

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
BİLGİ YÖNETİMİ ANABİLİM DALI
SAĞLIK HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ACİL TIBBİ MÜDAHALEDE TEDAVİYİ RET HAKKI

Dursun ALYAZ

Danışman
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

İZMİR-2019

YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : DURSUN ALYAZ
Öğrenci No : 2500800219
Tez Başlığı : Acil Tıbbi Müdahalede Tedaviyi Ret Hakkı

Savunma Tarihi : 01/07/2019
Danışmanı : Prof.Dr.Oğuz SANCAKDAR

JÜRI ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>
Prof.Dr.Oğuz SANCAKDAR	-Dokuz Eylül Üniversitesi
Doç.Dr.Lale Burcu ÖNÜT	-Dokuz Eylül Üniversitesi
Dr.Öğr.Üyesi Bengül KAVLAK	- İzmir Demokrasi Üniversitesi

İmza







DURSUN ALYAZ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği ☒ / oy çokluğu () ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Acil Tıbbi Müdahalede Tedaviyi Ret Hakkı” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih/...../2019

Dursun ALYAZ

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Acil Tıbbi Müdahalede Tedaviyi Ret Hakkı
Dursun ALYAZ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Bilgi Yönetimi Anabilim Dalı
Sağlık Hukuku Programı

Acil tıbbi müdahale; beklenmedik ve ani bir şekilde ortaya çıkan ve kısa süre içinde kişinin yaşamsal fonksiyonlarını tehlikeye düşürecek durumların varlığında, sağlık alanında gerekli eğitimleri alarak yasal anlamda bu müdahaleleri yapmaya yetkili kılınmış kişiler tarafından, insanın sağlığını, yaşamını, ve vücut bütünlüğünü tehlikeye düşüren fiziki veya ruhi birtakım problemlerin önlenmesi, teşhis ve tedavisine yönelik olarak, tıp camiasınca kabul edilmiş kurallara uygun biçimde yerine getirilen girişimlerdir.¹

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/7 maddesinde, hastadan, kendisine yapılacak tıbbi müdahale için rıza alınmadığı hallerde, hayati tehlike bulunması ve bilincinin yerinde olmaması ile hastanın bir uzvunun kaybetmesine veya işlemez hale gelmesine sebep olacak durumlarda, hastaya yapılacak müdahalenin rızaya bağlı olmadığı belirtilmiştir. Aynı doğrultuda, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (BİYOTIP)'nin 8. maddesinde, herhangi bir acil durumda hastadan müdahale için muvafakat alınmadığı durumlarda, hasta veya yaralının sağlığı için yapılması elzem olan müdahaleler vakit kaybetmeden yapılabilir denilerek, hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincin kapalı olduğu durumlarda tıbbi müdahale için rıza şartının aranmadığı belirtilmektedir.

¹ Cüneyt, Çilingiroğlu, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993 s.15

Anayasa m. 17/2’ de kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında tedaviyi reddin yasal dayanağı şöyle ifade edilmektedir: “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”

Hayati tehlikesi bulunan ve bilinci kapalı olan hastanın rızası alınamadığı durumlarda, hastaya uygulanacak acil tıbbi müdahale nedeniyle sağlık personeline bir kusur ve sorumluluk yüklenemez. Ancak tedaviyi reddeden hastanın bilinci kapanarak hayati tehlike arz eden bir durumda, acil tıbbi müdahalede bulunmayan sağlık personeli ise cezai bir yaptırımla karşılaşacaktır.

Bu çalışmamızda; hasta hakları özelinde *hastanın acil tıbbi müdahaleyi ret hakkının* hukuki yönden tartışılması; hastanın yaşam hakkı üstündeki tasarrufunun sınırları ve bu şartlar altında müdahalede bulunan sağlık personelinin hukuki yönden değerlendirilmesi yer alacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yaşam Hakkı, Acil Tıbbi Müdahale, Sağlık, Tedaviyi Ret.

ABSTRACT
Master's Thesis

Refusal Right of Medical Treatment on The Emergency Medical Intervention

Dursun ALYAZ

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Information Management
Health Legislation Program

The Emergency Medical Intervention; any attempt by medical authorities to diagnose and treat the life-threatening the patient's life and the integrity of the body all kinds of initiatives in accordance with the rules of medicine in the event of unexpected and sudden emergence, and in a short period of time that may endanger person's vital functions,

It is indicated on the Regulations of Patients Rights Article 24/7 “*Medical intervention to the patient is not subject to the consent if there is a situation in which the patient's consent cannot be obtained, there is danger to the patient’s life, the patient is unconscious and the presence of a condition in which the patient’s one organ becomes unable to perform its functions or its loss.*” and on the Biomedicine Agreement’s in Article 8 under Emergency heading, it is indicated that no consent is required for medical intervention in cases where the patient's life-threatening and if the patient is unconscious. with the expression of “If appropriate consent cannot be obtained due to an emergency, any medical intervention necessary for the health of the person concerned may be carried out immediately.”

On the Turkish Constitution Article 17/2, the legal basis of rejection of treatment within the scope of the right to determine one's own future is stated as follows: “*The physical integrity of the person cannot be touched, except in the case of medical imperatives and law; cannot be subjected to scientific and medical experiments without the person’s consent.*”

In cases where the patient’s consent cannot be obtained, health personnel cannot be subject to a defect and responsibility due to emergency medical

intervention applied to the patient. However, the patient who refuses the treatment is in a life-threatening condition where the patient is unconscious. the healthcare personnel who do not perform emergency medical intervention will face a criminal sanction.

In this study discussion of the legal rights of the patient in terms of patient rights and *the right to refuse emergency medical intervention*; the limitations of the patient's right on his/her life and the legal assessment of the health personnel intervening under these circumstances will be taking place.

Keywords: Right to Life, Emergency Medical Intervention, Health, Treatment Rejection.

ACİL TIBBİ MÜDAHALEDE TEDAVİYİ RET HAKKI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	x

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

ACİL TIBBIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE TIBBİ MÜDAHALE

1.1. ACİL TIBBIN TARİHSEL GELİŞİMİ	3
1.2. TIBBİ MÜDAHALE-ACİL TIBBİ MÜDAHALE	5
1.2.1. Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahale	6
1.2.2. Kasten Yaralama (Müessir Fiil)	7
1.2.2.1. Hakkın Kullanılması Görüşü	8
1.2.2.2. Mağdurun Rızası Görüşü	8
1.2.2.3. Diğer Görüşler	10
1.3. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI	11
1.3.1. Yetkili Personel	11
1.3.1.1. Acil Tıbbi Müdahalenin Kanunen Yetkili Sağlık Mesleği Mensubu	
Tarafından Yapılması	12
1.3.1.2. Hekimlerin Mesleği İcra Yetkisi	12
1.3.1.3. Diğer Sağlık Mesleği Mensuplarının Mesleği İcra Yetkisi	14
1.3.2. Endikasyon (Tıbbi Gerekliklik)	15
1.3.3. Güncel Tıp Verilerine Uygunluk	16
1.3.4. Aydınlatılmış Onam	19
1.3.5. Rıza	22

1.3.5.1. Rızanın Yasal Dayanakları	24
1.3.5.2. Rızanın Konusu	26
1.3.5.3. Rızanın Kapsamı	27
1.3.5.4. Varsayılan Rıza	27
1.3.5.5. Rızanın Şartları	29
1.3.5.5.1. Kişinin Rıza Ehliyetinin Olması	29
1.3.5.5.2. Üzerinde Tasarruf Edilebilecek Bir Hakkın Varlığı	30
1.3.5.5.3. Rızanın Şekli	31
1.3.5.6. Rızanın Aranmadığı Haller	32

İKİNCİ BÖLÜM

TEDAVİYİ RET HAKKI VE BAZI ÖZEL DURUMLAR

2.1. TEDAVİYİ RET HAKKININ POZİTİF TEMELLERİ	35
2.1.1. Anayasa	35
2.1.2. “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”	35
2.1.3. Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun	36
2.1.4. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi	36
2.1.5. Hasta Hakları Yönetmeliği	36
2.2. TEDAVİYİ RET HAKKI	37
2.3. YAŞAM HAKKI	39
2.4. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI	41
2.5. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKININ SINIRLARI	42
2.6. KANUNİ TEMSİLCİ TASARRUFLARI VE SINIRLARI	43
2.7. TIBBİ VASIYET	45
2.8. ÖTENAZİ	46
2.8.1. Aktif Ötenazi	46
2.8.2. Pasif Ötenazi	48
2.8.3. Dolaylı Ötenazi	48

2.9. AÇLIK GREVLERİ	49
---------------------	----

SONUÇ	52
-------	----

KAYNAKÇA	54
----------	----



KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BİYOTIP	Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi
DTB	Dünya Tabipler Birliği
H.D.	Hukuk Dairesi
m.	Madde
MK	Medeni Kanun
TCK	Türk Ceza Kanunu
vb	Ve Benzeri
WHO	Dünya Sağlık Örgütü

GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından “mümkün olan en yüksek sağlık standardına sahip olmak” şeklinde tanımlanan sağlık hakkı, ulusal ve uluslararası hukukla güvence altına alınmış olup, konusu bakımından sosyal haklar arasında kabul edilmektedir. Tarihsel gelişimi bakımından ikinci kuşak haklar arasında yer alan sağlık hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sında da Ekonomik, Sosyal ve Ödevler kısmında düzenlenmektedir.

İnsanların sağlıklı bir yaşam sürdürebilmeleri ya da yitirdikleri sağlıklarına kavuşabilmeleri için sağlık hizmetlerinin sunumunda sahip oldukları hakları ifade eden hasta hakları, ilk olarak 20. yüzyılın son çeyreğinde Amerika Hastaneler Birliği tarafından yayınlanan Hasta Hakları Bildirgesi ile gündeme gelmiş olup, Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981 Lizbon Bildirgesi, 1995 Bali Bildirgesi ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından da 1994 yılında Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi yayınlanmıştır.

Ülkemizde ise 1928 yılında yayınlanan 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 7. maddesinde hasta hakları ile ilgili bir düzenleme yer almakla birlikte, 1960 yılında yayınlanan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi hasta ile hekim ilişkilerini düzenleyen ilk resmi belgedir.

1998 yılında hasta haklarını fiilen uygulamaya da konulduğunu göstermek ve sağlık hizmetinin sunulduğu “tüm kurum ve kuruluşlarda, insan onuruna yakışır bir şekilde”, sağlık hizmeti alan herkesin hasta haklarından yararlanabilmesine, haklarının ihlal edilmesinin engellenmesine ve gerek duyulduğu takdirde hukuken korunmaya dair olanaklardan aktif olarak yararlanabilmesine dair esasları düzenlemek amacıyla Hasta Hakları Yönetmeliği yayınlanmıştır. Bu yönetmeliğe göre hasta hakları, sağlık hizmetine gereksinim duyan kişilerin, insan olmaları dışında hiçbir şeye gerek olmadan sahip oldukları ve başta anayasa olmak üzere tüm yasal mevzuat ve uluslararası antlaşmalar ile güvence altına alınmış tüm haklarını ifade etmektedir.

Dünyada ve Türkiye’ de özellikle son yıllarda önemli bir gelişme kaydeden hasta hakları, insan haklarının gelişimine paralel olarak büyük değişime uğrayarak hekim odaklı sağlık hizmetlerinden hasta odaklı sağlık hizmetlerine dönüşmüştür. Hastanın iradesi diğer her hakka üstün tutulur duruma gelmiştir.

İki bölümden oluşan çalışmamız acil tıbbi müdahaleyi ret hakkının tam olarak açıklığa kavuşturulabilmesi adına; birinci bölümde, acil tıbbın tarihi gelişimi yanında tıbbi müdahale kavramının ne olduğu üzerinde durulacak, ceza hukuku açısından neden hukuka aykırı bir fiil olmadığı ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebepleri ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları ele alınırken, “Rıza” kavramı üstünde ayrıntılı olarak durulacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, tedaviyi ret hakkının hukuki dayanakları; tedaviyi ret hakkına bağlı olarak yaşam hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı ve sınırları; ayrıca hastanın karar verme yeterliliğinin bulunmadığı zamanlarda, önceden açıkladığı istekleri (tıbbi vasiyet) ve kanuni temsilcilerin hasta ile ilgili tasarruflarının sınırlarına değinilecektir. Daha sonra ise; ötenazi ve açlık grevleri gibi bazı özel durumlarda tedaviyi ret hakkının tam olarak açıklığa kavuşturulmasına çalışılacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, mutlak surette kabul edilen ve gerek Anayasamız gerekse ulusal ve uluslararası mevzuat ile korunan “Tedaviyi Ret Hakkı”nın, zamanla yarışılan acil hastalık veya yaralanmalar durumunda ne ölçüde geçerli olduğu ve böyle durumlarla karşı karşıya kalan sağlık personelinin nasıl davranması gerektiği konuları ele alınacaktır.

Konuyla ilgili literatürden faydalanılırken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Anayasa Mahkemesi (AYM), Yargıtay, Danıştay ve diğer yargı kararları konumuza ışık tutacak; tedaviyi ret hakkına, acil durumlar söz konusu olduğunda ne ölçüde riayet edileceği anlatılmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ACİL TIBBIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE TIBBİ MÜDAHALE

1.1. ACİL TIBBIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Acil tıbbi müdahalelerin milattan önce 3000 yıllarında Mısır’da, geliştirildiği ve uygulanmaya başlandığı görülmektedir. Bu uygulamaların, günümüz modern tıp uygulamalarından ziyade savaş alanlarından yaralıların taşınması ve ilkyardım uygulamalarının yapılması şeklinde olduğu görülmektedir. 11. yüzyılda Hospitaliyerler (St. John Şövalyeleri) haçlı seferlerinde savaşta yaralanan askerlerin cepheden güvenli bölgelere tahliye edilmesi ve tedavi edilmeleri amacıyla çalışmalar yapmışlardır. Tarihte ilk kez 1487 yılında Malaga Kuşatmasında İspanyol ordusu tarafından atlı arabalar ambulans şeklinde kullanılmış ve savaşta yaralanan askerler bu arabalar ile taşınmıştır.² Sivil ilk ambulans yapılanması ise 1878’de Londra’da kurulmuş ve Londra’da günün her saatinde ambulans hizmeti veren servis 1897’de hizmet vermeye başlamıştır. 20. yüzyılın ikinci yarısında doğru Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa’da, ambulanslarda paramedik ve doktorların görev almaya başlaması ile günümüz modern hastane öncesi sağlık hizmetlerinin temeli atılmış ve daha hızlı daha kaliteli acil sağlık hizmeti sunulmaya başlanmıştır. Acil tıp anabilim dalı ise ilk kez 1970 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde “Cincinnati Üniversitesi”nde açılmıştır.³

Ülkemizde ilk yardım hizmetlerinin başlangıcı, 1911 yılında Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti’nin İstanbul Aksaray yangınında ilk yardım ekipleri kurması nedeniyle 1911 yılı olarak kabul edilmektedir.⁴ Cumhuriyet dönemi ülkemizde ise Tıbbi Yardım teşkilatının kurulması görevi 1930 yılında yayımlanan 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile belediyelere verilmiştir.⁵

1955 yılında İstanbul Beyoğlu’nda ilk cankurtaran merkezi kurulmuş ve sekiz ilçede on beş cankurtaran aracının hizmet vermeye başladığı bilinmektedir. Sağlık

² Acil Sağlık Hizmetlerinin Yapısı Ders Kitabı. T.C. Milli Eğitim Bakanlığı, Ankara 2011, s.4

³ Serap, Altuntaş, **İlk Yardım Ve Acil Sağlık Hizmetleri Organizasyonu**, Atatürk Üniversitesi Yayınları, 2014, s.2

⁴ Altuntaş, s.5

⁵ Semra, Çelikli, **Kuruluştan Bugüne Paramedik Eğitiminde Standardizasyon Çabaları Ve Kırılma Noktaları**, Hastane Öncesi Dergisi, Ekim 2016, Cilt 1-Sayı 2, s.42

Bakanlığı bünyesinde karayollarında gezici ambulans hizmeti ilk kez 1985 yılında başlatılmış, 1986 yılında da 077 Hızır Acil Servis adı altında İzmir, İstanbul ve Ankara illerinde günümüze benzer ambulans hizmeti verilmeye başlanmıştır. 1991-1992 yıllarında telekomünikasyon hizmetlerindeki yapısal değişiklikler sebebiyle, 077 numarasının yerine uluslararası tıbbi yardım organizasyonuna da uygun olarak 112 numarası kullanılmaya başlanmış olup, 1994 yılında Sağlık Bakanlığı tarafından başlatılan 112 Acil Yardım Ve Kurtarma Hizmetleri Projesi ile günümüzdeki mevcut yapısına kavuşmuştur.⁶ Yeni yapısına kavuşan acil sağlık hizmetleri, 7 gün 24 saat esasına göre trafik kazası, kalp krizi, beyin kanaması vb her türlü acil durumlar ile acil hastalık ve yaralanma durumlarında ücretsiz 112 numarasına yapılan çağrılar her ilde bulunan 112 Komuta Kontrol Merkezi tarafından değerlendirilir. Olayın olduğu yere en yakın ve içinde acil tıp teknisyeni, doktor veya paramedik bulunan acil yardım ambulansları görevlendirilerek hasta veya yaralıya olay yerinde gereken müdahalenin yapılması ve gerektiğinde hasta veya yaralının en uygun hastaneye nakli sağlanır.

