.

<sup>447</sup> Hakeri 168.

<sup>448</sup> Erman 151.

<sup>449</sup> Hakeri 168; Boran 95; Özgül 275.

Varsayılan rızaya ilişkin prensiplere göre hareket edilmesinde karşılaşılan problemlerden biri, ameliyat sırasında ameliyatın genişletilmesi gerekliliğine ilişkindir. Ameliyatın genişletilmesi rizikosunun, ameliyatın yarıda bırakılmasından kaynaklanabilecek rizikolardan yüksek olmaması durumunda, hastanın muhtemel rızasına göre hareket edilmelidir. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, ameliyat sırasında beklenmedik bir durumla karşılaşıldığında, hekimin objektif olarak hasta durumu bilseydi, rıza göstereceği sonucuna varılabiliyor ise hekimin ameliyata devam etmesi gerektiği ve ameliyatın genişletilmesi kabul edilmelidir. Yapılan müdahalenin hastanın rızasını aşan kısmı için ise zorunluluk haline dayanılarak uygun sayılması savunulmaktadır<sup>450</sup>. Başka bir görüş ise bu sorunun çözümünde hekim ile hasta arasında yapılan vekalet sözleşmesi niteliğindeki özel hukuk sözleşmesinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır Bu nedenle, kural olarak sözleşmeye aykırı olarak hastanın rızasının aşılmaması ve hasta rızasını hangi konuda vermiş ise tıbbi yardımın bu konuyla sınırlı olması kabul edilmelidir<sup>451</sup>. Eğer hasta belirli bir olay üzerinde önceden iradesini beyan etmişse veya varsayılan rızaya dayanarak başlatılan bazı işlemler sırasında gerçek iradesini ortaya çıkartabilecek duruma gelirse, artık bu işlemlerin hukuka uygunluğu açısından varsayılan rızaya dayanarak müdahale etmek mümkün olmayacaktır.

Hayati tehlikenin olduğu durumlarda ise, ameliyatı genişletmek hekim için bir yükümlülük haline gelecektir<sup>452</sup>. Varsayılan rızaya dayanarak hekimin ameliyatın genişletme kararı alabilmesi için kişiye gecikmeksizin tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde ciddi tehlike oluşması veya ölüm riskinin artması kuvvetli olmalıdır<sup>453</sup>. Ameliyatın genişletilmesi ihtimali, ameliyat öncesinde de mevcut olmasına rağmen, hekimin bu ihtimalden hastaya bahsedip rızasını almamış olması söz konusu olabilir. Hekim, hastaya zamanında haber vermiş olsaydı, hastanın buna muvafakat göstereceği düşüncesinde ise varsayılan rıza hukuka uygunluk sebebinin şartları hususunda yanılmış olur ve kastı kalkar. Hekimin yanılığısı taksirli

---

<sup>450</sup> Ayan 12.; aynı görüşte Arat, *Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:I, S.2, (2006) 235.

<sup>451</sup> Aşçıoğlu 38.

<sup>452</sup> Hakeri 168-169.

<sup>453</sup> Çetin 181; Boran 95-96.

davranışından kaynaklanıyorsa, hekim taksirli yaralamadan sorumlu olur<sup>454</sup>. Örneğin, Yehova Şahitleri “Tıbbi Belge” adında bir başka belgeyi taşımakta, bu belge ile de herhangi bir tıbbi müdahale durumunda kan nakli yapılmamasını istemektedirler<sup>455</sup>. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, hastaneye bilincini kaybetmiş bir şekilde getirilen ve üzerinde yehova şahidi olduğunu gösteren bir evrak veya dini simge bulunan kişiye yapılacak müdahalede, bu kişinin bilinci yerinde olsaydı, kendisine kan naklinde bulunulmasını istemeyeceğini hekim düşünmeli ve yapacağı müdahalede bunu belirli sınırlar içinde dikkate alarak davranmalıdır. İkinci görüşe göre ise hekim, varsayılan rızası araştırılan kişinin iradesinin ne yönde olduğu konusunda hiçbir belirtiyeye ulaşamadığında, anlayışlı bir hasta ölçütüyle bu kişinin objektif olarak en yararına olan çözümü benimseyebilecektir<sup>456</sup>. Bu konuya ilişkin Amerika’da gerçekleşen bir olayda, hastaya uygulanacak müdahale sonucunda kan nakli yapılmasının zorunlu hale geldiği bir durumda, hekimler mahkemeye müracaat etmiş ve mahkeme hastaya kan nakli yapılması gerektiğine karar vermiştir. Nitekim alınan bu kararın Yüksek Mahkeme’de temyiz edilmesi üzerine, anayasa tarafından tanınan din ve inanç özgürlüğü ile özel hayatın dokunulmazlığının kamu menfaatinde üstün olduğuna karar verilmiştir<sup>457</sup>. Yüksek Mahkeme’nin benzer bir konuya ilişkin verdiği başka bir kararda; acilen gerekli olan kan nakline müsaade etmeyen hasta ile ilgili olarak, kişinin kendi geleceğini belirleme ve kişisel seçim hakkının üstün olduğuna karar verilmiştir<sup>458</sup>. Bu durumda hekimin görevi, bu reddin sonuçları konusunda hastanın dikkatini çekmek olmalıdır<sup>459</sup>.

Ameliyatın hastayla belirlenen koşullar dışında gerçekleşmesinin konu olduğu bir diğer kararın konusu ise, işitme kaybı olan bir hastanın ameliyata alınmasından sonra, ameliyat öncesi belirlenen sağ kulağın yerine sol kulakta işitme kaybının saptanması ve müdahalenin sol kulağa yapılmasıdır. Bunun sonucunda

---

<sup>454</sup> Hakeri 169; Erman 151.

<sup>455</sup> Hakkı Şah Yasdıman, *Yehova Şahitleri’nin Teşkilat Yapısı ve Türkiye’deki Faaliyetleri (2)*, D.E.Ü.İlahiyat Fakültesi Dergisi Sayı XXII, (İzmir: 2005) 131.

<sup>456</sup> Kangal s. 238.

<sup>457</sup> Supreme Court of Florida, Public Health Trust of Dade County v. Wons, 541 So.2d 96, March 16, 1989.

<sup>458</sup> Hakeri 220, dınot no.7

<sup>459</sup> Hakeri 220.



hasta işitme duyusuna yeniden kavuşmuş olsa da kişilik hakkına saldırı olduğu gerekçesiyle dava açıp tazminat talebinde bulunmuş ve mahkeme talepleri kabul etmiştir. Yüksek mahkeme ise “herkesin vücut bütünlüğünün olduğunu, vücuda dokunmak durumunda bırakan konu ve dokunma imtiyazı olan bir kişinin dokunmasının dışında, kişinin dokunulmazlığı” olduğuna karar vermiştir<sup>460</sup>.

Kanaatimizce, hekim aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ameliyattan önce hastayı her türlü risk ve komplikasyonlar bakımından bilgilendirmek zorundadır. Bu bilgilendirmeden sonra hasta, ameliyatın belirli kısmına veya belirli yöntemlere rıza göstermemişse, ameliyat sırasındaki bir komplikasyon durumunda hekim varsayılan rızaya artık dayanamaz. Dolayısıyla, hastanın rızası ile gerçekleştirilen ameliyat sırasında karşılaşılan bir bulgu karşısında, hekim hastanın rızasının kapsamını genişleterek bu yönde bir tıbbi müdahalede bulunamaz. Bununla birlikte hekim, önceden öngörmediği bir bulgu veya komplikasyonla ameliyatta karşılaşmışsa, ameliyatın yarıda bırakılmasından doğabilecek risk, ameliyatın genişletilmesi riskinden yüksek ise, genişletmiş olduğu ameliyat varsayılan rıza kapsamında hukuka uygun olacaktır<sup>461</sup>. Ameliyat sırasında, bunun kapsamının genişletilmesi hastanın yaşamı açısından önem taşıyor ve ertelenemeyecek durumda ise varsayılan rızaya göre müdahale edilmesi gerekmektedir. Ancak ameliyatta ortaya çıkan durum rızanın konusunun tamamen dışında kalan ve dolaylı da olsa yapılan müdahale ile bir ilgisi bulunmayan bir hal ise, hekimin hastasının rızası olmadan ya da rıza göstereceği varsayımı ile tıbbi müdahaleye devam etmesi uygun değildir. Gerçek iradenin nasıl olabileceği objektif olarak değerlendirildikten sonra varsayılan rıza görüşüyle müdahale edilebileceğinden, müdahalenin nitelendirilmesi aşamasında hekime hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilme imkanı sağlayacaktır.

---

<sup>460</sup> Supreme Court of Minnesota, 1905, Mohr vs. William, aktaran Hakeri 170; Öztürkler 48-49.

<sup>461</sup> Hakeri 168-169.

### 3. Önceki İrade Açıklamalarının Geçerliliği

Varsayılan rızanın kabulüne dair başka bir sorun da; hastanın tıbbi müdahale öncesinde yaptığı irade açıklamalarının niteliğine ilişkindir. Biyo-Tıp Sözleşmesi'nin 9.maddesi, “*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır*” şeklinde önceden açıklanmış istek başlığı altında bu hususu düzenlemiştir. Hayati tehlikesi yüksek olan veya ölüm riskiyle karşı karşıya kalan kimsenin alacağı kararların objektif olmaktan çok durumun sübjektif etkisine bağlı olarak gelişeceği, bu nedenle bu tür karar veya belgelerin bağlayıcı olmadığı açıklanmaktadır<sup>462</sup>.

Üçüncü bir kişinin yaşamı hakkında verilen kararlar bakımından varsayılan rızaya dayanılıp dayanılamayacağı sorununun öncelikle ele alınması gerekmektedir. Bilinçsiz bir şekilde kendisine getirilen hastayı ameliyata alan bir hekim, hastanın kendine gelmesine ve fikrinin alınmasına kadar beklenmesi, sağlığı bakımından bir tehlike yaratmayacak ise, varsayılan rızaya dayanılmaz. Aynı şekilde hasta bilincini yitirmeden önce ameliyata alınmasını açık bir şekilde reddetmişse, varsayılan rıza artık söz konusu olamaz<sup>463</sup>. İlgilinin gerçek iradesiyle ters düşme riskinin göze alınmasına izin verildiği için, tipe uygun davranışın gerçekleştirilmesi de hukuka uygun olacaktır. Bu riskin gerçekleşmesi halinde, başka bir ifadeyle fiilin ilgilinin gerçek iradesiyle uyum göstermediğinin sonradan ortaya çıkması halinde, hukuka uygunlukta hiçbir değişiklik olmaz<sup>464</sup>. Nitekim bunların yanı sıra, bir başka iradenin kullanılabileceği alan daha bulunmaktadır ki, bu da hastanın uygulanacak tıbbi müdahale ya da tedaviye karşı rızasını esirgemesi kurumudur. Böyle bir durumda, hastanın belirli bir tıbbi müdahaleye rızası bulunmamakta veya bu müdahale kapsam açısından önceden verilmiş bulunan rızanın sınırlarının dışında kalmakta, bunun yanında varsayılan rızaya da başvurulmamaktadır. Bunun gerçekleşmesi ise,

---

<sup>462</sup> Hakeri 168-172.

<sup>463</sup> Kangal 237.

<sup>464</sup> Kangal 237.

varsayılan rızanın koşullarının bulunmaması veya ikincillik ilkesi gereği hastanın açık bir irade beyanının, varsayılan rızayı bertaraf etmesi sonucunda olanaklıdır.<sup>465</sup>

## II. Rızayı Sakatlayan Haller

Hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahale hakkında elde edilecek yararın sahibi olarak, kendi özgür iradesiyle karar vermeli ve göstereceği rızanın gerçek iradesini yansıtmayı gerektiği savunulmaktadır<sup>466</sup>. Dolayısıyla hastanın iradesine etki edecek, tehdit, cebir, hata ve hile gibi hususlar, rızanın sakatlanmasına ve dolayısıyla geçersiz olmasına neden olur<sup>467</sup>. Hekimin hastalığı ve tıbbi müdahaleyi basite indirgeyerek anlatması veya hastanın ruhsal sağlığını düşünerek bazı hususları saklaması durumunda, rızanın hile ile elde edildiği söylenemez. Buna karşılık, önemsiz bir müdahale için veya klinik araştırmalar için hastanın rızasını almak isteyen hekimin, hastaya çok önemli bir hastalığı olduğunu ve acilen müdahalenin gerektiğini söylemesi durumunda gösterilecek rıza hile ile elde edileceğinden geçersiz olacaktır<sup>468</sup>. Hastanın başta verdiği rıza geçersiz olsa da, daha sonraki zamanda bu rızayı onaylaması durumunda, geçerli bir rıza söz konusu olacaktır. Ancak bu takdirde de, rızanın sonradan onaylanması, tıbbi müdahaleden önce gerçekleşmelidir<sup>469</sup>.

## III. Tedaviyi Ret Hakkı

### A. Genel Olarak

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, en üst değerdeki haklardandır. Bu nedenle rıza olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler hem özel hukuk hem de ceza hukuku açısından hukuka aykırıdır. Kendi geleceğini belirleme hakkı mutlak bir

---

<sup>465</sup> Erman 153.

<sup>466</sup> İçel 185; Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, (Ankara: 2003) 979-980; Yıldız 18; Demirbaş 302; Öztürk / Erdem 220.

<sup>467</sup> Hakeri 174.

<sup>468</sup> Yenerer Çakmut 214; Hakeri 174; Bayraktar 139; Özgül 277.

<sup>469</sup> Hakeri 175.

haktır ve ulusal ve uluslararası normlar bunu gerektirmektedir. Tedaviyi ret hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olan, kimseye kendi rızası dışında tıbbi müdahalede bulunulamayacağı düşüncesinin doğrudan bir sonucudur. Zira kendi yararına dahi olsa, belirli bir tıbbi müdahale açısından rıza vermeyen veya sınırlı bir rıza veren hasta, bunun dışında kalan alanda tedaviyi reddetmiş olacak ve kendisine rıza göstermediği herhangi bir müdahalede bulunulamayacaktır. Öğretide bu hususta farklı iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hayati tehlike halinde, hekimin görevinin insan yaşamını korumak olduğu, bu gayenin hastanın rızasına tercih edilmesi gerektiği, bu nedenle, hastanın rızası bulunmasa da kendisine müdahalede bulunabileceğini savunmaktadır<sup>470</sup>. Nitekim bir diğer hakim görüşe göre ise, asıl olan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıdır ve bu hak karşısında hekimin müdahale yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>471</sup>. Hekime yasal olarak yetki veren bir düzenleme olmadığı müddetçe, hastanın açıkladığı tedaviyi ret iradesine hekim uymak zorundadır. Bu sonuç yaşam tehlikesinin bulunduğu hallerde de geçerlidir.<sup>472</sup>

Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981 yılında yayınlanan Lizbon Bildirgesi'nin 3.maddesine göre, *“Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir”*. Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli bildirgesine göre; *“Hastanın tedaviyi reddetmesi temel bir haktır ve hekimin hastanın bu arzusuna saygı göstermesi (ölümüne neden olsa bile) etik olmayan bir davranış sayılmaz.”* Dünya Sağlık Örgütü'nün 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nin (Avrupa Hasta Hakları Bildirgesi) 3.2 maddesinde de aynı esas benimsenmiştir, *“Hasta tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir. Reddedilen veya durdurulan tıbbi girişimin getireceği sonuçlar hastaya dikkatli bir şekilde açıklanmalıdır”*.

Ulusal düzenlemelerde ise Biyo-Tıp Sözleşmesi'nin 5.maddesine göre, *“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun*

<sup>470</sup> Arpacı 118; Bayraktar 132.

<sup>471</sup> Dönmezer 34 vd; Erman 165 vd.; Hatemi 93-94.

<sup>472</sup> Hakeri 217.

*bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir”.* Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 22.maddesi istisnai halleri belirterek hastanın tedaviyi ret hakkını tanımaktadır. Bu maddelere göre, “*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz. Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakim kararına bağlıdır*”. 25.maddesi ise, “*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”.*

1982 Anayasası’ nın 17.maddesinde yer alan “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” hükmünden rızanın alınmasının olanaklı bulunmadığı acil durumlar ile başlanan müdahalede sonradan ortaya çıkan ve rızanın kapsamında bulunmayan durumlarda girişilen müdahalelerde, varsayılan rızanın olduğu kabul edilerek hukuka uygunluk nedeninin aranması gerekecektir<sup>473</sup>. Aksi görüşe göre ise “tıbbi zorunluluk” kavramının “endikasyon” kavramını belirttiği savunulmaktadır. Tıbbi endikasyonun bulunduğu hallerde, kişinin vücuduna müdahale edilebileceği, rıza şartından sadece bilimsel ve tıbbi deneylerle ilgili olarak bahsedildiği vurgulanmıştır<sup>474</sup>. Anayasa’nın 19/2.maddesinde düzenlenen hükmün takdirinde, rıza olmaksızın bir kimseye tıbbi müdahalede bulunulması durumunda hürriyeti tahdit suçunun işlenmiş sayılmayacağı belirtilmiştir. Mevzuatta öngörülen bu durumlar, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının önüne geçen başka hukuksal yararlar, özellikle toplum menfaatine hizmet eden durumlardır<sup>475</sup>.

---

<sup>473</sup> Erman 154, Çilingiroğlu 47.

<sup>474</sup> Hakeri 218.

<sup>475</sup> Yenerer Çakmut 53; Bayraktar 146.

Her ne kadar Anayasa bu konuda kanun koyucuya yetki vermişse de, kanun koyucu bu yetkiyi Anayasa'nın 13.maddesinde düzenlenmiş bulunan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimine uygun olarak gerçekleştirmesi, yani yasallık ve ölçülülük kıstaslarına uyması zorunludur<sup>476</sup>.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, hastaya tedaviye rıza gösterme hakkının tanındığı gibi reddetme hakkı da tanınmıştır. Doktrinde, her iki görüş farklı esasları benimsese de kural olarak tedaviyi ret hakkı kanunlarda yer alan ve genel sağlığın korunması veya ceza yargılaması amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler dışında hukuk düzenimizde kabul edilmiştir<sup>477</sup>. Sağlık hakkı ve tedavi hakkı, bireyin kendi geleceğini belirleme hakkından daha üstün önemde haklar olarak görülmemeli, kişinin sağlıklı bir şekilde iradesini ortaya koyabildiği durumlar esas alınmalıdır<sup>478</sup>.

## **B. Tedaviyi Ret Hakkının İçeriği**

Tıbbi müdahaleye verilen rızanın kabul edilebilmesi için rızaya ilişkin aranan şartların mevcut olmadığı durumların yanı sıra, hastanın rıza gösteremediği durumlara ilişkin öngörülerek kabul edilen varsayılan rızanın da bulunmadığı hallerde, tedaviyi ret hakkı doğrudan veya dolayısıyla kullanılmış olacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/5.maddesinde; "*Hastanın tedaviye ilişkin rızasını geri alması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelmektedir.*" hükmü yer almaktadır. Hasta tedaviyi reddetme hakkını, tedavinin başında kullanabileceği gibi, başladıktan sonra da kullanabilir. Bu hususa Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/6.maddesine; "*rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunması şartına bağlıdır*" şekline bir istisna getirilmiştir. Kişinin kendi geleceği hakkında karar verme hakkına dayanarak, yönetmeliğin ilgili maddesinde tedaviyi reddetme hakkının bu şekilde kısıtlanması hukuka aykırıdır. Nitekim bu husus, Hasta

---

<sup>476</sup> Hakeri 219.

<sup>477</sup> Hakeri 218.

<sup>478</sup> Hakeri Hakan / Zeytin, Zafer, *Bitkisel Hayata Girmeden Önce Tedaviye Son Verilmesine İlişkin İrade Açıklaması Geçerli Olur Mu?*, Güncel Hukuk, (İstanbul: 2006) 55.

Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nde, hastanın tedavi sürecinde kararını değiştirip devam edilmesine karşı itiraz etme hakkının bulunduğu açıkça düzenlenmiştir. Tıbbi müdahaleye rızadan farklı olarak, tıbbi müdahalenin reddi durumunda, bu reddin örtülü bir beyanla yapılması söz konusu olamaz, açık bir irade beyanı şarttır<sup>479</sup>. Aksi hal, hekimden nasıl bir davranış beklenmesi gerekeceği konusunda büyük bir hukuk güvenliği sorununa yol açar<sup>480</sup>. Hasta müdahaleye rıza göstermediği takdirde de taburcu edilir.

### C. İrade Açıklamasıyla Tedavinin Kısmen Kesilmesi

Hasta kendisine uygulanacak tedaviye ilişkin göstermiş olduğu rızasını, tedavisi sürecinde sınırlayabileceği gibi tamamen reddetme hakkına da sahiptir. Hastanın tedaviyi tamamıyla reddetmesi durumunda, hekim bu iradeye saygı duyarak, müdahalede bulunmayacaktır. Zaman zaman hastanın tedaviyi reddetmesi bazı özel nedenlerden kaynaklanabilmektedir. Bu nedenin, dinsel veya bir başka kaynağa dayanmasının bu bakımdan önemi bulunmamaktadır. Tedavinin reddedilmesinin kabulü için ise kişiye ve olaya özgü aydınlatma yapılmış olmalıdır. Nitekim üzerinde durulması gereken kısım, hastanın tedaviye kısmen rıza gösterdiği durumlardır. Bazı hastalar, müdahaleye ilişkin iznini sınırlı vererek, tedavinin zorunlu parçalarını bu rızanın dışında tutmuş olabilirler. Böyle bir durumla karşı karşıya kalan hekim, hastanın iradesine uyararak meslek kurallarına aykırı bir müdahalede bulunduğu anda, hukuka uygunluk korumasından yararlanamayacaktır. Hekim hastayı yoğun çabalara karşın artan riziko ve olası yaşamsal tehlike açılarından ikna etmeyi başaramazsa, tıbbi endikasyonu bulunan müdahaleyi gerçekleştiremeyecektir. Hastanın, tedavi planının zorunlu bir ögesini reddetmesi halinde ise planlanan müdahalenin tümü açısından ret anlamına gelir ve buna saygı gösterilmesi gerekir<sup>481</sup>.

