

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW



Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: III
Sayı: 2
Yıl: 2006

ÖZEL SAYI:

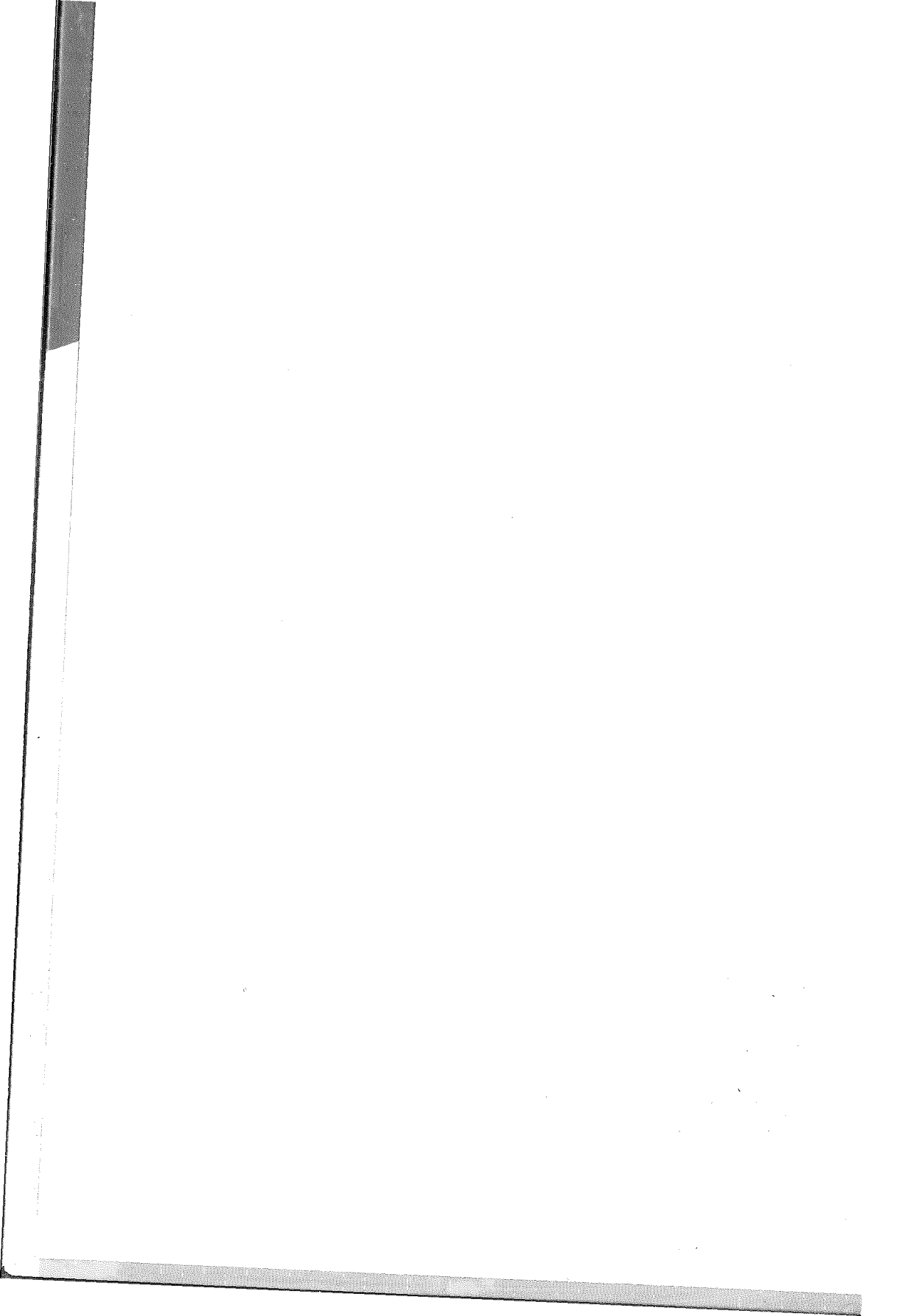
TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

SPECIAL ISSUE:

TURKISH - GERMAN SYMPOSIUM ON MEDICINE LAW



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

**ÖZEL SAYI:
TÜRK - ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU**

**SPECIAL ISSUE:
TURKISH - GERMAN SYMPOSIUM ON
MEDICINE LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi

Cilt: III Sayı: 2 Yıl: 2006.



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Editör / *Editor*

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışmanlar Kurulu / *Advisory Board*

Prof. Dr. Halûk KABAALIOĞLU, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge UMAR, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait GÜRAN, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / *Editorial Board*

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Marmara Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Erhan Adal, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halûk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Hayri Domaniç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Bundessocialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Köni, Yeditepe Üniversitesi İİBF

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Akile Gürsoy, Yeditepe Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi

Prof. Dr. Vakur Versan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Volkmar Gessner, Universität Bremen

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölüm Başkanı,

Anayasa Mahkemesi eski üyesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölüm Başkanı

Prof. Dr. Stefan Talman, Oxford Üniversitesi

Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ralf Alleweldt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sabih Kanadoğlu, Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hakan Uzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sultan Uzeltürk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Necla Güney Ağdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Heidelberg Max-Planck-Institute
Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yard. Doç. Dr. Salih Şahin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlanan hakemli bir dergidir.

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Dergiye yapılan atıflarda "YÜHFD" kısaltması kullanılmalıdır.

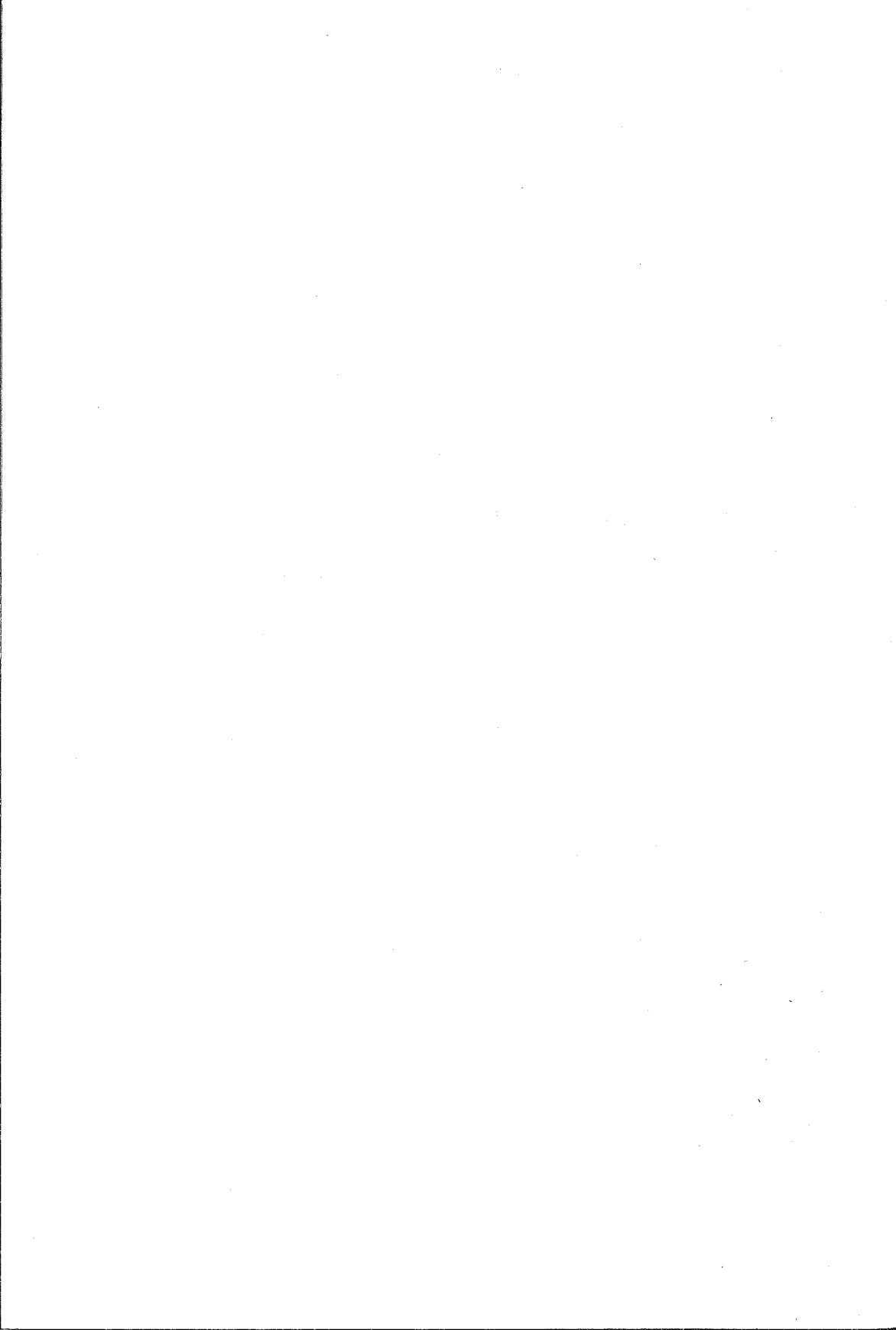


SUNUŞ

Altıncı sayısına ulaştığımız Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi'nin bu cildi 21-22 Nisan 2006 tarihlerinde Üniversitemizde gerçekleştirilen "Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu"nın tutanaklarını içermektedir. Sempozyumda sunulan tebliğler hekimin aydınlatma yükümlölüğü, ilgilinin rızası ve Türk-Alman hukukundaki bu konular ile ilgili güncel gelişmeler üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Sempozyum gibi, bu kitabı da, 2006 yılında kaybettiğimiz Hocamız Prof. hc. Dr. Cevdet Doğan İzbırak'ın anısına saygı, sevgi ve şükranla armağan ediyoruz.

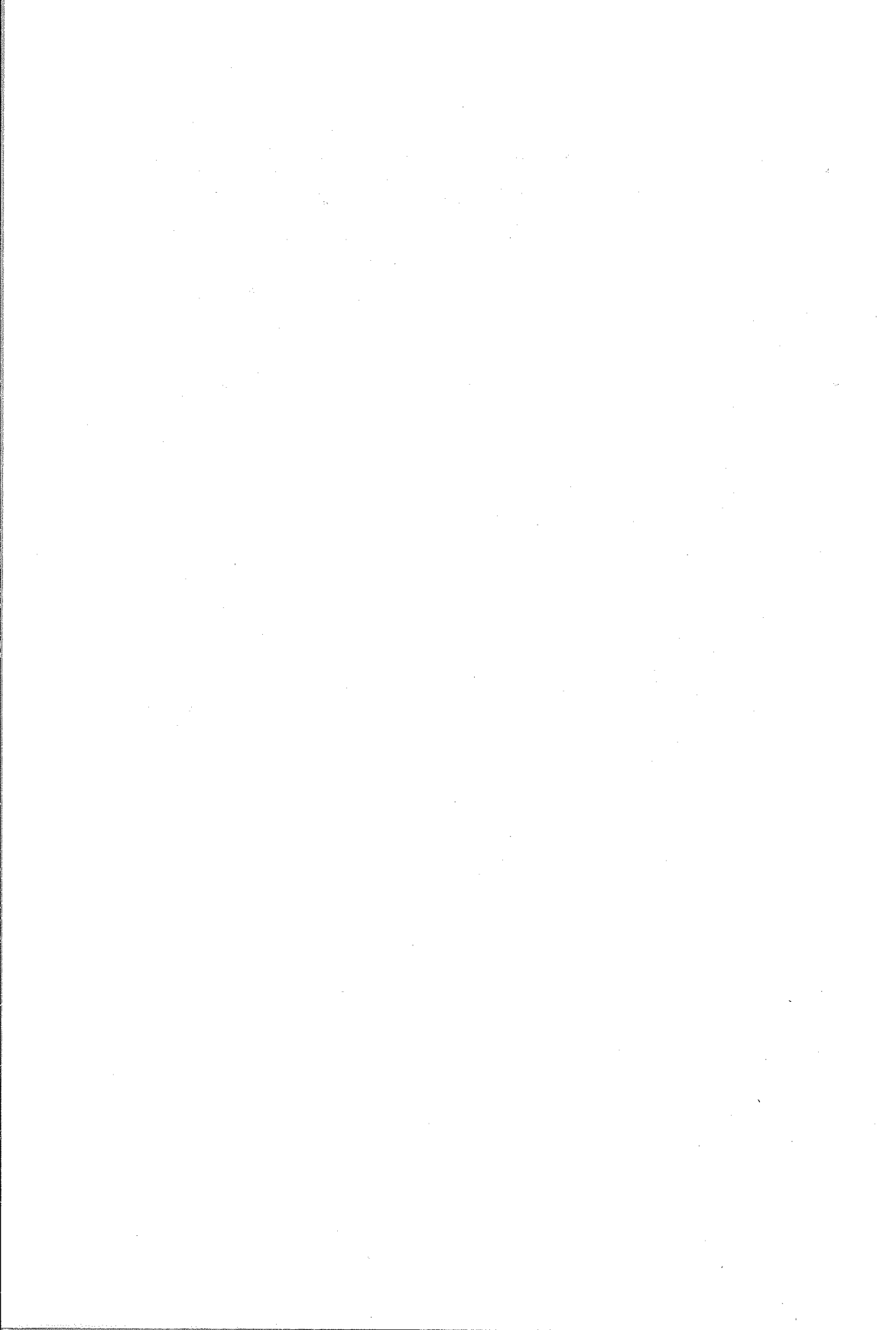
Yayın Komisyonu





Prof.hc.Dr. C. Doğan İzbırak

(1950 -)



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt : III Sayı : 2 Yıl : 2006

2. TÜRK – ALMAN TIP HUKUKU
SEMPOZYUMU :

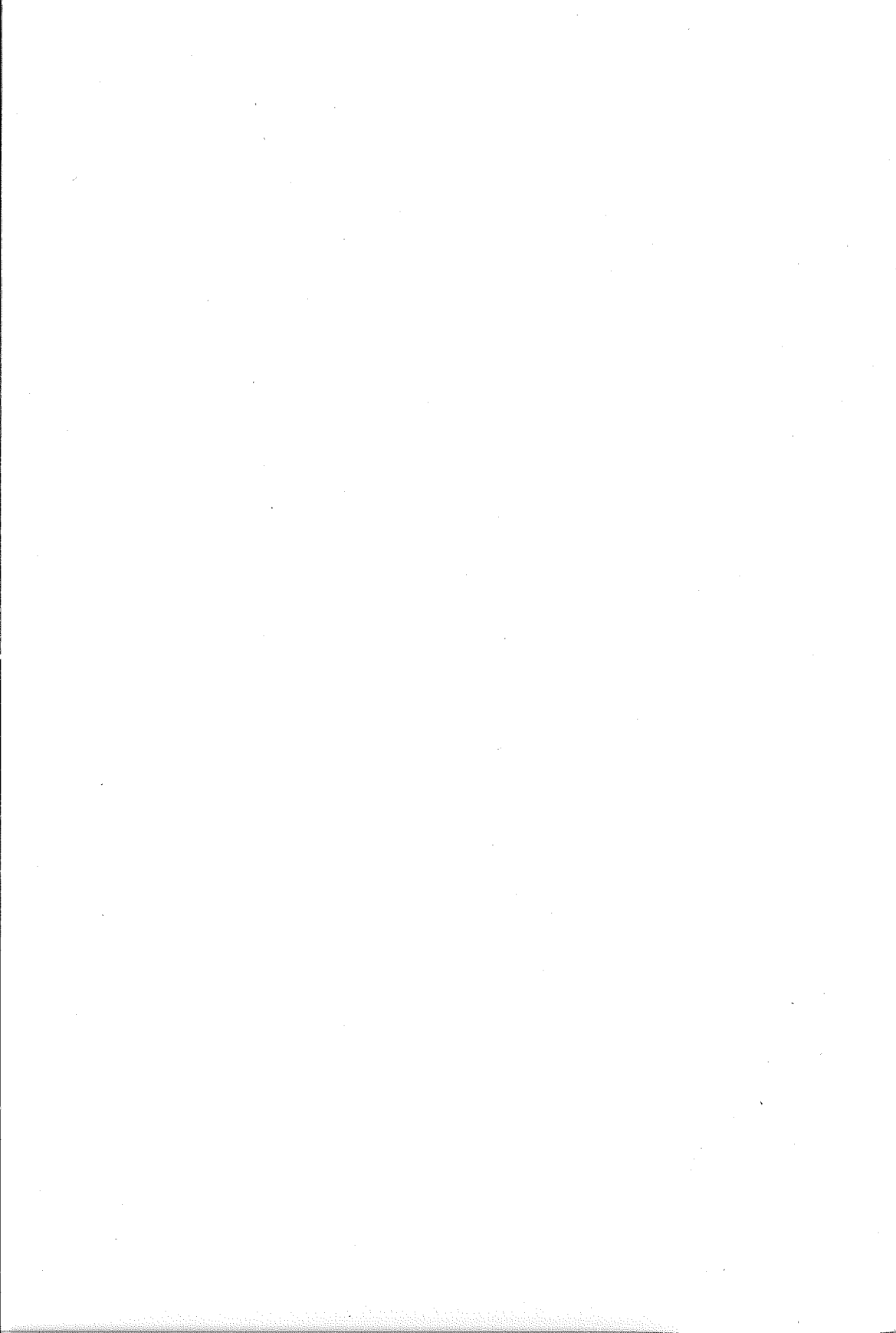
“HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ,
İLGİLİNİN RIZASI VE DİĞER GÜNCEL KONULAR”

İÇİNDEKİLER

HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....1	
ALMAN HUKUKUNDA HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ Prof. Dr. Gerfried FISCHER Çeviren : Araş. Gör. Efe DİRENİSA.....3	
DIE ÄRZTLICHE AUFKLÄRUNGSPFLICHT IM DEUTSCHEN ZIVILRECHT Prof. Dr. Gerfried FISCHER17	
TÜRK TIP HUKUKUNDA AYDINLATMA VE TIBBİ MÜDAHALELERDE BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZA ALINMASI YÖNETMELİĞİ TASLAĞI Doç. Dr. Hakan HAKERİ.....31	
RIZA GÖSTERME EHLİYETİNE SAHİP OLMAYANLARDA AYDINLATMA VE RIZA Prof. Dr. Henning ROSENAU Çeviren : Yard. Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ.....49	
AUFKLÄRUNG UND EINWILLIGUNG BEI NICHTEINWILLIGUNGSFÄHIGEN Prof. Dr. Henning ROSENAU.....59	
HEKİMLİK UYGULAMALARINDA AYDINLATILMIŞ ONAM İHLALLERİ (TTB -Yüksek Onur Kurulu Kararları) Doç. Dr. Faik ÇELİK.....71	
HASTANIN “MERHAMET DÜŞÜNCELERİYLE YANILTILMASI” (THOMAS MANN) HAKLI GÖRÜLEBİLİR Mİ? Prof. Dr. Gunnar DUTTGE Çeviren : Doç. Dr. Hakan HAKERİ.....83	

KANN EINE „BARMHERZIGE ILLUSIONIERUNG“ (THOMAS MANN) DES PATIENTEN GERECHTFERTIGT SEIN? Prof. Dr. Gunnar DUTTGE.....	91
ÖZEL SAĞLIK İŞLETMELERİNDE HASTANIN AYDINLATILMASI VE RIZASININ ALINMASI Yrd. Doç. Dr. Yahya DERYAL.....	101
HEKİMİN CEZA SORUMLULUĞU.....	149
YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL.....	151
YENİ TCK'DA HEKİMLER HAKKINDA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR Doç. Dr. Mahmut KOCA.....	159
İLGİLİNİN RIZASI.....	185
TIP CEZA HUKUKUNDA ÖZERKLİK, RIZA VE ETİK Prof. Dr. Brigitte TAG Çeviren : Doç. Dr. Yener ÜNVER.....	187
AUTONOMIE, EINWILLIGUNG UND ETHIK IM MEDIZINSTRAFRECHT Prof. Dr. Brigitte TAG.....	207
TÜRK TIP HUKUKUNDA RIZA Doç. Dr. Yener ÜNVER.....	227
İNSAN HAKLARI BAKIMINDAN ÖTANAZİ Doç. Dr. Sibel İNCEOĞLU.....	289
HEKİMİN SORUMLULUĞU DAVALARINDA DELİLLER VE İSPAT.....	307
YENİ CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NA GÖRE TIBBİ DELİLLER VE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ Prof. Dr. Feridun YENİSEY.....	309
BEDEN MUAYENESİ Doç. Dr. Ayşe NUHOĞLU.....	323
TÜRK MEDENİ USUL HUKUKUNDA TIBBİ DELİLLER Doç. Dr. Ali Cem BUDAK.....	337

TIBBİ DELİLLER VE YENİ CEZA MUHAKEMESİ KANUNU Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK.....	357
TRAFİK SUÇLARI BAĞLAMINDA BİLİMSEL DELİLLERİN İSPAT FONKSİYONU Yard. Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ.....	407
SUÇLARIN AYDINLATILMASINDA PARMAK İZİ Başkomiser İsmail GÜNEŞ.....	425



**JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume III No: 2 Year: 2006**

**2. TURKISH – GERMAN SYMPOSIUM
ON MEDICINE LAW**

**“PHYSICIAN’S DUTY OF CLARIFICATION, CONSENT OF THE
PATIENT AND OTHER CURRENT MATTERS”**

CONTENTS

PART ONE : PHYSICIAN’S DUTY OF CLARIFICATION.....	1
PHYSICIAN’S DUTY OF CLARIFICATION IN GERMAN LAW	
Prof. Dr. Gedfried FISCHER, University of Halle Faculty of Law.....	3
DRAFT TURKISH REGULATION ON PHYSICIAN’S DUTY OF CLARIFICATION AND OBTAINING CLARIFIED CONSENT BEFORE SURGERY	
Doç. Dr. Hakan HAKERİ, Selçuk University Faculty of Law.....	31
CLARIFICATION AND CONSENT OF PERSONS INCAPABLE OF GIVING CONSENT	
Prof. Dr. Henning ROSENAU, Ausburg University Faculty of Law.....	49
BREACH OF DUTY OF OBTAINING CLARIFIED CONSENT - PRECEDENTS OF THE HIGH DISCIPLINARY COMMITTEE OF TURKISH MEDICAL ASSOCIATION	
Doç. Dr. Faik ÇELİK, Türk Tabipler Birliği – Turkish Medical Association.....	71
CAN “MERCY LYING” (THOMAS MANN) TO THE PATIENT BE JUSTIFIED?	
Prof. Dr. Gunnar DUTTGE, Göttingen University Faculty of Law.....	83
CLARIFICATION AND OBTAINING CONSENT OF PATIENTS IN PRIVATE MEDICAL PRACTICE	
Yrd. Doç. Dr. YAHYA DERYAL, Black Sea University Faculty of Economics and Administrative Science.....	101

PART TWO : CRIMINAL LIABILITY OF PHYSICIANS.....149

CRIMINAL LIABILITY OF PHYSICIANS IN TURKISH CRIMINAL CODE
Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL, Galatasaray University Faculty of Law.....151

CRIMINAL SANCTIONS APPLICABLE TO PHYSICIANS IN TURKISH CRIMINAL CODE
Doç. Dr. Mahmut KOCA, Kadir Has University Faculty of Law.....159

PART THREE : CONSENT OF THE RELATED PERSON.....185

AUTONOMY, CONSENT AND ETHICS IN MEDICINE
Prof. Dr. Brigitte TAG, Zurich University Faculty of Law.....187

CONSENT IN TURKISH MEDICAL JURISPRUDANCE
Doç. Dr. Yener ÜNVER, Istanbul University Faculty of Laws.....227

HUMAN RIGHTS AND EUTHONASIA
Doç. Dr. Sibel İNCEOĞLU, Marmara University Faculty of Law.....289

PART FOUR : EVIDENCE IN MEDICAL LIABILITY CASES.....307

MEDICAL EVIDENCE AND EXPERT WITNESSES IN THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE
Prof. Dr. Feridun YENİSEY, Bahçeşehir University Faculty of Law.....309

INSPECTION ON HUMAN BODY
Doç. Dr. Ayşe NUHOĞLU, Marmara University Faculty of Law.....323

MEDICAL EVIDENCE IN TURKISH CIVIL PROCEDURE
Doç. Dr. Ali Cem BUDAK, Yeditepe University Faculty of Law.....337

MEDICAL EVIDENCE AND THE NEW CODE OF CRIMINAL PROCEDURE
Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK, Dokuz Eylül University Faculty of Law.....357

FUNCTION OF SCIENTIFIC EVIDENCE RELATING TO ROAD TRAFFIC CRIMES
Yard. Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ, Istanbul University Faculty of Law.....407

FINGER PRINT IN CRIMINAL EVIDENCE
Başkomiser İsmail GÜNEŞ, Chief Police Officer,
Bursa Police Department.....425

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayınlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergide yayınlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.
3. Dergimize yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar Microsoft Word (98 ve üzeri versiyonlar) programında yazılmalıdır.

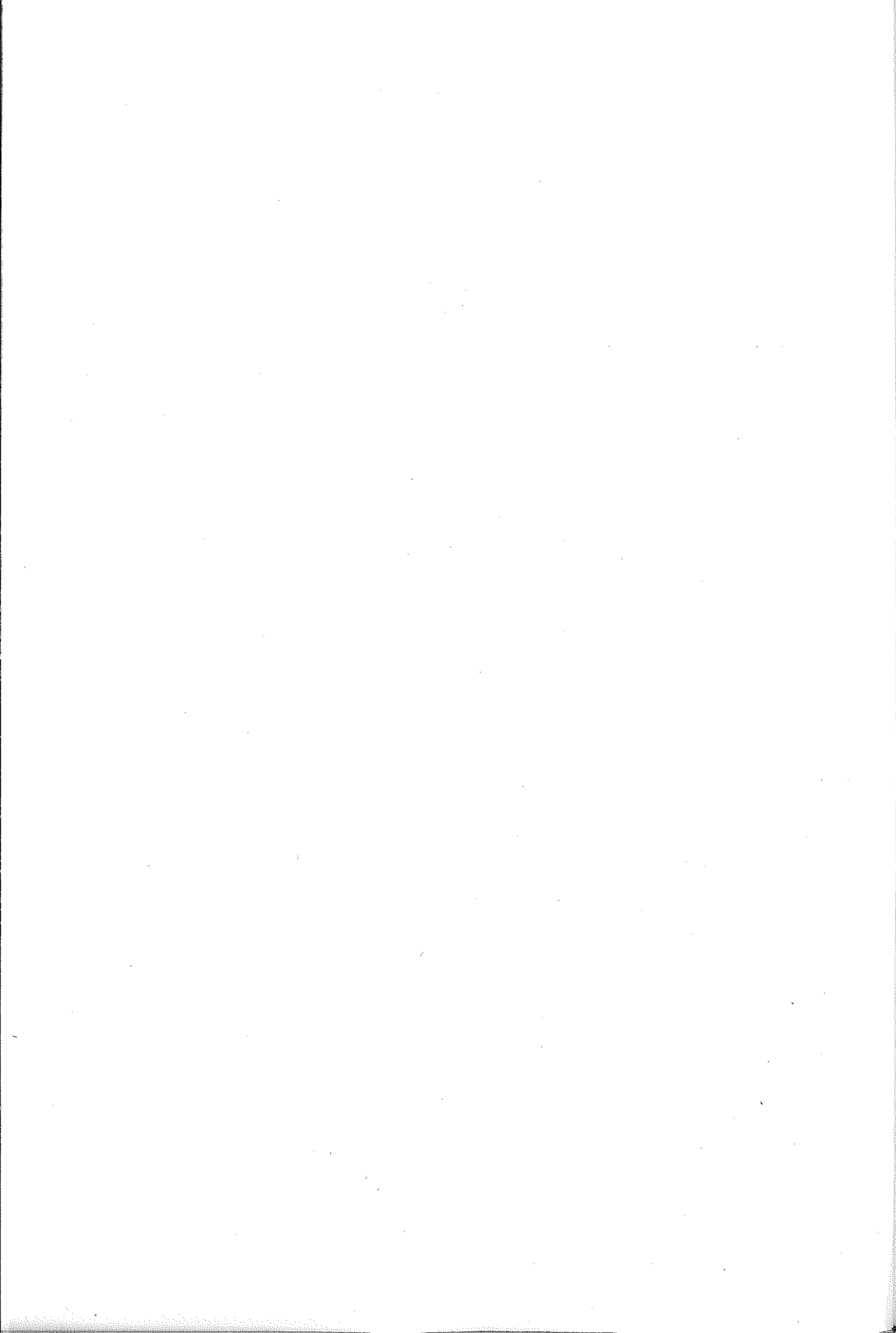
Yazıların teknik formatı şu şekilde olmalıdır:

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

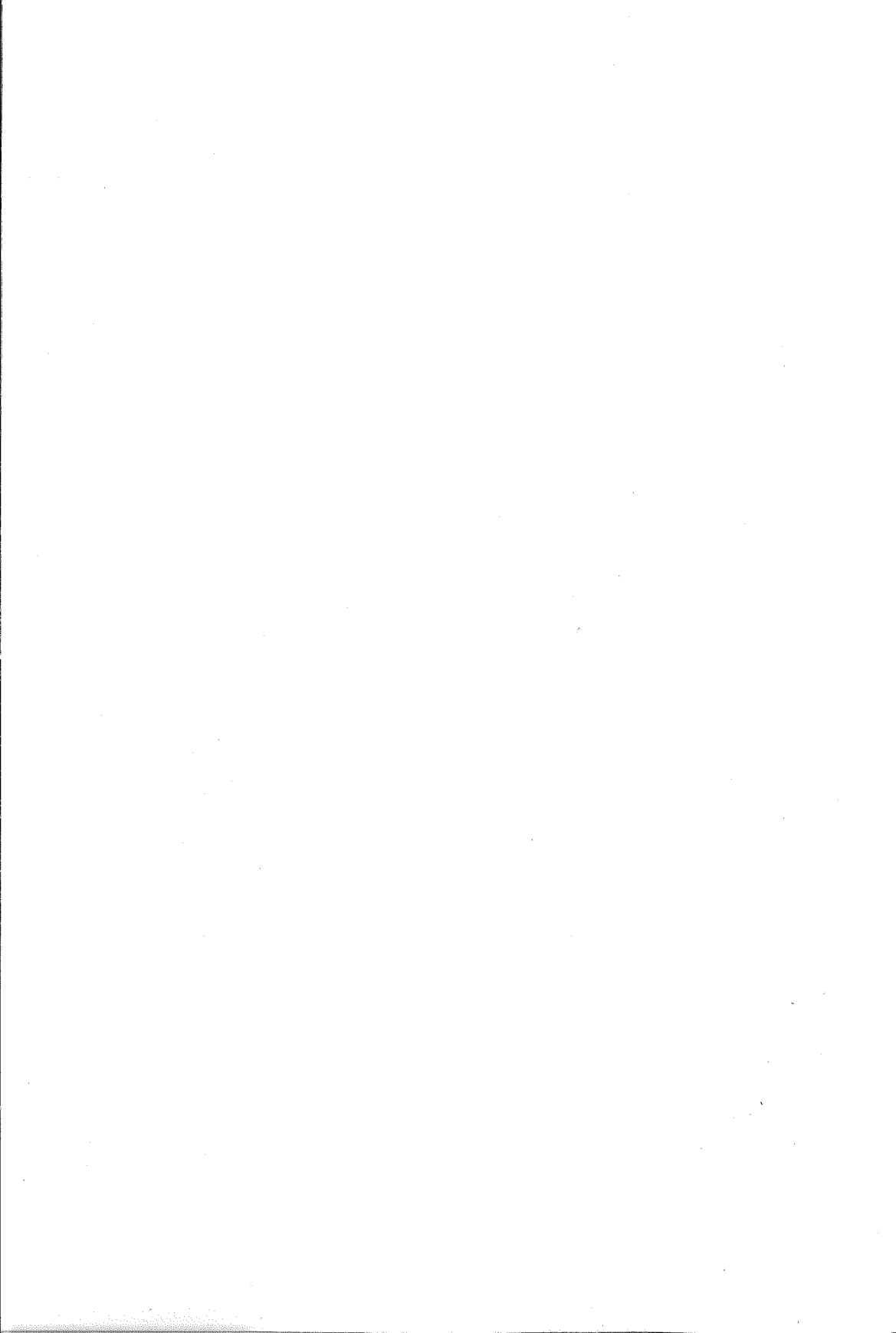
Metin: Times New Roman, 12 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

5. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adını, ünvanını, çalıştığı kurumu, açık adresini, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon ve faks numaralarını, e-posta adresini içerir bir bilgi kağıdı da teslim edilmelidir.
6. Her yazı, kaydedildiği bir diskette birlikte (ve başlığının İngilizce çevirisi de eklenmek suretiyle) A-4 boyutunda ve iki nüsha olarak teslim edilmelidir.
7. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, disketteki biçimiyle "basılmaya hazır olarak" verildiği kabul edilir.
8. Yayın Kurulunda ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine yada yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir.
9. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, yayım kurulunca, tekrar hakeme gönderilebilir.



**HEKİMİN AYDINLATMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜ**



ALMAN HUKUKUNDA HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Prof. Dr. Gerfried FISCHER^(*)

Çev.: Araş. Gör. Efe DİRENİSA^(**)

I. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Anlamı ve Kapsamı

Olay 1: Sezeryanla doğum yapma seçeneği konusundaki aydınlatma yükümlülüğü – BGH NJW 2004, 3703

Martha Müller, ikiz çocuklara hamile olarak, hamileliğinin 38. haftasında Üniversite Kadın Hastalıkları Kliniği'ne geldi. Doğum için hesaplanan tarih iki hafta sonra idi ve Martha bu hususta beklemeye razı oldu. Normal doğum yolu her iki çocuk bakımından da ciddi riskler taşıdığından, derhal sezeryan yolu ile doğumun yapılması gerekmekte idi. Martha'nın bu bağlamda durumu hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediği konusu tartışmalıdır. Doğum ile birlikte, ikiz çocuklardan bir tanesinin oksijen eksikliği sebebiyle zaten öldüğü ayrıca diğer çocuğun da yine aynı sebepten ağır biçimde zarar gördüğü ortaya çıkmıştır. Doğru zamanlı bir sezeryan sonucu herhangi bir zarar doğmayacak idi ise, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan söz konusu zararlar talep edilebilir mi?

1. Anlamı ve Türü

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün iki ayrı amacı vardır. Bir yönden her tıbbi müdahalede, Federal Alman Anayasası madde 1 I ve madde 2 I, II, bent 1 ile korunan hastanın "Kendi Kaderini Tayin Hakkı" bakımından bir onayı (muvafakati) söz konusudur. Hastanın neye onay

^(*) Martin-Luther-Universität Halle / Wittenberg.

^(**) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

verdiğini bilmesinin sağlanması bakımından, hasta önceden tıbbi müdahale açısından bilgilendirilmelidir. Burada “Tıbbi Müdahale” ya da “Kendi Kaderini Tayin Hususundaki Aydınlatma”dan bahsediyoruz. Bu kavramların en belirgin özelliği “risk” konusunda sağladıkları aydınlatma ile mahkeme uygulamasında oynadıkları temel önemi haiz roldür. Aydınlatma yükümlülüğünün bir diğer şekli ise “Tedaviye Ait” ya da “Güvenlik Bildirimi Aydınlatması”dır. Bu kavramın amacı ise hastayı tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirmek ile hastalığın iyileşmesinin teşviki ya da sağlığı tehlikeye sokabilecek hususların önlenmesinin sağlanması bakımından gerekli hareket tarzlarının hastaya gösterilmesidir. Olay 1’de, normal doğum şekli herhangi bir tıbbi müdahale olmadığından dolayı sezeryanın gerekliliği ya da sezeryanın da mümkün olduğu konusunda tedaviye ait aydınlatmanın mevcut olduğundan bahsedilebilir. Ancak normal doğum yolu ile hem anne hem de çocuk için belirli tıbbi müdahale riskleri olduğundan, söz konusu aydınlatmanın bu doğumda yapılmaması Alman Temyiz Mahkemesine göre kendi kaderini tayin hususundaki aydınlatma yükümlülüğünün ihlalidir. Ancak belirtmek gerekir ki sezeryan imkânının varlığı hususundaki aydınlatma yükümlülüğü her doğum olayında mevcut olmayıp, aksine sadece belirli önemi olan tıbbi bulguların tesbiti durumunda mevcuttur.¹ Olayımızda, bahsi edilen bulgular mevcuttur.

2. Güvenlik aydınlatması = Tedaviye ait aydınlatma

Olay 2: Kısırlaştırmaya rağmen oluşan hamilelik – Alman Temyiz Mahkemesi Kararı NJW 1981, 2002 = JR 1981, 499 m. Anm. Fischer

Franz ve Frieda Frucht üçüncü çocuklarını dünyaya getirdikten sonra başka çocuk yapmama konusunda hemfikir oldular. Frieda bu nedenle hekim Gynec’in önerisi olan “dügüm atma” yolu ile kısırlaştırma konusunda karar kıldı. Buna rağmen aradan geçen ikibuçuk yıl sonunda tekrar hamile kaldı. Frieda tıbbi müdahalenin hatalı olduğunu iddia etti. Buna karşılık hekim Gynec bu iddiayı reddetti ve az da olsa bir yanılma payının ve de sonradan oluşabilecek rekanalizasyon durumunun her zaman mevcut olduğuna işaret etti. Eşler ise olayın bu şekilde gerçekleşmediğini; kendilerinin hekimin bahsettiği olasılıklar açısından

¹ Koblenz İstinaf Mahkemesi NJW-RR 2004, 534.

aydınlatılmadıklarından dolayı kısırlaştırmanın etkili bir yöntem olduğuna güvendiklerini belirttiler. Buradaki hukuki durum nasıldır?

Tedaviye ait aydınlatma yükümlülüğünün yelpazesi geniştir. Mesela bir hekim, bir kalp hastalığında elektrokardiyogram verilerine dayanarak hastaya ağır spor aktivitelerinden kaçınması gerektiği konusunda bilgi vermelidir.² Kısırlaştırma tıbbi müdahalesi ise bazen başarılı bir sonuç sağlayamamaktadır ve bu nedenle kendisine bu tıbbi müdahalede bulunulan bir hasta gerekli kontroller konusunda bilgilendirilmelidir³ ya da Olay 2'de olduğu gibi başarısızlık veya sonradan ortaya çıkabilecek rekanalizasyon riskleri bakımından aydınlatılmalıdır.⁴ Güvenlik ile ilgili aydınlatma yükümlülüğüne karşı oluşan ihlaller, hekimin mesleki kusuru olarak değerlendirilecektir.⁵ Her şeyden önce böyle bir değerlendirme, ispat yükü bakımından önemi haizdir. Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmediğini hasta ispat etmelidir;⁶ zira yerine getirilmeyen bu yükümlülük asli olmayıp, tali bir nitelik taşımaktadır. Olay 2'de bu nedenle hekim normal bir düğüm atma yolu ile bir kısırlaştırma yapmış olduğunu ispat etmeli idi. Eşler ise buna karşılık gerektiği şekilde aydınlatılmamış olduklarını kanıtlamalı idiler. Bunun için Alman Temyiz Mahkemesine göre yazılı bir onayın bulunmaması yeterli olabilecektir. Aynı şekilde hasta usulüne uygun aydınlatılsa⁷ idi, bu aydınlatma uyarınca buna uygun davranacağını ispat etmelidir. Bunu yaparken ilk görünüş ispatı⁸ yeterli olacaktır. Ayrıca, zararların yeterli (doğru)

² Köln İstinaf Mahkemesi VersR 1992, 1231 (Kanu kullanırken ölen bir hasta ile ilgili sorumluluk).

³ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1992, 2961.

⁴ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1981, 630; 1981, 2002; Oldenburg İstinaf Mahkemesi VersR 1994, 1348.

⁵ BGHZ 126, 386, 388 = NJW 1994, 3012; 107, 222 = NJW 1989, 2318.

⁶ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1981, 2002, 2003 f. = JR 1981, 489 m. Anm. Fischer. Köln İstinaf Mahkemesi VersR 2001, 66 – Memeden yumru alınması konusundaki gereklilik hususundaki aydınlatma, hasta tarafından ispat edilmeli idi. Ancak gerekliliğin olmadığı şeklindeki bir iddiayı hekim ispat etmelidir.

⁷ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1989, 2320 = VersR 1989, 700 – Rhesus alyuvar antikörlerinin oluşması ihtimali hakkında bilgi verilmemesi halinde, kadın hasta, muayeneden sonra kendisinin, ilaç antikör üretmesine yol açmış olmasına rağmen %1,6 ila % 5 arasında risk taşıyan gruba dahil olmadığını anlamasını sağlayacak şekilde bilgilendirilmiş olması halinde, %80 ihtimalle sağlıklı bebek dünyaya getirebilecek olmasına karşın kısırlaştırılmayı tercih edecek olduğunu ispat etmelidir.

⁸ Stuttgart İstinaf Mahkemesi VersR 1996, 979. Stärker Spickhoff NJW 2000, 848, 849; Mükö-Roth⁴ § 242 Rn. 313; Aydınlatma ile ilgili yerinde hareket etmiş olma hususundaki illiyet bağı.

aydınlatma olsa idi, hiç oluşmayacağı konusunda da ispat gereklidir. Tedaviye ait aydınlatma değil ancak, kendi kaderini tayin hususundaki aydınlatmada, yargı kararları, bir tıbbi müdahalenin ne kadar önemli olduğu; hayati olup olmadığı⁹ konusu üzerinde durmaktadır. Buraya kadar anlatıldığı üzere, normal doğum yolu veya sezeryan¹⁰ ve başkasından alınan kan veya kişinin kendi kanı kullanılarak yapılan kan nakli¹¹ örnekleri bu doğrultuda verilebilir.

3. Güvenlik aydınlatması = Tedaviye ait aydınlatma

Olay 3: Retroskopi, ağırlı ve riskli – BGHZ 90, 96 = NJW 1984, 1395

Karl Kläglich, bölge hastanesinde kalçasındaki nedeni bilinmeyen ağrılar sebebi ile muayene edildi. Herhangi bir tümör şüphesinin ortadan kaldırılması için kendisine, kalın bağırsağın (kolonun) delinmesi yolu ile retroskopi uygulandı. Bu operasyon bazı komplikasyonlara neden oldu. Kläglich, dayanılmaz ağrılar içerebilen bu operasyon hakkında, gerek operasyonun yöntemi, gerek mevcut olan riskler bakımından aydınlatılmadığından dolayı hem maddi hem de manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Kendi kaderini tayin hakkı hususundaki aydınlatma, daha önce de belirtildiği üzere, hastanın tıbbi müdahale konusunda muteber onayının oluşması için adeta bir ön şart niteliği taşır. Bundan dolayı bu kavram “Tıbbi Müdahaledeki Aydınlatma” şeklinde de tanımlanmaktadır.¹² Verilecek bilginin içeriği bakımından ise farklı aşamalar söz konusudur; bunlar, teşhis, uygulama ve risk konularındaki aydınlatmalardır.

a) Normal bir tıbbi müdahale çerçevesinde “Teşhis Hususundaki Aydınlatma” ancak hastanın karar vermesi için önem taşınması halinde gereklidir.¹³ Mesela son aşamasına gelmiş bir kanser hastalığında artık herhangi bir tıbbi müdahalenin mümkün olmadığından hareketle, böyle bir durumda hastanın yararı gözetilmeli, bunun için aydınlatma derhal

⁹ Oldenburg İstinaf Mahkemesi VersR 1998, 57.

¹⁰ BGHZ 106, 153 = NJW 1989, 1538; NJW 1992, 741 = VersR 237; NJW 1993, 2372 = VersR 1993, 703.

¹¹ BGHZ 116, 379 = NJW 1992, 743.

¹² Steffen/Dressler⁸, Rn. 323.

¹³ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht⁵, Rn. 204.

yapılmamalıdır.¹⁴ Aksi halde hasta bu durumdan daha çok zarar görecektir, zira söz konusu aydınlatma kendisi için bir çare getirmemektedir.

b) Bir diğer aşama ise, “Uygulama Aşamasındaki Aydınlatma”dır. Bu kavram iki yönü ile tıbbi müdahalenin uygulanmasına ilişkindir. İlk olarak, tıbbi müdahalenin şekli, kapsam ve sonuçları ile ilgilidir. Diğer taraftan tıbbi müdahalenin yapılmaması ile ortaya çıkacak sonuçlar ile ilişkilidir. İlk yönü ile hastayı bekleyen (Olay 3’de olduğu gibi) dayanılmaz veya uzun süreli ağrıların mevcudiyeti konusunda bilgilendirilmiş olması gerektiği gibi, mesela başka bir durumda hastayı incitebilecek cihazların kullanımı ya da cinsel yaşamın etkilenmesi¹⁵ veya yapay bir anüsün¹⁶ operasyon sonrası kullanımı gibi hallerde bilgilendirme gereklidir. Keza, tıbbi müdahalenin kapsamının genişliği¹⁷ de, şayet hekim tarafından hastaya tam olarak açıklanmamış ise yine bilgilendirme gerekliliğine bir örnek sayılır. Tıbbi müdahalenin yapılmaması ile ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda, mesela, tıbbi müdahale ile göğsü alınacak bir hastaya, müdahaleden önce, eldeki verilere göre müdahale sonrası sıkı kontroller¹⁸ sağlanarak bekleneceği söylenerek hastanın kanserin tekrarlaması konusundaki endişelerinin yersiz olduğu açıklanabilir. Sadece, riskin ne kadar yüksek olduğu ve başarısızlık durumundaki sonuçların ne kadar ağır olduğunu bilen bir hasta, tıbbi müdahalenin yapılması ya da yapılmaması konusundaki doğru kararını oluşturabilecektir.¹⁹

¹⁴ Deutsch, aaO. Rn. 249; Laufs in: Laufs/Uhlenbruck², § 63 Rn. 13; enger Steffen/Dressler⁹, Rn. 389.

¹⁵ Karlsruhe İstinaf Mahkemesi VersR 1989, 1053.

¹⁶ Steffen/Dressler⁹, Rn. 330.

¹⁷ Bamberg İstinaf Mahkemesi VersR 1998, 1025 – Tekrarlayan derinin altındaki (Melanom) Lymphknotendissektion (lenf tümörü) halinde kasıktan dizin iç tarafına kadar olan kısımda uygulanan operasyon sonucunda hastada dışkı tutamama durumu ile operasyon bölgesinden kaburgalara kadar şiddetli ağrılar ortaya çıkmıştır.

¹⁸ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1992, 2354; 2355; 1998, 1784, 1785, benzer bir karar: Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1997, 1637 – Rahim operasyonu ile ilgilidir.

¹⁹ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1981, 633 – Topukta yapılan nasır operasyonunda kullanılan bir plastik madde sebebi ile oluşabilecek, yaranın genişlemesi ve hareket kabiliyetindeki sınırlanmalar konusunda gerekli aydınlatma yapılmamıştır; Stuttgart İstinaf Mahkemesi VersR 1981, 691; Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1987, 1481 – Kalça çıkığı sebebi ile maruz kalman ağrıları nedeniyle yapılan bacak kısaltılması operasyonu şiddetli ağrılara sebebiyet verebilmektedir. Koblenz İstinaf Mahkemesi MedR 05, 292 – Tiroit bezinden bir yumrunun alınması sonucu ameliyattan sonra devam eden nefes alma şikâyetleri, aynı zamanda tehlike de içermektedir.

c) Tıbbi müdahalenin yapılmaması, tıbbi müdahale konusundaki seçeneklerden sadece biridir. Tıbbi müdahale konusundaki seçenekler, uygulama aşamasındaki aydınlatma yükümlülüğünden sayılırlar ve buraya kadar bu seçenekler tıbbi müdahalenin yapılış biçimi veya normal sonuçları ile ilgili idiler. Mesela sezeryan yolu ile gerçekleşen doğumlarda, normal doğum yolundan farklı olarak bir anestezi gereklidir. Ayrıca vücudun içi ve dışında olmak üzere yara izleri kalmaktadır. Sıklıkla bu seçenekler farklı riskler taşımaktadırlar ve böylece kendimizi risk konusundaki aydınlatma noktasında bulmaktayız. Mesela omurlar arası disk operasyonunun gerekliliğinin, imkân, konservatif tedavi imkânlarının da mevcut bulunması sebebiyle, nisbi olması böyledir.²⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, tıbbi müdahalenin yapılış şeklini belirleme konusundaki seçim hakkı prensip olarak hekime aittir ve hekime kendi tercih yöntemi uygulamak konusunda imkân verilmelidir.²¹ Bu nedenle mahkeme kararları da kısmen bu husustaki aydınlatma yükümlülüğünü kabul etmemiştir.²² Fakat bu durum ancak sonuçlar ve riskler aynı ya da benzer olduklarında haklı gösterilebilir.²³ Mesela genel anestezi ya da omuriliğe uygulanan bir lokal anestezi arasında böyle bir benzerlik söz konusu olmaz, zira genel anestezi kalp sektesi riski taşımaktadır ancak diğeri felç tehlikesini beraberinde getirmektedir.

d) Aydınlatma yükümlülüğünün ihlallerinden, risk konusundaki aydınlatma yükümlülüğü ihlali, yüksek mahkemeler tarafından verilen kararlarda en önemli konumda yer almaktadır. Tartışmalı olan riskleri tek tek anmak bu tebliğin kapsamını aşar. Burada sadece temel noktalar ele alınacaktır. Her şeyden önce, olası bir sınırın (yüzde veya binde olarak) altında kalacak risklerin, aydınlatma yükümlülüğü bakımından istisna

²⁰ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 2000, 1788.

²¹ S. o. MedR I § 3 IV 3 a

²² Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1986, 780 = VersR 1986, 342 – Ayak parmağındaki kırık ile ilgili koruyucu operasyon; Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1982, 2121 – Üst uyluk kemiğindeki kırık nedeniyle platin takılması operasyonu, o. Fall 15.

²³ Karlsruhe İstinaf Mahkemesi MedR 2003, 229 – Diş operasyonunda Hueter/Mayo; başka bir tedavi yöntemindeki riskler aynı ya da daha yüksek ise; aydınlatma yükümlülüğü kabul edilmemiştir. Frankfurt İstinaf Mahkemesi VersR 2004, 1053 – Çift taraflı strumektomi operasyonu (guatr operasyonu) ile ilgili olarak, operasyonun sonradan hastalığın değişim göstererek iki taraflı yapılması korunabilecek bir durum olsa da tek taraflı operasyon bakımından aydınlatma yükümlülüğü mevcuttur, zira ses tellerinin felç olma tehlikesi mevcuttur.

teşkil edecek olmasını engellemek açısından yargı içtihatları tutarlı bir tutum sergileyerek herhangi bir sınır öngörmemiştir. Bir aşı uygulanması²⁴ olayında, aydınlatılmamış olan bir çocuğa, çocuk felci aşısı yapılmış ve çocuk bu nedenle çocuk felcine uğramıştır. Bu olayda genel olarak enfeksiyon riski 1/15.500.000 olmasına rağmen Alman Temyiz Mahkemesi burada bir bilgi verme yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre orada mevcut olan güvenlik ile ilgili aydınlatma yükümlülüğü, risk konusundaki aydınlatma yükümlülüğünden daha katıdır, zira sonuçlar oldukça ağır zararlara sebep olmakta idi ve söz konusu aydınlatma sadece enfeksiyonun varlığı ve gerekli ön tedbirlerin alınabilmesi konusunda olmalı idi. Ayrıca bu olayda sadece genel olarak bir enfeksiyon riski söz konusu olmayıp, bunun yanında özellikle tehlikede bulunan bir kişi, ki kendisi davacıdır, mevcuttur. Olay kendisine aşı uygulanmış olan bir yetişkin ile ilgili değildir. Kararda ayrıca, olayın kendi kaderini tayin konusundaki aydınlatma ile ilgili olmadığı belirtilmiştir. Risk konusundaki aydınlatma bakımından ilgili karardaki bazı önemli görüşleri burada belirtmek yararlı olacaktır:

İlk olarak, önemli olan genel anlamdaki risk değil, belirli bir tıbbi müdahalede yer alan risktir. Örnek olarak, müdahalenin hastanın başvurmuş olduğu hastanede yapılmasının daha yüksek bir risk taşıdığı ortaya çıkabilir ki, bu durumda bu husus aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına girer.²⁵ Risk konusundaki aydınlatma bir hastanedeki hiçbir tıbbi müdahalenin başarısızlığa uğramamış olması sebebi ile ihmal edilmemelidir.²⁶ İkinci olarak önemli olan nokta, öngörülen bir tıbbi müdahalede tipik bir riskin mevcut olup olmadığıdır ki bu riskin çok nadir görülmesi de bir değişiklik yaratmaz. Örnek olarak safra kesesi operasyonunda böyle bir risk mevcut olabilir. Üçüncü olarak, sonuçların ağırlığı önem taşımaktadır.²⁷ Birçok operasyon²⁸ aynı zamanda omurilik felci riski

²⁴ BGHZ 126, 386; aynı doğrultuda Alman Temyiz Mahkemesi NJW 2000, 1784, 1785 (Bir aşılama halindeki risk için 1 : 4,4 Mio.) = JZ 2000, 898 m.Anm. Deutsch

²⁵ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1980, 1905; Celle İstinaf Mahkemesi VersR 1981, 1184; 1982, 1142.

²⁶ Koblenz İstinaf Mahkemesi VersR 04, 1564 – Kalça displazisi ile ilgili başarısız bir operasyon.

²⁷ Deutsch, Medizinrecht⁴ Rn. 120; österr. OGH JBl 1995, 453.

²⁸ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1984, 2629; 1989, 1549; 1991, 2344; 1991, 2346; İstinaf Mahkemesi Oldenburg VersR 1997, 978.

taşıdığından ve bunun için alınacak geniş tıbbi önlemler²⁹ mevcut olduğundan bu hususların, çok ender ortaya çıkıyor olsalar dahi, belirtilmeleri gereklidir. Sonuçların ağırlığı ise hastanın kendisine bağlıdır.³⁰ Bir şarkıcı veya öğretmen için ses teli (gırtlığı), ticaretle uğraşan bir kimseye nazaran hayati önem taşır. Dördüncü olarak operasyonun aciliyeti ve aydınlatmanın kapsamı arasındaki karşılıklılık durumunu belirtmek gerekir.³¹ Hayati önem arz eden olaylarda, aydınlatma en az düzeye inebilir, ancak zorunlu olmayan müdahaleler bakımından tam bir aydınlatma gereği³² mevcuttur. Bu tür operasyonlara örnek olarak estetik³³ operasyonlar; bilimsel deneyler;³⁴ organ, doku ve kan bağışları³⁵ ile birçok durumda sterilizasyon ve çocuk düşürme halleri³⁶ verilebilir.

II. Aydınlatmanın Uygulanması

1. Aydınlatmanın şekli

Aydınlatma konusunda genel bir şekil şartı mevcut değildir. Açıklayıcı broşürler ile aydınlatmanın gerçekleşip, gerçekleşmeyeceği mahkemelerce tartışılmaktadır. Bazı mahkeme kararlarında, aydınlatma ile ilgili bir “konuşma” aranırken³⁷, bazı kararlarda hastaya soru sorma imkânının verilmesi yeterli görülmektedir.³⁸ Alman Temyiz Mahkemesi, 15. 2. 2000 tarihli bir kararında çocuk felcine karşı uygulanan ve ağız yolu ile verilen aşı hususunda, felç riskine karşı açıklama içeren bir bro-

²⁹ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1995, 2410; 1996, 777.

³⁰ Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 105 ff.; Steffen/Dressler⁸, Rn. 330.

³¹ Laufs, Arztrecht⁵, Rn. 200; ders., in: Laufs/Uhlenbruck², § 63 Rn. 6.

³² Bremen İstinaf Mahkemesi VersR 2004, 911 – Excimer laser uygulanan bir göz operasyonunda -6 dioptr'e kadar olan kusurlar bilinmektedir. Fakat -20 bilinmemektedir ve bu nedenle operasyon olağan, gösterilen biçimde değildir. Ametropik şekilde mevcut olan görme bozukluğu sebebi ile oldukça artan risklerden dolayı gerekli aydınlatma yerine getirilmemiştir.

³³ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1991, 2349; Oldenburg İstinaf Mahkemesi VersR 1998, 854; Düsseldorf İstinaf Mahkemesi VersR 1999, 61.

³⁴ Deutsch, Medizinrecht⁴, Rn. 537; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck², § 65 Rn. 12.

³⁵ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck², § 131 Rn. 22; Zweibrücken İstinaf Mahkemesi NJW 2005, 74 – Aydınlatma yükümlülüğü sadece tahrip olan sinirlerin iltihaplanması olasılığı bakımından değil, ayrıca kalıcı bedensel tahribatlar ile buradaki kronik hale gelen sinirsel ağrılar yönünden de gereklidir.

³⁶ Vgl. Fischer/Lilie (Fn. 2), S. 45 f. m. rvgl. Nachw.

³⁷ Köln İstinaf Mahkemesi VersR 1992, 754; Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1994, 793.

³⁸ Münih İstinaf Mahkemesi VersR 1993, 752 m.krit. Anm. Schlund.

şürün söz konusu olmasını yeterli görmüş,³⁹ bu görüşü öğretilerde benimsenmemiştir.⁴⁰ Zweibrücken İstinaf Mahkemesi ise bir kararında⁴¹ bir kan bağışısı olayında, bağışlanan bakımından aydınlatmanın gerekliliğini işaret etmiş ve bu karar benimsenmiştir.⁴² Aynı doğrultuda Alman Temyiz Mahkemesi Mart 2005 tarihli bir kararında reçeteyi yazan hekim tarafından verilen bir ilacın yan etkilerinin, üretici firmanın sağladığı ve yan etkiler konusunda bilgi içeren prospektüsten ayrı olarak belirtilmesi gerekliliğini işaret etti.⁴³ Aydınlatmanın ispat edilebilmesi için tüm ilgili risklerin açıklayıcı biçimde yazılı hale getirilmesi yararlı olmakla beraber kesinlikle bu konuda bir zorunluluk yoktur. Gerekirse tarafların sorgulanması yolu ile de sağlanabileceği, genel olarak hekim tarafından gerçekleştirilen aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olan bir konuşma hususundaki inandırıcı olan bir beyan ispat konusunda yeterli olacaktır.

2. Aydınlatılan ve aydınlatan

Aydınlatılması gereken kişinin kendisi olup, eşi ya da başka bir aile mensubu değildir.⁴⁴ Ayırt etme gücüne sahip reşit olmayan küçükler de kendileri aydınlatılırlar. Ancak ağır tıbbi müdahaleler bakımından aileleri de bu kapsamda sayılırlar.⁴⁵ Aydınlatma yükümlülüğü tıbbi müdahaleyi bizzat yürüten hekime aittir. Hekim başkalarını görevlendirse dahi kontrol yükümlülüğü devam eder. Aydınlatmayı yapan, aydınlatmadaki kusur sebebi ile de bizzat sorumludur.⁴⁶ Birkaç hekimin ya da kliniğin beraber yürüttüğü çalışmalarda ise, herhangi bir tedavi tavsiyesinde bulunan hekim veya hekimler sorumludur.⁴⁷

³⁹ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 2000, 1784 = JZ 2000, 898.

⁴⁰ Deutsch, JZ 2000, 902; Spickhoff, NJW 2001, 1757, 1761.

⁴¹ Spickhoff, NJW 2005, 1694, 1699.

⁴² Zweibrücken İstinaf Mahkemesi NJW 2005, 74, 76 (Kesin hüküm etkisine sahip değildir).

⁴³ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 2005, 1716.

⁴⁴ BGHZ 107, 222 = NJW 1989, 2318 (Göz tümörü); Köln İstinaf Mahkemesi NJW 1987, 2302.

⁴⁵ Hamburg İstinaf Mahkemesi MedR 1983, 25, 27.

⁴⁶ Karlsruhe İstinaf Mahkemesi VersR 1998, 718

⁴⁷ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1990, 2929, 2930 = VersR 1990, 1010 – Tedavi öncesi ve sonrası bir kalp operasyonunda, Özel Klinik'te ve Üniversite Cerrahi Kliniği'nde, operasyon tekniğine ilişkin olan anestezi konusundaki sorular bakımından aydınlatılma yapılmalı idi. Karlsruhe İstinaf Mahkemesi VersR 1998, 718.

3. Aydınlatma yükümlülüğünün zamanı

Olay 4: Ameliyathaneye girmeden önceki imza (onay) – BGH NJW 98, 1784 = VersR 1998, 716.

Viola Vorsicht, bir tümör şüphesini ortadan kaldırmak amacı ile Münih Üniversite Hastanesi, Plastik Cerrahi Kliniği'ne geldi. Burada belirli ön araştırmalardan sonra iki taraflı Mastektomie (memenin alınması) ile meme bezinin tekrar plastik cerrahi ile yerine konması operasyonu gerçekleşti. Viola uğradığı zararların, aslında bu operasyona razı olmadığı gerekçesi ile talep etti. Viola'ya söylendiğine göre, ilk önce memesinden parça alınacak, bu parça dokusal incelemeye tabi tutulacak ve bunun sonucuna göre meme tamamıyla alınacak idi. Kendisinin önceden verilmiş onayı olmadan ameliyathaneye giderken onay verdiğini belirten bir imza attı. Ancak kendisine imzadan önce yatıştırıcı bir iğne yapılmıştı ve ayrıca hekim başka bir zaman operasyonun yapılmayabileceğini beyan etti.

Aydınlatma, hastanın tıbbi müdahalenin lehine ve aleyhine olan yönleri değerlendirebilmesi için özgür iradesinin mevcut olduğu bir zamanda yapılmalıdır.⁴⁸ Bu husus, riskin konusundan, ağırlığından ve sıklığından olduğu gibi hastanın ruhi durumundan da bağımsızdır. Karar veren, kendisine önceden yapılan aydınlatma konusunda bir problemin mümkün olup, olmadığını gözetmelidir. Normal ayakta tedavilerde tıbbi müdahale de az risk taşıdığından aynı gün yapılan aydınlatma yeterli olacaktır.⁴⁹ Yatalak hastalarda hastanın onayı Olay 4'ün aksine ne ameliyathane önünde olmalı, ne de kural olarak bir önceki günden sonra olmalıdır.⁵⁰ Ancak bu süre de, şayet olağan düzeyden daha fazla narkoz riski mevcut ise ya da asıl tıbbi

⁴⁸ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1992, 2351 = VersR 1992, 960.

⁴⁹ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1994, 3009, 3011 – Tırnak yapımını da içeren bir el operasyonunda, operasyon randevusu tespit edildikten sonraki aydınlatma geç sayılacaktır, zira karar verme özgürlüğü açısından operasyonun sonuçları ve doğabilecek zararlar operasyonun planlanma aşamasında hastaya açıklanmalıdır. Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1995, 2410 = VersR 1995, 1055 – Myelographie (genellikle omurilikte yer alan bir tümörü tespit için kullanılan sistem), doğru zamanlı; Bremen İstinaf Mahkemesi VersR 1999, 1370 – Çocuk düşürme olayında, kısırlaştırma ile öngörülen konsültasyonun uygulanmasından sonra hastanın ayakta tedavi edilmesi.

⁵⁰ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1985, 1399; 1987, 2291; 1989, 1538; 1998, 1784; 1998, 2734; Frankfurt İstinaf Mahkemesi VersR 1999, 758 – Kalça protezi operasyonu, bilgilendirme konuşması doğru zamanlı.

müdahalenin yapılıp, yapılamayacağını belirtmek amacı ile yürütülecek bir operasyon söz konusu ise, geç sayılabilecektir.⁵¹

III. Kendi Kaderini Tayin Konusundaki Aydınlatma Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

1. İhlal edilen kişi varlığı hakları: Kişilik hakları ve/veya vücut bütünlüğü mü? Yeterli aydınlatmanın yapılmaması, ilgili operasyon kişilik haklarına aykırı olmasının yanında bir de vücut bütünlüğünün de ihlal edilmesidir ki bu durumda maddi ve manevi tazminat ödeme yükümlülüğü doğar. Öğretideki bir azınlık görüşüne göre ise sadece kişilik hakları ihlal edilmiş durumdadır. Bu halde akla uygun olarak sadece maddi tazminat bahis konusu olabilir.⁵² Ancak bu durum sadece ağır kusurun mevcut olduğu hallerde mümkündür.⁵³

2. Gerçek bir karar verme ihtiyacı doğuran birden fazla seçeneğin mevcut olması

Olay 5: Kanserde uygulanan radyoterapi ile ilgili aydınlatma ihlali – BGHZ 90, 103 = NJW 1984, 1397.

Kanser hastası 34 yaşındaki Lydia Lymph'a hastalığı sebebi ile radyoterapi uygulanmış ve kendisi bu sebepten dolayı kısmi omurilik felcine maruz kalmıştır. Bu çok nadir görülen ancak kendisine yapılan tedavi bakımından tipik olan risk açısından kendisi aydınlatılmamıştır. Davalı hekim A, bu hususta zararların tazmin edilmesi talebini kabul etmemiştir. Hekim'e göre Davacı usulüne uygun olan bir aydınlatma sonucunda onay vermiş olsaydı bile, radyoterapi olmadan davacının sadece iyimser olarak üç yıllık bir yaşam beklentisi olabilirdi ve omurilik felci riski de aynı oranda yüksek olacak idi. Buradaki hukuki durum nasıldır?

Uygulama bakımından kendi kaderini tayin konusundaki çok önemli bir husus, karar verme hususundaki "gerçek" seçeneklerin mevcudiyetinin gerekliliğidir. Bu kavram ile ilgili ilk Alman Temyiz Mahkemesi kararı, rektoskopi olayı ile aynı günde çıkmıştır. Hasta

⁵¹ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1998, 2734 = VersR 1998, 766 – Tümör operasyonu; Bremen İstinaf Mahkemesi NJW-RR 2001, 671; VersR 2001, 340 – Omurlararası disk operasyonu.

⁵² Katzenmeier, Arzthaftung, S. 122 f.

⁵³ Laufs, Arztrecht⁵ Rn. 176; Weyers, Gutachten DJT 1978 A 21.