1993 yılında Dokuz Eylül ve Fırat Üniversitelerinde İlk ve Acil Yardım Ana Bilim Dalları kurulmuş, aynı tarihte yine Dokuz Eylül Üniversitesinde Ambulans ve Acil Bakım Teknikerliği Programı başlatılmıştır. 1996 yılında ise Sağlık Bakanlığına bağlı Sağlık Meslek Liselerinde İlk Yardım ve Acil Bakım Teknisyenliği Bölümleri açılmıştır. 11.05.2000 tarihinde ise Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yönetmelikle; Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülecek olan acil sağlık hizmetlerinin ülke genelinde eşit, ulaşılabilir ve kaliteli olarak sunulması hedeflenerek, sağlık hizmeti sunan bütün kurum ve kuruluşların uymak zorunda olduğu kriterler belirlenmiştir. Yönetmeliğin 28. maddesinde 2007 yılında değişiklik yapılarak Ambulans ve Acil Bakım Teknikerleri ile Acil Tıp Teknisyenlerinin görev, yetki ve sorumlulukları tanımlanmıştır.

⁶ <http://www.aahd.org.tr/tarihce/> (Erişim Tarihi: 16.01.2018)

1.2. TIBBİ MÜDAHALE-ACİL TIBBİ MÜDAHALE

Tıbbi müdahale, sağlık alanında gerekli eğitimleri alarak yasal anlamda bu müdahaleleri yapmaya yetkili kılınmış kişiler tarafından, insanın yaşamını, sağlığını, ve vücut bütünlüğünü tehlikeye düşüren fiziki veya ruhi birtakım problemlerin önlenmesi, teşhis ve tedavisine yönelik olarak, tıp camiasınca kabul edilmiş kurallara uygun biçimde yerine getirilen girişimlerdir.⁷ Keza, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde de aynı şekilde tanımlanmış ve tıbbi müdahalelerin, bu mesleği icra etmeye yetkisi olmayanlarca yapılamayacağı, aynı zamanda tıp sanatı içerisinde oluşturulan kurallar ve sorumlulukların dışına çıkılamayacağı belirtilmiştir.

Anayasanın 17. maddesi tıbbi müdahalenin yasal dayanağını oluştururken, 2827 sayılı Nüfus planlaması Hakkında Kanun'un 1 ve 2 maddelerinde tıbbi müdahalenin amaçları, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinde de tababet ilke ve kurallarına dışında veya yanıltıcı nitelikte teşhis ve tedavinin yasak olduğu ifade edilmektedir.

Acil tıbbi müdahale ise; beklenmedik ve ani bir şekilde ortaya çıkan ve kısa süre içinde kişinin yaşamsal fonksiyonlarını tehlikeye düşürecek durumların varlığında, sağlık personeline⁸, ivedi olarak, belirli kurallar çerçevesinde yapılacak her türlü tıbbi girişimdir diyebiliriz.

Bir hastalığın ya da ani olarak ortaya çıkmış bir durumun, acil olarak nitelendirilebilmesi, şüphesiz, belirli bir süre içerisinde müdahale edilmemesi halinde kişide, kalıcı hasar, ölüm gibi sonuçlar doğurabilme ihtimali ile doğru orantılıdır. Şüphesiz her hastalık ivedilikle tıbbi müdahale yapılmasını gerektirecek aciliyet taşımamaktadır. Bu nedenle hangi hastalık veya yaralanmaların acil bir durum kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği önem taşımaktadır. Acil durumlar

⁷ “Cüneyt, ÇİLİNGİROĞLU, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993 s.15”

⁸ *Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun* (Ek fıkra: 21/6/2005 – 5371/ 7 md.) *Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikleri ile verilecek gerekli eğitimleri başarıyla tamamlamak kaydıyla Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli sağlık astsubayları (...)(2) hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler* demek suretiyle, hekim dışındaki sağlık personeline de müdahale yetkisi verdiği için bu çalışmamızda –doğrudan alıntılar hariç- “hekim” yerine “Sağlık Personeli” ifadesi kullanılacaktır.

konusunda bir sınıflandırma yapan Dünya Sağlık Örgütü (WHO), 32 Acil Parametre⁹ belirlemiştir. Tıbbi bilgisi olmayan insanlara acil bir durumda yol göstermek amacıyla hazırlanan acil durum parametresi ile kısa süre içerisinde durumun tespiti ve müdahalesinin yapılmamasının, kişi hayatını etkileyebileceği öngörülmüştür.

Yukarıda saydığımız acil kriterlerine değinmemizdeki amaç, zamanla yarışılan hastalık ve yaralanmaların dışında kalan ve müdahale edilmediği takdirde kısa vadede ölüm veya kalıcı hasar meydana getirmeyecek durumlarda “tedaviyi ret hakkı”nı koşulsuz olarak kabul etmemiz ve bu gibi acil durumlarda “tedaviyi ret hakkı”nı daha açıklayıcı bir zemine oturtmaktır.

1.2.1. Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahale

Tıbbi girişimler biçimsel olarak vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir eylem niteliğindedir. Bu eylemi hukuka uygun kılan en temel unsur, ilgilinin rızasıdır. Hatta, tıbbi girişim için rızanın (rıza gerekmeyen haller müstesna) bir ön şart olduğu söylenmelidir. Rızanın bu yönü, kişinin kendi vücudu üzerinde sınırlı da olsa tasarruf hakkı bulunduğunu göstermektedir. Diğer bir yönüyle de rıza, kişinin kendisi ile ilgili kararları özgürce vermesini teminat altına almakta ve kendi geleceğini belirleme hakkının varlığını göstermektedir.¹⁰ Bu bağlamda, tıbbi müdahalenin kasten yaralama suçunu (müessir fiil) oluşturup oluşturmadığının anlaşılır olması adına; kişinin vücut bütünlüğü üzerinde var olan kendi geleceğini belirleme hakkının sınırları ve buna bağlı olarak hastanın acil tıbbi müdahaleyi ret hakkına ne ölçüde riayet edileceği, hangi durumlarda hastanın iradesinin sağlığına tercih edileceği konularını açıklığa kavuşturmak doğru olacaktır.

⁹ Serpil Yaylacı, Tuba, Cimilli Öztürk, Seda, Çelik Yılmaz, **Acil Servise Ambulansla Başvuran Hastaların Aciliyetinin Retrospektif Değerlendirilmesi**, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, Nisan 2013, s.65

¹⁰ H. Tahsin, Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Ve Cezai sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.53

1.2.2. Kasten Yaralama (Müessir Fiil)

13/11/2005 tarihinde 25642 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 04/11/2004 tarih ve 5252 sayılı kanun'un 12. maddesi ile, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren tüm ek değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılan 756 sayılı Türk Ceza Kanunu 456. maddesinde düzenlenen Müessir Fiil suçu, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda Beden Dokunulmazlığına Karşı Suçlar bölümünün Kasten Yaralama başlığı altında düzenlenen 86. Maddesi birinci fıkrasında; bilerek ve isteyerek başka birinin bedenine ızdırap veren veya sağlığının bozulmasına, algılama yeteneğinin kaybolmasına sebep olan kişiye bir ila üç yıl arasında hapis cezası verileceği şeklinde bu suçu işleyenlerle ilgili olarak cezai yaptırımını belirlemiştir.

İnsan vücudunu oluşturan herhangi bir parçanın -yaşamını tehlikeye sokacak özellikte olmasa bile- alınması, herhangi bir zarar verilmesi kabul edilebilir bir durum değildir. Tıbben herhangi bir sakınca bulunmasa dahi, vücudun herhangi bir parçasına zarar vermek yoluyla vücut bütünlüğüne dokunulamaz. Çünkü, vücut, tüm hücreleri ile bütündür ve kişilik hakları bu bütün üstünde geçerlidir.¹¹ Bu nedenle kişilik hakları arasında yer alan ve yaşam hakkı kapsamında değerlendirilen vücut bütünlüğü hakkı uluslararası hukukta olduğu gibi Anayasamızda da koruma altına alınmıştır.

Tıbbi uygulamalar yapıları sebebiyle kişilik haklarını önemli ölçüde ihlal ettiklerinden objektif olarak kasten yaralama suçunun kanuni öğelerini yapılarında barındırırlar. Ancak, geçmişten günümüze tıbbi müdahalelerin -her çeşit risklerine rağmen- uygulanması, tüm insanlıkça kabul görmesi ve hatta uygulanmasının devlet tarafından desteklenmesi, ilgilinin müdahaleye rızasının bulunması, müdahalenin suç teşkil edip etmediği, suç teşkil etmediği kabul edilirse müdahalenin hukuka uygunluğunun gerekçesinin ne olduğu konusunda pek çok görüşün ortaya atılmasına neden olmuştur.¹² Bu anlamda tıbbi müdahalenin kasten yaralama suçunu oluşturup oluşturmadığı konusunda doktrindeki bu görüşlere değinmek gerekirse;

¹¹ Aydın, Zevkliler, **Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları**, 1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni, S. 4, Dicle Üniversitesi ([Http://Www.Dicle.Edu.Tr/Contents/4d87aa77-7d4b-406b-Ae50-9d1fdbf0350e.Pdf](http://www.Dicle.Edu.Tr/Contents/4d87aa77-7d4b-406b-Ae50-9d1fdbf0350e.Pdf)) (Erişim Tarihi 22.12.2015)

¹² Özlem, Çakmut Yenerer, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, 2003.S. 105

1.2.2.1. Hakkın Kullanılması Görüşü

Türk öğretisinde en geniş yaygınlığa sahip olan bu görüşe göre, normalde müessir fiil olarak kabul edilmesi gereken bir eylem olan tıbbi müdahaleler, sadece yasaların bu müdahalelere cevaz vermesi ile mümkün olabilecektir. Bu düşünüşün dayandığı temel kavram, Anayasa'mızın 27'nci maddesinde yer alan "Bilim ve Sanat Hürriyeti"dir. Bu madde ile isteyen herkesin, sanatı, bilimi herhangi bir kısıtlama olmadan öğretmesinde ve öğrenmesinde, açıklamasında, ve konuyla ilgili araştırma yapmasında sakınca bulunmamaktadır.¹³

Hekimlik mesleği devlet tarafından yasal bir faaliyet olarak kabul görmüş ve tıbbi müdahalelerin uygulanmasına izin vermiştir. Hekimlik mesleğinin eğitim ve öğretim kurallarını belirlemiş, eğitimi tamamlayanlara bu mesleği icra etmelerine olanak tanıyan diplomalarını vermiş ve tüm tababet uygulamaları ile ilgili kanunlarını yaparak düzenlemektedir.¹⁴

Hakeri, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sadece hakkın kullanılmasında arayan görüşlerin paternalist bir anlayışın ürünü olduğu, hastanın onayına hiçbir şekilde veya gereği gibi değer tanımadığını belirterek bu görüşlere katılmadığını belirtmektedir. Ve ayrıca hekimin, hekimlik mesleği hakkını yerine getirdiğini, hukukun ve kamu gücünün kendisine verdiği meslek yetkisini kullandığı, hastasının sağlığını düşündüğü, böylece bu şartlar altında mesleğini icra eden eden hekimin başkaca hiç bir şart gerekmeksizin yasalara aykırı olmadığı anlayışının kabulü ile karşı karşıya kalınacağını ve bu sonucun, modern tıp hukukunun gereklerine uymadığını ifade etmektedir.

1.2.2.2. Mağdurun Rızası Görüşü

Tıbbi müdahalenin hukuka aykırı kabul edilmemesinin nedenini hastanın bu fiillere rıza göstermesi olarak açıklayan görüşe göre, geçerli bir rıza açıklamasına dayanarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin fiili hukuka uygundur. Kişinin rızası

¹³ Barış, Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, ss.49-50

¹⁴ Köksal, Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, S.49 İstanbul,1972, Aktaran, Erman, S.49

olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler ise, hekimin kasten veya taksirli sorumluluğunu gerektirir.¹⁵ Erman, bu görüşün “mağdurun rızası” şeklinde özetlenemeyeceğini, sadece rıza ile sınırlı kalınması halinde, rızanın alınamayacağı durumların hukuka uygunluk alanı dışında kalacağından bahisle, konuyu “mağdurun rızası” değil “iradeci görüş” olarak ele almaktadır.

Hastanın rızasının bulunmadığı zorunlu müdahalelerde ve rıza olsa dahi, estetik cerrahi, doku ve organ nakli gibi işlemlerde bu görüş yetersiz kalmaktadır. Ayrıca kişi, sağlığı ve yaşamı üzerinde tasarruf hakkına haiz değildir. Sağlığa aykırı veya yaşamı sona erdirici eylemler hukuk düzenince hukuka uygun kabul edilmemektedir. Bu nedenle bazı yazarlar kural olarak tıbbi girişimi hukuka uygun kılan nedenin rıza olduğunu, ancak istisnai durumlarda hal ve şartlara göre kanundaki şartların oluşmasının eylemi hukuka uygun kılacağını kabul etmektedir.¹⁶

Konuya ilişkin en temel eleştiri olarak Belgesay’ın şu görüşleri sayılabilir: *Hastanın, vücudu üzerinde doktorun müdahalesine muvafakatı fazla büyütülmemelidir. Çünkü, o, nihayet doktora ilmin verimlerine göre hastalığını tedavi için baş vurur. O doktorun yapacağı şeyleri birer birer zihninde tecessüm ettirerek neticeleri hakkında fikir elde edemez, onun kendine tavsiye edilen müdahale ne derece faydalı olduğunu tayin için yeter bilgisi yoktur, olsa da, ızdırapları arasında, bu noktada akıllıca muhakeme yürütmesi daima kabil olamaz. Binaenaleyh, şeklen hastaya muvafakatı ile müdahale eden doktor mutlaka onun gerçek muvafakatı ile müdahale etmiş farzolunamaz.*

İradeci görüşü savunanların karşılaştıkları en önemli tartışmalardan biri, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı haklar açısından, kendi geleceğini belirleme hakkına gösterilecek saygının sınırı sorunudur. Gerçekten, kişinin kendi geleceğini belirlerken ortaya koyduğu irade, yaşam veya vücut bütünlüğü gibi haklarıyla çeliştiğinde onun isteğine ne ölçüde boyun eğmek gerekecektir?¹⁷

¹⁵ Ekici Şahin, Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.s.306

¹⁶ Yener, Ünver, **Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hakkın İcrası, Alman Ceza Hukuku Açısından Tck’nın Kusur İlkesi**, Ankara 2013, S.165 Aktaran, Gökcan Ss.492-493

¹⁷ Erman, s.62-63

1.2.2.3. Diğer Görüşler

Tıbbi eylemlerde kanuni unsurun bulunmadığı görüşü: bu görüşe göre, kanunla cezalandırılan hareketler, yaşama veya sağlığa zarar veren eylemlerdir.¹⁸ Tıbbi müdahalelerde gerçekleştirilen hareket ve müdahale sonunda meydana gelen netice, kanunda yer alan müessir fiil veya adam öldürme suçlarında aranan hareket ve neticeye uygun değildir. Söz konusu suçlarda kişinin vücut tamlığına veya yaşamına yönelik zarar verici bir hareket ya da netice aranırken, tıbbi müdahalelerde amaç tamamen tedavi etmek, kişinin sağlığını düzeltmek, daha da iyileştirmek veya yaşamını kurtarmaktır. Yapılan tıbbi müdahaleyle kişinin, ağrı, acı ve şikayetlerinden kurtulması, sıkıntılarının giderilmesi veya hiç olmazsa en aza indirilmesi, yeni hastalıklara yakalanmasının önlenmesi ve hatta yaşama yeniden dönmesi amaçlanır.¹⁹ Dolayısıyla kanuni modele uygun bir hareket söz konusu değildir.²⁰

Aşçıoğlu'na göre; Tıbbi el atma ve yardımların hukuka uygunluğunun esaslı unsurlarından biri; tıbbi yardımın, “tedavi amacına” yönelmiş bulunmasıdır. Bu nedenle tedavi amacına yönelmemiş ve saptırılmış yardımların hastanın rızası bulunsa dahi hukuka uygunluğundan söz edilemez.²¹ Ayrıca, Bayraktar, rızanın kişiler üzerinde uygulanacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için gerekli olduğu, ancak, kişinin yaşam hakkı üstündeki tasarrufların sınırsız olamayacağı konusu üstünde durarak, rızanın tedavi amaçlı ve bir hastalığı önlemeye, tedavi etmeye yönelik olmasını şart koşmuştur.²²

Öte yandan rıza olmaksızın, kendiliğinden yapılan tıbbi müdahaleler, vücut tamlığına ilişkin hukuki menfaati koruyan hükmün ihlali niteliğinde değildir, aksine hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına, yani irade özgürlüğüne zarar verir.

¹⁸ Gökcan, s.491

¹⁹ Ehlert, Kuhrt, **Worin Liegt Der Grund Für Die Rechtmässigkeit Eines Arztlichen Eingriffs, Der Einwilligung Des Behandelten Oder Seines Vertreters Vorgenommenwird?**, Berlin 1909 **S.9-10**; Hardwig, Werner, “**Betrachtungen Zur Frage Des Heileingriffes**”, Ga., 1965, S.162-163, 166, Aktaran, Çakmut, S. 113-114

²⁰ Sulhi, Dönmezer, / Sahir, Erman, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C.II, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1997, S.45, Aktaran, Çakmut, S.114

²¹ Çetin, Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993, S.159

²² Köksal, Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İ.Ü. Yayınları, İstanbul 1972, S.83-84, Aktaran, Sibel, İncoğlu, **Ölme Hakkı**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999 S. 76-77

Böyle bir durumda olaya, müessir fiil suçunu düzenleyen hükümlerin değil; farklı hükümlerin uygulanması söz konusu olur.²³

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu üstün menfaat prensibiyle açıklamaya çalışan yazarlardan Mezger, menfaatler arasında bir değerlendirme yapılarak üstün olana öncelik verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. O'na göre, kişisel menfaatle genelin menfaati arasındaki denge, tıbbi müdahalelerde kişisel menfaat yararına bozulmakta ve hastanın yeniden sağlığına kavuşması, yaşamının kurtulması için yapılması gereken faaliyetler hukuka uygun sayılmaktadır.²⁴

Hakeri ise, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için koşulların hepsinin birlikte gerçekleşmesinin üstünde durmuş ve tıbbi müdahaleyi yapanın hekim olması, müdahale için tıbbi gerekliliğin ve kişinin, hastalığı ve yapılacak tıbbi müdahaleler hakkında ilgili mevzuatlarda belirtildiği şekilde bilgilendirilmesi sonrasında alınmış rızasının ve hekimin tababet kurallarına uygun, özenli bir tıbbi müdahale yapması gerektiğini belirtmiştir.