---

<sup>479</sup> Hakeri 220.

<sup>480</sup> Erman 155.

<sup>481</sup> Erman 156.

Türk öğretisinde bir görüş, hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda, başka hak sahiplerinin korunan hukuksal yararlarına yönelik bir tehlike bulunmasa bile, bazı koşulların varlığı halinde müdahalede bulunan hekimin eyleminin hukuka uygun olabileceğini savunmaktadır. Bu düşünceye göre, hastanın yaşamını ve sağlığını ileride düzeltilemeyecek derecede tehdit eden hastalıklar, fizyolojik rahatsızlıklar veya bozukluklar şeklinde ortaya çıkan yakın ve açık bir tehlikenin bulunması durumunda, hasta tedaviyi açık bir şekilde reddetse bile hekim müdahalede bulunabilecek ve üçüncü kişi yararına zorda kalış hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilecektir<sup>482</sup>. Bu düşünce, hukuka uygunluk hallerinden “zorunluluk” hali ile çatışmaktadır. Zorunluluk halinden yararlanabilmek için hakların çatışması teorisi<sup>483</sup> esas alınarak, iki ayrı hukuksal değer arasında bir değerlendirme yapılarak daha üstün olanı seçilmelidir. Çatışan yararlar eşit olduğu takdirde, devlet koruma amacıyla hareket ederek bunlardan üstün olanını koruyarak diğerini feda eder<sup>484</sup>. Yine zorda kalış durumunda bulunan kimsenin kendisini veya bir başkasını tehlikeden kurtarmak amacı ile işlediği eylemlerin hedefi, bu tehlikeyi meydana getiren kişi olmayacaktır<sup>485</sup>. Dolayısıyla, aynı kişinin yaşamı veya sağlığı ile kendi geleceğini belirleme hakkı karşı karşıya geldiğinde, zorda kalış hukuka uygunluk nedeninin araştırılmasına girmek bu kurumun hukuksal niteliğine aykırı bulunmaktadır<sup>486</sup>. Bunun gerekçesi ise kişinin kendini koruma içgüdüsüne dayanmaktadır. Örneğin, bu konuda verilmiş diğer kararların gerekçelerinde “toplumda yaşayan bir insan olarak durumu göz önüne alınırsa annenin hayatı ve sağlığı, henüz adı ve cinsi belli olmayan çocuğun hayatından değerlidir” denilmiştir<sup>487</sup>. Dolayısıyla, cenin yerine annenin yaşamını seçen hekim, bu değerlendirme gereği tıp mesleğinin kurallarına göre doğru bir seçim yaptığında, söz konusu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilecektir.

---

<sup>482</sup> Bayraktar 130-131.

<sup>483</sup> Demirbaş 273.

<sup>484</sup> Demirbaş 272.

<sup>485</sup> İçel / Sokullu-Akıncı / Özgenç / Sözüer / Mahmutoğlu / Ünver 165.

<sup>486</sup> Erman 157.

<sup>487</sup> Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, (Ankara: 1985) 263.



Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına tanınan mutlak nitelik gereği, ulusal ve uluslararası normlar karşısında, zorda kalış veya başka bir hukuka uygunluk nedeni rızanın bulunmamasına karşın yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla hekim, hastanın rızası bulunmadan veya bu rızanın sınırları dışında bir müdahalede bulunduğu anda, artık hukuka uygunluk korumasından yararlanamayacak ve kusurluluk durumu ceza hukukunun genel kuralları gereği kast veya taksir açısından incelenecek ve hareketi ile gerçekleşen sonuç arasında nedensellik bağlantısı bulunup bulunmadığı araştırılarak sorumluluğu belirlenecektir<sup>488</sup>.

#### **D. Tedaviyi Reddin Ölümüne Yol Açması**

Hastanın tedaviyi reddetmesi sonucunda hayatını kaybetmesi, tedaviyi ret hakkı açısından en tartışmalı konulardan biridir. Bir yandan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kullanımı söz konusuysen diğer tarafta kişinin kendi iradesiyle yaşam hakkını ortadan kaldırması söz konusudur. Bu husus, müdahalenin gerçekleşmemesinde gösterilen iradenin kaynağına göre intihara yardım veya hukukumuzda kasten adam öldürme olarak sınıflandırılan ötanazinin sınırlarına giren bir eylem olarak da tartışma konusudur. Bu nedenle, çatışan değerler arasındaki uygun dengenin bulunması ve hangi eylemin adam öldürme veya intihara yardım ve teşvik, hangisinin ise kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesinin gereği olan bir davranış olarak değerlendirileceğinin saptanması gerekmektedir. Ancak tedaviyi reddeden veya yarıda bırakılmasını talep eden hastanın, kendi geleceğini belirleme hakkını kullandığını söyleyebilmek için, hastalığı hakkında tam olarak bilgilendirilmiş olması ve tedavinin yarıda bırakılması halinde ortaya çıkacak riskler konusunda aydınlatılmış olması gerekir. Tedaviyi reddin ölümüne yol açması sorunu, genellikle hastalığının son döneminde olup yaşam desteğinin kesilmesi iradesinin bir şekilde belirtilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Hukuksal sorun ise, böyle bir durumda hekimin hastayı iyileştirme hakkının ve yükümlülüğünün kapsamının ne şekilde belirleneceğine ilişkindir. Böyle

---

<sup>488</sup> Erman 157.

bir yükümlülük ortadan kalktığında, artık hekimin hastaya aktif bir müdahalede bulunması hukuken gerekmeyeceğinden, müdahalede bulunmama eyleminin objektif isnadiyeti kalkacak, eylem hekime yüklenemeyecek, bu nedenle de müdahalede bulunulmaması, hekim aleyhine bir sorumluluk doğurmayacaktır<sup>489</sup>.

Kişinin vücut bütünlüğünün ve kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edilmesi hiçbir mesleki görev veya ödev düşüncesi ile hukuka uygun kabul edilemez. Hekimin, hastanın tedaviyi reddeden açık irade beyanına rağmen, bu iradeyi hiçe sayıp kendiliğinden tedaviye devam etmesi cezai sorumluluğa sebep olur<sup>490</sup>. Türk öğretilerinde, hekimin insan yaşamının devamlılığını sağlanmasının diğer her değerden üstün olduğundan hareket eden bir görüş, bu görevin hastanın iradesine üstün geleceğini, bu gibi durumlarda hastanın rızası olmasa da kendisine müdahalede bulunulabileceğini savunmaktadır<sup>491</sup>. Hastanın tedaviyi reddetmesini, kendi geleceğini belirleme hakkının bir kullanımı olarak gören ve buna sonucu ölüm bile olsa geçerlilik tanıyan görüş, bugün Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta çoğunlukla kabul edilmiştir<sup>492</sup>. Dolayısıyla, bu hakka saygı duyarak tedaviyi kesen hekim, ölüm sonucunun ortaya çıkmasından sorumlu olmayacaktır. Bununla birlikte, kişinin tedaviyi ret anındaki iradesinin sağlıklı olmadığına dair herhangi bir haklı nedenin varlığı halinde, hekim bu iradeyi yok sayarak müdahalede bulunabilecektir. Bunun en belirgin örneği, ani intihar vakıalarıdır. Ani bir kararla intihara kalkışmış bir kişiye yapılacak acil müdahalede hasta açık iradesi ile tedaviyi reddetse dahi, hekim kural olarak sağlık karar verme yeteneği olmayan bu hastaya müdahale edebilecektir<sup>493</sup>.

Hekimin eylemi ihmali nitelikte olduğu için, kişinin fail niteliği, ancak aktif bir davranışta bulunma veya sonucu önleme yükümlülüğünün bulunması durumunda öne sürülebilecektir. İşte, tedaviyi reddin ölüme yol açması durumunda hekimi

---

<sup>489</sup> Erman 165.

<sup>490</sup> Özen Muharrem, Meral Ekici Şahin, *Ötanazi*, Ankara Barosu Dergisi • Yıl:68 • Sayı: 2010/4, 19-20.

<sup>491</sup> Arpacı 118.

<sup>492</sup> Hatemi 93.

<sup>493</sup> Erman166.

sorumlu tutmayan düşünce, bundan yola çıkarak, hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda hekimin artık müdahalede bulunma yükümlülüğünün ortadan kalktığını, dolayısıyla ölüm sonucunun kendisine yüklenemeyeceğini savunmaktadırlar. Buna göre, hastanın tedaviyi reddettiğini açıklamasıyla hekim hasta ilişkisi sona erer, hekimin ölüm sonucunu önlemeye yönelik özel yükümlülüğü veya görevi ortadan kalkar<sup>494</sup>.

Sonuç olarak, Türk hukuku açısından, ortada kesin, açık ve özgür bir irade bulunduğu, tedavi sürecinin hangi aşamada olursa olsun ve hangi sonuca yol açarsa açsın, tıp etiği kurallarına uygun olarak kesilmesini engelleyecek hiçbir norm bulunmamaktadır. Bunun tek istisnası, akut bir müdahale söz konusu olduğunda ve bunun yarıda kesilmesi, hastanın yaşamına veya sağlığına yönelik yakın, açık ve geri dönüşü olmayan bir tıbbi sakınca yaratması sonucunu doğuracaksa, kişinin rızasını geri alma hakkının bulunmaması durumudur. Dolayısıyla, hukuk düzenimiz tedaviyi red hakkının kullanımına kural olarak mutlak bir geçerlilik tanındığından ve kişinin ölümü buna bir istisna olarak kabul edilmediğinden, tedaviyi reddin ölüme yol açabileceği kural olarak kabul edilmiştir. Kişinin geçerli bir iradesi bulunmadığında ise, varsayılan rızaya dayanılıp dayanılamayacağı konusunda herhangi bir kaynak bulunmamaktadır. Sonuç olarak, ortaya çıkacak sonucun ağırlığı da dikkate alınarak, çok dar bir kapsamda olmak üzere, kişinin önceden belirttiği iradesi doğrultusunda, yaşam desteğine son verilmesi olanaklı olacaktır. Ancak, bu iradenin aydınlatılmış, gerçek ve ciddi olduğu yönünde hiçbir kuşku bulunmaması gerekecektir<sup>495</sup>.

Bu konuya ilişkin incelenecek bazı kavramlar, konumuz açısından bir değerlendirme yapma imkanı sağlayacaktır.

---

<sup>494</sup> Sibel İnceoğlu, *Ölme Hakkı (Ötanazi)*, (İstanbul: 1999) 142.

<sup>495</sup> Erman 171.

## **E. Tedaviyi Ret Hakkının Bazı Müdahaleler Açısından Değerlendirilmesi**

Her türlü tıbbi müdahalenin temelinde, mağdurun rızasının bulunması gerektiğini kural olarak belirlemiştik. Ancak, bu genel kuralın bazı istisnaları da bulunmaktadır. Bu istisnaların ortak özelliği, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının önüne geçen başka hukuksal yararlar hizmet etmeleridir. Bu durumlarda, kişinin bireysel haklarının önüne geçen bir kamusal yarar bulunmaktadır. Gerçekten, toplumun menfaati söz konusu olduğunda, kişinin vücut bütünlüğünü zedeleyen müdahalelerin, kişinin rızasının bulunmamasına rağmen hukuka aykırı sayılmayacağı kabul edilmektedir<sup>496</sup>.

Kamusal yararın ön plana çıkartılarak kişinin haklarının sınırlandırılması, Anayasa'nın 13.maddesinde düzenlenmiş bulunan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle de, söz konusu maddede öngörülen Anayasa'nın 17.maddesinde de ayrıca belirtilmiş olan yasallık ve ölçülülük ölçütlerinin sıkı bir şekilde gözetilmesi zorunludur. Bu anayasal hükümler gereği, bir kişinin rızası olmadan kendisine tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için, öncelikle o kişinin bireysel haklarına göre daha üstün nitelikte bir kamusal hak söz konusu olmalıdır. Bunun dışında, bu kamusal hakkın korunması, ancak öngörülen kısıtlama yoluyla olanaklı olmalı veya aynı sonuca daha hafif bir önlemlerle ulaşılmamalıdır. Bireysel bir hakkın sınırlandırılması ise ancak şekli bir yasa ile gerçekleştirilebileceğinden, belirlenen düzenlemeler dışında hakların sınırlandırılması, Anayasa'daki yasallık ilkesine aykırı sonuçlar doğuracaktır.

Tedaviyi ret hakkının kullanıldığı durumlarda yaşam hakkı ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çatışabileceğinden, ortaya konulan iradenin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan, hukuk sistemimizde tartışmalı olan müdahaleler, yaşam hakkı çerçevesinde değerlendirilecektir.

---

<sup>496</sup> Yenerer Çakmut 53-54.

## 1. Ötanazi

Tıbbi bakımdan hekimler hastanın ölümüne neden olsa bile somut olaylarda uygulanan müdahalenin askıya alınmasına veya durdurulmasına karar vermek durumunda kalmaktadırlar. Bu tür durumlarda tartışılan husus, hastaların doğal bir şekilde ölmelerini beklemenin mi, yoksa hastalıkları nedeniyle acı çeken hastaların ölümünlerini hızlandırmak noktasında icrai bir harekette bulunulmasının mı “etik” açıdan daha uygun olacaktır. Tıbbi bakımdan kişinin yaşam hakkı başta olmak üzere vücut bütünlüğü ve hasta hakları bunlara yönelik karar almada daha çok dikkate alınmaktadır. Geçmişe nazaran hasta doktor ilişkisinde aydınlatılmış rızanın gündeme gelmesi ve bunun içinde önceden rızalarını içeren belge hazırlanması, kişilerin kısmen veya tamamen karar verme özerkliğini yitirdikleri durumlarda tıbbi müdahaleler konusunda hastanın sağlığına uygun kararlar almada en iyi çözüm yolu olmaktadır.

Hastanın onurlu ölüm hakkı veya tedaviyi reddetme hakkı, ötanazi kavramı ile yakından ilgilidir. İlk kez Bacon (1214- 1294) tarafından kullanılan ötanazi (euthanasia) kavramı; Türkçe karşılığı kolay, iyi, hoş olan “eu” ve ölüm anlamına gelen “*thanatos*” sözcüklerinin birleşmesinden türemiş bir sözcüktür<sup>497</sup>. Tıp ve hukuk alanında çok tartışılan ötanazi: “*İyileşmesi olanaksız, bedensel veya ruhsal ileri derecede ızdırap verici*<sup>498</sup>, *aranılan tedavinin olmadığına karar verilen ağırlı ya da ağrısız hastaların özgür iradesi ile veya iradesinin alınmadığı hallerde kanuni temsilci veya mirasçılarının izniyle, tıbbi yoldan yaşamına son verilmesi halidir*” şeklinde tanımlanabilir<sup>499</sup>. Bir başka tanıma göre ötanazi, “*ölümün kaçınılmaz olduğu ve tıp ilminin verilerine göre iyileştirilme olanağı olmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilerek*

---

<sup>497</sup> Erdem Özkara, *Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar*, 1.Baskı, (Ankara 2001) 11.

<sup>498</sup> Faik Çelik, *Türk Hukuk Sistemine ve Biyo-Hukuk Sözleşmesine Göre Ötanazi*, KHUKA, Yıl:8, (Kasım 2005) 169.

<sup>499</sup> Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Bakımından Ötanazi*, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı: 2, (2006) 289 vd.

*ölüme terk edilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır*<sup>500</sup>. Diğer bir tanıma göre ise “*acıma yüzünden adam öldürme veya birisinin dayanılmaz ıstıraplarından kurtarmak için öldürmesidir*”<sup>501</sup>. Tıp uygulaması içinde geçerli olan anlamı, tıbbın ulaşılmış olduğu gelişmişlik düzeyine bağlı olarak iyileştiremediği, aynı zamanda nitelikli bir yaşam da sağlayamadığı hastaların, istemeleri durumunda yaşamlarının sona ermesine olanak sağlanması olarak ifade edilmiştir<sup>502</sup>. Bizim de benimsediğimiz ötanazi tanımı; “*iyileşmeyeceği ve dayanılmaz acıları ölümüne kadar süreceği tıbben benimsenmiş olan, durumu kendisi ve yakınlarınca bilinen, zihinsel yeterliliğe sahip bir kişinin, kendi bilinci ve özgür iradesi ile vermiş olduğu karar üzerine kendisini tedavi eden doktor aracılığıyla acısız bir biçimde hayatının sonlandırılmasıdır*”<sup>503</sup>. Hukuki açıdan ötanaziye verilen anlamlar, hak ve hürriyetler açısından geliştirilebilir. Bu açıdan ötanazi bir “ölüm hakkı”dır. Yaşama hakkının tersinden hareketle ötanazi, “olumsuz yaşama hakkı”dır<sup>504</sup>.

Ötanazi, belirtilen nedenlerle hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına dayanarak verdiği yaşamının sonlandırılması kararının uygulanması olsa da, bunun nedenleri kişiden kişiye farklılık göstereceğinden, hastanın tıbbi olarak iyileşemeyecek olmasının öngörülmesi ve katlanılamaz bedensel, ruhsal ağrı ve acılarının bulunması asgari somut koşullar olarak kabul edilir<sup>505</sup>. Ötanazi, kişinin iradesine bağlı olup olmamasına veya ötanazide uygulanan usullere göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır<sup>506</sup>. İradeye bağlı ötanazi, bilinci yerinde olan hastanın isteği doğrultusunda yapılan ötanazidir. İrade dışı ötanazi ise, hastanın ölümle yaşam arasında seçim yapabilecek durumda olmadığı, iradesinin ne yönde olduğunun saptanamadığı, yakınlarının iradesi ile ötanazinin gerçekleştirilmesidir. Kazai ötanazi, ötanazi uygulanan ülkelerde bunun mahkeme kararları aracılığıyla

<sup>500</sup> Artuk Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Makaleleri*, (İstanbul: Güven Kitabevi, 2002) 3.

<sup>501</sup> Bahri Savcı, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, (Ankara: SBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, 1980) 21

<sup>502</sup> Yasemin Oğuz, “Ötanazi Tartışması”, *Bilim ve Ütopya*, Sayı.8, (1994) 21.

<sup>503</sup> Selma Tepehan, *Yoğun Bakım ve Servislerde Çalışan Sağlık Personelinin Ötanaziye Bakışı*, Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2006) 3.

<sup>504</sup> Güven 12.

<sup>505</sup> Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, (İstanbul: 2011) 262.

<sup>506</sup> Güven 12; Süleyman Karaca, *İnsan Hakları ve Hasta Hakları Bağlamında Ötanazi*, T.C. Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi, Sayı: 6, (Ocak 2001) 120.

gerçekleştirilmesini ifade ederken; medikal ötanazi, ötanaziye izin verilen bazı ülkelerde sadece doktorların kararıyla gerçekleştirilmesidir<sup>507</sup>. Çalışmamızın esası açısından aktif ötanazi ve pasif ötanazi üzerinde durulacaktır. Aktif ötanazi, iyileşmeyeceği ve dayanılmaz acıların ölümüne kadar süreceği tıbben kanıtlanmış hastaların isteği üzerine, kendilerini tedavi eden hekim tarafından acısız biçimde yaşamının sonlandırılması, yaşamın hastalığa ve ölüm sürecine aktif etkide bulunmak suretiyle kısaltılması<sup>508</sup> olarak tanımlanmıştır. Ötanazinin, özellikle hastanın onurlu ölüm hakkını ilgilendiren türü, pasif ötanazidir. Pasif ötanazi, hayati fonksiyonları tıbbi yöntemlerle sürdürülen bir kimseye uygulanan yaşamsal önemi bulunan bir tedavinin; hasta tarafından reddedilmesi, hastanın bir müddet daha yaşamasını sağlayan yaşam destekleyici tedavinin sunulmaması veya yaşam destekleyici tedavinin sona erdirilmesi şeklinde<sup>509</sup> meydana gelebilir<sup>510</sup>. Bir başka tanıma göre ise pasif ötanazi, sadece hastanın tedavisi için gerekli tedavi amaçlı mekanik tıbbi müdahalelerin çekilmesi veya verilmekten kaçınılmış olması halini ifade etmez. Hareketsiz kalarak ölüm sonucunun meydana gelmesi gibi olumsuz bir fiille yapılan ötanazidir<sup>511</sup>.

Pasif ötanaziye daha ılımlı yaklaşılmasının sebebi, genel olarak ölümün gerçekleşmesinin temel sebebinin mevcut hastalığa dayanmasıdır. Hekim aracılığıyla gerçekleştirilecek müdahale mevcut hastalık sebebinin değişirmeyecek sadece yaşanacak sürece bir hız kazandıracaktır. Dolayısıyla temelde yaşam hakkının özüne dokunulmadığı için aktif ötanaziden ayrılmaktadır. Ötanazinin, kötüye kullanılmaya müsait bir düzenleme olması, bu konuda yapılacak müdahaleler öncesinde hasta üzerinde gerekli incelemeler ve buna ilişkin prosedürlerin gerçekleştirilmesi, bunun yanı sıra gerekli düzenlemelerin ve bu düzenlemeler ile uygulamaları denetleyecek kuralların<sup>512</sup> yapılandırılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

---

<sup>507</sup> Artuk Mehmet Emin, A. Caner Yenidünya; “Ötanazi”, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, (İstanbul: 12 Levha Yayınları, 2011) 114-115.

<sup>508</sup> Hakeri 304.

<sup>509</sup> İnceoğlu (Ölme Hakkı) 135.

<sup>510</sup> Özkara / Yemişçigil / Dalgıç, “Sağlık Çalışanlarının, Hastaların ve Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Ötanaziye Bakışı”, 10. Ulusal Adli Tıp Günleri Kongre Kitabı, (Antalya: 2003) 248 - 251.