Lymphogranulomatose⁵⁴ (habis lenf hastalığı) sebebi ile radyoterapiye maruz bırakıldı ve bundan dolayı bir omurilik felcine yakalandı. Bu çok ender görülen ancak bilinen risk hastaya açıklanmamıştı. Bu tedavi uygulanmasa idi, o zamanlar 34 yaşında olan hasta bakımından ortalama yaşam beklentisi sadece üç yıl olabilecekti ve ayrıca felce yakalanma riski ise tedaviden dolayı oluşan riskten bile daha fazla olarak mevcut olacak idi. Bu sonuçların hayati endikasyonları ve oldukça nadir olmaları sebebi ile VI. Hukuk Dairesi, aydınlatma hususundaki özellik arz eden zorlukların mevcudiyeti üzerinde durdu. Buna rağmen, kararında hekime karşı yapılan itirazı kabul etti, çünkü hasta usulüne uygun yapılan bir aydınlatma ile de müdahaleye onay verebilirdi. Bu ise hekim açısından pek fazla yarar sağlamamaktadır. Hekimin hukuka uygun bir seçimlik davranış bakımından yapılan itiraz açısından yükümlülüğü mevcuttur ve bu nedenle akli dengesi yerinde olan hastayı müdahaledeki risk bakımından korkmamasının sağlanması şeklindeki gerekçe, ispat bakımından yeterli olmamıştır. Aksi kabul edilse idi, hastanın tıbbi olarak haklı gösterilemeyecek olsa da, böyle bir karar verebilme hakkı korunmamış olacak idi. Hastanın sübjektif kararının ne şekilde olabileceğinin ispatı ise hekim bakımından olanaklı değildir. Bu nedenle artık bu gibi durumlarda, hastanın hayati endikasyonlara rağmen tıbbi müdahaleyi hangi kişisel sebeplere dayanarak kabul etmemiş olacağını içeren yazılı bir açıklaması gerekmektedir. Hasta gerçekte nasıl karar vermiş olabileceğini ispat etmemeli ancak usulüne uygun olarak yapılan bir aydınlatma olsa idi, karar verme konusunda gerçek bir karar verme ihtiyacı ile karşılaşacağını açıklamalıdır.⁵⁵ Alman Temyiz Mahkemesi gerek bu karar ile gerek daha yeni kararlarında, en azından belirli alanlar bakımından, başarıya ulaşmayan tıbbi müdahale ihlali davalarında, aydınlatma yükümlülüğünün geniş biçimde dava temeli olarak kullanılmasına set çekmiştir. Zira bu zamana kadar, olasılık unsurunun tartışılıp, buna bağlı olarak hekimin sorumluluğunun reddedildiği bir dizi mahkeme kararı mevcuttur.⁵⁶ Ancak diğer taraftan, hastaların korunması hususu da Alman

⁵⁴ BGHZ 90, 103.

⁵⁵ Deutsch, *Medizinrecht*⁴, Rn. 161.

⁵⁶ Stuttgart İstinaf Mahkemesi, VersR 1988, 832; Hamm İstinaf Mahkemesi VersR 1989, 706; Hamm İstinaf Mahkemesi VersR 1990, 663; Münih İstinaf Mahkemesi VersR 1991, 1241; Koblenz İstinaf Mahkemesi VersR 1992, 963; Karlsruhe İstinaf Mahkemesi VersR 1994, 860; Stuttgart İstinaf Mahkemesi NJW-RR 1999, 751 = VersR 1999, 1500 - Diş

Temyiz Mahkemesi tarafından ihmal edilmemiş, birçok davada, hastanın gerçek bir karar verme ihtiyacı ile karşılaştığı [ve aydınlatma yükümlülüğü ihlal edildiği için, karar verme imkânından yoksun kalarak zarar gördüğü – çevirenen notu] kabul görmüştür.⁵⁷

IV. İspat yükü

Tıbbi müdahaledeki yanlışlıklar ve güvenlik konusundaki aydınlatmadan farklı olarak aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesindeki ispat yükü hastada olmayıp, hekimin kendisindedir. Haksız fiil hukukunda müdahalenin niteliği vücut bütünlüğünün ihlali ise bu durumda hekim hastanın onayına hukuka uygunluk sebebi olarak ihtiyaç duymakta ve bu nedenle aydınlatmayı ispat etmelidir.

Hekime ait olan bu ispat yükü, hastanın karar verebilme yeteneğine aşırı derecede hanel gelmeyecek şekilde erken bir zamanda aydınlatılmış olması;⁵⁸ hastaya tıbbi müdahalenin aciliyetinin doğru biçimde anlatılmış olması;⁵⁹ hastanın hekimin önerdiği daha riskli tıbbi müdahaleyi, usulüne uygun biçimde risklerin açıklanmasına rağmen tercih etmiş olması⁶⁰ veyahastanın başka bir aydınlatma ya da şahsi bilgisi dolayısıyla aydınlatmaya ihtiyaç duymadığı⁶¹ konularını da kapsamaktadır

V. Sonuç

Alman sorumluluk hukuku bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğü, diğer hukuk düzenlerinin çoğuna nazaran daha önemli bir rol oynamaktadır. Bunun sebebi, hastaların, tıbbi müdahaledeki hatayı veya müdahaleden doğan zararlar konusundaki nedensellik bağını ispat ede-

çekilmesinde sinir blokama anestesizinin sırf, çok ender görülen bir risk olan Nervus Lingualis'in (mandibular sinir) sürekli biçimde incilmesi nedeniyle, uygulanmaması makul değildir; Oldenburg İstinaf Mahkemesi NJW-RR 2000, 23 = VersR 2000, 232 – Hasta daha önce benzer mahiyette müdahalelere maruz kaldığından intraartiküler (lokal ve eklem içine) yapılan injeksiyon'un reddedilmesi makul değildir.

⁵⁷ Celle İstinaf Mahkemesi VersR 1987, 567; Frankfurt İstinaf Mahkemesi VersR 1988, 57; 1989, 254 – Kanser hastasının çok az bir yaşam beklentisi kaldığından kendisine radyoterapi uygulanmamıştır; Köln İstinaf Mahkemesi VersR 1988, 384; Oldenburg İstinaf Mahkemesi NJW-RR 1999, 390 = VersR 1999, 1422 – Önceki bir hastalıktan ötürü hastaya Sympathicusblockade (sempatik sinir sistemine anestezi uygulanması) yapılmaması yerindedir.

⁵⁸ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1992, 2351; 1994, 3009; 1998, 2734.

⁵⁹ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1990, 2928; 1997, 1637.

⁶⁰ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1992, 741.

⁶¹ Alman Temyiz Mahkemesi NJW 1980, 633; 1984, 1807, 1809.

medikleri durumlarda, sık sık aydınlatma yükümlüğünün ihlali sebebine dayanmayı tercih etmeleridir. Gerek yargı kararları, gerek öğreti kavramsal ayrımlar yaparak hekimin sorumluluğunun belli bir sınırı aşacak biçimde genişletilmemesi için gayret göstermektedirler. İşte bu noktada çok ayrıntılı bir doktrin gelişmiştir. Alman tıp hukukunu bilmeyenlerin bu karmaşık doktrini anlamaları pek mümkün değildir. Sonuç olarak, hastaların gerektiği şekilde aydınlatılmaları halinde bile kararlarını kolayca verip veremeyecekleri şüpheli kalmaktadır.

DIE ÄRZTLICHE AUFKLÄRUNGSPFLICHT IM DEUTSCHEN ZIVILRECHT

Prof. Dr. Gerfried Fischer^(*).

I. Bedeutung und Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflichten

Fall 1: Pflicht zur Aufklärung über Kaiserschnitt als Alternative –
BGH NJW 2004, 3703

Martha Müller begab sich mit einer Zwillingsschwangerschaft in der 38. Woche als Privatpatientin in die Uni-Frauenklinik. Der errechnete Geburtstermin lag zwei Wochen später und Martha war mit einem abwartenden Vorgehen einverstanden. Da die Vaginalentbindung für die Kinder ernsthafte Risiken mit sich brachte, lag auch eine alsbaldige Schnittentbindung nahe. Ob Martha darauf hingewiesen worden ist, ist streitig. Bei der Geburt stellte sich heraus, dass wegen Sauerstoffmangels ein Zwilling schon abgestorben, der andere schwer geschädigt war. Kann dieser Schadensersatz wegen Aufklärungspflichtverletzung verlangen, wenn er bei rechtzeitiger Schnittentbindung keine Schäden erlitten hätte?

1. Bedeutung und Arten

Die ärztliche Aufklärungspflicht hat zwei unterschiedliche Zielrichtungen. Zum einen Bedarf jede ärztliche Behandlung aufgrund des durch Artt. 1 I, 2 I, II 1 GG geschützten Selbstbestimmungsrechts des Patienten seiner Einwilligung. Damit er aber weiß, wozu er einwilligt, muss er zuvor über den Eingriff aufgeklärt werden. Wir sprechen hier von der Eingriffs- oder auch Selbstbestimmungsaufklärung, deren wichtigste Ausprägung die Risikoaufklärung ist und die in der Prozesspraxis die Hauptrolle spielt. Die andere Ausprägung der Aufklärungspflicht ist

^(*) Martin-Luther-Universität Halle/Wittenberg

die sog. therapeutische oder Sicherheitsaufklärung. Ihr Ziel ist es, den Patienten über die Notwendigkeit ärztlicher Behandlung zu informieren und ihn darauf hinzuweisen, dass bestimmte Verhaltensweisen erforderlich sind, um die Heilung zu fördern oder Gesundheitsgefahren zu vermeiden. Im Fall 1 kann man, weil die Vaginalgeburt kein Eingriff ist, beim Hinweis auf die Möglichkeit oder Notwendigkeit eines Kaiserschnitts an eine therapeutische Aufklärung denken. Da aber auch bei der normalen Entbindung bestimmte Behandlungsrisiken für Mutter und Kind eingegangen werden, sieht der BGH im Fehlen dieses Hinweises eine Verletzung der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung bezüglich dieser Entbindung. Eine Pflicht zur Aufklärung über die Möglichkeit des Kaiserschnitts soll allerdings nicht generell bei jeder Geburt, sondern nur bei außergewöhnlichen Befunden bestehen¹, die hier bejaht wurden.

2. Sicherheitsaufklärung = therapeutische Aufklärung

Fall 2: Schwangerschaft trotz Sterilisation – BGH NJW 1981, 2002 = JR 1981, 499 m. Anm. Fischer

Franz und Frieda Frucht hatten sich nach dem dritten Kind entschlossen, keine weiteren Kinder mehr zu bekommen. Frieda ließ sich deshalb von dem Arzt Dr. Gynek durch Tubenligatur sterilisieren. Trotzdem wurde sie zweieinhalb Jahre später wieder schwanger. Sie behauptet, der Eingriff sei fehlerhaft gewesen, während Dr. Gynek dies bestreitet und darauf hinweist, dass eine geringe Versagerquote und auch eine spätere Rekanalisation nie auszuschließen seien. Die Eheleute meinen, darauf komme es nicht an, weil sie über diese Möglichkeit nicht aufgeklärt worden seien und sich deshalb auf die Wirksamkeit der Sterilisation verlassen hätten. Wie ist die Rechtslage?

Das Spektrum der therapeutischen Aufklärungspflicht ist weit. Ergeben sich etwa aus dem EKG Anzeichen für eine Herzerkrankung, muss der Arzt den Patienten darüber belehren, dass dieser sportliche Belastungen vermeiden muss.² Sterilisationseingriffe bieten nicht immer eine Erfolgsgewähr und deshalb muss z.B. ein Sterilisationspatient auf die

¹ OLG Koblenz NJW-RR 2004, 534.

² OLG Köln VersR 1992, 1231 (Haftung für den Tod des beim Kanufahren verstorbenen Patienten).

Notwendigkeit eines Kontrollspermiogramms hingewiesen werden³ oder wie im Fall 2 eine Patientin auf das Risiko eines Fehlschlags oder einer Spätrekanalisation.⁴

Verstöße gegen diese Pflicht zur Sicherheitsaufklärung werden als Behandlungsfehler gewertet,⁵ was vor allem für die Beweislast von Bedeutung ist. Dass eine solche Pflicht nicht erfüllt worden ist, hat der Patient zu beweisen⁶, weil es sich nicht um eine Hauptleistungspflicht, sondern um eine Nebenleistungspflicht handelt. Im Fall 2 musste deshalb der Arzt beweisen, dass er überhaupt eine Tubenligatur vorgenommen hatte, die Eheleute dagegen, dass sie nicht aufgeklärt worden waren, wofür nach Auffassung des BGH eine fehlende schriftliche Bestätigung sprechen kann. Ebenso muss der Patient beweisen, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung entsprechend, d. h. aufklärungsrichtig, verhalten hätte⁷, wofür allerdings der prima-facie-Beweis sprechen kann⁸. Ferner, dass der Schaden bei richtiger Aufklärung vermieden worden wäre. Nicht zur therapeutischen, sondern zur Selbstbestimmungsaufklärung rechnet die Rechtsprechung die Aufklärung darüber, ob eine Operation vital oder nur relativ indiziert ist⁹, ebenso, wie schon dargelegt, über die Alternative Vaginalentbindung oder Kaiserschnitt¹⁰, und über Fremdblut- oder Eigenblutspende¹¹.

³ BGH NJW 1992, 2961.

⁴ BGH NJW 1981, 630; 1981, 2002; OLG Oldenburg VersR 1994, 1348.

⁵ BGHZ 126, 386, 388 = NJW 1994, 3012; 107, 222 = NJW 1989, 2318.

⁶ BGH NJW 1981, 2002, 2003 f. = JR 1981, 489 m. Anm. Fischer. OLG Köln VersR 2001, 66 Hinweis auf Notwendigkeit der Probeexcision eines Brustknotens wäre von Patientin zu beweisen; für Behauptung mangelnder Notwendigkeit ist aber Arzt beweispflichtig.

⁷ BGH NJW 1989, 2320 = VersR 1989, 700 – muss die Frau beweisen, dass sie Nachuntersuchung vorgenommen hätte, um auszuschließen, dass sie nicht zur 1,6 bis 5 % betragenden Risikogruppe gehörte, die trotz Medikament solche Körper bildete, und sich hätte sterilisieren lassen, obwohl 80 % trotz Antikörpers gesunde Kinder bekommen

⁸ OLG Stuttgart VersR 1996, 979. Stärker Spickhoff NJW 2000, 848, 849; Müko-Roth^d § 242 Rn. 313; Kausalitätsvermutung für aufklärungsrichtiges Verhalten.

⁹ OLG Oldenburg VersR 1998, 57.

¹⁰ BGHZ 106, 153 = NJW 1989, 1538; NJW 1992, 741 = VersR 237; NJW 1993, 2372 = VersR 1993, 703.

¹¹ BGHZ 116, 379 = NJW 1992, 743.

3. Selbstbestimmungsaufklärung

Fall 3: Rektoskopie, schmerzhaft und riskant – BGHZ 90, 96 = NJW 1984, 1395

Karl Kläglich wurde im Kreiskrankenhaus wegen ungeklärter Schmerzen im Oberschenkel untersucht. Zum Ausschluss eines Tumorverdachts wurde eine Rektoskopie durchgeführt, bei der der Dickdarm perforiert wurde. Die deswegen notwendige Operation zog Komplikationen nach sich. Kläglich verlangt Schadensersatz und Schmerzensgeld, weil er weder über die Art und Weise des Eingriffs und dessen Risiken noch darüber aufgeklärt worden sei, dass damit starke Schmerzen verbunden sein könnten.

Die Selbstbestimmungsaufklärung ist, wie schon gesagt, Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung des Patienten in den ärztlichen Eingriff, weshalb sie auch als Eingriffsaufklärung bezeichnet wird.¹² Auch bei ihr werden noch wieder nach dem Informationsinhalt verschiedene Stufen, nämlich Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung unterschieden.

a) Im Rahmen normaler Behandlungen ist eine Aufklärung über die Diagnose dann erforderlich, wenn sie für die Entscheidung des Patienten erkennbar von Bedeutung ist.¹³ Ist sie das nicht, weil z.B. keine Behandlung mehr möglich ist, etwa bei Krebs im terminalen Stadium, so ist dies der Punkt, an dem am ehesten eine Aufklärung zum Wohle des Patienten unterbleiben kann.¹⁴ Sie ist kontraindiziert, weil sie ihm nur noch schadet, nicht mehr nützt.

b) Die nächste Stufe, die Verlaufsaufklärung, betrifft auf der einen Seite den Behandlungsverlauf, d.h. die Art, den Umfang und die normalen Folgen des Eingriffs, auf der anderen Seite aber auch die Folgen der Nichtbehandlung. Ersteres bedeutet, dass der Patient u. a. wie im Fall 3 auf starke oder dauerhafte Schmerzen hinzuweisen ist, auf nachhaltige Störungen des Bewegungsapparates oder des Sexualverkehrs¹⁵, auf

¹² Steffen/Dressler⁸, Rn. 323.

¹³ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht⁵, Rn. 204.

¹⁴ Deutsch, aaO. Rn. 249; Laufs in: Laufs/Uhlenbruck², § 63 Rn. 13; enger Steffen/Dressler⁹, Rn. 389.

¹⁵ OLG Karlsruhe VersR 1989, 1053.

Inkontinenz oder einen künstlichen Darmausgang¹⁶, ferner auf den großen Umfang der Operation, wenn er für den Patienten nicht schon aus der Art des Eingriffs ersichtlich ist¹⁷. Aufklärung über die Folgen der Nichtbehandlung schließt z. B. ein, dass eine Patientin vor der Entfernung der Brust darüber informiert werden muss, dass der vorliegende Befund ihre Angst vor einer erneuten Krebserkrankung nicht rechtfertigt und ebenso ein Abwarten mit engmaschigen Kontrollen in Betracht kommt.¹⁸ Eine ausgewogene Entscheidung zwischen Behandlung und Nichtbehandlung kann der Patient natürlich auch nur treffen, wenn er erfährt, wie hoch das Risiko und wie schwer die Folgen eines Misserfolgs der Behandlung sind.¹⁹

c) Von der Nichtbehandlung ist es nur ein gradueller Schritt zu Behandlungsalternativen. Sie sind der Verlaufsaufklärung zuzuordnen, soweit sie die Art oder die normalen Folgen des Eingriffs betreffen, z. B. dass beim Kaiserschnitt im Gegensatz zur Spontangeburt eine Anästhesie erforderlich ist und innere wie äußere Narben bleiben. Häufig beinhalten sie aber auch unterschiedliche Risiken und damit befinden wir uns schon im Bereich der Risikoaufklärung, so etwa wenn eine Bandscheibenoperation nur relativ indiziert ist, weil auch die Möglichkeit einer konservativen Behandlung besteht.²⁰ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Wahl der Behandlungsmethode grundsätzlich Sache des Arztes ist und dieser die ihm vertrautere Methode bevorzugen darf²¹. Deshalb hat die

¹⁶ Steffen/Dressler⁹, Rn. 330.

¹⁷ OLG Bamberg VersR 1998, 1025 – Entfernung metastasierenden Melanoms von Leiste bis Kniekehle mit Lymphknotendissektion. Folge Stuhlinkontinenz und Schmerzen im Op-Gebiet bis zur hälftigen Rippe.

¹⁸ BGH NJW 1992, 2354; 2355; 1998, 1784, 1785, ähnlich BGH NJW 1997, 1637 für die Uterusexstirpation.

¹⁹ BGH NJW 1981, 633 – Hornhautoperation an der Ferse mit Hautschiebeplastik, bei der auf höheres Risiko der Wundvergrößerung und zusätzlicher Bewegungseinschränkungen nicht hingewiesen; OLG Stuttgart VersR 1981, 691; BGH NJW 1987, 1481 – fehlender Hinweis, dass Beinverkürzung zur Verringerung von Beschwerden wegen Hüftluxation u. U. zu subjektiv größeren Schmerzen führen kann. OLG Koblenz MedR 05, 292-Gefahr dauerhaft verbleibender Atembeschwerden nach Entfernung kalten Knotens in Schilddrüse.

²⁰ BGH NJW 2000, 1788.

²¹ S. o. MedR I § 3 IV 3 a

Rechtsprechung teilweise eine Aufklärungspflicht verneint.²² Das ist aber nur berechtigt, wenn die Folgen und Risiken gleich oder ähnlich sind.²³ Das sind sie z. B. nicht zwischen Vollnarkose und Periduralanästhesie, weil erstere mit der Gefahr des Herzstillstands, letztere mit der Gefahr dauerhafter Lähmung verbunden ist.

d) Die Risikoaufklärung bildet den Schwerpunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Aufklärungsfehlern. Einzelne streitig gewordene Risiken zu nennen, würde den Rahmen des Vortrags sprengen. Dargestellt werden sollen aber die wesentlichen Grundsätze.

Zunächst einmal hat es die Rechtsprechung konsequent abgelehnt, eine bestimmte Prozent- oder auch nur Promillegrenze zu nennen, um die darunter liegenden Risiken von der Aufklärungspflicht auszunehmen. In einem Impffall,²⁴ bei dem der nicht gewarnte Besucher eines geimpften Kindes mit Kinderlähmung infiziert wurde, betrug das allgemeine Ansteckungsrisiko 1:15,5 Mio. Trotzdem bejahte der BGH eine Informationspflicht, weil diese bei der dort gegebenen Sicherheitsaufklärung noch strenger sei als bei der Risikoaufklärung, weil die Folge schwerste Schädigungen seien und weil es nur eines Hinweises auf die Ansteckungsgefahr und auf einfach zu treffende Vorsichtsmaßnahmen bedurft hätte. Zudem sei hier nicht das allgemeine Ansteckungsrisiko maßgeblich, sondern das für besonders gefährdete Personen, zu denen der Kläger gehörte, weil es sich um einen nicht geimpften Erwachsenen handelte. Die Entscheidung bringt, obwohl es sich wie gesagt, nicht um eine Selbstbestimmungsaufklärung handelt, die für die Aufklärungsbedürftigkeit von Risiken maßgeblichen Gesichtspunkte gut zum Ausdruck:

Erstens kommt es nicht so sehr auf das allgemeine Risiko, sondern auf das Risiko im konkreten Behandlungsfall an, das z.B. in dem aufge-

²² BGH NJW 1986, 780 = VersR 1986, 342 – operative statt konservative Versorgung eines Trümmerbruchs des Knöchels; BGH NJW 1982, 2121 – Nagelung statt Verplattung bei Obertschenkeltrümmerbruchs, o. Fall 15.

²³ OLG Karlsruhe MedR 2003, 229 – Zehenoperation nach Hueter/Mayo; Risiken anderer Methode gleich oder eher höher; Aufklärungspflicht verneint. OLG Frankfurt VersR 2004, 1053 – beidseitige Rezidiv-Strumektomie zwar zur Zeit der Op noch vertretbar, weil alle krankhaften Veränderungen beseitigt werden; aber Aufklärung nötig über zunächst einseitiges Vorgehen, weil geringeres Risiko der Stimmbandlähmung.

²⁴ BGHZ 126, 386; ähnlich wieder BGH NJW 2000, 1784, 1785 (für ein Impfrisiko von 1 : 4,4 Mio.) = JZ 2000, 898 m.Anm. Deutsch

suchten Krankenhaus durchaus höher sein kann, worauf dann hinzuweisen ist.²⁵ Die Risikoaufklärung kann aber nicht etwa deshalb unterbleiben, weil der konkrete Eingriff in diesem KH noch nie misslungen ist.²⁶ Zweitens ist es wesentlich, ob es sich um ein gerade für die vorgesehene Behandlung typisches Risiko handelt, wie z.B. die Durchtrennung der Gallenwege bei der Entfernung der Gallenblase, auch wenn dies nur selten vorkommt.²⁷ Drittens kommt es insbesondere auf die Schwere der Folgen an. So ist etwa auf die Gefahr einer Querschnittslähmung bei vielen operativen²⁸ und invasiv-diagnostischen Maßnahmen²⁹ hinzuweisen, selbst wenn sie sich sehr selten verwirklicht. Bei der Schwere der Folgen ist wiederum auf die Person des konkreten Patienten abzustellen.³⁰ Eine Stimmbandlähmung ist für einen Sänger oder Lehrer von existentiellerer Bedeutung als für einen Handwerker. Viertens wird schließlich zu Recht immer auf den reziproken Zusammenhang zwischen Dringlichkeit der Operation und Umfang der Aufklärung hingewiesen.³¹ In lebensbedrohlicher Situation kann die Aufklärung sich, sofern sie überhaupt möglich ist, auf ein Minimum reduzieren, bei nicht indizierten Maßnahmen ist dagegen eine Totalaufklärung erforderlich.³² Zu diesen gehören kosmetische Operationen,³³ wissenschaftliche Experimente,³⁴

²⁵ BGH NJW 1980, 1905; OLG Celle VersR 1981, 1184; 1982, 1142.

²⁶ OLG Koblenz VersR 04, 1564 – Misserfolg bei Korrektur einer Hüftgelenksfehlstellung.

²⁷ *Deutsch*, Medizinrecht⁴ Rn. 120; österr. OGH JBI 1995, 453.

²⁸ BGH NJW 1984, 2629; 1989, 1549; 1991, 2344; 1991, 2346; OLG Oldenburg VersR 1997, 978

²⁹ BGH NJW 1995, 2410; 1996, 777.

³⁰ *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 105 ff.; *Steffen/Dressler*⁸, Rn. 330.

³¹ *Laufs*, Arztrecht⁵, Rn. 200; *ders.*, in: *Laufs/Uhlenbruck*², § 63 Rn. 6.

³² OLG Bremen VersR 2004, 911 – Augenbehandlung mit Excimer-Laser bei Dioptrien bis minus 6 anerkannt, aber bei minus 20 kein anerkanntes und deshalb nicht indiziertes Verfahren. Notwendiger Hinweis auf die durch die extreme Fehlsichtigkeit bedingten erhöhten Risiken der Schverschlechterung unterlassen.

³³ BGH NJW 1991, 2349; OLG Oldenburg VersR 1998, 854; OLG Düsseldorf VersR 1999, 61.

³⁴ *Deutsch*, Medizinrecht⁴, Rn. 537; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*², § 65 Rn. 12.

Organ-, Gewebe- und Blutspenden,³⁵ in den meisten Fällen auch Sterilisationen und Schwangerschaftsabbrüche.³⁶

II. Durchführung der Aufklärung

1. Form der Aufklärung

Eine allgemeine Formvorschrift für die Aufklärung existiert nicht. Inwieweit sie durch Merkblätter erfolgen kann, wird in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Während in manchen Entscheidungen die Notwendigkeit des Aufklärungsgesprächs betont wird,³⁷ lassen andere es genügen,³⁸ dass dem Patienten die Möglichkeit von Nachfragen eröffnet wird. Der BGH hat in einer Entscheidung vom 15. 2. 2000 für eine Schluckimpfung gegen Kinderlähmung die Merkblattinformation über das Lähmungsrisiko für ausreichend gehalten,³⁹ ist damit aber in der Literatur auf Widerspruch gestoßen.⁴⁰ Zustimmung hat dagegen das OLG Zweibrücken erhalten,⁴¹ das bei einer Blutspende eine individuelle, auf die Person des Spenders abgestellte Aufklärung verlangt hat,⁴² Ebenso hat im März 2005 der BGH entschieden, dass bei möglichen schweren Nebenwirkungen eines Medikaments neben dem Hinweis auf die Gebrauchsinformation des Herstellers eine Aufklärung durch den verordnenden Arzt nötig ist.⁴³

Zum Beweis der Aufklärung ist die schriftliche Niederlegung aller einzelnen dargelegten Risiken hilfreich, aber nicht unbedingt erforderlich. Die glaubhafte, ggf. durch Parteivernehmung zu verstärkende, Darlegung des in derartigen Fällen generell vom Arzt geführten Aufklärungsgesprächs genügt.

³⁵ *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*², § 131 Rn. 22; OLG Zweibrücken NJW 2005, 74 – Hinweis nicht nur auf die Möglichkeit der Nervenverletzung mit Entzündungsreaktion, sondern auch bleibender körperlicher Schäden, hier chronifizierte neuropathische Schmerzen.

³⁶ Vgl. *Fischer/Lilie* (Fn. 2), S. 45 f. m. rvgl. Nachw.

³⁷ OLG Köln VersR 1992, 754; BGH NJW 1994, 793.

³⁸ OLG München VersR 1993, 752 m.krit. Anm. Schlund.

³⁹ BGH NJW 2000, 1784 = JZ 2000, 898.

⁴⁰ Deutsch, JZ 2000, 902; Spickhoff, NJW 2001, 1757, 1761.

⁴¹ Spickhoff, NJW 2005, 1694, 1699.

⁴² OLG Zweibrücken NJW 2005, 74, 76 (nicht rechtskräftig).

⁴³ BGH NJW 2005, 1716.

2. Aufzuklärender und Aufklärungspflichtiger

Aufzuklären ist der Patient selbst, nicht nur sein Ehegatte oder sonstige nahe Angehörige⁴⁴. Einsichtsfähige Minderjährige sind selbst aufzuklären, daneben bei schwerwiegenden Eingriffen aber wohl auch die Eltern⁴⁵.

Aufklärungspflichtig ist jeder Arzt für Eingriffe, die er selbst durchführt. Er kann delegieren, bleibt aber kontrollpflichtig. Der aufklärende Arzt selbst haftet (auch) für Aufklärungsmängel⁴⁶. Bei Zusammenarbeit mehrerer Kliniken oder Ärzte ist jedenfalls derjenige zur Aufklärung verpflichtet, der die Therapieempfehlung gibt⁴⁷.

4. Zeitpunkt

Fall 4: Unterschrift vor dem Operationssaal – BGH NJW 98, 1784 = VersR 1998, 716.

Viola Vorsicht befand sich zur Abklärung eines Tumorverdachts in der Abteilung für plastische Chirurgie des Universitätsklinikums München. Dort fand nach einer Voruntersuchung eine beiderseitige Mastektomie mit plastischem Wiederaufbau des Drüsenkörpers statt. Viola klagt auf Schadensersatz, weil sie mit diesem Eingriff nicht einverstanden gewesen sei. Man habe ihr gesagt, es finde zunächst eine Probeexcision der linken Brust mit anschließender histologischer Untersuchung und abhängig von deren Ausgang die Abnahme dieser Brust ab. Die weiterreichende ihr vier Tage vorher übergebene Einwilligungserklärung hat sie auf dem Weg in den Op-Saal unterzeichnet und zwar nach Verabreichung einer Beruhigungsspritze und dem Hinweis des Arztes, dass man die Operation andernfalls auch unterlassen könnte.

Die Aufklärung muss so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient Entscheidungsfreiheit behält und das Für und Wider des Eingriffs abwägen

⁴⁴ BGHZ 107, 222 = NJW 1989, 2318 (Augentumor); OLG Köln NJW 1987, 2302.

⁴⁵ OLG Hamburg MedR 1983, 25, 27.

⁴⁶ OLG Karlsruhe VersR 1998, 718

⁴⁷ BGH NJW 1990, 2929, 2930 = VersR 1990, 1010 – Vor- und Nachbehandlung einer Panzerherzoperation durch Spezialklinik und reine Operation in der chirurgischen Uniklinik, wo allenfalls noch über operationstechnische Fragen einschließlich Anästhesie aufzuklären war. OLG Karlsruhe VersR 1998, 718.

kann⁴⁸. Das ist abhängig von der Art, Schwere und Häufigkeit der Risiken sowie von der Befindlichkeit des Patienten. Entscheidend dürfte aber auch sein, ob die frühe Aufklärung ohne Probleme möglich ist. Bei normalen ambulanten Eingriffen mit niedrigem Risiko kann Aufklärung am selben Tag genügen⁴⁹. Bei stationär untergebrachten Patienten darf die Einwilligung nicht wie im Fall 4 erst auf dem Weg zur Operation und auch die Aufklärung nicht erst am Krankenbett und in der Regel nicht später als am Vortage erfolgen⁵⁰. Aber auch das kann zu spät sein, wenn es sich um mehr als normale Narkoserisiken oder Eingriffe zur Abklärung der Operabilität handelt⁵¹.

III. Folgen der Aufklärungspflichtverletzung bei der Selbstbestimmungsaufklärung

1. Verletztes Rechtsgut: Persönlichkeitsrecht und/oder Körper?

Nach st. Rspr. und h. L. ist der ohne hinreichende Aufklärung erfolgte Eingriff nicht lediglich eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts, sondern (auch) des Körpers, die zu Schadensersatz und Schmerzensgeld verpflichtet. Eine Mindermeinung sieht nur das Persönlichkeitsrecht als verletzt an. Folgerichtig ist es dann, nur ein Schmerzensgeld zuzusprechen⁵², aber dies auch nur bei schwerer Verletzung oder schwerem Verschulden⁵³.

2. Echter Entscheidungskonflikt

Fall 5: Fehlende Aufklärung bei Krebsbestrahlung ohne echte Alternative – BGHZ 90, 103 = NJW 1984, 1397

⁴⁸ BGH NJW 1992, 2351 = VersR 1992, 960.

⁴⁹ BGH NJW 1994, 3009, 3011 – Handoperation mit Narbenbildung nach vorheriger Terminfestlegung. Aufklärung in concreto zu spät, weil gewichtige Folge und Einschränkung der Entscheidungsfreiheit nach Einbestellung. BGH NJW 1995, 2410 = VersR 1995, 1055 – Myelographie, rechtzeitig; OLG Bremen VersR 1999, 1370 – ambulanter Schwangerschaftsabbruch nach Sterilisation und vorgeschriebenem Beratungsverfahren.

⁵⁰ BGH NJW 1985, 1399; 1987, 2291; 1989, 1538; 1998, 1784; 1998, 2734; OLG Frankfurt VersR 1999, 758 – Hüftendoprothese, Vortag rechtzeitig.

⁵¹ BGH NJW 1998, 2734 = VersR 1998, 766 – Tumoroperation; OLG Bremen NJW-RR 2001, 671; VersR 2001, 340 – Bandscheibenoperation.

⁵² Katzenmeier, Arzthaftung, S. 122 f.

⁵³ Laufs, Arztrecht⁵ Rn. 176; Weyers, Gutachten DJT 1978 A 21.

Die an Krebs erkrankte 34jährige Lydia Lymph unterzog sich einer Strahlenbehandlung und erlitt dadurch eine inkomplette Querschnittslähmung ab dem 5. Brustmarksegment. Über dieses sehr seltene, aber für die vorgenommene Behandlung typische Risiko war sie nicht aufgeklärt worden. Der beklagte Arzt Dr. A verweigert Schadensersatzzahlungen, weil die Klägerin auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte; denn ohne die Bestrahlung hätte die Klägerin nur eine Lebenserwartung von gut 3 Jahren gehabt und das Risiko einer Querschnittslähmung sei genauso hoch gewesen. Wie ist die Rechtslage?

Ein praktisch sehr bedeutsames Problem der Selbstbestimmungsaufklärung ist das Erfordernis des sog. echten Entscheidungskonflikts, zu dem die erste Entscheidung des BGH am selben Tage wie die zum Rektoskopiefall ergangen ist. Die Patientin war wegen einer Lymphogranulomatose,⁵⁴ d.h. einer bösartigen Lymphherkrankung, bestrahlt worden und hatte dadurch eine Querschnittslähmung erlitten. Über dieses sehr seltene, aber bekannte Risiko war sie nicht aufgeklärt worden. Ohne diese Behandlung betrug die mittlere Lebenserwartung – für die damals 34jährige Patientin – nur etwa drei Jahre, und die Wahrscheinlichkeit einer Querschnittslähmung war sogar noch erheblich größer als aufgrund der Therapie. Trotz der vitalen Indikation und der Seltenheit dieser Folge hat der VI. Zivilsenat sie wegen der besonderen Schwere für aufklärungsbedürftig gehalten. Er hat jedoch dem Arzt den Einwand zugebilligt, die Patientin hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung der Bestrahlung zugestimmt. Das allein würde ihm freilich wenig nützen, da der Arzt für diesen Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens beweispflichtig ist und es zum Nachweis nicht genügt, dass vernünftige Patienten sich durch das dargelegte Risiko nicht abschrecken lassen würden. Ließe man letzteres als Beweis zu, würde das Recht des Patienten, auch medizinisch unvertretbare Entscheidungen zu treffen, nicht wirksam geschützt. Dessen rein subjektive Entscheidung zu beweisen, ist aber für den Arzt unmöglich. Deshalb wird in derartigen Fällen nunmehr vom Patienten die substantiierte Darlegung verlangt, aus welchen persönlichen Gründen er die Behandlung trotz der vitalen Indikation abgelehnt hätte. Er muss zwar nicht beweisen, wie er sich tatsächlich entschieden hätte, wohl aber plau-

⁵⁴ BGHZ 90, 103.

sibel machen, dass er bei richtiger Aufklärung vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte.⁵⁵ Mit dieser auch in neueren Entscheidungen fortgesetzten Rechtsprechung hat der BGH sich zumindest in einem Teilbereich dem Trend widersetzt, die Aufklärungspflicht als Auffangtatbestand für erfolglose Behandlungsfehlerklagen auszunutzen. Denn es findet sich seitdem eine Reihe von Urteilen, in denen die Plausibilität und damit die Haftung des Arztes verneint worden sind.⁵⁶ Auf der anderen Seite ist aber auch der Schutz der Patienten keineswegs vernachlässigt worden, sind doch verschiedentlich echte Entscheidungskonflikte bejaht worden.⁵⁷

IV. Beweislast

Anders als beim Behandlungsfehler und der Sicherheitsaufklärung trägt bei der Erfüllung der Aufklärungspflicht nicht der Patient, sondern der Arzt die Beweislast. Im Deliktsrecht ergibt sich das aus der Qualifikation des Eingriffs als Körperverletzung, bei dem der Arzt die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund braucht und folglich die Aufklärung als dessen Voraussetzung beweisen muss.

Die Beweislast erstreckt sich auch darauf, dass der Patient zu einem Zeitpunkt aufgeklärt worden ist, zu dem seine Entscheidungsfähigkeit nicht übermäßig beeinträchtigt war⁵⁸, dass ihm die Dringlichkeit des Eingriffs richtig dargestellt worden ist⁵⁹, dass er sich trotz eindringlicher Risikodarstellung gegen ärztlichen Rat für die risikoreichere Behand-

⁵⁵ *Deutsch, Medizinrecht*⁴, Rn. 161.

⁵⁶ OLG Stuttgart, VersR 1988, 832; OLG Hamm VersR 1989, 706; OLG Hamm VersR 1990, 663; OLG München VersR 1991, 1241; OLG Koblenz VersR 1992, 963; OLG Karlsruhe VersR 1994, 860; OLG Stuttgart NJW-RR 1999, 751 = VersR 1999, 1500 - Verzicht auf Leitungsanästhesie nicht plausibel bei Zahnextraktion wegen extrem seltenen Risikos einer dauerhaften Schädigung des nervus lingualis; OLG Oldenburg NJW-RR 2000, 23 = VersR 2000, 232 - Ablehnung intraartikulärer Injektion nicht plausibel, wenn Patient sich vorher und nachher gleichartigen Eingriffen ausgesetzt hat.

⁵⁷ OLG Celle VersR 1987, 567; OLG Frankfurt VersR 1988, 57; 1989, 254 - Verzicht auf Bestrahlung trotz geringer Lebenserwartung der Krebspatientin; OLG Köln VersR 1988, 384; OLG Oldenburg NJW-RR 1999, 390 = VersR 1999, 1422 - Ablehnung von Sympathicusblockade plausibel wegen Risiken aus Vorerkrankung.

⁵⁸ BGH NJW 1992, 2351; 1994, 3009; 1998, 2734.

⁵⁹ BGH NJW 1990, 2928; 1997, 1637.

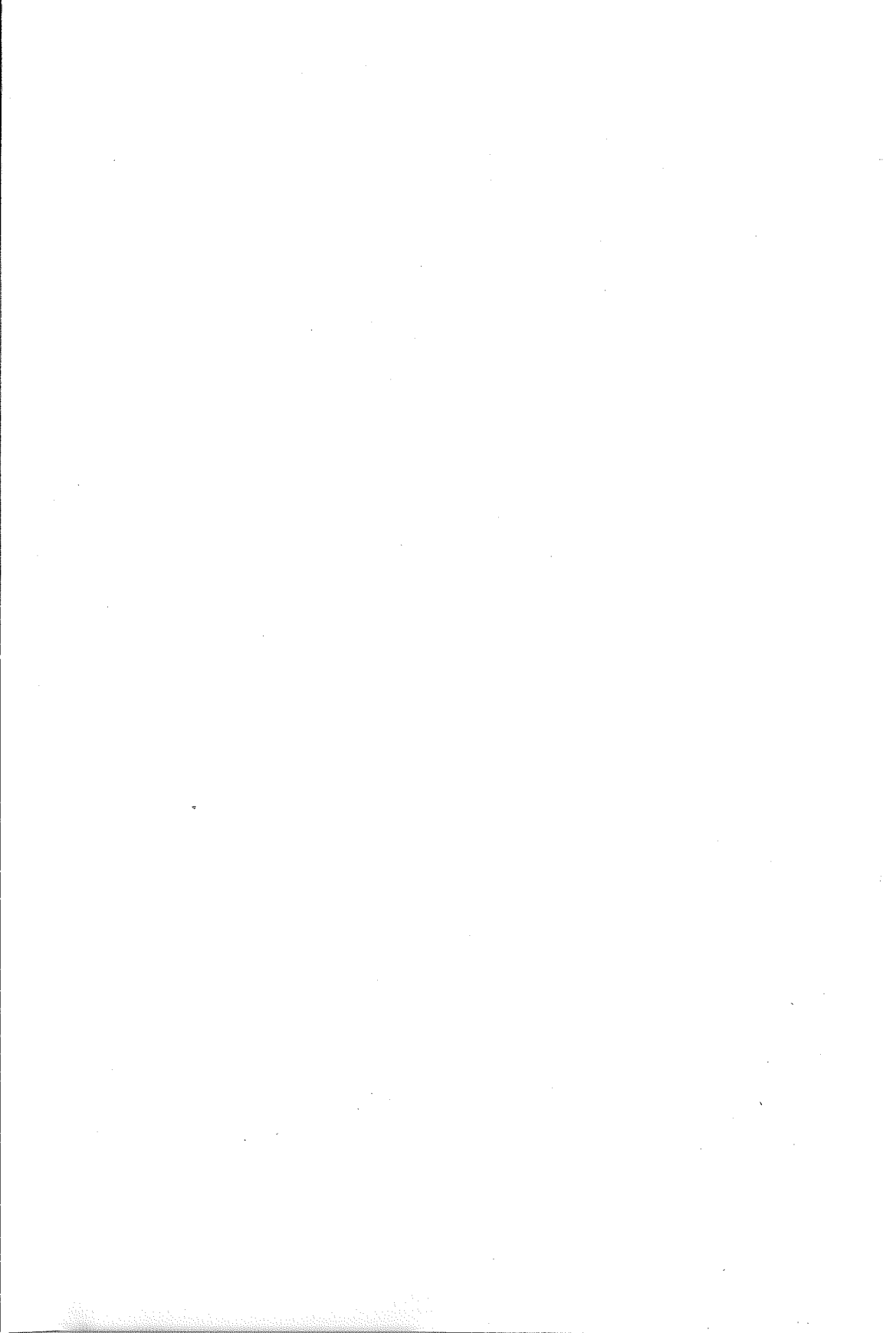
lungsmethode entschieden hat⁶⁰, ebenso dass er aufgrund anderweitiger Aufklärung oder Kenntnisse keiner Aufklärung bedurfte⁶¹.

V. Schlussbetrachtung

Die ärztliche Aufklärungspflicht spielt im deutschen zivilen Haftungsrecht eine weitaus größere Rolle als in den meisten anderen Rechtsordnungen. Das ist praktisch darauf zurückzuführen, dass ihre Verletzung sehr häufig dort vorgebracht wird, wenn der Behandlungsfehler oder dessen Kausalität für den eingetretenen Gesundheitsschaden vom Patienten nicht bewiesen werden können. Allerdings haben sich Rechtsprechung und Lehre zugleich bemüht, das sich daraus ergebende Haftungsrisiko des Arztes nicht zu sehr ausufern zu lassen. Daraus hat sich eine ausdifferenzierte Dogmatik entwickelt, die für die nicht mit dem deutschen Arztrecht Vertrauten nicht einfach nachzuvollziehen ist. Ob schließlich den Patienten ihre Entscheidung wirklich leichter fällt, wenn sie in dem geforderten Umfang aufgeklärt werden, ist überaus fraglich.

⁶⁰ BGH NJW 1992, 741.

⁶¹ BGH NJW 1980, 633; 1984, 1807, 1809.



**TÜRK TIP HUKUKUNDA AYDINLATMA
VE
TIBBİ MÜDAHALELERDE BİLGİLENDİRİLMİŞ
RIZA ALINMASI YÖNETMELİĞİ TASLAĞI**

Doç. Dr. Hakan HAKERİ^(*)

Bu çalışma, II. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu'nda sunulan "Türk Hukuku'nda Aydınlatma Yükümlülüğü" konulu tebliği esas almakla beraber, sempozyum sonrasında bu çalışma yayına hazırlanırken, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanmış bulunan "Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı" tarafımıza ulaştırılmıştır. Bu vesileyle, çalışmanın kapsamı, sempozyumda sunulan tebliğin kapsamını aşmış ve söz konusu taslak ve bu taslak ile yürürlüğe konulması düşünülen rıza formu da çalışmada ele alınmıştır.

Çalışmada, her konu başlığından sonra, ilkin konuya ilişkin çok özet bilgiler verilmiş, daha sonra ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır. Böylece okuyucunun söz konusu başlık altında hangi konuların ele alındığını bir bakışta görebilmesi amaçlanmıştır.

NEDEN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ?

- *Hekim faaliyetinin hukuka uygunluğunun temel şartlarından birisi "hastanın rızası"dır.*
- *Rıza hukuksal bir kavramdır.*
- *Rızanın geçerlilik şartlarından birisi de, kişinin neye rıza gösterdiğini bilmesidir.*

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

• *Bu nedenle, hekim faaliyetinin hukuka uygun olabilmesi için, aydınlatma çok önemli bir şarttır.*

Hastanın kendi vücudu üzerindeki hakları, vücut üzerinde yapılmak durumunda olan tıbbi müdahalenin ancak hastanın rızasıyla¹ yapılabilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla hastanın rızası hem özel hukuk, hem de ceza hukuku açısından önemli bir hukuka uygunluk nedenidir. Hastanın rızası olmasa dahi, muhtemel rızası, kanuni temsilcisinin veya mahkemenin rızası bulunmalıdır. Ancak hastanın rızasının da geçerli olabilmesi için, hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekir, bu konuda yanıltılmaması gerekir. Bunun sağlanabilmesi de, ancak hastanın aydınlatılması suretiyle mümkün olur.

Aydınlatma yükümlülüğü, medeni hukuk manasında, “sözleşmenin diğer tarafını, hukuki ilişki açısından önemli kabul edilen maddi ve hukuki hususlara işaret etmek” olarak tanımlanmaktadır². Yönetmelik taslağında ise “bilgilendirme” adı altında, aydınlatma şöyle tanımlanmaktadır: *“Bireyin; sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbi müdahale ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemez acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesi”*.

Hekim ve hasta tıbbi müdahalede beraber etkili olmalıdır. Hasta hekime, şikayetleri ve durumu konusunda bilgi verecek; hekim de hastayı hastalığı ve tedavisi, tedavi şansı ve rizikolar konusunda bilgilendirecektir. Burada iki ayrı hukuksal yararın çatışma içinde olduğu görülmektedir. Bir yandan hekim, kendisine verilen tıbbi müdahale hakkını kullanmak suretiyle, geniş bir takdir yetkisini kullanmakta; öte yandan hasta da kendisi ve sağlığı konusunda tek karar verici olarak kalmaktadır. İşte aydınlatma bu iki tezadı birleştirme amacını taşımaktadır. Aydınlatma hasta eksenli bir işlemdir ve hekim ve hastanın işbirliği içinde gerçekleştirilmelidir³.

¹ Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır (Medeni Kanun md. 24).

² BÜYÜKAY, 51.

³ DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 187.

Aydınlatma, hekimin ana ödevlerinden birisidir. Tedavi sözleşmesine göre, hekim hastaya tavsiyelerde bulunmak ve yardım etmek için, hastayı kendi sorumluluğunun bilincinde bir partner olarak ve onun kişisel haklarına saygı göstererek kabul etmek durumundadır. Hekim tavsiye ve yönlendirme için partnerini aydınlatmak zorundadır. Hekimin tıbbi müdahale şeklinde kendini gösteren yardımı için uzlaşma şarttır ve uzlaşma için de aydınlatma şarttır. Hekimin seçim olanaklarının ve seçeneklerinin çoğalması tıbbin bireyselleştirilmesini sonuçlamakta ve bunun için de daha kuvvetli bir iletişim gerekli görülmektedir⁴.

Yönetmelik taslağının 1. maddesinde, yönetmeliğin ve dolayısıyla aydınlatmanın amacı açıklanmış bulunmaktadır: *“Bu yönetmeliğin amacı; yönetmelik kapsamındaki sağlık kurum ve kuruluşlarında hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her türlü tıbbi girişimin ön koşulu olan bilgilendirilmiş rızasının alınmasını, insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığı ve bedeniyle ilgili tasarruflarının sağlanmasını, hak ihlallerinden korunabilmesini ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesiyle ilgili esas ve usulleri belirlemektir”*. Bu maddede de aydınlatmanın her türlü tıbbi girişimin ön şartı olduğuna işaret edilmektedir.

TÜRK HUKUKUNDA AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN POZİTİF DÜZENLEMELER

- Genel bir hüküm yok.
- *Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Organ ve Doku Nakli Kanunu 'nda müstakil hükümler bulunmaktadır.*
- *Öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir.*

Hukukumuzda, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak mevzuatımızdaki bazı düzenlemelere bir göz atmakta yarar bulunmaktadır:

Vücut bütünlüğü ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, kişiye tanınan en yüksek değerdeki haklardanır. Bu haklar hekimin tıbbi müdahalesinin hukuksal niteliğini doğrudan belirleyen haklardır. Herkes hekim yardımından faydalanmak veya hastalığının akışını kadere bırakmak hususunda seçim hakkına sahiptir. Bu seçim hakkını gereğince kul-

⁴ L/U-LAUFS, §61, kn. 13.

lanabilmek için, kişinin vermiş olduğu kararın sonuçlarını iyice bilmesi gerekir. Hastanın kendi geleceğini bizzat belirleme hakkı aynı zamanda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal temelini ve ölçütünü oluşturmaktadır⁵. Hastanın özerkliğinin temeli Anayasada yer almaktadır (md. 17/1)⁶. Hastanın teşhise, tedaviye veya önlemeye yönelik müdahalelere rıza göstermesi gerekliliği; onura, özgürlüğe ve yaşam ve vücut bütünlüğü hakkına saygı ve koruma yükümlülüğünü öngören anayasal prensiplerden kaynaklanmaktadır⁷. Nitekim Türk Hukuku'nda da hekimin hastayı aydınlatma borcuna temel dayanak olarak anayasanın 17/1 maddesinin esas alınabileceği belirtilmektedir⁸.

Yönetmelik bazında Hasta Hakları Yönetmeliği'nin bu konuya ilişkin hükmü şöyledir: "*Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir*" (HHY md. 15).

Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinde "*hekim, teşhise göre alınması gereken tedbirleri hastaya açıkça söylemelidir*" denmektedir. Bunun dışında, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 7. maddesi'ne göre, "*organ veya doku alacak hekimler, vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek zorundadır*".

"*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konusunda aydınlatır*" (TTB Meslek Etiği Kuralları, md. 26).

⁵ L/U-LAUFS, §68, kn. 1.

⁶ Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

⁷ L/U-LAUFS, §61, kn. 14.

⁸ AYAN, 73.

Öğreti ve uygulamada da aydınlatma yükümlülüğü kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay: “*Hastanın açık ya da zımni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanmasına bağlıdır*”⁹ şeklinde karar vermiştir.

Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı’nın 4. maddesinde “bilgilendirme” şöyle tanımlanmaktadır: “*Bilgilendirme, bireyin; sağlık durumu, kendisine uygulanacak vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren tanı ve tedavi yöntemleriyle, bunların faydaları ve muhtemel riskleri, diğer tıbbi müdahale ve tedavi yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri, neticeleri ve öngörülemeyen acil durumlarda önerilen tedavinin dışına çıkma konularında ayrıntılı ve yazılı olarak bilgilendirilmesini*” ifade eder.

Aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağını anayasadan aldığına yukarıda işaret etmiştim. Önemle belirtmek gerekir ki, bu yükümlülüğün temelleri hukukun yanı sıra etikte de bulunmaktadır. Hastanın bilgilendirilmesi ve onayı esasen ilk planda etiğin öngördüğü esaslardır. Hastanın yanılmama konusunda ahlaki bir talep hakkına sahip olduğu açıktır¹⁰.

KİMLERİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VARDIR?

- *Teşhis ve tedaviyi üstlenen hekim*
- *Birden fazla hekim üstlenmişse, sorumlu hekim*
- *Anestezi hekimi*

Aydınlatma yükümlülüğü, hekime aittir. Bu hekim, tedaviyi uygulayan, müdahaleyi yapan hekimdir. Hekimin bu görevi bizzat yerine getirmemesi, bir başka meslektaşına bırakması durumunda, meslektaşının bu yükümlülüğü gereğince yerine getirdiği hususunda emin olması gerekir. Hastanın karar vermesinin güç olduğu ağır ameliyatlarda, bizzat ameliyatı yürütecek operatör hekimin aydınlatmayı yapması gerekir¹¹. Hasta Hakları Yönetmeliği’ne göre, hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip

⁹ 4. HD. 7.3.1977, 2541, YKD, 1978, 907.

¹⁰ DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 189.

¹¹ L/U-LAUFS, §66, kn. 1; KERN/LAUFS, 11 vd.

dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir (HHY 15; aynı yönde, Yönetmelik Taslağı, md. 6/1-i: Hasta, tedavisi ile ilgilenen hekim dışında bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir). Öğretide, hem asıl sözleşmenin tarafı olan hekimin, hem de müdahaleyi yürütecek olan hekimin aydınlatmayı yapması gerektiği savunulmaktadır¹². Yönetmelik taslağında da, hastanın “sağlık durumu konusunda sözlü olarak tıbbi müdahaleyi yapacak hekim tarafından bilgilendirileceği ve anlatılanların bilgilendirilmiş rıza formuna yazılacağı” açıklanmaktadır (md. 6/1-b). Anestezinin uygulanacağı hallerde, anestezi hekiminin de anesteziye ilişkin aydınlatmada bulunması gerekmektedir.

Hemşirenin aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekim aydınlatma yükümlülüğünü hemşireye veya bir başka sağlık personeline bırakmamalıdır¹³. Hekimin bizzat yapma yükümlülüğü, aydınlatma konuşması zorunluluğunun bir sonucudur, zira hasta aklına takılan soruları yöneltebilecek ve bizzat uzmanından bu konularda cevaplar alabilecektir. Ancak hemşirenin sorumluluk alanındaki tıbbi müdahalelerde de hemşirenin aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu şüphe yoktur. Örneğin bir kan alımında, hemşire yapacağı işlemi ve varsa rizikolarını açıklamalıdır.

KİM VE NE ZAMAN AYDINLATILACAKTIR?

- *Bizzat hasta*
- *Küçük veya kısıtlı hasta bakımından veli veya vasi*
- *Tıbbi müdahaleden önce*

Aydınlatılması gereken kişi kesinlikle bizzat hastanın kendisidir. Bugün ülkemizde çok kötü ve tamamen hukuka aykırı bir uygulama yerleşmiş bulunmaktadır: Hasta bilinçli ve yaşı uygun olmasına rağmen, hastanın yakınları aydınlatılmakta ve onların rızası, hatta imzası alınmaktadır. Hastanın eşinin, oğlunun, kızının, babasının aydınlatılması rızanın geçerli olmasını sağlamaz.

Hasta yerine yakınlarının aydınlatılması, hastanın aydınlatılması yerine geçemez. Keza, hastalığın ağır veya ciddi olması durumunda da,

¹² AYAN, 82.

¹³ ZEYTİN, 1154, 1155.

hasta yerine yakınının aydınlatılması kural olarak doğru değildir. Nitekim hekimin hastanın psikolojik durumunu düşünerek 39 yaşındaki hasta yerine babası ve eşine bilgi vermesi yeterli görülmemiştir. Hekim, hasta yakınlarına hastalığı anlatıp, ne kadarım hastaya söyleme konusunu onların takdirine bırakamaz. Hekim, hastasına onun ruhsal durumunu koruyacak şekilde, teşhisi ve sonuçlarını söylemek zorundadır¹⁴.

“Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgi, bizzat hasta veya hasta adına hareket edenler; hastanın, küçük, ayırt etme gücünden yoksun veya kısıtlı olması halinde kanuni temsilcisi tarafından istenebilir” (Yönetmelik Taslağı, md. 6/1-h). *“Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak ve tıbbi müdahaleye rıza göstermek üzere bir başkasına da yetki verebilir. Verilen yetkinin belgelendirilmesi gereklidir”* (Yönetmelik Taslağı, md. 6/1-ı).

Tıbbi müdahale konusunda mahkemeden izin alınmasının gerekli olduğu hallerde de, mahkeme hakiminin aydınlatılması gerektiğinde tereddüt yoktur.

Aydınlatma, tıbbi müdahaleye rıza verilmesinden önce yapılmak zorundadır¹⁵. Aydınlatma çok erken veya çok geç yapılmamalı, zamanında yapılmalıdır¹⁶. Hekim aydınlatma konuşmasını, zaman baskısı altında yapmamalı, hastasına da karar verme baskısı uygulamamalıdır. Acil bir durum söz konusu olmadığı sürece, hastaya düşünmesi için müddet verilmelidir¹⁷. Kural olarak aydınlatma, ameliyattan bir gün öncesinden daha geç yapılmamalıdır¹⁸. Uygulamada, ameliyat öncesindeki akşam yapılan aydınlatma yeterli görülmemiştir¹⁹.

AYDINLATMANIN ŞEKLİ

- *Yazılı olmalıdır.*
- *Matbu formlarla yapılan aydınlatma geçersizdir.*

¹⁴ BGH NJW 1989, 2318, 2319; Mahkeme kararında hekimin hastaya ilişkin bulguları yakınlarına aktarmasının ayrıca hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali olduğuna da işaret edilmiş, ama konu üzerinde durulmamıştır, s. 2319.

¹⁵ AYAN, 83.

¹⁶ DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 238; Krş. AŞÇIOĞLU, 39.

¹⁷ L/U-LAUFS, §66, kn.6.

¹⁸ OLG Köln, VersR 1992, 754.

¹⁹ BGH VersR 1992, 960; BGH NJW 1998, 2734.

Aydınlatmanın şekline ilişkin hukukumuzda genel geçerli bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda (md. 6) ve Nüfus Planlaması Kanunu'nda (md. 5/4) bu konuya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Organ ve Doku Nakli Kanunu yazılı ve imzalı bir tutanaktan bahsederken, Nüfus Planlaması Kanunu bu konunun tüzükte düzenleneceğine işaret etmiş, "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük"²⁰ün 13. maddesinde ise örneği tüzüğe ekli bir izin belgesinin alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. Hemen belirtelim ki, söz konusu hükümler, rızanın yazılı olmasına ilişkin hükümler olup, bu hükümlerden, aydınlatmanın da yazılı olması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkün olmaz²¹. Ancak, her ne kadar aydınlatmanın yazılı olması gerektiğine ilişkin genel bir hüküm bulunmaktaysa da, ispat kolaylığı bakımından aydınlatmanın yazılı olmasından yarar vardır. Fakat yazılı aydınlatma bakımından özellikle matbu formlardan kaçınılmalıdır. Matbu formlarla ve sadece imzalatma suretiyle yapılan aydınlatma geçersizdir.

Aydınlatma anlaşılır olmalıdır ("*gerektiğinde tercüman kullanılarak, hastanın anlayabileceği şekilde, tıbbi terimler mümkün olduğunca kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden ve hastanın ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile...*", HHY md. 18). Yönetmelik taslağının 6/1-a maddesinde de benzer husus ifade edilmektedir: "*Bilgi, bireyin anlayabileceği şekilde, sosyo-kültürel düzeyine uygun, tıbbi terimler kullanılmadan, mümkün olduğunca sadeleştirerek, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile verilir*". Aynı maddenin b bendinde, aydınlanmanın "*sözlü olarak*" yapılacağı ve "*anlatılanların bilgilendirilmiş rıza formuna yazılacağı*" belirtilmektedir. Böylece yönetmelik isabetli bir düzenleme öngörmüş bulunmaktadır. Kural olarak aydınlatma sözlü olarak yapılacak, ancak bu sürece ispat gücü kazandırmak bakımından ilgili forma anlatılanlar aktarılacaktır. Nitekim ç bendinde de "*bilgilendirme amacıyla aktarılan bilginin, yeterince anlaşılır ve açık olması ile hasta tarafından sorulacak soruların ilgili hekim tarafından cevaplandırılması zorunludur. Bunun yanında kişinin soru sorması teşvik edilir ve cesaretlendirilir*" denilmek suretiyle

²⁰ Bakanlar Kurulu Kararı No: 83/7395, Tarih: 14.11.1983, RG: 18.12.1983, 18255.

²¹ ZEYTİN, 1157, 1158.

aydınlatma konuşmasının soru cevaplı olmasına olanak tanınmaktadır. Keza, “hekim, bireyi bilgilendirirken, onun anlayabileceği bir tarzda olmasına özen göstermeli, bilgileri yavaş yavaş ve gerekli tekrarları yaparak, tarafsız vermeli ve ders verir şekilde olmamasına dikkat etmelidir” (md. 6/1-f). Son olarak, “bireye anlatılanları anlayıp anlamadığı sorulur, kendi ifadesiyle tekrar ettirilir ve anlaşılmayan hususlar tekrar anlatılır” (Yönetmelik Taslağı, md. 6/1-g).

Bilgi; bireyin yaşına, olgunluğuna ve tecrübelerine uygun olarak verilir (Yönetmelik Taslağı md. 6/1-d).

AYDINLATMANIN KAPSAMI

• *Aydınlatma tıbbi müdahalenin konusu, sonuçları, rizikoları ve alternatifleri hakkında yapılır.*

• *Genel kural: Müdahalenin ve rizikosunun ağırlığı*

Aydınlatmanın kapsamına ilişkin mevzuatımızdan bazı hükümlere işaret etmek mümkündür. İlkın Hasta Hakları Yönetmeliği'nin şöyle bir hüküm sevk ettiğini görmekteyiz: Hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır (HHY md. 31).

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesine göre, hekim hastasını,

- * hastanın sağlık durumu ve konulan tanı,
- * önerilen tedavi yönteminin türü,
- * başarı şansı ve süresi,
- * tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler,
- * verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri,
- * hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar,
- * olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.

Yönetmelik Taslağı ise şöyle bir hüküm içermektedir (md. 7/1):

“Bireye verilecek bilgi;

- a) Tanı ve tanı için yapılacak gerekli girişimler,
- b) Hastalığın olası sebepleri,
- c) Tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskleri ile hastanın sağlığı üzerindeki olası etkileri,
- ç) Tedavinin şekli, süresi, oluşturabileceği rahatsızlıkları,
- d) Tedaviyi kabul veya reddetme durumlarında ortaya çıkabilecek fayda ve riskleri,
- e) Hastalığın nasıl seyredebileceği,
- f) Kullanılacak ilaçların özellikleri, süresi, kullanım şekli, yan etkileri ve ilaçların etkileşimleri,
- g) Tedavi sonrası sağlığı için istenilen yaşam tarzı ve evde bakım şekli,
- ğ) Gerektiğinde yeniden aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşacağı, hususlarını içermelidir”.

Aydınlatmanın kapsamı müdahalenin gerekliliğine ve rizikonun ağırlığına göre belirlenecektir²². Tıbbi müdahalenin gerekliliği azaldıkça, aydınlatmanın kapsamı daralabilecektir. Böylece, müdahalenin gerekliliğindeki azalma, daha az ihtimal kapsamında olan sonuçlar konusunda dahi aydınlatmayı gerekli kılmaktadır²³. Keza, riziko ne kadar ağır ise, o kadar yoğun aydınlatma; ne kadar hafif ise o kadar “sadece değinme” yeterli olacaktır²⁴. Rutin işlemler bakımından daha dar kapsamlı bir aydınlatmanın yeterli olacağı söylenebilir.

Hastanın hangi riski önemli, hangisini önemsiz göreceği konusunda hekime yetki tanıyan görüşler ise kabul edilemez. Böyle bir görüş, hastanın iradesini hekim lehine tek taraflı olarak sınırlandırma anlamına gelecektir²⁵.

“Tıbbi tedavisi tamamlanan hasta ve yakınına, istemese dahi, genel sağlık durumu, kullanacaksa ilaçları, ne zaman ve hangi aralıklarla

²² ÖZSUNAY, 39 vd.

²³ BGH VersR 1972, 153.

²⁴ DEUTSCH/SPICKHOFF, kn. 214.

²⁵ ERMAN, 113.

kontrole geleceği ve tedavi sonrası bakım konusunda yazılı bilgi verilmesi zorunludur. Bu yazılı bilgi rapor ve epikriz şeklinde verilmelidir” (Yönetmelik Taslağı, md. 9).

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BULUNMADIĞI HALLER

- *Hastanın Vazgeçmesi*
- *Hastanın Bilgisinin Bulunması*
- *Hasta Üzerinde Kötü Etki Yapacak Olması*
- *Acil Haller*

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesi sadece teşhis bakımından hastanın aydınlatmadan vazgeçebileceğini düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, “ilgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir” (aynı yönde, Yönetmelik Taslağı, md. 8/1). Böylece hastanın aydınlatmadan vazgeçmesinin mümkün olacağı açıklanmıştır. Medeni Kanunumuzun 23/2. maddesinde “kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz” denmektedir. Hastanın aydınlatmadan vazgeçmesi hukuka ya da ahlaka aykırı bir vazgeçme olmadığından geçerlidir²⁶. Ancak, örneğin hekimin “aksi takdirde tıbbi müdahale yapmayacağına” yönelik tehdidi üzerine hastanın aydınlatmadan vazgeçtiğini açıklaması elbette geçerli olmayacaktır.

Yönetmelik Taslağı'nda da bu konu hükme bağlanmıştır: “*Hasta veya hastayı temsil edenler bilgi verilmemesini isteme ve verilen bilgiyi yeterli bularak bilgi verilmesinden vazgeçme hakkına sahiptir*” (md. 8/2).

İkinci bir olasılık hastanın zaten bilgisinin bulunmasıdır. Örneğin, aynı konuda yapılan ikinci bir ameliyatta tekrar bir aydınlatmaya gerek görülmeyebilir.