1.3. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

1.3.1. Yetkili Personel

Özel bir bilgi sahibi olmadan, bazı san'atların yapılamayacağı kesin²⁵dir. Tıbbi müdahalelerin uygulama alanının insan vücudu olması, yapılacak bir hatanın telafi edilemeyecek ve insan yaşamına etki edecek sonuçlar doğurabilecek olması sebebiyle, tıp hizmetleri, özel ve ayrıcalıklı bilgi gerektiren hizmetlerin başında gelmektedir. Bu sebeptendir ki, tıbbi müdahaleyi yapacak olan sağlık personelinin, müdahalenin gerektirdiği yetkilere haiz olması kaçınılmazdır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un ilk dört maddesi; hekimlerin, yabancı uyruklu hekimlerin ve hekim dışındaki diğer sağlık personelinin yetki konusunu açıklığa kavuşturmuş ve hangi şartlarda mesleği icra yetkisi verileceğini belirtmiştir.

²³ Engisch, Karl, “ **Arztlicher Eingriff Zuheilzwecken Und Einwilligung**”, Zstw.58 (1939) S.6 Vd. 35., Aktaran,Çakmut,S.109

²⁴ Engisch, Karl, “ **Arztlicher Eingriff Zuheilzwecken Und Einwilligung**”, Zstw.58 (1939), S.6-9, Aktaran,Çakmut, s. 114

²⁵ Çetin, Aşçıoğlu, **Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Ankara,1982, s.46

11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 1.maddesinde ülkemiz sınırları içerisinde tıp sanatıyla uğraşmak ve hangi sebeple olursa olsun hasta ve yaralılara tıbbi müdahalede bulunabilmek için tıp eğitimi verilen bir fakülteden mezun olmak şart koşulmuş ve tıbbi müdahale yetkisi hekime verilmiştir.

21.06.2005 tarih ve 5371 sayılı kanunla Hastane öncesi acil sağlık hizmetleri sunumunda etkin rol alan Paramedik ve Kuvvet Komutanlıklarında görevli sağlık astsubaylarının, gerekli eğitimleri almaları ve ilgili bakanlıklarca çıkarılacak mevzuatla belirlenmek koşulu ile hastaya müdahale edebileceği ve bu konuda gerekli işlemleri yapabileceği ifadeleri ile acil hallerle sınırlandırılmak üzere bir istisna getirilmiştir.

1.3.1.1. Acil Tıbbi Müdahalenin Kanunen Yetkili Sağlık Mesleği Mensubu Tarafından Yapılması

Hastaya uygulanacak olan girişimlerin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için, bu uygulamanın kanunen yetkilendirilmiş bir sağlık mesleği mensubunca yapılması gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu m.280/2' de sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin anlaşılacağı ifade edilmektedir.

22 Mayıs 2014 tarihinde yayımlanan Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'in 4.maddesinde sağlık mesleği mensuplarının tabip, diş tabibi, eczacı, hemşire, ebe, optisyen ile 1219 sayılı Kanunun ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını ifade ettiği belirtilmiştir.

1.3.1.2. Hekimlerin Mesleği İcra Yetkisi

1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 1.maddesinde ülkemiz sınırları içerisinde tıp sanatıyla uğraşmak ve hangi sebeple olursa olsun hasta ve yaralılara tıbbi müdahalede bulunabilmek için tıp eğitimi verilen bir fakülteden mezun olmak şart koşulmuş ve tıbbi müdahale yetkisi hekime

verilmiştir. Bu ifadeye göre ülkemizde hasta tedavi edebilmek ve doktorluk yapabilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olmak gerekir. Kanunda hekimlik icrasının ne olduğu tam olarak tanımlanmasa da koruyucu ve rehabilite edici sağlık hizmetleri olarak anlaşılmalıdır.²⁶ Söz konusu kanunun 3. maddesinde ise hekim diploması ve cerrahi alanında uzmanlık ehliyeti olmayanların cerrahi müdahalede bulunamayacağı ifade edilmektedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda 6.4.2011 tarihinde yapılan düzenlemeyle tabip ve diş tabipleri dışındaki sağlık meslek mensuplarının hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamayacağı ve reçete yazamayacağı ifade edilerek, tabip ve diş tabibi dışındaki diğer sağlık mesleği mensuplarının teşhis ve tedaviye yönelik doğrudan tıbbi müdahalede bulunamayacağı ve reçete yazamayacağı açıkça belirtilmektedir.

6023 numaralı Türk Tabipler Birliği Kanunu m.7' ye göre mesleğini serbest olarak icra eden hekimlerin Tabip Odası'na üye olma zorunluluğu bulunmaktadır. 6023 numaralı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 38, 39 ve 40. maddeleri de Oda Haysiyet Divanı tarafından verilecek cezanın Yüksek Haysiyet Divanı tarafından onaylanması neticesinde, kanunlarca kendisine atfedilen görevleri gereği gibi ifa etmeyen hekimlerin, 15 gün ile 6 ay arasında kadar mesleğini icrasını engelleyebilmesini mümkün kılmaktadır. Ayrıca bir bölgede üç defa mesleğini icradan men edilen hekimin aynı bölgede çalışması yasaklanabilecektir. Söz konusu kanunun 49. maddesine göre de geçici olarak mesleğinin icrası yasaklanan hekimler, hiçbir suretle mesleklerini icra edemeyecekleri gibi hastaları muayene ettikleri yerler de kapatılır.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'u 28. maddesi hekimlik mesleğinin sürekli olarak icra edilmesini yasaklayan hükümleri düzenlemektedir. Ayrıca TCK'nın ilgili bölümlerinde doktorluk mesleğini yerine getiremeyecek olanlar ve doktorluk mesleğinden men sebepleri ile diğer işlemleri de düzenlemektedir.

²⁶ Gökhan Yakup, Doğramacı, **Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği Ve Güven İlkesi**, Legal Yayıncılık, Eylül 2016, s.23

1.3.1.3. Diğer Sağlık Mesleği Mensuplarının Mesleği İcra Yetkisi

Genel olarak tıbbi müdahale esasen hekimler tarafından yapılan bir faaliyet olarak ifade edilmekle birlikte; hekim dışı sağlık mesleği mensupları da ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde görev tanımlarına uygun tıbbi müdahalede bulunabilmektedir.

224 Sayılı Kanunun tanımlar bölümünde sağlık personelinin kim olduğuna dair tanım yapılmıştır. Buna göre sağlık personeli; sağlık hizmetleri alanında mesleki eğitim alarak maaş veya ücret mukabilinde istihdam edilen kişileri ifade etmektedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'u m. 3/2' de 21.6.2005 tarihinde yapılan değişiklikle acil müdahalelerle sınırlandırılmak üzere acil tıp teknisyenleri ile ambulans ve acil bakım teknikerlerin'e Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecek sınırlar çerçevesinde tıbbi müdahale yetkisi verilmiştir.

Mezkur kanun maddesinde 2.1.2014 tarihinde yapılan değişiklikle Acil Tıp Teknisyenleri ibaresi madde metninden çıkarılmış, 20.11.2017 tarihinde yapılan bir düzenleme ile yetkili kurumca belirlenmiş eğitim modüllerini tamamlamak şartıyla Kuvvet Komutanlıklarına görev yapan sağlık astsubaylarının da acil hallerde hastaya müdahalesine onay verilmiştir. Söz konusu kanunda 1.1.2017 tarihinde yapılan düzenlemeler ile de Türk Silahlı Kuvvetlerince yetiştirilen sıhhiye sınıfına mensup erbaş ve erlerin birliklerinde görev yaptıkları süre içinde basit tıbbi müdahaleleri yapmaya ve ayrıca Türk Silahlı Kuvvetleri muharip unsurlarından, Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığı operasyonel unsurlarından ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Dairesi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı personelinden görevlendirilen ve ilgili eğitimi başarıyla tamamlayanların, sağlık personeli yokluğunda, sağlık hizmetine ulaşınca kadar, görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere acil tıbbi müdahaleleri yapmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 15 Mart 2007 tarihinde değişen m.28/a' da ambulans ve acil bakım teknikerlerinin, m.28/b' de acil tıp teknisyenlerinin, acil durumlarda, Temel Eğitim Modülü, Çocuklarda İleri Yaşam Desteği Modülü, Erişkin İleri Yaşam Desteği Modülü ve Travma İleri Yaşam

Desteği Modülü eğitimlerini başarılı bir şekilde tamamlamaları şartıyla yapabilecekleri uygulamaları belirtmiştir.

Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik m.31/ğ' ye göre; hekim dışı sağlık personellerinin ilkyardım ve ivedi olarak yapılması gereken tıbbi müdahaleler haricinde, hekim talimatı olmaksızın hiçbir şekilde hastaya müdahale edemeyeceği, etmesi halinde ise doğabilecek sonuçlardan kurum yetkilisi ile birlikte sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir.

22 Mayıs 2014 tarihinde yayımlanan Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik ile 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun ek 13 üncü maddesi hükümlerine dayanılarak sağlık meslek mensuplarının iş ve görev tanımları belirlenmiştir.

1.3.2. Endikasyon (Tıbbi Gereklilik)

Tıp kuralları bakımından herhangi bir hasta veya yaralıya müdahalede bulunabilmenin ilk şartı, o hasta veya yaralıda tedavi gerektirecek bir hastalık veya yaralanmanın olduğuna dair herhangi bir bulgunun var olmasıdır.²⁷

Endikasyon(tıbbi gereklilik), herhangi bir tıbbi müdahalenin, tababet bilimi bakımından gerekli veya zorunlu görülmesidir.²⁸ Bir olayda tıbbi gerekliliğin/endikasyonun var olup olmadığının da tıp bilimi ve mesleğin verileri açısından değerlendirilmesi gerekir. Tıbbi müdahalenin gerekli olup olmadığı tıp verileri ışığında değerlendirilirken, kişinin yaşam hakkı ve sağlığı göz önünde bulundurulur ve tıbbi müdahale ile elde edilmesi beklenen sonucun sağlığı yönünden daha olumsuz olmaması esastır. Belirtmek gerekir ki tıbbi gerekliliğin varlığı araştırılırken, o tarih itibarıyla tıp biliminin ulaşmış olduğu düzey esas alınmalıdır.²⁹

Hasta hakları yönetmeliğinin, tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı başlığı altındaki 12. maddesinde teşhis, tedavi ve koruma amacı dışında, ölüme ya da

²⁷ Gökcan, s.66

²⁸ Gökcan, s.167

²⁹ İzzet, Özgenç, **Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ceza Sorumluluk**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt. II, İstanbul, 2007, s.2186, Aktaran, Gökcan s. 168

hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edecek hiçbir şeyin yapılamayacağı ifade edilerek tıbbi müdahalenin sınırları belirlenmiştir.

Tıbbi müdahaleler için ön koşul olan endikasyonun günümüzde sadece tıbbi gereklilik olması beklenmemektedir. Psikolojik ve sosyal olgular da artık endikasyon olarak kabul görmektedir. Örneğin, estetik ameliyatlarda ve erkek çocukların sünnet edilmesinde tıbbi bir endikasyon çoğu kez bulunmamaktaysa da, sosyal ve psikolojik endikasyonun bulunduğu kabul edilmektedir.³⁰

Tıbbi endikasyon ve sosyal endikasyon hukuken kabul edilmekte, hatta tıbbi ve sosyal endikasyon olmadan müdahaleyi yasaklamakta ve ceza öngörmektedir. Anayasanın 17/2. maddesinde tıbbi zorunluluklar dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, Türk Ceza Kanunun 99/2 maddesinde, tıbben zorunluluk olmadığı halde gebeliğin belirli haftalarından sonra çocuk düşürmeye yardımcı olan kişilere dört yıla kadar hapis cezası verilebileceği ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13. Maddesinde de hekim ve diş hekimlerinin kişinin sağlığının korunması veya hastalığının tedavisi amacı dışında, hastanın isteği veya başkaca sebeplerle, kişiye zarar verecek herhangi bir müdahalede bulunamayacağını ifadeyle, tıbbi veya sosyal endikasyon olmaksızın tıbbi müdahaleyi yasaklamıştır.

1.3.3. Güncel Tıp Verilerine Uygunluk

Tıbbi yardım veya müdahaleyi gerçekleştiren kişi yetkili bir hekim olsa dahi, yapılan girişimlerin tababet kanun ve standartlarına uygun olması gerekmektedir. Tıbbi verilerden kastedilen, belirli bir tıbbi müdahale için tıp biliminde geçerli kabul edilen tanı ve tedavi yöntemleridir.³¹

9.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve Anayasamızın 90. maddesi gereği iç hukukumuzun parçası haline gelen BİYOTIP sözleşmesinin Mesleki Standartlar başlığı altındaki 4. maddesine göre de: kişi üzerinde uygulanacak tüm müdahalelerin, tıbbi yükümlülöklere ve tıp standartlarına riayet edilerek yerine getirilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde; Hasta Hakları Yönetmeliği 11. maddesinde, tıbbi kaidelere ve hukuka aykırı hiçbir müdahale

³⁰ Hakan, Hakeri, **Tıp Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, 2015 Ankara, s.267

³¹ Gökcan. ss. 169-170

yapılamayacağı ifade edilmiş ve tıbbi müdahalenin belirli kurallar ve standartta olması gerektiği vurgulanmıştır.

Tıbbi Standart terimi doktrinde; tıp biliminin güncel, teorik ve bilimsel bilgi düzeyi ile tedaviye yönelik deneyimlere dayalı kanıtlanmış ve benimsenmiş mevcut durumu şeklinde açıklanmaktadır.³² Doktorun hastasını tedavi sırasında, tıp san'atı ve ilminin tespit ettiği kaidelere uygun hareket etme mecburiyetinde olduğu, hem öğretide³³ hem de uygulamada kabul görmektedir.

Girişimin tıp bilimi verilerine/standardına uygunluğunun değerlendirilmesinde, müdahalenin gerçekleştirildiği tarih itibariyle tıp biliminin gelişmişlik düzeyi göz önünde bulundurulur.³⁴

Hekim bir kişide var olan bedensel veya psikolojik rahatsızlığı teşhis ettikten sonra tedavi yöntemini özgürce seçip, hastalığın tedavi edilebilmesi için gerekli iş ve işlemleri yerine getirecektir. Ancak, tedavi yöntemini seçmekteki özgürlüğü, yeterince test edilip, tıp bilimi açısından kabul edilebilen uygulamalarla sınırlıdır. Tıp biliminin sürekli olarak değişim ve gelişim süreci içerisinde olması sebebiyle, tıp sanatı ile meşgul olan hekimlerin, bu gelişmeleri sürekli olarak takip edip, tıp dünyasının kabul ettiği uygulamalara tedavi süreçlerinde yer vermelidirler.³⁵

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13/1' de hekimlerin tıp biliminin gereklerine göre teşhisi koyarak gereken tedaviyi uygulayacağı ifade edilirken, m.13/2' de ise tıp biliminin kurallarına ve prensiplerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaklanmıştır. Buna göre güncel tıp biliminin genel kural ve ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilmeyen müdahaleler tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmeyeceği gibi mutlak kusuru³⁶ oluşturacaktır.

Aynı tüzüğün 11. maddesinin birinci fıkrasında deneme amacıyla insanlar üzerinde tıbbi deneylerin yapılamayacağı ifade edilmiş olup; m.11/2'de ise tedavi amacıyla tıbbi deneylerin hangi koşullarda gerçekleştirileceği belirtilmiştir. İlgili madde hükümlerine göre; hayvanlar üzerinde yeterli bir sürede deneme işlemi

³² Cartensen, B-1736, aktaran Demir, Mehmet, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara 2010, s.50, aktaran, Gökcan, s.171

³³ Bayrak, s.205; Belgesay, s.104; Dönmezer-Erman, C.II, s.59); Tandoğon, s.205, aktaran, Aşçıoğlu, (Doktorların), s.54

³⁴ İzzet Özgenç, **Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ceza Sorumluluk**, C.II, İstanbul, 2007, s. 2186, aktaran Gökcan s.170

³⁵ Mustafa Sütlaş, **Hasta ve Hasta Yakını Hakları**, Çivi Yazıları, İstanbul, 2000, s42-43, 82, aktaran, Çakmut, s.38

³⁶ Aşçıoğlu, s.54

gerçekleştirerek olumlu sonuçlar elde edilen bir tedavi yöntemi, aydınlatma neticesinde verilecek rıza ile bir hastanın rahatsızlığını gidermek veya yeni bir tedavi yönteminin denenmesi amacıyla yapılabilir. Bu müdahalelerde esasen sübjektif olarak tedavi amacı ön planda olmakla beraber, objektif olarak henüz kesinleşmemiş bir yöntem uygulandığından deney karakterinin ağırlıklı olduğu söylenebilir.³⁷ İnsan üzerinde deney ile ilgili koşullar ise TCK m. 90 ile hüküm altına alınmıştır.