<sup>511</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, (Ceza Makaleleri) 10.

<sup>512</sup> Sibel İnceoğlu, “Ölme Hakkı Üzerine”, Güncel Hukuk, S.10, (Ankara: Mart 2006) 25.

## a. Uluslararası Düzenlemeler ve Karşılaştırmalı Hukukta Ötanazi

Ötanazi uygulamaları farklı biçimlerde dünyanın birçok yerinde görülmüştür. Birtakım ülkeler ötanaziye yasallaştırırken bir kısmı ise tamamen cezalandırmaktadır. Tarihte ilk örneği Nazi rejiminde gerçekleşmiştir. Tıbbi ölçütlere göre zayıf ve sakat olarak kabul edilen hastaların ortadan kaldırılması yönünde bir kamuoyu oluşturmak için nazi rejimi dönemindeki hekimler ötanazi lehinde propoganda yapmışlardır. Fakat bu dönemde gerçekleşen bu ölümler için alınan Nuremberg kararlarında (1946-1947), her tür ötanazi şeklinin suç olduğunu ve ahlak dışı olduğunu kabul edilmiş ve ilgili kişilerin rızası olmadan veya kendilerini aydınlatarak rızalarını almadan uygulanan tıbbi inceleme ve tedavi tiplerinin hepsinin yasadışı olduğuna karar verilmiştir<sup>513</sup>.

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi 3.maddesinde “*Herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır.*” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2.maddesi: “*Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır.*” hükmünü içermektedir. Dolayısıyla negatif yükümlülük olarak insan yaşamına saygı gösterilmesi öngörülürken, pozitif yükümlülük olarak tanınan bu hakkın etkin bir şekilde korunması öngörülmektedir<sup>514</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise önüne gelen benzeri davalarda kişi özerkliği yerine yaşamın kutsallığı ve dokunulmazlığı görüşünü desteklemektedir. Nitekim verilen kararlarda etkili olan, somut durumların yanı sıra, konuya ilişkin olarak devletlerin yapmış olduğu yasal düzenlemelerdir. Dolayısıyla farklı ulusal düzenlemelere karşılık olarak davaların farklı sonuçlandırılması söz konusu olabilmektedir. Bu anlamda ise Sözleşme ülkelere belli bir takdir marjı bırakmaktadır<sup>515</sup>.

---

<sup>513</sup> Robert J. Lifton, “The Nazi Doctors: Medical Killing and Psychology of Genocide”, <http://www.holocaust-history.org/lifton/index.shtml>, Erişim Tarihi: 08.05.2012.

<sup>514</sup> Arzu Besiri, “Ötanazi ve Yaşam Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.86, (Şubat 2010) 195-196.

<sup>515</sup> Tacir 273.



Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin 10/c maddesinde "*Hastaların ölümcül dönemlerinde insanca bakılmaya ve mümkün olan en rahat şekilde onurları ile ölmeye hakları vardır.*" ifadeleri ile önemli bir hasta hakkını daha düzenlemiştir. Bu hak, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının içinde de yer alan, hekimin mesleki ve vicdani yükümlülüklerinden biri olarak düzenlemedir: "*Terminal Hastalara Yardım*" başlığını taşıyan 28.madde "*Hekim, terminal (ölümcül) dönemdeki hastalara her türlü insani yardımı yapmaya, insan onuruna yaraşır koşulları sağlamaya ve çekilen acıyı olabildiğince azaltmaya çalışır.*" şeklindedir. Hastanın, tedavinin kesilmesi yönündeki talebine ne ölçüde uyulması gerektiği ve bu davranışın etik değeri konusunda uluslararası düzeyde çeşitli normlar saptanabilmektedir. Dünya Tabipler Birliği'nin 1987'de Madrid'de gerçekleştirilen 39. Genel Kurulu'nda açıklanan Ötanazi Bildirgesi'ne göre, "*bir hastanın yaşamını, kendi ya da çok yakınlarının izni ile de olsa sonlandırmak olan ötanazi etik değildir. Bu, hekimi, hastalığın son dönemlerinde olan bir hastanın doğal ölüm süreci ile ilgili isteğine saygı göstermekten alıkoymaz*". Yine Dünya Tabipler Birliği'nin 44. Genel Kurulu'nda, 1992 yılında kabul edilen ve hekim yardımıyla intiharla ilgili ilkeleri belirleyen bildiriye göre, "*hastanın tedaviyi reddetmesi temel bir haktır ve hekimin hastanın bu arzusuna saygı göstermesi (ölümüne neden olsa bile) etik olmayan bir davranış sayılmaz*".

Büyük Britanya'da kabul edilen standartlara göre, özgür seçim yapabilecek durumda bulunan bir hastanın iradesine her zaman saygı gösterilmelidir. Benzer şekilde, Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında da kural olarak aktif ötanazi yasaklanmıştır. Nitekim tedaviyi reddin ölüme yol açmasına kişinin özerkliği ve kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde yaklaşılarak pasif ötanazi Amerikan Yüksek Mahkemeleri'nin kararları ile uygulanmaya başlanmış ve Federal Yüksek Mahkemenin kararlarıyla da Anayasa'ya ve hukuka uygunluğu doğrulanmıştır<sup>516</sup>. Mahkeme devletle kişi arasındaki yarar dengesini dört kıstasa göre belirlemeye çalışmıştır. Bunlar; devletin yaşamı korumada sahip olduğu çıkar ve yükümlülük ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı arasında dengenin gözetilmesi, üçüncü

---

<sup>516</sup>Scott I. Davidson, "But Why Do We Shoot Horses?" An Analysis of the Right of Die and Euthanasia", New York Law School Journal of Human Rights, Vol.12 (1994-1995) 116-117.

kişilerin korunması, intiharın önlenmesi ve tıp mesleğinin etik bütünlüğünün bozulmamasıdır<sup>517</sup>. Bireyin bireysel çıkarı; kişi özerkliği, kendi geleceğini belirleme, özel yaşamın gizliliği ve vücut bütünlüğü haklarına dayanmaktadır. Nitekim devletin yükümlülüğü kişilerin yaşam hakkının korunması hakkında gerekli tedbirlerin alınması iken, temelde kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının önüne geçmeden, kişinin hastalığının ölümcül olması ve hastalığının iyileşmeyeceğinin öngörülmesi halleri dışında kendi yaşamını sonlandırmasını engellemektir<sup>518</sup>. Pasif ötanazinin Federal Yüksek Mahkeme tarafından tanınması 1990 yılında Nancy Cruzan davasıyla gerçekleşmiştir. Geçirdiği trafik kazası sonucunda bitkisel hayata giren *Cruzan*'ın beslenme tüplerinin çekilerek tedavinin kesilmesi ailesi tarafından talep edilmiştir. Missouri Mahkemesi, karar verme yeterliliğine sahip bir hastanın tedavisi sonucunda ölümün gerçekleşeceğini bilmesi halinde tedaviyi reddetme hakkı olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme bu kararını, kişi özgürlüğü hakkına dayandırmıştır<sup>519</sup>.

Ötanaziyi pasif olmak koşuluyla sınırlayan söz konusu anlayışın temeli içtihadi hukuk ve anayasal düzenlemede yer alan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunmasına dayanırken bazı mahkemeler tedaviyi red hakkını anayasal koruma altında olan özgürlüklere bağlamaktadır. İctihadi hukuk, ötanazinin temelini bilgilendirilmiş rıza öğretisine dayandırarak temelde kişinin kendi yaşamı üzerinde de yapacağı kişisel tercihlerine üstünlük tanımaktadır. Amerika'da bulunan Oregon eyaleti, hekim yardımlı intiharı kanunlarında düzenleyen ilk ve tek Amerikan eyaletidir. Yapılan düzenleme "Onurlu Ölüm Yasası"<sup>520</sup> başlığıyla 1997'de yürürlüğe girmiştir<sup>521</sup>. Kural olarak doktor yardımlı intihar bazı eyaletlerce yasal dayanağa kavuşturulsa da aktif ötanazi adam öldürme suçu olarak değerlendirilmekte ve kabul edilmemektedir.

---

<sup>517</sup> Tacir 281.

<sup>518</sup> Tacir 283-285.

<sup>519</sup> Besiri 192-193; Patel Kant, Mark E. Rushefsky, *Health Care Politics and Policy In America*, (New York: Sharpe, 2006) 350; İçelli İlkin, Murat M.Demet; "Rasyonel İntihar", *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, S.2(4), (2001) 230-235

<sup>520</sup> Death with Dignity Act, 127.800-127.890, 1997, <http://egov.orego.gov/DHS/ph/pas/index.shtml> Erişim Tarihi: (19.01.2012)

<sup>521</sup> <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=70.245&full=true> Erişim Tarihi: 19.01.2012.

İsviçre Tıp Bilimler Akademisi'nin “ Ölmek üzere olan ve beyinsel olarak ağır hasar görmüş hastaların tıbbi bakımı ve yardımı hakkında tıbbi-etik direktifi” başlıklı yönerge İsviçre Akademi Senatosu tarafından 1995 yılında kabul edilmiştir<sup>522</sup>. İsviçre’de, hastanın açık iradesi söz konusu olduğunda buna tam bir geçerlilik tanınmakta, birçok kantonda ise, bunun dışındaki durumlarda yargıcın öndenetimi öngörülmektedir<sup>523</sup>. Aktif ötanazi yasaklanmış olsa da, hekimin acıları dindirmeyi amaçlayarak uyguladığı tedavi sonucunda ölümün dolaylı olarak meydana gelmesi dolaylı ötanazi olarak kabul edilmektedir<sup>524</sup>. Aynı zamanda İsviçre Ceza Kanunu’nun 114.maddesine göre kişinin kendi talebi söz konusu olsa bile ötanazi fiili suç olarak tanımlansa da, kasten adam öldürmeye göre daha az ceza verilmektedir<sup>525</sup>. İsviçre’de ki uygulama, Ceza Kanunu maddelerinin yorumlanması yoluyla ortaya çıkmıştır. Kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olan intiharın tek başına suç sayılmaması, hekim yardımlı intiharın kabul edilmesinin nedeni olarak gösterilmektedir. Aktif ötanazinin yasaklanmasının nedeni, ölümü gerçekleştiren son hareketin hekim tarafından yerine getirilmesi nedeniyle intihar olarak değerlendirilmemesidir<sup>526</sup>.

Danimarka’da ise, hastanın açık iradesine ve hasta vasiyetlerine tam bir bağlayıcılık tanınmış, bunun dışındaki durumlarda da, salt hastanın ölümünü geciktirmeye ve acılarını sürdürmeye yarayan tıbbi müdahalelerde bulunulmayabileceği, tıp mesleğinin uygulanması hakkındaki yasanın 6/5.maddesinde hükme bağlanmıştır<sup>527</sup>.

Dünyada istemli aktif ötanaziyi tanıyan ilk yasa (Ölümcül Hastaların Hakları Yasası) Avustralya Kuzey Bölgesi’nde 1995 yılında çıkarılmıştır. 1996 ve 1997’de 4 kişiye “ötanazi makinası” adı altında bir alet aracılığıyla hastalığın son döneminde

---

<sup>522</sup> Hans- Ludwig Schreiber (Çev.Mahmut Koca); “ *Federal Tabipler Odasının Yeni Bir “Ötanazi Direktifi Tasarısı”*”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi II – Tıp ve Ceza Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004) 127-128.

<sup>523</sup> Erman 169.

<sup>524</sup> Tacir 278.

<sup>525</sup> Mehmet Emin Artuk, “*Ötanazi*”, YD., C. XVIII, Sayı. 3, (Temmuz 1992) 305.

<sup>526</sup> Tacir 279.

<sup>527</sup> Erman 169-170.

olan hastalara iğne vurma methoduyla uygulanarak ölümleri hızlandırılmıştır<sup>528</sup>. Bu uygulamaya karşı yapılan itirazlar üzerine Avustralya'daki bölgesel devlet biçiminin Kuzey Bölgesi'ne bir kişinin kendi yaşamını sona erdirmeye yardımcı olmaya izin veren düzenlemelerin geçersiz olduğuna ilişkin böyle bir yasayı çıkarma yetkisi vermediği gerekçesiyle 1997 yılında Avustralya Senatosu'nun bu yasayı "Milletler Topluluğu Ötanazi Kanunları"nın kabulüyle yürürlükten kaldırmıştır. Ancak yapılan düzenlemeyle yaşam destek tedavilerinin geri çekilmesi ve kısıtlanmasına yönelik acı dindirmeye yönelik yasaların düzenlenerek çıkarılmasına izin vermiştir<sup>529</sup>. Meclis daha sonra yasal değişikliklerle bölge meclislerinin pasif ötanazi hakkında yasa çıkarabileceğini, aktif ötanazi ile ilgili yasa çıkaramayacağını karar altına almıştır. Hazırlanan "Ölümcül Hastaların Hakları Yasası"na göre ötanaziyi uygulayacak hekimin en az beş yıllık deneyim sahibi olması ve hastalığın başından beri hastayı takip eden hekim olması gerekmektedir. Öte yandan, hekim ötanazi talebini herhangi bir nedenle yerine getirmeme hakkına sahiptir. Hastaya ilişkin aranan şartlar ise, 18 yaşını bitirmiş ve temyiz kudretine sahip olmasının yanı sıra, tedavisi imkansız bir hastalığı olmalı ve dayanılamayacak acı ve ıstıraplar içinde bulunmalıdır. Hasta hastalığı ve tedavileri hakkında bilgilendirildikten sonra bu konuda istemini açıkça dile getirmelidir. Hasta dilediği zaman bu talebinden vazgeçebilir. Hataya düşülmemesi için uygulamayı yapacak hekimin, kendisinden bağımsız psikiyatrik alanda da yetkili bir hekimden onay alması gerekmektedir. Bununla hastanın temyiz gücüne sahip bir şekilde istemli ötanazi kararı vermiş olduğu doğrulanacaktır. Hasta, kararını verdikten 7 gün sonra resmi talep belgesini imzalayabilmektedir. Eğer hasta imzalamayacak durumda ise belgenin kendisiyle çıkar ilişkisi olmayan biri tarafından imzalanması gerekmektedir. Ayrıca hasta, etki altında bırakılarak bu kararı vermişse bu etkide bulunanlar hakkında para cezası ve dört yıl hapis cezası öngörülmüştür<sup>530</sup>.

Modern toplumlar insan haklarının korunmasını esas alan bir hukuki düzeni öngörürler. Buna ilişkin koruma mekanizmalarında yasal ve şeffaf bir dayanışmanın olması gerekmektedir. Yasal olarak öngörülen bazı koşulları yerine getirmek

<sup>528</sup> <http://fr.encydia.com/es/Eutanasia>, Erişim Tarihi: 07.05.2012.

<sup>529</sup> Raphael Cohen Almagor; "Euthanasia in the Netherlands: The Policy and Practice of Mercy Killing", (Kluwer Academic Publishers, 2004) 3-4.

<sup>530</sup> İnceoğlu 211.

kaydıyla ötanaziden yararlanacak hastaların bu kurallara uyarak ötanaziden yararlanabilme imkanı kendilerine tanınmalıdır. Çünkü her hasta vücudu gibi çok özel bir alanda bilgilendirilmek kaydıyla karar verme yetkisine sahiptir ve bu çerçevede yaşamını nasıl sürdüreceğini veya yaşamının nasıl sona erdirileceğine karar verme hakkına sahiptir. Bu görüşe dayanarak günümüzde aktif ötanaziyi yasal olarak kabul eden ilk ülke Hollanda'dır. Ceza Kanunu'nda ki düzenleme esas alındığında, mağdurun açıkça rızası olsa bile bir kişinin yaşamına son vermek suç olarak düzenlenmiştir. Nitekim ilgili maddeye eklenen bir fıkra ile hekimler lehine bir düzenleme yapılarak bu sorumluluktan muaf tutulmaları sağlanmıştır. 2001 yılında "Talep Üzerine Yaşamın Sonlandırılması ve İntihara Yardım Kanunu ( Terminal of Life On Request and Assistance with Suicide Act)" kabul edilerek ötanazinin yasal dayanağı oluşturulmuş ve uygulama aşamasında hastanın ölümcül olmasının ya da fiziksel olarak bir rahatsızlığa sahip olmasının şart olmadığı beklenen kıstaslarda belirtilmiştir<sup>531</sup>.

Belçika ise ötanaziyi kabul eden ikinci ülkedir. Hollanda'dan farklı olarak Belçika, yasanın kabulünden önce ötanazi ve ölüme yardımla ilgili bir içtihat hukuku ve buna ilişkin ayrı bir suç tipi düzenlememişti<sup>532</sup>. 2002 yılında hastanın iyileşemez bir hastalığın olması şartıyla ötanazi yolunu açarak kanunlaştırmıştır<sup>533</sup>. Belçika parlamentosu'nun 16 Mayıs 2002 tarihinde kabul ettiği ötanazi yasası 28 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yasada ötanazi; "*Bir kişinin yaşamına, kendi isteği üzerine, bir başka kişi tarafından son verilmesi eylemi*" olarak tanımlanmaktadır. Bu düzenleme kaza ya da hastalık sonucu tedavisi olmayan bir sebepten dolayı ortaya çıkan kronik ruhsal ya da fiziksel şiddeti azalmayan yetişkin hastalarda doktora ötanazi uygulama izni vermektedir. Belçika'da ötanazi isteyen hastanın 18 yaşından büyük olması, bu talebini bilinçli ve kendi iradesiyle yapması, bu isteğini düşünerek ve birkaç defa yansıtması şart koşulmaktadır. Hastaya ötanazi yapılabilmesi için, "*fiziki veya psikolojik açıdan, tıbbi olarak sürekli ve dayanılmaz acı çekiyor olması,*

---

<sup>531</sup> Tacir 273-277; Raphael Cohen Almagor, "*The Boundries of Liberty and Tolerance*", (Florida: University Press of Florida, 1994) 38; İnceoğlu (Ölme Hakkı) 194.

<sup>532</sup> İnceoğlu (İnsan Hakları Bakımından) 291.

<sup>533</sup> Almagor (Euthanasia in Netherlands) 11.

*hastalık sürecinde çaresiz bir aşamada bulunması*” gerekiyor. Ötanazi yapacak doktorun hastayla derinlemesine görüşmesi, sağlık durumu hakkında ayrıntılı bilgi vermesi, “*ötanaziden başka bir care kalmadığı*” konusunda hastayla mutabakat sağlaması da koşullar arasında bulunuyor. Hastanın ötanazi talebinde bulunmasıyla yapılması arasında en az 1 ay geçmesi ve Federal Kontrol Komisyonu’nun nihai kararı vermesi şartları da yasada yer alıyor. Yasaya göre, Belçika’daki insanlar, arzu ederlerse sağlıklı günlerinde bir yazılı vasiyet hazırlayarak, amansız bir hastalığa yakalandıkları veya bir kaza sonucu bilinçsiz kaldıkları, kurtuluş ümidi bulunmadığı durumlarda, ötanaziye gidilmesini isteyebiliyor. Bu durumda, bir vekaletnamede, bir veya birkaç kişinin ismi verilebiliyor ve bu kişiler ötanazi kararını hasta adına doktorlara bildirmekte yetkili kılınabiliyor. Belçikalı doktorlar, ötanazinin yapılmasını izleyen 4 gün içinde, Federal Kontrol Komisyonu’na bilgi raporu sunuyor. Bu komisyonun üyelerinin üçte ikisi, mevcut verilerin incelenmesinden sonra, ötanazinin gereksiz olduğu kanaatine varırsa dosya savcılığa sevk ediliyor ve adli takibat başlatılıyor. Yasa, hiçbir doktorun zorla ötanazi yapmaya mecbur edilemeyeceğini de kayda bağlıyor. Yasada sözü edilen Federal Ötanazi Araştırma ve Kontrol Komisyonu 16 üyeden oluşuyor. Buna göre; tıp alanından gelen 8 kişinin en çok 4’ü Belçika üniversitelerindeki profesörlerden seçilmelidir. 4 üye Belçika’daki hukuk fakültesi profesörlerinden veya çalışan avukatlardan, 4 üye ise iyileşmez hastalığa sahip hastaların sorunlarıyla ilgilenen gruptan gelmelidir. Komisyon üyeliği ile bölgesel veya hükümet üyeliği birlikte olamaz. Komisyon üyeliği süresi dört yıldır ve gerek görüldüğünde uzatılabilir. Komisyon için Adalet Bakanlığı ve Senato tarafından uygun adaylar belirlenir. Komisyon kararlarını üyelerin 2/3 çoğunluğuyla verir<sup>534</sup>.

Lüksemburg dışındaki ülkeleri incelediğimizde; ötanazinin yasal boyutuyla ilgili olarak ülkeler iki grupta incelenebilir: Bunlardan ilki ötanazinin yasada açıkça tanımlandığı ülkelerdir. Bu ülkelerde ötanazi eylemi istek üzerine adam öldürme şeklinde tanımlanarak diğer öldürme eylemlerinden daha hafif cezalandırılmaktadır. Almanya’da ötanaziye ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Federal

---

<sup>534</sup> Erdem Özkara, “Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika’da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum”, TBB Dergisi, Sayı 78, (2008) 110-111.