²⁶ Krş. ZEYTİN, 1153, 1160.

Üçüncü bir ihtimal ise, aydınlatmanın hastayı olumsuz etkileyecek olmasıdır²⁷. Hasta Hakları Yönetmeliği bu konuda şöyle bir düzenleme yapmıştır: “Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir” (md. 19). Bu çerçevede hemen belirtelim ki, hastanın aydınlatılması durumunda tıbbi müdahaleden vazgeçecek olması, aydınlatmama için bir sebep olarak kabul edilemez. Bu takdirde de hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi görüş²⁸, paternalist anlayışın devam ettiğini gösterir. Ancak bu takdirde, hekimin hastanın bu yönünü göz önünde bulundurarak bir aydınlatma yapmak durumunda olduğunda da şüphe bulunmamaktadır. Nitekim Yönetmelik Taslağı’nda da bu husus gözetilmiş bulunmaktadır: “*Hekim bilgilendirme yaparken, gerçekleri söylemeli ancak bireyi tedirgin edecek, korkutacak üsluptan kaçınmalıdır*” (md. 6/1-e).

Dördüncü durum ise acil hallerdir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24/3. maddesi hastanın rızasına ilişkin olarak, “kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz” demektedir. Bu hükme kıyasen, bu takdirde aydınlatma yükümlülüğünün de bulunamayacağı sonucunu çıkarmaktayız.

Yönetmelik Taslağı’nın 14. maddesinde, “bireyin rıza beyanında bulunamayacağı ve kanuni temsilcisinin bulunmadığı acil ve zorunlu durumlarda, hekimin hastaya müdahalede bulunması rızaya bağlı olmayan bir görev ve yükümlülüktür” hususu açıklanmak

²⁷ Bu konuda bkz. bu kitapta yayınlanan **Gunnar Duttge**’nin makalesi: “Hastanın ‘Merhamet Düşünceleriyle Yanıtılması’ (Thomas Mann) Haklı Görülebilir mi?”

²⁸ Krş. ÖZSUNAY, 47, 48; ÇAKMUT, 234, 235.

suretiyle, acil hallerde aydınlatmadan da sarfi nazar edilebileceği dolaylı olarak belirtilmiş olmaktadır.

YANILGI VE İSPAT PROBLEMLERİ

- *Yanlış Bilgi Vermenin Sorumluluğu Hekime Aittir.*
- *İspat Yükümlülüğü Hekime Aittir.*

Hekimin aydınlatmada yanlış bilgi vermesinin nedeni kendi yanılığı da olsa, sorumluluğu vardır²⁹. Örneğin, hekim hastalığı yanlış teşhis ederek, yanlış hastalık konusunda aydınlatmışsa, aydınlatma yapılmamış sayılacaktır.

Aydınlatmanın yapıldığını ispat yükümlülüğü hekimdedir³⁰. Esasen aydınlatma işlemi hekim tarafından yapılacağından ve bu konuya ilişkin belgeler de kendisinde bulunacağından, ispat yükünün hekimde olması doğaldır. Nitekim Yargıtay da³¹ aydınlatmaya ilişkin ispat yükümlülüğünün hekimde olduğunu kabul etmektedir.

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN SONUÇLARI

Yukarıda da ifade edildiği gibi, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hastanın rızasının geçersiz olmasını sonuçlar³². Bunun sonucu da, hekimin tıbbi müdahalesinin, sonuçta hastanın yararına olsa bile hukuka aykırı olmasıdır. Bunun ceza hukuku bakımından sonucu ise, hekimin yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulabilecek olmasıdır.

Medeni hukuk bakımından ise, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali hekimin tazminat sorumluluğuna yol açabileceği gibi, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi de hekimden talep edilebilir³³. Ancak belirtelim ki, ceza hukukundan farklı olarak, aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline rağmen hastanın iyileşmesi, sağlığında herhangi bir zararın meydana gelmemesi durumunda tazminat sorumluluğu doğmayacaktır.

²⁹ ERMAN, 121.

³⁰ ZEYTİN, 1163.

³¹ HGK, 28.6.1978, 976/4-3539/696, AŞÇIOĞLU, 139, dn. 203d'den.

³² ÜNVER, 124.

³³ ZEYTİN, 1153.

SON SÖZ : AYDINLATMA HEKİMİ SORUMLULUKTAN KURTARIR MI?

- *Aydınlatma Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğunun Önşartıdır.*
- *Bu Önşartın Yerine Getirilmesi Hekimin Yapacağı Sonraki Hatalardan Kusursuz Sayılmasını Gerektirmez*

Aydınlatma hekim müdahalesinin hukuka uygun sayılabilmesi için bir ön şarttır. Ancak aydınlatmanın yapılmış olması ve kurallara uygun olması, hekimin tıbbi müdahalesinin eksikliklerinden veya hatalarından kaynaklanan sorumluluğunu engellemez. Bunun için aydınlatma yapılmalı, hastanın rızası alınmalı ve doğru bir teşhis ve tedavi yapılmalıdır. Hekimin kusurlu hareket ettiği hallerde hastayı aydınlatmış olması sorumluluktan kurtulmasını sağlamaz.

BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZA FORMU

Yönetmelik Taslağı'nda ayrıca bir bilgilendirilmiş rıza formu örneğine yer verilmiştir. Buna göre, yönetmelikte belirtilen tüm konuları içeren **Ek-1'deki "Bilgilendirilmiş Rıza Formu"** formatı kullanılır. Her sağlık kurum ve kuruluşu bu formata göre hastanın vücut bütünlüğüne yönelik yaptığı tüm tıbbi müdahalelerle ilgili olarak açıklamalarını da içeren ayrı ayrı formlar geliştirilir. Bu formdaki yer alan bilgiler; yazılı ve sözlü olarak **MADDE -6'daki** usul ve esaslara göre hastaya aktarılır ve rızası alınır. Bu form iki nüsha doldurulur ve aslı hastanın dosyasında, sureti hasta veya yakınına verilir. İlgili formda mutlaka hekimin imzası, hastaya veya yakınına el yazısı ile bilgilendirilmiş rızasının alındığına dair not eklenerek imzalatılır.

T.C. SAĞLIK BAKANLIĞI

.....HASTANESİ

TIBBİ MÜDAHALELERDE HASTANIN

BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZASININ ALINMASI İLE İLGİLİ
FORM FORMATI

AÇIKLAMA

Sizden okuyup anlamanızı istediğimiz bu belge, sizi ürkütmek ya da yapılacak tıbbi uygulamalardan uzak tutmak için değil bu uygulamaya rıza gösterip göstermeyeceğinizi belirlemede sizi bilgilendirmek ve onayınızı almak için hazırlanmıştır.

Hastanın

Adı ve Soyadı :

Baba Adı :

Dosya/Protokol No :

BİLGİLENDİRMENİN İÇERİĞİ

- a) Tanı için yapılacak gerekli girişimler ve tanı:(açıklama).....
.....
- b) Hastalığın olası sebepleri:(açıklama).....
- c) Tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği yarar ve zararları ile hastanın sağlığı üzerindeki olası etkileri : (açıklama).....
- d) Tedavinin özellikleri; şekli, süresi, oluşturabileceği rahatsızlıkları : (açıklama).....
- e) Tedaviyi kabul veya reddetme durumlarında ortaya çıkabilecek durumlar:(açıklama).....
- f) Hastalığın nasıl seyredebileceği : (açıklama).....
- g) Kullanılacak ilaçların özellikleri; süresi, kullanım şekli, yan etkileri ve ilaçların etkileşimleri : (açıklama).....

h) Tedavi sonrası onun sağlığı için istenilen yaşam tarzı ve evde bakım şekli:(açıklama).....

i) Gerektiğinde yeniden aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşacağı:(açıklama).....

...../...../.....

Bilgilendirenin ve Rızayı Alanın

Adı Soyadı ve Ünvanı :

İmzası :

HASTANIN / YAKININ/ VELİSİNİN/ VASİSİNİN RIZASI

- a) Bana verilen bilgilerin tamamını anladım ve bunu ifade edebilirim.
- b) Hekimim kafama takılan sorularımı anlaşılır biçimde cevapladı.
- c) Hastalık veya sakatlığımın konulan tanısının ne olduğunu ve olası sebeplerini biliyorum.
- d) Sorunumla ilgili önerilen tedavi seçeneklerinin ne olduğunu biliyorum.
- e) Bana önerilen işlemin benim için en iyisi olduğuna inanıyorum.
- f) Bu işlemin yarar, risk, sakınca ve yan etkilerini biliyorum.
- g) Başarı olasılığımın ne olduğunu biliyorum.
- h) Sorunumun başka şekilde tedavisinin olup olmadığını biliyorum. Eğer varsa, bunların risk ve yararlarının neler olduğu bana söylendi.
- i) Tedavi olmadıgımda ne olabileceğini biliyorum.
- j) “Bilgilendirilmiş Rıza Formu”nun ne anlama geldiğini biliyorum.
- k) İmzaladığım formdaki her şeyi kabul ediyorum ve kabul etmediklerimin üzerini çizdim. Bu değişikliklerden hekimim haberdar oldu.
- l) Aklım başımda ve kendimi, kararımı veremeyecek şekilde sıkıntı ve baskı içinde hissetmiyorum.

- m) Bu tıbbi müdahaleden yeterince yarar göreceğimi ve bu yararın aldığım riskten ağır bastığını düşünüyorum.
- n) İstemezsem, bu girişime rıza göstermek zorunda olmadığımı biliyorum.

...../...../.....

Hastanın /Yakının/Velisinin/Vasisinin

Adı Soyadı :

İmzası :

YARARLANILAN KAYNAKLAR

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

Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

Büyükay, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, İstanbul 2006.

Çakmut (Yenerer), Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2002.

Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas, Medizinrecht, 5.B., Berlin Heidelberg New York 2003

Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003

Kern, Bernd-Rüdiger/Laufs, Adolf, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Berlin, Heidelberg, New York 1983.

L/U-Yazar, Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm, Handbuch des Artzrechts, 3.B., Münih 2002

Özsunay, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983.

Ünver, Yener, Tıbbi Riskin Ceza Hukuku Görünümü, Uluslar arası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı, C.1, Bursa 2003.

Zeytin, Zafer, “Die ärztliche Aufklärungspflicht nach dem türkischen Recht”, Festschrift für Laufs, Berlin Heidelberg 2006.

RIZA GÖSTERME EHLİYETİNE SAHİP OLMAYANLARDA AYDINLATMA VE RIZA

Prof. Dr. Henning ROSENAU^(*)

Çev : Yard. Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ^(**)

I. Giriş

Volenti non fit iniuria: Rıza gösterene karşı haksızlık söz konusu olmaz. Hekim-hasta ilişkilerinin temel ilkesi bu hukuksal olduğu gibi etik temel kurala dayanmaktadır. Önceden yeterince aydınlatılmış hastanın rızası tıbbi tedavinin temeli [sebebi] ama aynı zamanda sınırdır.

Bu her şeyden önce hasta açısından geçerlidir. Hasta süje olarak saygı görmelidir, onun anayasal olarak garanti altına alınmış kişilik hakları hastanın kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde hekime karşı somutlaşmıştır: Her şeyden önce sadece bu tek başına tıbbi işlemleri meşru kılmaktadır. Bir iyileştirme müdahalesi açısından tıbbi edikasyonun her halükarda kural olarak, estetik operasyonlarda olduğu gibi bir şeyi göstermek zorunda oluşu, rızada hasta aracılığıyla tıbbi müdahalenin caizliği açısından olmazsa olmaz koşulu olarak bir şeyi değiştirmemektedir.

Ama Hekimlerin bakış açısından da, *informed consent* olarak adlandırılan yeterli aydınlatmaya dayanan rıza, işlemleri açısından temel ve standart hukuka göre tartışmasızdır. Bu hususta hekimin hareketlerinin ceza kanunundaki bir suç tipini oluşturmasının çok seyrek olmadığı netleştirilmelidir. Zorunlu bir ameliyat gerçekleştiren hekim, kasten yaralama suç tipini gerçekleştirir. Hekimin hareketleri hukuka uygun olduğundan, cezalandırılabilirlik mümkün olmadığı için, elbetteki ameliyat

^(*)Ausburg University Faculty of Law

^(**)İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

eden hekim kural olarak cezalandırılmaz. Normatif dayanak noktası hastanın hukuka uygunluğu sağlayan rızasıdır. Eğer hekimin müdahalesinin kapsamı konusunda yeterli aydınlatmaya dayanıyorsa, hastanın hekimin eylemi bakımından hareketlerle de ifade edilebilecek olan onayı, hekimi haklı kılmaktadır.

Eğer tıbbi günlük yaşamı göz önüne alacak olursak, sözü edilen ilkelerin sadece temel bir ilke olarak ele alınabileceği, çabuk bir biçimde anlaşılır. Eğer bunlara katı bir biçimde uyulacak olursa geniş hasta gruplarına tıbbi bir tedavinin uygulanması mümkün değildir. Ağır bir trafik kazası sonrasında hastaneye getirilen komadaki motosiklet sürücüsüne hayatını kurtaracak tedavinin yapılması yasaktır. Zira bu motosiklet sürücüsü ne aydınlatılabilir ne de rıza gösterebilir. Yedi yaşındaki öğrencinin bademcikleri alınmaz ve on üç yaşındaki bir kişiye doğum kontrol hapının verilip verilemeyeceği en azından şüphelidir.

Rıza gösterme yeteneğine sahip olmayan büyük gruplarda yukarıda sözü edilen “informed Consent” temel ilkesinin kullanılması mantıklı olmayan sonuçlara yol açabilir. Çünkü rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanlar hukuka uygunluğu sağlayacak güçte rıza gösteremezler. Hatta bunlar onay verecek durumda olsalar bile bu dikkate alınmayacaktır – Bu cümlelerin göreceliliğine daha sonra geleceğim. Aşağıda bilinci yerinde olmayanlar, psişik olarak hasta olanlar, aklen engelli olanlar ve reşit olmayanlar üzerinde durulacaktır.

II. Rıza Gösterme Ehliyeti

Rıza gösterme yeteneği bir kimsenin geçerli ticari işlem yapabilme yeteneği ya da kusur yeteneği ile karıştırılmamalıdır. Her ikisi de Alman Hukukunda kanunlar ve yerleşmiş yargısal içtihatla tanımlanmıştır. Sadece temel bilgiler dile getirilecek olursa: Ceza hukukuna ilişkin kusur yeteneği 14 yaşla birlikte başlar. Özel hukuka ilişkin geçerli işlem yapabilme yeteneğinin bulunmaması 7 yaşına kadar sürer; daha sonra gençler 18 yaşla birlikte yetişkin olana kadar sınırlı geçerli işlem yapma yeteneğine sahiptirler. Sonuç doğurucu hukuksal işlemleri kural olarak yapamayacağından, kural olarak hekimin ya da hastanenin sözleşmesinin tarafı olamaz ve tedavinin masraflarından da o değil, velayet hakkı sahibi sorumlu tutulabilir.

Yargısal içtihadın sürekli tekrarlanan formülüne göre, eğer hasta aydınlatıldıktan sonra bile tıbbi bir önlemin nitelik, anlam ve kapsamını anlayabilecek durumda değilse Rıza gösterme yeteneksizliği kabul edilmelidir. Diğerleri münhasıran kişiye bağlı değerler sistemine göre maliyetini karşılayabilme-yararlanabilme-analiz edebilme yeteneğinden söz ederler.

Özel hukuktaki 18 yaşla başlayan geçerli işlem yapabilme ehliyetine ilişkin sabit kuralın geçerli olmaması her defasında somut olaya ilişkin bir sorundur. Bununla birlikte esaslı kriter müdahalenin genişliğidir. Basit tıbbi önlemlerde rıza gösterme yeteneği, sonucu bilinmeyen ağır müdahalelerden daha fazla kabul edilebilir. Bu nüanslar kısmen özel kanunlarda bulunmaktadır. Örneğin Kastrasyon Kanununda rıza gösterme sınırı 25 yaş olarak reşit olma yaşının üzerinde bulunmaktadır.

Şüphesiz reşit olma sınırı rıza gösterme yeteneği açısından kaba bir dayanak noktası ortaya koymaktadır. Reşit olan, kural olarak kendisine uygulanacak tıbbi tedavi konusunda kendisi karar verebilecektir. Sonuç olarak algılama, sonuçları öngörebilme ve muhakeme edebilme yeteneği belirleyici olmaktadır. Eğer reşit olmamışlara ilişkin bir yaş belirlenmesi yapmam gerekirse, tecrübe değerlerine göre rıza gösterme yeteneğinin kural olarak 16 yaşla birlikte bulunduğu söylenebilir. Cinsel tıbbi önlemlerde olduğu gibi münhasıran kişiye bağlı tıbbi alanlarda daha önce bulunur. Örneğin 13 yaşındaki genç kız doğum kontrol hapıyla ilgili karar verebilir, 15 yaşındaki genç bir kadın hekimin aydınlatmasından sonra kendisi kürtaja ilişkin etkili bir onay verebilir.

Rıza yeteneksizliği sorunu hakkında mantıksızlığın söz konusu olamayacağını görmek, önemlidir. Bu, hastanın birini ya da diğerini doğru kabul edip etmediğinin sonucuna göre yönlendirilmemesi gereken bir ön sorundur. Bu Alman Federal Yüksek Mahkemesinin dış çekme kararında önemliydi. Bir kadın, hekimlerin baş ağrısıyla mücadele etmek için dolgu yapılmış bütün üst çene dişlerinin çekilmesi tavsiyesine karşı çıkmıştır. Kadın alken sapaşağlam ve geçerli işlem yapma ehliyetine sahiptir. Bununla birlikte Alman Federal Mahkemesi Rızanın objektif mantıksızlığına binaen kadının rıza gösterme yeteneksizliğine karar verdi. Bu kesinlikle kabul edilemez ve bütün aleyhe görüş bildirenler olay için velayet mahkemesinin kararı yönünde görüş açıkladılar. Özgür bir Dev-

let'te bireyin uzlaşmış ve alışılmıştan farklı davranma ve kendine ait değerler konusunda bir başkası ya da toplum için zararlı olmadıkça serbestçe karar vermesi mümkün olmalıdır.

III. Eksik Olan Rızanın Tamamlanması

Hekim açısından, ne yapmak zorundaysa yapması ve çocuk ya da bilinci yerinde olmayan motosiklet sürücüsünü, onların geçerli bir onayı olmamasına rağmen tedavi etmesi makul olmalıdır. Bununla hukuken tehlikeli bir yola] girmektedir; çünkü "salus aegroti suprema lex" (Hastanın sağlığı en üstün kuraldır) cümlesi, hekimlik davranışları için henüz bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmemektedir.

Sorumuza ilişkin bir yanıt Avrupa Konseyi'nin 4.4.1997 tarihli Biyotıp sözleşmesinde bulunmaktadır. Sözleşme, biyo-etik ve biyo-hukuk sorunlarına ilişkin devletler üzeri en anlamlı dokümandır. Sözleşme 1.12.1999'da yürürlüğe girdi. Sözleşmede insan genlerinin araştırılması ve genlere müdahale ve de rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanın korunması gibi modern biyotibbin temel konuları ele alınmaktadır. Şu ana kadar Avrupa Konseyi üyesi 45 ülkeden aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 32'si sözleşmeyi imzaladı. Almanya sözleşmeyi imzalamadı. Orada saptanan koruma standartları bir çoklarına çok düşük gelmektedir. Özellikle rıza gösterme yeteneğine sahip olmayan kişilere yönelik ve onlarla yapılacak sözleşmenin sınırlı olarak izin verdiği araştırmalarda, sözleşme için bir tartışma başladı ve daha sonra daha da arttı.

Biyotıp sözleşmesi ifade edilemeyen rıza için mümkün olan alternatifleri yedek olarak saymakta, ancak en üste adeta parantez içine alınmış tıbbi endikasyon ilkesini koymaktadır. 6. maddenin 1. fıkrası rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanlara yönelik müdahaleleri, onların doğrudan yararına hizmet etmiyorsa yasaklamaktadır. Dolayısıyla başı ağrıyan kadında olduğu gibi dış çekimi, eğer örneğin çocuklarının sağlığını koruma görevini yerine getiren ebeveyni böyle saçma bir müdahaleyi isteseler bile mümkün değildir.

Madde 6 fıkra 2 ilgilinin rızasının yerine kanuni temsilcinin ya da kanunen öngörülen makamın ya da bir kurulun rızasını öngörmektedir. Almanya da sonucusu velayet mahkemesi olabilir.

Madde 8 acil durumlarda temsili rıza ve nihayet Almanya'da var-sayılan rıza olarak adlandırılan rıza olanaklarını tanımaktadır. Şüphesiz bunlar ikincil olarak düzenlenmektedir ve bunlar ancak akrabalara hiç ulaşamıyorsa öngörülebilir. Ancak buna göre her zorunlu müdahale gerçekleştirilebilir, öyle ki bizim motosiklet sürücümüz madde 8'e göre tedavi edilebilir.

Rızayı tamamlayan kurumlara ayrıntılı olarak görelim:

1. Kanuni Temsilcinin Rızası

Özellikle çok sık karşılaşılan olay sağlıklı ilgili konularda reşit olmayanların zorunlu temsili durumudur. Reşit olmayanın rızası kural olarak kanuni temsilcininkiyle, normalde ebeveyninkiyle tamamlanacaktır.

Ebeveyninden her ikisinin de velayet hakkını eşit biçimde taşımaları sorun yaratacak niteliktedir ve bu yüzden prensip olarak her ikisi de rıza göstermek zorundadır. Bununla birlikte ebeveyninden birisi diğerine her ikisi için hareket etmek üzere yetki verebilir. Sadece anne ya da baba çocuğu kliniğe getirmişse ve ebeveyninden diğerinin arzusuna aykırı hareket edildiğine ilişkin bir işaret bulunmuyorsa bu durum kabul edilebilir. Bununla birlikte hekim, ebeveyninden diğerinin de razı olduğu konusunda her halükarda emin olmak zorunda değildir. Sadece eğer özellikle ağır bir müdahale söz konusu ise, her iki ebeveyn de onaylamak zorundadır. Örneğin bir çocuğun kolunun kesilmesi gerekiyorsa her ebeveynin her ikisine danışılmalı, aydınlatılmalı ve sorulmalıdır. Bunlar anlaşamazlarsa, gerektiği durumlarda velayet mahkemesi müdahale etmelidir.

2. Mahkemece Atanan Danışmanın Rızası

Eğer reşit olan bir kimse, psikolojik bir rahatsızlıktan dolayı işle-rini tamamen ya da kısmen kendisi yürütemiyorsa velayet mahkemesi ona bir vasi atar. Vasiye yüklenen görev alanına sağlıklı ilgili işleri yerine getirmek de girer.

Bunun yanında vasi, vesayet altına alınanın yararının gerektirdiği kurallara da uymak zorundadır. Bununla birlikte vesayet altına alınanın arzularına olanak ölçüsünde uyulmak zorundadır. Çünkü, kendi olanak-ları ölçüsünde hayatım kendi tasavvurlarına göre düzenlemek de onun yararına sayılır. Biyotıp sözleşmesinde bu düşünce tekrar edilmektedir.

Madde 6 fıkra 3'te ilgilinin mümkün olduğunca rıza gösterme sürecine katılması gerektiği belirtilmektedir.

Vesayet altına alınanın sağlığının gerçekleştirilecek önlem dolayısıyla ağır ya da uzun sürecek bir zarara uğraması ya da hatta ölmesi tehlikesinin bulunması durumunda Alman Medeni Kanunu § 1904'e göre bu müdahale için özel olarak velayet mahkemesinden izin alınmak zorundadır. Bu şekilde Sulh Hakiminin yaşam ve ölümün sahibi olacağı gerekçeyle bu düzenlemeyi eleştirenler, gerçek düzenleme bağlantısını yanlış yorumlamaktadırlar: Zira Alman Medeni Kanunu'nun 1904. paragrafı aydınlatılmış vasi ile hekimin kural olarak birlikte hastanın yararına verdikleri kararın hata denetimine tabi tutulmasını istemektedir. Bu tür bir kontrol mekanizmasına karşı tatmin edilmek ileri sürülemez.

Eğer hekimin ihmali söz konusu ise, düzenleme özellikle tartışmalıdır. Bu sorun hayat kurtaran önlemlerin devam etmesi mi yoksa kesilmesi mi gerektiğine ilişkin kararı ilgilendirmektedir. Ötenazi'ye yardım'ın hukuka uygunluğu ve sınırı tartışmasına kaydığında, bu tartışmayı burada derinleştirmek istemiyorum.

Eğer hekim demansa girmiş bir hastayı tedavi etmek zorundaysa ne yapmalıdır? Genellikle hasta bir vasiye sahiptir. Bu durumda sadece vasiinin göreve alanının sağlıkla ilgili konuları kapsayıp kapsamadığını kontrol etmek zorundadır. Henüz bir vasi atanmamışsa, eğer önlemin aciliyeti gerektiriyorsa, önleme başvurulmalıdır.

3. Sağlık Konularında Vekalet Verme

Sağlık konularında isteğe bağlı temsilcilik kanuni temsilcilikten ayırt edilmelidir. Hasta, üçüncü bir kişiyi, örneğin iyi bir arkadaşını maluliyet durumunda hasta adına hareket etmek ve tıbbi işlem için gerekli rızayı vermek için vekil tayin etmektedir.

Bazen böyle bir temsilimin mümkün olmadığı iddia edilmektedir. Vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahalede başkasına devredilemeyen kişisel bir karar söz konusudur.

Bu itiraz aynı şekilde bir çocuğun ebeveyni tarafından temsil edilmesinde ya da aklen engelli olanın vasi tarafından temsil edilmesine de söz konusu olabileceğinden, çok ikna edici değildir. Orada da burada olduğu gibi hastanın yararına bir karar mümkündür. Bu kararın kanunen

öngörülen bir kimse tarafından mı yoksa hastaya özellikle yakın olan üçüncü bir kişi tarafından mı verildiği belirleyici olmamalıdır.

Başladıktan sonra nasıl devam edeceği konusunda karar verilmesi gereken ameliyatlarda isteğe bağlı vekillik özel bir anlama sahiptir. Örneğin, ancak kafatası açıldıktan sonra beyindeki hastalığın tam olarak bulunması ve tedavi etmek için hangi önlemlerin alınacağını belirleneceği durumlarda hasta karısını temsilci olarak atamış olabilir. Kadına sormadan ameliyatın devamı tamamlayıcı rızanın eksikliği nedeniyle mümkün değildir.

4. Varsayılan Rıza

Eğer hastanın kendisinden ya da kanuni temsilcisinden açık bir rıza elde edilemiyorsa, varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkar. Varsayılan rıza bu yüzden ikincil niteliklidir. Bu rıza iki açıdan önemlidir:

İlk temel olay tıbbi pratikten, burada motosiklet sürücüsü olarak ortaya konulan örnektir. İlgili geçici olarak rıza gösterme yeteneğine sahip değildir, ama hemen tedavi edilmek zorundadır.

İkinci bağlantı, rıza gösterme yeteneğine sürekli olarak kaybetmiş olan hastaya ilişkindir. Burada da Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesinde söz edildiği gibi acil durum söz konusudur. Bu durumda öncelik ebeveyn ya da vasi olabilecek kanuni temsilciye aittir.

Bu olaylarda ilgilinin varsayılan rızası araştırılmak zorundadır, reşit olmadığı için ya da akıl hastalığından dolayı rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanlarda kanuni temsilcinin rızası araştırmanın konusudur.

Neyin hastanın yararına olduğunun açığa kavuşturulması gereklidir. Eğer kendisi karar verseydi ve bildirseydi hastanın objektif değerlendirmeye her durumda açıklayacağı rıza geçerlidir. Buna göre varsayılan rıza, objektif ve sübjektif unsurların bir araya geldiği özel bir durumdur. İlk sırada hastanın gerçek rızası belirleyici olmalıdır. Bu örneğin hekime bir kez ifade edilmiş olabilir. Hastanın gerçek rızası Gerçek rıza hastanın vasiyetinde saptanmış olabilir. Ancak bu durum o zamanki açıklamaların somut olayda hala geçerli olup olmadığı açısından genellikle şüpheli olacaktır.

Burada, Almanya'da zorunlu temsilcinin yerini almayan yakınlarla da sorulmalıdır. Bunlar hastanın yerine kendi kanaatlerine karar vermemekte gerçek rızayı aktaran durumundadırlar ve Hekime kendi kanaatlerine göre hastanın nasıl reaksiyon göstereceğini bildirmelidirler.

Bu şekildeki dayanak noktaları eksik olur ya da yeterince somut olmazsa, objektif dayanak noktaları gündeme gelir. Bazıları ancak bu kontrol aşamasından sonra varsayılan rızadan söz ederler. Böyle bir kimsenin hastanın durumunda tipik olarak ne isteyeceği bir sorundur. Bir diğere deyişle, normal bir insan nasıl hastanın durumunda karar verecektir.

Biyotıp Sözleşmesi "her zorunlu tıbbi müdahaleden" söz etmekte; ancak tıbbi günlük yaşamın çok yönlülüğü karşısında adil değildir. Tıbbi olarak zorunlu olan nedir? Tıpta hakim olan düşünce tartışmaları karşısında farklı olaylarda kim belirleyecektir?

Bilinci yerinde olmayan motorlu bisiklet sürücüsünün sonradan olacaklar açısından gerçek irade eksik olursa, müdahalenin hukuksal niteliği artık varsayılan rıza olarak hukuka uygun değildir. Burada deneme konumu ex ante olarak geçerlidir: Sadece varsayılan rızanın yeterince özenli bir biçimde kontrol edilmiş ve araştırılmış olması belirleyicidir.

IV. Rıza Gösterme Yeteneğine Sahip Olmanın Veto Hakkı

Aydınlatma olaylarımız rızadan ayrı görülmelidir. Çocuklar onay yeteneğine sahip değildir; ancak kendileriyle ilgili ne olacağını öğrenme hakkına sahiptirler. Tedavi süreci ve belli bir ölçüde, 10 yaşından büyük çocuklara her halükarda, riskler bildirilmelidir.

Hangi ölçüde birlikte karar verme hakkı kabul edilmesi gerektiği tamamen belirsizdir. Serbestçe karar verme sınırına çok yakın bulunan gençlerde bu daha ziyade kabul edilmelidir, daha az zorunlu ya da zorunlu olmayan ama müdahale edici ya da değıştirici müdahalelerde onlara veto hakkı tanınmalıdır. Vesayet hukukunda da, örneğin rıza gösterme yeteneğine sahip olmayan yetişkinin kısırlaştırması açısından Alman Medeni Kanunu 1905'te olduğu gibi, uygun veto düzenlemeleri bulunur.

V. Rıza Gösterme Yeteneğine Sahip Olmayan Üzerinde Araştırma

Doğal olarak yapılacak araştırmaya onay veremeyecek olan rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanlar üzerinde ve onlarla birlikte tıbbi araştırmaya izin verilip verilmeyeceği özellikle hassas bir sorundur.

Rıza gösterme yeteneğine sahip olmayan hastaların tıbbi araştırmaların kapsamına alınmalarının zorunluluğu tartışmasıdır. Çünkü bu önemli katılım, yaklaşık olarak kazalarda rıza ehliyeti olmayan kimsenin veya sunaklarda standart tedavi edilebilirliğin imkansızlığı halinde yeni/farklı metodların kullanılmaması gerekir. Bu yüzden rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanlara yönelik araştırmalar, eğer kendileri bundan yararlanıyorlarsa, denekler kendileri tedavi etmek için, caiz görülmektedir. Pozitif yarar-risk karşılaştırılmasında varsayılan rıza geçerli kabul edilebilir.

Rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanlara yönelik tedavi edici nitelikte olmayan araştırmanın da caiz olup olmadığı tartışmalıdır. Avrupa Topluluğu'nun 4.4.2001 tarihli yönergesi ve AMG'nin 41. paragrafı ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 17. maddesinin 2. fıkrası, sadece asgari bir risk ve asgari bir yük getirmesi durumunda sadece toplumun yararına araştırmaya izin vermek istemektedir. Toplumun yararından maksat, denekler için değil, aynı durumda bulunan diğer rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanların yararına kullanmak anlamına gelir. Çoğu kez bu tür denemeler insan onuruna aykırı görülür: Rıza gösterme yeteneğine sahip olmayan üçüncü kişilerin yararına kullanılmakta ve bilimin hizmetine sokulmaktadır. Rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanın deneyle yük altına girmesi anlayışından hareket edilemez.

Bununla birlikte bu düşünce, sahip olan rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanların sadece kendi sağlıklarına hizmet ediyorsa (yalnız hareket edemeyeceklerinden) küçük zararların kabul edilmesi gerektiğini gözden kaçırmaktadır. Çünkü bireyin kendi değerini ortak yaşamdaki toplumsal bağlılıklarda gören Alman Anayasasının insan anlayışı toplumsal bir varlık olan insandan hareket eder. Hiçbir insan tek başına insan onuruna uygun yaşam süremez. Buna uygun olarak eleştirilere karşın rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanın insan onuruna, bunlara bütün diğer rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanlarda olduğu gibi topluma ka-

tilma olanağı reddedilmeksizin toplumsal bağlılığı içerisinde saygı gösterilir. Bunun yanında Biyotıp sözleşmesinin, bir bireyin aynı hastalığa sahip hastalarla kendisini aynı kadere sahip hissetmesi ve sadece asgari bir risk ve asgari yük söz konusu olmasına rağmen idrak yeteneğine sahip olmakla birlikte toplum yararına araştırmalara katılmayabileceği kabulü yerindedir. Kanun koyucu bu anayasal bakış açısını reşit olmayanlar için yürürlüğe sokmuş ve § 41 fıkra 2, No 2, bend a ve d' de norm haline getirmiştir. Biyotıp sözleşmesindeki böyle bir hükmün Almanya'da şiddetli bir tartışmayı başlatması ve sonuç olarak Almanya'nın Avrupa ülkelerinin çoğunluğunun aksine sözleşmeyi imzalamamasına yol açması şaşırtıcıdır.

VI. Sonuç

Başlangıçta "informed consent" in fotoğrafını tıp hukukunun gökyüzünde parlayan yıldızı olarak göstermiştik. Bununla birlikte hızlı bir biçimde bu yıldızın görüldüğünden daha az parladığı anlaşıldı. Olayların çoğunda rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanın geçerli bir rızası bulunmamaktadır. Kanuni temsilcinin rızası sadece zayıf bir ikamedir: Şüphesiz ebeveyn kararını hasta çocuğun yararına vermelidir. Ancak onların kararı ilgilinin değil kendi kararlarını ortaya koymaktadır. Varsayılan rızada da durum çok farklı değildir. Hastanın iradesini araştırmak için her şey denenmiş olması bizatihi belirleyici olmayıp, bizatihi tıbbi bir müdahalenin caizliği hakkında en iyi karar veren üçüncü kişi belirleyicidir. Objektif olarak ilgilinin ne yönde karar verecek olduğu anlayışı, yalnızca münferid bireyin yüksek kişisel değer sisteminin değil, soyut –genel- öngörülerin de dikkate alınması gerektiğini göstermektedir.

Sonuç olarak tıp hukukunun merkezi noktası olarak rızayı daha dikkatli ele almak için vesile ortaya çıkmaktadır.

AUFKLÄRUNG UND EINWILLIGUNG BEI NICHT EINWILLIGUNGSFÄHIGEN

Prof. Dr. Henning ROSENAU^(*)

I. Einführung

Volenti non fit iniuria: demjenigen, der zugestimmt hat, geschieht kein Unrecht. Auf dieser ethisch wie juristischen Grundregel fußt die elementarste Maxime des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Die Einwilligung des zuvor hinreichend aufgeklärten Patienten ist Grund und zugleich Grenze für die ärztliche Behandlung.

Dies hat zunächst aus der Sicht des Patienten zu gelten. Der Patient ist als Subjekt zu achten, sein verfassungsrechtlich abgesichertes Persönlichkeitsrecht konkretisiert sich vor dem Arzt im Selbstbestimmungsrecht des Patienten: Dieser, und zunächst nur dieser allein legitimiert das ärztliche Handeln. Daß die medizinische Indikation für einen Heileingriff hinzutreten muss - jedenfalls im Regelfall, wie kosmetische Operationen etwas zeigen, ändert an der Einwilligung durch den Patienten als *conditio sine qua non* für die Zulässigkeit eines medizinischen Eingriffs nichts.

Aber auch aus der Blickrichtung des Mediziners ist die Einwilligung nach hinreichender Aufklärung, der sog. *informed consent*, für sein Handeln elementar und standesrechtlich unumstritten. Dazu muss man sich klar machen, dass ärztliches Verhalten nicht selten den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt. Ein Arzt, der eine notwendige Operation vornimmt, verwirklicht den Tatbestand einer Körperverletzung. Natürlich macht sich der operierende Arzt regelmäßig nicht strafbar; denn die Strafbarkeit wird ausgeschlossen, weil sein

^(*)Ausburg University Faculty of Law

Verhalten als rechtmäßig gilt. Normativer Anknüpfungspunkt ist die rechtfertigende Einwilligung des Patienten. Seine Zustimmung zum ärztlichen Tun, die auch in Gebärden ausgedrückt werden kann, rechtfertigt den Mediziner dann, wenn sie auf hinreichender Aufklärung über die Tragweite des ärztlichen Eingriffs beruht.

Wenn wir uns den medizinischen Alltag vor Augen führen, wird schnell deutlich, dass es sich bei der genannten Maxime nur um einen Grundsatz handeln kann. Strikt beachtet wären weite Patientengruppen von einer ärztlichen Behandlung ausgeschlossen. Der komatöse Motorradfahrer, welcher nach einem schweren Unfall ins Krankenhaus eingeliefert wird, müßte die lebensrettende Behandlung verwehrt werden: weder kann er aufgeklärt werden noch kann er einwilligen. Dem siebenjährigen Schüler könnten nicht die Mandeln herausgenommen werden, und ob einer 13 jährigen die Pille verschrieben werden könnte, wäre zumindest zweifelhaft.

Es ist die große Gruppe der Nichteinwilligungsfähigen, bei denen die Anwendung der oben genannten Grundregel vom informed consent zu widersinnigen Ergebnissen führte. Denn die Einwilligungsunfähigen können keine Einwilligung mit rechtfertigender Kraft erteilen. Selbst wenn sie in der Lage wären, eine Zustimmung zu artikulieren, wäre diese unbeachtlich - auf Relativierungen dieses Satzes komme ich noch zu sprechen. Es geht mir im folgenden also um die Bewußtlosen, die psychisch Kranken, geistig Behinderten und Minderjährigen.

II. Die Einwilligungsunfähigkeit

Die Einwilligungsfähigkeit ist nicht zu verwechseln mit der Geschäfts- oder Schuldfähigkeit einer Person. Beide sind im deutschen Recht durch Gesetze und ausiselierte Rechtsprechung definiert. Um nur die Kerndaten zu nennen: die strafrechtliche Schuldfähigkeit beginnt mit dem Alter von 14 Jahren. Die zivilrechtliche Geschäftsunfähigkeit währt bis zum Alter von 7 Jahren, danach ist der Jugendlichen beschränkt geschäftsfähig, bis er mit 18 Jahren erwachsen wird. Rechtsgeschäfte kann er grundsätzlich nicht selbst schließen mit der Konsequenz, dass regelmäßig nicht er Vertragspartner des Arztes oder des Krankenhauses wird und auch nicht er für die Kosten der Behandlung aufzukommen hat, sondern die Sorgeberechtigung.

Die Einwilligungsunfähigkeit ist nach einer ständige wiederholten Formel der Rechtsprechung dann anzunehmen, wenn der Patient nicht in der Lage ist, Wesen, Bedeutung und Tragweite einer ärztlichen Maßnahme zu verstehen, und zwar nachdem er darüber aufgeklärt worden ist. Andere sprechen von der Fähigkeit, auf der Grundlage eines höchstpersönlichen Wertesystems eine Kosten-Nutzen-Analyse vornehmen zu können.

Das ist jeweils eine Frage des Einzelfalles. Starre Regeln wie bei der zivilrechtlichen Bestimmung der Geschäftsfähigkeit mit 18 Jahren gelten nicht. Wesentliches Kriterium ist dabei die Tragweite des Eingriffes. Bei einfachen ärztlichen Maßnahmen ist die Einwilligungsfähigkeit eher anzunehmen als bei schweren Eingriffen mit ungewissem Ausgang. Z.T. finden sich diese Abstufungen in Spezialgesetzen. Im Kastrationsgesetz etwa liegt die Einwilligungsgrenze mit 25 Jahren deutliche über dem Eintritt der Volljährigkeit.

Allerdings stellt die Volljährigkeitsgrenze einen groben Anhaltspunkt für die Einwilligungsfähigkeit dar. Wer volljährig ist, kann grundsätzlich selbst über die ärztliche Behandlung seiner Person entscheiden. Insgesamt sind entscheidend die Einsicht, die Fähigkeit zum Überblick und dem Erwägenkönnen der Konsequenzen. Wenn ich bei Minderjährigen Altersangaben machen soll, wird man anhand von Erfahrungswerten sagen können, dass die Einwilligungsfähigkeit regelmäßig mit 16 Jahren gegeben ist. Sie liegt in höchstpersönlichen Bereichen der Medizin, etwa bei sexualmedizinischen Maßnahmen, bereits früher. So kann über die Pille bereits ein 13jähriges Mädchen entscheiden, eine 15 jährige junge Frau kann die wirksame Zustimmung zu einer Abtreibung nach Beratung mit dem Arzt selbst geben.

Wichtig ist zu sehen, dass es auf die Unvernunft der Entscheidung für die Frage der Einwilligungsfähigkeit nicht ankommen kann. Diese ist eine Vorfrage, die sich nicht nach dem Ergebnis dessen richtet, ob der Patient nun das eine oder das andere für richtig hält. Dies wurde relevant in der sog. Zahnextraktionsentscheidung des BGH. Eine Frau hat wider allen ärztlichen Rates darauf bestanden, dass ihr zur Bekämpfung von Kopfschmerzen alle plombierten Oberkieferzähne gezogen wurden. Die Frau war geistig kerngesund und geschäftsfähig. Der BGH hat

gleichwohl aufgrund der objektiven Unvernunft der Einwilligung auf die Einwilligungsunfähigkeit der Frau geschlossen. Das ist kaum tragbar und würde jeden Nonkonformisten zum Fall für das Vormundschaftsgericht machen. In einem freiheitlichen Gemeinwesen muss es dem Einzelnen möglich sein, sich abweichend von Überkommenen und Üblichen zu verhalten und über seine Güte selbständig zu entscheiden, *nota bene*, soweit er andere oder die Gemeinschaft nicht schädigt.

III. Ersatz der fehlenden Einwilligung

Für den Arzt liegt nahe, dass er das tut, was getan werden muss, und das Kind oder den bewusstlosen Motorradfahrer auch ohne deren gültigen Zustimmung behandelt. Rechtlich begibt er sich dabei aber in gefährliche Fahrwasser; denn der Satz „*salus aegroti suprema lex*“ (das Wohl des Kranken ist oberstes Gebot) ist für sich gesehen noch kein Rechtfertigungsgrund für ärztliches Handeln.

Eine Antwort auf unsere Frage findet sich in der Biomedizinkonvention des Europarates vom 4.4.1997. Es handelt sich um das staatenübergreifend bedeutendste Dokument zu bioethischen und biorechtlichen Fragen. Es ist am 1.12.1999 in Kraft getreten. Dort werden die Hauptthemen der modernen Biomedizin, wie die Diagnostik ins menschliche Genom und die Eingriffe ins Genom sowie der Schutz Einwilligungsunfähiger angesprochen. Derzeit haben 32 der 45 Europaratsstaaten die Konvention unterzeichnet, darunter die Türkei. Deutschland hat die Konvention nicht gezeichnet. Die darin festgelegten Schutzstandards erschienen vielen zu niedrig. Insbesondere bei der Forschung an und mit nichteinwilligungsfähigen Personen, die nach der Konvention begrenzt zugelassen wird, hat sich der Streit um die Konvention entzündet, dazu später mehr.

Die Biomedizinkonvention zählt mögliche Alternativen als Ersatz für die nicht artikulierbare Einwilligung auf, stellt aber an oberste Stelle, sozusagen vor die Klammer gezogen, den Grundsatz der medizinischen Indikation. Art. 6 Abs. 1 untersagt jeden Eingriff bei Nichteinwilligungsfähigen, welcher nicht deren unmittelbaren Nutzen dient. Eine Zahnextraktion wie bei der Frau mit Kopfschmerzen wäre folglich selbst dann nicht möglich, wenn etwa die Eltern, die die Gesundheitsorge für ihr Kind ausüben, einem solchen unsinnigen Eingriff wollten.

Art. 6 Abs. 2 sieht sodann anstelle der Einwilligung des Betroffenen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder einer gesetzlich vorgesehen Behörde oder eines Gremiums vor. In Deutschland wäre letzteres das Vormundschaftsgericht.

Art. 8 ergänzt für Notfallsituationen die Möglichkeiten über eine stellvertretende Einwilligung schließlich mit der in Deutschland sog. mutmaßlichen Einwilligung. Allerdings wird diese subsidiär eingeordnet, sie ist nur dann vorzusehen, wenn die Angehörigen etwa nicht erreicht werden können. Dann aber kann jeder notwendige Eingriff vorgenommen werden, so dass nach Art. 8 auch unser Motorradfahrer behandelt werden könnte - endlich, wie man hinzufügen möchte.

Sehen wir uns die Einwilligungsersetzenden Institute genauer an:

1. Die Einwilligung eines gesetzlichen Vertreters

Ein besonders häufiger Fall der notwendigen Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten ist die Situation der Minderjährigen. Die Einwilligung eines Minderjährigen wird grundsätzlich durch diejenige des gesetzlichen Vertreters ersetzt, normalerweise durch diejenige der Eltern.

Problematisch ist hier, dass beide Elternteile gleichberechtigt das Sorgerecht tragen und daher prinzipiell beide einwilligen müssen. Jedoch kann ein Elternteil den anderen ermächtigen, für beide zu handeln. Davon ist dann auszugehen, wenn nur die Mutter oder nur der Vater das Kind in die Klinik begleitet und keine Anzeichen dafür sprechen, dass gegen den Willen des anderen Elternteiles gehandelt wird. Der Arzt muss sich also nicht in jedem Fall vergewissern, dass auch der andere Elternteil einverstanden ist. Nur wenn es um besonders schwerwiegende Eingriffe geht, werden beide Eltern zustimmen müssen. Soll etwa der Arm eines Kindes amputiert werden, sind beide Eltern zu konsultieren, aufzuklären und zu befragen. Können diese sich nicht einigen, ist gfls. das Vormundschaftsgericht einzuschalten.

2. Die Einwilligung des gerichtlich bestellten Betreuers

Wenn eine Volljähriger infolge einer psychischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder in Teilen nicht mehr besorgen kann, bestellt ihm das Vormundschaftsgericht einen Betreuer. Zu den

zugewiesenen Aufgabenkreisen kann auch die Besorgung gesundheitlicher Angelegenheiten gehören.

Dabei hat der Betreuer solche Regelungen zu treffen, wie sie das Wohl des Betreuten erfordert. Den Wünschen des Betreuten ist dabei nach Möglichkeit zu entsprechen; denn es zählt auch zu seinem Wohl, im Rahmen seiner Möglichkeiten das Leben nach eigenen Vorstellungen zu gestalten. In der Biomedizinkonvention findet sich dieser Gedanke wieder. Der Betroffene ist soweit wie möglich in das Einwilligungsverfahren einzubeziehen, heißt es in Art. 6 Abs. 3.

Bei schwerwiegenden Eingriffen, bei denen die Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund der Maßnahme einen schweren oder länger dauernden Schaden an seiner Gesundheit erleidet oder sogar stirbt, ist gem. § 1904 BGB für diesen Eingriff eine besondere vormundschaftsrichterliche Genehmigung einzuholen. Diejenigen, die eine solche Regelung damit kritisieren, dass so ein Amtsrichter zum Herren über Leben oder Tod werden, verkennen den wirklichen Regelungszusammenhang: Denn § 1904 BGB will nur eine bereits getroffenen Entscheidung, welche der aufgeklärte Betreuer und der Arzt i.d.R. gemeinsam ausgerichtet am Patientenwohl getroffen haben, einer Fehlerkontrolle unterwerfen. Gegen einen solchen Kontrollmechanismus lässt sich wohlverstanden wenig einwerfen.

Besonders umstritten ist diese Regelung, soweit es um ärztliches Unterlassen geht. Diese Frage betraf Entscheidungen, ob lebenserhaltende Maßnahmen fortzusetzen oder abubrechen waren. Diesen Streit will ich hier nicht vertiefen, er entspringt der Debatte um die Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe.

Was hat der Arzt zu tun, wenn er einen dementen Patienten zu behandeln hat? Oftmals wird der Patient bereits einen Betreuer haben. Dann ist nur zu prüfen, ob der Aufgabenkreis des Betreuers die Gesundheitsangelegenheiten mit umfasst. Ist noch kein Betreuer bestellt worden, ist dies zu veranlassen, sofern die Dringlichkeit der Maßnahme es überhaupt zulässt.

3. Die Bevollmächtigung in gesundheitlichen Angelegenheiten

Von den Fällen gesetzlicher Stellvertretung sind diejenigen gewillkürter Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten zu unterscheiden. Der Patient bevollmächtigt eine dritte Person, etwa einen guten Freund, im Falle der eigenen Gebrechlichkeit im Namen des Patienten zu handeln und die notwendigen Einwilligungen zur medizinischen Behandlung zu erteilen.

Teilweise wird behauptet, eine solche Stellvertretung sei nicht möglich. Bei einem Eingriff in die Körpersphäre handele es sich um eine höchstpersönliche Entscheidung, welche nicht auf einen anderen übertragen werden könnte.

Das ist allerdings schon deswegen wenig überzeugend, weil dieser Einwand in gleicher Weise einer Vertretung des Kindes durch die Eltern oder im Fall der geistig Behinderten durch einen Betreuer entgegenstehe. Dort wie hier ist aber eine Entscheidung nach dem Wohl des Patienten möglich. Es kann nicht entscheidend sein, ob diese Entscheidung die gesetzlich vorgesehenen Personen oder ein Dritter vornimmt, zumal letzterer dem Patienten besonders eng verbunden sein dürfte.

Besondere Bedeutung kommt der gewillkürten Stellvertretung bei Operationen zu, bei denen erst nach Beginn entschieden werden kann, wie weiter verfahren werden soll. Beispiel: Erst nach Öffnung der Schädeldecke war zu erkennen, worin die Gehirnerkrankung genau bestand und welche Maßnahmen zur Bekämpfung indiziert waren. Für die Entscheidung darüber, ob diese Maßnahmen dann auch erfolgen sollte, hatte der Patient seine Frau als Vertreterin benannt. Eine Fortsetzung der Operation ohne Befragung der Frau wäre folglich mangels Einwilligungsersatz unwirksam.

4. Die mutmaßliche Einwilligung

Die mutmaßliche Einwilligung ist ein Rechtsfertigungsgrund, der eingreift, wenn eine ausdrückliche Einwilligung nicht zu erlangen ist, weder durch den Patienten selbst, noch durch einen gesetzlichen Vertreter. Die mutmaßliche Einwilligung ist daher subsidiär. Sie wird in zwei Konstellationen relevant: Die erste ist Regelfall in der medizinischen Praxis, hier dargestellt am Beispiel des Motorradfahrers.

Der Betroffene ist vorübergehend nicht einwilligungsfähig, es muss aber sofort gehandelt werden.

Die zweite Konstellation betrifft Patienten, die dauerhaft einwilligungsunfähig sind. Auch hier geht es, wie es in Art. 8 Biomedizinkonvention heißt, um Notfälle. Denn Vorrang hätte die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, sei es der Eltern, sei es des Betreuers.

In solchen Fällen ist der mutmaßliche Wille des Betroffenen zu ermitteln, bei Minderjährigen oder wegen geistiger Erkrankung Einwilligungsunfähigen ist der mutmaßliche Wille des gesetzlichen Vertreters Gegenstand der Prüfung.

Zu klären ist, was dem Interesse des Patienten entspricht. Es gilt der Wille, den der Patient bei objektiver Beurteilung aller Umstände geäußert hätte, wenn er selbst sich hätte entschließen und mitteilen können. Der mutmaßliche Wille ist danach ein eigenartiges Gebilde subjektiv und objektiv vermengter Elemente. In erster Linie soll der wirkliche Wille der Patienten entscheidend sein. Diesen kann er etwa gegenüber der Arzt einmal geäußert haben. Der wirkliche Wille kann auch in Patientenverfügungen festgelegt worden sein, wobei häufig fraglich sein wird, ob die damalige Äußerung heute noch in der konkreten Situation Bestand hat.

Hier sind auch Angehörige zu befragen, die in Deutschland nicht die Stellung eines Notvertreters erhalten. Diese sind Übermittler des wirklichen Willens, sie entscheiden also nicht aus eigener Überzeugung anstelle des Patienten. Sie sollen dem Arzt mitteilen, wie ihrer Auffassung nach der Patient reagieren würde.

Fehlt es an solchen Anhaltspunkten oder sind sie nicht hinreichend konkret, kommen objektive Gesichtspunkte zum Tragen. Manche sprechen erst ab diesem Prüfungsschritt vom mutmaßlichen Willen. Zu fragen ist, was eine solche Person in der Situation der Patienten typischerweise gewollt hätte. Anders gewendet, wie ein Normalmensch in der Situation des Patienten entscheiden würde.

Die Biomedizinkonvention von „jedem medizinisch notwendigen Eingriff“ spricht, wird sie der Vielschichtigkeit des medizinischen Alltags

aber nicht annähernd gerecht. Denn was ist schon medizinisch notwendig. Wer bestimmt das angesichts des auch in der Medizin herrschenden Meinungsstreit von Fall zu Fall?

Wird der wahre Wille verfehlt, was sich hinterher herausstellen könnte, indem man den dann nicht mehr bewusstlosen Motorradfahrer befragt, ändert sich an der rechtlichen Qualifikation des Eingriffs als durch (mutmaßliche) Einwilligung gerechtfertigt nichts. Es gilt der Prüfungsstand *ex ante*: entscheidend ist nur, dass der mutmaßliche Wille hinreichend sorgfältig geprüft und ermittelt worden ist.

IV. Vetorechte der Nichteinwilligungsfähigen

Von der Einwilligung getrennt zu sehen ist in unseren Fällen die Aufklärung. Kinder sind zwar nicht zustimmungsfähig, sie haben aber ein Recht darauf zu erfahren, was mit ihnen geschieht. Der Behandlungsverlauf und in gewissem Rahmen, jedenfalls ab Kindern ab 10 Jahren, auch das Risiko ist ihnen mitzuteilen.

Völlig ungeklärt ist, inwieweit ein Mitentscheidungsrecht anzunehmen ist. Bei Jugendlichen, die dicht an der Grenze zur freien Entscheidung stehen, ist dies eher anzunehmen, auch bei weniger dringlichen oder bei nicht dringenden, aber eingreifenden oder entstellenden Maßnahmen wird man ihnen eine Vetorecht zubilligen. Auch im Betreuungsrecht finden sich entsprechende Vetoregelungen, wie in § 1905 BGB hinsichtlich der Sterilisation einer nicht einwilligungsfähigen Erwachsenen.

V. Forschung an Nichteinwilligungsfähigen

Besonders sensibel ist die Frage, ob medizinische Forschung an und mit Nichteinwilligungsfähigen zulässig sein soll, die solcher Forschung naturgemäß nicht ihre Zustimmung erteilen konnten.

Unstreitig ist, dass auch nichteinwilligungsfähige Patienten in medizinische Forschung einbezogen werden müssen. Denn man würde diese erheblich benachteiligen, dürfte etwa bei einwilligungsunfähigen Unfallopfern oder Demenzkranken bei Fehlen einer Standardbehandlung eine vielversprechende Neulandmethode nicht angewandt werden. Daher wird die Forschung an Nichteinwilligungsfähigen allgemein für zulässig gehalten, wenn sie dazu dient, die Probanden selbst zu heilen. Man

spricht von therapeutischen Versuchen. Bei positiver Nutzen-Risiko-Abwägung kann eine mutmaßliche Einwilligung angenommen werden.

Streitig ist, ob auch nichttherapeutische Forschung an Nichteinwilligungsfähigen zulässig sein kann. Eine EG-Richtlinie vom 4.4.2001 und nun auch § 41 AMG sowie Art. 17 Abs. 2 Biomedizinkonvention wollen lediglich gruppennützige Forschung gestatten, sofern sie nur mit einem minimalen Risiko und einer minimalen Belastung verbunden ist. Gruppennützig meint, dass sich ein Nutzen für andere Einwilligungsunfähige ergibt, die sich in derselben Situation befinden, nicht aber für den Probanden. Vielfach wird in derartigen Versuchen ein Verstoß gegen die Menschenwürde gesehen: der Nichteinwilligungsfähige wird für den Nutzen Dritter verzweckt und in den Dienst der Wissenschaft gestellt. Es wäre nicht davon auszugehen, dass ein Einwilligungsunfähiger die Belastung durch ein Experiment auf sich nehmen würde.

Diese Argumentation verkennt jedoch, dass bei geringen Beeinträchtigungen anzunehmen ist, dass die Nichteinwilligungsfähigen, hätten sie die nötige Einsicht, nicht einzig und allein dann handeln, wenn es allein ihrer Gesundheit diene. Denn das Menschenbild des GG geht vom Menschen als einem gemeinschaftsbezogenen Wesen aus, welches den Eigenwert der Person mit deren Gemeinschaftsgebundenheit in Symbiose sieht. Kein Mensch kann auf sich allein gestellt menschenwürdig leben. Entsprechend wird die Personenwürde der Einwilligungsunfähigen entgegen der Kritik in ihrer Gemeinschaftsgebundenheit gerade respektiert, indem diesen nicht die Möglichkeit versagt wird, an der Gemeinschaft wie alle Einwilligungsfähigen auch teilzunehmen. Dabei ist die Annahme der Biomedizinkonvention zutreffend, dass eine Person sich mit Patienten, die an der gleichen Krankheit leiden, aufgrund des gleichgelagerten Schicksals verbunden fühlt und sich auch bei Einsichtsfähigkeit nicht der gruppennützigen Forschungsteilnahme entziehen würde, sofern damit lediglich ein minimales Risiko und eine minimale Belastung einhergeht. Für Minderjährige hat der Gesetzgeber diese verfassungsrechtliche Sicht umgesetzt und in § 41 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) und d) normiert. Das ist insofern erstaunlich, als gerade eine solche Bestimmung in der Biomedizinkonvention Auslöser für heftige Debatte in Deutschland

gewesen ist, die schließlich dazu führte, dass Deutschland die Konvention im Gegensatz zu den meisten Staaten Europas nicht zeichnete.

VI. Schluss

Eingangs hatten wir das Bild des informed consent als strahlenden Stern am Firmament des Medizinrechts gezeichnet. Schnell stellte sich jedoch heraus, dass dieser Stern weniger hell strahlt, als es scheint. Bei den häufigen Fällen der Nichteinwilligungsfähigen haben wir gerade kein rechtsgültige Einwilligung der Betroffenen. Die Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter ist nur ein schwaches Substitut: zwar sollen die Eltern ihre Entscheidung nach dem Wohl des kranken Kindes ausrichten. Ihre Zustimmung stellt aber ihre eigenen Entscheidung dar, nicht diejenige des Betroffenen. Mit der mutmaßlichen Einwilligung steht es nicht viel anders. Selbst wenn alles versucht worden ist, den Willen des Patienten zu erforschen, entscheidet nicht dieser, sondern bestenfalls wohlwollende Dritte über die Zulässigkeit eines medizinischen Eingriffs. Gerade die Ausrichtung nach dem, was dem objektiven Wohl entsprechen könnte, zeigt deutlich, dass es dann nur noch rudimentär um das höchstpersönliche Wertesystem des Einzelnen, sondern um abstrakt - generelle Vorstellungen geht, die exekutiert werden.

Insgesamt besteht Anlass, die Einwilligung als zentralen Topos im Medizinrecht nüchterner zu betrachten.



HEKİMLİK UYGULAMALARINDA AYDINLATILMIŞ ONAM İHLALLERİ (TTB -Yüksek Onur Kurulu Kararları)

Doç. Dr. Faik ÇELİK^(*)

I. GİRİŞ

Kişinin özerkliğine saygı ilkesi ve kendi kaderini belirleme hakkı kapsamında günümüzde giderek önemi artan **Aydınlatılmış Onam (AO)**, hekim-hasta ilişkisinin vazgeçilmez bir unsuru olarak Tıp Etiği içerisinde yerini almıştır. Türk tıp etiği literatüründe yaygın olarak Aydınlatılmış Onam olarak kabul gören ifade, Anglo-Amerikan kaynaklı "*Informed Consent*" sözcüklerin dengelmektedir. Ancak tıp literatürümüzde Aydınlatılmış Onam ifadesinden başka "Bilgilendirilmiş Olur", "Bilgilendirimli Olur", "Bilgilendirilmiş Onay", "Bilgilendirilmiş Onam", "Bilgilendirilmiş Rıza" veya tek başlarına "Rıza", "Onam", "Aydınlatma" ve "Bilgilendirme" ifadelerine rastlamak da mümkündür. Bilgilendirme" sözcüğü tek başına kullanıldığında kavrayışı içermediğinden, "Aydınlatma" kullanılmaktadır. "Olur-Rıza" vermenin konuyla ilgili tüm etik ve yasal sorumluluğunu oluru verene yüklemesi söz konusudur. Buna karşın "Onam" verme durumunda öneriyi sunanın yükümlülüğü sürmektedir.

Hastanın aydınlatılması :

- şimdiki sağlık durumu
- hastalığın tanısı, seyri
- hastalığın olası nedenleri
- önerilen girişimin ne olduğu ve amacı

^(*) TTB Yüksek Onur Kurulu Üyesi-Genel Cerrahi Şefi.

- girişimin süresi
- girişimin maliyeti
- alternatif tedavi veya girişim seçenekleri
- olası riskler, komplikasyonlar ve sonuçları
- beklenen yarar
- tedavi veya girişimi kabul etmeme durumunda olabileceklerana başlıklarını içerir.

Aydınlatılmış Onamın önemin hukuksal yönden önemini Prof.Dr.Köksal Bayraktar şöyle özetlemektedir: “Onama önem verilmemesi durumunda, kişi her türlü tıp uygulamasına boyun eğebilecek ve doktor karşısında isteği olmayan bir varlık durumuna gelecektir, böyle bir varsayımın, kişiyi amaç edinen hukuk düzeyine, kişinin isteğini temel alan ceza hukuku anlayışına ne kadar aykırı olduğu açıktır.”

II. AO Tarihsel Gelişiminde Kilometre Taşları

- 1905’de Mohr-Williams davası
- 1960 da Nathanson-Kline davası
- Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (Amsterdam – 1994)
- Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi) Temel Doküman (Roma-2002)
- 1977’de Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararı
- 1998 TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları
- 1998 Hasta Hakları Yönetmeliği
- İnsan hakları ve biyotıp sözleşmesinin onaylanmasının uygun bulunduğu kanun 2003/5013

1) Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 2003/5013

Madde 5. (Genel Kural)

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

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

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.

Madde 6. (Muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması)1. Aşağıda, 17 ve 20. maddelere tâbi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.

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

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

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

Madde 8. (Acil durum)Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir.

2) Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü Temel Dokümanı (Roma-Kasım 2002)

3.Bilgi Hakkı Her bireyin kendi sağlık durumu hakkında, mevcut sağlık hizmetleri ve onlardan nasıl yararlanabileceği konusunda ve tüm

bilimsel araştırma ve teknolojik yenilikler ile ilgili bilgi alma hakkına sahiptir.

4-Rıza (onay) Hakkı Kendi sağlığı ile ilgili kararlara iştirak edebilmesi için (kendi sağlığı ile ilgili kararlar alabilmesi için) her birey ilgili bilgileri alma hakkına sahiptir. Bu bilgiler bilimsel araştırmalar katılm dahil olmak üzere herhangi bir işlem ve tedavi için şarttır. Sağlık hizmeti verenler gerçekleşecek herhangi bir ameliyat veya tedaviye ilişkin tüm bilgileri - riskleri, sıkıntıları, yan-etkileri ve alternatif durumları ile ilgili bilgiler dahil olmak üzere - hastalara vermek zorundadır. Bu bilgi önceden (en azından 24 saat önce) verilmeli ki hasta durumu konusunda kendi seçimini yapabilsin.

Sağlık hizmeti verenler hastanın sahip olduğu dili kullanmalı ve onun anlayacağı şekilde (teknik terimlere/mevzuata/zemine yabancı olduğunu düşünerek) bilgileri aktarmalıdır.

İlgili onay vermek için yasal bir temsilcinin gerektiği tüm durumlarda, hasta ister çocuk ister yetişkin olsun, ister anlayacak veya karar verecek durumda olmasın yine de verilen kararlar ile mümkün merteye ilgili olacaktır. (yani hasta katılabileceği kadar katılacak verilen kararlara).

Hastanın ilgili onayı bu kapsamda (bazda) alınmalı.

Hastanın tedavi veya tıbbi müdahaleye itiraz etme hakkı veya tedavi sürecinde kararını değiştirip devam edilmesine karşı itiraz etme hakkı vardır.

Hasta sağlık durumu ile ilgili bilgilendirilme konusuna itiraz hakkına sahiptir.

3) Hasta Hakları Yönetmeliği (1998)

Genel Olarak Bilgi İsteme

Madde 15- Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak **bilgi istemek** hakkına sahiptir. Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta,

sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenilebilir. Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir. **Bilgi Vermenin Usulü**

Madde 18- Bilgi, gerektiğinde tercüman kullanılarak, hastanın anlayabileceği şekilde, tıbbi terimler mümkün olduğunca kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden ve hastanın ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile verilir.

Rızanın Şekli ve Geçerliliği

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

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

4) Ttb Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (1999)

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

Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalık-

lar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır. Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.

Madde:27- Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.

5) Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun

Bilgi verme ve Araştırma Yükümlülüğü:

Madde 7: Organ ve doku alacak hekimler:

a) Vericiye, uygun biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;

b) Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;

Aydınlatmayı kim yapar, nasıl, ne zaman ?

Mutlaka doktor yapar.