Deontoloji Tüzüğü ilgili maddelerinde tıp bilimi gereklerine uygun olarak teşhis koyması gerektiği ve bu teşhise uygun düşen tedaviyi başlatması gerektiği ifade edilir. Tıp kurallarına aykırı teşhis ve tıbbi müdahalelerin yasak olduğu, hekim ve diş hekimlerinin kişinin sağlığının korunması veya hastalığının tedavisi amacı dışında, hastanın isteği veya başkaca sebeplerle, kişiye zarar verecek herhangi bir müdahalede bulunamayacağı ifade edilmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin konuyla ilgili 29.6.1977 tarihli kararında; herhangi bir sanat ile uğraşanların, o sanatla ilgili kati surette bilinmesi gereken kuralların bilinmemesi ve zararın meydana gelmesine engel olmak amacıyla gerekli tedbirleri almaması sonucu zarara sebebiyet olanların sorumlu tutulacağı; ancak, o sanatla ilgili henüz kesinleşmemiş, sanat camiasınca yaygın olarak kullanılmaya başlanmamış kurallara uyumamasının sorumluluğu doğurmayacağı vurgulanmıştır.³⁸

Klasik tıbbi yöntemlerin hastaya fayda sağlamayacağının tıbben saptandığı hallerde tedavi amacıyla henüz gelişmekte olan deneysel tıp uygulamalarına başvurulması olanaklıdır. Bu husus Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 11/2. maddesinde düzenlenmiş ve bazı koşullara bağlı tutulmuştur.³⁹

³⁷ Hakeri, (Tıp), s.431

³⁸ Y.4.HD. 29.6.1977-2876/5612

³⁹ Gökcan, ss. 170.

1.3.4. Aydınlatılmış Onam

“Aydınlatılmış onamın tıp literatüründeki karşılığı, hastanın tıbbi girişim hakkında bilgilendirilmesi ve hastanın bilgilendirmeden sonra tıbbi girişimin yapılmasına karar ve onay vermesi şeklinde tanımlamak mümkündür”.⁴⁰

Aydınlatılmış onam, insan onurunu ve bütünlüğünü korumayı hedefleyen, Anglo-Amerikan Hukuk Biliminin iki temel ilkesinden kaynaklanır. Bu ilkelerden ilki: *bir kişi, kendisine güvenen ve inanan bir kişinin iyi niyetine sadık kalarak, onun yararına davranmalıdır*. İkinci ilke ise, *bireyin kendi hakkında karar verme hakkıdır*.⁴¹

Hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün temelini, tedavinin riskleri hakkında bilgilendirilmesi oluşturmaktadır. Hasta, kendisine uygulanacak tedavi yöntemi ya da müdahalenin tüm tipik ve olası tehlikeleri hakkında aydınlatılmalıdır.⁴² Kişinin, hastalığı sebebiyle uygulanacak olan tüm girişimlere onay verebilmesi için, bu tıbbi müdahaleye neden ihtiyaç duyulduğuna, tıbbi müdahalenin uygulanması ya da uygulanmaması halinde neler olacağı ve bu durumların sağlığını nasıl etkileyeceği konusunda yeteri kadar bilgilendirilmelidir.⁴³ Hastanın, hastalığı ve tedavi süreci hakkında yeter bilgiye sahip olmadan müdahaleye onay vermesi beklenemez.⁴⁴

Aydınlatılmış onamda, hastalığı yenecek etkenler ve bu etkenlerin kullanılma yöntemlerinden ve uygulanacak olan tedavinin tüm komplikasyonlar ve görülme sıklıklarından bahsedilmelidir. Sağlık personelinin, bu kriterleri yerine getirmediği takdirde tam bilgilendirme yapmaması sebebiyle tazmin sorumluluğu doğabilecektir.⁴⁵

⁴⁰ Hızal ve diğerleri, (ONAM), S.3, Aktaran, Serkan, Çınarlı, / Aykut Cemil, Aykın, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.276

⁴¹ Güzeltemir, s.7., aktaran, Serkan, Çınarlı, / Aykut Cemil, Aykın, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.276

⁴² Çakmut, s.230

⁴³ Gökcan, s.184

⁴⁴ Köksal, Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, 1972, s.124, aktaran, Mine Kaya, **Tıp Hukuku Dergisi**, Legal Yayıncılık, Nisan 2012, s.136

⁴⁵ Nuri Erdoğan, Mithat Kara, Abdullah Hızal,Sevinç Arslan Hızal “ **Aydınlatılmış Onam: Uygulama Ve Tıp Hukuku Açısından Sorunlar**”, Erciyes Tıp Dergisi , Cilt:33, Sayı: 2, 2011,s.167.,aktaran Çınarlı, s.305

Hastanın, vücut bütünlüğüne yönelik yapılacak işlemlerin neler olduğu, tam olarak neye rıza gösterdiği konusunda aydınlatılmış onam konusu gündeme gelmektedir. Temel hasta hakları açısından hastanın kendisine yapılacak müdahalelerle ilgili olarak bilgilendirilmesi ve bu doğrultuda rızasının alınması kaçınılmazdır. Türk Tabipler Birliği'nin 10-11 Ekim 1998 tarihli Büyük Kongresi'nde kabul ettiği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının Aydınlatılmış Onam başlığı altında düzenlediği 26.maddesinde; hekimin hastasını hastalığının tanısı, tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin başarı şansları, önerilen ilaçların kullanma şekilleri ve olası yan etkileri, hastalığın seyri, tedaviyi reddetmesi durumunda ortaya çıkabilecek riskler konusunda hastanın sosyal, ruhsal ve kültürel durumuna uygun olarak anlayabileceği bir ifade ile aydınlatması gerektiği, hasta dışında bilgilendirilmesi gereken kişilerin hasta tarafından belirleneceği, yapılacak her türlü tıbbi müdahalenin hastanın aydınlatılmış onamı ile yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca söz konusu maddeye göre acil durumlarda veya hastanın reşit olmadığı durumlarda yasal temsilcisinin izninin alınacağı ifade edilmekle birlikte yasal temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşündüğü durumda hekim aydınlatılmış onam alınmasa da gerekli müdahaleyi yapabilecektir.

Aydınlatılmış onamı, yasal dayanaklar ve mahkeme kararları ile örneklendirmenin konunun açığa kavuşturulması ve pekiştirilmesi hususunda faydalı olacağı kanısındayız.

8 Mayıs 2014 tarihli resmi Gazetede yayımlan Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 2. maddesi ile eklenen “ğ” bendi ile bilgilendirme; hastaya yapılacak olan her türlü tıbbi girişime başlanmadan önce, girişimi bizzat gerçekleştirecek olan sağlık personeline hastaya, girişimle ilgili yeteri kadar bilgilendirme yapılması olarak tanımlanmış ve 3. maddesi ile değiştirilen Hasta Hakları Yönetmeliği 15. maddesinde hastaya yapılacak olan bilgilendirmenin kapsamı belirlenmiştir. Buna göre hastaya; hastalığının sebepleri ve seyri, planlanan tıbbi müdahalenin kim tarafından, nerede ve nasıl yapılacağı, tahmini süresi ve ortaya çıkabilecek komplikasyonları, diğer tedavi seçeneklerinin faydaları ve riskleri ve hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar hakkında bilgi verilir. Yine aynı yönetmelikte değiştirilen 18. madde ile de bilginin, mümkün

olduğunca basit ve hastaya hastalığı hakkında şüphede bırakmayacak şekilde kişinin algılama düzeyine uygun olarak verilmesi şeklinde ifade edilmiştir.

Hastanın yüzünde kalıcı hasar meydana gelen bir davada⁴⁶, yapılan işlemin tıp sanatının güncel kurallarına ve estetik cerrahisi uygulamalarına aykırı olmadığı, sonucun tıbbi uygulama hatası değil komplikasyon olduğu belirlense de; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararında özetle, hekimin bu estetik operasyona başlamadan önce hastayı bu cerrahi operasyonun olası komplikasyonları ile ilgili yeterli ölçüde bilgilendirip bilgilendirmediği, operasyon esnasında veya sonrasında meydana gelebilecek riskli durumlardan söz edip etmediği, kısacası hastadan aydınlatılmış onam alıp almadığı hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmadığı için verilecek olan kararın eksik hem de yasalara aykırı olacağından bahisle kararın bozulması gerektiği belirtilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 31.madesi hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilmesi ile rıza konusunda aydınlatmanın önemini vurgulamaktadır. Aynı yönetmeliğin 19. maddesinde ise aydınlatma yükümlülüğü sınırlandırılarak, hastalığın seyrini olumsuz etkileyeceği durumlarda aydınlatmanın yapıp yapılmaması hekimin takdirine bırakılmıştır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14'te teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun insan üzerinde deney ile ilgili 90. maddesi⁴⁷nde aydınlatma yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14/2' ye göre hastalığın seyrini olumsuz yönde etkilemeyeceği durumlarda aydınlatmanın yapılması gerektiği belirtilmektedir.

1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan Lizbon Bildirgesi'nin 3.maddesinde hastanın bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahip olduğu ifade edilerek aydınlatılmış onam tedavi ve rızanın ön koşulu kabul edilmektedir.

⁴⁶ YARGITAY 13. Hukuk Dairesi 2008/4519 E.N, 2008/10750 K.N. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2erbsGgzlPnAB8xARUbEUtSjXP4RM1EiOYaiVKVZS4dCfmVRzXgIBOR395pDe%2FBFJe4lLvxs2mrCAvQv34eQJNOQ%3D%3D&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI> Erişim tarihi 06.01.2019)

⁴⁷ TCK m.90/g, Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,

TCK'nın insan üzerinde bilimsel bir deneme yapılmasını düzenleyen 90/2-g maddesine göre deneyin nitelikleri ve sonuçları hakkında yeterince bilgilendirme yapılması ve bunun sonucunda açıklanan rızanın yazılı olmasının gerektiği ifade edilerek yapılması planlanan tıbbi müdahalenin içeriği ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirilmenin yapılmasının önemine işaret edilmektedir.

Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun m.7'de; hekimlerin vericiyi söz konusu durumun riskleri ve alıcıya sağlayacağı yararlar konusunda kapsamlı olarak aydınlatmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Yargıtay 13.Dairesi 2014 tarihli bir kararında⁴⁸; Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesine atıfta bulunarak rızanın kapsamını belirtmiş, ameliyat için sadece rızanın yeterli olmadığını, aydınlatılmış rızanın olması gerektiğini vurgulayarak Tük Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesine atıf yapmış ve aydınlatmanın nasıl olması gerektiğini detaylıca izah etmiştir. Söz konusu davada davalıların davacıyı operasyon konusunda aydınlattığına dair bir bilgi ve belge bulunmadığı için mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle hüküm kurmuş olması nedeniyle kararı bozarak aydınlatmanın zorunluluğunu açıkça belirtmiştir.

Hastanın rızasının alınması olanağının bulunmadığı (1219 s. Kn. m.70), bilinci yerinde olmayan hastaya sağlığı için acil müdahale gereken hallerde hekimin bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁴⁹ Çünkü ivedilikle tıbbi müdahalede bulunulmadığı durumda hastanın yaşamı tehlikeye girecek veya kalıcı bir organ hasarı meydana gelecektir.

1.3.5. Rıza

“İlgilinin (=mağdurun) rızası, kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı üzerinde, diğer kişilere tasarrufta bulunma olanağı vermesidir”.⁵⁰ Hasta hakları yönetmeliğinin 4. maddesine göre rıza, kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini ifade etmektedir. Konumuz itibarıyla rıza, tıbbi

⁴⁸Yargıtay 13, Hukuk Dairesi, E.2013/26330, K.2014/27050, T.15.9.2014

⁴⁹ Gökcan, s.207

⁵⁰ İsmail, Ercan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, XII Levha yayınları, İstanbul, 2014, s.100

müdahaleyi hukuka uygun hale getiren önemli kıstaslardan biri, hatta müdahalenin ön koşuludur diyebiliriz.

Başta, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 5. maddesinde değinildiği gibi, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde onay verdikten etmesinden sonra yapılabileceği; 6. maddesine göre, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetiştine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabileceği; aynı kanunun 9. maddesi ile müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınması gerektiği; Anayasamızın 17. Maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği 5. Maddesinin “d” bendine göre, Tıbbi zorunluluklar ve kanunda sayılan haller saklı kalmak koşuluyla, rızası olmadan kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, Medeni Kanunumuz 24. maddesinde sayılan haller dışında, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Tarzı Sanatların İcrasına Dair Kanunun 70. maddesinde de her türlü müdahale için rızanın alınması gerektiği, aksi takdirde hekimin cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Yine, Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesinde; tıbbi müdahaleler için kişinin rızası gerektiği, hastanın; kısıtlı, küçük olması durumunda yasal temsilcisinden izin alınacağı, yasal temsilcisinin bulunamadığı durumlarda, bu şartın aranmayacağı ve artık müdahale edilmesinin mahkeme kararına bağlı olduğu ancak; bu yolla gecikme yaşanacak ve hasta zarar göreceyse izin şartı aranmayarak hemen müdahale edilebileceği vurgulanmıştır.

Yargıya yansıyan bir kararda da Danıştay 10. Dairesi rızanın önemi üstünde durarak; hastaya yapılacak müdahalede hastanın rızasının alınması gerektiğini belirterek, hastanın ikazına rağmen dış çekimi yapılmasının hasta haklarına aykırı olduğunu ve hizmet kusuru oluşturduğuna karar vermiştir.⁵¹

⁵¹ Danıştay 10. Daire 2007/6322 E.N. 2010/5981 K.N. (https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=77&t=2963) Erişim Tarihi: 06.01.2019

1.3.5.1. Rızanın Yasal Dayanakları

1219 Sayılı Tababat Ve Şuabat San'atlarının Tarz ve İcrasına Dair Kanun m.70' göre tabiplerin, dış tabiplerinin ve dişçilerin yapacakları her çeşit uygulama için hastanın, hasta küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin öncelikle onayını almasının gerekliliği tıbbi müdahale için rızanın yasal zorunluluk olduğunu ifade etmektedir.

Anayasanın 17/2. maddesinde yer alan tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı ifadesi de rızanın bir başka yasal dayanağını oluşturmaktadır.

Türk Ceza Kanunu m. 26/2' de kişinin rızası çerçevesinde, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin işlenen fiil nedeniyle kimsenin cezalandırılmayacağı belirtilerek kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hakkına ilişkin rızası, hukuka uygunluk sebebi sayılmaktadır. Yine Türk Ceza Kanunun 90/2 ile 91/1. maddelerinde insan üzerinde bilimsel deney yapılması ve organ ve doku nakli, çocuk düşürtme ve kısırlaştırma işlemlerini düzenleyen 99. ve 101. maddelerin de de rızanın yasal bir zorunluluk olduğu belirtilmektedir.

Türk Medeni Kanunu 24/2. maddesinde kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızasının, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olacağı ifade edilerek rızanın zorunluluğu vurgulanmaktadır. Mezkur kanunun 23/3. maddesinde de insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasının, aşılmasının ve naklinin yazılı rıza üzerine mümkün olduğu belirtilerek rızanın zorunlu olduğu açıkça ifade edilmektedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında kişilerin vücutları üzerinde sadece kendilerinin tasarrufta bulunabileceğini, tıbbi müdahalelerde de bu durumun geçerli olduğunu ve dolayısıyla yapılacak olan tıbbi müdahalelerde karar verme yetkisinin hekimde değil, kişinin kendisinde olduğu görüşünü savunmaktadır. Demek oluyor ki tıbbi müdahale için ana kural, hastanın rızasının alınmasıdır.⁵²

⁵² 4.H.D. 7.3.1977, E.1976/6297, K. 1977/2541.,aktaran, Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, 1.Baskı, s.62

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun 6. maddesi on sekiz yaşını doldurmuş ve doğruyu yanlış ayırt edebilen bir kişinin organ verebilmesi için, en az iki tanığın şahitliğinde hür iradesiyle imzalı ve yazılı veya sözlü olarak beyan ederek imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanmasını zorunlu kılmaktadır.

2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 4/2’ de sterilizasyon ameliyatının tıbbi sakınca olmadığı durumda reşit kişinin isteği üzerine yapılacağı ve m.6’ da beşinci maddede belirtilen müdahalenin gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit ve mümeyyiz olmayan kişilerde kişinin ve velisinin izni ile sulh hakiminin izin vermesine bağlı olduğu belirtilerek rızanın zorunluluğuna işaret edilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği 5/d maddesin de ise tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamayacağı ifade edilmektedir.

Acil hallerde rızanın aranmamasının hukuki dayanakları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre hayatı tehlikede olan kişinin kurtarılması, zaruret hali nedeniyle hukuka uygun sayılmalıdır.⁵³ Konuyla ilgili diğer görüş, tedavi maksadıyla yapılacak tıbbi girişimde manevi öge (kast veya taksir) bulunmadığından eylem suç kabul edilemez.⁵⁴ Diğer görüşe göre, hasta yaşama ve vücut bütünlüğü haklarını önemli ölçüde zedeleyecek tasarrufta bulunamayacağından, hekimin mesleki görevi gereği bu değerleri tehlikede bulunan kişiye yönelik tıbbi girişimi hakkın icrası nedeniyle hukuka uygundur.⁵⁵ Her üç görüşe göre de, acil hallerde tıbbi müdahale için rıza bir ön koşul olmaktan çıkmaktadır. Bu durumda önemli olan husus, ivedilikle müdahale edilmediği takdirde hastanın sağlık durumunun daha da kötüye gidecek ve hatta ölümle sonuçlanabilecek olmasıdır.