Yüksek Mahkemesi'nin 2010 yılında hastanın rızasını ön planda tutarak, rızanın gösterildiği hallerde yaşam desteğinin kesilmesini suç olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir<sup>535</sup>. İkincisi ise ötanazinin yasada açıkça tanımlanmadığı ülkelerdir. Bu ülkelerin ceza yasalarında ötanazi eylemi belirtilmemektedir. Yapılan işlem eylemin gerçekleşme şekline göre “*adam öldürme*” başlığı altında değerlendirilmektedir. Bu duruma ülkemiz de dahil olmak üzere İngiltere, Fransa, Kanada gibi bir çok ülke örnek olarak verilebilir. Ötanaziyi suç sayan devletlerin gerekçeleri ise ötanazi bütün unsurlarıyla kasten adam öldürme suçunu oluşturur. Failin iradesi de bu yöndedir. Adam öldürme suçu kasti bir suçtur, hekimde ya da failde bu kast mevcuttur. Mevcut olan bu kast manevi unsuru oluşturur. Burada saik değil maksat önemlidir. Ötanazi taraftarlarına yapılan itirazlardan biri de; doktorun yanlış teşhis yapabilmesi veya hastaya uygulanacak yeni bir tedavi yöntemi keşfedilmesi ihtimalidir. Buna karşın, İtalyan Ceza Kanunu (İCK. m.579) ve Avusturya Ceza Kanunu'nda (AvCK m.77); kişinin yaşamının rızayla sona erdirilmesini kasten adam öldürme suçundan ayrı bir suç olarak düzenleyen ve rıza gösteren kimseye karşı işlenen öldürme fiilinin daha az ceza ile cezalandırılmasını düzenleyen ceza normları öngörülmüştür<sup>536</sup>.

Hipokrat Yemini'ne göre, hekimlerden talep edilse dahi, hiç kimseye öldürücü ilaç verilemeyeceği ve öldürücü etkiye neden olan bir tavsiyede bulunulmayacağı<sup>537</sup> düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince hekimler, hastayı tedavi etme misyonları gereğince hareket etmeli bunun dışındaki hareketlerden kaçınmalıdırlar. Tıp bilminde hata ihtimalinin her zaman mevcut olduğu düşünüldüğünde, bir hastalığın öldürücü olup olmadığının kesin olarak tespiti mümkün değildir<sup>538</sup>. Bir insanın yaşam hakkının tıbbi müdahale kapsamında bilinerek ihlal edilmesi ve buna yasal dayanak hazırlanması insanların buna yönelmesine ve durumun suiistimal edilmesine sebep olacaktır. İyileşmesi bugün için imkansız bir hastayı öldürmek, insanlığın gelecek başarılarını inkar etmekle eşit

---

<sup>535</sup> <http://www.nytimes.com/2010/06/26/world/europe/26berlin.html> Erişim Tarihi: 19.02.2012.

<sup>536</sup> Özen / Ekici Şahin 27.

<sup>537</sup> İnceoğlu 170.

<sup>538</sup> Jale Bafra, *Euthanasia*, Yüksek Lisans Tezi,(İstanbul: İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1990) 25.

anlamdadır<sup>539</sup>. Nitekim önceden öldürücü olan bir takım hastalıklar bugün çeşitli yöntemlerle tedavi edilebilmektedir. Şayet o zamanlar bir çok hasta acı çekmeye ve ölüme mahkum olsaydı ve onların ıstıraplarını dindirmek için doktorlar büyük gayretler sarf etmek yerine, kolay yoldan ölümü seçselerdi tıp bilimine ilişkin birçok gelişme yaşanamayacaktı<sup>540</sup>. Ötanazi her insanda bulunan koruma güdüsüne dolayısıyla insan doğasına aykırıdır<sup>541</sup>. Buna rağmen ötanaziye izin verilmesi, dolaylı yoldan tıbbın gelişmesi için engelleyici olacak ve insanların tıba ve doktorlara olan itimadının sarsılmasına neden olacaktır<sup>542</sup>. Tüm bunların engellenebilmesi için ise ötanaziye yasal bir dayanak sağlanmaması ve hekimin mesleği gereği yaşatma yükümlülüğü esas alınarak müdahalede bulunulması gerekmektedir.

### **b. Türkiye’de Ötanazinin Yasal Boyutu**

Anayasa’nın 12.maddesi’ne göre; herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Buna göre yaşam hakkı dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez bir haktır. Nitekim 17.madde altında tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Yaşamın dokunulmazlığı hakkının istisnaları ise 17.maddenin son fıkrasında sıralanmıştır. Bu durumlar, meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarla sınırlıdır. Dolayısıyla mutlak olarak yorumlanan bu hakkın istisnaları düzenlenebildiğine göre pasif ötanaziye ilişkin düzenlemelerin tıbbi zorunluluk halleri içinde değerlendirilerek yasal dayanağının oluşturulması mümkündür.

---

<sup>539</sup> Faruk Erem, *Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi*, (Ankara:Adil Yayınevi, 1997) 41.

<sup>540</sup> Besiri Arzu 196-197.

<sup>541</sup> Ömer Ömeroğlu, *Ötanazi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1993/2., (İstanbul) 195.

<sup>542</sup> Bafra 25.



Türk Ceza Kanunu kapsamında ise ötanaziye ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Aktif ötanazi açısından failin kasten öldürme suçunu işlemiş sayılacağı açısından ise doktrinde görüş birliği mevcuttur<sup>543</sup>. Ceza Kanunu'nun 82.maddesinde düzenlenen “kastan adam öldürme” ve 83.maddesinde düzenlenen “kastan öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” suçları kapsamında aktif ve pasif ötanazi eylemleri suç oluşturmaktadır. 84.maddede ise başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da intihar etmesine yardım eden kişinin cezalandırılacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla Ceza Kanunu kapsamında ötanazinin yanı sıra hekim yardımlı intiharında hukuk düzenimizde yer almadığını söylemek mümkündür. Türkiye’de aktif ötanazi, Ceza Kanunu intihara yardımcı bir suç olarak öngördüğü için hukuksal bakımdan izin verilen bir uygulama değildir. Bu durum somut norm denetimi ve 2010 değişikliği ile kabul edilen anayasa şikayeti yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınma olasılığında, Mahkeme ceza normlarının denetiminde yasakoyucunun takdir yetksiine giren suç ve politikasına ilişkin bir tercih gibi yorumlayabileceği gibi hak ve özgürlükler kapsamında da değerlendirebilir<sup>544</sup>.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesi ile ötanazi yasaklanmıştır. İlgili maddeye göre; “Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.” Bu yaklaşımla Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında ötanazi, açıkça yasaklanmıştır. Pasif ötanazi, tıbbi etik gereği olduğu kadar aynı zamanda kanun gereği tıp mensuplarına bağlanan yaşatma sorumluluğunu yerine getirmeme veya sona erdirme olarak nitelenebilecek hareketsizlik hallerini de içerir. Hayati fonksiyonlarını tıbbi yöntemlerle sürdüren hastaya uygulanan tedavinin kesilmesi, respiratörün, gastrotomi tüpünün çekilmesi, ömrünü uzatacak tedaviye başlanmaması ya da durdurulması, antibiyotik vb. ilaç tedavisinin yapılmaması gibi

<sup>543</sup> Centel 235; Erem /Toroslu 334; Öztürk (Yüce Armağanı) 585.

<sup>544</sup> Bertil Emrah ODER, “Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, (İstanbul: 12 Levha Yayınları, 2011) 23.

örnekler pasif ötanazi alt başlığında ele alınabilmektedir. Bu noktada “beyin ölümü” kavramına da değinmek gerekiyor. Türk hukuk sisteminde 2238 sayılı Kanun’da organ naklinin söz konusu olduğu durumlarda beyin ölümü şartı aranmaktadır. Beyin ölümü, santral sinir sistemi fonksiyonlarının geri dönüşsüz kayb olduğu durumlarda, yapılan tüm müdahalelere karşın kişinin iyileşmesinin olası olmadığı, tüm yaşam fonksiyonlarının durduğu, solunum ve dolaşım fonksiyonlarının ancak yaşam destek cihazlarıyla sürdürülebildiği durumlarda kabul edilmektedir. Bu tanımlamadan hareketle, gerçek ölümün, beyin ölümü ile gerçekleştiği savunulmaktadır. Ülkemizde 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun’un 11.maddesi ölüm halinin saptanmasıyla ilgilidir: “*Bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirurjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır*”. Günümüzde organ naklinin artırılması için bu dörtlü hekim grubunun kararı yerine bazı ülkelerde olduğu gibi iki hekimin karar vermesini öneren yazarlar da vardır. Bu kanunla ilgili yönetmelikte ise “*hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra organ bağıışı izni alınmadığında, hastaya uygulanan tıbbi destek kesilir.*” denilerek beyin ölümü kabul edilmiştir<sup>545</sup>. Bu tür durumlarda olan uygulama tıbbi desteğin kesilmesiyle pasif ötanazinin gerçekleşmesidir. Nitekim uygulamaya bakıldığında, Türkiye’ de genel olarak doktorlar pasif ötanaziye evet demekte ve zaten mevcut sistemde dolaylı olarak pasif ötanazinin uygulandığını söylemektedirler<sup>546</sup>.

---

<sup>545</sup> Özkara 106-107.

<sup>546</sup> Erdem Özkara, “Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika’da Ötanazi Uygulanması ve Ülkemizdeki Durum”, TBB Dergisi Sayı: 78, (2008) 116-118.

## 2. Açlık Grevi

### a. Açlık Grevlerinde Yapılan Müdahaleler

Ceza infaz kurumlarında zorunlu tıbbi müdahalelerin yapılması konusunda sorunların çıktığı en önemli alanlardan birisi tutuklu ve hükümlülerin açlık grevi veya ölüm orucu başlattığı durumlardır. Açlık grevleri, belirli bir hedefe ulaşmak, bir hareketi protesto etmek ya da bir görüşe taraftar bulmak için, kamuoyu yaratması düşüncesiyle kişinin tek başına veya grup şeklinde, yemek yemeyi durdurarak ve/veya sıvı almayarak aç kalma eylemidir<sup>547</sup>. Süresi önceden belirlenmiş olan açlık grevleri, genellikle birkaç günden, birkaç haftaya değişen sürelerde ve tekrarlayan sayılarda yapılabilmektedir. Günlük belirli miktarlarda su, tuz ve şeker alımı ile ölene kadar eylemini devam ettirme temeline dayanır. Bu eyleme karar veren ve belirli bir süre içinde uygulayan kişiye ise açlık grevcisi denir<sup>548</sup>. Bu eylemin mantığı, kamuoyunda yaratılan etki sayesinde talep edilen konuya ilişkin karar verme yetkisine sahip olan kimseleri baskı altına almaktır. Amaçlanan hayatlarına son vermek değil; aksine, kendileri ya da uğruna eylemi sürdürdükleri kişiler için daha iyi koşullar elde edebilmektir<sup>549</sup>. Bu süreç, ülkemizde de birçok kez tanık olduğumuz gibi, kalıcı hastalıklarla ya da ölümlerle sonlanabilmektedir<sup>550</sup>.

Burada konumuz açısından tartışmalı olan husus, bu eylemlere başvuran kimselere zorunlu tıbbi müdahalede bulunulup bulunamayacağıdır. Öncelikle burada gösterilecek tepki, yalnızca açlık grevcisinin sağlığını veya yaşamını kurtarmak amacı gütmemekte, kamu otoritesi tarafından çoğunlukla, illegal isteklerin karşılanmasını amaçlayan bir protesto davranışı olarak algılanan bir hareketin önünü kesmeyi amaçlamaktadır. Bu direniş mücadelesi kısa ve kolay olmadığından

---

<sup>547</sup> Şahin Akıncı, “İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu”, SÜHFD., Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C.6, S.1-2, (1998) 733; Feyzioğlu (Açlık Grevi) 1-4; Inceoğlu 69.

<sup>548</sup> Ata Soyer, Evren Balta, “Hekimlik”, Tıbbi Etik ve İnsan Hakları Uluslararası ve Ulusal Belgeler, Türk Tabipler Birliği, (Eylül 1996) 81; Yenerer Çakmut 183.

<sup>549</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Murat Rifat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Genişletilmiş 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010) 377.

<sup>550</sup> Gürcan Altun, Betül Uğur Altun, “Açlık ve Açlık Grevlerinin Klinik, Etik ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, Klinik Gelişim Dergisi, Cilt 22/2009 Adli Tıp Özel Sayısı, (İstanbul: İstanbul Tabip Odası Yayını, 2009) 143.

grevciler için ölüm tehlikesi her zaman mevcuttur. Dolayısıyla amaca ulaşmak için ölüm göze alınmış olsa da, kimi zaman istenilen amaçlara ulaşılamadan da eylem, grevcilerin isteğiyle veya devlet organlarının müdahalesi üzerine sona erebilmektedir<sup>551</sup>. Bunun dışında, açlık grevi yapan veya ölüm orucu tutan kişi, sağlığı veya yaşamı üzerindeki tehlikeyi kendi davranışlarıyla ortaya çıkarmaktadır. Bu durumun, açlık grevinde bulunan kimseye, kendilerine tıbbi yardımda bulunulan diğer tutuklu ve hükümlülere kıyasen daha özellikli bir konum verip vermediği konusunda da tartışma vardır<sup>552</sup>. Yaşama döndürülmeyi önceden açık bir biçimde reddetmiş olan bir grevcinin bilinci bozulduğunda etik bir ikilem ortaya çıkar. Hastanın yararına davranmak ilkesi hekimi, grevciyi yaşama döndürmeye sevk eder. Fakat geçerli ve bilgilendirilmiş reddetmenin varlığı ise bireysel özerkliğe saygı ilkesi gereği hekimleri müdahaleden alıkoyar. Gözaltı koşullarındaki açlık grevlerinde ise grevcinin ileriye yönelik açıklamalarını, gönüllü ve grevin sonuçları konusunda tam olarak bilgilendirildikten sonra yapıp yapmadığı her zaman net değildir<sup>553</sup>.

## **b. Açlık Grevini Düzenleyen Uluslararası Belgeler**

Tokyo Bildirgesi, Dünya Tabipler Birliği'nin Ekim 1975'de yapılan 29. Genel Kurul'unda kabul edilmiştir. Genel Kurul'un amacı, hekimler için, tutukluluk ve hapis sırasında hürriyeti kısıtlanmış olanlar ile ilgili olarak işkence ve öteki zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı işlem ve cezalara maruz kalanlara ilişkin kılavuz niteliğinde bir deklarasyon hazırlamaktır<sup>554</sup>. Deklarasyonun ilk maddesinde, hekimin hürriyeti kısıtlanmış olan kişiye karşı yapılan bir işkenceye, diğer acı verici eylemlere, insanlık dışı ya da alçaltıcı hareketlere onay veremeyeceği, bu durumu görmezden gelemeyeceği ve de bu eylemlere katılamayacağı belirtilmektedir. Deklarasyonun doğrudan zorla besleme uygulamasını ele aldığı 7.maddesinde ise

---

<sup>551</sup> Yenerer Çakmut 184.

<sup>552</sup> Erman 184.

<sup>553</sup> Altun / Altun Uğur 144.

<sup>554</sup> Ekim 1975'te Tokyo, Japonya'da yapılan 29. Dünya Tabipler Birliği (DTP) Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve Mayıs 2005'te Divonne-les-Bains, Fransa'da yapılan 170. Konsey Oturumu ve Mayıs 2006'ta Divonne-lesBains, Fransa'da yapılan 173. Konsey Oturumu'nda gözden geçirilerek düzeltilmiştir.

temyiz kudretine sahip olan ve kendi iradesi ile beslenmeyi reddeden tutuklu ya da mahkuma zorla besleme yapılamayacağı öngörülmektedir. Fakat mahkumun ya da tutuklu ile ilgili olarak hekimin yapacağı bu tespitlerin bağımsız başka bir hekim tarafından da onaylanması istenmektedir. Hekimin bu noktada mahkum ya da tutuklu için yapması gereken tek şey, ona beslenmeyi reddetmesi halinde, bu davranışının ne gibi sonuçlar doğuracağını açıklamaktan ibarettir. Özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılacağı 1976 tarihli BM Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 10/1.maddesinde düzenlenmiştir.

Bu konuya ilişkin başka kaynak ise, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen 18 Aralık 1982 tarihli Tıbbi Etik Prensipleri metnidir. Bu metin doğrudan ölüm orucu ya da açlık grevleri karşısında hekimin ne yapması gerektiğini gösteren bir içeriğe sahip olmamasına karşın, metinde ilk prensip olarak kabul edilen kural, ölüm orucu ya da zorla besleme yöntemini uygulama olanağını ortadan kaldırmaktır. Zira kabul edilen metinde ifade edilen ilk prensibe göre; sağlık personeli, hükümlü ya da tutukluya karşı ortaya koyacağı mesleki davranış, cezaevi dışındakiler ile aynı standartta olmalıdır.

Dünya Tabipler Birliği daha sonra Malta Bildirgesi ile pekiştirilen kararlarıyla, hekimler açısından önemli ilkeler saptamıştır. Açlık grevlerinin sağlığından sorumlu hekimler için bir rehber niteliğindeki, “Açlık Grevleri Üzerine Deklarasyon”, Kasım 1991'de Malta'da toplanan, 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edilmiştir<sup>555</sup>. Bu bildirgenin esası yaşamın kutsallığına saygı gösterilmesinin her insan için etik bir zorunluluk olduğuna ve hekimin hastanın yaşamını sürdürmek ve onun yararı için mesleğinin bütün gereğini yerine getirme temeline dayanmaktadır. Malta Bildirgesi'ne göre; hastanın kendi kararına saygı göstermek hekimin görevidir. Hekim müdahale etmeden önce hastayı bilgilendirerek iznini alır, ancak acil durum ortaya çıktığında, hekim, hasta için en iyi olanı yapmak zorundadır.

---

<sup>555</sup> Eylül 1992'de ise İspanya'nın Marbella kentinde toplanan 44. Dünya Tıp Kongresi'nde düzeltildi. Son olarak Dünya Tıp Kongre'sinin Ekim 2006 tarihinde Güney Afrika'da yapılan Genel Kurulunda elden geçirildi.

Bu çelişki özellikle müdahaleyi reddettiği konusunda açık bir beyana sahip olan açlık grevcisi komaya girdiğinde ve ölmek üzereyken ortaya çıkar. Ahlaki yükümlülükleri açısından hekim, hastanın iradesine aykırı da olsa hastayı yaşama döndürmek zorundadır; mesleki sorumluluğu açısından ise hastanın iradesine saygı göstermek durumundadır. Müdahale etmek ya da etmemek konusundaki son kararda temel amaç hastanın iyiliğini sağlamak koşuluyla hekimine bırakılmalıdır. Gerektiğinde hekim, hastaya açıkça, onun (hastanın) tedaviyi reddetme, koma durumuna ilişkin olarak, yapay beslenme ve ölüm riski gibi konulardaki kararını onaylayıp onaylamadığını belirtmelidir. Eğer hekim, hastanın reddetme kararını onaylamıyorsa, onun başka bir hekim tarafından takip edilmesini sağlamalıdır<sup>556</sup>. Malta Bildirgesi, açlık grevcisine, özellikle bilincinin kapanması sonrasında, uygulanacak tedavi (zorla besleme de dahil) hususunda en doğru kararı vermekte hekimin serbest olduğunu, buna karşın bildirgenin yukarıda alıntılanan 4. paragrafında belirtilen hususların dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bir başka ifadeyle özgür iradesiyle, beslenmeyi reddeden ve bu durumun bilincin kapanması sırasındada geçerli olacağını da belirten bir açlık grevcisinin önceden açıklamış olduğu iradesi kendisiyle ilgilenen hekim tarafından sonraki aşamalarda dikkate alınmak zorundadır.

Açlık grevi yapan kişi baskı altında tutulabileceği ortamlardan korunmalıdır. Bu durum onun diğer grevcilerden ayrılmasını gerektirebilir. Bir hükümlü beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak<sup>557</sup> reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yeteneğe olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan besleyemeyecektir. Hükümlünün böyle bir yargıya varma yeteneği ile ilgili karar, en azından bir başka bağımsız hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekir.

---

<sup>556</sup> Malta Bildirgesi m.1/2, 2 ve 4.

<sup>557</sup> Tıbbi etik ilkelerinin hazırlanışında somut başlangıç 1974 yılıdır. 6.11.1974 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genci Kurulu aldığı 3218 (XXIX) sayılı kararı ile Dünya Sağlık Örgütü'nden, gözümlü alınan ya da tutuklanan kişileri işkence ve diğer kötü muamelelerden korumak amacıyla bir taslak etik ilkeleri hazırlanması isteminde bulundu ve Dünya Tıp Birliği 10.11.1974'te Tokyo Bildirgesi'ni kabul etti. Ardından BM Genel Kurulu 18,12,1982'de 37/194 sayılı kararı ile de Tokyo Bildirgesi doğrultusunda Tıbbi Etik İlkeleri'ni kabul etmiştir. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram, (İstanbul: 1993) 261-283.

Görüldüğü gibi, hekimlerin açlık grevi yapan kişilere karşı nasıl tavır almaları gerektiği uluslararası alanda saptanmıştır. Ölmek üzere olan bir insan karşısında hekimin duyacağı vicdani rahatsızlık kuşkusuz herhangi bir belge ya da ilke kararıyla aşılabilir; ancak insan kişiliğine saygı esasına dayanan bu ilkeler sayesinde hekimler, en azından ortak bir davranış kalıbı geliştirme şansına kavuşmuşlardır.

İsviçre Tıp Bilimleri Akademisi'nin 2002 tarihinde "*Tutuklu ve Hükümlülere Yönelik Tıbbi Etkinliklerin Uygulanması Hakkında Tıp Etiği Direktifi*" yayınlanmıştır. Direktifin 9/1.maddesine göre, hekim protesto amacıyla yapılan açlık greviyle karşılaştığında, öncelikle hastayı uzun süreli açlık grevinin tehlikeleri hakkında objektif olarak ve birçok kez bilgilendirecektir. Aynı direktifin 9/2.maddesine göre ise açlık grevcisinin tam ehliyetli ve iradesinin sağlıklı olduğu kurum dışında bir hekim tarafından saptandıktan sonra, sağlığı zedelense bile açlık grevine yönelik iradesine saygı gösterilecektir. 9/3.maddesinde ise açlık grevcisinin komaya girmesi halinde hekim, vicdanına ve etiğe uygun olarak gerekli önlemleri alabilir. Bununla birlikte, açlık grevcisinin önceden bu durumu öngören bir belirlemede bulunmuş olması halinde, buna kesinlikle uyulacaktır<sup>558</sup>.