Ancak bu görev, tedaviyi üstlenmiş doktor ile sınırlı olmayıp, ekip çalışmasında hekimlerden biri de bu görevi yapabilir, ayrıca klinik ve hastane yönetiminin bu işlemde gözetim/denetim ve yönetim/düzenleme sorumlulukları da vardır. AO 'ın uluslararası hukuk ve meslek etiği açısından geçerli olabilmesi için hasta ile girişimi yapacak hekimin yüz yüze gelerek yapılması gereklidir.

AO hekimi korur mu, ne kadar, nasıl ?

AO alınmalıdır çünkü ;

Anayasa 17.madde ve TCK 26. madde ruhunda ve yukarıda belirttiğimiz yasal dayanakların kendisinde bu zorunluluk açıkça görülmektedir. Ancak AO alındığında hekimin yasalar karşısındaki sorumlulukları mutlak koruma altına alınmış demek değildir. AO tıbbi uygulama hatalarından hekimi korumaz.

Hukuken geçersizdir olan onamlar :

- a) Aydınlatılma yapılmadan alınan onamlar,
- b) Etik ilkelere ve yasalara karşı alınan onamlar,
- c) Belli bir süreyi aşmış gebeliğin, tıbbi zaruret olmadan sonlandırılması için verilen onamlar,
- d) Ötanazi için verilen onamlar,
- e) Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma yada kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.

Geçerli yasalara bakarsak, anayasamız konumundaki 1219 sayılı yasanın 70. maddesinde "büyük girişimlerde rızanın yazılı olması gerektiği" belirtilmiştir. Yani "küçük tıbbi girişimlerde" sözlü rıza yeterlidir

1219 sayılı yasanın 70. maddesine dayanılarak, pratik uygulamada kullanılan sadece bir form imzalatma işlemi, aydınlatılmış onam gibi değerlendirilmemektedir.

Bilginin öğeleri:

- 1) Bilginin açıklanması, anlaşılması (kavranması) ile,
- 2) Gönüllük
- 3) Yeterlilik,
- 4) Onamdır.

Bu dört ögenin her biri, Nuremberg Kodu'nda da ön koşul olarak ileri sürülmüştür.

III. Aydınlatmanın Sınırları

Aydınlatmanın sınırlarının nereye kadar olacağı ayrı bir tartışma konusudur. Bu konuda etik açıdan bir sorun görülmemekle birlikte hukuki açıdan ciddi tartışma söz konusudur ve doktrin ile uygulama arasındaki farklar acilen giderilmelidir. Aşağıda bu konuda iki farklı değerlendirme yer almaktadır: **"Hekim, hastasını açık, anlaşılır ve doğru bilgiyi vermede başarısız olursa yapılan tedavi onamsız müdahaledir"**

Evelyn Thomas (Lancet, 1986, s.1280)

• “Aydınlatılmış onam ne kadar ayrıntılı olursa bilinçli taksir suçu işlemeye o kadar yaklaşmış olursunuz ”

Osman Şirin, Yargıtay 2.Bşk. (Antalya 2005)

SONUÇ

1. Kişiyi anlayabileceği dilde ve ayrıntıda açıklama yapılmalıdır
2. Bu açıklama kişinin psikolojik durumunu kötü yönde etkilememelidir,yönlendirici olmamalıdır3.Kişiyi durumu değerlendirebilmesi için yeterli zaman ayrılmalıdır
4. Bilgilendirme ve onay yazılı olmalıdır
5. Şahıs herhangi bir baskı altında olmadan,hukuka ve genel ahlaka uygun olarak onay alınmalıdır.
6. Bilgilendirmeyi tıbbi girişimde bulunacak hekim yapmalıdır.

Aydınlatılmış onam alma,insan haklarına, insan onuruna ve hastanın “kendi yaşamı ve geleceği hakkında karar verme hakkına”, hasta özerkliğine duyulan saygının gereğidir.

IV. TTB Yüksek Onur Kurulu Kararları

TTB Yüksek Onur Kurulu'nun 2000 – 2004 döneminde verdiği kararların dağılımı şöyledir :

Tıbbi hata ve ihmal sonucu hasta zararı ya da ölümü : 53

(13 dosyada AO ihlali)

Tanıtm kusuru : 117

Haksız kazanç (as. ücret. altında çalışma, 2 mua. vb.) : 69

Kamuda usulsüzlük : 10

Gerçeğe aykırı belge düzenleme : 19

Meslek etiğine aykırı davranış : 41

Kurallara aykırı adli rap. düzenleme/İşkence id.özensizlik : 21

Yayın etiğine aykırı davranış : 8

Cinsel taciz : 2

Diğer : 33

TOPLAM : 376

V. Örnekler

Örnek 1:

38 yaşında bekar bayan hasta,kanamaları var.

Rahimde ur (myom) nedeniyle ameliyat öneriliyor.

Tek bir myomun laparoskopik çıkarılacağı söyleniyor.

Kanama nedeniyle açık ameliyata geçiliyor,ancak kanama durmadığından rahim alınıyor (histerektomi).

Hasta açık ameliyata geçilebileceğini kabul ettiğini ancak rahminin alınmasının hiç söz konusu edilmediğini söylüyor,bekar olduğunu,çocuk sahibi olabilecek yaşta olduğunu belirtiyor.

Hekim bunun bir komplikasyon olduğunu hasta hayatı için histerektominin kaçınılmaz olduğunu vurguluyor.

Bilirkişi bu durumun komplikasyon olduğunu endometriosisli uterusun kanayabileceğini, önceden anlaşılamayacağını,histerektominin doğru olduğunu,hekimin kusursuz olduğunu belirtiyor

YOK da olayı komplikasyon olarak değerlendiriyor. Meslekte hatalı uygulama (tıbbi malpraktis) görmüyor.Ancak hekimin hastayı ameliyat öncesi komplikasyonlar ve olası sonuçları ile ilgili olarak aydınlatmadığı ve rahmin alınması için onamı almadığı,hasta yakınlarını dahi bilgilendirmediği gerekçesiyle kusurlu bularak cezalandırmıştır.

Örnek 2:

Hasta her iki dizinde ağrı vb. sorunlarla bir üniversite hastanesine başvuruyor.

Hasta aynı üniversitede bir başka fakültede öğretim üyesi.

Sol diz ağırlıklı olmak üzere her iki dizde ameliyat gerektirecek eklem hastalığı saptanıyor.

Hasta dosyasında “sol diz dejeneratif hastalık” yazıyor.

Hastaya sağ diz ameliyatı yapılıyor.

Hasta uyandıığında yanlış dizinin ameliyat edildiğini söylüyor.

Hekim savunmasında MR raporlarında belirtildiği üzere her iki dizde de sorun olduğunu önce hafif tarafı düzeltmenin mesleki seçimi olduğunu söylüyor.

Bilirkişi de bu seçimin yanlış olarak değerlendirilemeyeceğini belirtiyor.

YOK hekimin ameliyat için taraf seçme endikasyonu konusunda hatalı olmadığını, mesleki deneyimi ile buna karar verme yetkisi bulunduğu, ancak hastayı bu konuda bilgilendirmediği, veya eksik bilgilendirmediği, ön planda olan sol diz şikayetleri üzerinden konuşulduğu, dosya kayıtlarına tanı bölümüne “sol diz” yazılarak bu konuda hekim iradesi belirtildiği gerekçeleriyle aydınlatılmış onamın gereklerinin yerine getirilmemiş olduğu düşüncesiyle kusurlu bulmuş ve ceza verilmesini uygun görmüştür.

Bu olayda ilgili hekim ameliyatı da kendisi yapmamış bir başka öğretim üyesine yapmasını söylemiş, güven ilkesini de çiğnemiştir.

Örnek 3:

Hasta hazımsızlık şikayetleriyle başvuruyor.

Safra kesesinde taş saptanıyor.

4 ay sonra sırası geliyor ve ameliyata alınıyor.

Ameliyatta mide tümörü saptanıyor ve mide çıkarılıyor.

Hasta yakınları gecikme nedeniyle şikayet ediyorlar.

Safra kesesi diye ameliyata gönderdikleri annelerinin midesinin alındığını duyunca alt-üst oluyorlar.

YOK eksik tanı nedeniyle hekimi hatalı bulmuştur ancak hasta sahiplerinin hiç dikkate almadıkları AO ‘ın bu hastada olmadığını, hasta ve yakınlarının aydınlatılmadan, rızaları alınmadan mide ameliyatı yapılma-

sının da ilk tanı eksikliği kadar önemli olduğu kanaatiyle hekime ilgili madde gereği ceza vermiştir.

Örnek 4 :

Genç bayan hasta, düşme sonucu sağ ön kol kırığı.

6 haftalık gebeliği var.

Düz grafi çekilmiş, genel anestezi altında düzeltme (repozisyon) ve alçı uygulanması yapılmış.

Birkaç gün sonra vaginal kanama ve düşük (abortus).

Hasta bilgilendirilselerdi çocuğunu kaybetmeyeceğini ileri sürerek ortopedi doktorundan şikayetçi oluyor.

Hekim acil olarak başvuran hastanın gebeliğinden hiç bahsetmediğini ve yaptığı işlemin düşüğe neden olmayacağını ileri sürüyor.

Bilirkişi abortusa anestezinin, çekilen grafiyle alınan radyasyonun veya olayın travmatik etkisinin neden olabileceğini ve bunu ayırmanın olanaksız olduğunu tespit ediyor.

YOK olayın acil şartlar altında gerçekleşmesi nedeniyle bilgilendirmenin eksiksiz yapılması için hastanın da gönüllük ve yeterliliğinin gerektiğini, hastanın gebelik durumunu acil şartlar altında çalışan hekimlerin sormasının beklenmeyeceğini, bu bilginin verilmesi sorumluluğunun esasen hastada olduğunu, düşük nedeninin kesin olarak belirlenmemiş olması ve olası nedenler arasında hastaya ait faktörlerin de olabileceği düşüncesiyle hekim hakkında bir kusur varlığından söz edilemeyeceği kanaatine oybirliğiyle karar vermiştir.



HASTANIN “MERHAMET DÜŞÜNCELERİYLE YANILTILMASI” (THOMAS MANN) HAKLI GÖRÜLEBİLİR Mİ?

Prof. Dr. Gunnar DUTTGE^(*)

Çev.: Doç. Dr. Hakan HAKERİ^(**)

I. Aşağıdaki ifadeler tanınmış bir Alman kanser araştırmacısı olan *Karl Heinrich Bauer*'in, artık Almanya'da tartışmalı olmayan hukuksal duruma ve önceden beri tıbbın bu konuya ilişkin itirazlarına ilişkin olarak isabetli bir şekilde dile getirdiği hususlardır: “Tanrılar –ve ondan sonra da hukukçular- ameliyattan önceye rızayı ve rızadan önceye de aydınlatmayı koydular”. Tıpçılar ile hukukçular arasında daha önce “soğuk savaş” olarak nitelendirilen ilişki bugün –hekimin aydınlatma yükümlülüğünün Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesince dünyaya getirilmesinden (doğumundan) 112 yıl sonra- bazı alanlarda gerginliğini kaybetmiş ve kısmen “diplomatik ilişki kurulması” şeklinde olumlu olarak iyileşmiştir: Ancak bu ilişki karışıktır ve her an “diplomatik kazalara” açıktır. Bu nedenle hukukçulara yönelik olarak “hekimlik faaliyetinin temel özelliklerine yönelik anlayışsızlık” ve “hekim vicdanının yerine şekli hukuki direktifleri koyma” eleştirileri daima yöneltilecektir. Bugün genel izlenim bizi yanıltmıyorsa bu eleştirinin konusu artık “informed consent”in bizzat kendisi olmayıp, hala devam eden paternalist yaklaşımdan dolayı ortaya çıkan sonuçlardır. Aşağıda ele alacağım konular bunun için neredeyse örnek niteliktedir.

Hekim bakımından hastaya kötü ve hatta ümitsiz teşhisi açıklamak zorunda kalması, üstesinden gelmesi güç bir problem olarak gözükme-

^(*)Göttingen University Faculty of Law

^(**)Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

tedir. Aydınlatmanın hastalığın bizzat kendisinden daha tehlikeli olabileceği de açık bir gerçektir. Ancak bundan hekime geniş kapsamlı hareket alanı tanıyarak, teşhisi tamamıyla hastadan saklamaktan, hastaya “insancılık mülahazalarıyla” durumu başka türlü aktarmaya kadar geniş bir yetki vermek, hastanın radikal bir şekilde kısıtlanması (hacir) anlamına gelecektir. Fakat bu yetkinin verilmesi bir çoğu tanınmış bir çok kimse tarafından savunulmaktadır. Örneğin Uhlenbruck ile beraber hazırladıkları “Handbuch des Arzrechts” isimli kitabında *Laufs*, bu tür durumlarda hekimin yükümlülükler arasında daimi bir çatışma durumunda kalması halinde hastanın yararına olarak sonuçta problemi kendi kararıyla çözmesi gerektiğini savunmaktadır. *Schreiber* için hazırlanan armağanda da bu görüş itibarlı tıpçılar tarafından da dile getirilmiştir: “Acı gerçeğin söylenip söylenmeyeceği, ne zaman söyleneceği, ne ölçüde söyleneceği ve ne şekilde söyleneceği sadece hekimin kendi vicdanına göre cevaplandırılabilir sorulardır”.

Böyle bir açık çekin hastanın kendi geleceğini kendisinin belirlemesi prensibi karşısında kabul görmeyeceği açıktır. Ancak öte yandan Federal Yüksek Mahkeme’nin teşhis aydınlatmasından istisnaen sarfi nazar edilebilmesi için en azından “ciddi ve giderilemeyecek sağlık zararları”nın bulunması gerektiğini arayan 1959 yılında verilen kararı – ki bu karar bugüne kadar hiç değişmemiştir- da keyfi bir karar olarak gözükmektedir. Eğer bu ölçü uygulanacak olsaydı mide kanseri olan *Theodor Storm* önemli eseri olan “Schimmelreiter”i tamamlayamayacaktı. Bilahare *Tohamas Mann* büyük bir sanatçının hayatını taçlandıran büyük eserin “merhamet düşünceleriyle yanılmanın bir ürünü” olduğuna işaret edecektir¹. Kim bilir belki de “Doktor Faustus” ve *Thomas Mann*’m hayatının son dönemlerinde yazdığı diğer eserler de, kendisine savaştan kısa bir süre sonra Amerika’da sürgünde bulunduğu sırada konulan gırtlak kanseri teşhisi eşinin talebi üzerine kendisinden saklanmasaydı, bugün elimizde olmayabilirdi. Ancak her hasta, kendi durumuyla ilgili olarak gerçeği öğrenmek ve böylece de *H.-L. Schreiber*’in isabetli olarak belirttiği gibi, hayatının kalan zamanını daha önemli gördüğü şeyler için

¹ Çevirenin notu: Theodor Storm, kanser olduğu kendisine söylenince hayata küsmüş ve bu önemli eserini yarıda bırakmıştır. Ancak daha sonra teşhisin yanlış olduğu şeklinde kendisine yalan söylenmiş ve bunun üzerine yazar tekrar eseri üzerinde çalışarak bu önemli eseri ölmeden önce edebiyat dünyasına kazandırmıştır.

harcamak hakkına sahip değil midir? Bizim açımızdan eşit şekilde kabul edilemez görünen bu iki pozisyonun ortası neresidir? Bir yandan Kant'ın "gerçeğin acımasızlığı", diğer yandan ise etik olarak gerekli olan kişiye saygı ve özellikle de tıbbi etik açıdan hastanın süje statüsünün bu bağlamdaki olumsuzluğu (kötülüğü), kötü sonuçlara yol açabilecek olması.

II. Bu soruya ilişkin doğru cevabı bulmak bakımından öncelikle, emin olmayan "sezgisel" tercihlerde bulunma yanışına düşmemek bakımından, yöntemsel açıdan hangi yolun takip edilmesi gerektiği konusu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu bakımdan benim önerim, hastanın iyiliğine öncelik tanınması veya hasta iradesinin esas alınması gibi genel nitelikli basit acil tespitlerde bulunmadan ve ikinci bir adım olarak "asgari müşterekleri" amaçlayan bir çözüm bulunmadan önce, çatışma durumunun yeniden ve daha iyi yapılandırılmasına çalışmaktır. Bu manada *Rudolf Wiethölter's*'in şu ilkesini esas almakta yarar vardır: "Salus ex voluntate, voluntas pro salute, salus et voluntas". Zira, dikkatimizi her iki yöne de yöneltmemiz gerekmektedir. Ne hastanın insan olduğu ne de hekimin insan olduğu unutulmamalıdır: "İnsanlarla hastalık ile ölüm arasında karşılaşan hekim, hastayla beraber hastalığa karşı savunmak ve bu suretle hastaya onurunu vermek amacıyla (hastalığı) saklayabilir; hekim ruhun iyiliği için hastalığı ve ölümü adlandırabilir, ancak bu suretle de hastasının içindeki insanı kaçırabilir".

Sadece hastanın "iyiliği"ne hizmet etmeyi, yani iyileştirmeyi veya en azından sağlık durumunun muhafazasını amaçlayan ve bunu da sadece hastanın bu yöndeki iradesi çerçevesinde yapmak durumunda olan hekimlik mesleğinin tıbbi etik ilkeleri esas alındığında, "tedavi ayrıcalığı"nın tartışıldığı bazı durumlarda, hastanın kendi karar vermesi ilkesinin aksine hastanın iyileştirilmesinin ön plana alındığı, başka ifadeyle hastanın olumlu manada iyiliğinin desteklenmesinin dışında, hastaya aktif olarak zarar verme yasağının dahi hastanın kendi karar vermesi ilkesine aykırılık teşkil ettiği görülmektedir. Bu anlamda *Deutsch*, isabetli olarak "nil nocere ilkesi vasıtasıyla yanılmama esasının değiştirilmesinden" bahsetmekte ve böylece ötenazi tartışmalarındaki sınıflandırmalardaki gibi normatif bir pasiflik (yani tedavinin sınırlandırılmasını ilgilendiren olay grupları) esas alınarak hasta iradesinin genel olarak önceliğini kabul etmek gerekmektedir. Öte yandan geçerli tıp hukukuna şöyle yüzeysel olarak bakıldığında dahi, hastaya yönelik aktif olarak neden olunan *her*

zararın kendiliğinden bir yasağa neden olmadığı ve geri çekilmeye zorlandığı görülmektedir. Tam tersine hekimin tıbbi müdahalelerinin çoğu en azından geçici, ancak aktif olarak sebebiyet verilen bir vücut rahatsızlığına neden olmakta ve fakat bu müdahaleler tıp bilimine göre *gelecekte* hastanın sağlık durumunun iyileşmesini sağlamakta veya en azından bu ümidi taşımaktaysa hukuken caiz görülmektedir –tabii ki, kural olarak hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasından sonra-.

Bu karşılaştırmadan –yani hukuk düzenimizin sistematik çevresindeki temel değerlere bakıp, bağlantılı düşünceler suretiyle- problemimiz bakımından üç sonuç çıkarılabilir: *İlkin* aktif olarak neden olunan bir hasar olgusunun ötesinde, hekim faaliyetinin orta ve uzun vadeli sonuçlarına da büyük ölçüde değer tanınmaktadır ve bu nedenle yüksek mahkemenin çok eleştirilen zararın “ortadan kaldırılamazlığı” ölçütü –en azından hedefi itibarıyla- sürpriz bir biçimde baştan itibaren mantıklı olmayan bir sınırlama ışığında görünmemektedir. Bu durum Alman Ceza Kanunu’nun 228. maddesindeki “adaba –etiğe- aykırılık”a ilişkin yeni yüksek mahkeme kararlarının göz önüne alınması halinde de kendini göstermektedir. Buna göre, bu madde bakımından somut bir ölüm tehlikesini bilinçli olarak göze almak, buna yönelik bir rızanın bulunması halinde dahi kabul edilemez görülmektedir. Yürürlükteki hukuka göre kategorik olarak yasaklanmış bulunan “talep üzerine öldürme” (Alman CK md.216) de aynı çizgide bulunmaktadır. Buna karşılık zorunluluk dolayısıyla göze alman ve ağrı dindirici verilmesinin sonucu olarak muhtemelen gerçekleşebilecek bir yaşam kısalması (yani dolaylı ötenazi) genel olarak sosyal uygun kabul edilmekte ve böylece *ikinci olarak* niyete ve özellikle de bir zararın gerçekleşme ihtimaline çok büyük önem verilmektedir. *Üçüncü* olarak, bu arka plan karşısında müdahaleye maruz kalanın serbest iradesiyle verdiği onay gerçi yeterli olmasa da kural olarak müdahalenin meşruluğu açısından gerekli bir şarttır; zira acil haller için geçerli olan “varsayılan rıza” hukuksal kavramı da kendi geleceğini belirleme hakkının –her zaman problemsiz olmasa da- bir yorumu olup, bu hak tıbbi etiğin “iki sütun modeli”ne göre, ancak tıbbi standardın sağlanmasıyla birlikte hekim müdahalesini hukuka uygun kılmaktadır. Buradan bizim konumuza ilişkin özel bir öncelik kuralı ortaya çıkmaktadır: Zarar ihtimali, teşhisin hastadan saklanması dışında bir suretle engellenmiyorsa, burada da bir zorunluluk halinden, gerçek bir çatışma durumundan bahsedilebilir

ve bunun sonucu olarak da istisnaen aydınlatmamaya müsaade edilebilir veya kısaca söylemek gerekirse: Hekimin kendi inisiyatifi ile hareket etmesine nazaran, hastayı koruyucu nitelikli açıklama veya açıklamadan vazgeçme daha çok tercih edilmelidir.

Buradan ortaya çıkan ve Alman Hekim Meslek Kuralları'na (bkz. Md. 8) tamamıyla uyan aydınlatma lehine kural-istisna ilişkisi hastayı bir süje olarak dikkate alma gerekliliğinin hastanın iyiliği için hareket etmenin yanı sıra onun yüksek bireysel arzuları karşısında saygıyı da içerdiği şeklindeki temel anlayışı da göz önünde bulundurmaktadır. İnsanlar kendileri için hayatın hangi yönlerinin önemli ve değerli olduğu yönünde çoğunlukla farklı görüşlerdedirler. Ancak, hayatlarını nasıl şekillendireceklerine karar verme noktasında temel bir ihtiyacın olduğunda şüphe yoktur. Bu manada otonomi, İngiliz tıp etikçisi *John Harris*'in haklı olarak vurguladığı gibi "hayatı değerli görmenin ne demek olduğunun temel bir parçasıdır". Özgürlükçü hukuk düzenleri bu ihtiyacı geniş ölçüde karşılamaktadır. Alman Anayasası insanın tamamıyla kendi üzerinde kendisinin hakim olmasının daima ulaşılamayabilecek bir ideal olduğu olgusuna rağmen, insan onuru garantisini tanımak suretiyle insan haklarını yerleştirmekte ve ihtiyacı göz önünde bulundurmaktadır. En azından *mümkün olduğunca çok* otonomi şeklindeki haklı talep, ilgilinin yanlış bilgilendirilmesi, gerçeğin sadece yarısını öğrenmesi veya hiç bilgilendirilmemesi suretiyle ortadan kaldırılmaktadır. Bundan çıkan sonuç, yine *Harris*'in ifadeleriyle, "kişinin kendisine ilişkin hususlarda bilgi hakkı, hayatının önemli hususlarında karar verebilmesi için kendisine en çok yardımcı olacak olan husustur". Ya da hekimi ilgilendiren sonuç: Hekim, aydınlatmayı isteyen herkesi aydınlatma temel yükümlülüğü altındadır.

Yukarıdaki düşünceler göstermiştir ki, aydınlatmamanın meşru olduğu dar bir alan bulunmaktadır ve bu alan cum grano salis artan ve artık sorumlu olunamayacak bir zarar verme potansiyelini ifade etmektedir. Burada tehlikenin ağırlığı, türü ve gerçekleşme olasılığı göz önünde bulundurulur ve hukuk düzenimizin belirtilen değerleri esas alınarak, hayati tehlike dışında, en azından esaslı ve daimi bir sağlık zararı tehlikesinin bulunması gerekmektedir ve bu tehlike aydınlatılması gereken bütün hususlar konusunda yapılan aydınlatmadan sonra bazı göstergeler ışığında yüksek ihtimal dahilinde gözükmelidir – yani şartlı kasta esas alınan tahminden daha esaslı olmalıdır. Ancak bu suretle spekülatif nite-

likli kabullerin önüne geçilebilir ve böylece yaşam sevincinin kaybedilmesi de önlenebilir. Normal olaylarda, hastaya yaşamının tehlikede olduğunu söylemenin ne ölçüde onu etkileyeceğini söyleyebilmek çok rizikolu bir tahmindir. Ancak hastaya verilebilecek zararın türü açısından, psikolojik zararlar ile vücuda verilecek zararlar eşit görülmektedir ve fakat bir epizodik şoka neden olma endişesinden daha fazla şey aranmalıdır, zira her hastaya bizim hepimizin aynı durumda yapacağımız şeyi, yani hayatımızın kalan kısmını, bu kısım ne kadar kısa da olsa, hayatın ondan önce geçen kısmına bakarak, bir anlam kazandırma şansı (her ne kadar bu şans çok gerçekçi gözükme de) verilmelidir.

III. Bu nedenlerle, *Hufeland*'in "yaşamı korumak için orada bulunan bir kimsenin" görevinin hiçbir zaman, "ölümü açıklamak" olamayacağı şeklindeki görüşleri isabetli değildir. Keza başta bahsettiğim *Karl Heinrich Bauer*'in "hekimin söylediği her şey gerçek olmalıdır, ancak hekim gerçek olan her şeyi de söylemek zorunda değildir" şeklindeki önerisi de neredeyse hokkabazlık numarasına benzemektedir. Hastanın da –ve özellikle onun- süjeliğinin tanınması böyle mugalatacılığı yasaklamakta ve insanın kendi bedensel ve ruhsal bütünlüğü üzerinde belirleme hakkının "insan kişiliğinin en öz alanına dahil olduğu" şeklinde temel bir kabule zorlamaktadır. Bu manada, vücut bütünlüğüne dokunulamaması şeklinde ifade edilebilecek temel hak –Federal Anayasa Mahkemesi'nin hekim sorumluluğuna ilişkin temel nitelikli 1979 tarihli kararında böyle söylenmektedir- "sadece somut sağlık ve hastalık durumu esas alınarak bir koruma sağlamamakta; her şeyden önce beden ve ruhsal bütünlük alanında özgürlük koruması sağlamaktadır". Her ne kadar hekimin bakış açısı daima ilkin insanın "doğal" gerçekliğinden, biyolojik obje olarak normal ve sapan yönlerinden yola çıkmaktaysa da, her insanın müstakil değerinden sonuçlanan etik ödev ve sorumluluk asla ihmal edilmemelidir (*Hans Fischer*).

Kaynakça:

Bauer, Karl Heinrich, *Erfahrungen eines Chirurgen*, in: *Stud. Ber. Kathol. Akademie Bayern* 20 (1963), S. 47 ff

Carstensen, Gert, *Die Aufklärung des Krebskranken*, in: *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, 2003, S. 627 ff.

Deutsch, Erwin, *Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten*, NJW 1980, 1305 ff.

Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas, *Medizinrecht*, 5. Aufl. 2003, Kap. VII Ziff. 17 (Rn 248 ff.)

Duttge, Gunnar, *Der Bundesgerichtshof auf rechtsphilosophischen Abwegen – Einwilligung in Körperverletzung und „gute Sitten“*, NJW 2005, 260 ff.

ders., *Der hippokratische Eid im Selbstbild des modernen Menschen* [Göttinger Antrittsvorlesung v. 20.1.2006]

Fischer, Hans, *Das Menschenbild im Lichte der Heilkunde. Ein Beitrag zur ärztlichen Anthropologie*, in: ders., *Arzt und Humanismus*, 1962, S. 52 ff

Giesen, Dieter, *Zwischen Patientenwohl und Patientenwille*, JZ 1987, 282

Harris, John, *Der Wert des Lebens. Eine Einführung in die medizinische Ethik*, 1995 (dt. Ausgabe; Original: *The Value of Life*, 1985)

Herrmann, Joachim, *Soll ein Krebspatient über seine Diagnose aufgeklärt werden? Juristische Gesichtspunkte*, MedR 1988, 1 ff.

Irgang, Bernhard, *Grundriß der medizinischen Ethik*, 1995, Kap. 2: *Ärztliche Fürsorge oder Selbstbestimmungsrecht des Patienten* (S. 63 ff.)

Laufs, Adolf, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, in: *Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl. 2002, Kap. 11 (S. 495 ff.)

Rauprich, Oliver, *Prinzipienethik in der Biomedizin – Zur Einführung*, in: *Rauprich/Steger (Hrsg.), Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis*, 2005, S. 11 ff.

Schreiber, Hans-Ludwig, *Wahrheit am Krankenbett aus der Sicht des Juristen*, in: Zöckler (Hrsg.), *Wahrheit am Krankenbett – Hilfe für den Patienten?*, 1978, S. 35 ff

ders., *Aufklärung des Tumorpatienten*, in: Lindner u.a. (Hrsg.), *Maligne Tumoren und Systemerkrankungen*, 1989, S. 39 ff.

ders., *Aufklärung – rechtlicher Zwang zur Wahrheit? Voraussetzungen und Grenzen ärztlicher Aufklärung aus juristischer Sicht*, *MMW (Münchner Medizinische Wochenschrift)* 1996, 424 ff.

Virchow, Chr. sen. u.a., *Thomas Mann (1875 – 1955) und die Pneumologie*, *DMW (Deutsche Medizinische Wochenschrift)* 1997, S. 1432 ff.

Wiethölter, Rudolf, *Arzt und Patient als Rechtsgenossen*, in: *Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe (Hrsg.)*, 1962, S. 71 ff

KANN EINE „BARMHERZIGE ILLUSIONIERUNG“ (THOMAS MANN) DES PATIENTEN GERECHTFERTIGT SEIN?

Prof. Dr. Gunnar DUTTGE^(*)

I. Von einem bekannten deutschen Krebsforscher, Karl Heinrich Bauer, stammt jene Formulierung, mit der sich nicht nur die in Deutschland inzwischen dem Grunde nach nicht mehr bestrittene Rechtslage, sondern unüberhörbar auch die hiergegen schon immer bestehenden Vorbehalte der Medizin treffend auf den Punkt gebracht finden: „Vor die Operation haben die Götter – und nach ihnen die Juristen – die Einwilligung, und vor die Einwilligung, die Aufklärung gesetzt“. Mag sich das ehemals als „Kalter Krieg“ bezeichnete Verhältnis zwischen Medizinern und Juristen heute – 112 Jahre nach der Sturzgeburt der ärztlichen Aufklärungspflicht durch das RG – in manchen Bereichen ein wenig entspannt und teilweise in Richtung der „Aufnahme diplomatischer Beziehungen“ zum Positiven verbessert haben: Kompliziert und anfällig für „diplomatische Zwischenfälle“ wird es wohl immer bleiben – und daher aus juristischer Perspektive niemals auszuschließen, daß ihren Repräsentanten hin und wieder „mangelndes Verständnis [selbst] für grundlegende Gegebenheiten der ärztlichen Tätigkeit“ vorgehalten wird – und die „Ablösung des ärztlichen Gewissens durch [allein formal-]juristische Direktiven“. Sofern der allgemeine Eindruck nicht trügt, hat solche Kritik heute zwar nicht mehr den „informed consent“ als solchen zum Gegenstand, wohl aber hieraus resultierende Folgerungen in Konstellationen, die aufgrund ihrer spezifischen Problematik anfällig sind für das Durchbrechen unterschwellig fortbestehender paternalistischer Werthaltungen. Die von

^(*)Göttingen University Faculty of Law

mir im Folgenden näher zu verhandelnde ist hierfür geradezu paradigmatisch.

Gewiß bildet es für jeden Arzt ein nur schwer zu bewältigendes Dilemma, einem Kranken die bittere Wahrheit über eine ungünstige oder gar infauste Prognose offenbaren zu müssen. Und von verführerischer Evidenz ist der Gedanke, daß die Aufklärung doch nicht gefährlicher sein dürfe wie die Krankheit selbst. Nur käme es einer radikalen Entmündigung des Patienten gleich, folgte hieraus die Anerkennung eines weitreichenden ärztlichen Freiraums, der die Befugnis zum beharrlichen Verschweigen des Befundes oder gar zur fortgesetzten Täuschung des Patienten unter Berufung auf ein „humanitäres Prinzip“ in das Belieben des je behandelnden Arztes legte. Eben dies wird aber von nicht wenigen und nicht wenig Namhaften noch heute gefordert: So schreibt etwa Laufs in seinem mit Uhlenbruck herausgegebenen „Handbuch des Arztrechts“, die solchen Situationen immanente Widersprüchlichkeit der Pflichten müsse der Arzt „zum Wohle des Kranken letztlich durch eigenen Entschluß lösen“; in der Festschrift zu Ehren von Herrn Schreiber findet sich diese These aus der Feder eines renommierten Mediziners in die Worte gekleidet: „Ob, wann, wieweit und in welcher Form die bittere Wahrheit ausgesprochen werden soll, sind Fragen, die letztlich allein das ärztliche Gewissen beantworten kann“.

Es liegt auf der Hand, daß bei aller Unverzichtbarkeit des ärztlichen Gewissens die Zuerkennung eines derartigen „Blankoschecks“ mit Blick auf die Patientenautonomie nicht zufriedenstellen kann, jedoch andererseits auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eher willkürlich „gegriffen“ erscheint, wonach es – so jedenfalls die bis heute nicht korrigierte Formel aus dem Strahlenurteil des Jahres 1959 – mindestens der Gefahr einer „ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung“ bedürfe, damit von der an sich gebotenen Diagnoseaufklärung ausnahmsweise abgesehen werden dürfe. Dies zum Maßstab genommen hätte der an Magenkrebs erkrankte Theodor Storm seinen „Schimmelreiter“ aller Voraussicht nach wohl nicht mehr vollendet, was Thomas Mann später zu bewegenden Zeilen veranlaßte mit der Quintessenz, daß jenes, ein großes Künstlerleben krönende Meisterwerk das „Produkt barmherziger Illusionierung“ gewesen sei. Und wer weiß, ob uns nicht auch „Doktor Faustus“ und manch` anderes

aus der letzten Schaffensperiode Thomas Manns für immer vorenthalten geblieben wäre, hätte man nicht auch ihm kurz nach Kriegsende in seinem amerikanischen Exil auf Betreiben seiner Ehefrau den bei ihm diagnostizierten Lungentumor verheimlicht. – Hat andererseits aber nicht jeder Patient ein Anrecht darauf erfahren zu dürfen, wie es um ihn wirklich steht – um etwa die verbleibende Lebenszeit noch zur Regelung wichtiger Angelegenheiten nutzen zu können, wie H.-L. Schreiber einleuchtend zu bedenken gibt. Wo liegt dann jedoch die richtige Mitte zwischen den beiden uns *prima vista* gleichermaßen inakzeptabel erscheinenden Positionen: auf der einen Seite ein kantischer „Rigorismus der Wahrheit“, auf der anderen Seite die gänzliche Negierung dessen, was allgemein-ethisch die gebotene „Achtung der Person“ und im besonderen – medizinethisch – den Subjektstatus des Patienten ausmacht?

II. Es dürfte ein bedeutsamer Schritt in die richtige Richtung sein auf der Suche nach einer angemessenen Beantwortung der Sachfrage, zunächst in methodischer Hinsicht zu klären, auf welchem Weg überhaupt eine Antwort gefunden werden soll, um nicht länger auf jene höchst unsichere „intuitive Schau“ verschiedener Lösungsmöglichkeiten verwiesen zu sein. Zu diesem Zweck schlage ich vor, uns jenseits der schlichten prinzipienethischen Frontstellung entweder eines generellen Vorrangs des Patientenwohls oder aber des Patientenwillens zuerst um eine bessere Rekonstruktion der Konfliktlage zu bemühen, ehe in einem zweiten Schritt fallvergleichend eine optimierend nach dem „Mindestgemeinsamen“ strebende Lösung entwickelt werden kann, ausgerichtet an der in diesem Sinne harmonisierenden *Maxime Rudolf Wiethölter*s: „*Salus ex voluntate, voluntas pro salute, salus et voluntas*“. Denn in der Tat muß unsere Aufmerksamkeit beiden Sorgen gelten, daß weder das Menschsein des Patienten noch das Menschsein des Arztes verfehlt wird: „Der Arzt, der dem Menschen irgendwo zwischen Krankheit und Tod begegnet, kann ... [selbige] maskieren, um mit dem Kranken der Krankheit zu wehren, und doch gerade dadurch den Kranken um seine Würde bringen...; er kann Krankheit und Tod [aber auch be-] nennen, um des Seelenheils willen, und doch gerade dadurch den Menschen in seinem Patienten verfehlen“.

Ausgehend vom medizinethischen Leitbild ärztlicher Profession, die insgesamt allein dem „Wohl“ des Patienten zu dienen bestimmt ist, also der Verbesserung oder wenigstens Erhaltung seines „Wohlbefindens“, dies jedoch ausschließlich im Rahmen eines dahingehenden Patientenwillens, ist in jenen Fallgestaltungen, für die – unter mißverständlicher Überschrift – ein „therapeutisches Privileg“ diskutiert wird, klar zu erkennen, daß dem Gebot größtmöglicher Patientenautonomie nicht nur das Prinzip fürsorglicher Wohltätigkeit tendenziell zuwiderläuft, also die nach herkömmlichem Verständnis weniger strikte „positive“ Verpflichtung zur Förderung des patientenseitigen Wohlergehens, sondern darüber hinaus – und vor allem – das strikere Verbot der aktiven Schädigung. In diesem Lichte spricht Deutsch daher im Ansatz zutreffend von einer „Modifizierung des Postulats der Nichttäuschung durch den Grundsatz *nil nocere*“, so daß sich verbietet, angelehnt etwa an die Typenbildung aus der Sterbehilfedebatte wegen normativer „Passivität“ (also die Fälle der Therapiebegrenzung betreffend) für einen insoweit generellen Vorrang des Patientenwillens zu votieren. Andererseits zeigt jedoch schon ein oberflächlicher Blick auf das geltende Medizinrecht, daß keineswegs jedwede aktiv herbeigeführte Einbuße auf Patientenseite per se ein striktes Verbot auslöst und zum Zurückweichen zwingt. Ganz im Gegenteil führt doch die große Mehrzahl der ärztlichen Heileingriffe zu einer jedenfalls vorübergehenden, aktiv herbeigeführten Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit, die jedenfalls dann als erlaubt gilt, wenn sie nach medizinischem Sachverstand per saldo eine künftige Verbesserung des Gesundheitszustandes erwarten oder wenigstens erhoffen läßt – und natürlich im Regelfall vom Einverständnis des aufgeklärten Patienten getragen ist.

Aus diesem Vergleich – also durch Kohärenzüberlegungen mit Blick auf die im systematischen Umfeld vorfindlichen Grundwertungen unserer Rechtsordnung – lassen sich für unsere Problematik drei Folgerungen ziehen: Erstens kommt offenbar jenseits des Umstands einer aktiv herbeigeführten Einbuße auch dem mittel- und langfristigen Resultat der ärztlichen Tätigkeit eine nicht geringe Relevanz für deren Bewertung zu, was das vielfach kritisierte bundesgerichtliche Kriterium einer „Unbehebbarkeit“ der Schädigung – jedenfalls in seiner

Zielrichtung – etwas überraschend nicht mehr im Lichte einer von vornherein unplausiblen Begrenzung erscheinen läßt. Das zeigt sich auch bei Einbeziehung der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Verstoß gegen die „guten Sitten“ nach § 228 StGB, wenn im dortigen Zusammenhang „jedenfalls“ das bewußte Eingehen einer „konkreten Todesgefahr“ selbst bei dahingehender Einwilligung als schlechthin inakzeptabel gilt. Auf derselben Linie liegt – bei nochmaligem Blick auf die „Sterbehilfe“ – die nach geltendem Recht kategorisch verbotene (weil gezielte und sichere) Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), während in Abgrenzung zu dieser eine nur notgedrungen in Kauf genommene, nicht ausschließbare Lebensverkürzung infolge Schmerzmittelgabe (also die sog. „indirekte Sterbehilfe“) allgemein für sozialadäquat gehalten wird – was somit zweitens auch der Intention und insbesondere der Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Schädigung eine erhebliche Bedeutung zuweist. Drittens bildet vor diesem Hintergrund die freiverantwortliche Zustimmung des Eingriffsadressaten zwar keine hinreichende, wohl aber im Regelfall eine notwendige Bedingung für die Legitimation des Eingriffs; denn selbst die für Notfälle bereitstehende Rechtsfigur der „mutmaßlichen Einwilligung“ gilt uns ja als – wenngleich nicht immer unproblematische – Ausprägung der Selbstbestimmung, die gemäß dem medizinethischen „Zwei-Säulen-Modell“ im Zusammenwirken mit der Wahrung der medizinischen Standards erst die Rechtfertigung ärztlichen Handelns bewirkt. Hieraus erwächst für unsere Thematik eine spezifische Subsidiaritätsregel: Nur wenn sich die drohenden Schäden (in ihrer noch zu konkretisierenden Dimension) auf keine andere Weise als allein durch nicht-konsentiertes Vorenthalten der Diagnose vermeiden lassen, kann im übertragenen Sinne von einer Art „Notfalllage“, von einem echten Dilemma die Rede sein mit der Folge einer ausnahmsweise erlaubten Nichtaufklärung, oder kurz: Stets vorrangig gegenüber in solchem Sinne ärztlicher Eigenmacht sind die Optionen einer betont schonenden Aufklärung oder eines herbeigeführten Aufklärungsverzichts.

Das hieraus hervorgehende Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Aufklärung, im übrigen in völliger Übereinstimmung mit der Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (vgl. § 8 MBO), trägt der grundlegenden Erkenntnis Rechnung, daß die gebotene Achtung

vor dem Patienten als Subjekt seiner selbst (die Gründe hierfür brauchen in diesem Kreise sicherlich nicht näher erläutert zu werden) neben der Sorge für sein „Wohl“ auch – und vor allem – den Respekt vor seinen höchst individuellen Wünschen impliziert. Häufig stimmen Menschen nicht überein in ihrer Auffassung darüber, welche Aspekte des Lebens sie für wichtig und für wertvoll halten. Sehr wohl ist es ihnen in aller Regel jedoch ein elementares Bedürfnis, selbst zu entscheiden, wie sie ihr Leben gestalten wollen. Autonomie in diesem Sinne ist, wie der britische Medizinethiker John Harris zu Recht betont, essentieller „Teil dessen, was es heißt, das Leben als wertvoll anzusehen“. Freiheitliche Rechtsordnungen geben diesem Bedürfnis großzügig Raum, das deutsche Grundgesetz etwa durch die Etablierung der Menschenrechte mit der Menschenwürdegarantie als deren Geltungsgrund, ungeachtet des Umstands, daß vollkommene „Selbstherrschaft“ des Menschen stets unerreichbares Idealbild bleiben muß. Der berechtigte Anspruch wenigstens auf größtmögliche Autonomie wird jedoch untergraben, wenn der Handelnde falsch informiert ist, nur die halbe Wahrheit erfährt oder in völliger Unwissenheit belassen wird. Hieraus folgt daher, noch einmal mit Harris, daß ein jeder „das denkbar stärkste Anrecht auf diejenigen Informationen über die eigene Person“ hat, „die ihm seiner eigenen Einschätzung nach ... am ehesten hilfreich sind“, den ihm wichtig erscheinenden Belangen seines Lebens nachzugehen. Oder aus der Perspektive des wissenden Arztes: Für diesen resultiert daraus die grundsätzliche Pflicht zur Aufklärung all' jener, die das wollen.

Die vorausgehenden Überlegungen haben allerdings gezeigt, daß es auch einen schmalen Bereich legitimer Nichtaufklärung gibt, der *cum grano salis* durch ein gesteigertes und infolgedessen nicht mehr verantwortbares Schädigungspotential gekennzeichnet ist. Differenziert nach Schwere, Art und Wahrscheinlichkeit der Gefahr wird man dabei, ausgerichtet an den skizzierten Wertungen unserer Rechtsordnung, von Lebensgefahr abgesehen wenigstens die Gefahr einer erheblichen und dauerhaften Gesundheitsschädigung verlangen müssen, die sich nach Aufklärung aller aufklärbaren Umstände auf hinreichender Tatsachengrundlage nachweislich als sehr wahrscheinlich darstellt – also gehaltvoller als bei jener dem bedingten Vorsatz zugrunde liegenden Prognose. Denn nur so lassen sich spekulative Annahmen über mögliche

Beeinträchtigungen der „Stimmungslage“ und einem drohenden Verlust des Lebensmuts vorbeugen. Für den Normalfall sind doch Voraussagen darüber, auf welche Weise die Nachricht baldigen Ablebens auf die betreffende Person wirken wird, eine ausgesprochen riskante Angelegenheit. Was jedoch die Art der Beeinträchtigung anbelangt, können psychische Einbußen in ihrer Eingriffstiefe den körperlichen durchaus gleichstehen; wiederum ist jedoch mehr zu verlangen als etwa die Sorge um das Auslösen eines episodischen Schocks, weil einem jeden Patienten die (soweit nicht gänzlich unrealistische) Chance gegeben werden muß, eben dasjenige zu tun, was wir alle in solcher Situation tun wollen, nämlich auch dem Rest unseres Lebens, wie kurz er auch sein mag, ja gerade diesem Rest unseres Lebens mit Blick auf das Vorausgegangene einen tröstenden Sinn zu geben.

III. Hufelands Diktum greift daher zu kurz, wonach die „Verkündung des Todes“ niemals das Geschäft dessen sein dürfe, „der bloß da ist, um Leben zu verbreiten“. Geradezu einem „Taschenspielertrick“ kommt die Empfehlung des eingangs schon erwähnten Karl Heinrich Bauer gleich, wonach zwar alles wahr sein müsse, was der Arzt sage, er aber nicht alles, was wahr sei, auch sagen müsse. Die Anerkennung einer Subjektivität auch – und gerade – des Kranken verbietet solche Rabulistik und drängt zu der grundlegenden Erkenntnis, daß die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität zum „ureigensten Bereich der Personalität des Menschen“ zählt. In diesem Sinne schützt das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit – so die Formulierung im arzt haftungsrechtlichen Grundsatzbeschuß des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1979 – „nicht lediglich nach Maßgabe des jeweiligen konkreten Gesundheits- ... oder Krankheitszustandes; es gewährleistet zuvörderst Freiheitsschutz im Bereich der leiblich-seelischen Integrität...“. Obgleich die ärztliche Anschauung stets zunächst von der Wirklichkeit des Menschen als „Natur“, als biologisches Objekt mit seinen Normalitäten oder Abweichungen ausgeht, darf dabei niemals die aus der Eigenwertigkeit eines jedes Menschen resultierende ethische Aufgabe und Verantwortung vernachlässigt werden (Hans Fischer).

Literatur:

Bauer, Karl Heinrich, Erfahrungen eines Chirurgen, in: Stud. Ber. Kathol. Akademie Bayern 20 (1963), S. 47 ff.

Carstensen, Gert, Die Aufklärung des Krebskranken, in: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, 2003, S. 627 ff.

Deutsch, Erwin, Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten, NJW 1980, 1305 ff.

Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Kap. VII Ziff. 17 (Rn 248 ff.)

Duttge, Gunnar, Der Bundesgerichtshof auf rechtsphilosophischen Abwegen – Einwilligung in Körperverletzung und „gute Sitten“, NJW 2005, 260 ff.

ders., Der hippokratische Eid im Selbstbild des modernen Menschen [Göttinger Antrittsvorlesung v. 20.1.2006]

Fischer, Hans, Das Menschenbild im Lichte der Heilkunde. Ein Beitrag zur ärztlichen Anthropologie, in: ders., Arzt und Humanismus, 1962, S. 52 ff.

Giesen, Dieter, Zwischen Patientenwohl und Patientenwille, JZ 1987, 282

Harris, John, Der Wert des Lebens. Eine Einführung in die medizinische Ethik, 1995 (dt. Ausgabe; Original: The Value of Life, 1985)

Herrmann, Joachim, Soll ein Krebspatient über seine Diagnose aufgeklärt werden? Juristische Gesichtspunkte, MedR 1988, 1 ff.

Irrgang, Bernhard, Grundriß der medizinischen Ethik, 1995, Kap. 2: Ärztliche Fürsorge oder Selbstbestimmungsrecht des Patienten (S. 63 ff.)

Laufs, Adolf, Die ärztliche Aufklärungspflicht, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, Kap. 11 (S. 495 ff.)

Rauprich, Oliver, Prinzipienethik in der Biomedizin – Zur Einführung, in: Rauprich/Steger (Hrsg.), Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis, 2005, S. 11 ff.

Schreiber, Hans-Ludwig, Wahrheit am Krankenbett aus der Sicht des Juristen, in: Zöckler (Hrsg.), Wahrheit am Krankenbett – Hilfe für den Patienten?, 1978, S. 35 ff.

ders., Aufklärung des Tumorpatienten, in: Lindner u.a. (Hrsg.), Maligne Tumoren und Systemerkrankungen, 1989, S. 39 ff.

ders., Aufklärung – rechtlicher Zwang zur Wahrheit? Voraussetzungen und Grenzen ärztlicher Aufklärung aus juristischer Sicht, MMW (Münchener Medizinische Wochenschrift) 1996, 424 ff.

Virchow, Chr. sen. u.a., Thomas Mann (1875 – 1955) und die Pneumologie, DMW (Deutsche Medizinische Wochenschrift) 1997, S. 1432 ff.

Wiethölter, Rudolf, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe (Hrsg.), 1962, S. 71 ff.



ÖZEL SAĞLIK İŞLETMELERİNDE HASTANIN AYDINLATILMASI VE RIZASININ ALINMASI

Yrd. Doç. Dr. Yahya DERYAL^(*)

I. ÖZEL HASTANELERİN KURULUŞU VE İŞLETME ESASLARI

A. ÖZEL HASTANE KAVRAMI

1. Genel Olarak

1933 tarihli ve 2219 sayılı Kanunda “hususî hastane” olarak nitelendirilen¹, fakat daha sonra bu kanuna dayalı olarak çıkarılan tüzük ve yönetmelikte “özel hastane” şeklinde isimlendirilen sağlık işletmeleri şu şekilde tanımlanmaktadır: “Devletin resmi hastanelerinden ve hususî idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları “hususî hastaneler” den sayılır” (HHK.m.1).

Bu tanıma göre, devlet tüzel kişiliğine ait (resmî) hastaneler ile il özel idarelerine, belediyelere ve diğer kamu tüzel kişilerine ait hastaneler dışında kalıp; özel hukuk tüzel kişilerine veya gerçek kişilere ait hastaneler “özel hastane” kavramında değerlendirilmektedir (Bkz. Yön. m.2).

Özel Hastaneler Yönetmeliğinde daha kapsamlı bir “özel hastane” tanımına yer verilmektedir: “Bu Yönetmelik kapsamına giren gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine ait olup, ayakta ve yatarak muayene,

^(*)KTÜ-İİBF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Hususî Hastaneler Kanununa dayalı olarak Bakanlar Kurulunun 8.8.1934 gün ve 2/1122 sayılı kararıyla yürürlüğe konulmuş olan Hususî Hastaneler Nizamnamesi de aynı isimlendirmeyi tercih etmişti.

tahlil, tetkik, tıbbî müdahale, ameliyat, tıbbî bakım ve diğer tedavi hizmetleri verilen ve en az on yatak kapasitesi olan tedavi kuruluşları” (m.4/f).

Ayrıca, kendi özel kanunlarına, tüzük veya şartnamelerine göre özel şirketler ve müteahhitler ve fabrikalar ve ticaret, ziraat, sanat ve nafıa işlerinde çok işçi çalıştıran şahıslar, amele birlikleri veya sendikalar gibi diğer şahıslar ve teşekküller tarafından kendi işçilerinin ve işlerinde kullandıkları adamlarının hastalıklarını tedavi ve sağlıklarını korumak için açılacak hastane, revir ve diğer sağlık yurtları özel hastane kavramı ve mevzuatı dışında tutularak; bunların açılma ve kapanma şartları kendi özel kanun, tüzük ve yönetmeliklerine göre yapılacaktır. Bu tür özel statülü sağlık işletmelerinin açılmaları, bağlı oldukları teşekküller tarafından, bir beyanname ile Sağlık Bakanlığına bildirilir.

Aslında, terminolojik bakımdan, kamuya ait sağlık işletmelerinin dışında kalan ve özel sektör tarafından işletilen küçük-büyük tüm sağlık tesislerini ifade etmek üzere daha kapsamlı bir terim olarak “özel sağlık işletmeleri” denilmesi bizce daha uygun görünmektedir. Bununla birlikte, uygulamadaki yaygın kullanıma paralel olarak ve “yasal terim” sıfatına sığınarak “özel hastane” terimini de aynı anlamı ifade edecek şekilde kullanmakta bir sakınca görmüyoruz.

2. Vakıf Hastaneleri

Gerçek veya tüzel kişiler tarafından hastane açılmak üzere yapılmış bağışların veya kurulmuş vakıfların yönetimi, vakıf senedi ile özel olarak oluşturulmuş bir mütevelli heyete bırakılmış olabileceği gibi, bir kamu kurumuna verilmiş hatta mütevelli heyeti gösterilmemiş de olabilir (HHK.m.7). Eğer vakıf yönetimi, vakfeden tarafından, Vakıflar Genel Müdürlüğü, il özel idaresi veya belediye gibi bir devlet kurumuna verilmiş ise, vakıf hastanesi bu kamu kurumu tarafından yönetilecektir. Eğer vakfeden bir mütevelli heyet göstermemiş ise, vakıf hastanesi “il özel idaresi” tarafından yönetilecektir. Bu şekilde yönetimi kamuya bırakılmış vakıf hastanelerinin kuruluşu ve işletilmesi, kamuya ait diğer umumi hastaneler gibidir.

Tesis ve idaresi devlet teşkilatından başkasına verilmiş yani vakıf senedi ile mütevelli heyeti teşkil edilmiş vakıf hastaneleri ise Hususi

Hastaneler Kanunu hükümlerine tabi birer özel hastane sayılıp yönetimi Sağlık Bakanlığı tarafından denetlenecektir (HHK.m.7).

3. Sağlıkta Özelleşme Yerine Özel Hastane Sayısında Artış

1994 yılında kabul edilen 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu, kamuya ait yataklı tedavi kurumlarını da özelleştirme kapsamında kuruluşlar arasında kabul etmiş olmasına rağmen (m.1/f), bu güne kadar kamuya ait herhangi bir hastane özelleştirilebilmiş değildir. Kaldı ki, kamu hastanelerinin özelleştirilmesi ve Devletin sağlık hizmetlerinden tamamen çekilerek bu alanı bütünüyle özel sektöre devretmesi pek fazla rağbet görmemekte; sadece sosyal demokrat siyasal görüşler ve sendikalar değil, muhafazakâr iktidarlar da sağlığın özelleştirilmesine temkinli bir kaygı ile yaklaşmaktadırlar².

Kamuda sağlık hizmetlerinin gelişmesine ve hastane sayısı ve kalitesindeki artışa paralel şekilde son yıllarda özel hastane sayısında da fark edilir bir artış gözlenmektedir. 1981 yılında ülkemizde sadece 83 özel hastane varken, 20 yıl sonra 2001'de bu sayı 240'a ulaşmıştır. Daha özel olarak İstanbul örneğinde rakamlara baktığımızda bu gelişme daha çarpıcı olarak görülebilir. Şubat 2006 itibarıyla İstanbul'da 136 özel hastaneye karşılık Sağlık Bakanlığı'na bağlı sadece 47 hastane bulunmaktadır. Küçükçekmece ilçesinde 6, Bağcılar'da 5, Avcılar'da 4, Beşiktaş'ta 4, Esenler'de 3, Kâğıthane'de 2 özel hastane varken; bu ilçelerde Sağlık Bakanlığına bağlı bir kamu hastanesi yoktur. Bahçelievler ve Gaziosmanpaşa ilçelerinde birer kamun hastanesine karşılık 11'er özel hastane vardır. Şişli'de 4 kamu hastanesine karşılık 14 özel hastane bulunmaktadır³.

Son yıllardaki bu özel hastane artışına rağmen, özel sektör tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde fakir hastalara farklı muamele edildiği, komplike ve kronik vakıalara bakılmaktan kaçınılarak bu hastaların devlet hastanelerine gönderildiği yönünde bazı kaygı ve endişeler dile getirilmektedir.

² Aslan KAPLAN, "Sağlığın Özelleştirilmesi Hakkındaki Düşünceler, Yeni Türkiye Dergisi, Y.7, S.40, Temmuz-Ağustos 2001, s.1525-1534 ; Aslan KAPLAN, "Türkiye'de Sağlık Sektöründe Özelleştirme Yaklaşımları ve Sağlık Bakanlığı'na Bağlı Hastanelerin Özelleştirilmesi Çalışmaları Hakkında Yüksek Öğrenimli Sağlık Personelinin Düşüncelerinin Tespiti", Yeni Türkiye Dergisi, Y.7, S.40, Temmuz-Ağustos 2001, s.1535-1554.

³ <http://www.sagliginsesi.com> (12.02.2006).

B. ÖZEL HASTANELERİN SINIFLANDIRILMASI

Özel hastaneler, faaliyet alanlarına, hizmet birimlerine, yatak kapasitelerine, teknolojik donanımlarına ve hizmet verilen uzmanlık dallarının nitelik ve sayısına göre, öncelikli olarak “genel hastaneler” ve “özel dal hastaneleri” şeklinde ayrılmaktadır (Yön.m.5). Daha basit ifade etmek gerekirse, özel hastanelerin “genel” ve “özel” diye ikiye ayrıldığını söyleyebiliriz.

1. Genel Hastaneler

Özel Hastaneler Yönetmeliği, özel hastanelerin “genel hastane” şeklinde nitelendirdiği türünü şu şekilde tanımlamaktadır (m.6): *“Bu Yönetmelik ile öngörülen asgarî bina, tesis, hizmet ve personel standartlarını haiz; birden fazla uzmanlık dalında sürekli ve düzenli olarak, ayakta ve yatarak muayene, tıbbî teşhis ve tedavi, yoğun bakım ve acil sağlık hizmetleri veren, ruhsatında yazılı olup hasta kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dallarının gerektirdiği klinikler ile acil ve yoğun bakım üniteleri, radyoloji, biyokimya ve mikrobiyoloji laboratuvarları bulunan ve tam gün faaliyet gösteren özel hastanelerdir”*.

Birden fazla uzmanlık dalında sürekli ve düzenli olarak sağlık hizmeti veren “genel hastane” türündeki özel hastaneler de, ayrıntıları Yönetmelik ekinde belirtilen puanlama kriterlerine göre A, B ve C grubu genel hastaneler olarak sınıflandırılmaktadır (Yön.m.6).

a. A Grubu Genel Hastaneler

- aa. Ruhsatlandırılmış yatak kapasitesi en az 50 olan,
- bb. en az beş farklı dahili ve beş farklı cerrahi uzmanlık dalında tam gün kadrolu uzman tabip çalıştırmak suretiyle sağlık hizmeti veren,
- cc. Yönetmelikte öngörülen asgarî standartlara ilave olarak hasta kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dalları için gerekli ve günün gelişmiş tıp teknolojisine uygun olan diğer bütün teşhis ve tedavi birimlerini ve ayrıca asgarî radyoloji, biyokimya, mikrobiyoloji, hematoloji ve patoloji laboratuvarlarını bünyesinde bulunduran hastanelerdir.

b. B Grubu Genel Hastaneler

- aa. Ruhsatlandırılmış yatak kapasitesi 30-50 arasında olan,

bb. en az dört farklı dahili ve dört farklı cerrahi uzmanlık dalında tam gün kadrolu uzman tabip çalıştırmak suretiyle sağlık hizmeti veren,

cc. Yönetmelikte öngörülen asgarî standartlara ilave olarak günün gelişmiş tıp teknolojisine uygun olan bir veya birden fazla teşhis ve tedavi birimini ve radyoloji, biyokimya, patoloji ve mikrobiyoloji laboratuvarlarını bünyesinde bulunduran genel hastanelerdir.

c. C Grubu Genel Hastaneler

aa. Ruhsatlandırılmış yatak kapasitesi 10-30 arasında olan,

bb. en az üç farklı dahili ve üç farklı cerrahi uzmanlık dalında tam gün kadrolu uzman tabip çalıştırmak suretiyle ayakta ve yatarak sağlık hizmeti veren,

cc. acil ve yoğun bakım üniteleri ile radyoloji, biyokimya ve mikrobiyoloji laboratuvarları desteğiyle muayene, teşhis ve tedavi hizmeti veren genel hastanelerdir.

Görüldüğü üzere, genel hastaneler grubu içinde yer alan özel hastaneler, yatak sayısı, uzmanlık dalı sayısı ve diğer yardımcı sağlık üniteleri esas alınarak sınıflandırılmaktadır. Bir başka ifade ile, genel hastane türünde bir özel hastane açabilmenin asgari şartı, en az üç dahili ve üç cerrahi klinik ünitesi ile acil ve yoğun bakım servisleri, radyoloji, biyokimya ve mikrobiyoloji laboratuvarlarının bulunmasıdır. B grubu hastanelerde, bunlara ek olarak bir dahili ve bir cerrahi klinik ile patoloji laboratuvarı aranmaktadır. A grubu hastanelerde ise bunlara ilave bir dahili bir cerrahi klinik ile hematoloji laboratuvarı bulunması gerekmektedir.

2. Özel Dal Hastaneleri

Özel hastanelerin “özel dal hastaneleri” türü, Yönetmelikte etraflıca tanımlanmaktadır: “Özel dal hastaneleri; belirli bir yaş ve cins grubu hastalar ile belirli bir hastalığa tutulanlara veya bir organ ve organ grubu hastalarına yönelik hizmet vermek üzere, hastanenin ana faaliyetleri ile ilgili uzmanlık dallarından her birinde tam gün kadrolu en az üç uzman tabip ile bu uzmanlık dalının gerektirdiği diğer uzmanlık dalları için en az bir kadrolu uzman tabip çalıştırılan, gelişmiş teknolojik donanım ve personel desteği ile sürekli ve düzenli olarak, ayakta ve yatarak muayene, tıbbî teşhis ve tedavi, yoğun bakım ve acil sağlık hizmetleri

veren, ruhsatında yazılı uzmanlık dallarının gerektirdiği klinikler, üniteler ve laboratuvarlar ile acil ünitesi ve radyoloji laboratuvarı bulunan ve tam gün faaliyet gösteren en az on yatak kapasitesi olan özel hastanelerdir” (m.7/I).

Özel dal hastaneleri için öngörülen asgari şart, en az 10 yatak kapasitesinin bulunması ve tam gün faaliyet göstermesidir. Ayrıca ilgilendiği uzmanlık dalında tam gün kadrolu en az üç uzman tabip ile bu uzmanlık dalının gerektirdiği diğer uzmanlık dalları için en az bir kadrolu uzman tabip çalıştırması aranmaktadır.

“Özel dal hastanelerinin faaliyet göstereceği uzmanlık dalının veya dallarının gereklerine göre 6 ncı maddedeki esaslar göz önüne alınmak suretiyle (A), (B) ve (C) grubu olarak gruplandırılma kriterleri, bunların acil ünitelerinin taşınması gereken asgari standartlar ve gruplarına göre bulunması gereken laboratuvarlar, Komisyonun görüşü alınarak belirlenir ve bu Yönetmeliğe Ek olarak Yönetmelik halinde yayımlanır” (m.7/II).

C. ÖZEL HASTANELERİN KURULUŞU

1. Kuruluş Başvurusu

Özel hastanelerin açılması ve faaliyete başlaması, Sağlık Bakanlığının iznine bağlanmıştır (HHK.m.3/I). Başvuru dilekçesi, özel hastane mesul müdürü veya bağlı olduğu teşekkülün yetkilileri tarafından Valilik Makamına sunulur.

Başvuru dilekçesinin muhtevasında şu bilgiler yer almalıdır (HHK.m.3):

- a. açılmak istenilen özel hastanenin yeri,
- b. hastane yapılarının nitelikleri,
- c. ne tür hastaları kabul edeceği,
- d. ne kadar paralı veya parasız hasta tedavi edileceği,
- e. konulacak yatak sayısı,
- f. hastane işlerini çevirecek mesul müdür ismi,
- g. hastanenin kurulması ve çalıştırılması için konacak karşılık paranın ne kadar olduğu.

Başvuru dilekçesinde, açılması düşünülen özel hastanenin türü (sınıfı) de belirtilmelidir (Yön.m.13/I).

Ayrıca başvuru dilekçesine şu belgeler de eklenmelidir (HHK.m.3)⁴:

a. Hastane yapılacak bina ve müstemilatının durumu, mevki, dört yanı, su yollarının, lağımalarının tertiplerini gösterir iki tane harita;

b. Hastane yapılacak bina ve müstemilatının iç bölümlerini ve tesisatını gösterir her kat için ayrı ayrı iki tane plan;

c. Hastane içinde yapılacak bütün tertipleri ve teçhizleri gösteren etraflı iki rapor;

d. Açılmak istenilen hastanenin kurulması ve çalıştırılması için lazım gelen sermayenin mevcudiyetini ve ne kadar olduğunu gösterir vesikalar.

2. İnceleme

a. Özel Hastaneler Teknik Komisyonu

Yukarıda açıklanan şartlarda yapılan kuruluş başvurusu üzerine, Sağlık İl Müdürü, devlet dairesinde çalışan bir mühendis ile birlikte hastane yapısı ve diğer şartlar bakımından kuruluş başvurusunu inceleyerek, varsa eksiklikleri tamamlattırılır. Yapılan inceleme İl Valisinin de görüşü ile birlikte dosya halinde Sağlık Bakanlığına gönderilir (HHK.m.4).

Özel hastanelerin ruhsat başvurularını incelemek üzere Bakanlık nezdinde özel bir komisyon oluşturulmuştur: Özel Hastaneler Teknik Komisyonu. Öğretim üyesi veya klinik şefi uzman doktorlar ile Bakanlık temsilcilerinden oluşan 9 kişilik Komisyonun görevi, “*özel hastanelerin ruhsat başvurularının ve ruhsatlarındaki değişiklik taleplerinin dosya üzerinde ve yerinde incelenmesi ile bunların açılmaları, gruplandırılmaları, denetlenmeleri, değerlendirilmeleri ve kapatılmaları ile ilgili tavsiye kararları almak*” (Yön.m.11/I) şeklinde belirlenmiştir. Bakanlık, gerekli gördüğünde, ruhsatlandırılmış özel hastanelerin yerinde incelenmesini ve değerlendirilmesini de Komisyondan isteyebilir (Yön.m.11/II). Bakanlı-

⁴ Yönetmelik, başvuru dilekçesine eklenmesi gereken belgeleri çok daha ayrıntılı bir şekilde öngörmektedir (m.13).