Anayasa m.17/2’de yer alan “tıbbi zorunluluk” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tıbbi zorunluluk ifadesi tıbbi endikasyonu

⁵³ Erem, TCK Şerhi, 1993, C.II, s.43; Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.195, aktaran, Gökcan, s.53

⁵⁴ Ehlert, s.15; Hofacker, s.9; Hirsch, s.355, nakleden Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rıza... s.116, aktaran, Gökcan, s.53

⁵⁵ Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, 1972, s.131 vd; Dönmezer/Erman, 11. Bası, C.II, s.51, aktaran, Gökcan, s.53

karşılar. Anayasa tıbbi endikasyon şartına işaret etmekle birlikte, rızadan yalnızca bilimsel ve tıbbi deneylerle ilgili olarak bahseder.⁵⁶

Diğer bir görüşe ise, tıbbi zorunluluk teriminden, rızanın alınamadığı acil durumlar örneğin, ağır bir trafik kazası sonrasında hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarla, bir ameliyat sırasında ortaya çıkan ve ameliyat öncesinde açıklanan rızanın kapsamında bulunmayan haller anlaşılmalıdır. Bu gibi durumlardaysa varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni aranmalıdır. Ancak varsayılan rızanın ikincilliği gereği, tedavinin açıkça reddi karşısında varsayılan rızaya dayanılamaz. Dolayısıyla, kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluklar nedeniyle yapılacak müdahale, rızanın esirgenmesi durumuna değil, rızanın bulunmaması durumuna ilişkindir ve tedaviyi ret hakkını ilgilendirmeyen bir noktada yer alır.⁵⁷

Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/1 rızanın alınamadığı durumlar ile ilgili olarak düzenlenmiştir. Buna göre, hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu acil durumlarda rıza, hastaya tıbbi müdahalede bulunmanın ön koşulu değildir.

1.3.5.2. Rızanın Konusu

Hastanın üzerinde uygulanacak olan tıbbi müdahaleye onay vermesi ve bu müdahale ile ilgili rızasının geçerli kabul edilebilmesi için, hastanın onay verdiği konunun kanuna ve ahlaka uygun olması gerekmektedir.⁵⁸ Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin sözleşme niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulacak olursa, kanunlara, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olmayan her türlü sözleşmenin geçersiz olduğu ve kanunların açıkça suç kabul ettiği fiiller ile amacı kişinin sağlığını olumlu yönde etkilemeyeceği halde vücut bütünlüğünü ihlal eden her türlü müdahale için verilen rızanın kati surette geçersiz olduğu unutulmamalıdır.⁵⁹

Türk Ceza Kanunu m.26/2' ye göre; açıklanan rıza çerçevesinde, işlenen fiilden dolayı cezai bir yaptırımın söz konusu olmaması için fiil, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka yönelik olmalıdır. Türk Medeni Kanununun 23. maddesinde ise kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden veya

⁵⁶ Hakeri, Tıp Hukuku, s.218, aktaran Şahin, s.324

⁵⁷ Barış R. Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003, aktaran, Şahin, s.324

⁵⁸ Gökcan, s.182

⁵⁹ Aşçıoğlu, (Doktorların), s.42

özgürlüklerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı ifade edilerek hukuka ya da ahlaka aykırı rızanın geçersiz olduğu açıkça belirtilmektedir.

1.3.5.3. Rızanın Kapsamı

Tıbbi girişimin hukuka uygunluğu, alınan rızanın kapsamına uygun hareket edilmesiyle sınırlıdır.⁶⁰ Tıbbi zorunluluk bulunmadıkça, doktorun hastası üzerindeki çalışması, bu rızanın kapsamını aşmamalıdır.⁶¹

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. Maddesi ile; rızanın kapsamı belirlenmiş ve; hastanın, tedavi ile ilgili olarak verdiği rızanın, tedavi safhalarında yer alan tedaviye bağlı işlemleri de kapsadığı; uygulanacak olan tedavinin, hastanın verdiği onayın sınırları içerisinde kalmasını; ve tedavi sırasında uygulanan müdahalenin hastanın verdiği rıza sınırlarının aşılması halinde hayatının tehlikeye gireceği, herhangi bir uzvunun kaybı veya işlevsiz hale gelmesine sebep olacak zaruri hallerde -eğer hasta rıza gösterecek durumda değilse- uygulanan müdahalenin genişletilebileceği ifade edilerek, tıbbi müdahalede bulunan hekimin hangi hallerde nasıl davranması gerektiği konusunda yol gösterilmiştir. Dolayısıyla tıbbi zorunluluk arz eden ve hastanın rıza gösterecek durumda olmadığı acil haller dışında rıza kavramı hastanın onayladığı sınırları aşmamalıdır.

1.3.5.4. Varsayılan Rıza

Varsayılan rıza, rıza açıklama ehliyetine haiz hastanın, kendisine yapılacak olan tıbbi müdahaleye onay vereceği anda, bilincinin yerinde olmaması veya başka herhangi bir nedenle rıza açıklamasında bulunabilecek durumda olmamasına rağmen, somut olayın özelliğine göre şayet hasta karar verebilecek durumda olsaydı yapılacak olan müdahalelere onay vereceğinin kabul edilmesi ve bu yönde hareket edilmesidir.⁶²

⁶⁰ Gökcan, s.237

⁶¹ Aşçıoğlu, (Doktorların), s.43

⁶² JESCHECK/WEIGEND, Starfrecht AT, VII, ss.875-876, Aktaran Ekinci Şahin, s223

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin bilincinin yerinde olmadığı durumlarda rızanın aranmayacağı ifade edilmektedir. Bu durumda önemli olan husus, ivedilikle müdahale edilmediği takdirde hastanın sağlık durumunun daha da kötüye gidecek ve hatta ölümle sonuçlanabilecek olmasıdır.

Biyotıp Sözleşmesinin 9. maddesi bilinci yerinde olmayan hastanın tıbbi müdahale konusunda daha önceden açıkladığı görüşlerin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.

Hastanın kabul etmediği bir tedaviyi, en uygun metod olduğu görüşüyle uygulayan hekim, vekaletsiz işgören durumundadır. Bu halde hasta icazet vermemişse hekim hukuken sorumlu olur. Yine, hastanın rızasının hukuka ve ahlaka aykırı olması durumunda, vekaletsiz işgören durumunda olan hekim, müdahalenin sonuçlarından sorumlu olur.⁶³

İslam hukukunda hekimlerin; bilgi ve ehliyetle tıbbi girişimde bulunmaları⁶⁴, tedavinin tıbbın gerektirdiği ölçüde yapılması ve hastanın rızasının bulunması halinde, tedavide başarısız olmaları halinde sorumlu tutulamayacakları kabul edilmekteydi. Ancak, tedavide ölçsüz, özensiz davranışlar nedeniyle hastanın zarar görmesi halinde fiilin '(taksirle) hataen' gerçekleştiği kabul edilmiştir. Bu durumda hataen gerçekleşen ölüm ve yaralama nedeniyle cezai sorumluluk ve tazminat sorumluluğu söz konusudur.⁶⁵

⁶³ Ekşi, İslam Hukuku Açısından Akdi Bir İlişkinin Bulunmadığı Durumlarda Hekim İle Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, s. 35. Gökcan. ss. 173

⁶⁴ Hekimler bir hekimin yanında usta-çırak ilişkisiyle yetiştirilir, bilgi ve tecrübesi olmayan hekimlik yapamazdı. 1.Selim Kanunnamesinde bu husus düzenlenmiştir; ve tabipler dahi gözlene. Bimarhane tabiblerine göstereler, imtihan ideler. Kabul itmedüklerin men'ideler. Ve cerrahlar sanayilerinde kamil olmadan kimesneye el urmayalar.' Bu hükme göre, hekimler mesleki sınavdan geçirilmek kaydıyla mesleği icra edebilmektedirler. Meslek yeterliliği bulunmayan kişiler hastalara el atamazlar.;Yücel, Yaşar/Pulaha, Selami, 1. Selim Kanunnameleri(1512-1520), Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1995, s.201, nakleden Acıduman, agm. s.45. Gökcan. ss.173

⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz; Özen, Şükrü, İslam Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Sorumluluk, 38. Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi, 1-6 Eylül 2002 Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2005, C.II, s. 739-740. Gökcan. ss. 173

1.3.5.5. Rızanın Şartları

Hastanın vereceği rızanın, normal şartlarda herhangi bir baskı ya da yanıltıcı durum altında verilmiş bir rıza olmaması ve onun hür iradesini ortaya koyması gerekmektedir. Bu sebeple, kişinin iradesini etkileyecek her türlü husus, irade açıklamasının sakatlanmasına ve dolayısıyla geçersiz olmasına neden olur. Örneğin, ameliyata götürülmekte olan hastanın, sakinleştirici iğnenin altında verdiği rıza geçersizdir.⁶⁶ Tıbbi müdahalenin ön koşulu olarak kabul edilen rızanın geçerli olabilmesi bazı şartların varlığına bağlıdır:

1.3.5.5.1. Kişinin Rıza Ehliyetinin Olması

Fiil ehliyeti olarak adlandırılan kavram, bireylerin kişilik haklarını kullanmasını sağlayan ve aynı zamanda sorumluluklar üstlenmesini gerektiren temel yurttaşlık hak ve ödevlerini kapsar. Fiil ehliyeti, kişilerin devlet düzeni ve diğer kişilerle olan ilişkilerindeki sınırları, hakları, yetkileri ve sorumluluklarını tanımlar.⁶⁷

Türk Medeni Kanunu, ayırt etme gücü bulunan ve kısıtlı olmayan her erginin fiil ehliyeti olduğu'nu ifade etmiş ve ayırt etme gücünün koşullarını belirtmiştir.

Medeni Kanunumuzun 13. maddesinde, yaşının küçük olması veya çeşitli sebeplerle davranışlarını akla uygun şekilde gerçekleştirme yeteneğinden mahrum olmayan herkesin fiil ehliyetinin olduğu kabul edilmiştir.

Öncelikle kanunun rıza ehliyetine ilişkin özel bir düzenleme yaptığı hallerde, rıza ehliyetinin belirlenmesine ilişkin bir sorun bulunmadığını belirtmek gerekir. Kanunun hukuksal değer sahibinin yaşını özel olarak düzenlemişse, bu yaştan küçük olanların rıza ehliyetlerinin olmadığı, başka bir hususa bakılmaksızın kabul edilmektedir.⁶⁸ Ancak; rıza açıklamaya ehliyetin varlığı için temel şart 18 yaşın doldurulması değil “ayırt etme gücü”dür, medeni kanunumuzda da ayırt etme gücü, akla uygun biçimde davranma yeteneği olarak açıklanmıştır (MK m.13). Kanuna göre küçüklük ayırt etme gücünün bulunmadığını gösteren bir neden (MK m.13/1)

⁶⁶Hakeri Hakan, **Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları**, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt 3, Sayı 6, İstanbul 2014 s 39

⁶⁷ Hüseyin, Soysal, **Adli Psikiyatri**, Özgür Yayınları, İstanbul 2012. Aktaran, KIRBAŞ, Dursun (ed.) Adli Nöropsikiyatri, Nobel Yayınları, İstanbul 2016, s37

⁶⁸ Ekici Şahin, ss.132-133

olduğu gibi, küçüklerden bir kısmının ayırt etme yeteneğinin varlığı da kabul edilmektedir. Medeni Kanunun 16. maddesi uyarınca; *“ayırt etme yeteneğine sahip küçükler ve kısıtlılar, kanuni temsilcilerinin onayı/rızası olmadıkça, kendi iradeleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.”* Şu halde kanun, kişinin 18 yaşını doldurmadan önce ayırt etme yeteneğine sahip olduğunu kabul etmektedir.⁶⁹

Nitekim, Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24’te, yasal temsilcilerin rızasının yeterli olduğu durumlarda dahi, ayırt etme yeteneği olmayan kişiler dinlenerek yapılacak olan tıbbi müdahaleyi onların anlayabileceği şekilde anlatıp, karar verme sürecine onları da dahil edilmesi sağlanmalıdır denilerek, tıbbi müdahalelerde, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan vücut bütünlüğü ilgilendiren konularda, küçük ve kısıtlının da karar alma sürecine katılımının sağlanması vurgulanmıştır.

DİNÇMEN; herhangi bir akıl hastalığı olmayan, çevresinde olup bitenleri algılayabilen ve anlatabilen, kendisine yapılacak olan tıbbi müdahale ve girişimlerinin neden yapıldığını bilen ve herhangi bir madde bağımlılığı olmayan kişilerin ayırt etme gücüne sahip olduğu kararının verilebileceği⁷⁰ sözleriyle hukuki ehliyeti, yaş küçüklüğüne bağlı kalmadan tanımlamıştır.

1.3.5.5.2. Üzerinde Tasarruf Edilebilecek Bir Hakkın Varlığı

Rızanın hem tipikliğin gerçekleşmesine engel olduğu, hem de hukuka uygunluk nedeni olma fonksiyonunu yerine getirdiği hallerde, rıza mutlak surette kişinin tasarruf edebileceği bir hukuksal değere ilişkin olmalıdır. Rızanın hukuki temelini oluşturan kendi geleceğini belirleme hakkının ihlaline izin veren tasarrufları da kapsayıp kapsamadığı, kişinin yaşamına son verilmesini bir başkasından talep etmesinin kendi geleceğini belirleme hakkı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, son zamanlarda özellikle ötenazi bağlamında tartışılmaktadır.⁷¹

⁶⁹ Gökcen, S.176-177

⁷⁰ Kriton, Dinçmen, **Adli Psikiyatri**, Birlik Yayınları, İstanbul 1984, s.39

⁷¹ Ekici Şahin, ss, 120-121

Hastanın acil tıbbi müdahaleyi ret hakkı kapsamında, kişinin vücut tamlığı ve yaşama hakkı üstündeki tasarruf yetkisinin sınırları konusuna ilerde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı başlığı altında değinilecektir.

1.3.5.5.3. Rızanın Şekli

Kural olarak hastanın rızasının tıbbi tedaviden önce alınması gerekir. Tıbbi müdahaleden sonra hastanın bunu kabul etmesi fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.⁷²

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 28. Maddesinde “*Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.*” ifadesi ile, ilgili mevzuatta yazılı rızanın açıkça istenmediği durumlarda sözlü rızanın yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Fakat, 1219 sayılı Kanunun 70/1 maddesinde cerrahi operasyonlar için rıza açıklamasının yazılı olması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca bazı özel tıbbi girişimlerde de yazılılık şartı bulunmakta olup, mevzuatlarında yer almaktadır⁷³ 8 Mayıs 2014 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 7. Maddesi ile değiştirilen 26. maddesinde de hukuken belirlenmiş durumlar ve ihtilafa sebep olacak tıbbi girişimler için sağlık hizmeti veren kuruluşlarca, mevzuatça belirlenmiş tüm bilgileri içeren onam formu hazırlanacağı, ve bu onam formunda yer alan bilgilerin, sözel olarak ta hastaya anlatılması ve kendisine veya yasal temsilcisine imzalatılması öngörülmüştür. Sözel olarak hastaya da anlatılan onam formu iki nüsha olarak düzenlenir demek suretiyle yazılı şekil şartına bağlanmıştır.

Rıza, hastanın kendisine uygulanacak olan tıbbi girişimi hür iradesiyle ve hastalığı ve girişim hakkında aydınlatılmış şekilde rıza göstermesini⁷⁴ ifade eder. Hasta ile doktor arasındaki sözleşme ilişkisi olduğuna göre hastanın rızası olmadan sözleşmenin kurulması olanağı yoktur.⁷⁵

⁷² Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu**, 1972, aktaran, Aşçıoğlu, (Doktorların), s.45

⁷³ GÖKCAN, s183

⁷⁴ 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı RG. Hasta Hakları Yönetmeliği m.4/h

⁷⁵ Aşçıoğlu, s.25

Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği m.4/h'ye göre de rıza; hastanın kendisine uygulanacak olan tıbbi girişimi özgürce ve müdahale hakkında aydınlatılmış şekilde rıza vermesi şeklinde tanımlanmıştır.

Ceza hukuku anlamında ise rıza göstermek; yasal bir hak üstünde dilediği gibi kullanma hakkına sahip olan bir kişinin, bu hakkından yasal anlamda kabul edilebilir bir şekilde vazgeçmesi⁷⁶ olarak ifade edilmektedir. “Ceza hukuku açısından önem arz eden bir irade beyanı şeklinde beliren ve kendisine bir takım neticeler bağlanan, hukuki işlem niteliğindeki rızanın en önemli etkisi, hukuka aykırılık üzerinde oynadığı roldür”.⁷⁷

1219 Sayılı Tababat Ve Şuabat San’atlarının Tarz ve İcrasına Dair Kanunun 70. maddesine göre tıbbi müdahale için hastanın, veli veya vasisinin rızasının alınması yasal bir zorunluluk olup, çağdaş hukuk düzeninde, tıbbi girişimlerde kişinin rızasının var olması, hekim müdahalesinin hukuka uygunluğunun en öncelikli unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁸

1.3.5.6. Rızanın Aranmadığı Haller

Konumuzun bu bölümüne kadar detaylı olarak anlatıldığı üzere, tıbbi müdahalede bulunabilmenin ön koşulu hastanın, uygulanacak olan tüm tedaviler hakkında gerekli ölçüde bilgilendirildikten sonra, yapılacak olan tıbbi müdahalelere rıza göstermesi, onay vermesi gerekliliğidir. Aksi takdirde, hasta üzerinde uygulanacak her türlü tıbbi müdahale hukuka aykırılık oluşturacak ve tıbbi müdahaleyi uygulayanların sorumluluğu gündeme gelecektir.