Konu hakkındaki tartışma ve gelişmeler sona ermemiştir. Örneğin Avrupa Konseyi üyesi devletlerin imzasına açılan ve şu ana kadar 15'ten fazla devletin imzaladığı İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'nde, herhangi bir tıbbi müdahalede insan hakları ve insan haysiyetinin korunmasına vurgu yapılmaktadır. Sözleşmeye göre, sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye önceden, müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere R (98) 7 Sayılı Tavsiye Kararına Ek olarak aldığı kararda açlık grevcisine tıbbi müdahaleye değinilmiştir. Bu karara göre; "*Tedavinin reddedilmesi durumunda, doktor bir tanığın mevcudiyetinde hastadan*

<sup>558</sup> [http://www.samw.ch/content/Richtlinien/d\\_Medlnhaft.pdf](http://www.samw.ch/content/Richtlinien/d_Medlnhaft.pdf) Erişim Tarihi: 22.01.2012.

*bu konuda bir yazılı belge imzalamasını isteyecektir. Doktor hastayı ilaçların muhtemel faydaları ile mümkün olan şifa verici alternatifleri hakkında tam bilgilendirecek, tedaviyi reddetmesiyle birlikte oluşacak riskler konusunda onu ikaz edecektir. Hastanın da içerisinde bulunduğu durumu tamamen anladığından emin olunacaktır. Eğer mahkumun kullandığı dilden dolayı, anlaşma güçlükleri varsa uzman bir çevirmenin hizmetine başvurulmalıdır. Açlık grevinde olan kişinin herhangi bir psikiyatri servisine transfer edilmesini gerektirir ciddi mahiyette bir akli dengesizliği olmadığı sürece, klinik değerlendirmeleri kendisinin sözlü izniyle yerine getirilmelidir. Açlık grevindekiler, yapmakta oldukları hareketin kendi fiziki durumları üzerinde yol açacağı zararlı etkiler konusunda tarafsız bir anlatımla bilgilendirilmeli, bu suretle sürdürdükleri açlık grevinin tehlikelerini anlamalıdır. Eğer doktora göre açlık grevcisinin durumunda gözle görülür bir kötüleşme meydana geliyorsa esas itibariyle bu durumu ilgili makama rapor edecek ve bu konudaki ulusal düzenlemeye göre hareket edecektir.”*

Dünya Tabipler Birliği ve ülke tabipler birliklerinin dışında, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin yaklaşımı da, zorla besleme yöntemini dışlar bir görünüm arz etmektedir. Örneğin 2004 yılında Filistinli mahkumların İsrail hapishanelerinde başlattıkları açlık grevleri konusunda, Kızıl Haç örgütüne mensup hekimlerin göstereceği faaliyetler konusunda bilgi sunarken, hekimlerin İsraili yetkilileri zorla besleme yöntemini uygulamamasına sevk etmeye çalışmak yer almaktadır. Kızıl Haç'ın yayınladığı bir başka belgede ise, hekimlerin cezaevi ziyaretleri sırasındaki konuları ifade edilirken, açlık grevi ve zorla besleme yöntemleri ile karşılaşıldığında neler yapmaları gerektiğine ilişkin yanıt ve de bu uygulamaların ne ölçüde işkence ya da kötü muamele sayılacağına belirlenmesinde diğer düzenlemeler de referans olarak gösterilmiştir<sup>559</sup>.

Özet olarak hekim, açlık grevi yapan bir hükümlünün, gıda almayı tamamen veya kısmen reddetmesinin yaratabileceği olası sağlık sonuçları ve gelişebilecek rahatsızlıklar ve hastalıklar hususunda tam ve etraflıca bilgilendirecektir. Hükümlü

---

<sup>559</sup> Güngör 302.



bütün bu bilgilendirmeye rağmen açlık grevi yapacağını ve/veya devam edeceğini herhangi bir baskıya maruz kalmaksızın kendi özgür iradesiyle süreklilik arz edecek şekilde deklare ederse, etik ilkeler böylesi durumlarda hekimin açlık grevcisinin iradesiyle bağlı olmasının ve bu durumu tedaviyi reddetme hakkı kapsamında değerlendirmesinin gerekliliğine işaret etmektedir. Bir başka ifadeyle, bir tıbbi müdahale niteliğinde olan ve hastanın onamına aykırı bir şekilde hastanın/açlık grevcisinin iradesine aykırı bir şekilde zorla besleme yöntemine başvuran hekimin etik ilkelere uygun davranmadığı rahatlıkla söylenebilir.

AİHS'nin 2.maddesinde yer alan yaşam hakkı bakımından devletin, yaşamı tehlike altında olan kişiler için koruyucu tedbir alma yükümlülüğü genel olarak mevcut olduğu gibi, özellikle hükümlü ve tutuklular bakımından daha da kapsamlı özel bir korumanın gerekli olduğu bildirilmektedir. AİHM içtihatlarından örnek vermek gerekirse, Strazburg organları Herczagfaly ve Ilijkov davalarında dolaylı yoldan da olsa, zorla beslemenin AİHS 3.maddesinde'teki işkence, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele yasaklarına aykırı olduğu iddialarına dayalı başvuruları kabul edilemez bulunmuştur. Komisyona göre, tıbbın yerleşmiş ilkeleri doğrultusunda tedavi bakımından zorunluluk teşkil eden önlemler, zorunluluk durumunun ispat edilmesi şartıyla, insanlık dışı ya da küçük düşürücü olarak nitelendirilemez. Komisyon, yine başka benzeri bir olayda, bir mahkumun kendisinin zorla beslenmesinin insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele teşkil ettiği iddiası karşısında, devletin AİHS'nin 2.maddesi uyarınca hükümlülerin yaşam hakkını temin etme yükümlülüğünün, tıbbi müdahaleye bağlı olarak 3.maddeden doğabilecek herhangi bir ihlal iddiasından üstün olduğunu belirlemiştir. 5.4.2005 tarihli Nevmerzhitsky/Ukrayna<sup>560</sup> davasında ise AİHM zorla besleme meselesini detaylı olarak incelemiştir. Karara yol açan olayda başvurucu, 13.4.1998 tarihinde sadece su tüketmek suretiyle açlık grevine başvurmuştur. Başvurucunun açlık grevi bakımından şikayetçi olmasının sebebi, ulusal mercilerin, bunun tıbbi açıdan gerekli olduğunu tespit etmeksizin kendisini zorla beslemiş olmasıdır. Mahkeme ise daha

---

<sup>560</sup> AİHM Kararı, Başvuru no. 54825/00, Karar Tarihi: 5 Nisan 2005, Kesinleşme Tarihi: 12 Ekim 2005.

önceki içtihadında, bir kimsenin zorla beslenmesinin belirli koşullar altında Sözleşme'nin 3.maddesinin ihlali olarak değerlendirilebilmesine sebep bazı küçük düşürücü unsurlar içerdiğini vurgulanmıştır. Karara göre, Mahkeme tıbbın köklü prensiplerine göre tedavi edici bir zaruretten kaynaklı bir tedbirin prensip olarak insanlık dışı veya alçaltıcı olarak telakki edilemeyeceğini yinelemektedir. Aynı şey gıda almayı bilinçli olarak reddeden belirli bir mahpusun yaşamını korumayı amaçlayan zorla besleme içinde söylenebilir. Ayrıca Mahkeme zorla beslemeye ilişkin alınan bir kararda usulü garantilere uyulduğunu araştırmak zorundadır. Dahası bir açlık grevi sırasında başvurusunun zorla beslemeye tabi tutulma biçimi Mahkeme'nin Sözleşme'nin 3. maddesi altında belirlediği asgari şiddet barajını da aşmamalıdır. Hal böyle olmakla birlikte kullanımına başvuru kelepçe, ağız açıcı, yemek borusuna sokulan özel kauçuk borunun karşı koyma durumunda ve zora başvurulması ile birlikte, şayet tıbbi bir gereklilik yok ise Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında işkence anlamına gelebilir. Sonuç olarak Mahkeme, Hükümet tarafından herhangi haklı bir tıbbi sebep gösterilmeksizin ve kararnamede öngörülen ekipmanlar kullanılarak ve davacı karşı koymasına rağmen beslenmesinin işkenceyi karakterize eden aşırı bir muamele oluşturduğunu tespit ederek, yapılan ihlal sonucu yaşanan somut durumun 3.maddeye aykırı olduğu sonucuna varmıştır. 21.7.2005 tarihli Rohde/Danimarka kararında ise, ulusal mevzuata göre açlık grevcisinin iradesine saygı gösterilmesi gereken durumda dahi, devletin ilgiliye gerekli ve uygun sağlık hizmeti sunma yükümlülüğünün devam ettiği saptanmıştır. 19.6.2007 Ciorap/Moldova kararında da, açlık grevcisinin yaşamını kurtarmak amacıyla zorla beslenmesinin, ilke olarak, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele sayılamayacağı vurgulanmıştır. Somut olayda ise, başvurusunun defalarca zorla beslenmesinin geçerli tıbbi sebeplere dayanmadığı, daha ziyade grevciyi eylemini durdurmaya zorlama amacı güttüğünü, gereksiz yere acı verici ve rezil edici şekilde uygulandığını tespit eden mahkeme, bu muameleyi “işkence” olarak nitelendirmiştir<sup>561</sup>. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı ile kabul edilen prensibe göre; hürriyeti kısıtlanmış olan kişinin yaşam hakkı, özgür olan kişilere oranla daha büyük bir risk altındadır ve devletin bu riski azaltması için ek bir

---

<sup>561</sup> Tezcan- Erdem-Sancakdar-Önok 377-381.

pozitif yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre, eğer hürriyeti kısıtlanmış bir kişi ölüm orucu eylemine başvurursa ve de hayatı tehlikeye girecek olursa, bu prensip gereğince yapılan zorla besleme yöntemi hukuka ve insan haklarına uygun olacaktır. Nitekim Mahkemenin ölüm orucu eylemlerine yapılan zorla besleme yöntemine ilişkin yaklaşımı da bu yöndedir.

Açlık grevi sonucunda gerçekleşen zorla besleme olgusunun insan hakları açısından değerlendirilmesinde AİHM tarafından belirli bir tavır benimsenmemiştir. Bunun nedeni ise açlık grevi sürecinde zorla beslenme kararının alınmasını gerektirecek sebeplerin ve buna ilişkin uygulanan yöntemlerin her olay açısından aynı olmamasıdır.

### c. Açlık Grevine İlişkin Yasal Düzenlemeler

Açlık grevleriyle ilgili değerlendirmelerde, toplumsal menfaatin gündeme gelmesi başka kaygıların izlerini de taşımaktadır. Cezaevi şartlarında bir mahkumun ölüm orucu eylemine başlaması, bu eylemin diğer mahkumlar tarafından da takip edilmesi tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle eylemin engellenmesinde devletin bu bakımdan menfaati olduğu ileri sürülebilir<sup>562</sup>. Ancak eylemin bu gerekçeye dayanılarak engellenmesi sadece diğer mahkumların sağlığını ya da hayatını koruma kaygısını içermemektedir. Bunun yanında ölüm orucu eylemine cezaevi içerisinde sağlanacak geniş çaplı bir katılım, hem cezaevi yönetiminin otoritesini sarsma potansiyeline sahip bir ortam hazırlamakta hem de kurum içerisindeki disiplinin ortadan kalkması tehlikesini gündeme getirecektir<sup>563</sup>. Açlık grevlerinde temel amaç ölüm olmamakla birlikte, bu eyleme başlamakla beraber ölüm riskinin de göze alındığı kabul edildiğinden, bu konuda düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında bu hak kullanıldığında kişinin yavaş yavaş ölüme doğru gitmesi yaşam hakkının korunması için müdahaleye uygun mudur sorusu karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kişi kendi geleceğini belirleme ve bu

<sup>562</sup> Gungör 298; J. K. Greenberg; "Hunger Striking Prisoners: The Constitutionality of Force-Feeding", (Fordham Law Review, March 1983) 759.

<sup>563</sup> Gungör 298.

konuda karar verme hakkına sahiptir.<sup>564</sup> Bu kapsamda kendisine tanınmış hak ve özgürlüklerle donatılmış, Anayasa'nın 12.maddesinde bu hakların dokunulamaz, vazgeçilemez, devredilemez hak ve özgürlükler olduğu; aynı zamanda bu hak ve özgürlüklerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da kapsadığı belirtilmiştir. Kural olarak açlık grevini yasaklayan bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu eylemin ölümle sonuçlanabilme ihtimali dikkate alındığında, kişinin yaşamını sona erdirecek bir harekette bulunması, ondan vazgeçmesi anlamına geleceğinden fiil hukuka aykırılık oluşturacaktır<sup>565</sup>. Açlık grevi bir konu hakkında fikir beyanı olarak nitelendirildiğinde Anayasa'nın 25.maddesinde düzenlenen “ düşünce ve kanaat hürriyeti” ile 26.maddesinde düzenlenen “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıkları altında değerlendirilebilmektedir. Kişinin serbest iradesinin ve ortaya koyma şeklinin kanuni düzenlemeleri ihlal etmemesi halinde herhangi bir müdahalede bulunulamaz. Fakat bu eylem farklı kanuni düzenlemeleri ihlal ederse, o takdirde belirlenmiş hükümler aracılığıyla işlem yapılabilir<sup>566</sup>. Açlık grevi düşünceyi açıklama hürriyeti içinde değerlendirilse de yaşam hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 17.maddesini ihlal edebilmektedir. Bu durumda da menfaatlerin karşılaştırması yapılır. Kişi için yaşama hakkı devredilemez ve vazgeçilemez temel haklardan olduğuna göre, ölme hakkı anayasal anlamda da tanınmamıştır ve bu nedenle ölüm sonucunu doğuracak açlık grevine müdahale, hukuka aykırılık taşımayacaktır<sup>567</sup>. Aynı şekilde, kişinin vücudunda kalıcı bir takım zararların ortaya çıkmasına neden olacak bir fiil de onun maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlali niteliğinde olup; topluma, ailesine karşı yükümlü olduğu ödev ve sorumluluklarının ihmali sonucunu ortaya çıkartacaktır. Bu nedenle böyle bir durumda da açlık grevine müdahale hukuka aykırı olmayacaktır<sup>568</sup>.

Kişi henüz bilincini kaybetmeden müdahalede bulunma zorunluluğunun söz konusu olduğu hallerde hekim ve yardımcılarının fiillerinin TCK m.25/2'deki

---

<sup>564</sup> Akıncı 751.

<sup>565</sup> Yenerer Çakmut 186.

<sup>566</sup> Akıncı 754.

<sup>567</sup> Metin Feyzioğlu, “Açlık Grevi”, AÜHFD., C.43, S.1-4, (1993) 163.

<sup>568</sup> Doğan Soyaslan, “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, YD., C.16, S.3, (Temmuz 1990) 273-274. “Zorunluluk hali ve üçüncü kişi lehine meşru müdahaa hükümleri dolayısıyla zorla yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olacağını savunmaktadır”. Soyaslan 279.

zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygunluk oluşturacağı doktrinde ileri sürülmüştür. Nitekim zorunluluk halinin oluşabilmesi için gerekli olan şartlardan biri, failin tehlikeye neden olmamış üçüncü kişiye zarar vermesi gereğidir. Oysa açlık grevine müdahale halinde, üçüncü bir kişiye değil; bizzat tehlikeye sebep olan kişiye müdahale etmektedir. Bu durumda müdahalede bulunanların bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanması mümkün olmayacaktır. FEYZİOĞLU ve ÇAKMUT'a göre<sup>569</sup>, açlık grevine müdahale halinde, tehlikeye sebep olmuş kişinin, bu tehlikeden kurtarılması söz konusu olduğu için, müdahalede bulunanların fiilleri, TCK m.25/1'de düzenlenmiş "meşru müdafaa" hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilecektir. Madde kapsamında belirtilen " haksız bir saldırı" düzenlemesinden, açlık grevcisinin eylemi, onun vücut bütünlüğünü ve kimi zamanda hayatını tehlikeye düşürdüğünden ve kanuni düzenlemeler, kişiye böyle bir hak tanımadığından, yapılan eylem "haksızlık" oluşturacaktır. Bu haksızlığın ortadan kaldırılması için müdahalede bulunanların eylemi ise meşru müdafaa kapsamında hukuka uygun olacaktır<sup>570</sup>. TCK' nın 24/2.maddesinde düzenlenen yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk kapsamında yer almaktadır. Eğer hekim ya da müdahalede bulunacak diğer kişiler, açlık grevcisinin olduğu hastane, tutukevi ya da cezaevinde görevli memursa, bu takdirde gerekenin yapılmaması görevi ihmal suçunu oluşturacaktır. Nitekim TCK' nın 98/1.maddesinde de, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suç olarak düzenlemiştir<sup>571</sup>. Bu anlayışın savunucuları, kişinin yaşamının kendisine değil topluma ait olduğuna, dolayısıyla açlık grevine müdahale edildiği zaman, topluma ait olan bu yaşamı kurtarmak için üçüncü kişi konumundaki açlık grevcisine karşı haklı savunma ve zorda kalış durumunun doğabileceğine kadar varan çıkarımlarda bulunmaktadır. Bir başka görüşe göre ise, açlık grevi yapan kişilerin bilinçlerini kaybetmeleri durumunda tıbbi müdahale varsayılan rıza esasına göre mümkündür. Varsayılan rıza dışındaki bir nedene dayanarak tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmayacağı görüşündedir<sup>572</sup>. Bir başka görüş ise hekimin açlık grevlerine müdahale yükümlülüğü olduğu esastan

---

<sup>569</sup>Yenerer Çakmut 190. Açlık grevcisinin eyleminin kendisine karşı bir haksızlık oluşturabileceğini ve dolayısıyla yapılacak müdahalenin haklı savunma gereği hukuka uygun hale geleceğini kabul etmektedir.

<sup>570</sup> Feyzioğlu (Açlık Grevi) 166-167.

<sup>571</sup> Yenerer Çakmut 190.

<sup>572</sup> Hakeri 229.

hareketle, bu yükümlülüğün cezaevi görevlileri içinde söz konusu olduğunu belirtmiştir. Eğer bu kişiler, müdahale edilmemesi durumunda mağdurun öleceğini öngörmelerine rağmen bu neticeyi göze alarak hareketsiz kalır ve mağdurun ölmesine göz yumarlarsa, ihmali hareketle kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu olacaklardır<sup>573</sup>. TCK m.298/2’de hükümlü ve tutukluların beslenmesinin engellenmesi ve bu çerçevede açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi suç haline getirilmiştir.

Açlık grevinde bulunan kişinin baskı aracı, giderek kötüleşen sağlık durumu ve artan ölüm tehlikesidir. Ceza infazının amacı kişinin yeniden topluma kazandırılması dışında, özel ve genel önleme, iyileştirme ve zararsız hale getirme gibi olgulara dayandığından, tutuklu veya hükümlünün kendi özgür seçimiyle de olsa, ölüm orucu yoluyla yaşamına veya sağlığına yönelik ciddi bir tehlikenin doğmasına sebep olması halinde devlet bu duruma müdahale etme yetkisine ve görevine sahiptir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Yasa’nın<sup>574</sup> 82. maddesi, “hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi” başlığında şu şekilde düzenlenmiştir; Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko- sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır. Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır. Bu yasa maddesi gereğince, yetkililer tarafından

<sup>573</sup> Tezcan / Erdem / Önok (Ceza Özel Hukuku) 123.

<sup>574</sup> Kanun Kabul Tarihi :13/12/2004, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi : 29/12/2004, Yayımlandığı Resmi Gazete Sayısı : 25685

“hayatî tehlikenin varlığı” öne sürülerek, kişinin kendi istemi dışında “zorla beslenmesi ya da tedavi edilmesi” talepleri hekimlere iletilebilecektir. Etik ile hukukun çeliştiği bu durumlarda ikilemler ortaya çıkar. Ulusal ve uluslararası etik ilkeler açıklamalarında, hukuk da dahil olmak üzere diğer zorunluluklar nedeniyle sağlık çalışanlarının tıbbi etiğe ve vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları konusunda yaygın bir uzlaşma mevcuttur. Sağlık çalışanları bu tür durumlarda, temel etik kuralları tehlikeye atmaktan ya da hastaları ciddi tehlikeye maruz bırakmaktansa, hukuka ya da yasal düzenlemelere uymayı reddetmelidirler<sup>575</sup>. Kararlarını verebilecek zihinsel yeterliği olan, özgür iradesiyle hareket eden kişiye, istemi dışında zorla besleme veya tıbbi girişimde bulunulamayacağı açıktır. Sorun daha çok, hastanın bilinç durumunun bozulduğu, karar verme yeterliğini yitirdiği andan sonra ne yapılacağına ilişkindir. Bu tür durumlarda hekimler hastalarının yararına olacak en doğru kararı vermekte serbesttir<sup>576</sup>.

1219 sayılı 'Tababet ve Şuabatı San'atları'nın Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70.maddesine göre, "*hekimler ve dış hekimleri, yapacakları her çeşit ameliye için hastanın, hasta küçük ya da hacir altında ise, veli ya da vasisinin önceden rızasını alırlar. Büyük cerrahi ameliyeler için bu rızanın yazılı olması gereklidir. Veli ya da vasisi olmadığı ya da bulunamadığında ya da üzerinde ameliye yapılacak kişi görüş belirtecek durumda değil ise, rıza koşulu aranmaz*". Görüldüğü gibi hastanın rızasının aranacağı koşulu yasa ile de hükme bağlanmıştır. Hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarda hekimin yaşatacağı ilkesi ise, yaşama döndükten sonra "kişinin iradesinin esas alınacağı" kuralı ile birlikte zaten günümüzde de büyük ölçüde kabul görmektedir. Kişinin bilinci yerindeyken ancak rızası yönünde hareket edilebilecektir. Ancak bilinci kaybolduğu veya kaybolmadığı halde kimi nedenlerden ötürü hayati tehlike ya da büyük zararlarla karşı karşıya kalınmış bir kimseye müdahale edilmesi, ona zorla besin verilmesi ya da tedavisinin gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığı sorun teşkil etmektedir<sup>577</sup>.