ğın talebi veya kendi takdiri üzerine Komisyon üyelerinden yerinde inceleme yapmak üzere alt komisyonlar oluşturulabilir (Yön.m.12/V).

Sağlık Bakanlığının da uygun göreceği incelemeler yapıldıktan sonra şartlara uygun görülürse özel hastane açılması için "açılma ruhsat kağıdı" verilir. Bu hastaneler, açılma ruhsat kağıdı verildikten sonra altı ay içinde açılmazsa ruhsat kağıdının hükmü kalmaz (HHK.m.4).

Özel hastanenin yeni inşaat yapılmak suretiyle tesis edilmesi durumunda, inşaat plan ve projeleri incelenmek üzere Sağlık Bakanlığına gönderilir. İnşaatın bitmesinden itibaren 6 ay içinde hastane açılmaz ise, 4. madde uyarınca verilmiş açılma ruhsat kâğıdının hükmü kalmayacaktır (HHK.m.5).

b. Yer Seçimi

Özel hastaneler; imar ile ilgili mevzuata göre her tür ve ölçekteki planlarda özel sağlık alanı kullanım kararı verilmiş, ulaşım noktaları açısından uygun ve ulaşılabilir olan, gürültü, hava ve su kirliliğine maruz olmayan, insan sağlığını olumsuz yönde etkileyecek endüstriyel kuruluşlar ile her türlü gayrisihhî müesseselerden uzak, ulaşım şartları özel olarak incelenmiş ve bu durum İl Trafik Komisyonu raporu ile belgelenmiş olup 02.01.1985 tarih ve 18916 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelikte belirlenen asgari genişlikte olan, 01.07.1993 tarih ve 21624 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Otopark Yönetmeliğine göre yeterli otopark yeri ayrılan ve fen, sağlık ve afet şartları bakımından imar ile ilgili mevzuata uygun ve yeterli yeşil alana sahip bulunan alanlarda kurulabilir (Yön.m.8).

c. Ön İzin

Ön izin için; hastane yerleşiminin projesini hazırlayan mimar; özel hastane belediye ve mücavir alan sınırları içinde ise ilgili belediye, şayet, mücavir alan dışında ise Valilik tarafından onaylanmış 1/500 veya 1/200 ölçekli vaziyet planı; 1/100 veya 1/50 ölçekli iki takım mimari proje ve mühendislik hizmetlerini gösterir projeler ile birlikte müdürlük kanalıyla Bakanlığa başvurulur. İmar ile ilgili mevzuata uygun olarak, birinci fıkrada belirtilen yetkili mercilerce projeler onaylandıktan sonra, özel hastane yapılacak yerin 8 inci maddedeki yer seçimi uygunluk şartlarını taşıdığıнын tespit edilmesi halinde, Sağlık Bakanlığınca ön izin verilir (Yön.m.9).

d. Bina Durumu

Özel hastanelerin, imar ile ilgili mevzuata göre inşa edilip yapı kullanma izni belgesi almış olan binalarda kurulması zorunludur (Yön.m.10/I).

Başka amaçla yapılmış binalarda özel hastane açılabilmesi, Tüzüğe göre mümkün bulunduğu ve bunun için belediyeden umumi binaya çevrilmesiyle ilgili izin alınmasının yeterli olduğu öngörüldüğü halde (Tüz.m.3/II)⁵; Yönetmelik bu imkânı açık ve kesin bir dille yasaklamaktadır: “*Başka amaçla yapılmış olan yapılar, sonradan özel hastane binasına dönüştürülemez ve özel hastane olarak kullanılamaz*” (Yön.10/II). Tüzükle tanınmış hukuki bir imkânın ve bir hakkın Yönetmelik düzenlemesi (alt norm) ile ortadan kaldırılması veya yasaklanması, mevzuat hiyerarşisi bakımından mümkün olmasa gerektir.

Özel hastanenin tıbbî hizmet birimleri, tıbbî hizmetleri engelleyecek tarzda ve hastane binasının veya bina kompleksinin uzağında tesis edilemez (Yön.m.10/III).

Özel hastaneler müstakil binalarda kurulur. Özel hastane binasında hasta ve hasta sahiplerine hizmet sunan hastane birim ve müştemilatı dışında, hiçbir surette başka amaca yönelik işyeri bulunamaz ve binanın bir kısmı, başka bir amaçla faaliyet göstermek üzere üçüncü kişilere kiralanamaz ve devredilemez (Yön.m.10/IV).

Ancak, hasta ve hasta yakınlarına hizmet vermek üzere kurulan kafeterya, kantin, çiçekçi, berber, lostra gibi birimler işletilebilir veya bunların işletilmesi için hizmet satın alınabilir veyahut bu hizmetler başkalarına gördürülebilir. Bunlar, tıbbî hizmet birimlerinin bulunduğu yerler ile hasta tedavi ve istirahatını engelleyecek yerlerde kurulamaz (Yön.m.10/V).

3. Ruhsatlandırma

Yukarıda açıklanan şartlara uygun şekilde hazırlanıp Sağlık İl Müdürlüğü ve Valilik kanalıyla Bakanlığa intikal ettirilen başvuru dosyası, öncelikle Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğüne ve dosya üzerinde

⁵ Hüküm aynen şu şekildedir: “*Başka amaçla yapılmış binalarda özel hastane açılabilmesi için yerel belediyeden umumi binaya çevrilmesiyle ilgili iznin alınması gerekir*”.

incelenir ve eksiklik bulunmuyorsa ise Özel Hastaneler Teknik Komisyonuna havale edilir. Komisyon tarafından incelenen ve değerlendirilen başvuru dosyasının uygun bulunması halinde, özel hastaneye Bakanlık tarafından “*özel hastane ruhsatnamesi*” düzenlenir. Ruhsatlandırılması uygun görülmeyen dosyalar, eksiklikleri giderilmek üzere ilgili Sağlık İl Müdürlüğüne iade edilir (Yön.m.15/I).

Bakanlıkça ruhsatlandırıldığı tarihten başlayarak altı ay içinde hasta kabul ve tedavisine başlamayan özel hastanelerin ruhsatının hükmü kalmaz ve ruhsatname Bakanlıkça geri alınır (Yön.m.15/II).

D. ÖZEL HASTANE YÖNETİMİ (Mesul Müdür)

1. Terminoloji

1933 tarihli Hususi Hastaneler Kanunu ve 2002 tarihli Yönetmelik bu konuda “mesul müdür” isimlendirmesini benimsemiş iken, 1983 tarihli Özel Hastaneler Tüzüğü “sorumlu müdür” terimini tercih etmektedir (m.29/III, 30/I, 30/III, 40, 41, 42). Bununla birlikte Tüzük, “mesul müdür” terimini de büsbütün terk edebilmiş değildir (m.28/I). Doğrusu, yaşayan Türkçe bakımından “sorumlu müdür” isimlendirmesi daha yerinde olmakla birlikte, çok eski tarihli de olsa kanunda yer verilen yasal terimin ve 2002 tarihli yönetmelikte tercih edilen “mesul müdür” isimlendirmesinin kullanılması terim birliği bakımından uygun görülmüştür.

2. Nitelikleri

Özel hastanelerin tıbbî, idarî, malî ve teknik hizmetlerini yürütmek üzere bir “mesul müdür” görevlendirilir (HHK.m.9 ; Yön.m.16/I). Özel hastaneler mevzuatına göre, mesul müdürün şu niteliklere sahip bulunması gerekmektedir:

aa. Türkiye’de sanatını yapmaya izinli, Tabip Odasına kayıtlı ve Türk vatandaşı bir hekim olması gerekir (HHK.m.9/I ; Yön.m.16/III).

bb. İki kamu hastanelerinde olmak kaydıyla en az 5 yıl Türkiye’de hekimlik yapmış olması gerekir (HHK.m.9/I ; Yön.m.16/III).

cc. Yüz kızartıcı suçlar yüzünden hapse veya herhangi bir başka suç nedeniyle ağır hapse mahkum olmaması ya da mesul müdürlükten çıkarılmamış olması (HHK.m.39) gerekir (HHK.m.9/I ; Yön.m.16/III).

dd. 1219 sayılı Kanun gereği Ali Haysiyet Divanı kararıyla geçici olarak hekimlik sanatının icrası yasaklanmış bir hekimin bu yasak süresince mesul müdür olarak görev yapması mümkün değildir (HHK.m.9/II)

ee. Özel dal hastaneleri mesul müdürlerinin, hastanenin ana faaliyet alanı ile ilgili uzmanlık dalından bir “uzman tabip” olması gerekir (Yön.m.16/I).

3. İşlevi ve Görevleri

Mesul müdürün özel hastanelerdeki işlevi, “özel hastanelerin tıbbî, idarî, malî ve teknik hizmetlerini yürütmek” şeklinde formüle edilmiştir (HHK.m.9 ; Yön.m.16/I). Sağlık Bakanlığı ve onun yerel temsilcisi Sağlık İl Müdürlüğü ile özel hastane arasındaki bütün ilişkilerde birinci derecede muhatap olarak “mesul müdür” gösterilmiştir (Yön.m.16/I). Yüklendiği bu işlev nedeniyle, mesul müdürün “yönetici hekim” veya “işletmeci hekim” statüsünde görev yapacağı anlaşılmaktadır.

Özel Hastaneler Yönetmeliği’nde mesul müdürün görev, yetki ve sorumlulukları oldukça ayrıntılı bir şekilde sıralanmaktadır (m.17):

1. Özel hastanenin tıbbî, idarî, malî ve teknik hizmetlerini mevzuata uygun olarak idare etmek ve denetlemek,
2. Gerektiğinde, ruhsatlandırma ile ilgili her türlü işlemleri yürütmek,
3. Özel hastanenin ruhsatlandırılmasından sonra, her türlü personel, bina, tesis, grup ve tür değişikliklerini müdürlüğe bildirmek,
4. Özel hastane adına belge onaylamak,
5. Bakanlık ve müdürlük ile ilgili olan her türlü muhabere ve yazışmaları yürütmek,
6. Özel hastanenin personel ve hizmet kalite standartlarını korumak ve geliştirmek,
7. Özel hastane bünyesinde kurulan ve sağlıkla ilgili mevzuat çerçevesinde ruhsatlandırılması gereken eczane, laboratuvar, diyaliz merkezi, organ ve doku nakli merkezi, üremeye yardımcı tedavi merkezi ve genetik hastalıklar tanı merkezi gibi ünite veya merkezlerin ruhsatlandırma işlemlerini yürütmek,

8. Özel hastanenin tıbbî kayıt ve arşiv sistemini oluşturmak ve kayıtların düzenli ve doğru bir şekilde tutulmasını sağlamak,

9. Özel hastanenin denetim defterini muhafaza etmek,

10. Denetimler sırasında denetim elemanlarınca istenilen her türlü bilgi ve belgeleri hazır hale getirmek,

11. Tıbbî atıkların kontrolü ve imhası için gereken bütün tedbirleri almak,

12. Özel hastane hizmetlerinin tam gün esasına göre sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini sağlamak ve nöbet sisteminin düzenli olarak işlemlerini takip ve kontrol etmek,

13. Özel hastanenin türüne, yatak sayısına, personel mevcuduna ve iş hacmine göre tesis edilen tıbbî, idarî, malî ve teknik destek birimleri arasında koordineli ve uyumlu çalışmayı temin etmek,

14. Mazeret sebebiyle görev yerinin terk edilmesi halinde yerine aynı şartları taşıyan bir tabip bırakmak, terk süresi bir haftadan fazla olmamak kaydıyla derhal ilgili müdürlüğe bilgi vermek ve izin süresi hiçbir şekilde bir yıl içerisinde toplam üç ayı geçmemek şartıyla iznin bir haftadan fazla sürdüğü hallerde müdürlükten izin almak,

15. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca bildirim zorunlu olan hastalıklar ile adli vakaları müdürlüğe ve gerekli diğer mercilere bildirmek,

16. Özel hastanede görev yapan bütün personelin HIV ve hepatit testleri başta olmak üzere gerekli görülen tetkiklerini ve muayenelerini periyodik olarak yaptırmak,

17. Özel hastanenin sterilizasyon ve dezenfeksiyon işlerinin düzenli bir şekilde yapılmasını sağlamak ve hastane enfeksiyonlarından korunma için gereken bütün tedbirleri almak,

18. Hastaların tedavileri için dışarıdan tabip istenilmesi halinde ilgili tabibi kuruma davet etmek,

19. Sağlık ile ilgili mevzuat ile öngörülen ve Bakanlıkça belirlenen diğer görevleri yapmak.

4. Mesul Müdürün Değişmesi

Mesul müdürün görevden alınması, istifa etmesi, mesul müdürlük şartlarından herhangi birini kaybetmesi veya vefat etmesi gibi hallerde; özel hastanenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişi tarafından, en geç bir ay içerisinde bu Yönetmelikte belirtilen şartları taşıyan yeni bir mesul müdür görevlendirilerek gerekli bilgi ve belgeler Bakanlığa gönderilmek üzere Sağlık İl Müdürlüğüne verilir. Yeni mesul müdür adına Bakanlıkça mesul müdürlük belgesi düzenlenir (Yön.m.18/I).

Mesul müdürün görevinin herhangi bir nedenle sona erdiği ve değişmesinin zorunlu olduğu hallerde, özel hastaneye yeni mesul müdür görevlendirilinceye kadar bu görevi geçici olarak yürütmek üzere, mesul müdürlük niteliklerini taşıyan bir vekil tabip görevlendirilerek Sağlık İl Müdürlüğüne bilgi verilir (Yön.m.18/II).

E. ÖZEL HASTANELERİN DENETLENMESİ

1. Denetim İlkeleri

Özel hastanelerin fenni ve idari işlemleri ve her türlü sıhhi şartları, Sağlık bakanlığının denetimi altında olup, lüzum görüldükçe Bakanlık müfettişleri ve müdürleri, ilçelerde hükümet tabipleri tarafından teftiş yapılarak hastaneye ait her türlü belge incelenir (HHK.m.33/I). Bakanlıkça yapılacak denetim (teftiş) sonucu belirlenen eksiklikler, kanuna ve tüzüğe aykırı haller ile hastane mesaisinin uygulama şekli, hastanenin teftiş defterine yazılıp denetim elemanınca imzalanacağı gibi, ayrıca yazılacak teftiş raporu da Bakanlığa gönderilir (HHK.m.33/I).

Özel hastaneler; müdürlük ekipleri tarafından, şikâyet ve soruşturma ile Bakanlıkça Komisyona yaptırılan veya Bakanlık Müfettişliğince yapılan olağan dışı denetimler hariç olmak üzere, EK-2'de yer alan Özel Hastaneler Denetim Formuna göre altı ayda bir rutin olarak denetlenir (Yön.m.62/I).

Denetim sonucunda ortaya çıkan ve özel hastanenin denetim defterine kaydedilen ve ayrıca bir rapor ile Bakanlığa bildirilen; kayıtlardaki ve personel, tıbbî donanım, ilaç, tesis ve bina standartlarındaki eksiklikler ile hastane hizmetlerinde ve bu Yönetmelik ile öngörülen diğer şartlar bakımından tespit edilen eksiklik ve usulsüzlüklerin denetim formunda

belirlenen süreler zarfında giderilmesi, Bakanlık tarafından özel hastane mesul müdürüne yazılı olarak bildirilir (Yön.m.62/II).

Belirlenen süreler içerisinde eksikliklerinin ve usulsüzlüklerinin giderilmediği tespit edilen hastanelerin, eksiklik ve usulsüzlüklerin niteliğine göre bir kısmında; şayet, bunların hastaların tedavi ve istirahatını da olumsuz etkilediği tespit edilir ise tamamında, geçici olarak faaliyeti ilgili Valilikçe durdurulur (Yön.m.62/III).

2. Yasaklar

Özel hastane kapsamında yer alan hastane ve kişiler için Yönetmelikte (m.66) öngörülen yasak fiil ve davranışlar şu şekilde açıklanmaktadır:

a. Özel hastaneler, Bakanlık tarafından ruhsatlandırılmadıkları sürece hasta kabul ve tedavisi yapamazlar.

b. Tabipler ve diğer kişiler tarafından, mevzuatın öngördüğü şartlar bulunmaksızın hasta yatırılmak üzere özel yerler açılmaz.

c. Tabipler, muayenehane veya oturdukları yerlerin bir bölümünü hasta yatırmak suretiyle tedavi yapmaya tahsis edemezler.

d. Özel hastaneler, ruhsatlarında belirtilen hasta kabul ve tedavi ettikleri uzmanlık dallarında, yatak sayılarında, hizmet ve yapısal fonksiyonları ile ilgili diğer hususlarda Bakanlıktan izin almaksızın değişiklik yapamazlar.

e. Hastalara ayrılan bölümlerde hizmet gereklerine göre görevli personel dışındaki kişiler, geçici veya sürekli olarak ikamet edemezler.

f. Özel hastanelerde bulunan eczaneler, amacı dışında faaliyet gösteremezler ve dışarıya ilaç satamazlar.

g. Mesul müdürler, 17 nci maddedeki usûl ve esaslara uymaksızın özel hastaneyi terk edemezler.

h. Özel hastaneler, alt ve üst sınırları Bakanlıkça belirlenen gündelik yatak ücret tarifesine aykırı tarife uygulayamazlar⁶.

⁶ Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu m.3/c: "Gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifeleri Sağlık Bakanlığınca onaylanır."

1. Özel hastaneler, ruhsatlarında yazılı yatak sayısından fazla hasta yatıramazlar.

3. Yaptırımlar

a. Hasta Kabulünün Yasaklanması (HHK.m.36)

Özel hastane teftişi sırasında görülen ve rapora bağlanan bir kısım eksiklikler tamamlanmaya kadar özel hastanelerin bir kısmına veya tamamına Valilik tarafından yeniden hasta kabulü yasaklanır. Hasta kabulünün kısmen veya tamamen yasaklanabileceği eksiklikler şöyle sıralanmaktadır:

1. Hastane müdür ve sahiplerinin hastane şartlarını tüzükle öngörülen düzene uydurmamış olması,

2. Yeterli sayıda hastabakıcı hemşire bulunmaması,

3. Mesul müdürün ölümü veya kesin olarak hastaneden ayrılmasını izleyen bir ay içinde yerine başkası tayin edilmemesi veya mesul müdürün izinsiz olarak bir haftadan fazla hastaneyi terk etmiş olması,

4. Hastane binalarının sıhhi ve fenni şartlarında önemli derecede eksiklik olması veya hastaların tedavi ve istirahatlarına etkili olacak derecede sıhhi ve fenni hizmetlerde eksiklik görülmesi,

5. 16. maddede açıklanan gerekli laboratuvar, cihaz ve tesislerin tamamlanmamış olması.

Ayrıca özel hastane yönetiminin uyarılmasını gerektiren eksiklikler, hastaların tedavi ve istirahatine etkili olduğu takdirde de 36. madde hükmünün uygulanması söz konusudur (HHK.m.35).

b. Hastane Faaliyetinin Geçici Durdurulması

aa. **Belli Bir Birimde (Kısmi Olarak) Faaliyetin Geçici Durdurulması** (Yön.m.63)

62. maddede belirtilen eksiklik ve usulsüzlükler haricinde;

1) Ruhsatında yazılı hasta kabul ve tedavi edeceği uzmanlık dallarından birinde veya birkaçında kadrolu uzman tabip bulundurmadığı tespit edildiği takdirde, ilgili uzmanlık dalında çalıştırılacak kadrolu uzman tabip temin edilinceye kadar;

2) Ruhsatında yazılı hasta kabul ve tedavi edeceği uzmanlık dallarından birinde veya birkaçındaki kliniklerin tıbbî donanımının eksik olduğu tespit edildiği takdirde, bu kliniklerin eksiklikleri giderilinceye kadar;

3) Ruhsatında belirtilen klinik veya merkezlerden başka Bakanlığın izni olmaksızın klinik veya merkez açıldığı takdirde, ilave edilen klinikler Bakanlık tarafından ruhsatlandırılincaya kadar;

Eksikliği tespit edilen birime münhasır olmak üzere, özel hastanenin faaliyeti ilgili Valilikçe geçici olarak durdurulur.

bb. Hastanenin Tamamında Faaliyetin Geçici Durdurulması (Yön.m.64)

62. maddede belirtilen eksiklik ve usulsüzlükler haricinde;

1) Mesul müdürün ölümü veya temelli olarak hastaneden ayrılmasından sonra, bir ay zarfında yerine başkası atanmazsa veya mesul müdür izinsiz olarak kendi isteği ile bir haftadan fazla hastaneden ayrılırsa, yeni mesul müdürün görevlendirilmesi işlemleri tamamlanincaya kadar;

2) Bu Yönetmeliğe göre zorunlu olan acil ünitesi ve bütün laboratuvarlar ile hastanenin grubunun gerektirdiği hizmet birimlerinden birinin veya birkaçının bulunmaması veya ilgili mevzuat gereğince uzman tabip sorumluluğunda ruhsatlandırılması gereken ünitelerde ve laboratuvarlarda sorumlu uzman tabibin bulunmaması halinde, bu eksiklikler giderilinceye kadar;

3) Uzman tabipler hariç olmak üzere, bu Yönetmelikte öngörülen asgarî sağlık personeli bulunmaması halinde, personel eksikliği giderilinceye kadar;

özel hastanenin tamamında ilgili Valilikçe geçici olarak faaliyet durdurulur.

c. Ruhsatın Geri Alınması (HHK.m.37 ; Yön.m.65)

Bazı hallerde, şahıslar tarafından açılmış olan özel hastanelerin ruhsatlarının geri alınması ve vakıf hastaneleri ile diğer özel hastanelerin mesul müdürlerinin değiştirilmesi öngörülmüştür (HHK.m.37):

1. İki defa yapılan ihtarla rağmen mesul müdürün hastane görevlerini ihmale devam etmesi,

2. Mesul müdürün 9. maddede yazılı suçlardan dolayı hapse mahkum olması veya müessese dahilinde hastanenin nezahet ve şerefini bozan yasak işler yapılmasına göz yumması veya bu işleri bizzat kendisi yapması,

3. Mesul müdürün sağlık sebepleri haricinde bir senede iki kere izinsiz olarak birer haftadan veya bir defada on beş günden fazla hastaneyi terk etmesi.

Denetimler sonucunda tespit edilen eksiklikler, denetim formunda belirlenen süreler içerisinde giderilmediği için ilgili Valilikçe faaliyeti geçici olarak durdurulduğu halde, faaliyet durdurma tarihinden itibaren en geç altı aya kadar noksanlıklarını gidermeyen veya tamamında veya hut bir kısmında geçici olarak faaliyeti durdurulduğu halde hasta kabulüne devam eden özel hastanelerin ruhsatı Bakanlıkça geri alınır (Yön.m.65/I).

Özel hastanenin tamamında veya bir kısmında faaliyetin geçici olarak durdurulması veyahut ruhsatın geri alınması hallerinde, mevcut hastalar müdürlük tarafından tespit edilir. Bu hastaların tedavilerinin tamamlanmasından veya diğer hastanelere nakillerinden sonra özel hastanenin faaliyeti durdurulur (HHK.m.40 ; Yön.m.65/II). Ruhsat kâğıtlarının geri alınmasına rağmen hasta kabulüne devam eden mesui para cezası ile cezalandırılır (HHK.m.40)⁷.

d. Ceza Yaptırımı

Bakanlığın denetimi sonucu yapılan ihtarın gereğini belirlenen sürede yapmayan özel hastanelerin mesul müdürleri Türk Ceza Kanununun m.526 uyarınca cezalandırılır (HHK.m.35). Bu ceza maddesi, "selahiyettar mercilerin emirlerine itaatsizlik" kenar başlığına sahiptir. Bu hükme göre, "yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya genel sağlığın korunması düşüncesiyle kanun ve nizamla aykırı olmayarak verilen bir buyruğu dinlemeyen veya bu yolda alınmış bir önleme uymayan kimse, eylem ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan altı aya kadar hafif hapis ve bin liradan üç bin liraya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılır".

⁷ 24.04.2003 ve 4854 sayılı Kanununun 1. maddesi ile değişik bu hüküm öncesinde ceza, 15 gün-3 ay hafif hapis idi.

4. Özel Hastanelerin Devri Halinde Sorumluluk

Özel hastanelerin başkalarına devri halinde, eski sahiplerinin ilişkileri kesildikten sonra hastanenin yeni sahipleri tarafından yeniden başvuru ve inceleme yapılır ve yeniden ruhsatname düzenlenir (HHK.m.6/I ; Yön.m.69/I). Özel hastanenin ruhsatında gösterilen adresten başka bir yere nakledilmesi halinde de yeniden ruhsat alınması şarttır (Yön.m.69/I). Özel hastaneyi devralan kişinin, devirden itibaren en geç bir ay içerisinde ruhsat için Sağlık İl Müdürlüğüne başvurması gerekir (Yön.69/III).

Özel hastaneyi devralan kişi ve/veya kişilerin bu yasal yükümlülükleri yerine getirmesi sırasında ve adına ruhsatname tanzimine kadar hastanenin eski sahibinin ve mesul müdürünün sorumlulukları devam edecektir (HHK.m.6/II ; Yön.m.69/IV).

Doğrusu, devir prosedürünün işletildiği süreç içinde de hastane faaliyetinin kesintisiz devam edeceği dikkate alındığında, devralan adına ruhsatname tanzim edilinceye ve devir hukuken gerçekleşmiş sayılmaya kadar devreden ve mesul müdürünün sorumluluğunun devamı önemli bir hukuki güvence oluşturur.

5. Olması Gereken Hukuk Yönünden Bir Öneri

1933 tarihli ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ve buna dayalı olarak çıkarılan tüzük ve yönetmelik hükümlerine göre, özel hastanelerin gerçek ve tüzel kişilerce kurulması ve işletilmesi mümkün bulunmaktadır. Uygulamaya bakıldığında, kuruluş izni almış ve faaliyette bulunan özel hastanelerin büyük çoğunluğunun ticaret şirketi modelinde örgütlendiği gözlenebilir. Ticaret şirketlerinin kazanç elde etme ve paylaşma kaygısıyla faaliyet icra eden ticari işletmeler olduğu bilinmektedir.

Hâlbuki sağlık mevzuatı, hekimlik mesleğine ticari bir görünüm kazandırılmasına izin vermemektedir⁸. Bundan dolayı, özel üniversite örneğinden de ilham alarak ve amaç paralelliğine dayanarak, kamu yararına yönelik bir hizmet alanı olarak vakıf modelinin özel hastane işletmeciliği için de uygun olacağını önermekteyim.

⁸ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, m.8/I ; Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, m.58/I.

II. HASTA HAKLARI VE ÖZEL HASTANELERDE KARŞILAŞILABİLECEK İHLALLER

A. Hasta Hakları Yönetmeliğinin Özel Hastanelerde de Uygulanması

Hasta haklarını derli-toplu ve somut bir şekilde ifade etmek amacıyla Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanıp, 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi gazetede yayımlanarak Türk pozitif hukukuna kazandırılan Hasta Hakları Yönetmeliği, acaba özel hastaneleri de kapsamı içine almakta mıdır?

1982 Anayasası “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” kenar başlıklı 56. maddesinde, herkesin “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip” olduğunu vurguladıktan sonra, sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin temel ilkeleri açıklamaktadır: “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler” (m.56/III). “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir” (m.56/IV). Bu düzenlemede, sağlık hizmetlerinin verimliliği amacıyla sağlık kuruluşlarının tek elden planlanması, devletin özel sağlık kuruluşlarından da yararlanması ve tüm kamu ve özel sağlık kurumlarını denetlemesi vurgulanmaktadır.

Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de (RG., 14.12.1983) Sağlık Bakanlığının görevleri arasında “herkesin hayatını bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak” (m.2/a) yanı sıra, “Milli Savunma Bakanlığına bağlı yataklı tedavi kurumları dışında kalan genel ve katma bütçeli kamu kuruluşlarına, özel sektöre, yabancılara ve azınlıklara, ait yataklı tedavi kurumlarına açılış ruhsatı vermek, gerekenlerin yatak ve tedavi ücret tarifelerini tespit ve

tasdik etmek, bu kurumların fiziki yapılarını tetkik etmek ve gerektiğinin çalışmalarını yasaklamak' (m.10/b)⁹ özellikle sayılmaktadır.

07.05.1987 tarih ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu da, "*Milli Savunma Bakanlığı hariç, bütün kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişilerini ve gerçek kişileri*" (m.2) kapsayan bir düzenleme olarak, sağlık hizmetleri ile ilgili şu temel ilkeleri belirlemektedir:

a. Sağlık kurum ve kuruluşları yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca, diğer ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak planlanır, koordine edilir, mali yönden desteklenir ve geliştirilir (m.3/a).

b. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ilgili Bakanlığın muvafakatini alarak, kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarına koruyucu sağlık hizmeti görevi verir ve bu kurum ve kuruluşların bütün sağlık hizmetlerini denetler (m.3/b).

c. Sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesi bu esas içerisinde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca düzenlenir (m.3/c).

d. Gerek görüldüğünde özel sağlık kuruluşlarının her türlü ücret tarifeleri Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanır (m.3/c).

e. Sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla; bakanlıklar seviyesinden en uçtaki hizmet birimine kadar kamu ve özel sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve işbirliği yapılır (m.3/i).

İşte Anayasa ve kanunlarla Sağlık Bakanlığına verilmiş sağlık hizmetlerini yönetme, planlama ve düzenleme görevi gereği çıkarılmış Hasta Hakları Yönetmeliği, kapsamını şu şekilde açıklamaktadır: "*Bu Yönetmelik; sağlık hizmeti verilen resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları, bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve unvandaki ilgilileri ve hizmetten faydalanma hakkını haiz olan bütün fertleri kapsar*" (m.2).

Yine Hasta Hakları Yönetmeliği kapsamına giren sağlık kurumları, "*Milli Savunma Bakanlığı'na ait olanlar hariç olmak üzere, sağlık hiz-*

⁹ Ayrıca bkz. m.16/d.

meti verilen resmi veya özel bütün kurum ve kuruluşlar ile tababet icra edilen bütün yerler” (m.3/d) olarak gösterilmiş; “hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseler” (m.3/c) Yönetmelik kapsamına giren personel olarak tanımlanmıştır.

Böylece, Hasta Hakları Yönetmeliği, açık bir düzenleme ile, kamuya ait olmayan özel sağlık kuruluşları ile kamu görevlisi sayılmayan (serbest) sağlık çalışanlarını hatta sağlık çalışanı olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak katılmış kimseleri de kapsamında görmektedir.

B. Sağlık Hizmeti Sunumunda Temel İlkeler

1. Genel Olarak (HHYön.m.5)

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

b. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi ilkesi: Herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını haiz olduğu ve hiçbir merci veya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinerek, hastaya insanca muamelede bulunulur.

c. Hastalara eşit davranma ilkesi: Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate alınmaz. Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir.

d. Hastanın rızasının aranması ilkesi: Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.

e. Hastanın denek yapılmaması ilkesi: Hastaların kendi rızası ve Sağlık Bakanlığın izni olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tutulması mümkün değildir.

f. Özel yaşama (mahremiyete) saygı ilkesi: Kanunla izin verilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

2. Sağlık Ekonomisi ve Sağlık Piyasasının Özellikleri

Kamuya ait sağlık işletmelerinde temel amaç, maliyet hesabı yapmadan ve kazanç kaygısına kapılmadan toplum sağlığına hizmet etmek olduğu halde; özel sağlık işletmeleri, insan sağlığına hizmet etmek amacı yanında, mümkün olduğu ölçüde kazanç elde etmek ve paylaşmak (kârlılık) endişesine de sahiptir.

Bu fark nedeniyle, 1994 yılında kabul edilen 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu kapsamında bulunan (m.1/f) kamuya ait yataklı tedavi kurumlarının özelleştirilmesine hem teoride kaygıyla yaklaşılmakta hem de uygulaması bir türlü gerçekleşmemektedir¹⁰.

Bir ticari faaliyet olmakla birlikte, kamu sağlığını yakından ilgilendirmesi yönüyle özel hastane işletmeciliği sektörünün herhangi bir piyasadan farklı olarak devletin ilgi ve müdahalesine biraz daha açık bir sektör olduğunu belirtmek gerekir. Bu yönüyle, genelde sağlık sektöründe, özelde özel hastane işletmeciliği piyasasında tam rekabet şartları bulunmadığı ve eksik rekabet şartlarının hâkim olduğu kabul edilmektedir¹¹.

Örnelemek gerekirse, sağlık hizmetleri açısından bir arz eğrisi olmakla birlikte, talep kendiliğinden oluşmaz. Sağlık hizmetleri talebi, önceden tahmin edilemez ve öngörülemez nitelikte olup, düzensiz bir seyir izler. Bundan dolayı, insanlar, kişisel bütçelerinde sağlık için bir pay ayırmazlar¹².

Genelde sağlık hizmeti sunan kuruluşlar tekel niteliği arz ederler. Mesleki kuruluşların düzenleyici müdahaleleri ve asgari fiyat tespitleri ne-

¹⁰ Aslan KAPLAN, "Sağlığın Özelleştirilmesi Hakkındaki Düşünceler, Yeni Türkiye Dergisi, Y.7, S.40, Temmuz-Ağustos 2001, s.1525-1534 ; Aslan KAPLAN, "Türkiye'de Sağlık Sektöründe Özelleştirme Yaklaşımları ve Sağlık Bakanlığı'na Bağlı Hastanelerin Özelleştirilmesi Çalışmaları Hakkında Yüksek Öğrenimli Sağlık Personelinin Düşüncelerinin Tespiti", Yeni Türkiye Dergisi, Y.7, S.40, Temmuz-Ağustos 2001, s.1535-1554.

¹¹ Geniş bilgi için bkz. Doç.Dr. İsmet TOPRAK, Sağlık İhtiyacı ve Sağlık Sigortası, Doçentlik Tezi, Erzurum 1982, s.10 vd. ; Doç.Dr. S. KURTULMUŞ, Sağlık Ekonomisi ve Hastane Yönetimi, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş Doçentlik Tezi, İstanbul 1998, s.45 vd., 211 vd. ; A. SALTİK, "Sağlık Ekonomisinde Yeni Kavramlar", Toplum ve Hekim D., Temmuz-Ağustos 1995, C.X, S.68, s.38-44.

¹² N. SERİN / L. ÇAKICI, Sağlık Ekonomisi ve İşletmeciliği, Ankara 1990, s.14.

deniyle arz açısından bu piyasanın monopolistik hale geldiği söylenebilir¹³. Ayrıca sağlık mesleğini icra edebilmenin izin ve ruhsata bağlanmış olması da, bu piyasada arzı sınırlandıran, dolayısıyla maliyeti ve fiyatı yükselten bir başka önemli faktördür¹⁴.

Sağlık piyasasında, “tüketici egemenliği” söz konusu olmadığı gibi, tüketici rasyonelliği de yoktur¹⁵. Sağlık hizmeti talep eden kişi, aslında bu ürün veya hizmete gerçekten ihtiyacı olup olmadığı, varsa ne olduğu ve ne kadar olduğu ve nasıl olduğu ve bunu nereden hangi maliyetle edinebileceği gibi pek çok şeyi bilmeden, kendisini sağlık üreticisi uzmanların güvenli ellerine bırakmak durumundadır¹⁶.

Sağlık hizmetleri, diğer piyasalardaki mal ve hizmetlerin aksine homojen ve standart değildir. Tüketiciler, sağlık hizmetlerinin teknik özelliklerini bilemezler ve bu nedenle piyasada var olan farklı kalite ve türde sağlık hizmetlerinden hangisine ihtiyacı olduğunu belirleyemez. Bunun bir nedeni de, sağlık sektöründe kabul edilen reklâm kısıtlamalarıdır. Buna karşılık sağlık kuruluşları ve sağlık personeli piyasa hakkında tam bilgi sahibi olduklarından, sağlık sektöründe alıcı ve satıcılar arasında olması gereken bir piyasa eşitliği (informational asymmetry) de yoktur¹⁷.

Sağlık piyasasında, özel sağlık işletmelerinin ve uzman sağlık personelinin (çalışanlarının) arz yönünden örgütlü ve bilinçli davranışlarına karşılık; piyasalara girişleri tamamen bireysel nitelikte olan tüketicilerin fiyat ve hizmetin kalitesi açısından bir talep baskısı oluşturmaları mümkün olmamaktadır. En önemlisi, sağlık piyasasında talebin belirsiz olmasıdır. Yani, “hastalık riski” önceden hesap edilemeyen ve öngörülemeyen tesadüfi bir risktir. Ayrıca, ekonomik kriz faktörleri, sağlık hizmeti tüketimi ve talebini kısıtlayan bir etkiye sahiptir.

¹³ Arif ESİN, Rekabet Yasası Açısından İlaç Mevzuatının Değerlendirilmesi: (http://www.esclawfirm.com/ilac_sendika.htm).

¹⁴ SERİN/ÇAKICI, 1990, s.17.

¹⁵ Kalpana KOCHAR, “Sağlık Harcamaları”, Kamu Harcamaları Rehberi, Çev. Doğan CANSIZLAR, Ankara 1995, s.103.

¹⁶ Erdal SARGUTAN, Türk Sağlık Politikası, Değerlendirmeler, İlkeler, Öneriler, Ankara 1996, s.464.

¹⁷ Sedat AZAK, “Özel Hastaneler Yoğun Bakımda”, Yeni Türkiye Dergisi, Y.7, S.40, Temmuz-Ağustos 2001, s.1515-1518 ; Asım GÜZELBEY, Funda ALKAN, Yaşar DEĞİRMENCI, “Özel Hastane İşletmeciliği”, Yeni Türkiye Dergisi, Y.7, S.40, Temmuz-Ağustos 2001, s.1519-1521, Hakan YAKUPOĞLU, “Türkiyede Özel hastaneler ve Sorunları”, Yeni Türkiye Dergisi, Y.7, S.40, Temmuz-Ağustos 2001, s.1522-1524.

Serbest piyasa modelinde bir mal veya hizmetin fiyatı ve üretim miktarı piyasadaki arz ve talebe göre oluştuğu halde, sağlık piyasalarında böyle değildir. Fiyatların düşmesi ile talebin arttığı, fiyatların yükselmesi ile talebin azaldığı piyasa kuralı, sağlık piyasası bakımından pek rastlanır bir olgu değildir¹⁸.

Ayrıca sağlık piyasalarında sunulan mal ve hizmetlerin, aşağı yukarı aynı tatmin duygusunu verecek benzer mal ve hizmetlerle ikame edilmesi de mümkün olamamaktadır. Sağlık hizmeti talebi, esnek olmadığı gibi aynı zamanda “ikame edilemez” ve “ertelenemez” niteliktedir. Sağlık hizmeti tüketicileri, bu hizmeti bu piyasadan almak zorundadırlar. Buna bağlı olarak da, fiyat değişimleri karşısında tüketicilerin hizmet talebi ayarlamaları şansı zayıftır.

Sağlık hizmetlerinin fiyatlandırılması konusunda da tüketicilerin pazarlık şansı bulunmamaktadır. Zira sağlık, ekonomik değer ölçüleri içinde tam anlamıyla fiyat biçilemeyen bir hizmettir. Bu anlamda, acı ile kıvranan bir hastanın yapamayacağı bir fedakârlık olamaz.

Örnek olarak, ilaç sektöründe talep üç aşamalı bir süreçte gerçekleşmektedir. Hekim tercih ettiği ilacı reçeteye yazar, hasta o ilacı eczaneden satın alır ve eğer sigorta kapsamında ise kamu ya da özel sigorta kurumu ilacın bedelini öder. İlaç, tüketici-hasta adına hekim tarafından talep edildiğinden, hastanın diğer mal ve hizmetlerin talebinde olduğu gibi bir beğenisi (tercihi) veya talep çeşitlemesi söz konusu olamaz. Piyasadaki ilaçların çok fazla ve çeşitli olması nedeniyle arz şeffaf değildir. Hatta tedavi edici ilaçlar alt-piyasasında arzın oligopolistik bir yapıda olduğundan söz edilmektedir¹⁹.

C. BAŞLICA HASTA HAKLARI VE ÖZEL HASTANELERDE UYGULANMASI

1. Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı (HHYön.m.6-14)

a. Hasta, adalet ve hakkaniyete uygun şekilde sağlık hizmetlerinden yararlandırılmalıdır.

¹⁸ Zühre YILDIZ, “Sağlık Hizmetleri Piyasasının Nitelikleri ve Kamu Ekonomisi İçindeki Yeri”, Verimlilik Dergisi, MPM yayını, 1996/4, s.84.

¹⁹ KURTULMUŞ, 1998, s.211.

Mortalite (ölüm) riski yüksek ve yoğun emek veya masraf gerektiren ya da kronikleşmiş hastaları kabulde özel hastanelerin daha çekingen ve seçici davrandıkları görülebilmektedir. Çünkü özel hastanelerde görülebilecek yüksek ölüm oranları rekabet piyasasında kendilerine yönelecek talebi azaltabilecektir.

b. Hasta, kendisine sunulan sağlık hizmetlerinin neler olduğu ve bunlardan nasıl yararlanabileceği konularında, sağlık kuruluşları tarafından oluşturulan birimlerce en kolay ve kapsamlı şekilde bilgilendirilmelidir.

Sağlık kuruluşlarının sunmakta oldukları sağlık hizmetleri ve bunlardan yararlanma şartları konusunda önceden hasta ve hasta yakınlarını bilgilendirmek üzere, kolay erişilebilir ve anlaşılabilir şekilde kapsamlı bir tanıtım yapmakla yükümlü olması, rızanın aydınlatılmış olmasına da hizmet edecek önemli bir uygulamadır. Bu tanıtım ve bilgilendirmede yapılacak hata ve eksiklikler, özel hastane ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisi bakımından tipik bir “sözleşme öncesi kusurlu davranış” (culpa in contrahendo) sayılabilir.

Özel hastanelerce yapılan reklâm amaçlı duyurulara ve bastırılan tanıtım broşürlerine bu yönüyle daha dikkatle bakmak durumundayız. Özel sağlık işletmeleri bazen kamu yararının ön planda tutulduğu sağlık alanında meslek icra ettiklerini göz ardı edip, salt bir işletme refleksi içinde reklâm ve tanıtım faaliyetlerine girişebilmektedirler. Hâlbuki sağ-lıkta reklâm özel bazı kurallara bağlanmıştır.

1219 sayılı Tababet Kanunu, hekimlik mesleğini icra edenlerin reklâm ve tanıtım duyurularını tanımlamakta ve sınırlamaktadır: “İcrayı sanat eden tabipler hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezun olup diğer suretlerle ilan, reklâm ve saire yapmaları memnurdur” (m.24). Bu hüküm şöyle özetlenebilir: Hekimler, sadece işyeri adresi, mesai saatleri ve uzmanlıklarını kamuoyuna duyurabilirler. Bunun dışında bilgi ve açıklamalar içeren bir reklâm ve tanıtım yapamazlar. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, hekim reklâmında yer alabilecek unsurları biraz daha detaylandırmıştır (m.9): Adı, soyadı, adresi, uzmanlık alanı, akademik unvanı, muayene gün ve saatleri.

1262 sayılı İspençiyari Ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu (1928) da ilaç reklâmlarını düzenlemektedir (m.13): Sadece ürünü övmek amacıyla

ve kendisinde bulunmayan şifa özelliklerinden söz edilerek veya var olan şifa özelliği abartılarak reklâm yapılması yasaklanmaktadır. Fakat "...hastalıklarında kullanılması faydalıdır" türünden reklam ve tanıtım yapılabilir. Ayrıca, reçetesiz satılmasına izin verilmeyen ilaçların reklâmları, önceden Sağlık Bakanlığından onay alınarak sadece tıbbi dergilerde yapılabilir. Bir ilacın bilimsel özellikleri ve değerini anlatan filimler Sağlık Bakanlığı'nın izni ile ve uygun göreceği yerlerde gösterilebilir.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'ne göre, hekimlik mesleğine ve tedavi kurumlarına ticari bir nitelik kazandırılmaz (m.8/I). Hekimler, yazılarında kendi reklâmını yapamaz (m.8/II), reklâm mahiyetinde teşekkür ilânları yayınlayamaz (m.8/III).

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.16/II: "Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklâm ve ilânlar ve örtülü reklâm yapılamaz".

Özel Hastaneler Yönetmeliği²⁰ m.60 "bilgilendirme ve tanıtım" kenar başlığını taşımaktadır. Düzenleme şu şekildedir: "Özel hastaneler; tıbbî deontoloji ve meslekî etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve talep yaratmaya yönelik, ruhsatında yazılı kabul ve tedavi ettiği uzmanlık dallarından başka hastaları kabul ve tedavi ettiği intibamı uyandıran, diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar ve bu mahiyette tanıtım yapamazlar. Özel hastaneler, ruhsatında kayıtlı ismi dışında başka bir isim kullanamazlar" (f.I).

"Özel hastaneler tarafından; sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikteki bilgilendirme ve tanıtımlar yapılabilir. Bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında, yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep yaratmaya yönelik açıklamalara yer verilemez" (f.II).

"Özel hastaneler; hizmet alanları ve sunacağı hizmetler ile açılış bilgileri ve benzeri konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir" (f.III).

²⁰ RG., 28.05.2004, 25475.

“Özel hastaneler tarafından oluşturulan internet sitelerinde; yer alan her türlü sağlık bilgisi, alanı ile ilgili bilgi ve tecrübeye sahip sağlık meslek mensupları tarafından verilmek zorundadır. Bu siteler aracılığıyla hiçbir şekilde tedavi edici sağlık hizmetine yönelik bilgiler verilemez. İnternet sayfalarında verilen bilginin, son güncelleme tarihi açıkça belirtilir” (f.IV).

Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik²¹ de bu konuya özel ilgi göstermiştir. “Sağlık kuruluşunun bünyesinde olmayan faaliyetler ve fiyatlar konusunda reklam verilemez” (m.57). “Sağlık kuruluşları çalışmalarına ticari bir görünüm vermeyecekleri gibi; insanları yanıltıcı, paniğe sevk edici, yanlış yönlendirici, benzer nitelikteki kuruluşlar ve çalışanları arasında rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamazlar” (m.58/I). “Ancak, sadece sağlık kuruluşuna başvuran hastaların kullanımına yönelik olarak, temel olarak sağlığı geliştirici ve koruyucu nitelikte söz konusu sağlık kuruluşunun faaliyet gösterdiği alan ile ilgili sağlık sorunları, bu sorunlardan korunma veya sağlık sorunlarının kişide meydana getirdiği olumsuzlukların şahsi tedbirler aracılığı ile giderilmesi veya azaltılması hakkında bilgiler içeren eğitim materyalleri hazırlayabilirler” (m.58/II). “Sağlık kuruluşları ve çalışanları, yukarıda açıklanan hususlara riayet etmek ve reklâm, tanıtım, bilgilendirme niteliğindeki her türlü faaliyetleri için Müdürlükten izin almak zorundadır” (m.58/III).

Aşağı yukarı buna paralel bir düzenleme Güzellik Ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’te de bulunmaktadır (m.33,34)²².

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu da, yönetim kuruluna bu yasal çerçeveyi aşan reklâmları önleme görevi yüklemektedir (m.28/a).

Sağlık piyasasında var olan reklâm yasaklarına rağmen, özel hastanelerin rekabet olgusu nedeniyle sunmakta oldukları sağlık hizmetleri konusunda kamu hastanelerine nazaran kamuoyuna ve kendilerine başvuran kişilere daha ayrıntılı ve aydınlatıcı bilgiler sundukları bir gerçektir.

²¹ RG., 09.03.2000, 23988.

²² RG., 12.5.2003, S.25106

Ancak, sunulan bu bilgilerin her zaman için gerçekçi, doyurucu veya yeterli olduğu yönünde bazı kuşku lar akla gelebilecektir.

c. Mevzuatın izin verdiği ölçüde hastaya sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkı tanınmalıdır.

Kamu hastaneleri arasında tercihte bulunma, özel hastanelere göre daha zor olduğu gibi; özel hastanelerde, özellikle tedavi veya operasyonu gerçekleştirecek hekimi seçebilme imkânı daha fazladır.

d. Sağlık kuruluşları, hastaların sağlık personeli seçme ve değiştirme hakkını kullanmalarına imkan sağlayacak şekilde, hekim ve diğer sağlık personeli konusunda aydınlatıcı bilgiler verir.

Özel hastanelerin reklâm yasakları çerçevesinde yapacakları tanıtım ve bilgilendirme broşürlerinde istihdam ettikleri hekim ve diğer yardımcı sağlık personeli konusunda kamu hastanelerine göre daha ileri düzeyde hastaları bilgilendirmekte oldukları söylenebilir.

e. Yaşlı ve özürlüler ile acil ve adli vak'alar müstesna olarak, hastaların tedavi sırası tıbbi kriterlere dayalı ve objektif olarak yapılmalıdır.

Sağlık kuruluşuna başvuran hastalara sağlık hizmeti sunarken, hastaların objektif ve tıbbi ölçülere göre sıralanması zorunluluğu vardır. Sadece yaşlı ve özürlü hastalar ile acil ve adli vakıalara öncelik tanınabilir.

Sağlık Bakanlığı tarafından 9 Mayıs 2005 tarihinde Valiliklere gönderilen 2005/79 sayılı genelgede aynen şöyle denilmektedir: “Muayene, tetkik, tahlil ve tedavilerini yaptırmak üzere sağlık kurum ve kuruluşlarımıza başvuran sağlık çalışanlarının görevlerinden kaynaklanan özel durumları dikkate alınarak sıra gözetilmeden, öncelikle ve bekletilmeksizin muayene ve tedavilerinin sağlanması için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır”²³.

Kamuya ait hastanelerde sağlık personeline öncelik tanıyan ve eşitlik ilkesini zedeleyen bu uygulamaya karşılık, hasta memnuniyetini önceleyen özel hastanelerin sağlık hizmetini eşitlik içinde sunma konusunda daha duyarlı davranabileceği öngörülebilir.

²³ Genelgeye yönelik eleştiriler ve bir değerlendirme için bkz. DERYAL, Y., “Sağlık Hizmetlerinde Ayrımcılık veya Öncelik Hakkı”, <http://www.turkhukuksitesi.com> (10.04.2006).

f. Hastanın tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım görme hakkı vardır ve tıbbi gereklilikler dışında bir nedenle hastaya müdahale yapılması yasaktır.

Kârlılık esasına göre sağlık hizmeti sunan özel hastaneler bakımından, bazı durumlarda gerçek bir tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, çok gerekli olmayan bazı tahlil ve tetkikler hatta cerrahi operasyonların yapılabilirdiği görülebilmektedir. Örnek olarak, özel hastanelerde yapılan pek çok doğum vakıalarında çok gerekli olmadığı halde daha pahalı olması nedeniyle sezaryen yönteminin tercih edildiği bilinmektedir.

g. Sağlık çalışanları, hastanın sağlığını korumak ve ıstırabını dindirmekle yükümlüdür. Ötenazi yasaktır.

Hasta ve hasta yakını memnun ettiği ölçüde çalışma imkânına sahip özel hastane hekimleri ve sağlık çalışanlarının hastanın ıstırabını dindirmede daha özenli davranması beklenir.

2. Bilgi Alma Hakkı (HHYön.m.15-20)

a. Her hasta, sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemler, bunların yarar ve riskleri, alternatif tedavi usulleri ve hastalığın seyri konusunda bilgi isteme hakkına sahiptir. Hasta bir başka hekimden de bilgi alabilir.

Sağlık piyasasında hizmet alıcısı (tüketici-müşteri) durumunda bulunan hastalar, hastalıklarının özelliği, riski, uygulanacak tedavi yöntemlerinin yarar ve sakıncaları gibi konularda yeterli bilgiye sahip değillerdir. Bu nedenle bilgilendirilmeleri çok büyük önem arz eder. Kamu hastanelerindeki iş yoğunluğu ve memur yaklaşımı nedeniyle bu bilgilendirme hizmetinin özel hastanelere göre daha yetersiz yapıldığı söylenebilir.

Özel hastanelerde daha fazla yapıldığını varsaydığımız bilgilendirmenin ise ne ölçüde gerçek bir bilgi aktarımına dayalı olduğunu, hasta ve yakınının memnuniyet algısını tatmine yönelik olup olmadığını ölçmek gerçekten güçtür. Bazı durumlarda, uzman sağlık personeli hastanın yetersizlik ve donanımsızlığından yararlanarak “görünüşte bir bilgilendirme” veya “bilgilendirmiş görünme” ile de görevlerini yapmış görünebilirler.

b. Hasta, sağlık durumu ile ilgili tutulan dosya ve kayıtları inceleme, örnek alma ve itiraz hakkına sahiptir.

Özel Hastaneler Tüzüğü'ne göre, "özel hastanelerde yatan hastaların kimliğini, doğum yerini, adresini, yattığı ve çıktığı tarihi, hastalığın tanısını ve çıkıştaki durumunu yazmak için protokol defteri ile derece kâğıdı, tabelası, filmleri, laboratuvar raporları vb. hastanın izlenmesi ile ilgili belgeleri içeren bir dosya tutulur" (m.29/I).

Hasta Hakları Yönetmeliği ise, ayrı bir bölümde (Altıncı Bölüm) ve beş madde halinde, tıbbi kayıt ve arşivi ve hastaya verilecek belgeleri ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir (m.48-52). Özel hastanelerde tutulan hasta dosyalarının en az 20 yıl süre saklanması zorunludur (m.49/II). Faaliyeti sona eren özel hastaneler, arşiv belgelerini Sağlık İl Müdürlüğüne teslim etmek zorundadır (m.49/III). Yazılı kayıt sisteminin gereklerine dikkat edilerek ve zorunlu güvenlik tedbirleri alınmak kaydıyla, arşiv ve dosyaların bilgisayar ortamında tutulması da mümkündür (m.50). Özel hastanelerde ayakta veya yatarak tedavi edilen bütün hastalar için fatura düzenlenmesi zorunludur (m.51/I).

Özel hastaneler, hastalar tarafından istenildiğinde, aşağıda belirtilen belgeleri ücretsiz olarak vermek zorundadırlar (m.52):

(1) Özel hastanede kullanılıp bedeli hastadan alınan ilaç ve sart malzemesinin tür ve miktarlarını gösteren liste,

(2) Adli vakalara ilişkin olanların asılları verilmemek kaydıyla, özel hastanede veya dışarıda yapılan ve bedeli hasta tarafından ödenen laboratuvar tetkik ve tahlil sonuçları ile röntgen filmleri,

(3) Dışarıdan satın alınan ilaç ve malzemenin reçeteleri,

(4) Hastaların klinik ve laboratuvar bulguları, hastalığın teşhisi, seyri, yapılan incelemeler ile tedavi ve sonucuna ilişkin tedaviyi yapan tabip tarafından düzenlenecek çıkış özeti.

c. Hastanın bilgilendirilmesi, açık, anlaşılır ve nazik bir üslup içinde yapılmalıdır.

Özel hastane personelinin, rekabet, kârlılık, verimlilik ve hasta memnuniyeti gibi kaygılarla, hasta ve hasta yakınlarını bilgilendirme konusunda daha saygılı ve nezaketli davrandıkları söylenebilir. Bununla

birlikte, yapılacak aydınlatma ve bilgilendirmenin, tıp bilimi ve uygulamasındaki gelişmeleri ve yenilikleri yansıtması yönüyle içerik bakımından ne ölçüde doyurucu olduğu her zaman tartışılabilir bir husustur.

d. Hastanın moralini bozarak hastalığını artırabilecek nitelikte vahim bir hastalık teşhisi hastadan saklanmalıdır.

e. Toplum sağlığı düşüncesiyle tedbir alınması zorunlu haller hariç: hasta, sağlık durumu konusunda, kendisine, ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteme hakkına sahiptir.

Bilgi verme hakkına getirilen bu sınırlama konusunda özel hastaneler mevzuatı ile öngörülen ve toplum sağlığını korumaya yönelik bazı zorunlu tedbirler bulunmaktadır. Örnek olarak, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla ilgili vakıalar ile adli vakıaların kamu sağlığı ve güvenliği gereğiyle yetkili mercilere bildirilmesi zorunludur.

3. Hastanın Özel Yaşamına Saygı, Gizlilik ve Mahremiyet Hakkı (HHYön.m.21-23)

a. Her tür tıbbi müdahale, hastanın mahremiyet hakkına saygı içinde icra edilir.

Reklam ve tanıtımı önemseyen özel hastaneler, bazen tedavi ettikleri ünlü kişileri kamuoyuna açıklayarak, onlar hakkında bilgi vererek, onların şöhretleri üzerinden pirim yapma yolunu seçebilmektedirler.

b. Hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içinde yürütülmesi; tedavi sırasında sakınca yoksa yanında bir yakını bulundurmasına izin verilmesi, doğrudan ilgili olmayan kimselerin tedavi sırasında bulunmaması, hastanın kişisel yaşam tercihine veya aile hayatına karışılmaması, hastanın sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulması, mahremiyet hakkı kapsamında hasta haklarındandır.

Kamuya ait araştırma ve üniversite hastanelerindeki öğrenci ve araştırmacılar ile genel olarak hasta yoğunluğu nedeniyle, bu temel hasta hakkının kamu hastanelerinde daha çok ihlal edilmekte olduğu söylenebilir.

c. Sağlık hizmeti sunulması amacıyla hastadan alınan kişisel bilgiler açıklanamayacağı gibi; hastanın rızası olmadan eğitim ve araştırma amaçlı faaliyetlerde kimliği deşifre edilemez.

Aynı şekilde, kamuya ait araştırma ve üniversite hastanelerindeki öğretim üyesi ve araştırmaların, hastaya ait kişisel bilgileri açıklama riski, özel hastane hekimlerine nazaran daha yüksek bir ihtimal olarak görülebilir.

4. Tıbbi Müdahalenin Hastanın Rızası ile Yapılması Hakkı (HHYön.m.24-31)

Kamu hastanelerinde yapılacak tıbbi müdahale, tedavi ve operasyonlar öncesinde hastaların rızalarının nasıl ve ne şekilde alınması gerektiği konusunda bir düzenleyici ve emredici şekil kuralı mevcut değildir. Özel hastaneler bakımından da bu yönde bir kural öngörülmemiş olmakla birlikte, özel hastanelerin genellikle önceden hazırlanmış ayrıntılı ve tek tip rıza formları hazırladıkları ve hemen tüm operasyonlar için bu formları kullandıkları bilinmektedir.

Hastalığın türüne göre hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün kapsam ve içeriği değişiklik gösterir. Ayrıca, hastanın yaşına, bilinç ve ehliyet durumuna göre de, kendisinden alınacak rızanın şekli farklılık gösterir. Hâlbuki uygulamada görülen tip sözleşmeler yoluyla hastanın yeterince aydınlatılmadan ve usulüne uyulmadan yazılı rızasının alınmakta olduğu, bunun ise, mevzuata uygun sayılamayacağı açıktır.

Bunun yanı sıra, özel hastane tarafından tek taraflı olarak, bilinçli şekilde ve ayrıntılı olarak yapılan tip sözleşme ve rıza formlarının, zor durumda ve bilgi yetersizliği içinde bulunan hasta veya hasta yakını tarafından imzalanmış olması halinde de, bu tür genel işlem şartları içeren kelepçeleme sözleşmelerinin dürüst davranma ilkesi (MK.m.2) uyarınca denetlenebileceği ve geçersiz sayılabileceği kabul edilmektedir.

a. Her tür tıbbi müdahalede hastanın rızasının elde edilmesi zorunludur. Küçük veya kısıtlı hastaların kanuni temsilcilerinin rızası alınır. Bu halde küçükler de uygun şekilde bilgilendirilir.

b. Sadece toplum sağlığı düşüncesiyle tedbir alınması gereken hallerde ve tıbbi zorunluluklar nedeniyle hastanın rızası alınmaksızın tıbbi müdahale yapılma imkanı bulunabilir.

Tıbbi müdahaleler için kişilerin rızalarının zorunlu olduğu kuralına getirilen bu istisna, 1982 Anayasasında "...kanunda yazılı haller dışında..." ifadesiyle belirtilmektedir (m.17/II). Gecikilmeksizin tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın ölmesi ya da sağlık yönünden ağır

bir zarara uğraması durumunda yapılan müdahale için rızanın aranmayacağı da kabul edilmektedir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.3'e göre, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun her hekimin, acil vakıaların gerektirdiği tıbbi müdahaleleri yapması hukuki bir yükümlülüktür. Mücbir sebep istisnası dışında bu ilkeye aykırı davranılması hekimin sorumluluğunu gerektirir.

Nitekim yargıya intikal eden bir olayda, kalp krizi nedeniyle acil servise götürülmüş bir hastaya nöbetçi doktorlar zamanında müdahale etmediklerinden, geciken müdahale nedeniyle hasta ölür. Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, bu nedenle açılan manevi tazminat davasını haklı görür ve hükmedilen tazminatın nöbetçi doktorlardan müteselsilen tahsiline karar verir ve bu karar Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından da onaylanır (09.11.1967, 2548/8440).

Yine bayılmış, narkoz verilmiş veya başka bir nedenle şuurunu kaybetmiş hastalar için de, müdahale acil ve zorunlu ise, rıza için beklenilmeyeceği kabul edilmektedir. Bu istisna da Anayasada "tıbbi zorunluluklar" şeklinde ifade edilmiştir (m.17/II).

c. Tıbbi zorunluluklar ve acil haller dışında, hasta her zaman tıbbi müdahaleye verdiği rızayı geri alabilir.

Yukarıda belirtilen zorunluluk halleri ve acil vakıalarda, hastanın rızasını geri alma hakkı reddedilebilir.

d. Kamu sağlığıyla ilgili tedbirler hariç, sorumluluğu kendisine hatırlatılmak kaydıyla hastanın tedaviyi durdurma ve reddetme hakkı vardır.

Aynı şekilde, bulaşıcı ve salgın hastalıklar türünden kamu sağlığı gerekçesiyle tedbir alınması gereken hallerde, hastanın tedaviyi reddetme hakkı kabul edilmeyebilir.

e. Klasik tedavi yönteminin yarar sağlamadığının ortaya çıktığı ve yeni yöntemin hastaya fayda verme ihtimalinin bulunduğu ve deney hayvanları üzerinde yararı belirlenmiş yeni tedavi usullerinin hastaya uygulanması için ayrıca hastanın rızası da alınmalıdır.

Kabul görmüş yeni tedavi usullerinin hasta üzerinde uygulanabilmesi için rızasının ayrıca ve özellikle belirtilerek alınması zorunludur.

f. Aile planlaması hizmetlerinde, Sağlık Bakanlığının belirledikleri dışında hiçbir ilaç veya araç kullanılamaz. Sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesinde hasta ile birlikte eşinin de rızası alınmalıdır.

Aile planlaması hizmetlerinde Sağlık Bakanlığının belirlediği standartlara uygun olmayan ilaç veya araç kullanılması uygulamasının, maliyet düşürme gerekçesiyle özel hastanelerde rastlanması ihtimali daha yüksek gözükmektedir. Ayrıca, gebeliğin sona erdirilmesinde hasta gibi eşinin de rızasının alınması zorunluluğu aranmaktadır.

5. Tıbbi Araştırmalarda Hasta Sağlığının Korunması Hakkı (HHYön.m.32-36)

a. Hastalar, Bakanlığın izni ve kendi rızası olmadan eğitim veya araştırma amaçlı bir ilaç kullanımı veya tıbbi müdahaleye konu edilemez.

Bu tür bir hasta hakkı ihlalinin, araştırma ve üniversite hastanelerinde rastlanması riski daha fazladır.

b. Tıbbi araştırmalara katılan gönüllülerin görebileceği zararların önceden belirlenmesi mümkün değilse, kendisi razı olsa da araştırma konusu yapılamaz. Gönüllü verdiği rızayı her zaman geri alabilir.

6. Diğer Haklar (HHYön.m.37-41)

a. **Güvenlik Hakkı:** Sağlık kuruluşları hasta ve yakınlarının can ve mal güvenliğini sağlamakla yükümlüdür.

Bebek hırsızlığı, kan, doku ve organ çalınması veya hasta, hasta yakını ya da ziyaretçilere ait değerli eşyaların çalınması uygulamaları yanı sıra; hasta veya yakınları arasında görülebilecek kavga ve çatışmalara karşı özel hastane işletmesinin yeterli güvenlik personeli ve donanımı bulundurması zorunludur.

b. **Moral Desteği Alma Hakkı:** Sağlık kurumunun işleyişine zarar vermemek ve tedaviyi aksatmamak şartıyla, talep eden hastalara inançlarına uygun bir din görevlisi davet edilmeli ve dini vecibeler için uygun bir yer tahsis edilmelidir.

İhtiyaç hisseden ve talep eden hastalar için bir din görevlisi davet etmek ve dini vecibelerini yerine getirmesi için hasta veya refakatçiler için uygun bir ibadet yeri tahsis etmek zorunludur.

c. Şefkat Görme Hakkı: Sağlık personeli, hastalara, yakınlarına ve ziyaretçilere güler yüzlü, nazik ve şefkatli davranmak ve aydınlatıcı bilgiler vermek zorundadır.

Özel hastanelerin, hasta memnuniyeti kaygısıyla hasta ve yakınları ile ziyaretçilere güler yüzlü ve nazik ve şefkatli davranma konusunda daha duyarlı davranmakta oldukları bir gerçektir.

d. Refakatçi Bulundurma ve Ziyaret Hakkı: Muayene veya tedavi sırasında hastaya yardımcı olması hekim tarafından uygun görülen bir refakatçi bulundurmak ve uygun zamanda ziyaret edilmek hastanın hakkıdır.

Hasta yoğunluğu ve yer darlığı nedeniyle bu konuda özel hastanelerin daha elverişli bir konumda hizmet sunmakta oldukları gözlenmektedir.