Ancak; kişinin rızasının şart olmadığı, hatta tıbbi müdahale ve uygulamayı reddetmesi halinde dahi, tıbbi müdahalenin uygulanmasının hukuka aykırılık oluşturmayacağı durumlar söz konusudur. Hukukumuzdaki bu hallere değinecek olursak;

⁷⁶ Zipf, Heinz, Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin 1884, s.26, aktaran, Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, On İkinci Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2012, s.5

⁷⁷ Dönmezer/ Erman, C.II s.68, aktaran Çakmut, s194

⁷⁸ Bkz; Bayraktar, s79-80., aktaran, Aşçıoğlu, (Doktorların), s.38

a. Kamu Sağlığının Korunmasına İlişkin Hükümler

Kamu sağlığını korumaya yönelik zorunlu tıbbi müdahaleleri öngören hükümlerin çoğu, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda düzenlenmiş bulunmaktadır.⁷⁹ “*Memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele*” başlığı altında yer alan madde 57’de, hangi hastalıkların zorunlu tıbbi müdahaleye tabi tutulabileceği belirtilmiştir.

1593 sayılı Kanunun 65-67. maddelerine; salgın hastalıklarla mücadele amacıyla yetkili hekimin hastaları muayene edebileceği, 72. maddesinde de mücadele tedbirleri kapsamında hastaların tecrit veya müşahede altına alınması, yolcuların muayenesi, aşı tatbiki gibi uygulamaların yapılabileceği belirtilmektedir. Aynı kanunun 88. maddesinde, çiçek hastalığıyla mücadele edilmesi amacıyla herkesin mükerreren çiçek aşısı olması zorunlu görülmüş ve 90. maddesinde de 30 yaşına kadar her şahsın 5 senede bir aşıyı tekrar ettirmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.⁸⁰

b. Acil ve Zorunlu Tıbbi Müdahaleler

Acil hallerde hekimin tıbbi yardım yükümlülüğü öncelikle tıp mesleğini icra yetkisini düzenleyen 1219 sayılı Kanunun 70. maddesinden kaynaklanmaktadır. Anılan hüküm uyarınca tıbbi girişimlerde rıza şart olmakla birlikte, üzerinde tıbbi işlem yapılacak olan hastanın, kendisini ifade edemediği durumlarda rızasının aranmasına gerek yoktur. Biyotıp sözleşmesinin 6/1. maddesinde, tıbbi müdahalenin yapılacağı anda kişinin rıza gösterme kabiliyeti bulunmuyorsa, yapılacak olan tıbbi müdahale sadece ve sadece hastanın yararına yapılacağı bildirilmiştir. Yine sözleşmenin acil durumda müdahaleyi düzenleyen diğer bir maddesinde, acil bir hal sebebiyle rızanın alınamadığında, ilgilinin sağlığını korumak amacıyla gerekli olan herhangi bir müdahalenin vakit kaybetmeden yapılabileceği belirtilmektedir.⁸¹

⁷⁹ Hakeri, s.174

⁸⁰ Gökcan, s.220

⁸¹ Gökcan ss.219-220

c. Ceza Hukukundan Kaynaklanan Müdahaleler

Ceza hukukunun gerektirdiği tıbbi müdahaleler, genellikle delil bulmaya yönelik olarak kişilere uygulanan müdahalelerdir. Ve bu müdahalelerin yapılabilmesi için sanığın/mağdurun rızasına başvurulmamaktadır.⁸² Ancak, suçu işlediğine dair güçlü şüpheler bulunuyorsa, sanık ya da şüphelinin akıl hastası olup olmadığı, hasta ise ne kadar süredir hasta olduğu ve bu hastalığın sanık ya da şüphelinin davranışları üstünde ne derece etkili olduğunu ortaya çıkarmak için mahkemece veya uzman hekim önerisi ile gözlem altına alınabilir.⁸³

d. Ceza İnfaz Kurumlarında Tıbbi Müdahaleler

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82/2. Maddesi uyarınca , açlık grevi veya ölüm orucu eylemleri nedeniyle hayati tehlike geçirenlerin veya bilincini kaybedenlerin rızalarına bakılmaksızın tıbbi yardım uygulanır. Yine aynı maddenin 3. fıkrasına göre; hükümlünün sağlık sorunu nedeniyle kendisi veya kurumdakilerin sağlığı veya hayatları için tehlike doğması durumunda, kişi hastaneye kaldırılarak tedavi altına alınır.⁸⁴

Açlık grevi konusu ileride detaylı olarak ele alınacağından, burada konu başlıkları olarak geçilmesi uygun görülmüştür.

⁸² Cumhuriyet, Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005, Aktaran, HAKERİ, s.395

⁸³ Hakeri s.395

⁸⁴ Gökcan, s.216

İKİNCİ BÖLÜM

TEDAVİYİ RET HAKKI VE BAZI ÖZEL DURUMLAR

2.1. TEDAVİYİ RET HAKKININ POZİTİF TEMELLERİ

Bu bölümde, hastanın tedaviyi ret hakkının ulusal ve uluslararası hukuki dayanaklarına kısaca değinilecek; ilerleyen başlıklar altında, yeri geldikçe içerikleri hakkında açıklamalar yapılacaktır.

2.1.1. Anayasa

Anayasamızın, “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığı altında temellendirilen kişi hak ve ödevleri, tedaviyi reddin en temel dayanağını oluşturmakta; devletin kişilere karşı sorumlulukları ve görevlerinin yanında, kişinin kendine karşı sorumluluğu ve vücut bütünlüğü hususunda vazgeçilmezliğin temelini oluşturmaktadır.

2.1.2. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi

Avrupa Konseyi’nde, 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisinde 5013 Sayılı İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile kabul edilmiş ve 09.12.2003-25311 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anayasamızın 90. Maddesinde usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olacağı, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı ve milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konularda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı ifade edilmiştir.

2.1.3. Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

14/04/1928 tarih ve 863 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun; sağlık mesleklerinin çeşitlenmesi, eğitim sürelerinin ve içeriğinin değişmesi, yabancı hekimlerin de Türkiye’de çalışmaya başlamaları ve benzeri gibi sebeplerle bir çok maddesi değişikliğe uğrasa da; günümüzde tababet hizmetlerinin yürütülmesinin temel dayanağını oluşturmaktadır.

2.1.4. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

Sağlık meslek mensuplarının uymakla mükellef oldukları mesleki kuralları, birbirleri ve hastalarıyla ilgili münasebetlerini ihtiva eden bu tüzük, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu’na dayandırılarak, 31/01/1960 tarih ve 4/12578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilmiş ve 19/02/1960 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2.1.5. Hasta Hakları Yönetmeliği

“Hak; hukukça korunan ve bundan yararlanılması hak sahibinin ya da temsilcisinin iradesine bağlı bulunan toplum çıkarları ile sınırlı çıkar’dır”.⁸⁵ XX. Yüzyıl ortalarında, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kabulü ile daha da ivme kazanan insan haklarının gelişimi, hasta haklarında da kendini göstermiştir. 1964 yılında Helsinki’de düzenlenen, Dünya Tabipler Birliği 18. Genel Kurul toplantısında benimsenen Helsinki Bildirgesi ile başlayan gelişim; 1972 Amerika Hastaneler Birliği ve 1981 Lizbon Hasta Haklarına dair bildirgeler ile Dünya Tabipler Birliğinin 1987 yılında Ötenazi ile ilgili yayımladığı Bildirge, 1992 yılında Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi, Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Amsterdam Bildirgesinin 1994 yılında kabul edilmesi; konumuzla yakından ilgili olan “Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”nın ilk kez vurgulandığı Hasta Hakları Bali Bildirgesi’nin 1995 yılında

⁸⁵ Aydın, Zevkliler, Ayşe, Havutçu, **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Eylül – 2004, s.71

Endonezya’da yapılan DTB toplantısında kabul edilmesi ve Kasım 2002’de kabul edilen Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü, hasta haklarının gelişimi konusunda başlıca temel belgeleri oluşturmıştır.

Üst başlıklarda değindiğimiz; kişi hak ve özgürlüklerinin en temel koruyucusu olan Anayasa; uluslararası sözleşmeler; sağlık hizmetlerinin kim tarafından nasıl yapılacağı konusuna açıklık getiren Tabebet Kanunu; Hekim hasta ilişkilerinin düzenlendiği Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve uluslararası belgelerin ruhuna uygun olarak, 1998 yılında çıkarılan Hasta Hakları Yönetmeliği, 8 Mayıs 2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile son şeklini almıştır.

2.2. TEDAVİYİ RET HAKKI

Tedaviyi ret hakkı, kişinin otonomisi ve kendi kaderini tayin hakkı kapsamında Anayasa, uluslararası sözleşme ve hukuki düzenlemeler ile koruma altına alınmış mutlak bir haktır.⁸⁶

Rızanın hukuki temelini oluşturan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının tıbbi müdahaleler açısından yansıması tedaviyi kabul ve ret hakkıdır. Hasta kendisine uygulanacak tedaviyi kabul etme veya reddetme hakkına sahiptir.⁸⁷

Biz de hastanın, kendi geleceği belirleme hakkı doğrultusunda tedaviyi ret ya da kabul etme hakkının varlığı tartışmasız olarak kabul etmekle beraber, bu hakkın ulusal ve uluslararası mevzuatta yerine değinmek doğru olacaktır.

İlk olarak 1981’ de kabul edilen Lizbon Bildirgesi’nin 3. maddesinde hastanın yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da ret etme hakkına sahip olduğu ifade edilmiş olup; Dünya Tabipler Birliği’nin 1995 yılındaki Bali/Endonezya toplantısında “Kendi Kaderini Belirleme Hakkı” başlığını taşıyan üçüncü maddesi yeniden düzenlenmiştir. Yapılan söz konusu düzenlemeye göre; hastanın kendi kaderini belirleme ve kendisi ile ilgili özgürce karar verebilme hakkına sahip olduğu ve hekimin hastayı verdiği kararların sonuçları hakkında bilgilendirmekle yükümlü

⁸⁶ Yakup Gökhan, Doğramacı, Zehra Zerrin, Erkol, **Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri**, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt 5 Sayı 10, İstanbul 2016s 295

⁸⁷ Zarife, Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, 1998, s.43, Aktaran, Ekici Şahin, s.316

olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, zihinsel yeterliliği olan erişkin bir hastanın herhangi bir tanı ve tedaviye yönelik girişimi onaylama veya kabul etmeme hakkına sahip olduğu ve uygulanacak test ya da tedavinin amacının ne olduğu, bunun sonuçlarının ne olabileceği, tedaviyi kabul etmeme durumunda olabilecekler açık bir şekilde hasta tarafından anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

1994 yılında kabul edilen Amsterdam Bildirisi'nin üçüncü maddesinin birinci ve ikinci paragrafında özetle; hastaya yapılacak olan her türlü tıbbi müdahalenin ilk şartının aydınlatılmış olarak alınan rızasının olduğu ve hastanın, uygulanmakta olan tedaviyi kabul etmeme veya durdurma yönünde karar verebileceği ancak kesilen tedavinin yol açacağı durumların kişiye ayrıntılı olarak anlatılması gerekliliği vurgulanmıştır.

Yine aynı doğrultuda, Dünya Tabipler Birliği'nin Hasta Hakları Bildirgesi'nin konuya ilişkin üçüncü ve altıncı maddeleri de hastanın, kendisine uygulanan tedaviyle ilgili tedavinin kesilmesi veya hiçbir şekilde uygulanmamasını kendi geleceğine yön verme bağlamında talep hakkı bulunduğu, hastanın bu kararına rağmen tedaviye devam edebilmenin istisnai olarak sadece kanunun öngördüğü halde yapılacağı sağlık meslek mensuplarınca unutulmamalıdır. Dünya Tabipler Birliği'nin Uluslararası Hekimlik Etiği Kurallarının "Hekimlerin Genel Görevleri" başlıklı ikinci maddesinde ise ayırt etme yetisine sahip bir hastanın uygulanan tıbbi girişim ve müdahaleler konusundaki tüm kararlarına riayet edilir ifadesi ile hekime görev olarak ta yüklemiştir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere; Anayasa'mızda, Tababet Kanununda ve BİYOTIP Sözleşmesinde, bir kişiye, sağlığıyla ilgili yapılacak olan tüm müdahalelerin açıkça anlatılması ve onun onayı ölçüsünde bu müdahalelerin gerçekleştirilmesi gerektiği, aksi takdirde uygulanacak olan yaptırımların neler olduğu ifade edilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22, 24 ve 25. maddelerinde de özetle; kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimseye, rızası yoksa tıbbi müdahalede bulunulamayacağı, reddedilen tıbbi müdahalelerin olumsuz sonuçları hastaya ait olmak üzere, kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurmak hakkına sahip olduğu vurgulanarak, hastanın iradesine üstünlük tanınmış ve hastanın iradesine aykırı tıbbi müdahaleler yasaklanmıştır.

Yukarıda değindiğimiz, hastanın tedaviyi ret hakkının, yasal dayanakları ve öğretide genel kabul görmüş ilkeleri itibariyle konuyla ilgili olarak ihtilaf bulunmamakta, kişinin, kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde tedaviyi reddetme hakkı, gerek meslek etiği gerekse yasal mevzuatlarla kabul edilmektedir. Ancak; tartışmalı olan konu şudur ki, değinilen yasal mevzuatın tamamı bilinci açık, karar verme yeterliliği olan bir hastanın normal-hayati tehlike barındırmayan- tıbbi müdahaleler ile ilgilidir.

Acil hallerdeki tedaviyi ret hakkının kapsamına ilişkin yasal düzenlemelere bakacak olursak; acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında hastanın sağlığı için gereken tıbbi müdahalenin derhal yapılabilmesini ifade eden BİYOTIP sözleşmesinin Acil Durum başlığı altındaki 8. maddesi ile hastanın bilincinin kapalı ve hayati tehlikesi bulunduğu acil durumlar ile bir organın kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak bir durumun varlığında hastaya tıbbi müdahalede bulunmanın rızaya bağlı olmadığını ifade eden Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/7 maddelerine göre hastanın hayati tehlikesinin söz konusu olduğu acil durumlarda karşısında tıbbi müdahale yapılmasının gerekliliği belirtilmiştir. Ancak, bu maddeler de hastanın acil tıbbi müdahaleyi ret hakkını kapsamamaktadır. Çünkü “zorunluluk” ve “hak” farklı kavramlar olup “*uygun muvafakat alınamadığında*” ve “*bilincin kapalı olduğu*” ifadeleri hak’tan ziyade zorunluluğu işaret eder.

2.3. YAŞAM HAKKI

Devletler, hukuk sistemlerine yaşam hakkını koruyucu nitelikte hükümler koymak suretiyle bu gayeyi gerçekleştirmeyi amaçlar. Yaşam hakkı devletlerüstü düzeyde de, yapılan anlaşmalar aracılığı ile korunmaya çalışılmıştır. Bu çabanın en bilinen örnekleri 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. Bu sözleşmeleri kabul ederek hukuk sistemlerine dahil eden devletler kendi iç hukuk sistemlerinde de yaşam hakkını sağlayacaklarını ve koruma altına alacaklarını taahhüt etmişlerdir.⁸⁸

⁸⁸ Sevinç, Arslan Hızal, Özge, Demirörs, **Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, s.1483

“İşte, böyle bir algı ile, Anayasaya bakmamız gerekir. Onun, İnsan Hak ve Özgürlükleri Öğretisini nasıl düzenleyip sıraladığını böyle bir algı içinde kavramalıyız”.⁸⁹

Günümüz hukuk dünyasında ve pozitif hukukta yaşam hakkının üstünlüğü tartışılmazdır. Anayasalarda ve İnsan hakları belgelerinde ilk maddelerden biri olarak yer alır ve devlet tarafından güvence altına alındığı vurgulanır. Buna karşın yaşam hakkının ters görünümü olan ölme hakkının da yaşam hakkı gibi korunup, kabul edilmesi hususunda, ne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ne de Türk hukuk sistemi cevaz vermemiştir.⁹⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinde yer alan herkesin yaşam hakkının yasanın koruması altında olduğu ve yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimsenin kasten öldürülemeyeceğini belirten ifadeler ile yaşam hakkı koruma altına alınmıştır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kendisine intikal eden bir davayı⁹¹, yaşam hakkı bağlamında değerlendirdiğinde;

“2. madde, herhangi bir dil çarpıtması olmadan, tamamen zıt bir hakkı verdiği şeklinde yorumlanamaz, bir ölme hakkı ya da bu madde bireyin yaşamaktansa ölmeyi seçme hakkı bağlamında kendi kaderini tayin hakkını yaratamaz.”

Mahkeme buna göre ister üçüncü bir kişinin eliyle olsun ister kamu makamlarının yardımı ile olsun ölme hakkı gibi bir hakkın Sözleşmenin 2. maddesinden türetilmeyeceğine hükmetmektedir⁹² kararına varmış ve yaşam hakkının en temel, vazgeçilemez bir hak olduğuna vurgu yapmıştır.