---

<sup>575</sup> İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu (İstanbul Protokolü). TİHV Yayınları-24. 3.Baskı, (Ankara: Buluş Tasarım Matbaacılık Hizmetleri, 2005).

<sup>576</sup> Altun / Uğur Altun 145-146; Tezcan /Erdem / Önok 377.

<sup>577</sup> Yenerer Çakmut 189.

Konuyla ilgili bir başka metin, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 9.maddesinin (c) bendine ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 43.maddesine dayanılarak hazırlanan, Sağlık Bakanlığı Hasta Hakları Yönetmeliği'dir. Yönetmeliğin 24. ve 25. maddelerine göre tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının gerekliliği hükmü, açlık grevcilerine uygulanacak tıbbi müdahaleler içinde esas alınmalıdır.

Türkiye'de konuyla ilgili tüzel metinlere geçmeden önce, TTB'nin 10-11 Ekim 1998 tarihindeki Genel Kurul'da kabul ettiği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'na değinmekte yarar var. Kabul edilen ilkelere göre, görevini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri, yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir. Hekim mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder. Hekim hastasının sağlığı ile ilgili kararlar alırken; bilgilendirme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı, vb. hasta haklarına saygı göstermek zorundadır. Buna dayanarak, hekim, muayene ve tedavi olanaklarını bilinçli olarak reddeden tutuklu ve hükümlülere bu davranışlarının sonuçlarının neler olabileceğini açıklar. Zorla muayene ve tedavi yolu deneyemez, öneremez. Bu kurallarda yer almayan durumlarla karşılaşıldığında, hekim, genel etik ilkelere, ulusal düzenlemelere, uluslararası düzeydeki bildirge ve sözleşme hükümlerine uyar.

Bu yaklaşım Türk Tabipleri Birliği tarafından da benimsenen bir yaklaşım olmuştur. TTB'nin konuyla ilgili yaklaşımı şöyledir; Açlık grevcisinin bilinci bozulur ya da komaya girerse hekim açlık grevcisinin son kararına saygı göstererek tutum alacaktır. Bu çerçevede hastanın rızasına aykırı bir şekilde "zorla besleme" etik açıdan doğru değildir. Bu nedenle cezaevi hekimleri hastanın ister bilinci açık, isterse kapalı olsun olgunun takip formu ile müdahale onay / red belgesini bir başka sağlık merkezine nakil sırasında mutlaka ambulans hekimine alındı belgesi ile birlikte teslim etmelidir. Ambulans hekimi de ikinci basamak merkezindeki hekime bu belgeleri aynı şartlar altında ulaştırmalıdır. Belgelerin gizliliğinden hekimler sorumludur. Bilinci açık olan açlık grevcisi beslenmeyi reddettiğinde bu kişiler



hekimler tarafından zorla beslenmeyecektir. Bunun aksi hem tıbbi etik, hem de hasta hakları açısından yanlış bir tutumdur.”<sup>578</sup>.

4806 sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanununun 10.9.1993 tarihli ve 524 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılan 4 üncü maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Hükümlü ve tutuklular, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu veya tutukevi tabibince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum tabibince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır. Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlü ve tutuklulardan, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu tabipçe belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastahaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır. Yukarıda belirtilen haller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlü ve tutukluların sağlık veya hayatlarının ciddî tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumu ve tutukevinde bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır. Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum tabibinin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak kurum tabibinin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü ve tutuklu için hayatî tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur. Bu madde uyarınca hükümlü ve tutukluların sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.

---

<sup>578</sup> [http://www.ttb.org.tr/aclik\\_grev/tibbi.html](http://www.ttb.org.tr/aclik_grev/tibbi.html)

### 3. Ölüm Orucu

Açlık grevleri ve ölüm oruçları, gerçekleştirilen eylemin niteliği ve kullanılan yöntem olarak birbirlerine benzer kavramlar olarak nitelendirilmektedir. Her ikisinin de esas itibarıyla belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmek ve isteklerini belirleme amacı ile yapıldığı düşüncesi yatmaktadır<sup>579</sup>. Süresiz açlık grevine giden mahkumlar belli bir süre sonra eylemlerini “ölüm hedefli açlık grevine”<sup>580</sup> de çevirebilirler<sup>581</sup>. Dünya Tabipler Birliği’nin yapmış olduğu tanımlamaya göre, açlık grevi, temyiz kudretine sahip olan ve genellikle başka yollardan isteklerini ifade etme imkanı olmayan kişilerin, taleplerini dile getirmek için beslenmeyi reddederek ortaya koydukları eylem olarak tanımlanırken, ölüm orucu; beslenmenin ve tıbbi müdahalenin tümüyle reddi şeklinde gerçekleşerek kişinin yaşamını tehdit eder bir nitelik kazanmaktadır. Bir başka tanıma göre ise açlık grevine giden mahkumların belli bir amaçla vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini ölünceye kadar almayarak kendilerini aç bırakmalarıdır. Açlık grevinde, kişinin yaşamı tehlikeye girdiğinde belirli süreler ve beslenme yöntemleriyle kişinin hayatta kalmasına yönelik tedbirler alınabilmektedir.

AİHM kararlarında genel olarak her bir olayın özelliğine göre sınırlandırmanın hukuka uygunluğu ele alınmaktadır. Bu değerlendirmede ölüm orucuna karşılık yapılabilecek müdahalenin hangi şartlar altında hukuka aykırılık teşkil edeceği ele alınmaktadır. Kişinin ölüm orucu nedeniyle kendi hayatına son vermesine engel olunması gerektiği yönündeki düşüncenin esası, yaşam hakkına sahip olan bireyin bu hakkın konusunu oluşturan yaşamdan kendi iradesi ile dahi vazgeçemeyeceği iddiasına dayanmaktadır. Dolayısıyla ölüm oruçlarına müdahale edilmesinin bizzat yaşam hakkının hayata geçirilebilmesi için zorunlu bir unsur

---

<sup>579</sup> Feyzioğlu (Açlık Grevi) 162; Önok 179; Yenerer Çakmut 184.

<sup>580</sup> Murat Sevinç, “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Açlık Grevleri”, AÜSBF Dergisi, 57 (1), (Ankara: Ocak-Mart, Ankara 2002) 11. Öğretide ölüm orucunu, ölüm hedefli açlık grevi olarak tanımlayanlarda bulunmaktadır.

<sup>581</sup> M. Yılmaz Sağlam, “Terör Cezaevlerinde Gerçekleştirilen Açlık Grevleri ve Adalet Bakanlığınca Alınan Önlemler” Yayınlanmamış Rapor, (Ankara: 1993) 36 .

olduğu düşünülebilir<sup>582</sup>. Ölüm orucu yapan hükümlü ya da tutuklulara zorla besleme uygulamasının insan hakları ihlali olarak değerlendirilmesi iki temel esasa dayanmaktadır. Bunlardan ilki zorla besleme uygulamasının bizatihi kendisinin herhangi bir ek nitelik aranmaksızın ihlal niteliği taşıyabileceği düşüncesidir. Tıp etiği açısından da kabul edilen, hastaya rızası dışında müdahale edilmesi durumunda bir insan hakkı ihlalinin meydana gelmesidir. Diğeri ise uygulamanın her zaman değil ama bir takım ek niteliklerin belirlenmesi ile insan hakları ihlalinin ortaya çıkmasıdır. İnsan Hakları Komitesi'nin yapmış olduğu değerlendirmede, temyiz kudretine sahip olan tutuklunun ya da hükümlünün rızası olmaksızın zorla beslenme yöntemine tabi tutulması, bir taraftan bu uygulamaya muhatap olan kişinin zorla besleme uygulamasına dahil olması, hekim içinse tıp etiğini ihlal ettiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>583</sup>. Zorla besleme uygulamasının Komite tarafından insan haklarına aykırılık teşkil etmesi, sadece sağlık hakkının ihlali ile sınırlı değildir. Zorla besleme uygulamasının gerçekleştirilmesi esnasında kullanılacak orantısız güç, eylemin işkence niteliği taşımasına da sebep olabilmektedir<sup>584</sup>.

Ölüm orucu söz konusu olduğunda, hekimlerin yapması gerekenler Dünya Tabipler Birliği'nin 1975 tarihli Tokyo Deklarasyonu'nda belirtilmiştir. Buna göre, hekimin hürriyeti kısıtlanmış olan bir kişiye karşı yapılan işkenceye, diğer acı verici eylemlere, insanlık dışı ya da alçaltıcı hareketlere onay veremeyeceği, bu durumu görmezden gelemeyeceği ve bu eylemlere katılamayacağı belirtilmiştir. Zorla beslemeye ilişkin 7.maddede ise temyiz kudretine sahip olan ve kendi iradesi ile beslenmeyi reddeden tutuklu ya da mahkuma zorla besleme yapılamayacağı öngörülmektedir. Hekimin bu noktada mahkum ya da tutuklu için yapması gereken tek şey, ona beslenmeyi reddetmesi halinde, bu davranışın ne gibi sonuçlar doğuracağını açıklamaktan ibarettir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen Tıbbi Etik Prensipleri metni doğrudan ölüm orucu ve açlık grevleri karşısında hekimin ne yapması gerektiğini gösteren bir içeriğe sahip olmamasına karşın, sağlık

---

<sup>582</sup> Soyaslan (Açlık Grevi) 273.

<sup>583</sup> E/CN.4/2006/120;Prg.94.

<sup>584</sup> E/CN.4/2006/120;Prg.88.

personelinin hükümlü ya da tutukluya karşı ortaya koyacağı mesleki davranışın cezaevi dışındakiler ile aynı standartta olması gerektiğini düzenlemiştir.

Türk hukuk öğretisinde ölüm orucuna ilişkin olarak yaşamın kutsallığı ve yaşam hakkının vazgeçilmezliği prensibi esas alınmıştır. Dolayısıyla bu eylemi gerçekleştiren kişilere yapılacak müdahale meşru olmanın ötesinde bazı yazarlara göre hekim bakımından bir zorunluluk taşımaktadır<sup>585</sup>. İnsan toplumsal bir varlık olduğuna göre insan hakları kaçınılmaz olarak, "toplumsal anlamda insan" kavramına dayanacaktır. Yani her insanın, aynı zamanda içinde yaşadığı topluma karşı da sorumlulukları vardır. Anayasanın 12.maddesine göre temel haklar devredilemez ve vazgeçilemez bir niteliğe sahiptir. Ölüm sonucunu doğuracak açlık grevi ya da ölüm orucu eylemi, yaşamı sona erdireceğinden bu durum eylemcinin yaşam hakkından vazgeçmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle yaşamsal tehlikenin doğumundan evvel vücutta kalıcı zararlar doğması ihtimalinde müdahalede bulunulmalıdır. Tüm bu değerlendirmelerin temelinde yaşam, vücut bütünlüğünü geliştirme gibi haklardan kişinin vazgeçemeyeceği anlayışı söz konusudur. Kişinin toplum için ifade ettiği değer ona belirli bir sorumluluk yüklemekte ve bunun sonucunda kişinin söz konusu hakları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır<sup>586</sup>. Bir görüşe göre Anayasa'nın 12.maddesinin ikinci fıkrası da bu açıdan ele alınarak, anayasada belirtilen hak ve özgürlük kavramları ile ödev ve sorumluluk kavramları arasındaki bağlantıyı vurgulasa da bireylerin sorumsuz davranışlarının, yönetimlere insan hak ve özgürlüklerini kısıtlama hakkını da vermeyeceğini belirtmektedir<sup>587</sup>. Dolayısıyla, kişi ailesine ve topluma karşı sorumsuzca da davransa, temel haklarından yararlanmayı sürdürecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi doktrindeki genel kabul, yaşam hakkının 'ölüm hakkını' içermeyeceği ve böyle bir haktan söz edilemeyeceği yönündedir. Bir başka görüşe göre ise kişi hakları bağlamındaki temel haklar ve kişilik hakları bakımından 'vazgeçme yasağı' mutlak bir anlam taşır. Başka bir anlatımla yaşama hakkı, insan onuru, saygınlığı gibi kişi haklarından veya kişilikle sıkıca bağlı haklardan önce ya da sonra vazgeçilmesi / feragat edilmesi mümkün veya geçerli

---

<sup>585</sup> Güngör 316.

<sup>586</sup> Fezyioğlu 163.

<sup>587</sup> Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş* (Ankara: İmaj Yayıncılık, 7. Bası,2001) 4344.

olan bir hak değildir<sup>588</sup>. Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısının 15. maddesinin son fıkrasında ise açlık grevi yapan veya ölüm orucu tutan kişinin, sağlıklı karar veremeyecek duruma gelmesi, şuurunun kaybolması, komaya girmesi, ölümcül zararların oluşmaya başlaması durumunda ilgilinin veya yakının iznini aramaksızın tıbbi müdahale zorunluluğuna yer vermiştir.

Ülkemizdeki yasal düzenlemelere bakıldığında, Türk Ceza Kanunu'nun "*hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme*" başlıklı 298. maddesi gereğince; hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi beslenmenin engellenmesi olarak değerlendirilmiş ve cezalandırmayı gerektirdiği belirtilmiştir<sup>589</sup>. Kararlarını verebilecek zihinsel yeterliği olan, özgür iradesiyle hareket eden kişiye, istemi dışında zorla besleme veya tıbbi girişimde bulunulamayacağı açıktır<sup>590</sup>. Sorun daha çok, hastanın bilinç durumunun bozulduğu, karar verme yeterliğini yitirdiği andan sonra ne yapılacağına ilişkindir. Bu tür durumlarda hekimler hastalarının yararına olacak en doğru kararı vermekte serbesttir.

Ölüm orucu eylemi, şiddetin kullanım biçimi bakımından bir intihar eylemidir. Ölüm orucu eyleminde, şiddetin sonuçları bakımından sivil itaatsizlik eylemlerinde görülen makul sınırın aşıldığı söylenebilir. Fakat TCK kapsamında, eylem gerek içerdiği şiddet unsuru, gerekse de kamu vicdanına çağrı unsuru bakımından suç oluşturmaz. TCK'da intihara yönlendirme suç olarak düzenlenmiş ise de, ölüm orucu eylemleri, taleplerini kamuya vicdani bir çağrı olarak sunarken, eyleme bir yönlendirme sonucu başlamadıklarını özel olarak vurgulamaktadır. Ancak, eylemcinin bir teşvik sonucu eyleme başladığı somut olarak kanıtlanabilir ise, bu durumda, eylemciyi intihara teşvik eden, 84. maddedeki suçu işlemiş olacaktır. Ölüm orucu eylemi, kamu vicdanına çağrıda bulunsa bile, içerdiği şiddet

---

<sup>588</sup> Akıllıoğlu 17.

<sup>589</sup> İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu (İstanbul Protokolü). TİHV Yayınları-24. 3.Baskı, (Ankara: Buluş Tasarım Matbaacılık Hizmetleri, 2005).

<sup>590</sup> World Medical Association Declaration of Malta on Hungerstrikers. <http://www.wma.net/e/policy/h31.htm> World Medical Association Declaration on the rights of the patient (Lisbon Declaration). <http://www.wma.net/e/policy/l4.htm> Erişim tarihi: 15.02.2012.

unsuru yüzünden sivil itaatsizlik eylemi sayılmaz. Burada Türkiye’deki kendine özgü durum nedeniyle hukuki nitemeleyi, eylemcinin taleplerinin muhtevası değil, eylemin biçimsel muhtevası belirlemektedir. Bu varsayım nedeniyledir ki, “ölüm orucu” eylemcisi, kamusal vicdana seslense bile, mevcut hukuk düzeninden adalet istememekte, mevcut hukuk düzeniyle uzlaşma talep etmemekte, temelden haksız olan sisteme karşı direnme hakkını kullanmaktadır<sup>591</sup>.

#### 4. Değerlendirme

Hak kavramının söz edilebildiği yerlerde, öncelikle hak, hak sahiplerine tanınır, tanınan bu haklar hukuk tarafından korunur ve ihlal edilen veya verilmeyen bir hak söz konusuysa, hak sahibi tarafından hukukun kabul ettiği vasıta ve yollardan aranır<sup>592</sup>. Genel olarak kabul edilen görüşe göre, kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hakkın birine devredilmesi ya da bu haktan feragat edilmesi söz konusu olamayacağı için diğer tüm insan hakları bakımından dile getirilen vazgeçilmezlik ilkesi öncelikli olarak bu hak açısından geçerlidir. Kişinin tedaviyi reddetme hakkı, hürriyetinin kısıtlanmış olup olmamasına göre farklı şekillerde algılanabilecek bir niteliğe sahip değildir. Bu bağlamda, devletin yükümlülüğü, ölüm oruçları bakımından eylemcinin tedaviyi reddetme konusundaki iradesinin sağlıklı olup olmadığının tespitinden ibarettir. Görüldüğü üzere, en azından hürriyeti kısıtlanmamış kişiler bakımından modern hukuk sistemlerinde kişinin tedaviyi reddetme hakkı üzerinde bir mutabakatın varlığından söz edilebilir. Burada kişinin kendi yaşam hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin genişliği ise, kimi pozitif hukuk düzenlemelerinde kabul edilmiş ve insan haklarının gelişen içeriğine daha uygun bir yorum olarak ortaya çıkar<sup>593</sup>.

---

<sup>591</sup>Mustafa Bayram Mısır, “Direnme Hakkı, Şiddet ve Ölüm Orucu Üzerine Bir Değini”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı:1, (2007) 45-46.

<sup>592</sup> Ahmet Taşkın, “Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti”, AÜEHFD, C.VII, S.3-4, (Aralık 2003) 556.

<sup>593</sup> Güngör 333-338.

İnfaz kurumunda kalan kişilere uygulanacak tıbbi müdahalelerle ilgili aranan rıza şartı aynı şekilde hükümlü veya tutuklular içinde geçerlidir. Rızanın alınmadığı durumlarda hukuka uygunluk nedenleri ve buna ilişkin genel kurallar aranacaktır. Devlet otoritesinin sağlanabilmesi açısından, zorunlu tıbbi müdahalelere ilişkin esasların amaçlarının belirlenmesi ve buna elverişli olan yöntemlerin belirlenerek orantılı bir şekilde uygulanması sağlanmalıdır. Diğer tutuklu ve hükümlülerin sağlıklarını veya infaz disiplinini bozmadığı veya kendi sağlığına ve yaşama yönelik ağır bir tehlikeye neden olmadığı sürece, kimsenin kendi geleceğini belirleme hakkı sınırlandırılmamalıdır<sup>594</sup>. Açlık grevinde bulunan kişinin eylemi intihar olarak nitelendirilse bile meşru müdafaa ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilmemelidir. Burada devletin üzerine düşen ve Anayasanın 17.maddesinde tanınan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin maddi ve manevi değerlerini koruyup geliştirmesi için tanınmıştır, yok etmesi için değildir. Devletin kendi gözetim ve denetimi altında bulunan mahpusların hayat ve sağlıklarını koruma yükümlülüğü olduğundan, açlık grevine karşı uygulanacak tıbbi müdahalenin dayanağı devlete yüklenmiş olan bu yükümlülüktür<sup>595</sup>. Nitekim gerçekleştirilen grev eğer cezanın infazını tehlikeye sokacak durumda ise kişi iradesi ikinci plana atılarak zorla beslenmeye gidilmelidir. Yaşam hakkı yukarıda da belirtildiği gibi, bir negatif statü hakkıdır, ancak dokunulmadığında var olabilir. Diğer temel haklarla birlikte düşünüldüğünde, bir takım düşünür, '*devletin yaşatmacılık görevinin*' söz konusu olduğunu, yaşatmacılık kuralının devlete yüklediği ödevlerin şunlar olduğunu ileri sürmüştür: "...yaşatmacılık kuramı, Devlet için, özdeksel olarak örgütlenme zorunluluğu yaratır; yaşamı tüm tehlikelerden kurtulmuş kılacak olan, bugünün içindeki ve yarınki bütün yaşam kaygı ve kuşklarının silinmişliğini verecek olan bir örgütlenmedir bu ... Buna artık, 'güvence' denmektedir"<sup>596</sup>. Buna bağlı olarak yaşam hakkının, ancak diğer temel haklarla birlikte düşünüldüğünde anlamlı olduğu ileri sürülmüştür<sup>597</sup>.

---

<sup>594</sup> Erman 196.

<sup>595</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar / Önok 377.

<sup>596</sup> Savcı 93.

<sup>597</sup> Sevinç 133; Ayrıca aynı görüş için bkz. Erdoğan Teziç, "*Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü*", *Anayasa Yargısı*. 7. (1990) 31-46.