III. ÖZEL HASTANELERDE HASTANIN AYDINLATILMASI VE RIZASININ ALINMASI

A. Özel Hastanelerde Hastaların Bilgilendirilmesi ve Aydınlatılmış Rızalarının Alınması

1. Tıbbi Müdahale İçin Rıza Alınması İlkesi

Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, TBMM tarafından 03.12.2003 tarihinde onaylanmış ve 5013 sayılı onay Kanunu 9 Aralık 2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Birliği organlarından Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04.04.1997 tarihinde Oviedo’da nihai şekli verilen ve Türkiye’nin de imzalayıp onaylayarak iç hukukunun bir parçası haline getirdiği “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”nin konumuzla ilgili hükümleri şöyledir:

“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir“ (m.5).

“Muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. Tıbbi müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır. Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır. Bu kapsamda verilecek bir izin, ilgili kişinin en fazla yararı bakımından her zaman geri çekilebilir“ (m.6).

“Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabilir“ (m.7).

“Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbi bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir“ (m.8).

“Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklanmış olduğu istekler göz önüne alınacaktır“ (m.9).

Dünya Tabipler Birliği de, periyodik olarak düzenlediği tıp kongrelerinde bu konuda ilke kararları alarak tavsiyelerde bulunmaktadır. 18. Dünya Tıp Kongresi (Helsinki, Finlandiya, 1964), 29. Dünya Tıp Kongresi (Tokyo, Japonya, 1975), 35. Dünya Tıp Kongresi (Viyana, İtalya, 1983), 41. Dünya Tıp Kongresi (Hong Kong, 1989) ve 48. Genel Kongre’de (Somerset West, Güney Afrika Cumhuriyeti, 1996) alınan ilke kararları arasında, tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınması ilkesi özenle vurgulanmış ve zaman içinde ilkenin geliştirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu geliştirmenin sonuçlarından olarak 28-30 Mart 1994 tarihlerinde yapılan Amsterdam Kongresinde kaleme alınan ve karara bağlanan

“Hasta Hakları Geliştirilmesi Bildirgesi”, “hastanın rızası” konusuna ayrı bir başlık altında değinmektedir (m.3).

2. Rıza İçin Hastanın Aydınlatılması Gereği

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartı olan rızanın geçerliliği, hastanın yeterince aydınlatılmış olmasına bağlıdır²⁴. Aydınlatma, rızanın geçerlilik şartıdır ve çok önemlidir²⁵. Bu nedenle, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden alınmış bir rıza ile yapılacak bir müdahale de, hastanın geleceğini bizzat tayin hakkına, dolayısıyla kişiliğine yönelik bir saldırı sayılacaktır. İsviçre Federal Mahkemesince ifade edildiği gibi, “*hasta, önerilen tedavinin mahiyeti ve muhtemel etkileri hakkında yeterli derecede aydınlatılmalıdır ki, bu tedaviye bilerek rıza gösterebilsin*”²⁶.

Doktora başvuran hastanın tek ve birinci amacı, rahatsızlığından kurtulmak ve sağlığına kavuşmaktır. Ancak bunu nasıl elde edebileceği konusunda bilgi sahibi değildir. Bunun için tıbbi müdahaleyi yapacak uzman hekim tarafından bilgilendirilmesi ve aydınlatılması zorunluluğu vardır²⁷.

Yargıtay, hastanın aydınlatılması hakkının sınırlarını bir kararında şu şekilde açıklamaktadır:

“Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi, hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık duru-

²⁴ BELGESAY, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul, 1953, s.65 ; K. BAYRAKTAR, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.193 ; O. B. GÜRZUMAR, “Özel Hukukumuzda Organ nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler”, ABD., Mayıs 1991, S.3, s.386 ; M. AYAN, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.72.

²⁵ Rızanın elde edilmesinde hekimin hastayı aydınlatması o kadar önemlidir ki, Almanya’da hekim aleyhine açılan sorumluluk davalarının büyük çoğunluğu aydınlatma yükümlülüğü konusundaki ihmal ve eksikliklere dayalıdır. Bkz. Ş. AKINCI, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s.217, dn.79.

²⁶ BGE II 287.

²⁷ 4. HD., 07.03.1977, 1976/6297, 1977/2541: “Davalının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, muayenenin muhtemel sonuçları davacıya bildirilmemiştir” (YKD., C.IV, Haziran 1978, S.4, s.905 vd.).

munu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması gerekir..”²⁸.

“...davalı tarafından daha başlangıçta davacıya beyninin içinde ur bulunduğunu ve kafatasının açılarak bu urun alınması gerektiği açıkça belirtildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve eşinin içtimai seviyeleri itibariyle böyle bir ameliyatın ağır ve büyük bir ameliyat olduğunu bilmediklerini kabule imkan yoktur”²⁹.

Hekimin aydınlatma ödevi, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartı olan rızanın geçerlilik şartı olduğundan; aydınlatılan hastaya rıza konusunda karar verebilmesi ve hatta yakınları ile görüşüp başka bir hekime danışabilmesi için gereken uygun bir süre tanınmalıdır³⁰. Bu nedenle, durum acil olmadıkça³¹, ameliyat masasında yapılacak bir aydınlatma kabule şayan olamaz.

2238 sayılı Kanun, organ ve doku alacak doktorların vericiye, organ ve doku alınmasının doğuracağı tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında uygun biçimde ve ayrıntıda bilgi vermekle yükümlü olduklarını belirtmektedir (m.7/a).

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi de bu yönde bir hükme sahiptir: “... hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin açıkça söylenmesi” doktora yüklenen görevler arasında sayılmaktadır (m.14/II)³². Hastanın maneviyatı üzerinde olumsuz etki yapabilecek

²⁸ 4. HD., 07.03.1977, 1976/6297, 1977/2541 (YKD., 1978, S.6, s.905).

²⁹ 4. HD., 12.05.1964, 6458/4925 (REİSOĞLU, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul, 1983, s.6).

³⁰ ÖZSUNAY, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul, 1983, s.46 ; SARIAL, Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, 1986, s.62 ; Ş. ERTAŞ, “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, Ege Üniv. Hukuk Fak. D., Y.1980, Y.1, No.1-4’den ayrı bası, s.188.

³¹ Hayati önemde ve acil operasyonlarla sınırlı olarak ameliyat masasında aydınlatma yapılabileceğine ilişkin görüş için bkz. ÇOLTU/ERDEMİR/DURAK, “Cerrahi Müdahalelerde Hasta Onamının Adli Tıp ve Tıbbi Etik Yönünden Değerlendirilmesi”, Medikal Etik (İlkeler ve Sorunlar), İstanbul 2000, s.95.

³² Aynı ilke, Fransız Deontoloji Kanununda da öngörülmektedir (m.34). Bkz. DEMİR-HAN/OĞUZ/ELÇİOĞLU/DOĞAN, Klinik Etik, İstanbul 2001, s.77.

açıklamaların aydınlatma ödevi şeklinde hastaya sunulması, her şeyden önce hastaya zarar vermek olur. Bu noktada Alman hukukunda geliştirilen anahtar kavram “meşru yalan hakkı” (Recht zur Notlüge) kavramıdır. Buna göre, hastanın maneviyatına zarar verebilecek bilgiler hastaya verilemeyeceği gibi, aksine hasta moral kazandıracığı düşünülen “masum yalanlar” da söylenebilecektir³³.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14/II’de “teşhise göre alınması gereken tedbirler”in açıklanacağı ifade ediliyorsa da, bunu hastalığın teşhisi ve tedavisi ile ilgili tüm bilgilerin açıklanması olarak anlamak gerekir. Yoksa teşhisin saklanabileceği ve sadece teşhis sonrası bilgilerin aydınlatmaya konu olacağı şeklinde anlaşılması doğru olmaz.

O halde, aydınlatma hangi konuda olacaktır?

Doktor, hastalığın teşhisi ve tedavisinin nasıl yapılacağı, hangi yöntemin uygulanacağı, müdahale esnasında ve sonrasında ortaya çıkması muhtemel komplikasyonların neler olabileceği, müdahalenin yarar ve sakıncaları konusunda hastasını sağlıklı karar verebilecek ölçüde aydınlatmalıdır.

İlke olarak, aydınlatma yükümlülüğü mümkün olduğu ölçüde kapsamlı yerine getirilmelidir. Hastalığın tanısı bildirildikten sonra tedavinin şekli ve yöntemi ve doğurabileceği muhtemel sonuçlar ayrıntılı olarak ve hastanın anlayabileceği şekilde ona açıklanmış olmalıdır. Hekim hastayı kendi değerlendirmesine göre genel bilgilerle aydınlattığı gibi, hastanın özel sorularını da doğru ve yanılgıya düşürmeyecek şekilde cevaplamalıdır. Eğer tıbbi müdahale tanıya (teşhise) yönelik ise ve hayati bir tehlike arz etmiyor ise, aydınlatma yükümlülüğü daha kapsamlı ve ayrıntılı bilgiler içermeli, hekim hastayı her türlü komplikasyon ve ihtimale karşı uyarmalıdır. Estetik operasyonlar için de ayrıntılı bir aydınlatma görevinden söz edilebilir. Bu gibi durumlarda hekimin, az rastlanabilen kompli-

³³ Buna çarpıcı bir örnek olarak ünlü yazar Theodor Storm olayı gösterilmektedir. Kendisine kanser olduğu bildirilen ünlü yazar psikolojik bakımdan büyük bir çöküntüye uğramıştı. Bunun üzerine kardeşi, özel bir hekimler kurulu oluşturmuş ve bu kurulda ilk teşhisin yanlış olduğunu, hastalığın bir mide rahatsızlığından ibaret olduğunu açıklayan bir rapor düzenlenmişti. Böylece ünlü yazar, yaşama yeniden başlamış ve 1886-1888 tarihleri arasında “Kır Atlı” isimli şaheserini yazmıştır (Z. ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s.55, dn.87).

kasyonlar hakkında da hastayı bilgilendirmesi gerekir³⁴. Bununla birlikte, tıbbi müdahalenin aciliyeti ölçüsünde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daralacak, tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkan riskin büyüklüğü oranında aydınlatmanın kapsamı da genişlemiş olacaktır³⁵.

Tedavi yöntemini belirlemek hekimin takdirinde olan bir görev olmakla birlikte; tıbbi zorunluluklar izin verdiği ölçüde alternatif tedavi yöntemleri konusunda hastanın bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirme sonucu onayı alınarak tedavi yönteminin belirlenmesi en doğrusu olacaktır³⁶.

Acaba hasta herhangi bir saikle hastalığı konusunda aydınlatılması teklifini reddederse ne yapılmalıdır? Alman Federal Mahkemesi, hastanın aydınlatılmadan vazgeçme (feragat) iradesini açıkça belirtmiş olmasını ve her şeyi doktora bırakmış olduğunun kesinlikle anlaşılmasını aramaktadır³⁷.

Hastanın rızası için aydınlatılması, esaslı bir kural olarak benimsenmekle birlikte, hastanın aydınlatılması ile sağlığı ve yaşamı ciddi bir tehlikeye düşecek ise, bundan vazgeçilebileceği kabul edilmektedir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, kanserli bir hastaya bu teşhisin açıklanmamasını isabetli görmüştür³⁸. Yine hastalık tehlikesinin artabileceği, üçüncü kişiler üzerinde tehlikeli sonuçlar doğurabileceği, hastanın zorunlu olan tedaviden vazgeçebileceği gibi endişelerle de aydınlatma yükümlülüğünün kalkabileceği kabul edilmektedir.

Hastalığın veya tıbbi müdahalenin ölümle sonuçlanma riski varsa ve bu ihtimal yüksekse bunun hastaya söylenmemesi, çünkü maneviyatı üzerinde olumsuz sonuçlar doğurması riskinin yüksek olacağı düşünül-

³⁴ BELGESAY, 1953, s.66 ; ÖZSUNAY, 1983, s.40. Yargıtay da aynı görüştedir. 4. HD., 07.03.1977, 6297/2541: "Davacının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, muayenenin muhtemel sonuçları davacıya bildirilmemiştir. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği nadiren de olsa böyle bir sonucun meydana geleceği davacıya bildirilmeli idi. Kaldı ki, olayın özelliği, davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir" (AŞÇIOĞLU, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, 2. Baskı, Ankara, 1993, s.40).

³⁵ ÇOLTU/ERDEMİR/DURAK, "Cerrahi Müdahalelerde Hasta Onamının Adli Tıp ve Tıbbi Etik Yönünden Değerlendirilmesi", Medikal Etik (İlkeler ve Sorunlar), İstanbul 2000, s.95.

³⁶ Federal Mahkemeye göre, tıbbi müdahalenin başarısı mevcut riskler nedeniyle şüpheli görülüyorsa, ameliyat kararı büyük ölçüde hastanın takdirine bırakılmalıdır (BGH, NJW, 1981, s.633). Ayrıca bkz. BGH, NJW, 1982, s.2121.

³⁷ BGHZ 29, 46(54) = NJW 1958, 811 (ÖZSUNAY, 1983, s.44).

³⁸ ÖZSUNAY, 1983, s.46.

melidir. Ancak böyle bir ölüm riskinin hastanın kanuni temsilcisi veya yakınlarından saklanması mümkün olamaz. Genellikle kabul edildiğine göre, hastanın ailesi üzerinde telafisi güç psikolojik travmalara yol açabileceği, hastanın korku ve paniğe kapılarak intihara teşebbüsüne veya kalp krizine ve tedaviden vazgeçmesine neden olacağı ihtimali varsa, bu tür terapötik nedenlerle aydınlatma faaliyetinin yapılmaması tavsiye edilmektedir³⁹.

Aydınlatma yükümlülüğünün bu şartlar çerçevesinde usulünce yerine getirilip getirilmediğinin ispat yükü hekimin üzerindedir. Yani, hastanın rızası alınarak tıbbi müdahale yapılmış olsa bile, bu rızanın yeterince aydınlatılmış bir iradeye dayanıp dayanmadığı tartışmalı ise, bu tartışmada hastanın aydınlatılmadığını değil, hekimin aydınlatma ödevini usulünce yerine getirmiş olduğunu ispatlaması gerekir.

Hastanın rızasının alınması gerekmeyen acil ve zorunlu hallerde hekimin hastayı aydınlatma ile yükümlü tutulamayacağı da açıktır⁴⁰. Hastanın daha önce bir başka hekim tarafından aydınlatılmış olduğu veya hastanın hekim veya hemşire gibi bir sağlık çalışanı olarak hastalığı hakkında esasen bilgilendirilmiş bir kimse olması halinde de aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilir⁴¹. Hastanın geleceğini bizzat tayin hakkı gereği, hekimin kendisini aydınlatmasından açık bir irade ile feragat ettiği durumlarda; hekim, hastanın bu vazgeçmesini ispatla yükümlü olmak kaydıyla aydınlatma ödevinden kurtulmuş sayılabilir⁴².

Yargıtay da ispat yükünün hekimin üzerinde olduğu görüşündedir:

“Bu yönün ispatı davalı doktora aittir.. Olayımızda davalı doktor, aydınlatma görevini yerine getirdiğini bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiği iddia ve ispat

³⁹ BELGESAY, 1953, s.66 vd. ; ATABEK/SEZEN, “Hekimin Mesuliyeti”, İBD., 1954, C.XXVIII, S.2, s.150 ; BAYRAKTAR, 1972, s.129 ; REİSOĞLU, 1983, s.5 vd. ; AŞÇIOĞLU, 1993, s.41 ; ŞENOCAK, 1998, s.56, 57 ; ÇOLTU/ERDEMİR/DURAK, 2000, s.96.

⁴⁰ BELGESAY, 1953, s.67 ; ŞENOCAK, 1998, s.57 ; ÇOLTU/ERDEMİR/DURAK, 2000, s.96.

⁴¹ BAYRAKTAR, 1972, s.129 ; ÖZSUNAY, 1983, s.45 ; ŞENOCAK, 1998, s.57 ; ÇOLTU/ERDEMİR/DURAK, 2000, s.96.

⁴² ÖZSUNAY, 1983, s.44 ; ÇOLTU/ERDEMİR/DURAK, 2000, s.96.

edilemediğine göre meydana gelen ve TCK.418/II maddesinde ma'yubiyet olarak nitelendirdiği zararlı sonuçtan sorumludur"⁴³.

B. ÖZEL HASTANELERDE SORUMLULUK

1. Özel Hastanenin Kurumsal Sorumluluğu

a. Özel Hastane-Hasta İlişkisi (Hastane Kabul Sözleşmesi)

Hasta ile özel hastane arasında üç değişik hukuki ilişki biçimi kurulmuş olabilir:

- aa. Sözleşme ilişkisi
- bb. Vekâletsiz iş görme ilişkisi
- cc. Haksız fiil ilişkisi

Hasta ile özel hastane arasında kurulacak sözleşme ilişkisine "hastaneye kabul sözleşmesi" veya kısaca "hastane sözleşmesi" adı verilmektedir. Bu sözleşme bağı nedeniyle özel hastane, kendisine başvuran hastayı iyileştirmek (sağlığına kavuşturmak) amacıyla ayakta veya hastaneye yatırarak tedavisini üstlenmektedir. Özel hastanenin sözleşmeden kaynaklanan bu temel borcu yanında, yatırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetlerini sağlama gibi yan yükümleri de doğmaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmesi için kanunla öngörölmüş bir zorunlu şekil kuralı yoktur. Bu nedenle şekil serbestliği ilkesi (BK.m.11) gereği bu sözleşmenin sözlü yapılması mümkün olduğu gibi, örtülü irade beyanıyla da kurulabilir. Fakat ispat kolaylığı sağlama yönüyle yazılı yapılmasında yarar bulunduğu tartışmasızdır.

Özel hastanelerin kişilerle sözleşme bağı kurmaları ilke olarak isteğe bağlı olmakla birlikte, bazı istisnai hallerde özel hastanenin sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğundan söz edilebilir.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu m.32: "*Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastaneye derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir*".

⁴³ 4. HD., 07.03.1977, 6297/2541: (AŞÇIOĞLU, 1993, s.40).

Özel hastane ile karşılıklı olarak “hastaneye kabul sözleşmesi” imzalayabilme yeterliliği bakımından genel ehliyet kuralları uygulanır. Bu bakımdan, küçük ve kısıtlılar, ancak kanuni temsilcilerinin onayı ile sözleşme imzalayabilirler.

b. Özel Hastanenin Yükümlülükleri

Hastaneye kabul sözleşmesinden hasta için doğan asıl borç ücret ödemektir. Hasta ayrıca, özel hastanenin iç düzen kurallarına ve hekimin talimatlarına uymak, tanı ve tedaviye yönelik sorulara sağlıklı cevaplar vermek ve tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınmak gibi yan yükümlülükler de üstlenmiş olmaktadır.

Buna karşılık özel hastanenin sözleşmeden kaynaklanan borç ve yükümlülükleri genel olarak şu şekilde sıralanabilir:

aa. Hastayı tedavi etme borcu

Özel hastane işleticisinin, tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar uyarınca hastayı tedavi etmeye çalışmak yükümlülüğü vardır. Yoksa hekim gibi, özel hastane işleticisi de, hastalığın kesin tedavisini ve sonucu taahhüt (garanti) etmiş sayılmaz. Bu nedenle, sırf tedavi başarısı ve sonucunun elde edilememesi nedeniyle özel hastane sorumlu tutulamaz. Estetik operasyonların ve diş hekimliği uygulamalarının bu konuda farklı bir özelliği bulunmaktadır.

Tedaviyi yapan hekim ve ona yardımcı sağlık personeli ise “ifa yardımcısı” durumundadır.

bb. Hastane bakımını sağlama borcu

Bu borcun kapsamı oldukça geniş düşünülmelidir. Yani, hastanın yatırılması, yedirip içirilmesi gibi, tıbbi müdahalenin yapılmasından önce veya sonra sağlanması gereken bütün hastane hizmetleri, banyo, dezenfeksiyon, giydirme, yıkama, ısıtma, ışıklandırma, güvenlik ve servis hizmetleri de bu kapsamda özel hastane borcu içindedir. Bu tür hizmetlerdeki yetersizlik veya aksaklıklar nedeniyle özel hastanenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

cc. Hastayı aydınlatma borcu

Özel hastaneye başvuran hastanın tek ve birinci amacı, rahatsızlığından kurtulmak ve sağlığına kavuşmaktır. Ancak bunu nasıl elde edebileceği konusunda bilgi sahibi değildir. Bunun için özel hastane tarafından ve uzman bir hekim aracılığıyla bilgilendirilmesi ve aydınlatılması zorunluluğu vardır.

Hasta, tanı ve tedavisinin nasıl yapılacağı, hangi yöntemin uygulanacağı, müdahale esnasında ve sonrasında ortaya çıkması muhtemel komplikasyonların neler olabileceği, müdahalenin yarar ve sakıncaları konusunda sağlıklı karar verebilecek ölçüde aydınlatılmalıdır. Tıbbi müdahalenin aciliyeti ölçüsünde aydınlatma yükümünün kapsamının daralacağı, tıbbi müdahale nedeniyle doğabilecek riskin büyüklüğü oranında aydınlatmanın kapsamı da genişlemiş olacaktır. Hastalığın veya tıbbi müdahalenin ölümlü sonuçlanma riski varsa ve bu ihtimal yüksekse bunun hastaya söylenmemesi, çünkü maneviyatı üzerinde olumsuz sonuçlar doğurması riskinin yüksek olacağı düşünülmelidir.

dd. Sadakat ve özen gösterme borcu

Bu borcu nedeniyle özel hastane hastasına karşı dürüst davranmalı ve aradaki güven ilişkisini zedeleyebilecek davranışlardan kaçınmalıdır. Bu konuda temel bir ölçü olarak, kendi menfaati ile hastasının menfaatinin çatıştığını gören özel hastanenin, kendi menfaatini kollamayıp, hasta lehine fedakârlıkta bulunması beklenir.

Sırf fazla ücret alabilmek için hastasına yanlış ve yanıltıcı bilgiler veren, tedaviyi gereksiz yere uzatan veya mutlaka zorunlu olamayan bir tedavi yöntemini uygulayan özel hastane işleticisinin sadakat borcunu ihlal ettiği söylenebilir.

Özel hastanede görev yapan sağlık personeli ve diğer çalışanların seçilmesi ve yetiştirilmelerinde ve hastane şartlarının teknik donanımında gerekli özeni göstermeyen özel hastane de özen borcunu ihlal etmiş sayılır.

ee. Arşivleme ve sır saklama borcu

Hasta bilgilerini kayda geçirme (arşivleme) borcu, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan akdi bir borç olduğu kadar, özel hastane mevzuatı ile öngörülmüş yasal bir yükümlülüktür.

Aynı şekilde, hastanın saklanması menfaati bulunan her türlü bilginin gizli tutulması ve üçüncü kişilere açıklanmaması da, özel hastane bakımından bir zorunluluktur. Sır saklama borcu, sadece özel hastane için değil, aynı zamanda hastane personeli ve özellikle hekimler için de söz konusudur. Kamu sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren bazı bilgilerin resmi mercilere bildirilmesi görevi ise, sır saklama borcunun zorunlu bir istisnasıdır.

c. Sorumsuzluk Anlaşması

BK.m.99 uyarınca, özel hastane işleticisi hasta ile yapacağı sözleşmeye kasıt ve ağır ihmali nedeniyle sorumlu olmayacağı yönünde bir hüküm koyamaz. Borçlar Kanunu, hafif ihmal nedeniyle sorumsuzluk anlaşması yapılmasını kabul etmiş olsa da, hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası sayılan özel hastane işletmeciliği için hâkimin takdirine bağlı olarak bu şartın geçersiz sayılması mümkündür. Sadece, özel hastane yardımcı personelinin hafifi ihmaline yönelik bir sorumsuzluk anlaşması geçerli sayılmaktadır.

Aslında bu tür bir sorumsuzluk kaydı, hasta ile hastane arasında bulunması gereken güven ilişkisini de ciddi ölçüde zedeleyecek nitelikte olduğundan, hâkim müdahalesi ile her zaman geçersiz sayılabilmelidir.

2. Özel Hastane Personelinin Kişisel Sorumlulukları

Özel hastanelerde görev yapan hekim, diş hekimi, radyolog, hemşire, tıbbi sekreter, ebe, hastabakıcı ve benzeri sağlık personeli ile güvenlik görevlisi, şoför ve benzeri idari personel tarafından herhangi bir şekilde hasta haklarının ihlali halinde aşağıdaki yaptırımların uygulanması mümkündür (HHYön.m.47):

aa. Hakları ihlal edilen hastanın doğrudan vaki olacak şikâyeti üzerine veya bu fiillerin başka şekilde tespiti halinde Sağlık Bakanlığı veya başka kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan bildirim üzerine, bunların özel kanunlara göre kurulmuş olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları haysiyet divanlarınca **disiplin** cezaları uygulanabilir.

bb. Hasta haklarının ihlali sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmini ve hukuki sorumluluğun tespiti bakımından, genel hükümlere göre doğrudan doğruya personele veya onları çalıştıran özel hastane yönetimine karşı ayrı ayrı veya birlikte dava açılarak **tazminat** talep edilebilir.

cc. Hasta hakkı ihlalinin ceza hukukuna göre aynı zamanda bir suç teşkil etmesi halinde, gerekli cezai yaptırımların uygulanması bakımından, genel hükümlere göre doğrudan doğruya cumhuriyet savcılıklarına ihbar veya şikâyet yapılması ya da doğrudan ceza mahkemesinde **ceza davası** açılması mümkündür.

Ceza sorumluluğu da, iki şekilde ortaya çıkabilir.

aa. Kasta Bağlı Sorumluluk: Hekimin, tedavi amacı taşımadan hastayı öldürmek veya sağlık durumunu kötüleştirmek kastı ile hareket etmesi durumunda, kasten adam öldürme veya müessir fiil (yaralama) suçunu işlemiş olur. Bir suç varsa, bu ya kasden işlenmiştir ya da taksir ile işlenmiş olabilir.

bb. Taksire Bağlı Sorumluluk: Dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, kanun, emir ve talimatlara aykırılık gibi nedenlerle; öngörülebilir nitelikte fakat istenmeyen olumsuz bir sonuca bilerek (iradi bir eylemle) sebebiyet veren hekimin sorumluluğudur. Taksirli (ve iradi) davranış, "icrai" olabileceği gibi "ihmalî" de olabilir. Taksirin en önemli özelliği, hekim tarafından öngörülebilir olmakla birlikte olumsuz sonucun istenmemiş olmasıdır.

Taksire bağlı sorumluluk için de iki ihtimalden söz edilebilir

1. Bilinçli Taksir: Hekim, yaptığı tıbbi müdahalede hastaya yönelik somut bir tehlike bulunduğunu fark etmekle birlikte; tehlikenin derecesini küçümser veya kendine aşırı güven duyar ya da sağlık mevzuatı ile öngörülmüş kurallara aykırı davranır. Kasta bağlı sorumluluktan farkı, bilinçli taksir faili olan hekimin olumsuz sonucun gerçekleşmesini istememiş olmasıdır.

2. Mesleki Taksir: Tıp mesleğinin icrasında uyulması gereken kurallara uygun davranmamaktır.

Yanlış teşhis veya tedavi

Tedavide gecikme

Gerekli olmayan bir cerrahi müdahale yapma

Tehlikeli veya elverişsiz bir anestezi kullanmak

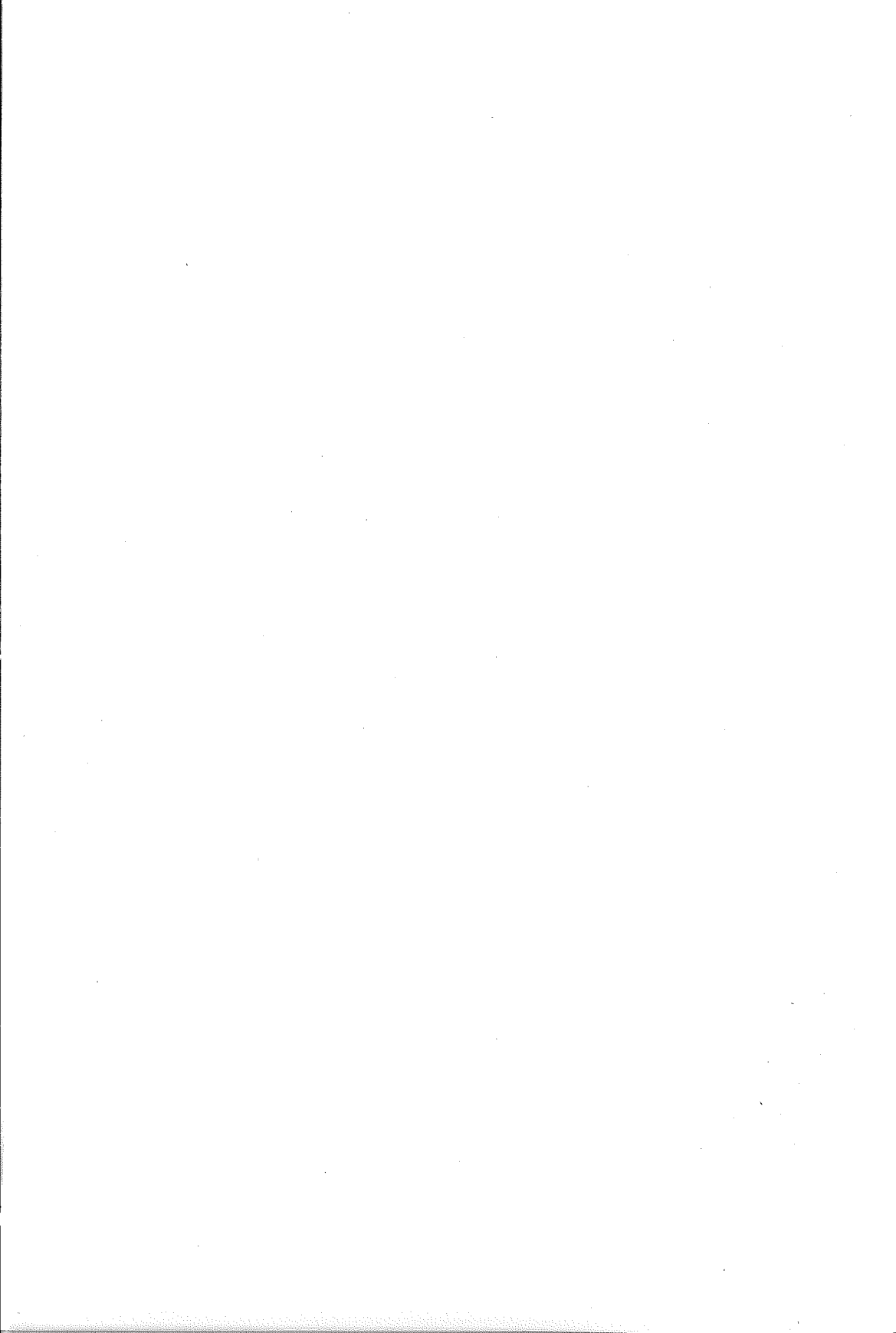
Gerektiğinde acil tedbirlere başvurmamak

Örnek olarak, tıbbi müdahale sırasında gerekli hijyenik şartlara uymayan veya operasyon sırasında önemli bir siniri ya da arteri kesen hekim “dikkatsizlik” göstermiş sayılır.

Hekimin uzmanlık alanındaki yeni ilaç ve tedavi yöntemlerinden habersiz olması, “meslek ve sanatta acemilik” sayılır.

Bir ilacın testini yapan hekimin, aşırı duyarlılığın yan etkilerini önleyici gerekli ilk yardım malzemelerini yanında bulundurmaması “tedbirsizlik” sayılır.

Ayrıca, tedavi öncesi gerekli tetkiklerin yapılmamış olması, önerilen ilacın yan etkilerinin göz ardı edilmesi, ameliyat öncesi ameliyathanenin denetlenmemesi, kullanılacak aletlerin sterilize edilmemesi, hastaya yeterli bilgi verilmemiş olması ve operasyon sırasında hastanın vücudunda bazı cihazların unutulması da tedbirsizlik olarak nitelendirilir.



**HEKİMİN CEZA
SORUMLULUĞU**



YENİ TÜRK CEZA KANUNUNDA HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU

Doç.Dr. Ümit KOCASAKAL^(*)

Tıp, insan hayatı ve vücut bütünlüğü ile ilgili bir alanda faaliyet gösterdiğinden hukuk bu alana her zaman ilgi göstermiştir. Gerçekten tıbbi faaliyetler tarihin her döneminde hukukun konularından birisini oluşturmuştur. Örneğin Hammurabi Kanunlarında, hekimin hatalı hareketine bağlı olarak bir insan ölür ya da gözü kör olursa, hekimin elleri kesilirdi. Mısırdaki hasta öldüğü veya yaralandığı veya sakat kaldığı takdirde hekim cezalandırılmakta idi. Görüldüğü gibi tarihin her döneminde hekimin cezai sorumluluğu varolmuştur

Hekimin faaliyetlerine bağlı olarak cezai sorumluluk, hukuki sorumluluk veya idare hukukundan kaynaklanan sorumluluk biçimleri ortaya çıkabilmektedir. Biz kısaca cezai sorumluluk üzerinde duracağız.

Tıbbi faaliyet sebebi ile ortaya çıkan cezai sorumluluk bakımından, şu üç halin varlığı durumunda hekim cezai olarak sorumlu olmayacaktır: 1) hekimin eylemlerini tıp bilimi tarafından kabul görmüş ilkeler çerçevesinde yapması 2) Olabildiğince ilgili kişinin veya yakınlarının onları önceden aydınlatmak suretiyle rızalarını alması 3) Daima tedavi ve şifa verme amacı ile hareket etmesi. Bu üç şart bir arada olduğunda hekimin faaliyetleri hukuka uygun olacaktır.

Hekimin faaliyetleri sebebi ile ortaya çıkabilecek suç tipleri daha çok müessir fiil ve taksirle ölüme sebebiyet olmaktadır. Bu çerçevede, yukarıda belirtilen şartların varlığı halinde hekimin kural olarak ceza sorumluluğunun bulunmamasının teknik hukuk bakımından temeli tartışmalıdır: Bazı hukukçular hekimin kural olarak sorumlu tutulmamasını,

^(*) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

bir eza verme hali söz konusu olmadığı gerekçesi ile maddi unsurun yokluğuna bağlamaktadırlar. Bazı hukukçular ise hekimin daima şifa verme amacı ile davrandığı noktasından hareketle bunu manevi unsurun yokluğuna bağlamaktadırlar. Diğer bazı hukukçular ise sorumsuzluğun esasını rızaya bağlamaktadırlar.

Ayrıntıya ve bu husustaki tartışma ve eleştirilere girmeksizin belirtmek gerekir ki bu görüşler arasında en çok taraftar bulanı ve kabul göreni, hekimin bu faaliyetlerini kendisine tanınan bir hakkın icrası kapsamında yapıyor olmasıdır: Gerçekten hekim., tıp konusunda eğitim görmüş bir kişi olarak kendisine devletin, yasaların tanıdığı bir hakkı kullanan kişi konumunda olmakla bir hukuka uygunluk sebebi içinde hareket etmektedir. Ancak bunun için az önce söylendiği gibi mutlaka tıp biliminin kuralları içinde kalması ve şifa verme amacı ile hareket etmesi gerekmektedir. Bu noktada rıza aslında hekimin hakkını icra etmesinin başlangıcını yahut temelini oluşturmaktadır. Böylece rıza ve hakkın icrası birbiri ile bağlantılıdır: Rızayı verebilecek konumda olan kişinin bu rızayı ortaya koymasıyla birlikte hekim de sahip olduğu hakkı icra edebilme yetkisine sahip olmaktadır.

Bu konuda Yeni TCK.nun 26.maddesi büyük önem taşımaktadır. Gerçekten eski TCK'da hakkın icrası yazılı bir hukuka uygunluk sebebi değilken, Yeni TCK.nun 26.maddesi açıkça hakkını kullanan kişiye ceza verilmeyeceğini belirtmektedir. Bu çerçevede hekim de hakkını kullanan kişi olduğunda fiili kural olarak hukuka uygun kabul edilecektir. Gene aynı maddenin ikinci fıkrası rızayı da açık bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmektedir. Böylece Yeni TCK hekimin sorumlu tutulmasını yazılı hukuka uygunluk sebeplerine bağlamış bulunmaktadır. Esasen bunlar hekimlere yönelik olarak getirilmiş hukuka uygunluk sebepleri değil, genel hukuka uygunluk sebepleridir. Ancak hekimlerin faaliyeti bu kapsama girmekle artık tedavi ile ilgili fiilleri daha sağlam ve açık bir hukuka uygunluk temeline oturmaktadır.

Rızanın nasıl ve hangi şartlarda verileceği kanunda düzenlenmiş olmadığından bu hususta genel kurallar geçerli olacaktır ve doktrinde bununla ilgili şartlar ortaya konulmuştur. Hekimler bakımından sorun şudur: Acaba bu rızanın mutlaka yazılı olarak verilmesi gerekli midir ? Esasen kural olarak bu gerekli değildir. Gerçekten rıza, yazılı yahut sözlü,

açık veya zımni olabilir. Ancak ispat bakımından bunun yazılı olarak alınması kuraldır, özellikle büyük cerrahi müdahalelerden veya rahim tahliyesinden önce bu şekilde yazılı bir rızanın alınması mutad bir uygulama olmaktadır ve sorumluluktan kurtulma bakımından da bu yola genellikle gidilmektedir. Ancak burada kısaca belirtelim ki, rızanın gerçek anlamda ve geçerli bir rıza olabilmesi için, hastanın aydınlatılmış olması gerekmektedir ve buna “aydınlatılmış onam” denmektedir. Bizce buradaki yanlış bir biçimde kullanılan “onam” sözcüğü ve kavramı esasen rızayı ifade etmektedir. Bu aydınlatmanın, adeta bir brifing gibi olması, hastaya olası tüm komplikasyonların anlatılması gerekli olmadığı gibi, hastayı olası bir tedavi sürecinden vazgeçirme riski sebebiyle yararlı da değildir. Burada önemli olan ana hatları ile hastanın tedavi veya cerrahi müdahalenin genel ve olası sonuçları, süreci bakımından aydınlatmış olmasıdır.

Kusurluluk meselesine gelince, öncelikle konu ile de bağlantılı olmakla Yeni TCK ile ilgili bir hususa değinmek istemekteyim: Kanaatimce Yeni TCK ülkemizin 80 yıllık doktrin ve içtihat birikimini ortadan kaldırmış, hiç gereği yokken ani bir sistem değişikliğine giderek pek çok maddenin içeriğini değiştirmiş ve maalesef bunu yaparken de kendi içinde bir sistem oluşturamamıştır. Eski kanunumuzdan bir çok madde muhafaza edildiği gibi değişik bir çok kanundan çeşitli hükümler almak suretiyle karmaşık ve uyumsuz bir kurallar bütünü oluşturmuştur. Bugüne kadarki uygulamalar da göstermektedir ki kimse ne yapacağını bilememektedir ve Yeni Türk Ceza Kanunu adeta Yeni Türk Eza Kanununa dönüşmüştür.

Kusurlulukta da bunun yansımaları görülmektedir: Yeni TCK özellikle iki meslek gurubu ile yakından ilgilenmektedir ki bunlar hekimler ve gazetecilerdir. Hekimler bakımından eski kanunda durum son derece açıktı: Temel kusurluluk biçimi kast olmakta ve bu da hareketi ve neticeyi bilmek ve istemekten ibaretti. Hekimlerin kural olarak hiçbir zaman kasten hareket etmeyeceği kabul edilmekteydi. Elbette ki hekim, bilerek ve isteyerek hastasının ölümüne yol açtığı anda kasten adam öldürmeden sorumlu tutulmaktaydı. Ancak kural olarak hekim mesleği gereği şifa verme maksadıyla hareket ettiğinden olası bir ölüm halinde taksirden dolayı sorumlu tutulmakta idi. Oysa Yeni Kanunda sadece hekimler için değil, herkes için ciddi bir tehdit oluşturan olası kast, son derece genel ve

hatalı bir içerikle düzenlenmiştir. Hatta ben bu kasta “olmayası kast” demekteyim ! Çünkü ilgili düzenleme biçimi son derece tehlikelidir. Maddeye göre sonucu, neticeyi öngörmek istemek ile eşdeğer olmaktadır. Oysa her öngörülen şey isteniyor değildir. Burada Giyomm Tel örneğini hatırlamakta yarar vardır. Bilindiği gibi oğlunun başındaki elmayı vurmaya isteyen Giyom Tell, hata yaptığı takdirde oğlunu vurabileceğini öngörmektedir. Ancak bu, oğlunun vurmaya istemiş olduğu anlamına gelmemektedir. Üstelik bu düzenleme biçiminin bilinçli taksirden nasıl ayrılacağı da anlaşılammaktadır. Nitekim bu husus kanunkoyucu tarafından da anlaşılammış olacak ki her iki kusurluluk biçimi için de gerekcede aynı örnek (kırmızı ışıkta geçme) verilmektedir. Kanunkoyucu olası kast tanımında, kast bakımından ileri sürülen iki önemli teoriden tasavvur teorisini benimsemiş gözükmektedir. Buna göre örneğin gece otomobil kullanmakta olan bir kişinin uykusu gelse ve o andan itibaren kaza yapabileceğini öngörüp tasavvur etse, buna rağmen yoluna devam ederken bir kişiye çarpıp ölümüne neden olsa pekala olası kast sebebiyle sorumlu tutulabilecektir. Bunun karşılığı ise 25 yıl hapis cezasıdır.

Rahmetle andığım hocalarım Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, tasavvur teorisine dayalı bir kast kabulünü eserlerinde şu şekilde ve çok çarpıcı bir biçimde ifade etmektedirler: “Bir kere böylece tarif edilen bir kastın, taksirden pek farkı kalmaz; gerçekten ihtiyatsız bir şekilde arabasını süren şoför de bir yolcuya çarpabileceğini ve onu öldürebileceğini düşünmüş ve aklından geçirmiş olabilir, fakat bu netice gerçekleştiği zaman, kendisini kasten adam öldürmeden sorumlu tutmak doğru olmaz. Aksi takdirde çağdaş hayatın giriftliği dolayısıyla hemen her hareketin kasıtlı olduğu sonucuna varmak gerekir... Tasavvur teorileri tek başına ele alındığı takdirde, iradenin alanı insan için tehlikeli sayılabilecek derecede genişlemiş olur; bu görüş bir kimsenin aklından geçirebildiği her şeyi istemiş sayılmasını gerektirecek bir sonuç verdikten başka, özellikle kastın taksirle yakınlık gösterdiği noktalarda, fiilin daima kastla işlendiği sonucuna götürür. Böylece kastla taksir arasındaki sınırları, kastın lehine olmak üzere çözümlenmek sakıncasını doğurur” ‘Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, 11.bası, İstanbul 1997, cilt II, s.211-212). Olası kastın bu düzenleniş biçimi, hekimler bakımından da büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Oysa biz Galatasaray Üniversitesi olarak olası kasta hiç olmazsa neticeyi göze alma ve kabullenme unsurlarının eklenmesini talep etmiştik ve

fakat bu dikkate alınmamıştı. Esasen olası kast, Bağdat caddesinde hızlı araç kullanma, Konya'da çöken binada ölümler olmasına bağlı olarak bir tepki olarak düzenlenmiştir. Hekimler ile ilgili olarak da benzer yakınmalar mevcuttu ve hekimlerin basit cezalarla kurtuldukları ileri sürülmekte idi. Yeni TCK'da düzenlenen olası kast ve icra suretiyle ihmal suçunun düzenlenmesi ile hekimler bakımından bu yakınmaların karşılanması da amaçlanmıştır.

Hekimler açısından gene büyük bir tehlikeyi de, kasten öldürmenin ihmal suretiyle işlenmesi halini düzenleyen Yeni TCK.nun 83.maddesinde düzenleniş biçimi ve gerekçesi oluşturmaktadır. Gerçekten buna göre belirli bir şekilde hareket etme hususunda bir yükümlüğü bulunan kişi buna aykırı hareket ile ölüm neticesine yol açarsa kasten adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır. Esasen eski kanunda benzer bir hüküm bulunmamakla birlikte bu hal doktrin tarafından da ancak belirli bir esasa göre ve sınırlı biçimde öngörülmekte idi. Hekimler açısından ilginç olan gerekçedeki bir belirlemedir. Yeri gelmişken belirtelim ki yeni kanunun gerekçeleri adeta yeni bir norm özelliği taşımakta ve zaman zaman maddenin metni ile farklılıklar ve çelişkiler arz etmektedir. Gerekçede bir sağlık kuruluşunda görev yapan bir hekimin, o sırada gelen bir hastaya müdahale etmesi gerekirken, bu müdahaleyi yapmamasına bağlı olarak kişinin ölmesi durumunda, kasten adam öldürmeden sorumlu olacağı belirtilmektedir. Kanaatimce bu son derece yanlış ve tehlikeli bir örnektir. Bu tür bir olayda, neticeden hareketle bir hekimin, o kişinin ölümünü istediği sonucunu çıkartmak hatalı ve tehlikeli bir yaklaşımdır.

Hekimin tıp biliminin kurallarına aykırı hareket ederek bir kimse- nin ölümüne yol açması veya vücut bütünlüğüne zarar vermesi halinde kural olarak taksir sorumluluğuna gidilecektir. Bu çerçevede 85.madde taksirle öldürme, 89.madde taksirle yaralamayı düzenlemektedir. Taksirle öldürme başlığı hatalıdır, zira bu ifade kastı çağrıştırmaktadır. Oysa taksirde neticeyi isteme olmadığından esas olan illiyet bağıdır ve bu durumda doğru ifade, taksirle ölüme veya yaralamaya sebebiyet vermektir. Üstelik 80 yıllık müessir fiil, yaralama haline gelmiştir. Oysa yaralama dışında da müessir fiil halleri mevcuttur, akli melekelerde karışıklık yaratmak gibi. Yani müessir fiil sadece yaralamadan ibaret değildir. Maalesef yeni kanun, yerleşik ve sorun bulunmayan terimleri dahi, yeni bir şey yapma, "orijinal olma" adına ve uğruna gereksiz yere değiştirmiş ve ceza

hukuku terminolojisini bozmuştur. Şu halde hekimlerin esas muhatap olacağı suçlar taksirle öldürme ve taksirle yaralamadır. Bu açıdan asıl bakılacak husus hekimin hakkın objektif ve sübjektif sınırları içinde hareket edip etmediğidir. Hakkın objektif sınırı ile kastedilen, hekimin tıp biliminin gereklerine uygun ve gerekli dikkat ve özen ile davranıp davranmadığı, sübjektif sınırı ise tedavi ve şifa verme maksadı ile hareket edip etmediğidir. Hekimin zararlı netice doğuran eylemi, bu iki hususa bakılarak değerlendirilecektir. Eğer hekim hakkın objektif ve sübjektif sınırını aşmış ise taksirli sorumluluğuna gidilebilecek, hatta sübjektif sınırı aştığında kastından dahi söz edilebilecektir.

Taksirin biçimleri bakımından da yeni kanunda sorunlar bulunmaktadır. Gerçekten eski kanunda taksirin kalıpları dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik ve emir ve kurallara aykırılık olarak sıralanmakta idi. Bu çerçevede örneğin hekimin hiç denenmemiş bir tedavi yöntemini uygulaması, yani mesleki cüret de acemilik olarak kabul edilmekte idi. Oysa yeni kanunda taksirin kalıpları olarak sadece dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık öngörülmüştür. Bu durumda hekimin yepyeni, denenmemiş bir tedavi biçimini uygulaması halinde bunun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık çerçevesinde taksir olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır.

Yeni Kanunda ötenazi de kabul edilmemiştir. Bu durumda hekim, acıyı dindirme saiki ile de hareket etse, kasten adam öldürmeden sorumlu olacaktır. Oysa Dönmezer Tasarısında ötenazi için bir ceza indirimi öngörülmekte idi. Ancak yeni kanun, temel felsefe olarak daha ağır cezalandırma tercihi bakımından kendi içinde tutarlı davranmıştır.

Yeni Kanunda Hekimlerin sorumlu olabileceği olduğu pek çok suç tipi bulunmaktadır. Bunları sadece isim olarak zikretmekle yetinmeyim: Tıbbi deney ile ilgili 90.madde, organ ve doku nakilleri ile ilgili 91.madde, çocuk düşürme, düşürtme ve kısırlaştırma fiilleri, akıl hastasının bakım ve gözetim yükümlülüğü ile ilgili 175.madde, sağlığa zararlı ilaç yapma ve satma, uyuşturucu maddelerin kullanımını kolaylaştırma, gerçeğe aykırı sağlık raporu düzenleme. Bu suçlarda hekim ya fail olmakta ya da hekimlik ağırlatıcı sebep olmaktadır.

Üzerinde durmak istediğim bir husus da, eski kanunda da varolan ancak yeni kanunda farklı bir içerik ile düzenlenen suçtu bildirmeme su-

çudur. Eski Kanunda bu hal 530.maddede yer almakta idi. Bu düzenlemede hekimler ve diğer sağlık görevlileri sadece kişiler aleyhine işlenen suçlarla ilgili olarak ve de sanatlarının gerektirdiği müdahaleyi yardımı yerine getirdikten, yani gerekli tedaviyi veya müdahaleyi yaptıktan sonra haber vermekle yükümlü idiler. Ayrıca bunlara bir sınırlama daha getirilmiş idi: Buna göre eğer bu haber vermeye bağlı olarak hasta bir takibata uğrayacak idiyse haber verme yükümlülüğü ortadan kalkmakta idi. Bu düzenleme son derece doğru bir düzenleme idi, çünkü yaralanan kişinin ihbar edileceği korkusu ile hekime başvurmaktan çekinmemesi gerekmektedir. Bu düzenlemede kişi hayatı ve sağlığı, suçun koğuşturulmasından daha üstün tutulmakta idi. Buna karşılık yeni kanunun 280.maddesi, “bir suçun işlendiği yönünde” demek suretiyle ihbar yükümlülüğünü kişilere karşı suçlarla sınırlamadığı ve tüm suçlara genişlettiği gibi, eski kanunda olan gerekli müdahaleyi yaptıktan sonra bildirim keyfiyeti de bulunmamaktadır. Hatta maddede “gecikme gösteren” demek suretiyle yükümlülük zaman bakımından da daha sıkı bir hale getirilmiştir ve tereddüt yaratılmıştır. Üstelik, eski kanunda varolan, ihbar sebebiyle kişinin takibata uğrama ihtimalinin varlığı halinde bildirimde bulunmama hakkı da yeni kanunda tanınmış değildir. Bunun ağır sonuçları olabilecektir. Bir kere kişiler yaralandıkları takdirde hekime gitmekte tereddüt edeceklerdir ve bu şekilde kişi sağlığı tehlikeye girecektir. Böylece yeni kanun, eskisinin aksine, suçun koğuşturulmasını kişi sağlığına nazaran üstün tutmaktadır. İkinci olarak ihbarın gerçekleşmesi halinde yahut bir başka kişi tarafından ihbarın gerçekleşmesi halinde ilgili kişi bundan hekimi sorumlu tutabilecek ve bu da hekimi tehlike altına koyacaktır. Umuyoruz ki madde, eski 530.madde gibi yorumlanır.

Yeni Kanunda intihara da özel bir önem verildiği ve ayrıntılı biçimde düzenlendiği görülmektedir. 84.maddenin gerekçesinde ilginç belirlemeler bulunmaktadır. Buna göre, intiharı önleme hususunda hukuki bir yükümlülüğü olan kişinin, bir intihar olgusuyla karşı karşıya olmasına rağmen, bu intihar girişiminin engellenmemesi, kayıtsız kalınması intihara ihmalî davranışla yardım olarak nitelendirilecektir. Bu durumda örneğin hastada intihar konusunda bir eğilimin bulunması ve hekimin de bunu anlamış olması karşısında, uygulamada bir engelleme yükümlülüğünün varlığının kabul edilmesi halinde hakem sorumlu olabilecektir. Bu durumda ise hekimlerin her hastada intihar eğilimi bulunup

bulunmadığını araştırmaları gerekliliği gibi garip ve kabul edilemez bir durum ortaya çıkabilecektir.

Görüldüğü gibi yeni TCK, tüm bireyler bakımından olduğu gibi, hekimler bakımından da ciddi riskler, belirsizlikler yaratmaktadır. Nitekim bazı hekimler şimdiden, bir takım tıbbi müdahalelere başvurma hususunda isteksiz ve tereddütlü davranmaktadırlar. Hakimlerimizin gerekli yorumlarla tereddüt ve belirsizlikleri ortadan kaldıracaklarını umudtmekteyiz.

YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA HEKİMLER HAKKINDA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

Doç. Dr. Mahmut KOCA^(*)

Giriş

Yaptırım, hukuk düzeni tarafından kişiye yüklenen yükümlülüklerle aykırı davranılmasının hukuki bir sonucudur. Bir başka ifadeyle, yaptırım, hukuk düzeninin hukuka aykırı fiillere karşı gösterdiği zorunlu bir tepki, bir karşılıktır. Dolayısıyla bir yaptırımdan bahsedilebilmesi için, kişinin hukuka aykırı bir fiilin bulunması gerekir. Ceza hukuku yaptırımlarının uygulanabilmesinin temel şartı da, suç teşkil eden bir haksızlığın gerçekleştirilmiş olmasıdır¹.

Çağdaş ceza hukuku iki şeritli bir yaptırım sistemine sahiptir. Bu şeritlerden birisini *cezalar*, diğerini ise *güvenlik tedbirleri* oluşturmaktadır. Nitekim yeni TCK'da da, suç karşılığında uygulanabilecek iki yaptırım türü olarak *cezalar* ve *güvenlik tedbirlerine* yer verilmiştir. Bu yaptırımlar suç teşkil eden bir haksızlığın işlenmesinin hukuki sonuçları olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçun esasını ise hukuk düzeninin kişiye yüklediği yasaklayıcı veya emredici normlara (davranış normlarına) aykırı davranılması oluşturmaktadır. Bir hukuk toplumunda kişiler, bu davranış normlarının muhatabı olarak, bu normlara uygun hareket etmek yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde kişinin sorumluluğu cihetine gidilmektedir.

^(*)Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Kayıhan İçel/Füsun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, İçel Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, İstanbul, 2000, s. 3 vd.; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2005, s. 255, kn. 464; aynı yönde Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 12. Bası, İstanbul, 1999, n. 1307.

Ceza hukuku yaptırımlarının uygulanmasıyla güdülen asıl amaç, bu yaptırımların suç işleyen kişi üzerinde belli fiili ve hukuki sonuçlar doğurması, bu kişiye belli etkilerde bulunulmasıdır². Bu yaptırımlardan cezanın amacı kişinin yeniden sosyalleşmesini, toplum açısından zararsız ve güvenilir bir kişi haline getirilmesini sağlamak iken; güvenlik tedbirleri gerek suç işleyen kişinin kendisini gerek toplumu belli zarar tehlikelerinden koruma amacı gütmektedir. Kişinin topluma kazandırılması amacını güden ceza yaptırımının bir kişiye uygulanabilmesi için, bu kişinin işlediği suç nedeniyle kusurlu bulunması şarttır. “*Kusursuz ceza olmaz ilkesi*”, ceza hukukunun temel prensiplerinden birisidir. Buna karşın güvenlik tedbirleri bakımından failin kusurlu bulunması gerekmez. Zira bu tedbirlerin amacı kişiyi yeniden sosyalleştirmek, yani suç işlemek suretiyle ihlal ettiği davranış normlarının sosyal düzen bakımından öneminin şuuruna erdirmeye çalışmaktır, failin kendisini toplumdan veya toplumu failin tehlikeli fiillerinden korumak ve kişiyi ıslah etmektir³.

İfade edelim ki, genel bir kanun olan Türk Ceza Kanunu’nda belli meslek gruplarına uygulanacak yaptırımlar ayrı ayrı gösterilmiş değildir. TCK’nun yaptırımları suç işleyen herkese, bu arada hekimlere de uygulanacaktır. Bu başlık altında anlatmak istediğimiz husus, hekimlik mesleğinin icrası çerçevesinde işlenen kasıtlı veya taksirli suçlardan dolayı hekimler hakkında uygulanacak yaptırımlar konusunda yeni TCK’nun düzenlemelerinin bir değerlendirmesini yapmaktır. Bu itibarla hekimin mesleğinden kaynaklanmayan suçlar ve buna uygulanacak yaptırımlar incelememizin dışında kalmaktadır.

Hekimler hakkında ceza hukuku yaptırımlarının uygulanabilmesi için de, suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi şarttır. Bu itibarla, ilk olarak, hekimlik mesleğinin icrası kapsamında gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin ne zaman ceza sorumluluğunu gerektireceğinin koşulları üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

² İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara, 2005, s.588.

³ Bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 523 vd.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku), Ankara, 2003, s. 246.

I- Tıbbi Müdahalenin Ceza Sorumluluğunu Doğurmasının Şartları

Ceza hukukunda bir fiilin cezalandırılabilmesi için, onun tipe (kanuni tarife) uygun, hukuka aykırı olması ve failin gerçekleştirdiği haksızlık nedeniyle kusurlu bulunması gerekir. Sağlığı bozulan kişilerin, hastalıklarının teşhis ve tedavisi amacına yönelik olarak vücutları üzerinde tıbbi müdahalede bulunulmasına rıza göstermeleri halinde, kanuni tanıma uygun ve fakat hukuka aykırı olmayan bir fiil söz konusudur. Hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi hekimlik mesleğinin icrasını hukuka uygun hale getirmektedir. Ancak açıklanan bu rızanın hukuken bir değer taşıyabilmesi için, uygulanacak tıbbi tedavi yöntemi hakkında hastanın yeterince bilgilendirilmiş olması (aydınlatılmış onam) gerekir. Hasta olan kişinin, maruz kaldığı hastalığın veya başka sebeplerin etkisiyle her zaman tıbbi müdahale için rıza açıklamasında bulunması mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda, hastanın rızasının olup olmadığını araştırmaya gerek olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulması hekimlik mesleğini icra eden kişiler bakımından bir yükümlülük teşkil etmektedir⁴. Nitekim 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı "Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun"un 70. maddesinde "*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)*" denilmektedir. Keza Bakanlar Kurulunun 13.1.1960 tarih ve 4/12578 sayılı kararı ile kabul edilen "Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi"nde "*Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir. Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir*" (m. 2). "*Tabip, vazifesi, ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlana-*

⁴ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 355.

mediği acil vakıalar da, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur. –Diş tabibi de kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir” denilmektedir⁵.

Bununla birlikte, hastanın rızası ve hekimin tedavi amacının varlığı tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından gerekli ise de yeterli değildir. Hekim tıp mesleğinin gerektirdiği kurallara ve son bilimsel yöntemlere uygun bir tedaviyi gerçekleştirmekle de yükümlüdür. Rıza üzerine gerçekleştirilen müdahale bu niteliğe sahipse, fiil hukuka uygundur. Bu itibarla hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi, hakkında gerçekleştirilen her türlü müdahaleyi, bu arada hekimin hatalı uygulamalarını hukuka uygun hale getirmemektedir. Hekimin yanlış teşhis veya tedavi uygulaması, tıbbi müdahale esnasında mesleğin gerektirdiği özeni göstermemesi durumunda hekimin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Bir başka deyişle, gerçekleştirildiği tarih itibarıyla tıp biliminin verilerine, son bilimsel yöntemlere uygun olmayan bir müdahale, tedavi amacıyla ve kişinin rızasıyla gerçekleştirilmiş olsa bile, hukuka uygun değildir. O halde tıbbi bir müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, müdahalenin tedavi amacıyla yapılması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve yapıldığı tarih itibarıyla tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesi aranır. Bu koşullardan birisinin olmaması halinde yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır⁶.

Buna karşın yapılan tıbbi müdahale, tıp biliminin verilerine uygun olduğu takdirde, hekimin ceza sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla tıp mesleğini icra edenlerin, kasten veya taksirle işledikleri fiillerden dolayı haklarında kanunlarda belirtilen yaptırımların uygulanabilmesi için, yapılan müdahalenin tıp biliminin o günkü verileriyle bağdaşmaması gerekir. Bu itibarla teşhis ve tedavi amacına yönelik olmayan, tedavi amacına yönelik olmakla birlikte hastanın rıza göstermediği, tedavi amacına yönelik ve hastanın rızası bulunmakla birlikte gerçekleştirildiği tarih itibarıyla tıp biliminin verilerine uygun olmayan bir tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Belirlenen ölçütlere uygun bir

⁵ Sağlık Bakanlığı “Hasta Hakları Yönetmeliği”nde (RG.: 1.8.1998, 23420) ve Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen (47. Genel Kurul, 10/11 Ekim 1998) “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları”nda da bu konulara ilişkin daha açık ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

⁶ İzzet Özgenç ile Türk Ceza Kanunu Üzerine Bir Söyleşi, Röportaj (Prof. Dr. Recep Öztürk), Sağlıkta Nabız, aktüel ve sosyal tıp dergisi, Cilt 4, Sayı 18, 2006, s. 5.

müdahale ise hukuka uygun olacak ve böyle bir müdahale yönteminin hastanın hayatı veya sağlığı bakımından risk oluşturması, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu etkilemeyecektir. Burada önemli olan, hastanın tedavi edilmemesinin onun sağlığı ve hayatı bakımından oluşturduğu risk ile belirlenen tıbbi müdahale yönteminin oluşturduğu riskin karşılaştırılması sonucunda, ikincisinin birincisine tercih edilmesidir⁷.

İşte hekimin mesleğini icra ederken uyması gereken bu normlara aykırı davranması halinde sorumluluğu cihetine gidilecektir. Bilindiği gibi suçlar kural olarak kasten, istisnai olarak da taksirle işlenirler (TCK 21/1, 22/1). Hekimlik mesleğinin icrası sırasında işlenen suçlar genellikle taksirli suç olarak ortaya çıkmaktadır. Hastalığın teşhisi ve tedavisi amacıyla yönelik olarak ve hastanın rızası üzerine yapılan tıbbi müdahalelerde, objektif olarak gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi suretiyle hastalar üzerinde yaralanma veya ölüm şeklinde zararlı sonuçlar meydana gelebilmektedir. Bu durumda hekimin taksirle yaralama (TCK m. 89) veya taksirle öldürme (TCK m. 85) suçlarından sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Ancak hekimlerin mesleklerini kötüye kullanmak suretiyle veya meslekleri gereği yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerini kasten ihmal etmeleri suretiyle kasıtlı bir suç işlemeleri de mümkündür.

Hekimlerin mesleklerini icra ederken suç teşkil eden bir fiil işlemeleri halinde ceza hukuku yaptırımlarından ceza ve güvenlik tedbirleriyle karşılaşacaklarında tereddüt yoktur.

II- Hekimler Hakkında Uygulanacak Cezalar

1- Genel Olarak

Kanunumuza göre suç karşılığında uygulanacak yaptırım olarak cezalar, sadece hapis ve adli para cezasından ibarettir (TCK m. 45). Hapis cezası ise, infaz süresi ve infaz koşulları bakımından *ağırlaştırılmış müebbet hapis*, *müebbet hapis* ve *sürelili hapis cezası* olmak üzere üçe ayrılmıştır (TCK m. 46). Bir hekim de mesleğinden kaynaklanan, mesleğinin icrası dolayısıyla kasıtlı veya taksirli bir suç işlediğinde, ilgili suç için kanunda öngörülen hapis veya adli para cezasından biriyle cezalandırılabilecektir. Bazı suçların karşılığında bu cezaların birlikte öngörülmesi mümkün olduğu gibi, seçimlik ceza olarak düzenlenmesi de mümkündür.

⁷ Özgenç, röportaj, s. 5-6.

Örneğin hastasına ötenazi uygulayan bir doktor kasten öldürme suçunun karşılığında temel ceza olarak müebbet hapis cezasıyla cezalandırılacaktır (TCK. m. 81). Kasten öldürmeyi ihmali bir davranışla işlediği takdirde, 15 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilecektir (TCK. m. 83). Taksirle bir insanın ölümüne neden olduğu takdirde 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Taksirle yaralama suçunun cezası ise 3 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır (TCK. m. 89/1). Kanunda belirtilen şartlar gerçekleşmeden insan üzerinde deney yapan bir doktor 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Aynı şekilde hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan doktorun cezası 1 yıla kadar hapidir. Ayrıca hekimler, organ ve doku ticareti (TCK. m. 91), işkence (TCK. m. 94), eziyet (TCK. m. 96), çocuk düşürtme (TCK. m. 99), kısırlaştırma (TCK. m. 101), cinsel saldırı, cinsel istismar (TCK. m. 102, 103), cinsel taciz (TCK. m. 105) gibi bir çok suçu mesleklerinin icrası dolayısıyla işleyebilirler. Keza hekimin, belgede sahtecilik suçlarını (TCK. m. 204, 205, 210/2), irtikap (TCK. m. 250), rüşvet (TCK. m. 252), görevi kötüye kullanma (TCK. m. 257), göreve ilişkin sırrın açıklanması (TCK m. 258), gerçeğe aykırı bilirkişilik (TCK m. 276), kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (TCK m. 279), sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi (TCK m. 280), suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (TCK m. 281), genital muayene (TCK m. 287) gibi suçları da görevlerinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlemeleri mümkündür.

CMK'da doktor ve sağlık mesleği mensubu olan kişilere bir çok konuda yükümlülük getirmektedir. Örneğin suç işlediği konusunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının saptanması için resmi sağlık kuruluşunda gözlem altına alınması uzman bir hekimin önerisi üzerine karar verilebilecektir (CMK m. 74). İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir (CMK m. 75/3). Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır (CMK m. 77). Bu tür yükümlülüklerin kasten ihmal edilmesi halinde hekimin ceza sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Keza yaptırılan genetik incelemelerin sonuçlarının gizli tutulması da, görevi gereği bu bilgilere vakıf olanlar bakımından bir yükümlülük olarak öngörülmüştür (CMK m. 80/1). Bu yü-

kümlülüğün ihlali TCK m 136'da düzenlenen "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçunu oluşturur. Bu suçun kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ve belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi cezayı artıran nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir (TCK m. 137).

Hekimlerin gerek kasten gerek taksirli bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmaları durumunda, bu cezanın kısa süreli olup olmadığı önem taşımaktadır. Somut olayda "hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır" (TCK m. 49/2). Kanunumuzda kısa süreli hapis cezalarının adli para cezasına veya tedbire çevrilmesi kabul edilmiştir (TCK m. 50).