⁸⁹ Savcı, s.9

⁹⁰ Seval, Kılıç, **Açlık Grevi ve Açlık Grevine Müdahale**, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, İstanbul 2012 s 91

⁹¹ Pretty - Birleşik Krallık, 29 Nisan 2002 Tarihli Karar

⁹² Douwe Korff, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, 2006 Sayı. 8, s.19, Çeviren, Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya

2.4. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI

“Kişinin, kendi geleceğine yön verme/belirleme hakkı, karar verebilecek yetkinlikte olanların, herhangi bir baskı altında kalmadan sağlığı ile ilgili konularda beyanda bulunabilmesi maksadıyla yasalarca korunan bir haktır”.⁹³

Hekim tarafından uygulanan tüm müdahalelerin, kişiliğe karşı yapılıyor olması sebebiyle, hastanın tam anlamıyla bilgilendirilmiş şekilde onayı alınmadıkça hukuka uygun olamayacaktır. Hastanın vereceği onayı hukuka aykırı olmaması için ise, kişinin, hastalığı ve müdahale süreci ile ilgili vereceği kararın ne anlama geldiğini, uygulanmadığı veya uygulandığı takdirde nelerle karşılaşılacağını bilebilmesi gerekmektedir.⁹⁴

Başta Anayasa olmak üzere diğer kanunlarımız, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler, konuyla ilgili tüzük ve yönetmeliklerimiz -dolaylı olarak- bu hakkı güvence altına almaktadır. *Dolaylı* dememizdeki kasıt; psiko-sosyal bir canlı olarak, insanın her durumda doğrudan, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı vardır gibi, kesin bir yargıda bulunamayacak oluşumuzdur. Şüphesiz hastanın yaşı, mevcut hastalığın etkisi, o andaki psikolojik durumu ve bunların irade yeteneğine etkisi gibi olgular bizi genelleme yapmaktan alıkoymaktadır. Bizim dayandırdığımız nokta hukuki metinlerin genel olarak “rıza” kavramı üstünde duruyor olmasıdır.

Özerklik, olarak ta tanımlanan kendi geleceğini belirleme hakkı; kişinin genel yaşam planlarından yola çıkarak, özgürce seçimlerini yapabilmesi, eylemde bulunabilmesi, kendi yazgısını belirleme hakkına sahip olması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, irade özerkliği olarak da tanımlanan özerklik ilkesine göre, kişinin kendi değer yargıları ve tercihleri doğrultusunda bedenine ve sağlığına yapılacak tıbbi girişimlere karar verme hakkı vardır.⁹⁵

Ancak, bu hakkın sınırlarının ne olduğu konusunda doktrinde çok farklı görüşler bulunmakla beraber, kişinin vücut bütünlüğü üstündeki tasarruf yetkisinin

⁹³ Hamide, Tacir/Aysun, Altunkaş, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötenazi Sempozyumu**, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2017, Ankara, s.45

⁹⁴ Zarife, Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, s 37, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, Aktaran, SAVAS, Halide, **Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2013 s 321

⁹⁵ Çağrı, Kalaca, **Tıbbi Girişimi Reddeden Hastanın Karar Verme Yeterliliğinin Değerlendirilmesi**, Yayımlanmamış Aile Hekimliği Uzmanlık Tezi, Ankara, 1994, s.12

sınırsız olmayacağı kesindir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında⁹⁶ ...“*Beden bütünlüğü ile ilgili haklar üzerinde kişinin sınırsız tasarruf yetkisi yoktur*” diyerek, konuyla ilgili bakış açısını dile getirmiştir.

Türk Hukukunda, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına doğrudan doğruya işaret eden hukuki bir düzenleme yoktur. Ancak Anayasanın başlangıç hükümlerinin 6. Paragrafında her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu belirtilerek, maddi ve manevi varlığını onurlu bir hayat sürme amacı doğrultusunda geliştirme özgürlüğü, yani kişiliğini özgürce geliştirme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa’nın 5. maddesinde insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın devletin temel amaç ve görevleri arasında olduğu belirtilerek, devlete kişinin kendi geleceğini serbestçe geliştirmesine imkan sağlamak için bir ödev de yüklemiştir.⁹⁷ Ancak belirtmek gerekir ki, kişinin kendi geleceğini belirlemesi bağlamında Anayasa’nın bu bölümlerinde değinilen kendi geleceğini geliştirme, olumsuz olarak yorumlanmamalı, pozitif anlamda bir geliştirmeden bahsedildiği anlaşılmalıdır.

2.5. KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKININ SINIRLARI

Bedenin tümü ya da bir uzvu, hukuksal işlem konusu değildir. Hukukun “ahit” kapsamı içine giremez, üzerinde, hukuksal eylem caiz olan, bir eşya, bir cisim, kişilikten bağımsız ve kişilikten soyutlanabilmiş bir “varlık” bir “değer” değildir.⁹⁸

İnsan haklarının vazgeçilmez oluşu 17. ve 18. yüzyıllar içinde gelişen insan hakları doktrini ile ortaya atılmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin başlangıç bölümünde yer alan İnsan haklarının bu vazgeçilmezlik özelliği, Anayasamızın 12. Maddesinde de yer almaktadır:

“*Herkes ... vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*”. Temel haklardan vazgeçme söz konusu olduğunda, temel hak sahipliği üzerinde bireyin tasarruf edip edemeyeceği ya da ne derecede tasarruf edebileceği önem taşır.⁹⁹

⁹⁶ Yargıtay CGK Tarih:2005 Esas No:2004/9-213 Karar No:2005/3

⁹⁷ Ekici Şahin, s.61

⁹⁸ Savcı, s.33

⁹⁹ Zafer, Gören, **Temel Hak Genel Teorisi, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı**, Ankara 1995. S 54

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı mutlak bir haktır ve mutlak olarak göz önünde bulundurulması gerekir. Ancak zorunluluk hali bakımından bir kimsenin farklı yararlarının da zorunluluk hali çerçevesinde karşı karşıya gelebileceği ve bunlardan üstün olanı tercih etme halinde eylemin cezalandırılmayacağını belirtmek gerekir.¹⁰⁰ Konuyla ilgili olarak SAVCI; haklar arasında kıyaslama yapılabileceğini ancak yaşam hakkının üstünlüğünün tartışma konusu olamayacağı ve bu sebeple, yaşam hakkı ile karşı karşıya gelen hiçbir hakkın önceliği olamayacağı ve ikincil olarak kalacağından bahisle yaşam hakkının önceliği ve önemi üstünde durmuştur.

Hekimin görevi, hastasının kararlarına saygı göstermek ve onun için iyi ve güzel olanı yapmaktır. Ancak, bazı durumlarda hekimin bu iki görevi çatışmakta ve hekim, hastasının haklarına saygı göstermek ve onun için iyi olanı yapmak arasında kalmaktadır. Hekimin burada yapacağı, hastalığı ve tedavi süreciyle ilgili tüm bilgileri hastası ile paylaşmak ve hastanın vereceği karara saygı çerçevesinde müdahalelerini gerçekleştirmektir. Fakat, burada hekimin unutmaması gereken şey, kişinin yaşamına dair hakkını kullanırken sınırsız davranamayacağını bilerek hareket etmektir. Hastanın haklarına koşulsuz riayet etmek, ötenazinin yasallaşması anlamına gelir ki, bu da kanunlarımıza göre henüz mümkün değildir.¹⁰¹

2.6. KANUNİ TEMSİLCİ TASARRUFLARI VE SINIRLARI

Bazı durumlarda kişi belirli işleri kendi hür iradesi ile yerine getiremez. Bu kişilere kanunun öngördüğü şekilde Vasi veya Kayyım atanarak, belirli işlerin bu kanuni temsilci tarafından yerine getirilmesi beklenir. Türk Medeni Kanunu'nun 403. maddesinde Vasi ve Kayyım ile ilgili hükümler yer almaktadır. Söz konusu kanun metnine göre vasinin vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü olduğu, kayyımın ise; belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atandığı ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere, kayyım, kişilik hakların kullanılması amacıyla değil malvarlığı ile ilgili işler için atanmaktadır, bu sebeple konumuzda yeri yoktur. Öte

¹⁰⁰ Hakeri, s.274

¹⁰¹ Kalaca, s.26

yandan Vasi, kişilik haklarını da kapsamaktadır. Öncelikle kanuni temsilci uygulamalarına göz attıktan sonra, sınırlarına değinmek yerinde olacaktır.

Medeni Kanunumuzun 404 ila 408. maddeleri arasında; her küçüğün velayet altında olması gerektiği; akli dengesi yerinde olmayanların, toplum için tehlike barındıran kişilerin; alkol ve uyuşturucu madde bağımlılarının, korunmaya muhtaç ve bir yıldan fazla hapis cezası bulunanların, yaşlılık ve engellilik sebebiyle başkasının bakımına muhtaç olanların, istekleri doğrultusunda kısıtlanabilmesi mümkündür.

Bu yollardan herhangi biri ile veli/vasi konumunda olan kişilerin; veli ya da vasisi olduğu kişilerin yaşamları üzerindeki tasarruflarının sınırlarına değinecek olursak;

Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 24'te konu üstünde durulmuş ve;

Tıbbi müdahalelerde aslolanın hastanın rızası olduğu, hastanın kısıtlı veya küçük olması durumunda, himayesi altında bulunduğu veli/vasisinin onayının olması gerektiği; veli ya da vasinin rızasının yeterli görüldüğü hallerde bile küçük ya da kısıtlının görüşlerine başvurarak karar verme sürecine dahil edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Ayrıca; veli ya da vasinin izin vermemesi halinde, tıbbi müdahale mecburiyeti doğması halinde mahkeme kararı ile müdahalenin gerçekleştirilebileceği, ancak acil hallerde zaman kaybı yaşanacak ve hasta olumsuz etkilenecek ise mahkeme kararı müdahaleden sonraya bırakılabilecektir.

Çalışmamızın yaşam hakkı ve diğer bölümlerinde, kişinin özerkliğine ve tüm kararlarına saygı gösterilmesi gerektiği, kendi geleceğini belirleme hakkının ve tedaviyi reddetme hakkının olduğunu ancak kendi hayatı üstünde sınırsız tasarruf yetkisi olmadığı konularını açıklığa kavuşturmuştuk. Bu bağlamda, kanuni temsilcinin, velayeti/vesayeti altındaki kısıtlının yaşamı üzerinde sınırsız tasarruf yetkisinin olmadığını söyleyebiliriz. Velayeti ya da vesayeti altındaki kısıtlının sağlığı üstünde olumlu ya da sağlığını geliştirici konularda karar verilmesinde sakınca yokken, özellikle bilincin kapalı olduğu veya karar verme yeterliliğinin olmadığı durumlarda sağlığını olumsuz yönde etkileyecek bir karar veremeyeceği, özellikle tıbben gerekli bir müdahaleye izin vermemesi gibi bir durum kabul edilmeyecektir.

2.7. TIBBİ VASIYET

Kişinin, ileride meydana gelebilecek kaza veya hastalık sebebiyle ayırt etme yeteneğini kaybetmesi durumunda; ileride uygulanması muhtemel tıbbi tedaviler ile ilgili fikirlerini beyan etmesi ve ayırt etme gücü olmadığı durumlarda bu isteklere göre hareket edilmesini istemesidir. İlk kez Biyotıp Sözleşmesi'nde "Önceden Açıklanmış İstek" olarak yer alan Tıbbi Vasiyet'e göre; müdahalenin yapılacağı anda görüşlerini belirtmeyecek vaziyette olan kişinin, bu tıbbi girişimle ilgili olarak daha önce belirttiği görüşlerin göz önünde bulundurulması istenmiştir. Ve önceden açıklanmış istek ile ilgili madde Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de yer bulmuştur.

Herhangi bir hastalık veya yaralanma durumunda görüş belirtecek durumda olmayan kişinin olası rızasının ortaya konulmasında, olayın ve kişinin tüm özellikleri dikkate alınmalıdır. Müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık personelinin, hastanın aksine bir karar verdiği yönünde kuvvetli emareleri olmadığı takdirde, yapacağı müdahaleye onay vermiş kabul edebilir.¹⁰²

Hasta vasiyetinin geçerli kabul edilmesinde çok sıkı ölçütlerin aranması gerekliliğini dile getiren ERMAN¹⁰³, hasta vasiyetinde yer alan görüşlerin yeterince ciddi, açık ve duruma uygun olduğunda dikkate alınması gerektiği, vasiyetin hastanın en son iradesine uygun olduğu, bunun için kişinin yanında taşınması gibi dış ölçütlerle belirlenebilmeli, hasta vasiyetinin hastanın özgür iradesine dayandığı ve kendisi tarafından düzenlendiği konularında hiçbir kuşkunun bulunmaması gerektiğini belirtmiştir.

Açıklamalar doğrultusunda, hastanın önceden açıklanmış isteklerine saygı gösterilmesi gerektiği açıktır. Ancak; bu isteklere gösterilecek saygı ile, kişinin vücut bütünlüğü üstündeki tasarruflarının sınırlarının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ötenazi konusunda açıklandığı üzere, yaşam hakkını ihlal eden bir duruma rıza göstererek bundan feragat edemez, böyle bir hakkı kişiye vermez.

¹⁰² Hakan, Hakeri, **Tıp Hukuku** 9. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015 s 253

¹⁰³ Barış, Erman, **Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003 s.164

2.8. ÖTENAZİ

“İnsan hayatının her anı değer taşımakla birlikte, hepimiz doğum ve ölüm anının daha önemli olduğu algısına sahibiz. Bu son derece insani bir algı olmakla birlikte temel bir hukuki gerçeklikle de uyumludur”.¹⁰⁴

Yasal düzenlemeler ile güvence altına alınmış olan yaşam hakkı, kişiler için en temel hak olmakla beraber, bu hak, sadece kişi yaşamını dışarıdan gelecek tehlikelere karşı korumak değil içeriye ve dışarıya karşı korumak anlamındadır. Bir başka deyişle, kişinin yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğü güvence altına alınırken aynı zamanda kişi kendisine karşı da korunmaktadır. Kişinin, kendisine karşı korunması hususunda en önemli konuyu ötenazi oluşturmaktadır.

Doktrinde, “İyi – güzel ölüm, acısız ölüm, kolay ölüm’ anlamlarıyla karşımıza çıkan ötenazi kavramı; *aktif ötenazi*, *pasif ötenazi* ve *dolaylı ötenazi* olarak uygulanmaktadır. Bu kavramlara sırasıyla değinecek olursak;

2.8.1. Aktif Ötenazi

*“Ötenazi, tıbbi usullerin hafifletemediği sürekli ve dayanılmaz acıların işkencesi altında bulunan ve hastalığın iyileştirilmesini bugünkü tıbbın gerçekleştiremediği hastaların ıstıraplarına, onların öldürülmesi ile son vermektir”.*¹⁰⁵

İnsan yaşamı, ahlak ve hukuk sistemleri bakımından en kutsal ve üst değer niteliğindedir.¹⁰⁶ Bu sebeple; kanunlar, kişinin vücudu üzerindeki tasarruf hakkını ancak sınırlı bir biçimde kabul etmişlerdir. Yaşam hakkı ise, tasarrufta bulunabilecek bir hak olmaması, vazgeçilemeyecek bir değer olarak, en başta Anayasa olmak üzere tüm hukuk mevzuatı ile koruma altına alınmıştır.¹⁰⁷

Ötenazi; Uruguay, Kolombiya, Avusturya, Amerika Birleşik Devletleri ve Hollanda gibi ülkelerde yasal olsa da ülkemizde yasal değildir. Bu sebeple,

104 Fulya İlçin, Gönenç, **III. Ulusal Sağlık Hukuku “Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötenazi Sempozyumu**, Ankara, 2017, s. 103

105 Hakeri, s.416

106 Gökcan, s.55

107 Özlem, Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayınları, İstanbul, 2003, s.138

hukukumuz yönünden, aktif ötenazi uygulamasında bulunan hekim veya diğer kimse, kasten adam öldürme suçunu işlemiş olur.¹⁰⁸ Hastanın tıbben kısa bir süre sonra öleceği kesin dahi olsa, bu suçun failine kasten öldürme suçunun kanunda öngörülen cezası uygulanır. Yalnızca TCK 61. madde uyarınca cezanın alt sınırı tercih edilebilecek ve 62. madde gereği, altıda bir oranında indirim yapılabilecektir.¹⁰⁹

Kişiler yaşama hakkını ihlal eden bir uygulamaya onay vererek herhangi bir tasarrufta bulunamayacağından, vermiş oldukları onayın bile aktif ötenaziye hukuka uygun hale getirmesi beklenemeyecektir. Yaşam hakkı, kişiye kendi kararıyla bir başkasının fiili aracılığıyla ölümü seçme hakkı vermez.¹¹⁰

Öğretide ötenazi, kasten adam öldürme suçuyla eşdeğer olduğu konusunda eleştirilmiştir. Bu konuda bir çok açıdan gelmiş olan eleştirileri, kısaca şöyle özetleyebiliriz.¹¹¹

- a) Ötenazi uygulaması sonucu, “yaşam hakkı”, “öldürmeme”, ya da “zarar vermeme” gibi insanlığın evrensel temel ilkeleri çiğnenmiş olmaktadır. Tek bir ötenazi vakasını meşru göstermekle bil, insan yaşamının dokunulmazlığı ve kutsallığı konusundaki değerlerin mutlak olmadığı ve gerektiğinde çiğnenebileceği kabullenilmiş olmaktadır.¹¹²
- b) Tıp bilimi ve tıbbi teknoloji çok hızla ilerleme göstermektedir, bu gün tedavi edilemeyen bir hastalığın, her an tedavi edilebilir hale gelmesi mümkündür. Ötenazi bu olanağı yok eder.
- c) Hayatının sonlanmasına onay gösteren bir hastanın akıl sağlığının bozuk olması sebebiyle, onay verme yetkisinin olmamasıdır.
- d) Böyle bir yetkinin tanınması, birçok suistimale yol açabilir.
- e) Ötenazi kararı, dinsel buyruklara da aykırıdır.