Bu konuda başka bir husus, herhangi bir tıbbi müdahalenin kişinin rızası dışında uygulanamayacağına ilişkin prensibin insan hakları hukukuna yerleşmesidir. Bu prensip hem tedavinin reddini hem de halihazırda uygulanıyorsa tedavinin durdurulması hakkını içermektedir. Bunun yanı sıra, hükümlü olmayan hastaların rızaları, gerçekleşecek müdahaleler açısından gerekli olduğu gibi hükümlü veya tutukluların da rızaları tıbbi müdahaleler için gereklidir<sup>598</sup>. Bu hakkın konumuz açısından önemi ise, tedavi yapılmadığı ya da kesildiği takdirde kişinin hayatının sona ermesi veya beklenen bir ölümü çabuklaştırması halinde dahi tedaviyi reddetme hakkının varlığının devam etmesidir. Bireyin tedaviyi reddetme konusundaki iradesinin hukuk tarafından tanınması hasta haklarının korunması amacıyla yönelik olmakla birlikte, aslında bizzat hasta haklarının temelini oluşturan unsur kişinin maddi ve manevi varlığına dokunulmaması konusundaki kişisel menfaatin korunmasıdır. Bu menfaat doğrudan, kişinin iradesine saygıyı gerektirdiğinden bireyin maddi bütünlüğüne yönelik her türlü müdahale, onun sağlığı adına yapılmış olsa dahi ancak bireyin bu müdahaleye onay vermesi ile meşruiyet kazanabilmektedir. Aksi bir durum, örneğin devlet tarafından gerçekleştirilirse, bir taraftan kişinin mahremiyet hakkı ihlal edilmiş olurken diğer taraftan da bazı hallerde, geniş anlamı ile değerlendirildiğinde işkence yasağının ihlali söz konusu olabilecektir. Açlık grevleri nedeni ile kişinin yaşamı tehlikeye girdiğinde, devletin denetimi ve sorumluluğu altında olan hükümlü ya da tutukluların yaşam hakkının korunması için zorla besleme ya da zorla tedavi uygulanabileceği savunulmaktadır.

Açlık grevleri konusunda hekimlerin ve hukukçuların farklı yaklaşımları söz konusu olmaktadır. Hekimler ya grevcinin ortaya koyduğu iradeye saygı gösterip, önlenmesi olanak dahilinde olan bir ölüme gidişe seyirci kalacaklar ya da grevcinin hayatını kurtarmak adına onun özgür iradesini göz ardı edip, eylemi sona erdirmek

---

<sup>598</sup> Hakeri 229.



için müdahalede bulunacaklardır. Hukukçular ise, vazgeçilmesi mümkün olmayan yaşam hakkına öncelik vererek, gerekli hallerde müdahale edilmesine öncelik vermektedirler<sup>599</sup>. Her somut olayın özelliği değerlendirilerek, yaşam hakkı en üst düzeyde dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla hekimin müdahalede bulunması, aleyhine bir sorumluluk olmaması ve mesleğinin kendisine yüklediği misyon gereği yapılması gerektirir.

Görüldüğü gibi, Dünya Tabipler Birliği, Türkiye Tabipler Birliği ve ulusal mevzuatların benimsediği ilkeler, demokratik devlet niteliklerine uygun olarak insan iradesini ön planda tutmaktadır. Tüm bu düzenlemelere göre müdahale yalnızca, hasta hekimin önüne bilinci kapalı olarak geldiğinde olanaklıdır; ancak bu durumda yasal temsilcinin izni gereklidir. Bu noktada eğer grevci, bilinci kapandığı durumda yine de yaşama döndürülmek istemediğini önceden belirtmişse, hekimin yükümlülüğünün neye göre belirleneceği tartışmalıdır. Bu soruya verilecek net bir yanıt olmamakla birlikte, kanımızca kişiliğe saygı esası göz önünde bulundurularak bir sonuca varmak mümkün olabilir. Hastanın, bilinci kapalıyken ne karara vardığını sağlıklı bir şekilde saptamak çok zor olduğu için hekim, hastayı önce yaşama döndürmeli, ardından aç kalmanın sonuçları hakkında bilgilendirdikten sonra onun vereceği karara saygı göstermelidir. Konuya ilişkin düzenlemelerin yasal dayanağı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler içermesinden ötürü Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrası gereği Biyo-tıp Sözleşmesi'nin 5.maddesinde belirlenen genel kurala dayanmaktadır<sup>600</sup>. Tedaviyi reddeden grevcinin, yine 'kişiliğe saygı ilkesi' gereğince baskı altında bulunma olasılığı olan ortamdan uzaklaştırılması gerekir. Ancak çoğu zaman bu gereklilik, grevci üzerindeki olası baskılar nedeniyle yerine getirilemeyebilir.

---

<sup>599</sup>Britanya Tabipler Odası, İhanete Uğrayan Tıp, Doktorların İnsan Hakları İhlallerine Karışması, (İstanbul: 1996) 129-130; Yenerer Çakmut 192.

<sup>600</sup>Metin Feyzioğlu, "Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluları Açlık Grevine veya Ölüm Orucuna Teşvik Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Zorla Tedavi Edilmesi", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, (İstanbul: 2007) 148.

Dolayısıyla, kişiyi özgürce karar verebileceği bir ortamda bulundurmak bir zorunluluk olmasına karşın, çoğu zaman kolay başarılamayacak bir iştir<sup>601</sup>.

---

<sup>601</sup> Sevinç 117-120.

## SONUÇ

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun kabul edilebilmesi için aranan rıza şartı, hasta ve hekim arasındaki ilişki başta olmak üzere, kişinin sahip olduğu haklar açısından da son derece önemlidir. Kişiliğin birer parçası olarak kabul edilen yaşam hakkı, sağlık hakkı ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının, gerçekleştirilecek müdahaleler sonucunda ihlal edildiği öne sürülebilmektedir. Yapılan müdahalenin kişilik haklarını ihlal ettiği yönündeki değerlendirme ise hekimin mesleğini ifa etme özgürlüğü ve sorumluluğu ile çelişebilmektedir. Bu çelişkinin hekim lehine yorumlanabilmesi için belirlenen soyut düzenlemelerin, gerçekleşen her somut durum açısından değerlendirilerek hakların ne ölçüde korunup, ne ölçüde sınırlanabileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Kişilerin fiziksel veya psikolojik bir hastalığını teşhis ve tedavi etmek amacıyla tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen müdahaleler hastanın rızasına dayandığında hukuka uygun kabul edilmektedir. Rıza, hastanın veya gönüllünün kendi hakkında karar vermesini dolayısıyla özerkliğini sağlayan bir kurumdur. Hastanın, özgür, sağlıklı ve geçerli bir iradeyle kendisine yapılacak tıbbi müdahalelere rıza gösterebilmesi için aranan ön koşullar ceza hukuku kapsamında aranan ön koşullarla temelde aynı içeriğe sahip olsa da, istisnai haller açısından farklılıklar göstermektedir. Bir hukuksal yarara yönelik müdahalenin, mağdurun rızasıyla hukuka uygun hale gelebilmesinin ön koşulu, rıza göstermesi beklenen kişinin, bunu yapma ehliyetinin bulunmasıdır. Hasta açısından rıza ehliyeti, hastanın karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerinde uygulanmasını istemesi olarak tanımlanmaktadır. Hastanın rıza yeteneğinin olup olmadığını denetleme görevi hekim tarafından hastanın; yaş, fiziksel ve ruhsal durum, anlama yeteneğinin derecesi gibi hususları bu bakımdan göz önünde bulundurarak değerlendirilmelidir. Hekimin bu konuda şüpheye düşmesi durumunda kanuni temsilcilerinin onayının alınması ve bunun için tıbbi müdahalenin acil olmaması gerekmektedir. Müdahalede zorunluluk veya aciliyet varsa hekim,

kanunen kendisine tanınan yetkiyi kullanarak görevini yerine getirmekle ve hastanın hayatını kurtarmaya çalışmakla yükümlüdür.

Ayırt etme gücüne sahip küçüğün sahip olduğu kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımının bizzat kendisinde olması hükme bağlanmış olmasına rağmen, ayırt etme gücüne sahip küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye rıza konusu öğretide tartışmalıdır. Tıbbi müdahalelerin, kişinin vücut bütünlüğü hakkına ilişkin olmakla beraber kişiye sıkı sıkıya bağlı oldukları kabul edildiğinden, temsilci rızasıyla müdahale hukuka uygun hale gelmeyecektir. Nitekim tam ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarına müdahale edildiği durumlarda, korunması istenen çıkar, temsile izin verilmemesi halinde ortaya çıkacak zarara oranla daha ağır olduğunda, yasal temsilcinin rızasının geçerli olacağı kabul edilmelidir.

Geçerli bir iradeden söz edilebilmesi için, yanılgı, aldatma, tehdit gibi iradeyi sakatlayan nedenlerin bulunmaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Bu iradenin müdahale açısından gerçekleşmesi, müdahaleye ilişkin riskleri, yararları ve alternatifleri kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, müdahaleye rıza göstermesiyle gerçekleşir. Kanaatimizce, aydınlatmanın hekim açısından bir yükümlülük olduğu kabul edilerek, hastanın yapılacak müdahaleye karşı edindiği bilgiler doğrultusunda menfaatine uygun şekilde karar vermesi sağlanmalıdır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam manasıyla yerine getirebilmesi için aydınlatmanın zamanı da önem taşımaktadır. Aydınlatmanın zamanı, her somut olay göz önüne alınarak tespit edilmektedir. Aydınlatma, tıbbî müdahaleye izin verilmesinden önce, hastaya yeterince ve sağlıklı olarak düşünebilecek zamanı bırakmak suretiyle yapılmalıdır. Aydınlatma yükümlülüğünün hekim lehine olacak şekilde yerine getirildiğinin kanıtlanmasının daha kolay olması açısından, sözlü bilgilendirmenin yanında tıbbi müdahaleye yazılı onay alınması veya aydınlatmanın yazılı olarak da yapılması yerinde olacaktır. Nitekim hastaya yapılacak işleme ilişkin, üzerinde bilgi yer almayan veya yetersiz bilgi içeren formların verilmesi veya

hastaya bilgilendirildiğine ilişkin bir kağıt imzalatılmış olması, hiçbir şekilde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamını taşımamaktadır.

Hekimin, tıbbi müdahalenin niteliklerine göre yapacağı aydınlatmanın farklı türleri bulunmaktadır. Teşhis aydınlatması hastanın tıbbi bulgu konusunda bilgilendirilmesi olarak tanımlanırken; tedavi aydınlatması, müdahaleyle hedeflenen iyileşme sürecine ilişkin bilgilerin hastaya aktarılması olarak tanımlanmaktadır. Tıbbi müdahalenin taşıdığı olası riskler ve komplikasyonlar hakkında hastaya bilgi verilmesi riziko aydınlatması şeklinde tanımlanırken; süreç aydınlatması, amaçlanan müdahalenin etkileri ve süreci hakkında hastanın aydınlatılması olarak belirlenmiştir. Farklı türlere ağırlık verilerek yapılan aydınlatmalar, esasında bir bütün olarak aydınlatmanın aşamaları olarak kabul edilmelidir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi, hastanın rızasının geçersiz olmasına ve hekimin tıbbi müdahalesinin, hasta yararına olsa bile hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine sebep olacağından sınırları ve aşamaları dikkatli bir şekilde belirlenmelidir.

Rıza alanı dışında kalan müdahaleler, kural olarak hukuka uygunluk korumasından yararlanmayacaktır. Hekim aleyhine doğabilecek herhangi bir sorumluluk olmaması için, rıza vermesi gereken kişinin ve temsilcisinin rıza veremediği veya aciliyeti olan durumlarda hekim müdahalesi varsayılan rıza veya zorunluluk hali esasları gereğince hukuka uygun kabul edilmektedir. Varsayılan rıza, müdahaleye maruz kalacak kişinin gerçek onamının alınmadığı ya da kanuni temsilcisine de ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde, bu beyanda bulunması gereken kişinin gerçek iradesi üzerinde bir tahminde bulunarak, ilgilinin menfaatine göre hareket etme ilkesine dayalı ve yapılan eylem açısından “bir hukuka uygunluk nedeni olarak” kabul edilebilecek kendine özgü, ikincil nitelikte bir kurumdur. Dolayısıyla hekim, varsayılan rızayı değerlendirirken, öncelikle hastanın iradesini belli edebilecek olsaydı, bunu ne yönde yapacağını belirlemeye çalışmalıdır. Hekim, varsayılan rızası araştırılan kişinin iradesinin ne yönde olduğu konusunda hiçbir belirtiye ulaşamadığında, bu kişinin objektif olarak en yararına olan çözümü benimseyebilecektir. Dolayısıyla hekim müdahalesi ne ölçüde ağır ve kapsamlı ise, hastanın muhtemel rızasının belirlenmesine ilişkin objektif esaslar da o derece özenli

ve kapsamlı değerlendirilmek durumundadır. Varsayılan rızanın hukuki niteliği açısından doktrinde farklı tartışmalar vardır. Kanaatimizce tartışılması gereken, varsayılan rızanın zorunluluk durumuna mı izin verilen risk teorisine mi dayandırılacağıdır. Bir olayda zorunluluk halinin varlığından söz edilebilmek için, iki ayrı hukuksal yarardan birinin daha öncelikli olması gereklidir. Varsayılan rızayı zorda kalışa bağlayan görüşün taraftarları, burada bir değerler karşılaştırması yapılması gerektiğini öngörmektedirler. Buna göre, özellikle tıbbi müdahaleler açısından, kişinin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkı ile kendi geleceğini belirleme hakkı arasında bir değerler karşılaştırması söz konusu olmakta, kural olarak da, kendi geleceğini belirleme hakkının sübjektif iradesi varsayım yoluyla belirlenerek, buna göre davranılmakta, dolayısıyla vücut bütünlüğü hakkı zedelenecek, kendisine tıbbi müdahalede bulunmaktadır. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin katı koşulları varsayılan rıza olaylarına uygun düşmemektedir. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve özerkliğe saygı ilkesinin bir gereği olarak düşünöldüğünde, hastanın önceden açıklamış olduğu isteklerinin yerine getirilmesi beklenen ve istenen bir davranıştır. Buna göre ilgilinin gerçek rızasına ulaşılamayan durumlarda, bu rızanın beklenmesinin yol açacağı risk ile rızanın beklenmeden müdahalede bulunulması sonucu ilgilinin iradesine aykırı davranmadan doğacak risk karşılaştırılarak, bunlardan daha az olanı seçilmelidir. Kanaatimizce, eğer başkasının hukuksal alanına derhal müdahale edilmemesinin meydana getireceği risk, ilgilinin iradesine aykırı olarak müdahaleden kaynaklanan riskten daha yüksek ise, bu müdahale varsayılan rıza çerçevesinde hukuka uygun olacaktır.

Tedaviyi ret hakkı, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının kullanımı ve kimseye kendi rızası dışında tıbbi müdahalede bulunulamayacağı düşünceinin doğrudan bir sonucudur. Zira kendi yararına dahi olsa, tıbbi müdahaleye rıza vermeyen veya sınırlı bir rıza veren hasta, bunun dışında kalan alanda tedaviyi reddetmiş olacak ve kendisine müdahalede bulunulamayacaktır. Hasta, tedaviyi reddetme hakkını tedavinin başında kullanabileceği gibi, başladıktan sonra da kullanabilir. Tedavinin reddedilmesinin kabulü için ise kişiye ve olaya özgü aydınlatmanın yapılmış olduğundan emin olunmalıdır. Nitekim üzerinde durulması gereken kısım, hastanın tedaviye kısmen rıza gösterdiği durumlardır. Bazı hastalar

müdahale iznini sınırlı vererek, tedavinin zorunlu parçalarını bu rızanın dışında tutmuş olabilirler. Böyle bir durumla karşı karşıya kalan hekim, hastanın iradesine uyararak meslek kurallarına aykırı bir müdahalede bulunmakla, hukuka uygunluk korumasından yararlanamayacaktır. Hekim hastayı yoğun çabalara karşın artan riziko ve olası yaşamsal tehlike açılarından ikna etmeyi başaramazsa, tıbbi endikasyonu bulunan müdahaleyi gerçekleştiremeyecektir. Tedaviyi reddin ölüme yol açması ise buna ilişkin bilgilendirmenin yapılmasına karşın hastanın açık ve özgür iradesiyle kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında değerlendirilerek, hukuka uygun kabul edilmelidir.

Her türlü tıbbi müdahalenin temelinde, mağdurun rızasının bulunması gerektiğini kural olarak belirlemiştik. Ancak, bu genel kuralın bazı istisnaları da bulunmaktadır. Bu istisnaların ortak özelliği, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının önüne geçen bazı kamusal yararların varlığıdır. Toplumun menfaati söz konusu olduğunda, kişinin vücut bütünlüğünü zedeleyen müdahalelerin, kişinin rızasının bulunmamasına rağmen hukuka aykırı sayılmayacağı kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, ötanazidir. Ötanazi, ülkelerdeki düzenlemeler çerçevesinde çeşitli türlere ayrılabilir. Ötanazi, tıbbi müdahaleler açısından çalışmamız kapsamında aktif ve pasif olmak üzere iki başlık altında değerlendirilmiştir. Kural olarak ötanazi yasal düzenlemelerimizle yasaklanmış bir eylemdir. Nitekim pasif ötanazi, tıbbi etik gereği olduğu kadar aynı zamanda kanun gereği tıp mensuplarına bağlanan yaşatma sorumluluğunu yerine getirmeme veya sona erdirme olarak nitelenebilecek hareketsizlik hallerini de içerdiğinden tartışma konusu olmuştur. Söz konusu anlayışın temeli, içtihadi hukuk ve anayasal düzenlemede yer alan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunmasına dayanırken bazı mahkemeler tedaviyi red hakkını anayasal koruma altında olan özgürlüklere bağlamaktadır. İchtihadi hukuk, ötanazinin temelini bilgilendirilmiş rıza öğretisine dayandırarak temelde kişinin kendi yaşamı üzerinde de yapacağı kişisel tercihlerine üstünlük tanımaktadır. Nitekim uygulamaya bakıldığında, Türkiye’de genel olarak doktorlar pasif ötanaziye desteklemekte, bunun yanı sıra mevzuatlarda tedaviyi red hakkına ilişkin düzenlemelerle dolaylı olarak pasif ötanazinin uygulanması açısından imkan tanınabilecek şekilde yorumlama şansı vermektedir.

Mağdurun rızasının aranması kuralına bir diğer istisna da, ceza infaz kurumlarında zorunlu tıbbi müdahalelerin yapılması konusunda karşımıza çıkan açlık grevi ve ölüm orucu olgularıdır. Açlık grevi yapan veya ölüm orucu tutan kişi, sağlığı veya yaşamı üzerindeki tehlikeyi kendi davranışlarıyla ortaya çıkarmaktadır. Bu durumun, açlık grevcisini, kendilerine tıbbi yardımda bulunulan diğer tutuklu ve hükümlülere göre daha özellikli bir konum verip vermediği konusunda da tartışma vardır. Yaşama döndürülmeyi önceden açık bir biçimde reddetmiş olan bir grevcinin bilinci bozulduğunda etik bir ikilem ortaya çıkar. Hastanın yararına davranma ilkesi hekimi grevciyi yaşama döndürmeye sevk eder. Fakat geçerli ve bilgilendirilmiş reddetmenin varlığı ise bireysel özerkliğe saygı ilkesi gereği hekimleri müdahaleden alıkoyar. Bu durumlarda hekim, açlık grevi yapan bir hükümlüyü, gıda almayı tamamen veya kısmen reddetmesinin yaratabileceği olası sağlık sonuçları ve gelişebilecek rahatsızlıklar ve hastalıklar hususunda eksiksiz ve detaylı olarak bilgilendirmelidir. Hükümlü bütün bu bilgilendirmeye rağmen açlık grevi yapacağını ve/veya devam edeceğini herhangi bir baskıya maruz kalmaksızın kendi özgür iradesiyle süreklilik arz edecek şekilde beyan ederse, etik ilkeler böylesi durumlarda hekimin açlık grevcisinin iradesiyle bağlı olmasının ve bu durumu tedaviyi reddetme hakkı kapsamında değerlendirmesinin gerekliliğine işaret etmektedir. Ölüm orucu; beslenmenin ve tıbbi müdahalenin tümüyle reddi şeklinde gerçekleşerek kişinin yaşamını tehdit eder bir nitelik kazanmaktadır. Türk hukuk öğretisinde ölüm orucuna ilişkin olarak yaşamın kutsallığı ve yaşam hakkının vazgeçilmezliği prensibi esas alınmıştır. Dolayısıyla bu eylemi gerçekleştiren kişilere yapılacak müdahale meşru olmanın ötesinde bazı yazarlara göre hekim bakımından bir zorunluluk taşımaktadır. Bu nedenle yaşamsal tehlikenin doğumundan evvel vücutta kalıcı zararlar doğması ihtimalinde müdahalede bulunulmaktadır.

Tüm bu değerlendirmelerin temelinde; yaşam, vücut bütünlüğünü ve kişinin kendi geleceğini belirme haklarından kişinin vazgeçemeyeceği anlayışı yatmaktadır. Görüldüğü gibi, Dünya Tabipler Birliği, Türkiye Tabipler Birliği, ulusal ve uluslararası mevzuatların benimsediği ilkeler, demokratik devlet niteliklerine uygun olarak insan iradesini ön planda tutmaktadır. Bu düzenlemelere göre yapılacak tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu ancak hastaya anlaşılabilir ve tam bir aydınlatma



yapılması sonucu elde edilen rıza ile sağlanır. Rızanın alınmadığı hallerde ise müdahalenin temeli hasta lehine olan kişisel yarara dayandırılmalıdır.

Kanımızca, kişiliğe saygı ilkesi ön planda tutularak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler, gerek hasta gerekse hekim için olması gerekeni, var olan somut durumla anlamlandıran bir olgudur. Dolayısıyla, tıbbi müdahalelere gösterilen rıza, hasta açısından kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, hekim açısından ise mesleğin kendisine yüklediği başta yaşatma olmak üzere tedavi etme yükümlülüğünün belirlenmesi için bir çerçeve sağlayacaktır. Bu yorum aracılığı ile de hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın uygulanma alanı belirlenerek, somut olaylarla özdeşleştirilmesi kolaylaşacaktır.

## KAYNAKÇA

**AKDUR, Recep;** *Sağlık Sektörü Temel Kavramlar Türkiye ve Avrupa Birliği'nde Durum ve Türkiye'nin Birliğe Uyumu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, No: 17, 2006.