2- Kısa Süreli Hapis Cezasının Seçenek Yaptırımlara Çevrilmesi

a- Genel Olarak

TCK'nun 50. maddesinin başlığı "kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar" şeklinde ifade edilmiştir. Kanunumuz ceza hukukunun yaptırımlarını cezalar ve güvenlik tedbirleri olmak üzere ikiye ayırdığına göre, 50. maddede sayılan yaptırımların ya ceza ya da güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi gerekir. Maddede sayılan yaptırımlara baktığımızda bunlardan adli para cezasının dışında kalan diğer yaptırımların tedbir olduğu görülmektedir⁸. Nitekim 50. maddenin 5 ve 7. fıkralarında bunların tedbir olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak doktrinde seçenek yaptırımlar arasında sayılan "mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi"nin suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi amacını taşıyan ve bir yaptırım olmaktan çok suç politikası ilkelerinin hayata geçirilmesi konusunda bir araç olarak değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁹.

Gördüğü eğitim, yaşadığı sosyal çevre, psişik ve ahlaki eğilimleri itibariyle ilk defa suç işleyen ve tesadüfi suçlu özelliği gösteren kişilerin,

⁸ Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), C. 1, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2006, s. 545; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, İstanbul, 2005, s. 612; Ali Rıza Çınar, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara, 2005, s. 37. 647 sayılı mülga İnfaz Kanununun 4. maddesindeki paraya çevirme dışında maddede yer alan müesseselerin tedbir olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 94; Dönmezer/Erman, II, n. 1476.

⁹ Bkz. Özbek, s. 551.

mahkum oldukları kısa süreli hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesi toplum barışı açısından bir zorunluluk göstermeyebilir. Esasen bu kişiler bakımından belli bir süreyle hapis cezasına mahkum olmakla, cezanın infaz edilmesinden beklenen cezanın uyarı fonksiyonunu ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlama amacına ulaşılmış olabilir¹⁰.

Diğer taraftan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların infaz kurumunda çektirilmesinin doğurduğu bazı sakıncalara da işaret edilmiştir. Bu cezaların süresinin kısalığı nedeniyle hükümlü hakkında infaz kurumunda uygun bir ıslah rejiminin uygulanamadığı ve dolayısıyla kişiyi ıslah etmediği, cezaevinin kötü etkileri altında kalan hükümlüyü eskisinden daha tehlikeli hale getirdiği, sosyal olarak kişiyi lekelediği ve bu nedenle bu cezalarda hükümlünün mümkün olduğu kadar cezaevine konulmasından kaçınmak gerektiği belirtilmiştir¹¹. Aleyhinde ileri sürülen bu fikirler karşısında kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine uygulanabilecek seçenek yaptırımların kabulü yoluna gidilmiş ve ülkeler bu seçenek yaptırımlara mevzuatlarında yer vermişlerdir. 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlükte olan mevzuatımızda bu seçenek yaptırımlara 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4. maddesinde yer verilmişti. 647 sayılı CİK'nun 4. maddesinde yer alan seçenek yaptırımlar yeni TCK'nun 50. maddesinde de esas itibarıyla korunmakla birlikte, bunlara yeni bazı seçenek yaptırımlar eklenmiş ve mevcut olanların etkin bir şekilde uygulanabilmesi için ilave düzenlemelerde bulunulmuştur¹². Biz burada bu seçenek yaptırımların hepsini ayrıntılarıyla inceleyecek değiliz. Bu yaptırımlardan sadece hekimlik mesleğinin icrası kapsamında işlenen suçlar nedeniyle uygulanabilecek yaptırımlar üzerinde duracağız.

Hekimlerin işledikleri kasıtlı veya taksirli suçlardan dolayı haklarında hükmedilen *kısa süreli hapis* cezasının infaz kurumunda çektiril-

¹⁰ Bkz. 50. maddenin gerekçesi.

¹¹ Bkz. **Dönmezer/Erman**, II, n. 1445; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, Yaptırım Hukuku, s. 90 vd; **Öztürk/Erdem**, s. 269, kn. 484; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 573.

¹² *Çınar*'a göre, ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımı, yeni TCK ile getirilmiş olup, daha önce yasalarımızda yer almamaktaydı (*Çınar*, s. 52). Halbuki bu tedbirler mülga İnfaz Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasının 4 ve 5. bentlerinde de açıkça düzenlenmişti. Şu kadar ki mülga İnfaz Kanunu herhangi bir suçtan dolayı hükmedilen kısa süreli hapis cezasının bu tedbirlere çevrilebileceğini öngörürken, yeni Kanun ehliyet ve ruhsatın geri alınması veya sanat ve mesleğin icrasının yasaklanması ile işlenen suç arasında bir bağlantının mevcudiyetini aramaktadır.

mesi yerine, bu cezanın adli para cezasına veya güvenlik tedbirlerinden birisine çevrilmesi mümkün olabilecektir. Hakim, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlardan birisine çevirebilir (TCK m. 50/1). Böylece kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırımlardan birine hükmetme, cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından birini oluşturmaktadır¹³ Fail hakkında hapis cezası yerine seçenek yaptırıma hükmedip hükmetmemeye; seçenek yaptırıma karar verildiğinde ise adli para cezasına mı yoksa güvenlik tedbirine mi hükmedileceğine hakim karar verecektir¹⁴. Seçenek yaptırımlardan sadece birisi ceza (adli para cezası), diğerleri ise güvenlik tedbiri niteliğindedir.

TCK m. 50/1'e göre, kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

Adli para cezasına,

Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine,

En az iki yıl süreyle bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkum olunan cezanın yarısından bir katma kadar

¹³ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 645; Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 1997, s. 784.

¹⁴ Ancak "daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşuluyla, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile, fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkum edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir." (TCK m. 50/3). Bu durumlarda mahkemenin hapis cezasını seçenek yaptırımlara çevirip çevirmeme konusunda takdir yetkisi yoktur.

süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.

Bu düzenlemeye göre, işlediği suçtan dolayı hakkında kısa süreli hapis cezasına hükmedilen kişinin bu cezası adli para cezasına veya maddede sayılan güvenlik tedbirlerinden birisine çevrilebilecektir. İfade edelim ki, hakim, kısa süreli hapis cezasını mutlaka maddede sayılan yaptırımlardan birine çevirmek zorunda değildir. Hakim bu konuda takdir yetkisine sahip olup, bu yetkisini kullanırken maddede belirtilen kriterleri göz önünde bulunduracaktır. Hapis cezasının yerine güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda, faile ayrıca ceza verilmeyecektir. Bu seçenek yaptırımlardan a), b) ve e) bentlerinde belirtilen ceza ve tedbirlere, hekimlerin mesleklerinin icrası kapsamında işlenen suçlardan dolayı mahkum olunan hapis cezası yerine hükmedilmesi mümkün gözükmemektedir. Diğer seçeneklerin ise hekimler bakımından uygulanma kabiliyeti zordur.

Maddede sayılan tedbirlerden f) bendinde belirtilen "*kamuya yararlı bir işte çalıştırılma*" tedbirinin de kısa süreli hapis yerine seçenek bir yaptırım olarak hekimler hakkında uygulanması söz konusu olabilir. Sözgelimi suç işleyen ve kısa süreli hapis cezasına mahkum edilen bir hekimin gönüllü işe bir sağlık kuruluşunda halkın sağlığı bakımından bir tarama hizmetine gönderilmesi mümkündür. Bununla birlikte, hekimlik mesleğinin sağladığı hak ve yetkileri kötüye kullanan veya dikkat ve özeni göstermeyen bir hekimin tekrar bir sağlık hizmetiyle görevlendirilmesinin mümkün olup olmayacağı tartışılabilir. Kanaatimizce kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirinin bir hekim hakkında uygulanabilmesi için işlediği suçun hekimlik mesleğinin sağladığı yetkilerin kötüye kullanılmasından veya dikkat ve özen eksikliğinden kaynaklanmaması gerekir. Aksi takdirde güvenlik tedbirlerinin amaçlarından birisi olan toplumun korunması gayesine aykırı hareket edilmiş olunur. Hekimin belirtilen nitelikte olmayan suçları bakımından bu tedbire hükmedilmesi ise mümkün olmalıdır. Örneğin aracıyla giderken bir yayaya çarparak yaralanmasına sebebiyet veren hekim hakkında hükmedilen kısa süreli hapis cezası kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine çevrilebilir.

Uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir (TCK m. 50/5). Bu itibarla, daha sonra işlenecek suçtan dolayı hükmedilen hapis cezasının ertelenmesi veya tekerrür bakımından, hapis cezası yerine ikame edilen adli para cezası veya güvenlik tedbiri dikkate alınacaktır. Zira hakkında seçenek yaptırımlardan birine hükmedilen kişinin bu yaptırımın gereklerine uygun hareket etmesi durumunda, bu ceza infaz edilmeyecek ve kişi açısından bu cezaya mahkumiyete bağlı hukuki sonuçlar doğmayacaktır.

Aşağıda seçenek yaptırımlardan adli para cezası ve ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma tedbirleri üzerinde durulacaktır.

b- Hapis Cezasının Adli Para Cezasına Çevrilmesi

Hekimler hakkında önem taşıyan ilk seçenek yaptırım adli para cezasıdır. Kanunumuza göre, kısa süreli hapis cezasının diğer bir ceza olan adli para cezasına çevrilebilmesi mümkündür. Ancak taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların da varlığı halinde adli para cezasına çevrilebilecektir. Fakat bu hüküm bilinçli taksir halinde uygulanmaz (TCK m. 50/4). Bu durumda kasten veya bilinçli taksirle işlenen suçlardan dolayı hükmedilen hapis cezası ancak kısa süreli, yani bir yıl veya daha az süreli hapis cezası olduğu takdirde adli para cezasına çevrilebilecektir. Buna karşın bilinçsiz taksirle işlenen suçtan dolayı hükmedilen hapis cezası uzun süreli de olsa, yani bir yıldan fazla da olsa (örneğin 5 yıl veya 10 yıl) bu cezanın adli para cezasına çevrilmesi mümkündür. Fakat hakim, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere bakarak çevirme yapıp yapmamayı takdir edecektir.

Hekimlerin uygulamada daha çok taksirli suçları işledikleri göz önüne alındığında, bu suçlardan hükmedilen cezanın uzun süreli de olsa adli para cezasına çevrilebilmesinin mümkün olması önem arz etmektedir. İfade edelim ki, bu durum yeni Kanunun getirdiği bir yenilik olmayıp, eski İnfaz Kanununda da mevcuttu. Yine bilinçli taksirle işlenen suçlardan dolayı hükmedilen uzun süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmeyeceğine ilişkin hüküm de, 8.1.2003 tarih ve 4785 sayılı Kanunla mevzuatımıza girmişti.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, suçun tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenек olarak öngöröldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse, bu ceza artık adli para cezasına çevrilemeyecektir (TCK m. 50/2). Örneğin hatalı tedavi yöntemi uygulamak veya ameliyat sırasında hastanın karnında makası unutmak suretiyle, hastanın sağlığının bozulmasına sebebiyet vererek taksirle yaralama suçunun basit şekli (TCK m. 89/1) işleyen bir hekim hakkında hakim ya üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasından birini seçmek durumundadır. Şayet bu aşamada adli para cezasını değil de hapis cezasını tercih etmişse, artık bu cezayı adli para cezasına çeviremeyecektir. Ancak maddede belirtilen tedbirlerden birisine çevirmesi mümkündür.

Hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine karar verildiğinde mahkeme tarafından şu yöntem izlenmelidir. Yeni TCK'da adli para cezasının hesaplanmasında *gün para cezası sistemi* kabul edilmiştir (TCK m. 52). Adli para cezasının belirlenmesinde iki unsur önem taşımaktadır. Birincisi gün sayısının belirlenmesi, ikincisi ise bir günün karşılığını oluşturan para miktarının takdir edilmesidir. Kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesinde birinci unsur olan gün sayısı belirlenirken, kişinin mahkum olduğu hapis cezasının süresi esas alınacaktır. Burada yalnızca bir günün karşılığını oluşturan parasal miktarın tayini önemlidir. Mahkeme kişinin ekonomik ve diğer şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, bir gün karşılığı ödeyebileceği para miktarını, yirmi Türk Lirasından az ve yüz Türk Lirasından fazla olmamak üzere takdir edecektir. Gün sayısı ile bir gün karşılığı takdir edilen para miktarının çarpımı sonucunda, kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilecek adli para cezası bulunacaktır. Örneğin hükmedilen bir yıl hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine karar verildiğinde; bir günün karşılığının 50 TL olarak takdir edildiğini varsayarsak, $365 \times 50 = 18.250$ TL. olarak adli para cezasına çevrilmiş olacaktır. Hapis cezasından çevrilen adli para cezası yeni sisteme göre ertelenemeyecektir.

Kısa süreli hapis cezası yerine hükmolunan adli para cezasının (veya tedbirin) gereklerinin yerine getirilmemesinin hukuki sonuçları da 50. maddenin 6. fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre hüküm kesinleştikten sonra C. Savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenек yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, *hükümü veren mahkeme kısa süreli*

hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Artık bu durumda, uygulamada kısa süreli hapis cezası esas alınacaktır.

Dolayısıyla kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi, bu cezanın infazı ve adli para cezasının yerine getirilmemesi halinde ne yapılacağı 5275 sayılı Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 106. maddesine göre değil, TCK'nun 50. maddesine göre belirlenecektir.

c- Hapis Cezasının Ehliyet ve Ruhsat Belgelerinin Geri Alınması veya Belli Bir Meslek veya Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Tedbirine Çevrilmesi

Güvenlik tedbirlerinin amaçlarından birisi de, suç oluşturan fiili işleyen kişiden *toplumun korunmasıdır*. 50. maddenin 1. fıkrasının e bendinde gösterilen ve kısa süreli hapis cezası yerine *"ehliyet ve ruhsat belgesinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma"* tedbiri de bu amaca hizmet eden bir güvenlik tedbiridir¹⁵.

Hekimlerin mahkum oldukları kısa süreli hapis cezası yerine uygulanabilecek seçenek yaptırımlardan birisi de 50. maddenin 1. fıkrasının e) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, kısa süreli hapis cezası *"sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar suç işlenmiş olması durumunda; mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya"* çevrilebilir. Bu hükme göre bir hekim, hekimlik mesleğinin sağladığı hak ve yetkileri kötüye kullanarak veya bu mesleğin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak suç işlemişse ve bu suçtan dolayı da kısa süreli hapis cezasına mahkum olmuşsa, mahkeme, bunun yerine, hekim hakkında, mahkum olduğu kısa süreli hapis cezasının yarısından bir katına kadar süreyle hekimlik mesleğini yapmaktan yasaklamaya hükmedebilir.

Burada ilk olarak hem kasten hem de taksirle işlenen suçlardan dolayı mahkum olunan kısa süreli hapis cezası yerine belirtilen tedbirlerin uygulanabileceğini belirtmek gerekir. Ancak getirilen yeni düzenlemede

¹⁵ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 610.

bu seçenek yaptırımlara başvurulabilmesi, kasten veya taksirle işlenen herhangi bir suçun işlenmesine değil, bunların sağladığı hak ve yetkilerin kötüye kullanılması veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması koşuluna bağlanmıştır. Bu nedenle, suçun ehliyet ve ruhsatla ya da meslek ve sanatın icrasıyla bağlantılı olması halinde, ehliyet ve ruhsatların geri alınması ya da meslek ve sanatın yasaklanması yaptırımına hükmedilecektir. Halbuki eski İnfaz Kanununda bu seçenek yaptırıma hükmedilebilmesi bakımından böyle bir bağlantı aranmamıştı. Bununla birlikte doktrin ve uygulamada bu tedbirlere hükmetmek bakımından sözü geçen bağlantının varlığının aranması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶.

Sağlanan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlara örnek olarak, hekimin muayene yetkisini kötüye kullanarak hastasına cinsel saldırı veya cinsel tacizde bulunması (TCK m. 102, 105), hastaya ait kişisel verileri görevini kötüye kullanmak suretiyle bir başkasına vermesi (TCK m. 136), hukuka aykırı olarak bir kadının çocuğunun düşürtülmesi (TCK m. 99), kişilerin rızası olmaksızın kısırlaştırılması (TCK m. 101), bir suçun delillerinin yok edilmesi veya gizlenmesi (TCK m. 281), hakim ve savcı kararı olmadan genital muayene yapılması (TCK m. 287) gösterilebilir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ise hekimlerin mesleklerini icra ederken işleyecekleri taksirli suçlarda söz konusu olabilecektir. Ancak belirtilen suçlardan dolayı hekim hakkında meslekten yasaklanma tedbirinin uygulanabilmesi için, bu suçlardan dolayı bir yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum olması gerekir. Şayet somut olayda failin aldığı ceza bir yıldan fazla ise bunun tedbire çevrilmesi mümkün değildir. Bu durumda bu tedbirler ceza mahkumiyetinin bir sonucu olarak karşımıza çıkacaktır (TCK m. 53/f. 5, 6).

Ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma tedbirinin süresi, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar olabilir. Bu durumda tedbirin süresi mahkum olunan cezanın yarısından az, bir katından fazla olamayacaktır. Bir kattan maksat, kanaatimizce hükmedilen ceza süresine bir o kadar daha sürenin

¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 98.

eklenmesi demektir¹⁷. Örneğin hükmedilen bir yıl hapsin bir katı, iki yıldır. Bu tedbire kısa süreli hapis cezası yerine hükmedileceğine göre, geri alma veya yasaklamanın azami süresi de en fazla iki yıl olabilecektir. Örneğin mesleğini icra ederken taksirle yaralama suçunun basit şeklini (TCK m. 89/1) işleyen bir hekim, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılabilir. Bu suçtan dolayı hakim 10 ay hapis cezasına hükmetse, bu cezanın cezaevinde infazı yerine, 5 aydan 20 aya kadar bir süreyle mesleğin icrasının yasaklanmasına karar verilebilecektir. Bu iki sınır arasındaki miktarı hakim belirleyecektir. Tedbirin süresinin bu şekilde yorumlanması, hak yoksunluğuna ilişkin sürelerle de paralellik gösterecektir.

Bu tedbirin yerine getirilmesini sağlama görevi, gerektiğinde kolluk ve ilgili diğer makamlarla da işbirliği yaparak 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununa¹⁸ göre kurulan şube müdürlüklerine aittir (5402 s. K., m. 14, f. 1, b. a/3).

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün¹⁹ 51. maddesinin 5. fıkrasında bu tedbirin ne şekilde infaz edileceği gösterilmiştir. Buna göre, ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının infazı, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, hükümlünün ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanması şeklinde yerine getirilir. Bu çerçevede, kesinleşen ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımını içeren ilâm,

¹⁷ Özbek aksi kanaattedir ve Yazara göre tedbirin süresi hükmedilen hapis cezasının süresini geçemez. Örneğin taksirle adam öldürme suçunu işleyen bir sürücüye bu suçundan dolayı üç yıl hapis cezasına hükmedildiğinde, sürücü belgesi en az 1,5 yıl, en fazla 3 yıl için geri alınabilir (Özbek, İzmir Şerhi, s. 554). Kanaatimizce bu örnek hatalıdır. Öncelikle söz konusu tedbire ancak hükmedilen kısa süreli hapis cezası yerine karar verilebilir. Dolayısıyla üç yıl hapis cezasının (taksirli suçtan dolayı da verilse) tedbire çevrilmesi mümkün değildir. Ayrıca tedbirin süresinin hükmedilen cezanın süresini geçemeyeceğine ilişkin yasa da bir açıklık yoktur. Bu sonuca maddede geçen "bir katına kadar" ifadesinden hareketle ulaşmak da mümkün değildir. Bu ifadeye Kanunda farklı suç tiplerinde de yer verilmiştir. Örneğin "Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu"nun nitelikli hallerinin olayda gerçekleşmesi halinde (TCK m. 109/3), suçun temel şekline göre verilecek ceza bir kat artırılacaktır. Eğer bir katı ifadesini hükmedilen ceza kadar anlarsak, nitelikli hallerin varlığı anlamsız olacaktır.

¹⁸ Kabul tarihi 3.7.2005; RG. 20.07.2005, 25881.

¹⁹ Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi 20.3.2006, 2006/10218, RG.06.04.2006.

Cumhuriyet başsavcılığına verilir. Cumhuriyet başsavcılığınca, ilâm denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir. Bu birim tarafından yapılacak tebligatta on gün içinde hükmünün kararın infazı için başvurusu istenir. Başvurusu halinde hükmüye belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma yaptırımının infaz şekli bildirilir. Hükümünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on gün içinde gelmemesi ve otuz gün içinde seçenek yaptırımın infazına başlanmaması hâlinde durum Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile mahkemeye bildirilir. Mahkeme de TCK m. 50/6'ya göre hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verecektir.

III- Hekimler Hakkında Uygulanabilecek Güvenlik Tedbirleri

1- Genel Olarak

Yeni TCK'nun düzenleme şekli dikkate alındığında güvenlik tedbirini, "*işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımı*" olarak tanımlamak²⁰ mümkündür.

Güvenlik tedbirleri, ceza hukukunun yaptırım sisteminin ikinci şeridini oluşturmaktadır. Cezaya olduğu gibi güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için de bir suçun işlenmesi gerekir. Ancak ceza yaptırımı bakımından işlenen suç nedeniyle kişinin kusurlu bulunması şart iken; güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için kişinin işlediği suç dolayısıyla kusurlu bulunması şart değildir. Ceza kusura dayandığı halde, güvenlik tedbirleri tehlikelilik haline dayanır. Bununla birlikte güvenlik tedbirlerinin uygulanma alanı yalnızca kusur yeteneği olmayan ve toplum barışı açısından tehlikeli olan faille sınırlı olmayıp, işlediği suç nedeniyle kusurlu bulunan kişilere de, cezanın yanı sıra (*ikili sistem*) veya cezanın yerine (*ikame sistemi*) bir güvenlik tedbiri hükmedilebilir²¹. Bu iki yaptırımın niteliğinin farklı olması nedeniyle, fail hakkında işlediği

²⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 609; aynı yönde bkz. İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/ Ünver, Yaptırım Teorisi, s. 130. Tanım konusunda ayrıca bkz. Ayşe Nuhoglu, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara, 1997, s.7 vd.

²¹ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/ Ünver, Yaptırım Teorisi, s.131. Güvenlik tedbirlerinin uygulanış şekilleri hakkında bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 266 vd.

suçtan dolayı her iki yaptırıma birden hükmedilmesi, *non bis in idem* kuralına aykırılık oluşturmaz²².

Güvenlik tedbiri suç işleyen kişi hakkında, koruma ve iyileştirme amacıyla uygulanabilir. Güvenlik tedbiri, suç işleyen kişinin çevresine veya ailesine karşı korunması amacıyla uygulanabileceği gibi, bu kişiden toplumun korunması amacıyla da uygulanabilir. Keza bu tedbire suç teşkil eden fiili işleyen kişinin iyileştirilmesi, eğitilmesi ve ıslahı amacıyla da başvurulabilir²³. Güvenlik tedbirleri, tamamen geleceğe yönelik olduklarından, işlenen suç ile değil, failin tehlikeliliği ile orantılı olmalıdır²⁴.

Yeni TCK'nun 53 ve devamı maddelerinde güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Bunlar belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (m. 53), eşya müsaderesi (m.54), kazanç müsaderesi (m. 55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m. 56), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (m. 57), mükerrirlere ve diğer özel tehlikeli suçlulara özgü güvenlik tedbirleri (m. 58), sınır dışı edilme (m. 59) ve tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleridir (m. 60). Ayrıca yukarıda belirttiğimiz gibi kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak öngörülen güvenlik tedbirleri de söz konusudur (m. 50).

Biz burada sadece hekimler bakımından mesleklerinin icrası kapsamında işleyecekleri suçlar nedeniyle karşılaşılacak olan *belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma* tedbiri üzerinde duracağız. Bu çerçevede *meslekten yasaklanma* tedbirini özel olarak ele alacağız.

2- Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (m. 53)

a- Genel Olarak

TCK'nun 53. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere suç, aynı zamanda, toplumdaki kişiler arasında mevcut olan güven esasına dayalı ilişkiyi ihlal etmekte; suç işleyen kişi toplumun kendisine duyduğu güveni yitirmektedir. Bu nedenle, suç işleyen kişi özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır.

²² İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/ Ünver, Yaptırım Teorisi, s. 131; Nuhoglu, s. 59; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 635; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2005, s. 482.

²³ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 633.

²⁴ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Baskı, Ankara, 2005, s. 387; Demirbaş, s. 481.

Kişinin işlediği suç nedeniyle belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilmesi için, kural olarak işlediği suçun *kasıtlı bir suç* olması ve ayrıca bu suçtan dolayı yine kural olarak *hapis cezasına* mahkum olması gerekir.

53. maddenin 1. fıkrasında, işlediği suç dolayısıyla kişinin hangi haklardan yoksun bırakılacağı sayma yöntemiyle ve sınırlı olarak belirlenmiştir. Bunlar, a) sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesi b) Seçme ve seçilme ehliyeti ve diğer siyasi hakları kullanma, c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunma, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmak, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmek haklarıdır. Suç işleyen kişinin bu haklardan yoksun bırakılabilmesi için, mahkemenin karar vermesine gerek yoktur. Zira hak yoksunluğu, kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkemenin hükmünde hak yoksunluğunu göstermemiş olması, hükümlü bakımından kazanılmış hak oluşturmaz²⁵.

Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında hak yoksunluğu doğmayacaktır (m.53/4). Dolayısıyla kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmesi ile bu cezanın ertelenmesi arasında fail bakımından bir farklılık yoktur. Zira her iki durumda da hak yoksunluğu söz konusu olmayacaktır.

Hak yoksunluğu, kural olarak, cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam eder. Erteleme ve koşullu salıverme halinde cezanın infazı devam ettiği için, kural olarak bu hallerde de hak yoksunluğu sürecektir. Ancak kanunda, hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından hak yoksunluğunun doğmayacağı kabul edilmiştir. Keza mahkeme, hapis cezası ertelenen hükümlünün, mesleğini kendi sorumluluğu altında yürütmesine de karar verebilecektir. İfade edelim ki, bu hususlar da ancak kasten işlenen bir suçtan dolayı hükmedilen hapis cezasının

²⁵ Erem/Danışman/Artuk, s. 864; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2005, s. 359.

ertelenmesi bakımından söz konusu olabilir. Zira Kanunumuzda taksirli suçlardan dolayı verilen mahkumiyetin kural olarak hak yoksunluğunu doğurmayacağı kabul edilmiştir. Bu itibarla taksirli bir suçtan dolayı hükmedilen hapis cezası ertelenen kişi, mahkeme tarafından ayrıca 53. maddenin 6. fıkrasına göre meslekten yasaklanma tedbirine hükmedilmemişse, herhangi bir hak yoksunluğuna tabi olmayacaktır. Örneğin taksirle bir hastasının ölümüne sebebiyet veren doktor hakkında iki yıl hapis cezasına hükmedilmesi (TCK m. 85/1) ve bu cezanın diğer koşulların da gerçekleşmesi nedeniyle mahkeme tarafından ertelenmesi halinde (bkz. TCK m. 51), mahkeme tarafından meslekten yasaklanma kararı verilebilmesi dışında, herhangi bir hak yoksunluğu söz konusu olmayacaktır.

b- Bir Güvenlik Tedbiri Olarak Meslek ve Sanatın İcrasının Yasaklanması

Yeni TCK'da gerek kasten gerek taksirle işlenen bir suçtan dolayı mahkumiyetin sonucu olarak meslek ve sanatın icrasının yasaklanması tedbirine yer verilmiştir. Ancak bu tedbire hükmetmenin şartları, kasten ve taksirle işlenen suçlar bakımından farklı bir şekilde belirlenmiştir. Esasen kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak kişilerin hangi haklardan yoksun kalacakları ve bunun şartlarını yukarıda belirlemiştik. Kanunumuza göre kasıtlı bir suçtan hapis cezasına mahkumiyete bağlı hak yoksunluğu kural olarak belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Hak yoksunluğu mahkumiyetin kesinleşmesiyle başlamakta ve mahkum olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam emektedir²⁶. Fakat maddenin birinci fıkrasında sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkumiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir. O halde yeni sisteme göre, cezanın infazından sonra hak yoksunluğunun söz konusu olabilmesi için, 1- İşlenen suçun kasıtlı bir suç olması, 2- Bu suçun maddenin birinci fıkrasında belirtilen hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi, 3- Bu suçtan dolayı failin hapis cezasına

²⁶ Ancak 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun Geçici 2. maddesinde getirilen düzenleme ile özel kanunlardaki hükümler saklı tutulduğu için, bu kanunlarda *affa uğramış olsalar* bile ibaresinin yer aldığı hükümler geçerliliğini sürdürmektedir.

mahkum olması, ve 4- Mahkemenin karar vermesi, koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Hekimlik mesleğinin icrası da, maddenin birinci fıkrasında sayılan hak ve yetkilerden biridir. Hekim, mesleğini ister bir kamu kurum veya kuruluşunda icra etsin, ister serbest meslek mensubu olarak çalışsın; hekimlik mesleğinin verdiği hak ve yetkileri kötüye kullanmak suretiyle bir suç işlediğinde, şayet bu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmuşsa cezanın infazından sonra da belli bir süre bu hak ve yetkisini kullanması yasaklanacaktır. Görüldüğü gibi, hapis cezasının infazından sonra yasaklanacak olan husus yalnızca kötüye kullanılan hak ve yetkidir. Diğer haklar bakımından bir yasaklama söz konusu değildir²⁷. Ayrıca hapis cezasının infazından sonra bu yasağın söz konusu olabilmesi için, mahkemenin kararı gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, infaz sonrası yasak, ceza mahkumiyetinin kanunî bir sonucu değildir. Hak ve yetkisini kötüye kullanarak suç işleyen kişiye karşı toplumun bu sebeple kaybettiği güvenin tekrar tesis edilebilmesi için, meslekten yasaklanma tedbiri bir süre daha devam edecektir. Böylece mahkum olunan hapis cezasının kişinin yeniden sosyalleşmesi bakımından yetersiz kalacağı kabul edilerek, güvenlik tedbiriyle desteklenmesi yoluna gidilmiş olmaktadır.

Örneğin bir hekim, kanunda belirtilen koşullara aykırı bir şekilde kürtaj yaptığı için (TCK m. 99/2) iki yıl hapis cezasına mahkum edilmiş olsun. Hekim bu suçu, bir kamu görevinin üstlenilmesi veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun (Türk Tabipler Odası) iznine tâbi hekimlik mesleğini kendi sorumluluğu altında icra etme hakkını kötüye kullanmak suretiyle işlemiş olabilir. Böyle bir durumda hekim, hekimlikle birlikte maddede sayılan diğer haklardan iki yıllık cezası infaz edinceye kadar yoksun kalacaktır. Bunun için mahkemenin karar vermesine gerek yoktur ve iki yıllık hapse muhkumiyetin kanuni sonucu olarak bu yoksunluk doğmaktadır. Ancak mahkeme hekim hakkında infazdan sonra da hak yoksunluğunun belli bir süre daha devam etmesine karar vermek zorundadır. Dolayısıyla infazdan sonra hak yoksunluğu mahkumiyetin kanuni sonucu olmayıp, mahkemenin kararına dayanmaktadır. Bu durumda mahkeme cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan iki yıllık hapis cezası süresinin yarısından bir katına kadar bu hak ve

²⁷ Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, s. 747.

yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verecektir. İki nokta önemlidir. Birincisi mahkeme *sadece kötüye kullanılan hak ve yetkinin* infazdan sonra yasaklanmasına karar verecektir. İkincisi ise bu konuda mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Örneğimizde hükmolunan hapis cezası iki yıl olduğuna göre, bu cezanın yarısı olan bir yıl ila bir katı olan 4 yıl arasında belirlenecek bir süre daha, cezanın infazından sonra fail hekimlik mesleğini yapmaktan yasaklanacaktır. Böylece hekimlik mesleğinin verdiği hak ve yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle suç işleyen kişiye hukuk düzeninin değerleri etkin bir şekilde hatırlatılmış olacaktır²⁸.

Şayet bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkum olunmuşsa, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar, bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

İfade edelim ki, hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçtan dolayı hükmedilen hapis cezası ertelenmiş (TCK m. 51) olsa dahi, mahkeme bu hak ve yetkinin infazdan sonra belli bir süre daha kullanılmasının yasaklanmasına karar vermek zorundadır. Ertelemenin niteliğinin değiştirilmesi nedeniyle, bu konuda herhangi bir tereddüt doğmamalıdır. Ertelenen hapis cezası, deneme süresinin bitmesiyle infaz edilmiş olduğundan, hak ve yetkiyi kullanma yasağı da infazdan itibaren başlayacaktır. Şüphesiz bu durumda 53. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi uygulama alanı bulmayacaktır. Yani hak ve yetkisini kötüye kullanarak suç işleyen ve mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlüye, de-

²⁸ İfade edelim ki 1219 sayılı "*Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun*" (m. 28) bazı cezalara mahkumiyetin kanuni sonucu olarak meslekten men ve diplomalarının alınmalarını bir güvenlik tedbiri olarak öngörmüştür. Buna göre "*Ağır hapis veya beş seneden fazla hapis veya müebbeden hıdamatı ammeden memnuiyet veya meslek ve sanatı sui istimal suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olan....tabipler....icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır*". Özel Kanun olan 1219 sayılı Kanundaki bu hükmün, hekimler hakkında halen uygulanması mümkündür. Her ne kadar maddede yer alan bazı yaptırımlara yeni TCK'da yer verilmemişse de, 1219 sayılı Kanunda değişiklik yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar TCK'ya aykırı bu hükümler geçerliliğini sürdürecektir. 1219 sayılı Kanunun bu hükmü belirtilen tarihe kadar değiştirilmediği takdirde, madde tümüyle ilga olacak değildir.

neme süresi içinde mesleğini kendi sorumluluğu altında icra etme yetkisi verilemez. Hakim cezası ertelenen hükümlüye bu imkanı ancak, işlenen suçun mesleğin kötüye kullanılmasıyla bir ilgisinin olmadığı hallerde vermelidir.

Kanunumuzda meslekten yasaklanma tedbiri yalnızca kasıtlı suçlardan dolayı değil, taksirle işlenen suçlardan dolayı mahkumiyet halinde de kabul edilmiştir. Taksirli fiillerde sorumluluk problemi ve taksirli fiillerden dolayı yaptırımın ne olması gerektiği konusunda değişik fikirler ileri sürülmekle birlikte²⁹, bugün genel kabul gören görüş taksirli fiillerin de suç oluşturabilecekleri ve bu nedenle suça ilişkin yaptırımların bu fiiller hakkında da uygulanması gerektiği yönündedir. Toplum tarafından fertlere yüklenilmiş dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle kanuni tanıma uygun bir neticeyi gerçekleştiren kişinin cezai sorumluluğunun gerektiği konusunda bugün artık tereddüt edilmemektedir³⁰. Gerçekten günümüzdeki sosyal yaşantıda taksirli fiillerin cezai yaptırımla karşılanması gerektiği bir zorunluluk olarak görülmektedir. Genel olarak taksirli fiiller için kabul edilmesi gereken cezai sorumluluğun belirli meslek mensupları bakımından da bulunması gerektiğinde şüphe yoktur. Yani kişilerin mesleklerini icra ederken gerçekleştirdikleri taksirli fiillerden doğan neticelerden sadece medeni hukuk veya disiplin hukuku yaptırımları ile yetinilmesi doğru değildir³¹.

Taksirli fiillerin ceza yaptırımıyla karşılanması yanında, toplumun korunmasını sağlamak ve gittikçe artan taksirli suçları önlemek bakımından güvenlik tedbirlerinin de bu fiillere uygulanacak yaptırımlar sisteminde yer alması gerekir. Çünkü taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne riayetsizlik teşkil eden tehlikeli ve iradi bir hareket vardır. Dolayısıyla bu tür tehlikeli hareketlere engel olucu tedbirlere başvurmak, taksirli suçların tekrarlanmasını önlemeye yardım edecektir³². Bu durum özellikle, belirli meslek ve sanatların icrası sırasında işlenen taksirli suçlar bakımından daha da önemlidir. Şöyle ki, görevinin anlamını ve mesleğindeki kuralları bilmeyen bir meslek mensubunun taksirli hareketleri

²⁹ Bu görüşler hakkında bkz. **Kayhan İçel**, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul, 1967, s. 235.

³⁰ **İçel**, s. 235.

³¹ **İçel**, s. 236.

³² **İçel**, s. 236-237.

ile meydana getirdiği zararların tekrarlanmasını sadece ceza yaptırımını engelleyemez. Örneğin hastayı sakat bırakan ilaçları yapan fabrikatör, inşa ettiği binanın çökmesi yüzünden birçok insanın ölümüne sebep olan mimar, direksiyon başında uyuması sonucu büyük bir kazaya yol açan şoför, tıp biliminin verilerine uygun olarak tıbbi müdahalede bulunmayan doktor ceza müeyyidesine tabi tutulsalar dahi, mesleki faaliyetlerinin devamı sırasında bu gibi olayların tekrarından hep endişe edilmelidir. Bu sebeple, taksirli suçlar bakımından da gerekli güvenlik tedbirlerini uygulamak gözden uzak tutulmayacak bir gerçektir³³.

Taksirli suç faillerine uygulanabilecek güvenlik tedbirleri çeşitli olmakla beraber, özellikle failin meslek ve sanatının icrasını engellemek ve faile ait ehliyet ve ruhsatnameleri geri almak gibi tedbirlerin özel bir önemi vardır³⁴. Nitekim Kanunumuzun 53. maddesinin 6. fıkrasında, belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde, güvenlik tedbiri olarak, belli bir süre için bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebileceği öngörülmüştür. Kanun koyucu, cezanın yanında güvenlik tedbirine hükmedip etmemeyi hakimın takdirine bırakmıştır. Şüphesiz hakim, bu değerlendirmeyi yaparken, failin taksire dayalı kusurunun ağırlığını, toplum düzeninin devamı bakımından korunması gereken değerler karşısında failin tutumunu dikkate alacaktır. Failin muhtemel zararlı fiillerinden başka insanların da etkilenmesini engellemek gerekecektir.

Böylece Kanunumuzda, esasında hak yoksunluğu kural olarak kasten işlenen suçlardan dolayı mümkün olmakla birlikte, istisnai olarak bu fıkra da tanımlanan taksirli suçlar bakımından da kabul edilmiş olmaktadır³⁵. Ancak Kanunda her türlü taksirli davranış halinde güvenlik

³³ İçel, s. 237.

³⁴ İçel, s. 237.

³⁵ İfade edelim ki, 765 sayılı TCK'da kamu hizmetlerinden yasaklılık ve belirli bir meslek ve sanatın icrasının yasaklanması hem cürüm ve kabahatlere özgü bir ceza(m.11), hem de ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak düzenlenmişti (m.31, 35). Kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası ömür boyu veya geçici olarak öngörülmüştü. Beş seneden fazla ağır hapse mahkumiyet müebbeden kamu hizmetlerinden yasaklılığı gerektiriyordu (m. 31). Geçici olarak kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası üç aydan üç yıla kadar haklardan yoksunluğu doğuyordu (m. 20). Muayyen bir meslek ve sanatın tatili cezası asli ceza veya kanunda aksi belirtilmemişse ferî ceza olarak tatbik edildiğinde üç günden iki seneye kadardı (m. 25). Meslek veya sanatın icrasının yasaklanması ceza mahkumiyetinin neti-

tedbirlerinin uygulanabileceği kabul edilmemiş, işlenen taksirli suçun belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanması aranmıştır. Böylece belli bir meslek ve sanatı icra eden veya araç kullanan kişilerin taksirli fiillerinin toplum bakımından daha çok tehlikeli sonuçlara yol açabileceği gerçeğinden hareket edilerek, bunların tekrarlanmasını önleyici tedbirlere yer verilmiştir. Sözelimi bir hekimin mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması (örneğin bir cerrahın ameliyat için yeterince hijyenik olmayan bir yerde cerrahi müdahalede bulunması veya mesleki cüret göstermesi) sonucu bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yol açması halinde işlediği taksirle öldürme (TCK m. 85) veya taksirle yaralama (TCK m. 89) suçundan dolayı mahkumiyet halinde, üç ay ile üç sene arasında bu meslek ve sanatın icrasından yasaklanabilir. Yasaklama hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar. Sözelimi taksirle öldürmeden dolayı 2 yıl hapis cezasına mahkum olan bir doktor, bu cezasını tümüyle çektikten sonra, üç ay ile üç yıl arasında bir süre ile hekimlik mesleğinin icrasından yasaklanabilir. Görüldüğü gibi bu durumda meslek yasağı hakimın takdirine bırakılmıştır. Hakim bu takdir hakkını kullanırken, mesleğin yasaklanmaması halinde bu kişinin mesleğini icra suretiyle başka zararlı sonuçlara yol açma tehlikesinin olup olmadığına bakmalıdır.

Taksirli suçtan dolayı alınan hapis cezasının ertelenmesi, hak yoksunluğuna engel değildir. Örneğin iki yıllık hapis cezası ertelenen bir

cesi olarak uygulandığında, süre asli cezanın müddeti kadardı. Asli ceza para cezası ise ödenmediğinde ne kadar süre hapse çevrilecekse yasaklanma da o müddet kadar belirlenmişti. Ancak her halde iki ve dört yıllık azami hadler aşılamazdı (m. 35) Her ne kadar muayyen bir meslek ve sanatın tatili 765 sayılı TCK'nın 11. maddesinde kabahatlere özgü bir yaptırım olarak düzenlenmişse de, ferî ceza (örneğin 765 s. TCK m. 282, 294, 295, 402, 406) ya da kanuni netice olarak (765 s. TCK m. 35) cürümler hakkında da tatbik edilmekteydi (Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 143). Meslek ve sanatın tatili, ceza mahkumiyetinin neticesi olarak uygulandığında işlenen suçun kasti olmasının gerekip gerekmeceği tartışmalıydı. Yargıtay kararlarında 35. maddede yer alan "suiistimal" teriminden hareketle yalnızca kasten işlenen suçlar da bu cezanın uygulanabileceği görüşündeydi. Ancak doktrinde maddede geçen *suiistimal* kavramının kast anlamına gelmediği ve dolayısıyla bu cezanın hem kasten hem de taksirle işlenen suçlarda uygulanması gerektiği savunulmaktaydı (bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 870; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgeç/Sözüer/Mahmutoglu/ Ünver, Yaptırım Teorisi, s.125; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Yaptırım Hukuku, s. 146 vd.). Yeni TCK tüm bu tartışmalara son vermiş ve hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlardan dolayı doğacak hak yoksunluğu ile taksirli suçlardan doğacak hak yoksunluklarını ayrı ayrı belirtmiştir.

doktorun, bu cezasına ilaveten bir güvenlik tedbiri olarak mesleğinden yasaklanmasına karar verilebilir. Görüldüğü gibi kasıtlı suçlarda erteleme hak yoksunluğunu kendiliğinden doğurduğu ve cezası ertelenen bir doktorun erteleme süresince mesleğini kendi sorumluluğu altında icra etmesine hakim karar verebileceği halde; taksirli suçlardan mahkumiyet otomatik olarak hak yoksunluğunu doğurmamaktadır. Taksirli suçtan mahkumiyetin meslekten yasaklanmayı gerektirmesi için buna hakimin karar vermesi gerekir. Taksirli suçtan dolayı hak yoksunluğuna karar verip vermemek hakimin takdirindedir. Şayet hakim taksirli suçtan dolayı hükmolunan hapis cezasının ertelenmesine karar verirse, bu durumda eğer mesleğin yasaklanmasına ayrıca karar verilmemişse, erteleme hak yoksunluğunu sonuçlamaz.

Bu tedbirin yerine getirilmesini sağlama görevi, gerektiğinde kolluk ve ilgili diğer makamlarla da işbirliği yaparak, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununa göre kurulan, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da büroları tarafından yerine getirilir (DSYMKKK, m. 14, f. 1, bent c).

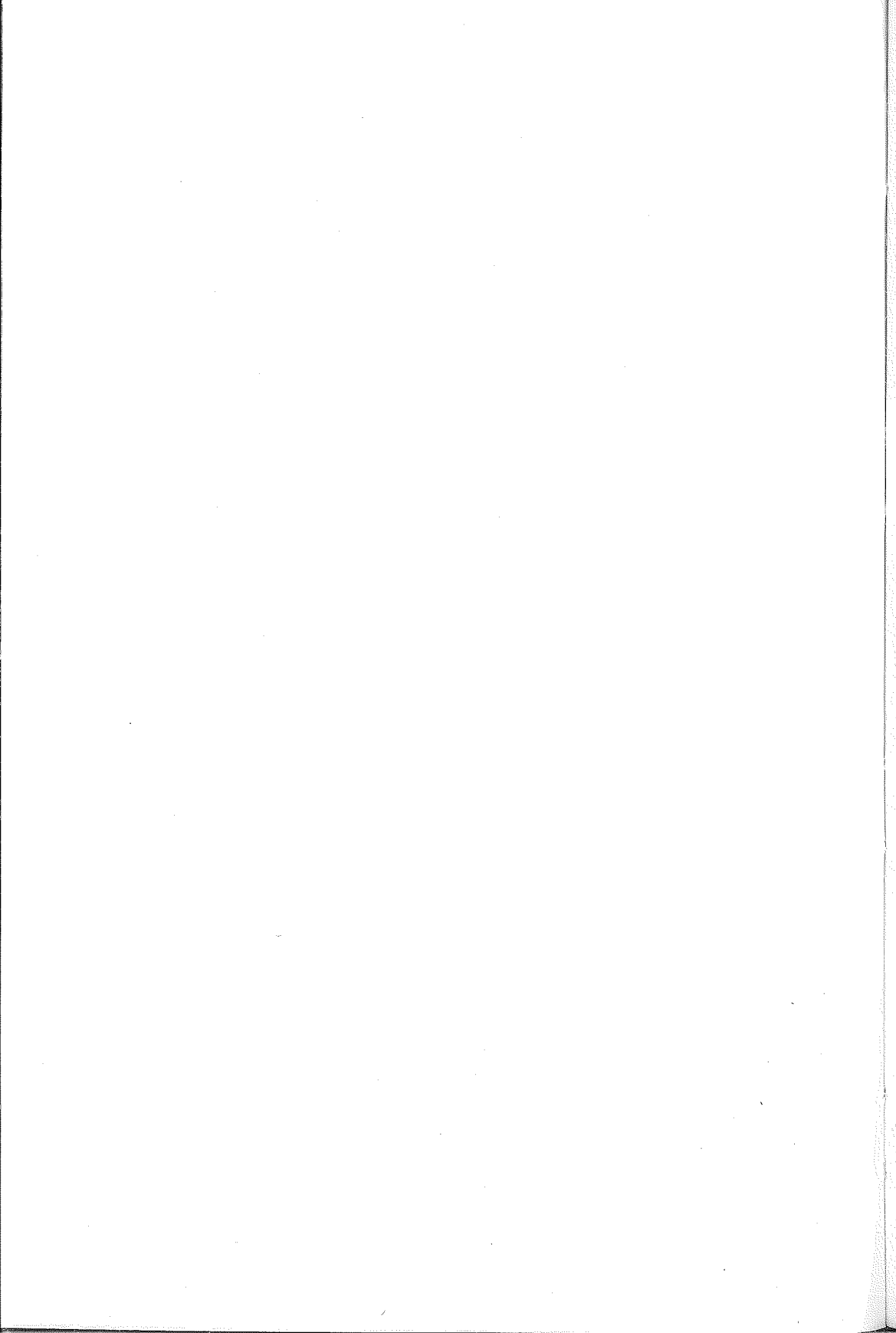
Sonuç

Genel bir kanun olan TCK'da belli meslek gruplarına uygulanacak yaptırımlar özel olarak belirtilmemekle birlikte, bazı yaptırımların belli meslek gruplarını daha çok ilgilendirdiğini söylemek mümkündür. Mesleği ne olursa olsun, suç işleyen herkes, hukuk toplumunun devamı açısından bir yaptırımla karşılaşmak zorundadır. Kaldı ki işlenen suç icra edilen mesleğin verdiği yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya bu mesleği icra etmek bakımından gerekli olan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak işlenmişse, işlenen suç karşılığında kişiye ceza vermek yeterli olmayabilecektir. Bu takdirde, mesleğin icrasından toplumun zarar görmesini önlemek için, bu mesleğin icrasının yasaklanması bir tedbir olarak düşünülmelidir.

İfade edelim ki tüm bu hususlara ilişkin olarak yeni TCK, eski ceza mevzuatından farklı olarak, hekimler bakımından da uygulanabilecek yeni yaptırımlar getirmiş değildir. Sadece suç karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar daha sade ve sistematik hale getirilmiş ve eskiye nazaran bazı müesseselerin hukuki niteliği değiştirilmiştir. Örneğin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma ceza mahkumiyetinin bir neticesi

olarak, güvenlik tedbirleri içerisinde sayılmıştır. Yeni Kanun'a getirdiği tek yenilik, meslekten yasaklanma tedbirinin hem kasten hem de taksirle işlenen suçlara uygulanma imkanını getirmiş olmasıdır. Böylece mesleğin verdiği hak ve yetkiyi kötüye kullanarak suç işleyen kişi hakkında bu suçtan dolayı mahkumiyetin bir sonucu olarak, mesleğini cezanın infazından sonra da belli bir süre daha yapması yasaklanacağı gibi (TCK m. 53/5); mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeyerek suç işleyen kişi hakkında da, 3 aydan az üç yıldan fazla olmamak üzere bu meslek ve sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilebilecektir. Meslekten yasaklanma bu halde hakimın takdirine bırakılmıştır. Yasaklama hükmün kesinleşmesiyle etkisini gösterir ve 3 ay-3 yıl arasında belirlenecek yasaklılık süresi, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.

İLGİLİNİN RIZASI



TIP CEZA HUKUKUNDA ÖZERKLİK, RIZA VE ETİK

Prof. Dr. Brigitte TAG^(*)

Çev.: Doç. Dr. Yener ÜNVER^(**)

1. GİRİŞ

İnsanın, sağlık ve hastalıktan daha çok karşılaştığı başka bir konu yoktur. Ve modern tıp gibi insana ilişkin gizli alan.

Avrupa Bilim ve Sanat Akademisi tarafından geliştirilmiş, ulusal ve uluslararası kabul görmüş „*health is wealth*“ ilkesi, sağlığın, bireyin ve toplumun sosyal gelişimi açısından da vazgeçilemez koşul olduğunu ifade etmektedir. Tıbbın büyük başarı grafiği çizdiği ve sürekli yeni biyolojik ufukları açtığından beri, birçok değişik bakış açıları da birbiri ardına ortaya çıkmaktadırlar. Bu ise beraberinde, şansları ve sinerjileri getirmektedir. Ancak, aynı zamanda yüksek çatışma potansiyelini de bertaraf etmemektedir. Kazanılan ve beklenen veriler insanın özerkliğinin tümünün yeni bir (biçimde) korunmasını sonuçladığı için, damgalama eğilimleri gibi rol beklentileri de bunda etkili olabilir.

Bu süreçte hukukçulara hiç de kolay olmayan ödevler düşmektedir. Geleneksel tıp hukukuna göre oluşturulan hukuk sorunlarının çözümünde, etiğin, maneviyatın (tinselliğin)¹ ve hukuk felsefesinin çok sayıdaki sorunları da dikkate alınmak gerekir.

(*) İsviçre – Zürich Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi

(**) İstanbul ve Yeditepe Üniversiteleri Hukuk Fakülteleri Ceza ve Ceza Usul Hukuku Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ BAUER, (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts: Theoretische Konzepte, Klinische Probleme, Ärztliches Handeln 1998; FUCHS/GERST, Zur Medizinethik in der Berufsordnung der Ärzte karş. <http://www.bundesaerztekammer.de/30/Berufsordnung/15Ethik/index.html> (Siteye giriş: 28. 03. 2006).

2. TIP ETİĞİ BAKIŞ AÇILARI

Doğruluk ve caizlik konusunda baskın görüş olarak etik, maneviyat kavramıyla bağlantılıdır. Bu kavram, alışlageldiği üzere, normatif doğruluk ve iyiliğin ikna ediciliğinin bütünlüğü yanında, aynı zamanda bununla bağlantılı davranış tarzlarını da içermektedir. Tıp etiği ayrıca, filozofik bir tepkinin tıbbi açıdan ikna edişi ve hareketlerini içeren bir disiplindir.²

Bu tebliğin alanının geniş bir sahaya yaymaya gayret edeceğim. Ancak açıklamalarımın hedefi, hastanın özerkliği ile ilişkili olarak ortaya çıkan tıp hukukuna ilişkin sorunlar alanını göstermek ve eğer bu sorunlar hukukun asli karektarinden yoksun olabilirlerse, onları da içermek olmalıdır

Modern tıbbın hukuk felsefesine ilişkin anlamı, var olan üç olgu ile sıkı sıkıya bağlantılı olmada yatmaktadır: Bu üç olgu, *Hayret etmek, kuşku duymak* ve *sarsmak*'tır.³ *Hayret etmek*, yeni olanaklar ve opsiyonların tanımak ve ayrıntıyı saptamak söz konusu olduğunda, kendi alanıyla iştigal etmektedir. Yaşamın başlangıcında, doğumdan önceki teşhisin ve embriyon üzerindeki araştırmaların bize öğrettiğine göre, embriyonun, hamilelik öncesi zaman diliminde insani gelişim gösteren, laboratuvarında kullanılmaya elverişli embriyodan anneye nakilden sonra yaşama kabiliyeti olan bir çocuğun yetiştiğini, bu şekilde kopyalamanın olanaklı ve başarılı biçimde gerçekleştirilebilir olduğunu göstermektedir.⁴ Ve kök hücreler, günümüzde çok sık ölüme neden olan hastalıklarla mücadele etmeye yönelik muazzam bir potansiyele sahiptirler.

Doğan insanı yüzeysel olarak araştırmak olanakları, cüz'i özel müdahaleleri ve fakat aynı zamanda sansasyonel nitelikli yoğun tıbbi müdahaleleri uygulamak veya ölçüyü aşan ilaçlarla müdahalede bulunmak, katlanılmazdır.

Ve bizzat yaşamın sonunda hayret etmek sona ermemektedir. Anenin beyin ölümüne rağmen, ceninler hayatta kalmaktadırlar ve doğ-

² ILLHARDT, *Medizinische Ethik*, 1985; WIELAND, *Strukturwandel in der Medizin und ärztliche Ethik*, 19986, §§ 1, 5; SASS/VIEFHUES, *Ethik in der ärztlichen Praxis und Forschung*, 1988.

³ JASPERS, *Einführung in die Philosophie*, 26. Aufl. 1971, sh: 16.

⁴ Tıpta ve tıbbın sınır alanlarındaki etik ilkeleri Uygulama Merkezi Komisyon'un (Federal Tabipler Odası Merkezi Etik Komisyonu) 01. 02. 2006 tarihli araştırma amaçlı klonlamanın tedavi amaçlı kullanılmasına ilişkin Raporu için bkz. <http://www.zentrale-ethikkommission.de/10/PDF/TherapKlonen.pdf> (Siteye giriş: 30. 03. 2006).

maktadırlar.⁵ Otopsi⁶, *virtopsi* ve *plastination*'lar⁷ insan vücudunun mucizesini göstermektedir ve nakledilen vücut parçalar, çok uyumlu biçimde vücutta kabul görmektedirler..

Kuşku, insanın hisleriyle çatışan bir kararıyla yüzleştiği yerde ortaya çıkmaktadır. Vakitsiz hamilelikler, çocuğun ölümünü sonuçlayan biçimde sona erdirilebilir mi? Embriyon üzerinde araştırma yapmak caiz midir? Eğer münferid bir kimse kendisinin yardımı muhtaç oluşuna özensiz bir ilişki aracılığıyla bizatihi kendisi sebebiyet vermişse, (ona bazı) yükümlülükler yüklemek gerekli midir? Hastanın özerkliğinin kapsamı ne kadar genişdir? Hasta, biyolojik tıba ilişkin olarak hastanın daha iyi olmasına büyük katkı sağlayan ve fakat hastalığın (tamamen) iyileştirilmesini sağlamayan bir müdahaleyi rıza gösterebilir mi?⁸ Eğer çok masraflı bir ameliyatta kullanılan ilaçlar birçok insanı daha az gösterişli müdahaleyle sağlığına kavuşturabilecek ise, hasta çok masraflı ameliyatın yapılmasını isteme hakkına sahip midir? Ölümden sonra acilen sağlanan organının naklini talep etmek için, organ bağışlayıcısının veya bu kimsenin akrabasının rızasına ihtiyaç var mıdır? Yaşam süresi veya ölümden sonra alınan doku parçası ve veriler, organ bağışlayıcısının rızası olmaksızın başka hususlarda da kullanılabilir mi? Hastanın bilmeme hakkı var mıdır? Veya hasta, elde edilen bulgulardan haberdar edilmek zorunda mıdır?

Hayati **sarsıntılarla**, insanın varlığının sınırlarını öğrendiği durumda karşılaşılır. Hayatta aşılması istenilmeyen ve değiştirilmesi mümkün olmayan sınırlar vardır. Bu anlayış, özellikle, tedavi edilemeyen hastalıklarda ve ölümden geçerlidir.

⁵ Hamileliğin spontan çocuk düşürme ile sonuçlandığı ve doktorinde *Erlanger olayı* olarak adlandırılan olaya ilişkin olarak bkz. AG Hersbruck, NJW 1992, sh: 3245; BECKMANN, Die Behandlung himtoter Schwangerer im Licht des Strafrechts, MedR 1993, sh: 121 vd.; BOCKENHEIMER-LUCIUS/ SEIDLER (Hrsg.), Hirntod und Schwangerschaft, 1993; KIESECKER, Die Schwangerschaft einer Toten, 1996; Anayasa Mahkemesi uygulaması açısından karşı. KLINGE, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, 1996, sh: 239 vd.

⁶ Federal Tabipler Odasının Otopsiye ilişkin 26. 08. 2005 tarihli Raporu için bkz. <http://www.bundesaerztekammer.de/30/Richtlinien/Empfidx/Autopsie/> (Siteye giriş: 28. 03. 2006).

⁷ TAG/WETZ (Hrsg.), Schöne neue Körperwelten. Der Streit um die Ausstellung. Ergebnisoffener Sammelband zu rechtlichen, ethischen, philosophischen Fragestellungen bezüglich der Ausstellung Körperwelten, 2001; TAG, Legal and ethical aspects concerning the display of human remains in anatomic museums. (İstanbul'daki „Tipta Etik ve Hukuk“ konulu Sempozyum, 2005).

⁸ LAUFS, in: LAUFS/UHLENBRUCK (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2003, § 4 Rn. 7.

Tıp ve hukuk birbiriyle çatışmakta, şaşkınlıklar, kuşkular ve sarsıntılar birbiri üzerine yığılmaktadır. Karar vermeye ilişkin insani ilke, genelde açık, hukuksal olmayan, doktor açısından zor ve sorunlu nitelikte görünmektedir. *RADBRUCH* bir keresinde, „iyi bir hukukçu, mesleki yaşamının her anında mesleğinin derin şüpheliliğinin tamamiyle bilincinde kötü hissleri olan bir hukukçudur“ Demiştir.⁹

Doktorlar açısından mukayese edilebilir bir beyanda bulunmak uzak bir olasılık değildir. Çünkü, onlar hasta yatağında çok sık yaşam ve ölüm hakkında yeterli kararlar vermek zorundadırlar. İyileştirmenin çeşitliliğinin artırılması ve doktorların arada sağlayacakları olanakları istemek, bütçe, belgelemek ve azami yardımı sağlamak arasındaki gerilim ilişkisi gibi, aynı şekilde kendi sorumlulukları altındadır.

Çok sık sınırın aşılmasıyla bağlantılı olan ve yararlar ihlal edilmek-sizin gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bütün bu kararların hepsi talep edilmektedir. Ve ayrıca, somut durumlarda bu şekilde hareket edilmek zorunluluğu vardır.

Zaman darlığı, yardım kaynaklarının azlığı¹⁰ ve güvenli olmayan tıbbi parametreler gibi eldeki mevcut durumun koşulları, daha sonra klinik araştırma teşhisleri nedeniyle ortaya konulan farklı veya eksik teşhislerin geliştirilmesine ilişkin çalışma koşullarını belirlemektedirler. (Tıbbi) müdahale hatası, özellikle eğer hatalı teşhis nedeniyle yanlış bir tedavinin uygulandığında veya mevcut hastalığın gerçekten ne olduğunun bilinmemesi suretiyle ilgili hastanın hastalık durumunun kötüleştirildiğinde, söz konusu olmaktadır. Bu arkadaki neden dolayısıyla, doktorların, kendisinden istenilen ve kendisinin korkmak zorunda olduğu bağlantılar aracılığıyla çok sık sarsılmış görülmeleri insanı hemen hemen hiç şaşırtmamaktadır.

Ancak, hastalar ve akrabaları dahi sıkıntılı ve değişken olan tıbbi koşullarla tatmin edici kararların verilmesinin hemen hemen olanaksız olduğu gerçeği ile yüzleşmektedirler. Buna rağmen, karar verme özerkliği ve ilgi münferid kimsenin kararının gücüne olan talep eskisine nazaran

⁹ STANLEY/DREYER (Hrsg.), *RADBRUCH*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, sh: 2 ve 4.

¹⁰ Ayrıntılı olarak bkz. TAG, Strafrechtliche Konsequenzen von Ressourcenknappheit und Ressourcenverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis, in: KICK, (Hrsg.), Gesundheitswesen im Spannungsfeld zwischen Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit, 2005.

günümüzde giderek açıkça daha fazla artmıştır. Münferid (ilgili) birey, kesin olarak sorumluluğu bizzat üstlenmek istemektedir

Doğaldır ki, hastanın özerkliği, onun bizzat kendi hareketinin kanununa sahip olduğu ve onun kendisinin kanun koyucusu olduğu anlamına gelmemektedir.¹¹ Hukuk düzeni ve hatta tıp hukuku, bu şekilde kesin biçimde anlaşılan bir özerklik anlayışından hareket etmemektedir.¹² İnsan, kendi irade özgürlüğüne rağmen çok sayıda diğer koşullarla bağlıdır. Böylece hasta, doktoru, yaşamak ve böylece kendi özerkliğini korumak için temin etmektedir. O, hastalık sigortası aracılığıyla koruma temin etmektedir. Çünkü, büyük tıbbi müdahalelerin masrafı münferid hastanın malvarlığından temin edilemez. Hastanın özgürce tercihte bulunması, bu nedenle ancak yalnızca hasta kendisinin yardıma muhtaç olduğu bir durumda iken eğer toplum gerekli yardımı sağlayarak onunla dayanışma içinde olursa mümkündür.

Bu, gerekli olmakla birlikte çok büyük olmayıp, bilakis azami ve asgari yardım arasında bir koridor açmaktadır. Ve duruma göre dayanışma olabilir, duruma göre tıbbi yükümlülükler çok çeşitli olabilir.

Böylece sosyal sigorta ve sosyal devletler, münferid kimsenin sağlığı yanında, güvenceye alınmış toplumun sağlığını da dikkate almak zorundadır. Onlar, talepleri kontrol etmeye ve münferid olayda yeterli, amaca uygun ve bilimsel sınırları çizmeğe davet edilmişlerdir.¹³

Tıpçıyı, kural olarak, hastaya mümkün olduğunca en iyi biçimde yardım etmek, yeni konular üzerinde çalışmak ve münferid güvenilir kişi ve kamuoyu açısından iyi işleyen bir sağlık sistemi için güvence olmak ilgilendirir.¹⁴

Ve hastalar, yardım arayan olarak olduğu gibi, aynı zamanda talepleri yüksek beklentilerle yüklü müşteriler olarak da görülmektedirler. Vücut, ideal anlamıyla, -bir saat gibi çalışan- özenli, mükemmel ve hata-

¹¹ Özerklik kavramının iptidai anlamı açısından karşı. HÄRLE, Autonomie – ein vielversprechender Begriff, in: *AYNI YAZAR*. (Publisher), Menschsein in Beziehungen, 2005.

¹² Bu hususta genel olarak JONAS, Technik, Medizin und Ethik, 1987, sh: 194.

¹³ QUAAS/ZUCK, Medizinrecht, 2005, § 5 Rn. 2 vd.; LAUFS, in: LAUFS/UHLENBRUCK (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2003, § 2 Rn. 1.

¹⁴ Alman doktorları için 2004 tarihli (Örnek) Mesleki düzen: <http://www.bundesaeztekammer.de/30/Berufsordnung/Mbopdvd.pdf> (Siteye giriş: 30. 03. 2006).

sız işlemelidir. Eğer genel sapmalar veya hatta münferid iyileştirici müdahaleler gerekli ise, o zaman bunların hemen, gerçek ve herşeyden evvel etkili biçimde yapılmaları gereklidir. İnsan vücuduna tümüyle egemen olabilirliliğin bu sihri, aynı zamanda tıbbi kader olaylarının gerçekleşebilirliğini azaltmaktadır.

(Tıbbi) bir müdahale arzulanmayan biçimde cereyan ederse, sarılma, güvensizlik ve aynı zamanda kızgınlık ve savunmaya kalkışma gündeme gelir. Tıpta¹⁵ tespit edilen en küçük ayrışma, karmaşık bakış açısı ve düşük çalışma koşulları, yalnızca netice olarak değil, yalnızca hasta olarak değil, bunların yanında yararın araştırma objesi olarak da mümkün olduğunca güvensizliğe götürür. Bu tür bir olayda doktor ve hasta arasında iletişim eksikliği olursa veya bu iletişim yetersiz kalırsa, karar vermek için mahkemeye başvurmanın adımı çabucak atılmış olur. Hukukçular, insanların artık taşıyamayacağı veya taşımak istemedikleri kaderi, mümkün olduğunca gözden geçirmelidirler.