108 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku s.305

109 Gökcan, s.58

110 Ekinci Şahin, s.281

111 Bayraktar, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s.154 Aktaran, ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, 2008 Ankara ss. 134-135

112 E, Aydın, **Tıp Etiğine Giriş**, s 95, Aktaran ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, 2008 Ankara s.135

2.8.2. Pasif Ötenazi

Pasif ötenazi, ölümcül bir hastalığı bulunan hastanın özgür iradesiyle, yaşamını sağlayan destek ünitesi yardımına veya tedavisine hekim tarafından son verilmesidir. Diğer bir ifadeyle, hastalığın normal seyrine bırakılarak kaçınılmaz olan ölümün gerçekleşmesinin beklenmesidir.¹¹³

Pasif ötenazide hekimin, hastanın talebi üzerine tedaviyi kesme sorumluluğu varken, aktif ötenazide, hekimin sahip olduğu inanç ve değerlere göre davranabilme özgürlüğü bulunması nedeniyle böyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır.¹¹⁴

Bunun yanında kişinin hastalığının zaman içerisinde ciddiyetini artırması, temel ihtiyaçlarını kendi başına karşılayamaması sebebiyle başkalarına muhtaç duruma gelmesi ve onurunun kırılması sonucunda da tedavi girişimlerini reddedebileceği görülmektedir.¹¹⁵

Hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesi bir anlamda pasif ötenazi gibi gözüксе de, pasif ötenazide kişide herhangi bir tamir olunamaz hastalığın varlığı şarttır. Kaldı ki, Özbek ve diğerleri; pasif ötenazinin, hastanın ret hakkı doğrultusunda değerlendirilmesi ve hastanın onayı doğrultusunda hukuka uygun kabul edilmesini eleştirmiş ve bunun sebepleri olarak; teknoloji ve buna paralel olarak tıptaki gelişmeler doğrultusunda kesin bir çaresizlikten bahsedilemeyeceği ve kişinin çektiği dayanılmaz acılar içinde verdiği kararın sağlıklı olamayacağını söylemişlerdir.

2.8.3. Dolaylı Ötenazi

Dolaylı ötenazi, hastalığın son evresinde olan ve tıbben yapılabilecek hiçbir şeyin olmadığı hastalarda, acılarını dindirmek üzere kullanılan ilaçların, yan etki olarak hastanın yaşam süresini kısaltmasıdır.

Temel amacı hastanın acılarının azaltılması olan dolaylı ötenazinin uygulanmasının ön koşulları, hastanın iyileşme olanağının bulunmaması ve hastalığı

113 Gökcan, s.60

114 İncoğlu, s.179

115 Kalaca, s.37

hakkında detaylı olarak bilgilendirilerek bu girişimlere onay vermesinin sağlanmasıdır.¹¹⁶

2.9. AÇLIK GREVLERİ

Açlık grevi, “belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmek, çeşitli istekleri kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere salt dikkat çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların yemek yemeyerek kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir yöntemdir”.¹¹⁷

Açlık grevine zorunlu olarak müdahale edip etmeme konusu tıp dünyasında ve hukuksal alanda önemli bir tartışma konusu olmuştur. Yaşam hakkı, yaşam hakkının ölmeyi kapsayıp kapsamadığı, fikir özgürlüğü ve hekimin kendisine müdahale edilmesine rızası olmamasına rağmen açlık grevcisine müdahale edip etmeyeceği, zorla beslemenin hukuka ve tıp etiğine uygun olup olmadığı gibi aynı anda bütün önermelerin doğru kabul edildiği ya da savunuların olduğu bir düzlemde açlık grevi yapılmaya devam edilmektedir.¹¹⁸

Grev süresince beslenmeyi reddeden eylemciler, bir müddet sonra bitkin düşmekte ve sağlık problemleri yaşamaktadırlar. Bu problemlerin ilerlemesi ve hayati tehlikeye dönüşmesi aşamasında hekimin nasıl davranacağı konusu Malta Bildirgesi’nin *Açlık Grevcilerinin Bakımı İçin Ana Hatlar* başlığı altındaki üçüncü maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre açlık grevi nedeniyle bilinci bozularak karar verme yeteneği ortadan kalkan ya da komaya giren hastanın tedavisi için hekim, hastanın kararlarına da saygı göstermek koşuluyla vereceği kararda serbesttir.

Feyzioğlu; grevcinin, aç kalması neticesinde sağlığına ve vücut bütünlüğüne zarar vermesinin Anayasa tarafından güvence altına alınmış olan maddi varlığını koruma ve geliştirme hakkına aykırı olacağı ve henüz hayati tehlike oluşmadığı zamanlarda grevcinin hekim tarafından takip edilmesi gerektiğini, bilincinin

116 Özsunay, **Hayatın Başlangıcı**, s.41, Aktaran, Hakan, Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, 2013 Ankara s.695

117 Metin, Feyzioğlu, **Açlık Grevi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 43, Sayı 1-4, 1993, Ankara s.157

118 Seval, Kılıç, **Açlık Grevi ve Açlık Grevine Müdahale**, Tıp Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, İstanbul 2012 s 90

kapandığı ve hayati tehlikenin olduğu anda ise yaşamı korumak adına derhal müdahale edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1998 yılında vermiş olduğu Nevmerzhitsky/Ukrayna kararında da görüldüğü üzere grevcinin sağlık durumu, kişinin isteği dışında beslenmesini mecbur kılıyorsa, kişi zorla beslenebilecektir.¹¹⁹

Acil tıbbi müdahaleyi ret hakkı ile düşündüğümüzde, bilinci açık ve hayati tehlikenin olmadığı durumlarda hastanın veya grevcinin iradesine saygı gösterilip, hayati tehlikenin ortayı çıktığı durumda ise -rıza aykırı olarak bile olsa- müdahale edilebilmesi, kişinin vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırsız olmadığını göstermektedir. Ayrıca, böyle bir durumla karşı karşıya kalan sağlık personelinin hastaya müdahale etmemesi ise, sağlık personelinin cezai sorumluluğunu gündeme getirecektir.

Konuyla ilgili olarak 5275 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82. maddesinde "Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi" başlığı altında düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelere göre; kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddeden hükümlülere bu hareketin doğuracağı olumsuz sonuçlar ile oluşacak bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirme yapılacağı, psikososyal hizmet birimi tarafından da açlık grevinden vazgeçilmesi konusunda çalışmaların yapılacağı ve sonuç alınamadığı durumlarda da beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime uygun ortamda başlanacağı belirtilmektedir. Buna rağmen hekim tarafından bilinci bozulduğu veya hayati tehlikeye girdiği tespit edilenlere isteklerine bakılmaksızın kurumda veya hastaneye nakledilerek beslenme ve tedavi gibi tedbirler uygulanır. Bununla birlikte, bir sağlık sorunu nedeniyle muayene ve tedaviyi reddeden hükümlüler için hayati tehlikenin söz konusunu olduğu durumlarda veya ceza infaz kurumunda bulunan diğer hükümlüler için hayati tehlike teşkil eden bir durumun varlığında gerekli tıbbi müdahalenin yapılması için rıza şartı aranmaz. Bu tedbirler kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanacak olup, bu tedbirlerin onur kırıcı nitelikte olmaması bir zorunluluktur.

Kişinin kendi kaderini belirleme hakkı kabul edilmekle birlikte, hukuk sisteminin yaşama hakkını, kişilerin iradeleriyle tasarruf edemeyecekleri haklar içerisinde görür.¹²⁰

¹¹⁹ Serkan, Cengiz, **Maphusların Açlık Grevi Ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu** (<http://serkancengiz.av.tr/index.php?id=98&L=2>) Erişim Tarihi: 28.04.2017

¹²⁰ İzzet, Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, Aktaran GÖKCAN s.55

Bir başka deyişle; kişinin açlık grevi sonucunda sağlığının giderek bozulması ve hayati tehlikenin baş göstermesi sonucunda hastanın uygulanacak müdahalelere onay vermemesine rağmen, hekimin yaşamı korumak amacıyla müdahalede bulunması Türk Hukuk doktrinde hukuka uygun kabul edilmektedir.¹²¹



¹²¹ Sibel, İnceoğlu, **Ölme Hakkı**, Ayrıntı Yayınları , 1999, İstanbul, s.77

SONUÇ

Acil tıbbi müdahale, tarihin ilk dönemlerinde daha çok savaşlar nedeniyle gelişme kaydederken, günümüzde bilimsel ve teknolojik gelişmelere paralel olarak hızlı bir gelişim sürecine girmiştir. Dünya nüfusunun hızla artması, sosyo ekonomik hayatta yaşanan gelişmelerle birlikte kazaların artması, yaşanan doğal afetler ve benzeri riskler, acil tıbbi müdahalenin önemini giderek artırmaktadır.

İnsan haklarının gelişimine paralel olarak büyük değişime uğrayan sağlık hizmetleri, hekim odaklı sağlık hizmetlerinden hasta odaklı sağlık hizmetlerine dönüşmüştür. Anayasanın 17. maddesinde tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında rızası olmadan kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağı ifade edilerek hasta hakları arasında yer alan tedaviyi ret hakkı da hüküm altına alınmıştır.

Yapısı itibarıyla kasten yaralama suçunu oluşturan ve yetkili sağlık personeline, tıbbi gereklilik durumlarında, hastanın aydınlatılmış rızasını alarak, güncel tıp verilerine göre yapılması ile hukuka uygun hale gelen tıbbi müdahaleler için en önemli kıstaslardan birisi de hastanın rızasıdır. Bu bağlamda hasta istemediği sürece, kendisine dokunulamayacak, herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulamayacaktır. Yasalarla koruma altına alınmış olan tedaviyi ret hakkı bunu gerektirir. Hastanın iradesine aykırı olarak yapılan müdahalelerden dolayı sağlık personeli -somut olayın özelliğine göre- kasten yaralama sebebiyle sorumlu tutulabilecektir.

Ülkemizde halihazırda, hekim ve hekim dışı sağlık personelinin, uygulanacak olan tıbbi müdahalelerin standartlarını belirleyen, uygulanmaması halinde meydana gelebilecek sağlıkla ilgili olumsuz durumların sorumluluğu ve bu olumsuzlukların meydana gelmesini önlemek adına alınacak tedbirlere yönelik düzenlemeleri içeren yasaların olmaması büyük eksiklik olmakla beraber; genel olarak uygulamada Türk Ceza Kanununun “taksirle öldürmeyi düzenleyen 85. Maddesi” ve “taksirle yaralamayı düzenleyen 89. Maddesi” dikkate alınmaktadır.

Günümüzde, özellikle hastane öncesi acil sağlık hizmetleri sunumunda hekim dışı sağlık meslek mensuplarının yer alması ve başta 1219 sayılı kanun olmak üzere tüm yasal düzenlemelerimizin hekim odaklı olması sebebiyle bugün yasal mevzuatımız, özellikle hastane öncesi acil sağlık hizmetleri sunumunda yetersiz

kalmaktadır. Söz konusu kanun ve yasal düzenlemelerin revizyonu ile günümüz sağlık sistemi uyumlu hale getirilebilecek ve bu hizmeti sunan hekim dışı sağlık meslek mensuplarının yasal anlamda korumaya alınması sağlanabilecektir. Aynı zamanda, zorunlu mesleki mesuliyet sigorta kavramı sağlık sisteminde sadece hekimlerde bulunmakta olup, olası muhtemel tıbbi uygulama hatası davalarında hekim dışı sağlık meslek mensuplarının herhangi bir sigorta garantisi bulunmamaktadır.

Ulusal ve Uluslararası mevzuat, yargı kararları ve sözleşmeler ile çalışmamız boyunca tüm hatlarıyla ele almaya çalıştığımız ve hasta hakları kapsamında güvence altına alınan “*tedaviyi ret hakkı*”, acil hallere yanıt vermekte yetersiz kalmaktadır. Acil hallerle ilgili olarak yargıya yansıyan az sayıdaki davanın sonucuna bakarak rahatlıkla söyleyebiliriz ki, acil bir durumda sağlık personeli, hastanın durumunu dikkatlice değerlendirecek, hastalığın olası sebepleri, uygulanması gereken tıbbi müdahaleler, yararları ve sonuçları hakkında hastayı bilgilendirecek, hastanın karar verme yeterliliği ölçüsünde kararlarına saygı duyacaktır. Ancak, hastanın bilincinin kapanması, karar verme yeterliliğini kaybetmesi ve hayati tehlikesinin ortaya çıkması durumunda, hastaya -bilinci açıkken müdahaleyi reddetse bile- acil tıbbi müdahalede bulunacaktır.

Kanaatimizce, hastanın karar verme yeterliliğinin tam sorgulanamadığı veya karar verme yeterliliğinin ölçülmesine olanak bulunmadığı acil hallerde; sağlık personelinin, hastanın yararına yapacağı yaşam kurtarıcı müdahaleden dolayı sorumlu tutulamayacaktır.

Öte yandan, acil bir durumla karşılaşan ve hastanın tedaviyi reddetmesi sebebiyle hastanın bilinci kapanıp hayati tehlikesinin ortaya çıktığı zamanda da müdahalede bulunmayan sağlık personeli; hastanın herhangi bir uzuv kaybının olması veya başka zararların doğması halinde Türk Ceza Kanunu madde 86’da düzenlenen *Kasten Yaralama* suçundan sorumlu tutulacak, hastanın ölmesi halinde ise, “Türk Ceza Kanunu madde 83’te düzenlenen *Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi*” suçundan sorumlu tutulacak ve cezalandırılacaktır.

KAYNAKÇA

Altuntaş, Serap, **İlk Yardım Ve Acil Sağlık Hizmetleri Organizasyonu**, Atatürk Üniversitesi Yayınları, 2014.

Aşçıoğlu, Çetin, **Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara 1993.

Aşçıoğlu, Çetin, **Doktorların Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu**, Ankara,1982.

Bayraktar, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul,1972.

Belgesay, Mustafa Reşit, **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul-1954.

Cengiz, Serkan, **Maphusların Açlık Grevi Ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu**

Çakmut Yenerer, Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, 2003.

Çelikli, Semra, **Kuruluştan Bugüne Paramedik Eğitiminde Standardizasyon Çabaları Ve Kırılma Noktaları**, Hastane Öncesi Dergisi, Cilt 1-Sayı 2, Ekim 2016.

Çilingiroğlu Cüneyt, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul,1993.

Demir, Mehmet, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara 2010.

Dinçmen, Kriton, **Adli Psikiyatri**, Birlik Yayınları, İstanbul 1984.

Doğramacı, Gökhan Yakup, **Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği Ve Güven İlkesi**, Legal Yayıncılık, Eylül 2016.

Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C.II, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1997.

Ehlert, Kuhrt, Worin Liegt Der Grund Für Die Rechtmassigkeit Eines Arztlichen Eingrifiers, **Der Einwilligung Des Behandelten Oder Seines Vertreters Vorgenommenwird?**, Berlin 1909

Ekici Şahin, Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, Xıı Levha Yayınları, İstanbul 2012.

Engisch, Karl, “Arztlicher Eingriff Zuheilzwecken Und Einwilligung”, Zstw.58 (1939).

Acil Sağlık Hizmetlerinin Yapısı Ders Kitabı. T.C. Milli Eğitim Bakanlığı, Ankara 2011.

Er, Ünal, **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

Erbay, Hasan, **Hastane Öncesi Acil Tıpta Hastanın Müdahaleyi Reddetmesi: Kuramsal Değerlendirme Ve Bir Alan Çalışması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2012.

Ercan, İsmail, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**- Xıı Levha Yayınları, 10. Baskı İstanbul 2014.

Erdoğan, Nuri/ Kara, Mithat/ Hızal, Abdullah/ Arslan Hızal, Sevinç, Aydınlatılmış Onam: “Uygulama Ve Tıp Hukuku Açısından Sorunlar”, **Erciyes Tıp Dergisi**, Cilt:33, Sayı: 2, 2011.

Erman, Barış, **Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Feyzioğlu, Metin, Açlık Grevi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt 43, Sayı 1-4, Ankara 1993.

Gökcan, Hasan Tahsin, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2014.

Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Hakeri Hakan, **Tıp Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

İnceoğlu, Sibel, **Ölme Hakkı**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999.

Kalaca, Çağrı, **Tıbbi Girişimi Reddeden Hastanın Karar Verme Yeterliliğinin Değerlendirilmesi**, (Yayımlanmamış Aile Hekimliği Uzmanlık Tezi) Ankara 1994.

Korff, Duke, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, 2006 Sayı.8 S.19, Çeviren, Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Bata Yayınevi, 2012.

Özgenç, İzzet, **Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ceza Sorumluluk**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt. I, İstanbul, 2007.

Savaş, Halide, **Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin Yayınları 3. Baskı Ankara 2013.

Savcı, Bahri, **Yaşam Hakkı Ve Boyutları**, Ankara 1980.

Sütlaş, Mustafa, **Hasta Ve Hasta Yakını Hakları**, Çivi Yazıları, İstanbul, 2000.

Şenocak, Zarife, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, 1998.

Tacir Hamide, Altunkaş Aysun, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Ve Ötenazi Sempozyumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Ünver, Yener, **Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hakkın İcrası**, Alman Ceza Hukuku Açısından Tck'nın Kusur İlkesi, Ankara 2013.

Yaylacı Serpil, Cimilli Öztürk Tuba, Çelik Yılmaz Seda, **Acil Servise Ambulansla Başvuran Hastaların Aciliyetinin Retrospektif Değerlendirilmesi**, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, Nisan 2013.

Zevkliler, Aydın, **Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları**, 1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni, Dicle Üniversitesi

Zevkliler, Aydın, Havutçu, Ayşe, **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Eylül 2004.

Zıpf, Heinz, **Einwilligung Des Verletzten In Ihrer Strafrechtlichen Bedeutung**, Berlin 1884.