**AKILLIOĞLU, Tekin;** *Temel Haklar ile Özgürlükler*. Ankara: AÜSBF, İmaj Yayıncılık, 1993.

**AKINCI, Şahin;** “İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu”, SÜHFD., Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C.6, 1998.

**AKINTÜRK, Turgut; AKİPEK, Jale G.;** Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Birinci Cilt, İstanbul 2007.

**ALMAGOR, Raphael Cohen;** *The Boundries of Liberty and Tolerance*. Florida: University Press of Florida, 1994.

**ALMAGOR, Raphael Cohen;** *Euthanasia in the Netherlands: The Policy and Practice of Mercy Killing*. Kluwer Academic Publishers, 2004.

**ALTUN, Gürcan; ALTUN UĞUR, Betül;** “Açlık ve Açlık Grevlerinin Klinik, Etik ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, Klinik Gelişim Dergisi Adli Tıp Özel Sayısı, Cilt: 22, 2009.

**ARPACI, Abdülkadir;** Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul, 2000.

**ARTUK, Mehmet Emin;** “Ötanazi”, YD., C.18, Temmuz 1992.

**ARTUK, Mehmet Emin;** “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu”, MÜHF, Hukuk Araştırmaları, C.8, S. 1-3, Y.1994.

**ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, A.Caner;** *Ceza Hukuku Makaleleri*, Güven Kitabevi, İstanbul, 2002.

**ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, A.Caner;** “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

- ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, A.Caner;** “Ötanazi”, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, İstanbul: 12 Levha Yayınları, 2011.
- ASLAN, Gündüz;** “*Milletlerarası Hukuk*”, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, İstanbul 2000.
- AŞÇIOĞLU, Çetin;** *Doktorların Hukuki ve Ceza Sorumluluğu*, Ankara 1982.
- ATABEK, Reşat; SEZEN, Merih;** Hekimin Mesuliyeti, İBD, C.28, 1954.
- ATABEK, Reşat;** “*Hastanelerin Sorumluluğu*”, İBD, C.60, 1986.
- ATAÇ, Adnan; GÜLSOY, Remzi; GÜVEN, Tolga;** “*Gerçeği Söylemenin İstisnaları*”, Türkiye Klinikleri Medikal Etik Dergisi, 2005.
- AVEYARD, Helen;** “The Requirement for Informed Consent Prior to Nursing Care Procedures” *Journal of Advanced Nursing* 37 (3), Şubat 2002, s. 243–249.
- AYAN, Mehmet;** *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991.
- AYDIN, Erdem;** *Tıbbi Etik ve Malpraktis. Tıp Etiği Araştırmaları*, Biyoetik Derneği Yay., Ankara 1999.
- AYDIN, Erdem;** *Tıp Etiğine Giriş*, Pegem Yayıncılık Ankara 2001.
- AYDIN, Erdem;** “*Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu*”, *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*, C.46, S.2, Yıl: 2003.
- BAFRA, Jale;** “*Euthanasia*”, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 1990.
- BAŞPINAR, Veysel;** “*Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları*”, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Nobel Tıp Kitapevi, İstanbul, 2007.
- BAYRAKTAR, Köksal;** *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972.
- BESİRİ, Arzu;** “*Ötanazi ve Yaşam Hakkı*”, TBB Dergisi, Sayı 86, 2009.
- BİRTEK, Fatih;** “*Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon Malpraktis Ayrımı*”, İBD., C.81, S. 2007/5, Eylül-Ekim, s. 1999.
- BORAN, Bedia;** “*Aydınlatılmış Rıza*”, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, 2008.

**BUDAK, Ali Cem;** Türk Medeni Usul hukukunda Tıbbi Deliller, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, C.III, 2006/2, s.337-356.

**BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem;** “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı – Uygun İliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHFD, Cilt: 54., Sayı: 4, Ankara 2005. s. 119-148.

**CENTEL, Nur;** “*Türk Ceza Hukukuna Giriş*”, 2.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

**CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem;** *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5237 Sayılı yeni Türk Ceza Kanunu ve ilgili mevzuata göre yenilenmiş 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005.

**ÇELİK, Faik;** “*Türk Hukuk Sistemine ve Biyo-Hukuk Sözleşmesine Göre Ötanazi*”, KHUKA, Yıl:8, Kasım 2005.

**ÇELİK, Nermin; EDİSAN, Zehra; UYSAL, Cem;** “*Veli ya da Vasinin Çocuk Hasta Üzerinde Yetki Kullanmasının Yasal ve Etik Boyutu, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları*”, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Nobel Tıp Kitapevi, İstanbul, 2007.

**ÇETİN, Gürsel;** “*Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi*”, II. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, Eylül 2007.

**ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt;** *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul, 1993.

**ÇOLAK, Ahmet;** “Komplikasyon mu? Malpraktis mi?”, Malpraktis Davalarının Asli Unsurları, Hekim Forumu Dergisi, İstanbul Tabip Odası Yayını, 2003.

**DEMİRBAŞ, Timur;** “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*”, Güncellenmiş 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Anlara, 2007.

**DERYAL, Yahya;** “Tıbbî Müdahale İçin Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Açıklanması” ,(www. haksay.org/files/yahya02.doc.), Erişim tarihi. 23.09.2011.

**DOĞAN, Murat;** *Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı*”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara, 2007.

**DOĞAN VURAN, Öznur;** “Bir İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı ve Uluslararası Dayanakları”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, Sayı:1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009.

**DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir;** “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 12.bası, İstanbul, 1999.

**DURAL, Mustafa; ÖĞÜZ, Tufan;** Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2004.

**ER, Ünal;** Sağlık Hukuku, Ankara, 2008.

**EREN, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul, 2008.

**EREM, Faruk;** “*Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi*”, Adil Yayınevi, Ankara, 1997.

**ERMAN, Sahir; ÇETİN, Özek;** Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1994.

**ERMAN, Barış;** “*Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

**ERMAN, Barış;** “*Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*”, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2006.

**ERSOY, Nermin;** “*Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi*”, Türkiye Klinikleri, Tıp Etiği- Hukuku- Tarihi, Cilt:3, Sayı:1, Yıl: 1995.

**ERTAŞ, Şeref;** Alman Hukukunda Hekimin Meslekî Kusurdan Sorumluluğu, EÜHFD 1981, s. 173-205.

**FEYZİOĞLU, Metin;** “Açlık Grevi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.43/1-4, 1993, s. 157-168.

**FEYZİOĞLU, Metin;** “*Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluları Açlık Grevine veya Ölüm Orucuna Teşvik Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Zorla Tedavi Edilmesi*”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, 140-149.

**FİSCHER, Gerfried (Çeviren: Efe Direnisa);** “*Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:III, S:2, Y:2006.

- GEMALMAZ, Semih;** *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*. Kavram, İstanbul, 1993.
- GIESEN, Dieter (çev. Salim Özdemir);** “Yeni ve Deneysel Tedavilerden Doktorların Hukuki Sorumluluğu”, YD., C.3, 1977.
- GREENBERG, Joel;** “Hunger Striking Prisoners: The Constitutionality of Force-Feeding”, Fordham Law Review, March 1983, s.747-772.
- GÜNDÜZ, Tarık; KIRIMLIOĞLU, Nurdan; EŞİYOK, Burcu; ERDEMİR DEMİRHAN, Ayşegül;** “Aydınlatılmış onam ve Çocuk Hastaya İlişkin Hukuki Düzenlemeler”, Tıp Etiği- Tarihi- Hukuku Dergisi, C.9, S.1, 2000.
- GÜNGÖR, Hasan Atilla;** “Yaşam Hakkı”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, İstanbul, 2007.
- GÜVEN, Kudret;** *Kişilik Hakları ve Ötenazi*, Ankara, 2000.
- GÜZELDEMİR, M.Erdal;** Hasta Bilgilendirmenin Önemi, Sendrom Tıp Dergisi, Mayıs, 2005.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki;** “Hukuka Uygunluk Nedenleri”, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html>, Erişim Tarihi: 20.04.2011
- HAKERİ, Hakan;** “Tıp Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- HAKERİ, Hakan; ZEYTİN, Zafer;** “Bitkisel Hayata Girmeden Önce Tedaviye Son Verilmesine İlişkin İrade Açıklaması Geçerli Olur Mu?” Güncel Hukuk, İstanbul, 2006, s.54-57.
- HANCI, Hamit;** Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara, 2005.
- HELVACI, Serap;** *Gerçek Kişiler*, İstanbul, 2007.
- İÇEL, Kayıhan; SOKULLU-AKINCI, Füsun; ÖZGENÇ, İzzet; SÖZÜER, Adem; MAHMUTOĞLU, Fatih; ÜNVER, Yener;** “Suç Teorisi”, 2.bası, İstanbul, 2000.
- İÇEL, Kayıhan; EVİK, A. Hakan;** “Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap”, Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri, Yenilenmiş 4.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- İÇELLİ, İlkin; DEMET, Murat M.;** “Rasyonel İntihar”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, 2001; S.2(4); s.230-235.

- İNCEOĞLU, Sibel;** Ölme Hakkı (Ötanazi), İstanbul, 1999.
- İNCEOĞLU, Sibel;** “*İnsan Hakları Bakımından Ötanazi*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Cilt: III, Sayı:2, Yıl: 2006.
- İPEKYÜZ YAVUZ; Filiz;** *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul, 2006.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.;** Özgürlükler Hukuku, İstanbul, 1993.
- KANETİ, Selim;** *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul, 2007.
- KANGAL, Zeynel Temel;** “*Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi*”, (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2006.
- KARACA, Süleyman;** “*İnsan Hakları ve Hasta Hakları Bağlamında Ötanazi*”, T.C. Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi, Sayı:6, Ocak 2001.
- KATOĞLU, Tuğrul;** “*Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*”, Ankara, 2003.
- KESKİN, Kadri;** “*Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma*”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1994.
- KILIÇOĞLU, Ahmet;** *Şeref Şahsiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, Ankara 1993.
- KILIÇOĞLU, Ahmet;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 9.Bası, Ankara 2007.
- KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan;** “ Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- KOÇ, Seda;** İnsan Hakları Sözleşmesinin Tıbbi Karar Alma Sürecine Etkileri (1998), Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Ankara, 2007.
- KÖK, Ahmet Nezi;** “*İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza*”, 1.Türk Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, Kamu Hukuku Arşivi, C.VIII, S. 2, Kasım 2005.
- KÖPRÜLÜ, Ömer;** “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İBD., Y.1984, C.58, S.10-11-12, s.589-613.
- LIFTON, Robert J. Lifton;** “The Nazi Doctors: Medical Killing and Psychology of Genocide”, <http://www.holocaust-history.org/lifton/index.shtml>, Erişim Tarihi: 08.05.2012.

- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami;** “*Ötanazi ve Yaşam Destek Ünitelerine Bağlı Hastaların Durumu*” Yüzyıl Başında Yaşama Destek Tedavileri Etik ve Hukuksal Yönler, 2. Uluslararası Tıp Etiği Ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Ekim 2009.
- MISIR, Mustafa Bayram;** “*Direnme Hakkı, Şiddet ve Ölüm Orucu Üzerine Bir Değini*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:65, Sayı 1, 2007.
- NAMAL, Arın;** “*Hasta Hakları ve Etik*”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007.
- ODER Emrah, Bertil;** “*Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme*”, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Koç Üniversitesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi No.1, İstanbul: 12 Levha Yayınları, 2011.
- OĞUZ, Yasemin;** “*Ötanazi Tartışması*”, Bilim ve Ütopya, Sayı.8, 1994.
- OĞUZMAN, Kemal; BARLAS Nami;** *Medeni Hukuk*, 12.basım, Beta Yayımevi, İstanbul 2005.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin;** “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*”, AÜHFD, C.52, S. 3, 2003.
- ÖMEROĞLU, Ömer;** *Ötanazi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993/2.
- ÖNDER, Ayhan;** *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, İstanbul 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer;** *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, TCK İzmir Şerhi, C.I, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR Nihat; BACAKSIZ Pınar; DOĞAN Koray; TEPE İlker;** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010.
- ÖZCAN, Işık Funda;** “*Tıbbi Müdahalede Aydınlatılmış Onam*”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- ÖZCAN, Burcu G.; ÖZEL, Çağlar;** “*Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt:10, Sayı:1, 2007, s.50-73.
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa;** *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara, 2004.
- ÖZEL, Sibel;** *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara 2004.



- ÖZEK Çetin**, “Hekim ve Hukuk- Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları”, İÜTFM., C. 28, 1965.
- ÖZEN, Muharrem; ŞAHİN EKİCİ, Meral**; “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:68, Yıl: 2010/4, s.15-37.
- ÖZGENÇ, İzzet**; “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- ÖZGÜL, Mehmet Emin**; “Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu”, 12 Levha Yayıncılık, 1.Baskı-İstanbul, Nisan 2010.
- ÖZKAN, Hasan; AKYILDIZ, Sunay**; *Açıklamalı İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları*, Ankara, 2008.
- ÖZKAN, Nazan**; Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.
- ÖZKARA, Erdem**; “Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika’da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum”, TBB Dergisi Sayı: 78, 2008, s.105-122.
- ÖZKARA, Erdem**; Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar, 1.Baskı, Ankara, 2001.
- ÖZKARA, Erdem; YEMİSCİGİL, A.; DALGIÇ, M., Mayda**; Sağlık Çalışanlarının, Hastaların ve Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Ötanaziye Bakışı, 10. Ulusal Adli Tıp Günleri Kongre Kitabı, 2003, s.248 -251.
- ÖZKAYA, Eraslan**; Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara, 2005.
- ÖZSUNAY, Ergun**; “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mart 1982.
- ÖZTÜRK, Bahri; ERDEM, Mustafa Ruhan**; *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Yeni TCK’ya Göre Yenilenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- ÖZTÜRKLER, Cemal**; “Tıbbi Sorumluluk Teşhis Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları”, Ankara, 2003.
- PATEL, Kant; RUSHEFSKY, Mark E.**; “Health Care Politics and Policy In America”, New York: Sharpe, 2006.

- PETEK, Hasan;** “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:8, S:1, Y:2006, s.177-239.
- REİSOĞLU, Seza;** “*Hekimlerim Hukuki Sorumluluğu*”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983, s.1-18.
- ROSENAU, Henning (Çev: Ali Kemal Yıldız);** “*Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S.2, Yıl: 2006.
- SABUNCU, Yavuz;** “*Anayasaya Giriş*”, İmaj Yayıncılık, 7. Bası, Ankara, 2001.
- SAĞLAM, M. Yılmaz;** “*Terör Cezaevlerinde Gerçekleştirilen Açlık Grevleri ve Adalet Bakanlığınca Alınan Önlemler*”, Yayınlanmamış Rapor, Ankara, 1993.
- SAVAŞ, Halide;** Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları Ceza-Hukuk, Ankara, 2007.
- SAVCI, Bahri;** Yaşam Hakkı ve Boyutları, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1980.
- SCHREİBER, Hans- Ludwig (çev.Mahmut Koca);** “*Federal Tabipler Odasının Yeni Bir Ötanazi Direktifi Tasarısı*”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi II – Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- SCOTT, I. Davidson;** “*But Why Do We Shoot Horses?*” *An Analysis of the Right of Die and Euthanasia*”, New York Law School Journal of Human Rights, Vol.12, 1994-1995.
- SERT, Gürkan;** Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları, İstanbul 2004.
- SEVİNÇ, Murat;** “*Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri*”, AÜSBF Dergisi. 57-1, Ocak-Mart, Ankara, 2002.
- SOYASLAN, Doğan;** “*Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu*”, Yargıtay Dergisi, 16/1-4, Ankara, 1990.
- SOYASLAN Doğan;** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1998.
- SOYER, Ata; BALTA, Evren;** “*Hekimlik*”, Tıbbi Etik ve İnsan Hakları Uluslararası ve Ulusal Belgeler, Türk Tabipler Birliği, Eylül 1996.
- SÜTLAŞ, Mustafa;** “*Hasta ve Hasta Yakını Hakları*”, İstanbul 2000.
- ŞAHİN EKİCİ, Meral;** Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

- ŞEN, Ersan;** “*İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları*”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Birinci Baskı, Nisan 2008, Ankara, s. 588- 646.
- ŞENOCAK, Zarife;** *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara, 1998.
- ŞENOCAK, Zarife;** “*Küçükün Tıbbi Müdahaleye Rızası*”, AÜHF. C. 50, S. 4, Ankara, 2001.
- TACİR, Hamide;** “*Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- TAŞKIN, Ahmet;** “*Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti*”, AÜEHFD, C.VII, S.3-4, Aralık, 2003.
- TEKİNAY, Sulhi Selahattin;** *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul, 1992.
- TEPEHAN, Selma;** *Yoğun Bakım ve Servislerde Çalışan Sağlık Personelinin Ötanaziye Bakışı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- TEZCAN, Durmuş; SANCAKDAR, Oğuz; ERDEM, Mustafa Ruhan;** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, Murat;** *Ceza Özel Hukuku – Teorik ve Pratik*, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- TEZCAN, Durmuş; SANCAKDAR, Oğuz; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, Murat;** *İnsan Hakları El kitabı*, 3.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- TEZİÇ, Erdoğan;** *Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü*, Anayasa Yargısı, Ankara, 1990, s:29-46.
- TOROSLU, Nevzat;** “*Ceza Hukukunda Zaruret Hali*”, AÜHF Yayınları No: 234, Ankara, 1968.
- TURLA, Ahmet; KARAARSLAN, Bekir; DABAK, Şennur;** “*Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde Görev Yapan Hekimlerin “Aydınlatılmış Onam” Konusundaki Bilgi ve Tutumları*”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Dergisi, Cilt:21 No:2, 2004.
- ÜNVER, Yener;** “*Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*”, Beta Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, 1998.

- ÜNVER, Yener;** “*Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*”, Ankara, 2003.
- ÜNVER, Yener;** “*Tıbbi Riskin Ceza Hukuku Görünümü*”, Uluslararası Katılımlı 3.Ulusal Tıp Etiği Kongresi, Kongre Kitabı, C.1, Bursa, 2003.
- ÜNVER, Yener;** “*Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi*” Sempozyum No: 2, İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, MÜHF., İstanbul, 2007.
- ÜNVER, Yener;** “*Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı*”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum Bildirileri, Mersin Barosu, Mersin, 16-17 Ocak 2009.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet;** “*Medeni Hukuk*”, İstanbul, 1969.
- YASDIMAN, Hakkı Şah;** “*Yehova Şahitleri’nin Teşkilat Yapısı ve Türkiye’deki Faaliyetleri(2)*”, D.E.Ü.İlahiyat Fakültesi Dergisi Sayı XXII, İzmir 2005, (ss.115-133).
- YAVUZ İPEKYÜZ Filiz;** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- YELMER, Necdet S.;** Hekimlerin Hukuki Mesuliyeti, İstanbul 1948.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem;** “*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*”, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem;** “*Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam*”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Bildiriler, Mersin Barosu, Mersin, 2009.
- YILDIZ, Eyüp;** “*Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı*”, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul, 2006.
- YILMAZ, Battal;** Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007.
- YÜCE, Turhan Tufan;** Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara, 1985.
- ZAFER, Hamide;** “*Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK 1-75 Ders Kitabı*”, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- ZEVKLİLER, Aydın; ACABEY, M. Beşir; GÖKYAYLA, K. Emre;** Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 1999.
- ZEYTİN, Zafer;** “*Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, Sağlık Hakkı Dergisi, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, S:3, Kasım, 2007.

### **Yararlanılan Uluslararası Belgeler**

- Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi (Açlık grevcilerinin sağlığından sorumlu doktorlar için bir rehber niteliğindeki Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyon, Kasım 1991'de Malta'da toplanan 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edildi).
- Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nin (Amsterdam Bildirgesi), Mart 1994.
- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Britanya Tabipler Odası, İhanete Uğrayan Tıp, Doktorların İnsan Hakları İhlallerine Karışması, İstanbul 1996.
- Dünya Tabipler Birliği'nin; Uluslararası Tıp Etiği Kodları (1949), Cenevre (1948), Nuremberg Kodu (1949), Helsinki (1964), Tokyo (1975), Hawaii (1977) ve Lizbon (1977) Bildirgeleri.
- Dünya Tabipler Birliği'nin Hasta Hakları Bildirgesi.
- Dünya Tabipler Birliği'nin İşkence ya da Zalimce/İnsanlık Dışı/Onur Kırımı Muamelelerin Belgelendirilmesi ve İhbar Edilmesinde Hekimlerin Sorumluluğuna İlişkin Kararı.
- Dünya Tabipler Birliği'nin "Evde Tıbbi Gözlem, "Tele-Tıp" ve Tıp Ahlak Yasaları" (44'üncü Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda benimsenmiştir. Marbella, İspanya, Eylül 1992).
- Dünya Tabipler Birliği'nin Olağandışı Durumlar İçin Tıp Etiği Bildirgesi (Eylül 1994 tarihinde İsveç'in Stockholm kentinde yapılan 46. Genel Kurulu'nda uyarlanmıştır)
- Helsinki Bildirgesi, (18'inci Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Haziran 1964; Helsinki- Finlandiya) benimsenmiş, 29'uncu Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Ekim 1975, Tokyo-Japonya) ve 35'inci Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Ekim 1983, Venedik-İtalya) geliştirilmiştir.
- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu (İstanbul Protokolü). TİHV Yayınları-24. 3.Baskı. Ankara: Buluş Tasarım Matbaacılık Hizmetleri; 2005.

- UNESCO XXIX. Genel Konferansı İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Beyan namesi (11 Kasım 1997).
- Venedik Bildirgesi, Ölümle Sonuçlanan Hastalıklara İlişkin Bildirgenin, (35'inci Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda (Ekim 1983, Venedik-İtalya) benimsenmiştir.)
- World Medical Association Declaration of Malta on Hungerstrikers.