3. HEKİMİN SORUMLULUĞU

Doktorun sorumluluğunun başlangıç noktası, kural olarak iyi doktor müdahalelerinin standardıdır.¹⁶ Doktor, yalnızca ekonomik davranmak gerekliliği altında olmayıp, belirtilere de özenli yaklaşmak zorundadır. O, hastanın özerkliği yanında, doktorun yapacağı tedavinin temelini de oluşturmaktadır. Bu nedenle, onun etki çevresi, hukuksal bakış açısı altında belirsizdir. Tıbbın gösterdiği herşeyin amaca hizmet eden, ölçülü veya gerekli olmaması, hastanın iradesine tekabül etmektedir. Böylece, tıbbi müdahale gerekliliği söz konusu olmasına rağmen, bir hastanın (tıbbi) müdahaleyi reddetmesi söz konusu olabilir. Veya -estetik operasyonlarda veya araştırma tetkiklerinde olduğu gibi- tıbben saptanmayan müdahaleler icra edilir. Doktorun müdahalesinin tıbbi müdahalenin gerekliliğine bağlanması, bu alan açısından tümüyle kabul edilebilir değildir. Böylece, iyileştirmeyle ilgili olmayan müdahaleler „zarar vermenin istenmemesi“ ilkesi, *orantılılık ilkesi* ve keza *mesleğin gerektirdiği biçimde davranma ilkesinin* dikkate alınmasıyla bağlantılı değildir.

¹⁵ Bu hususta daha önceleri: STRATENWERTH, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Festschrift Eb. Schmidt, 1961, sh: 385 vd.; ULSSENHEIMER, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rn. 138 vd.; UMBREIT, Die Verantwortlichkeit des Arztes für das fahrlässige Verhalten anderer Medizinalpersonen, 1992, sh: 1 vd.

¹⁶ LAUFS, in: LAUFS/UHLENBRUCK (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99.

Ayrıca, karar verme özerkliğinin kabulü doktor tarafından alınacak önlemler açısından tartışma götürmeyen bir esastır. Doktor hastanın iradesine aykırı olarak (tıbben) kabul edilmeleyen bir müdahalede bulunursa, o zaman, doktorun yükümlülüğüne aykırı biçimde ihmali davranışta bulunduğu isnadıyla karşılaşması gibi, burada doktor sonuçlar açısından da sorumlu olur.

Kanunlar, hayret edilir biçimde, tıpta bu şekilde gelişen doktor tarafından icra edilen sanat kavramını tanımlamamaktadırlar.¹⁷ Yargı uygulaması, daha çok olumsuz bir sınırlama, *müdahale hatası* kavramına atıfta bulunmaktadır. Birlik-bütünlük teşkil eden bir tablo mevcut değildir. Bu nedenle, insanla ilişkili olması ve böylece sürekli değişken bir organizmaya sahip olması söz konusu olmaktadır. Bütün ortak noktalarına karşın, her organizma, kendisini diğerlerinden ayıran özelliklere sahiptir. Caiz tıbbi hareketlere ilişkin ortak genel bir Kod, o Kod'un yeterli sorumluluğu taşıması nedeniyle uyarlanabilir olur. Ancak o, aynı zamanda hukuk güvenliğini de sunar.

Çok eskiden beri geçerli ilkelere -doktorların anlayışına göre hareket etmek, müdahalenin gerçekleşmesinde doktorun tedavi ayrıcalığı, hasta adına hüküm verebilmesi ilkelerine- modern tıp veda etmiştir. Çünkü, o ilkeler aydınlatılmış, özgür sorumlu hastaların ideal tipiyle devam ettirilememektedir. AMG, TPG ve TFG gibi modern kanunlar, hatta Gen Araştırmaları Kanunu mantıklı olarak merkezi bir alan olarak hastaların, deneye tabi olanların, organ bağışlayıcılarının özerkliğine ilişkin alanlar yaratmışlardır. Ancak ceza hukuku ve özel hukukun genel hükümleri de, *bizzat tercihte bulunma*'nın ışığı altında yorumlanacaklardır. Eğer, hasta doktorun müdahalesine etkili olarak rıza göstermişse,¹⁸ kastlı¹⁹ ve taksirli²⁰ müessir fiil suç tipi uygulanamaz.

¹⁷ TAG, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Autonomie und lex artis, 2000, § 12.

¹⁸ Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak veya kanuni tipi ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmesi tartışmalıdır. Hukuk düzeni ve öğretinin bir kısmı hukuka uygunluk etkisinin varlığını kabul etmektedir. **Ancak doktrinde, kanuni tip çözümü olarak adlandırılan ve iyileştirme müdahalesine rızanın müessir fiil suç tipini ortadan kaldırdığını savunan görüşe taraftar olanlar da vardır.** Ayrıntılı olarak bkz.: TAG, Der Körperverletzungstatbestand, sh: 18 vd. (oradaki diğer atıflarla birlikte).

¹⁹ Doktorların kasten müessir fiilden mahkumiyetlerine ilişkin olarak karşı. örneğin BGH MedR 1998, sh: 218 vd. Bkz.: GRANDERATH; BGH MedR 1998, sh: 326 vd. Ayrıca bkz.: WIGGE, atıflarla birlikte: JUNG.

Bu, branşla ilgili tüzüklerin dikkate alınması yanında, hastanın kişilik haklarının korunmasının çok önemli oluşunu açıklığa kavuşturmaktadır. Çünkü, etik bakış açısından olduğu gibi hukuksal bakış açısından da, hastaya müdahalenin lehinde ve aleyhinde bir karar bulunmaktadır. Hastanın alışılmış olmayan kararları dahi toplum tarafından kabul edilmelidirler. Aydınlatılmış hastanın iradesi, doktorun sınırlarını oluşturmaktadır. „*Kim iyileştiriyorsa haklıdır*“ tezi artık geçerli değildir.

4. BEDENSEL DOKUNULMAZLIK HUKUKSAL DEĞERİ ARACILIĞIYLA KİŞİSEL TERCİHİN KORUNMASI

Hukuk dogmatığı açısından, müessir fiil suç tipinde özgürce tercihte bulunma (=serbestçe karar verme) vücut dokunulmazlığı hukuksal değerinde düzenleme altına alınmıştır.²¹ Ancak bu surette bütün sorunlar çözümlenmiş değildir. Çünkü, doğal olarak vücut dokunulmazlığı hukuksal değerinin anlamının içeriği ve sınırları bu şekile görüldüğü için, yalnızca bunun bütünüyle dikkate alınmasında kesin olmayan bir etkiye sahiptir.

Bu, öncelikle 1871 tarihinde müessir fiil suçlarının yürürlüğe girmesinden beri vücut, sağlık ve tıp esaslı bir değişim geçirdiği için, evle-viyetle geçerli değildir. 1894 yılında ayak kemiğinin ileri derecede tüber-külöz cerehatlanması nedeniyle bacağın kesilmesi (o zamanki) tıbbi standarta uymaktaydı.²² Alman İmparatorluk Mahkemesi Band: 67, sh: 12 vd.'nda yayınlanan kararında cerehatlanmış apandisti beklemek ve sıcak tereyağı paketi aracılığıyla tedavi etmeyi *lege artis* olarak değerlendirmişti. İlk olayda bayan hastanın sağlığınının stabil hale getirilmesine karşılık, ikinci olay -bizim açımızdan çok az şaşırtıcı biçimde- ölümle sonuçlandı. Ancak bugün, doktorun günlük faaliyetleri minimal cerrahi müdahalelerle, bilgisayar cihazlarıyla idare edilerek, bireysel ihtiyaçlara uygun ışın ve röntgenler ve fakat aynı zamanda yüksek derecede karmaşık ameliyatlar ve organ nakilleri aracılığıyla belirlenmektedir.

Ve buna rağmen, -doktor tarafından yapılanlar da dahil- başkasının vücuduna yönelik saldırının münferid olaydaki haksızlığının rıza vasıtasıyla ortadan kaldırılabılır tipik bir yaralama olduğu görüşünde olan eski

²⁰ Zum, Umschwenken' auf die sog. Aufklärungspflichtverletzung bei Beweisschwierigkeiten karşı. TAG, Der Körperverletzungstatbestand, sh: 8 vd.

²¹ Bkz. ayrıntılı olarak: TAG, age.

²² RGSt 25, sh: 375.

müessir fiil doktrininin modern tıpta da haklı olup olmadığı sorusu güncelliğini korumaktadır.

Bundan başka, ölümden sonra organ nakli, naklin gerçekleştirilmesi, laboratuvarıda-üretimim yukarıda zikredilen örnekleri, rıza kurumuyşla çevrelenmiş sorunların eskiyle karşılaştırıldığında, aşık bir biçimde artmış olduklarını açıklamaktadırlar. Kişilik haklarının hangisine ve hangi ana kadar dikkat edilmesi gerektiği zaman süreci tartışma konusu olmaktadır. Ve rızanın kapsamı ile bağlantılı olarak, ceza hukukunca korunan özerkliğin hangi alanla ilişkili olduğu, onun smurının dış deride²³ bitip bitmediği, onun vücuttan ayrılan organ ve parçalara kadar uzanıp uzanmadığı ve nihayet onun burada elde edilen verilere kadar uzanıp uzanmadığı²⁴ tartışma konusu olmaktadır.

Aranan cevaplar, başlangıç noktalarını vücudun dokunulmazlığı hukuksal değerinin yorumundan almaktadırlar. Yalın soyut bir değerlendirme, vücut ve sağlığın bütünlüğünün ideal durumundan hareket etmektedir ve böylece yaşamın gerçekliğinden kesin bir biçimde ayrılmaktadır. Vücut dokunulmazlığı hukuksal değeri somut olarak anlaşılırsa, bu takdirde herkes için biraz farklı anlaşılmakta ve göreceli olmaktadır. O, böylece yapay üretim olanağı koşuluna işaret etmektedir.

Birkaç hukuksal değer taşıyıcısı doğumdan itibaren bedensel veya ruhsal handikapa sahiptir. Vücut ve sağlık, yaşamın aşamalarında açık değişiklikler geçirir. Ceza hukuku öğretisi, bu özellikleri uzun süreden beridir bilmektedir. Böylece, sağlık literatürde normal bedensel fonksiyonlar²⁵ olarak, hastalıktan arılık olarak, mutluluk²⁶ olarak anlaşılmaktadır. Buna karşılık vücut, biyolojik birlik ve bütünlük²⁷ olarak, insanın maddi varlığı ve tercihte bulunmak alanı olarak, ancak aynı zamanda

²³ Bu yönde örneğin OTTO, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, Jura 1996, sh: 220.

²⁴ Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 6. Hukuk Dairesi bu görüştedir (BGH NJW 1994, sh: 127 vd.).

²⁵ Örneğin KÜHL, in: Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 223 Rn. 5.

²⁶ BELING, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1924), sh: 220 ve 226.

²⁷ OTTO, Jura 1996, sh: 219.

bireyin özgürlük potansiyelinin özünü koruyan²⁸ biyolojik fonksiyon bütünlüğü olarak da tasvir edilmektedir

Bu kavram belirlemeleri çok net şeklide yapıldığında, onlar vücut dokunulmazlığı hukuksal değerinde özerkliğin hangi konumdaki değeri kazandığı asli sorunun özüne atıfta bulunmaktadırlar.

Öğretide yazarlar çeşitli görüşlere taraftar olmakta ve hatta itiraz edilmeyen görüşler çok sık eksiksiz gerekçelendirmeyle ileri sürmektedirler. Hukuksal değerlerin ceza hukukunca korunmasının²⁹ tali (=ikincillik) niteliği ve kıyas yasağı açıklaması, daha çok eğer müessir fiilin koruma alanının biyolojik varlık biçimine istinaden daraltılması gerekiyorsa³⁰, konuşla iştigal etmektedir.

Bu ikna edici değildir. Çünkü, hukuksal değer kavramı anayasaya değil, ceza hukukuna aktarılmıştır.³¹ Herkesin başkasının özerkliğine ve eşdeğer kişiliğine saygı göstermesi anayasa hukuku emri, ceza hukukna ilişkin bireysel hakların korunmasının bazını oluşturmaktadır.³² Gerçi, maddi hukuk devleti münferid olarak saptanan emir ve yasakları içermektedir.³³ Ancak, onun insan onurunun dokunulmazlığı ve temel haklar kataloğu ile birlikte etkilemesinden, ceza hukuku açısından, hukuksal değerlerin varlık içeriğinin anayasanın temel değerlerinden beslendiği anlamı çıkmaktadır. Yalın ahlak ve etik veya doğal hukuk pozisyonları ceza hukukunca korunmakta olmayıp, bilakis toplum ve münferid birey açısından vazgeçilemez temel değerler korunmaktadır. İnsanın bu yararları hayata geçirmek potansiyeli, hukuksal değeri işaret etmektedir. Bundan

²⁸ FREUND/HEUBEL, Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, MedR 1995, sh: 194, 198.

²⁹ ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 38 vd. (diğer atıflarla birlikte).

³⁰ HIRSCH, LK-StGB, vor § 223 Rn. 1 vd. (diğer atıflarla birlikte).

³¹ RUDOLPHI, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift Honig, sh: 151 ve 158 vd.; ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 Rn. 86 vd. (diğer atıflarla birlikte) Örneğin aynı yazar, die Lehre vom Verbrechenobjekt in der Strafrechtswissenschaft der Aufklärung., Bu hususta ayrıntılı olarak: SINA, Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, 1962, sh: 6 vd.; HONIG, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, sh: 32 vd. (diğer atıflarla birlikte). Buna göre, toplumsal sözleşmenin doğal hukuk öğretisi suç kavramını içerik olarak saptamanın esasını oluşturmaktadır. Toplumsal Sözleşmeden vatandaş ve devlet için üretilen hakların -ceza hukuku aracılığıyla dahi- korunması, bu görüşe göre devletin tek meşru ödevidir.

³² Hukuksal değer kavramının anayasadan türetilmesi hususunda karşı. ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 Rn. 86 vd. (diğer atıflarla birlikte).

³³ BVerfGE 74, sh: 129 ve 152.

başka, vücut dokunulmazlığı yalın istatistiki bir korumaya sahip değildir. Burada ölçü daha çok, „fonksiyon içinde olmak“³⁴ dinamik bileşenidir. Göreceli olarak anlaşılan vücut dokunulmazlığı, yalnızca yalın bir konu olarak değil, aynı zamanda kişilik haklarının kısmı olarak³⁵ insanın gerekli hareket esasıdır.

Bu dar taslak, bugünkü amaçla yetinmektedir. O, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının korunmasına ilişkin suçlara yansıtılırsa, o zaman hukuksal değer tartışması açısından kişisel element açıklığa kavuşur. Bu nedenle, tasarrufta bulunmak özgürlüğü³⁶ ile ilişki kurmak için iyi nedenler vardır.

İnsan vücudu somut ‚*kişilik*‘ için bulunmakta olup, sürekli gelişme gösteren bir biyografiye ‚*hayat vermektedir*‘. Somut yaşamın icrası soyut hukuksal değerlere içerik ve Konturen için aracılık etmektedir. Çalışır haldeki bütün organizma olarak yaşayan insan, vücut, akıl ve ruhun³⁷ ayrılmaz bir birlik oluşturması dolayısıyla ceza hukuku koruması elde etmektedir. Normal durumdaki insanın fiilen ve hukuken kendisinin vücut dokunulmazlığına ilişkin kişisel yararlarını başka yere koymak ve böylece korumanın kapsamı açısından dahi tasarrufta bulunmak durumunda olduğu aşikar bir husustur. Bir yandan vücudun parçalara ayrılması ve diğer yandan ise özerklik, doğal olmazdı ve bizi insanın kabul edilemez biçimde nesnelleştirilmesine götürürdü.

Kişisel özgürlük ve bizzat tercihte bulunmanın bu şekilde vurgulanması, doğal olarak, objektif değer ve özerklik arasındaki ilişkiyi çözmek ve yalnızca özerkliği korunmaya layık³⁸ olarak değerlendirecek ka-

³⁴ WELZEL, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), sh: 490 vd., ve 515; ayrıca karşı. RUDOLPHI, in: Festschrift Honig, sh: 151 ve 163.

³⁵ Alman Federal Anayasası m. 2, Fıkra: 1 ve m. 1, Fıkra:1. Böylece, hasta olma özgürlüğüne ilişkin olarak: BVerfG NJW 1998, sh: 1774 vd.; BVerfGE 58, sh: 208, 226 vd.; BGHZ 90, sh: 103, 105 vd., Organ bağışısı konusunda karşı. BT-Drs. 13/4355, sh: 14, ve keza kendisinin ölümü üzerindeki hakkı: BGHSt 37, sh: 376 ve 378. Ayrıntılı olarak: TAUPITZ, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, Leipzig 2000, A 32 vd. ve 105 vd.[, kişisel özgürlüğün bir kısmı]

³⁶ Özel hukuk için: BGHZ 124, sh: 52.

³⁷ ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, 3. Aufl., 1997, § 13 Rn. 14: „[...] Vücut et ve kemik yığınının ibaret bir koruma objesi olmayıp, bilakis yalnızca içinde bulunan ve ona egemen olan ruhla bağlantı içindedir.“

³⁸ Karşı. örneğin STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), sh: 41 ve 43.

dar anlaşılabilir. Bazıları için provakatif, başkaları için anlaşılabilir kabul edilebilir bulunan „*insan bizatihi kendisine aittir*“ ifadesi, kendisi üzerinde tıpkı bir eşya üzerinde yaptığı gibi tasarruta bulunabileceği anlamına gelmemektedir. Vücut dokunulmazlığına karşı suçların koruma konusu, vücut ve sağlık üzerinde yalın bir egemenlikle sınırlanmamaktadır.

Daha çok, yaşayan insanın kişilik haklarına değişken etkisi bulunan ve bu haklara bağımlılık anlamında kendisinin biyolojik varlığıyla ilişkisi olarak anlaşılmalıdır.³⁹

İnsan sadece bir bedene sahip olmayıp, o aynı zamanda bizzat bendir⁴⁰, o yalnızca sağlığa sahip olmayıp, o sağlıklıdır⁴¹. „*Sağlıklı Olmak*“ vücut dokunulmazlığının kişisel elementini açıklamaktadır.

5. TABUNUN SINIRLARI

Vücut üzerinde tasarrufta bulunmak açısından ceza hukukunda karşılaşılan sınırlandırmalar, zikredilen ilkeyi tasdik etmekte olup, onu gizlememektedir.

Al. CK.nun 216. paragrafındaki talep üzerine başkasını öldürmek yasağı veya Al. CK.nun 228. maddesindeki mağdurun rızasına rağmen ahlaka-adaba aykırı müessir fiil suçları, vücut ve sağlık üzerindeki egemenlik gücünün hukuksal değer objektif kısmının gerisinde kalabileceğini göstermektedir. Geri dönülemez nitelikli sendromlu insan, güncel bizzat (serbestçe) belirleme yeteneğinin daha önceden mevcut olmayabileceği hususunu görünür kılmaktadır.

Buna rağmen, bu özel durumlar, vücut dokunulmazlığının yalnızca biyolojik varoluşla ilişkili kılınması sonucuna götürmemektedir. Böylece, doğrudan doğruya aydınlatıcı biçimde biyolojik yaşam, sübjektif yaşam vebirey oluş arasındaki fark şu olaylarda şöyledir: O, insanın değer konumunun hukuk düzenine tekabül etmeyen farklılıkları içermektedir.

³⁹ JAUERNIG, in: *AYNI ESER*. (Hrsg), BGB, 11. Aufl. 2004, § 90 Rn. 9.

⁴⁰ MERLEAU-PONTY, in: *Das Auge und sein Geist*. Philosophische Essays, hrsg. von Arndt, Philosophische Bibliothek, 1984, Band 357, sh: 45 vd.

⁴¹ Ontolojik karşılıklı bağımlılık yüksek kişisel hukuksal bir değer için yaşam, vücut bütünlüğü, özgürlük ve şeref gibi hukuksal değerlerden söz edilmektedir. Bkz.: HILLENKAMP, *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, sh: 113.

İnsan yaşadıkça⁴², otonomluğu bizatihi her duyu yeteneğinin ortadan kaldırılmasında dahi korunur. Bireysel yapıya, yani „ben bilinçliyim“ yapısına, „yalnızca“ insani yapıya⁴³ sağlanandan daha büyük bir ceza hukuku koruması getirilmez. Ve egemenlik gücünde istisna olarak hafifletilmiş sınırlandırma, münferid bireyin toplumla bağlantısından hareketle açıklanmaktadır. Sosyal bireysellik, ancak eğer özerk hareket etmek çoğulcu toplumda egemen olan asli değerlerle bağdaştırılabilir olmazsa ve böylece ondan elde edilemezse, sınırlara tabidir.

Gerçi, değinilen sınırlar, aktif intihara ilişkin tartışmaların açıkça gösterdiği üzere, toplumdaki görünümün değişkenliğine açıktırlar. Al. CK.nun 216. paragrafındaki talep üzerine adam öldürmek suçunda ifade edilen rıza beyanında bulunma yeteneğinin eksikliği, üçüncü kişilerin yaşamının tabulaştırılması⁴⁴, bu yaşamın insan yaşamının en yüksek değer olduğu yorumuna dayanmaktadır. Ancak ceza hukuku, örneğin intihara yardım etmenin caizliği gibi, yeni toplumsal tartışmaları ve böylece başka türlü gündeme getirilen hususlar hakkında yalın bir platform ve bilgi kaynağı statüsünü hiçbir bir elemeye tabi tutmadan üstlenemez. Aksi takdirde, toplumsal değişikliklerin kendine özgü ceza hukuku kaynağı geliştirmesi tehlikesi ortaya çıkar. Bu tür bir kabul halinde, ceza kanunları fonksiyonlarını, hukuk güvenliğinin ve hukuki açıklığın kaybolduğu bir toplumun etik asgarisi olarak yerine getirmektedirler.

⁴² Ölüm halinde, kişiliğin sona tükenmesine kadar *ölümden sonraki kişilik* hakkı olarak adlandırılan hak geçerlidir.

⁴³ Örneğin HOERSTER, Abtreibung im säkularen Staat, 2. Aufl. 1996, 12; AYNI YAZAR., in: Bonfranchi, R. (Hrsg.), Zwischen allen Stühlen. Die Kontroverse um Ethik und Behinderung, 1997, sh: 43 vd.

⁴⁴ Çok eskiden ENGISCH, (Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, in: Festschrift Mayer, 1966, sh: 412 ve 415) „yabancı insanın yaşamının dokunulmazlığı“ndan söz etmiştir; HIRSCH, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift Welzel, 1974, sh: 775 ve 789 vd.; SCHREIBER, Wann darf ein Organ entnommen werden, in: Festschrift Steffen, 1995, sh: 451 vd.; STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, sh: 117 vd.; Tabunun sınırı olarak insan onurunun güvenceye alınmasına ilişkin olarak karş. PIEROTH/ SCHLINK, Grundrechte, Staatsrecht II, 21. Aufl. 2005, Rn. 358. Eleştirisel açıdan: SCHROEDER, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, ZStW 106 (1994), sh: 565 ve 567.

6. ARA SONUÇ

Tedaviye karar vermek, yalnızca doktorlara ilişkin olanak olmayıp, bunun yanında ideal olayda doktor ve hasta arasındaki⁴⁵ birlikte geliştirilmiş bir ortaklık iletişiminin uyumlu sonucudur. Hasta, hastalık tablosu, tedavi olanakları ve bunun sonuçları hakkında bir uzmanın güvenilir tavsiyesine ihtiyaç duyar.⁴⁶ O, bu bağlantıları bizzat üstlendiği ve kendi kişisel önceliklerini ve değer yargılarını kural olarak yalnızca kendisi tanıdığı için, ilke olarak tedavi hakkında son kararı vermek ona düşmektedir. Bu bizzat belirleme, değerler ilişkisini ve böylece sağlık ve -*lege artis*'in önceliği yanında- tıbbi müdahalenin ölçülülüğü⁴⁷ gibi kendi vücudunun tasarrufa tabu yararları hakkındaki değer ilişkisini somutlaştırmaktadır. Anayasa hukukunca güvenceye alınan vücudun dokunulmazlığı (Al. AY. m. 2/2), burada genel kişilik hakları ve Alman Anayasası'nın 1/1. maddesinde düzenlenen insan onuru hakkı⁴⁸ ile iç içe geçmişlik, hastaları bizzat kendi bedeni ve sağlığı hakkında karar verme hakkını sunmaktadır. *Lege artis* icra edilen tıbbi müdahaleye (hukuken) etkili rıza, müessir fiil suç tipinin hareketin olumsuz değerliliği ve netice-nin olumsuz değerliliğini ortadan kaldırmaktadır.⁴⁹

⁴⁵ DEUTSCH/SPICKHOFF, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 187 vd.; Sachverständigenrat für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen im Jahresgutachten 1992, Rn. 392.

⁴⁶ Bilgilenme hukukuna ilişkin olarak karşı. LAUFS, Arzt und Recht – Fortschritte und Aufgaben, NJW 1998, sh: 1750 ve 1756.

⁴⁷ BOTKE, Suizid und Strafrecht, 1982, sh: 145 vd. ve 151; KRAUB, Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Festschrift Bockelmann, 1979, sh: 557 ve 572; SCHWALM, Zu Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers, in: Festschrift Bockelmann, 1979, sh: 539; Özel hukuk doktrini açısından karşı. DEUTSCH, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, sh: 1989.

⁴⁸ DÜRIG, in: Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), Grundgesetz, Band 1, Art. 1 Rn. 17 vd. (diğer atıflarla birlikte).

⁴⁹ TAG, Der Körperverletzungstatbestand, § 4 II, § 14; KÜHNE, JZ 1979, sh: 241 vd.; ROXIN, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1970, sh: 129 vd.; AYNI YAZAR., Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift Noll, 1984, sh: 275 vd. AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, sh: 26 vd.; NEYEN, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 1991, sh: 2 vd. Rızanın özel hukuktaki etkisine ilişkin olarak ayrıntılı olarak: DEUTSCH/SPICKHOFF, Medizinrecht, Rn. 187 vd.

7. CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN RIZA

Rıza, doktora hastanın vücudu ve sağlığı ile ilişkili hukuk alanına tecavüzde bulunan fiili hareketleri⁵⁰ yapmak yetkisini vermektedir. Bu nedenle rıza, ticaret hukuku⁵¹ anlamında bir irade açıklaması olmayıp, bilakis diğer, hukuksal özel hukuk kurallarına bağlı olmayan hukuksal hareketlerdir.⁵² O, hastanın doktorun harekette bulunup bulunmayacağını ve bulunabileceği bu hareketin ara ve nihai sonuçlarını nereye kadar meşru kılacağını⁵³ açıklamaktadır. Rıza geriye alınabilir⁵⁴ ve hukuksal etkisinin olması için müdahaleden önce⁵⁵ açıkça veya blirli bir neticeye sebebiyet vermeye iznini açıklanmak zorundadır. Sonradan verilen izin, ceza hukukunun ilke olarak fail ve mağdur formundan kaçınmış olması açısından, devletin daha önce ortaya çıkan cezalandırma yetkisini geriye etkili biçimde ortadan kaldıramaz.⁵⁶ Ancak, sonradan verilen bir izin, basit müesir fiilde şikayetin geri alınması⁵⁷ olarak veya Al. CMK.nun 153 vd. uyarınca davanın düşürülmesi nedeni olarak kabul edilebilir.

Doktor tarafından yapılan müdahaleye (hukuken) etkili bir rıza için, hastanın temyiz ve rıza yeteneğine⁵⁸ sahip olması⁵⁹ zorunludur. Rıza yeteneği sorunu, bir taraftan özerklik ve diğer yandan sosyal yardım

⁵⁰ Daha önceleri bu şekilde hukuka uygunluk zemininde: ceza hukuku açısından RGSt 41, sh: 392 ve 395; Özel hukuk açısından ise BGH NJW 1959, sh: 811; BGH NJW 1988, sh: 2946 vd.

⁵¹ AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1997, sh: 14.

⁵² Ayrıntılı olarak AMELUNG, age, sh: 13 vd. (Bununla birlikte rıza hukuka uygunluk nedeni).

⁵³ ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 49.

⁵⁴ TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 53. Aufl., 2006, § 228 Rn. 18.

⁵⁵ BGHSt 17, sh: 359; ULSENHEIMER, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 117; Transfüzyon açısından karşı. § 6 Abs. 1 TFG, BR-Drs. 851/97, 6.

⁵⁶ Daha önceleri bu yönde: HEIMBERGER, Strafrecht und Medizin, 1899, sh: 14.

⁵⁷ Ayrıca karşı: ULSENHEIMER, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 241a.

⁵⁸ Ayrıntılı olarak: AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992), sh: 525 ve 543. Buna göre, mantıklı bir karar, kararın a) olmasına hukuksal değer taşıyıcısının subjektif ölçülerine uygun düşmesine ve kararın elde edilmesi, bir zarardan kaçınma veya önemsiz bir hukuksal değer sahibine teslimini hedeflemesine, b) değerlendirmeye elverişliliğin isabetli değerlendirmesinin objektif vakıtalara ve nedensellik gelişimine dayanmasına, c) hastanın subjektif değerlendirmesine göre birçok hukuksal değer arasındaki çatışmanın uzlaşma çözümü açısından gerekli olmasına bağlıdır.

⁵⁹ Doktor tarafından yapılan müdahalelerde üçüncü kişinin belirlemesine ilişkin olarak bkz.: KERN, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, sh: 753 vd.

(=bakım)⁶⁰ arasındaki gerilimli ilişkiye tekabül etmektedir. Tıbbi müdahale karşısındaki rıza yeteneği ne (Alman) Ceza Kanunu'nda ne de (Alman) Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Yargı uygulaması⁶¹ bu husustaki yönünü, hastanın, „*müdahalenin anlamı ve niteliği ve kendisinin müsaadesini ölçme*“⁶² yeteneği olan temyiz yeteneği ve hüküm verme yeteneğinin gerçekten bulunup bulunmadığı ve böylece rızasının kişiliğinin serbestçe gelişimi esasına tekabül edip etmediğine göre tayin etmektedir.

Bilme ve isteme yeteneğinin değerlendirilmesi için belirleyici olan şey, münferid olaydaki eylem⁶³ olup, özel hukuktaki sözleşme yeteneği⁶⁴ veya ceza hukukundaki kusur yeteneği⁶⁵ değildir. Bu, özellikle küçük yaştakilerin tedavisinde uygulamada büyük sorunlara yol açmaktadır. Eğer sabit bir asgari yaş sınırı hukuk güvenliğine *büyük bir ölçü* sunsaydı, o, yetişen kendine özgü gençliğin karşısında dururdu.⁶⁶ Bu nedenle, ilgilinin bireysel yeteneği ve somut müdahale, ölçü olmak zorundadır.⁶⁷ Orta müdahalelerden ağır müdahalelere kadar bakım yükümlüsü kişinin rızasına ihtiyaç duyulurken, münferid olayda 14 yaşından küçük birine kendisinin gelişim durumu ve olgunluk sürecine göre kendisinin lehindeki ve aleyhindeki cüz'i doktor müdahalelerinin anlamı ve katlanılabilirliği nazarında doğal temyiz ve hüküm yeteneğinin tanınması⁶⁸ suretiyle haklı

⁶⁰ TAUPITZ, Gutachten A, 63. DJT 2000, A 52.

⁶¹ Ayrıntılı olarak: AMELUNG, ZStW 104 (1992), sh: 522 ve 541 vd. (diğer atıflarla birlikte).

⁶² BGH NJW 1959, sh: 811. Ayrıntılı olarak: AMELUNG, ZStW 94 (1992), sh: 525 ve 557 vd.; AYNİ YAZAR., Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Interventionen, 1995.

⁶³ NEYEN, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, sh: 44 vd.

⁶⁴ BGHZ 29, sh: 33 ve 36; BGH JZ 1989, sh: 93 vd. GIESEN'İN YORUMU İLE BİRLİKTE.

⁶⁵ Bu hususta karşı. Al. CK. Prg. 19 : Her kim fiilin icrası sırasında henüz ondört yaşını doldurmamışsa, kusur yeteneği yoktur.

⁶⁶ TROCKEL, Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht, NJW 1972, sh: 1493 ve 1495.

⁶⁷ Rızanın hukuka uygunluk nedeni oluşuna ilişkin olarak: LENCKNER, in: Schönke/Schröder, StGB, 2. Aufl. 2001, vor § 32 Rn. 39 vd.

⁶⁸ Alman Federal Tabipler Odası Bilim Komitesi Der wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer (DABl 1994, C 2031), istisnai olarak 14 yaşından küçük hastanın temyiz kudretinin bulunduğunu kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. 14 yaşın sınır olduğu hususunda: KERN, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, sh: 753 ve 755; ULSENHEIMER, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 109b.

olabilir. Bu değişken geçişin istisnaları, temyiz kudretinin kanunun gücünü belirli yaş sınırlarına bağlamış olduğu alanlarda da geçerlidirler.⁶⁹

Reşit insanlar, psikiyatrik bozukluklar, akli rahatsızlıklar v.s. açısından bomut bağlantı noktaları bulunmadığı sürece, ilke olarak rıza ehliyetine sahiptirler. Yalnızca bir doktor müdahalesini reddetmek veya mantıksız bir kararda doktorun müdahalesinin lehine⁷⁰ olarak ısrar etmek, temyiz kudretinin yokluğunu kabul etmek için yeterli bir neden sunmaz. Çünkü, verilen kararın objektif mantıklı beklentilerle çelişmesinde de, bizzat tercihte bulunanın yararları bulunabilir.

Hastanın gerekli bilme ve isteme yeteneği ve böylece hüküm yeteneği mevcut olmazsa, hukuksal bir boşluk ortaya çıkmaz. Hüküm, daha çok burada dayanılan şeye -hastanın iradesini mümkün olduğunca geniş biçimde dikkate almak- isabet etmelidir.⁷¹ Böylece rıza, ilke olarak, -uygun açıklamaya göre⁷²- hastanın yerine birisinin karar vermesi biçiminde olmalıdır. Bunlar, henüz temyiz kudreti⁷³ bulunmayan küçüğün kural olarak birbiriyle evli ebeveynleridir.⁷⁴ Yetişkinlerde bir kimsenin yasal olarak görevlendirilmesine ihtiyaç vardır (Karş. Alman MK. prg. 1896, 1901, 1904).

“*Informed consent*” anlamında etkili rıza, hastanın beyanını şart koşmaktadır. Eğer doktor tarafından alınan önlemler saptanmıyorsa, yani yalın estetik ameliyatı sonuçluyorsa⁷⁵, uygulanan özen ve risk açıklamasına ilişkin gereklilikler özellikle yüksektir. Bu, aydınlatıcı ve aynı zamanda zordur. Hukuksal ayırmlar yapılarak hareket edildiği için, hastalar artan biçimde kendilerinin tedavi müdahalelerinin düşünülebilir bakış açılarını form açıklamalarından da öğrenirler. Bu bilgi akışının yalnızca

⁶⁹ Böylece, 16. yaşın tamamlanmasıyla organ bağışlamaya rıza gösterilmesinde test yeteneğinin reddi (Al. MK. Prg. 2229 Fık: 1), 14. yaşın tamamlanmasıyla din seçme yeteneğinin kabulü organ bağışlama yaşı ile çelişmektedir (TPG prg. 3, Fık: 1).

⁷⁰ Örneğin tıbbi olarak herhangi bir dayanağı olmadığı halde bütün dişlerin çekilmesi suretiyle şiddetli mide ağrısına benzer baş ağrılarının giderilebilmesi; ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 48 (diğer atıflarla birlikte); ayrıca bkz.: BGH NJW 1978, sh: 1206.

⁷¹ 1996 tarihli Tasarımın gerekçesi de böyleydi (sh: 137).

⁷² LAUFS, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 66 Rn. 7.

⁷³ Küçüklerin bizzat belirleme yeteneği ölçütlerine ilişkin olarak karş. VOLL, Die Einwilligung im Arztrecht, 1996, sh: 67.

⁷⁴ AMELUNG, Vetorechte, sh: 12.

⁷⁵ Zürich Bölge Mahkemesi SGW 1987 N. 51; BGE 108 II 59; Alman uygulaması açısından karş. BGH NJW 1994, sh: 801; 1998, sh: 1784.

detaylı çalışılıp çalışılmayacağı ve onun kendisinin kişisel kaderi açısından anlamının „*informed consent*“ anlamında içerebilir içermeyeceği, çok sık kuşkuludur. Ayrıca, doktorun hastaya spontan olarak, yani soru sorulmadan, zamanında ve teşhis ve tedavinin öncesi ve sırasında verdiği bilginin içerik ve ölçüsü hakkındaki tartışma devam etmektedir. Ve bilmemek hakkı da, aynı şekilde bireysel özerkliğe dahildir.

Özel bir sorun alanı, tıbbi müdahale nedeniyle elde edilen organ parçası ve hasta ve deneklere ilişkin verilere bakıldığında ortaya çıkmaktadır. Onlar, Biyo-Bankalarda depolanacak ve veri toplanması korunacak ve iletişim ağına açılacaktır. Ancak elde edilen verilen öncelikle, yorum yoluyla bilgilenmeye ve bilmeye sunulacaktır.⁷⁶ Ancak bu aynı zamanda, tıp alanında ağır bir anlam kazanabilir duyarlılık ve yanlış yapma eğilimi anlamına gelmektedir. Genel olarak söylenecek olursa, şuna dikkat edilmelidir: Organ ve verilerden yararlanma tetkik edilen bireyi içermektedir. Eğer araştırma yapılırsa, yalnızca tıbben tetkik edilen hastalar geniş anlamda deneklere dönüşmez. Tetkik edilen kişi hakkında elde edilen veriler, onun sağlık durumunu, ancak muhtemelen genetik profilini de oluşturmaktadırlar. Böylece, tetkik edilen bir şahsın verileri üzerinden bizzat kendisinin araştırılması olanağı ortaya çıkmaktadır. Tetkik edilen şahıs yerine onun verilerinin incelenmesi, dolaylı olarak tesadüf eden kimsenin yalnızca hissedilebilirliğini bu açıdan azaltmaktadır. Tetkik edilen kişi, herşeyden evvel unsurların taşıyıcısı olarak veya bir araştırma gurubunun parçası olarak önemlidir. Ve çok sık, büyük bir itiraz olmaksızın bireysel unsur taşıyıcısının kimliğini ortaya çıkarabilir. „Camdan İnsan“ vizyonu, Biyo-Bankalar alanında artık yeni bir boyuta ulaşmıştır. Bu koşullar, birçok ilgili kimse açısından güvensiz veya tamamen tehdit edici bir etkiye sahiptir.

Aynı zamanda, anayasa tarafından düzenlenen kişilik hakları düşüncesinden münferid bireyin ilke olarak kendisine ait kişisel verilerin ifşası ve kullanılmasını bizzat belirleme yetkisinin ortaya çıktığı hatırlanır.

⁷⁶ Ayrıntılı olarak: *Directive of the European Parliament and of the Council on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, storage, and distribution of human tissues and cells (2004/23/EC)*; Alman Federal Meclisinin Modern Tıp Etik ve Hukuk Komisyonu'nun 03. 11. 2004 tarihli Raporu; ALMAN MİLLİ ETİK KURUMU, Araştırmalar İçin Biyo Bankalar, 2004 tarihli Rapor; Alman Federal Tabipler Odası ALMAN MERKEZİ ETİK KOMİSYONU'nun 17 Mart 2006 tarihli Raporu.

lanmalıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin Alman „Halk(ını) Sayım(t) Kararı“⁷⁷ aracılığıyla yaratılan bilgilendirilmiş tercihte bulunmak (=belirlemek) hakkı, burada bireysel ve bireyüstü alanda yeni bir önem kazanmaktadır. Verilerin Biyo-Bankalarda depolanmasının yüksek duyarlılığı, caizlik ölçütü olarak tetkik edilen bireyin rızasını gerektirmektedir.

8. SONUÇ

Böylece tıp ceza hukukundaki özerklik, rıza ve etik üzerindeki tabakası geniş biçimde gerilmiştir. involvierten taraflar diyalog içinde bu gerilim ilişkisi içinde bulunan hastalar ve doktorların yararlarını bir değer dengelenmesi içine sokmak için gayret göstermektedirler. Onlar, doktorun faaliyetinin pozitif sosyal değerini kabul etmeye davet de edilmelidirler. Bu sorumluluk gerektiren ödevin değerlendirilmesi yanında, hastanın yararlarının özensiz müdahalelerden korunması ve hastanın (özgür) tercihte bulunmasının korunması da söz konusudur. Burada, haklı ölçü korunmalıdır.

Çünkü sonuçta, *KARL JASPERS* tarafından çok önceleri isabetli olarak formüle edilen şu tespit kalmaktadır: „*Doktor ve hasta arasındaki ilişki, bilimsel açıdan uzman olanın hastaya yardım etmesi düşüncesindeki mantıklı iki insanın ilişkisidir*“.

⁷⁷ BVerfG 65, sh: 1 vd.



AUTONOMIE, EINWILLIGUNG UND ETHIK IM MEDIZINSTRAFRECHT

Prof. Dr. Brigitte TAG^()*

1. Einführung

Kaum ein Thema betrifft die Menschen mehr als Gesundheit und Krankheit. Und nichts geht den Menschen so sehr unter die Haut wie die moderne Medizin.

Die von der Europäischen Akademie für Wissenschaft und Künste geprägte, national und international anerkannte Leitlinie „health is wealth“ veranschaulicht, dass die Gesundheit unabdingbare Voraussetzung auch für die soziale Entwicklung des Einzelnen und der Gesellschaft ist. Seitdem die Medizin ihre großen Erfolge verzeichnet und die Forschung immerzu neue biologische Horizonte eröffnet, treffen auch viele unterschiedliche Wertvorstellungen aufeinander. Dies birgt Chancen und Synergien. Zugleich ist aber auch das Risiko eines hohen Konfliktpotenzials nicht von der Hand zu weisen. Denn die gewonnenen und erwarteten Erkenntnisse können zu einer völlig neuen Wahrnehmung der Autonomie des Menschen führen, können aber auch Rollenerwartungen sowie Stigmatisierungstendenzen beeinflussen.

Den Juristen und Juristinnen kommt bei diesem Prozess keine leichte Aufgabe zu. Neben den traditionellen medizinrechtlich ausgerichteten Rechtsfragen, die es zu lösen gilt, sind zahlreiche Fragen der Ethik,¹ der Moral und der Rechtsphilosophie zu berücksichtigen.

^(*) Zurich University Faculty of Law

¹ BAUER, (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts: Theoretische Konzepte, Klinische Probleme, Ärztliches Handeln 1998; FUCHS/GERST, Zur Medizinethik in der Berufsordnung der Ärzte vgl. <http://www.bundesaeztekammer.de/30/Berufsordnung/15Ethik/index.html>, Stand 28.3.2006.

2. Medizinethische Aspekte

Ethik als die vorherrschende Meinung vom Richtigen und Zulässigen knüpft an den Begriff der Moral an. Hierunter werden herkömmlicherweise die Gesamtheit der Überzeugungen vom normativ Richtigen und vom Guten, aber auch die hiermit verbundenen Verhaltensweisen gefasst. Medizinische Ethik ist dann die Disziplin, welche die medizinischen Überzeugungen und Handlungen einer philosophischen Reflexion unterzieht.²

Letzteres zu versuchen, würde den Rahmen des Beitrages bei weitem sprengen. Ziel meiner Ausführungen soll aber sein, die Bereiche aufzuzeigen, in denen medizinethische Fragen mit Bezug auf die Autonomie des Patienten entstehen und sie einzubeziehen, wenn sie für das Recht Grundlagencharakter entfalten können.

Die rechtsphilosophische Bedeutung der modernen Medizin zeigt sich darin, dass sie beinahe untrennbar mit drei existenziellen Empfindungen verbunden ist: Es geht um das Staunen, den Zweifel und die Erschütterung.³ Das Staunen beansprucht dort seinen Raum, wo es darum geht, neue Möglichkeiten und Handlungsoptionen zu erkennen und auszuloten. Am Lebensbeginn zeigt die pränatale Diagnostik, zu welchem frühem Zeitpunkt der Schwangerschaft der Embryo menschliche Züge aufweist, die Forschung am Keimgut lehrt uns, wie aus dem in vitro verfügbaren Embryo nach Implantation in die Mutter ein lebensfähiges Kind heranwächst, dass das Klonieren durchaus möglich und realisierbar ist⁴ und dass Stammzellen ein ungeheueres Potential zur Bekämpfung von Krankheiten besitzen, die heute häufig tödlich enden.

Die Möglichkeiten, den geborenen Menschen virtuell zu untersuchen, minimalinvasive Eingriffe, aber auch spektakuläre intensivmedizi-

² ILLHARDT, Medizinische Ethik, 1985; WIELAND, Strukturwandel in der Medizin und ärztliche Ethik, 19986, §§ 1, 5; SASS/VIEFHUES, Ethik in der ärztlichen Praxis und Forschung, 1988.

³ JASPERS, Einführung in die Philosophie, 26. Aufl. 1971, S. 16.

⁴ Stellungnahme der Zentralen Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (Zentrale Ethikkommission) bei der Bundesärztekammer zum Forschungsklonen mit dem Ziel therapeutischer Anwendungen vom 1.2.2006, <http://www.zentrale-ethikkommission.de/10/PDF/TherapKlonen.pdf>, Stand 30.3.2006.

nische Behandlungen durchzuführen oder mittels maßgeschneiderter Medikamente zu behandeln, sind überwältigend.

Und selbst am Ende des Lebens hört das Staunen nicht auf. Föten werden trotz Hirntod der Mutter am Leben gehalten und geboren,⁵ Autopsie,⁶ Virtopsie und Plastination⁷ zeigen das Wunder des menschlichen Körpers und transplantierte Körperteile finden dankbare Empfänger.

Zweifel entstehen dort, wo der Mensch mit Entscheidungen konfrontiert wird, die seinem Gefühl widersprechen. Dürfen Schwangerschaften zur Unzeit und damit mit tödlichem Ausgang für das Kind beendet werden? Ist es zulässig, am Keimgut zu forschen? Sollen Leistungen erbracht werden, wenn der Einzelne seine Hilfsbedürftigkeit durch unsorgfältigen Umgang mit sich selbst verursacht hat? Wie weit reicht die Autonomie des Patienten? Kann er in Behandlungen einwilligen, die der biomedizinischen Verbesserung, dem enhancement, nicht aber der Heilung von Leiden dient?⁸ Hat der Patient das Recht auf kostenintensive Operationen, wenn die hierdurch beanspruchten Mittel vielen Menschen mit weniger aufwändigen Behandlungen die Gesundheit erhalten könnten? Bedarf es der Einwilligung des Organspenders oder seiner Angehörigen, um postmortal dringend benötigte Organe für die Transplantation zu erlangen? Dürfen zu Lebzeiten oder postmortal entnommene Gewebstücke und Daten zu Forschungszwecken ohne Einwilligung des Spenders (weiter-)verwendet werden? Hat der Patient ein Recht auf Nichtwissen? Oder muss er über die gewonnenen Erkenntnisse unterrichtet werden?

⁵ Zum sog. Erlanger Fall, in welchem die Schwangerschaft allerdings durch Spontanabort beendet wurde, AG Hersbruck, NJW 1992, 3245; BECKMANN, Die Behandlung hirntoter Schwangerer im Licht des Strafrechts, MedR 1993, 121 ff.; BOCKENHEIMER-LUCIUS/SEIDLER (Hrsg.), Hirntod und Schwangerschaft, 1993; KIESECKER, Die Schwangerschaft einer Toten, 1996; zu den verfassungsrechtlichen Aspekten vgl. KLINGE, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, 1996, 239 ff.

⁶ Stellungnahme zur Autopsie, Bundesärztekammer Stand: 26.08.2005, <http://www.bundesaerztekammer.de/30/Richtlinien/Empfidx/Autopsie/>, Stand 28.3.2006.

⁷ TAG/WETZ (Hrsg.), Schöne neue Körperwelten. Der Streit um die Ausstellung. Ergebnisoffener Sammelband zu rechtlichen, ethischen, philosophischen Fragestellungen bezüglich der Ausstellung Körperwelten, 2001; TAG, Legal and ethical aspects concerning the display of human remains in anatomic museums. Symposium in Istanbul zum Thema „Ethik und Recht in der Medizin“, 2005.

⁸ LAUFS, in: LAUFS/UHLENBRUCK (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2003, § 4 Rn. 7.

Existenzielle Erschütterungen sind dort anzutreffen, wo der Mensch die Grenzen des Daseins erfährt. Grenzen, die er nicht zu überschreiten vermag und an denen es nichts zu ändern gibt. Dies gilt insbesondere bei nicht behandelbaren Krankheiten, bei Tod oder aber auch bei der Einsicht, schuldig geworden zu sein.

Treffen Medizin und Recht aufeinander, häufen sich Staunen, Zweifel und Erschütterungen. Die menschliche Grundlage für die zu treffenden Entscheidungen erscheint häufig klar, die juristische ist es keineswegs, die ärztliche kann schwierig und problematisch sein. RADBRUCH hat einmal gesagt, ein guter Jurist könne nur der Jurist mit schlechtem Gewissen sein, der sich in jedem Augenblick seines Beruflebens auch der tiefen Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewusst sei.⁹

Eine vergleichbare Aussage für die Ärzte ist nicht fern liegend. Denn sie sind es, die am Krankenbett weit reichende Entscheidungen, oft über Leben und Tod, zu treffen haben. Die Erweiterung des Therapiespektrums und der ärztlichen Interventionsmöglichkeiten fordern ebenso ihren Preis wie das Spannungsfeld um Budgetierung, Rationierung und Maximalversorgung.

Dies alles beansprucht Entscheide, die häufig mit Grenzüberschreitungen verbunden sind und sich nicht ohne Interessenverletzung auflösen lassen. Und dennoch muss in der konkreten Situation gehandelt werden.

Die vorhandenen Rahmenbedingungen, wie Zeitnot, Ressourcenknappheit¹⁰ und unsichere medizinische Parameter entscheiden später darüber, ob sich die Arbeitsdiagnose, die aufgrund des klinischen Untersuchungsbefundes gestellt wird, zur Differentialdiagnose oder Fehldiagnose entwickelt. Zum Behandlungsfehler kommt es insbesondere dann, wenn aufgrund der Fehldiagnose eine falsche Behandlung eingeleitet wird und sich durch das Nichterkennen der tatsächlich vorliegenden Erkrankung die Prognose des betreffenden Patienten verschlechtert. Vor diesem Hintergrund verwundert es kaum, dass sich die Ärzte durch die

⁹ STANLEY/DREYER (Hrsg.), RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, S. 2 und 4.

¹⁰ Näher TAG, Strafrechtliche Konsequenzen von Ressourcenknappheit und Ressourcenverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis, in: KICK, (Hrsg.), Gesundheitswesen im Spannungsfeld zwischen Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit, 2005.

Erwartungen, die an sie gestellt werden und die Konsequenzen, die sie befürchten müssen, oft in ihrer Existenz erschüttert sehen.

Aber auch die Patienten und ihre Angehörigen sehen sich mit medizinischen Sachverhalten konfrontiert, die so belastend oder auch chancenreich sind, dass vernünftige Entscheidungen kaum noch getroffen werden können. Trotzdem werden heute deutlich höhere Anforderungen an die Entscheidungsautonomie und Entschlusskraft des Einzelnen gestellt als in früheren Zeiten. Der Einzelne ist definitiv gefordert, Verantwortung für sich zu übernehmen.

Autonomie des Patienten bedeutet freilich nicht, dass er sich selbst die Gesetze seines Handelns gibt, dass er sein eigener Gesetzgeber ist.¹¹ Die Rechtsordnung und auch das Medizinrecht gingen nie von einer solch absolut verstandenen Autonomie aus.¹² Der Mensch ist trotz seiner Willensfreiheit abhängig von zahlreichen Voraussetzungen. So benötigt der Kranke den Arzt, um zu überleben und um damit seine Autonomie zu bewahren. Er benötigt die Unterstützung durch die Krankenversicherung, denn die Kosten größerer medizinischer Behandlungen können aus dem Vermögen einzelner Patienten kaum noch aufgebracht werden. Selbstbestimmung des Patienten ist daher nur möglich, wenn sich die Gesellschaft solidarisch zu ihm verhält, wenn ihm in seiner hilfsbedürftigen Lage das Erforderliche gewährt wird.

Das Erforderliche ist jedoch keine fixe Grösse, sondern eröffnet einen Korridor zwischen Minimal- und Maximalversorgung. Und je nach Sichtweise kann die Solidarität, kann die medizinische Leistung sehr unterschiedlich ausfallen.

So müssen Sozialversicherung und Sozialstaat neben dem Wohl des Einzelnen stets auch das Wohl der Versichertengemeinschaft berücksichtigen. Sie sind dazu aufgerufen, die Ressourcen sinnvoll einzusetzen, die Ansprüche zu überprüfen und im Einzelfall auf das Ausreichende, Zweckmässige und Wirtschaftliche zu begrenzen.¹³

¹¹ Zur ursprünglichen Bedeutung des Begriffs Autonomie vgl. HÄRLE, Autonomie – ein vielversprechender Begriff, in: DERS. (Publisher), Menschsein in Beziehungen, 2005.

¹² Allgemein hierzu JONAS, Technik, Medizin und Ethik, 1987, 194.

¹³ QUAAS/ZUCK, Medizinrecht, 2005, § 5 Rn. 2 ff.; LAUFS, in: LAUFS/UHLENBRUCK (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2003, § 2 Rn. 1.

Die Mediziner sind im Regelfall daran interessiert, den Patienten bestmöglich zu versorgen, auf dem neusten Stand zu arbeiten und für den Einzelnen Vertrauensperson und für die Allgemeinheit Garant für ein gut funktionierendes Gesundheitssystem zu sein.¹⁴

Und die Patienten sehen sich als Hilfesuchende, aber auch als Kunden, deren Ansprüche im Regelfall durch eine hohe Erwartungshaltung geprägt sind. Idealerweise hat der Körper – einem Schweizer Uhrwerk gleich – präzise, perfekt und tadellos zu funktionieren. Falls Generalüberholungen oder auch Einzelreparaturen notwendig sind, so sollen sie schnell, effektiv und vor allem nachhaltig durchgeführt werden. Diese Illusion der vollständigen Beherrschbarkeit des menschlichen Körpers vermindert zugleich die Bereitschaft, gesundheitliche Schicksalsschläge hinzunehmen.

Nimmt eine Behandlung nicht den erwünschten Verlauf, treten Erschrockenheit, Verunsicherung, aber auch Verärgerung und Abwehrhaltung zu Tage. Die bis in kleinste Verästelungen festgelegte, komplizierte horizontale und vertikale Arbeitsteilung in der Medizin,¹⁵ der Einsatz der Apparatemedizin sowie die Furcht, nicht nur als Patient, sondern womöglich auch als Forschungsobjekt von Interesse zu sein, nährt das Misstrauen. Fehlt in einem solchen Fall die Kommunikation zwischen Arzt und Patient oder ist sie unzureichend, ist der Schritt, die Gerichte zur Entscheidung heranzuziehen, schnell getan. Die Juristen sollen nun das Schicksal, das man nicht mehr tragen kann oder tragen will, so weit als möglich korrigieren.

3. Arzthaftung

Ausgangspunkt der Arzthaftung ist regelmässig das Unterschreiten des Standards guter ärztlicher Behandlung.¹⁶ Nicht nur wegen des Wirtschaftlichkeitsgebots hat der Arzt die Indikation sorgfältig zu stellen. Sie bildet neben der Autonomie des Patienten Basis ärztlichen Handelns.

¹⁴ (Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (Stand 2004), <http://www.bundesaerztekammer.de/30/Berufsordnung/Mbopdf.pdf>, Stand 30.3.2006.

¹⁵ Dazu bereits STRATENWERTH, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Festschrift Eb. Schmidt, 1961, 385 ff.; ULSENHEIMER, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rn. 138 ff.; UMBREIT, Die Verantwortlichkeit des Arztes für das fahrlässige Verhalten anderer Medizinalpersonen, 1992, 1 ff.

¹⁶ LAUFS, in: LAUFS/UHLENBRUCK (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99.

Dennoch ist ihr Wirkungskreis unter rechtlichen Gesichtspunkten ambivalent. Nicht alles, was medizinisch angezeigt, zweckdienlich, maßvoll oder erforderlich ist, entspricht dem Willen der Patienten. So kann es sein, dass ein Patient die Behandlung ablehnt, obgleich eine medizinische Indikation vorliegt. Oder es werden – wie bei Schönheitsoperationen oder bei Forschungsuntersuchungen – medizinisch nicht indizierte Eingriffe durchgeführt. Die Bindung ärztlichen Handelns an eine Indikation kann für diese Bereiche nicht vollumfänglich gelten. Dennoch werden die nicht heilungsbezogenen Behandlungen von der Beachtung des Prinzips des „Nicht-Schaden-Wollens“, der Verhältnismässigkeit sowie der fachgerechten Durchführung nicht entbunden.

Zudem ist die Anerkennung der Entscheidungsautonomie eine unbestreitbare Grundlage für die ärztliche Massnahme. Führt der Arzt gegen den erklärten Willen des Patienten eine nicht indizierte Behandlung durch, so haftet er für deren Folgen ebenso, wie wenn ihn der Vorwurf einer pflichtwidrig unterlassenen Behandlung trifft.

Erstaunlicherweise definieren die Gesetze den in der Medizin so geläufigen Begriff der ärztlichen Kunst nicht.¹⁷ Die Rechtspraxis stellt vielmehr auf die Negativabgrenzung, auf den Behandlungsfehler ab. Doch auch insoweit ergibt sich kein einheitliches Bild. Das kommt daher, dass die Medizin es mit dem Menschen zu tun hat und damit mit einem ständig im Wandel begriffenen Organismus. Und trotz aller Gemeinsamkeiten hat jeder Organismus Besonderheiten, die ihn von anderen unterscheiden. Ein allgemeiner Kodex zulässigen medizinischen Handelns muss daher so flexibel sein, dass er dem ausreichend Rechnung trägt. Zugleich muss er aber auch Rechtssicherheit bieten.

Von den früher geltenden Prinzipien – dem Handeln nach ärztlicher Vernunft, dem therapeutischen Privileg, der paternalistischen Dominanz des Arztes im Behandlungsgeschehen – hat sich die moderne Medizin weitgehend verabschiedet. Denn sie vertragen sich nicht mit dem Idealtypus des aufgeklärten, freiverantwortlichen Patienten. Folgerichtig räumen moderne Spezialgesetze, wie das AMG, das TPG, TFG, auch das Stammzellforschungsgesetz der Autonomie des Patienten,

¹⁷ TAG, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Autonomie und *lex artis*, 2000, § 12.

Probanden, Spenders einen zentralen Platz ein. Aber auch die allgemeinen Regelungen des Straf- und Zivilrechts werden im Lichte der Selbstbestimmung ausgelegt. Der Tatbestand der vorsätzlichen¹⁸ bzw. fahrlässigen¹⁹ Körperverletzung entfällt, wenn der Patient wirksam in den ärztlichen Eingriff eingewilligt hat.²⁰

Dies alles verdeutlicht, dass der Persönlichkeitsschutz des Patienten neben der Berücksichtigung fachbezogener Richtlinien von grosser Bedeutung ist. Denn aus rechtlicher wie aus ethischer Sicht liegt die Entscheidung für oder gegen eine Behandlung bei dem Patienten. Seine auch ungewöhnlichen Entscheidungen sind von der Gesellschaft zu akzeptieren. Der Wille des aufgeklärten Patienten setzt dem Arzt Schranken. Die These, „wer heilt hat Recht“, gilt so nicht mehr.

4. Schutz der Selbstbestimmung durch das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit

Rechtsdogmatisch ist die Selbstbestimmung im Körperverletzungstatbestand, im Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit, verankert.²¹ Dennoch sind damit nicht alle Fragen gelöst. Denn so selbstverständlich Bedeutungsgehalt und Grenzen des Rechtsgutes der körperlichen Unversehrtheit erscheinen, so unscharf wirken sie bei genauer Betrachtung.

Das gilt nicht zuletzt deshalb, weil seit dem Inkrafttreten der Körperverletzungsdelikte im Jahre 1871, Körper, Gesundheit und die Medizin einen grundlegenden Wandel erfahren haben. Im Jahre 1894 entsprach die Amputation des Beines wegen fortschreitender tuberkulöser Vereiterung des Fußwurzelknochens dem medizinischen Standard.²² In

¹⁸ Zur Verurteilung von Ärzten wegen vorsätzlicher Körperverletzung vgl. z.B. BGH MedR 1998, 218 ff., bearb. GRANDERATH; BGH MedR 1998, 326 ff., bearb. WIGGE, mit Anm. JUNG.

¹⁹ Zum, Umschwenken' auf die sog. Aufklärungspflichtverletzung bei Beweisschwierigkeiten vgl. TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 8 ff.

²⁰ Die Einordnung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund oder als Tatbestandsausschlussgrund ist umstritten. Die Rechtsprechung und Teile des Schrifttums gehen von einer rechtfertigenden Wirkung aus. In der Literatur werden aber auch die sogenannten Tatbestandslösungen vertreten, wonach die Einwilligung in die Heilbehandlung bereits den Tatbestand der Körperverletzungsdelikte ausschliesst, näher TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 18 ff. m.w.N.

²¹ Ausführlich TAG, aaO.

²² RGS 25, 375.

seiner Entscheidung im 67. Band S. 12 ff. bewertete das Reichsgericht es noch als *lege artis*, den vereiterten Appendix durch Abwarten und warme Butterumschläge zu behandeln. Während sich die Gesundheit der Patientin im ersten Fall stabilisierte, endete der zweite Fall – für uns wenig überraschend – tödlich. Heute aber wird der ärztliche Alltag durch minimalchirurgische Eingriffe, computergesteuerte, auf individuelle Bedürfnisse abgestimmte Bestrahlung und Medikation, aber auch durch höchst komplexe Operationen und Transplantationen bestimmt.

Und dennoch ist die Frage nach wie vor aktuell, ob die frühere Körperverletzungsdoktrin, wonach jeder – auch der ärztliche – Eingriff in den Körper eines anderen eine tatbestandliche Verletzung ist, deren Unrechtsgehalt im Einzelfall wieder durch Einwilligung kompensiert werden kann, der modernen Medizin noch gerecht wird.

Die eingangs erwähnten Beispiele der postmortalen Organtransplantation, der Transfusion, In-vitro-Fertilisation illustrieren zudem, dass sich die um die Einwilligung rankenden Fragen im Vergleich zu früher deutlich erweitert haben. Es geht auf der Zeitschiene darum, ab welchem und bis zu welchem Zeitpunkt Persönlichkeitsrechte zu beachten sind. Und es geht bezüglich des Umfangs der Einwilligung darum, auf welche Bereiche sich die strafrechtlich geschützte Autonomie bezieht, ob sie an der Außenhaut endet,²³ ob sie sich auf vom Körper getrennte Organe und Substanzen, und ob sie sich auf die hieraus gewonnenen Daten erstreckt.²⁴

Die zu suchenden Antworten nehmen ihren Ausgangspunkt bei der Auslegung des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit. Bei rein abstrakter Betrachtung geht es von einem Idealzustand der Vollkommenheit von Körper und Gesundheit aus – und unterscheidet sich damit stark von der Lebenswirklichkeit. Versteht man das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit konkret – so bedeutet es für jeden etwas anderes und wird relativ. Damit erweist es seine Kontingenzbedingtheit.

Etlliche Rechtsgutsträger sind von Geburt an mit einem körperlichen oder geistigen Handicap behaftet. Körper und Gesundheit unterlie-

²³ So z.B. OTTO, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, Jura 1996, 220.

²⁴ So der 6. Zivilsenat des BGH NJW 1994, 127 f.

gen zudem im Lebenslängsschnitt deutlichen Veränderungen. Die Strafrechtslehre hat diese Besonderheiten seit langem erkannt. So wird in der Literatur die Gesundheit als normaler Zustand körperlicher Funktionen,²⁵ als Abwesenheit von Krankheit, als Wohlsein²⁶ verstanden. Der Körper hingegen wird umschrieben als biologische Einheitlichkeit und Gesamtheit,²⁷ als materialisiertes Seins- und Bestimmungsfeld des Menschen, aber auch als biologische Funktionseinheit, die den Kernbestand des Freiheitspotentials einer Person schützt.²⁸

So facettenreich diese Begriffsbestimmungen sind, sie verweisen im Kern auf die Grundsatzfrage, welchen Stellenwert die Autonomie beim Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit einnimmt.

Im Schrifttum finden sich hierzu unterschiedliche Positionen, wobei allerdings apodiktische Behauptungen oftmals die genaue Begründung ersetzen. Der Hinweis auf die Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes²⁹ und das Analogieverbot werden insbesondere dann bemüht, wenn der Schutzbereich der Körperverletzung auf die biologische Seinsform reduziert werden soll.³⁰

Überzeugend ist das nicht. Denn der Begriff des Rechtsguts ist zwar dem Strafrecht, nicht aber der Verfassung vorgelagert.³¹ Das verfassungsrechtliche Gebot, jeden anderen als autonome und gleichberechtigte Persönlichkeit zu achten, bildet die Basis des strafrechtlichen Individual-

²⁵ Z.B. KÜHL, in: Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 223 Rn. 5.

²⁶ BELING, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1924), 220, 226.

²⁷ OTTO, Jura 1996, 219.

²⁸ FREUND/HEUBEL, Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, MedR 1995, 194, 198.

²⁹ ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 38 ff. m.w.N.

³⁰ HIRSCH, LK-StGB, vor § 223 Rn. 1 ff. m.w.N.

³¹ RUDOLPHI, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift Honig, 151, 158 ff.; ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 Rn. 86 ff. m.w.N. A.A. z.B. die Lehre vom Verbrechensobjekt in der Strafrechtswissenschaft der Aufklärung, näher hierzu SINA, Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, 1962, 6 ff.; HONIG, Die Einwilligung des Verletzten, 1919, 32 ff. m.w.N. Danach bildet die naturrechtliche Lehre vom Gesellschaftsvertrag die Grundlage, um den Verbrechensbegriff inhaltlich zu bestimmen. Die aus dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Rechte für Bürger und Staat – auch mit Mitteln des Strafrechts – zu schützen, war nach dieser Ansicht die einzig legitime Aufgabe des Staates.

rechtsgüterschutzes.³² Zwar enthält das Prinzip des materiellen Rechtsstaats keine im Einzelnen festgelegten Ge- und Verbote.³³ Aus seinem Zusammenwirken mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde und dem Grundrechtskatalog erschließt sich aber für das Strafrecht, dass sich der Wesensgehalt des Rechtsguts aus den Grundwerten der Verfassung speist. Strafrechtlich geschützt werden nicht bloße Moral und Ethik oder naturrechtliche Positionen, sondern für die Gesellschaft und den Einzelnen unverzichtbare Basiswerte. Das Potential des Menschen, diese Interessen zu realisieren, kennzeichnet das Rechtsgut. Die körperliche Unversehrtheit erfährt zudem keinen bloß statischen Schutz. Maßgebend ist vielmehr die dynamische Komponente, das „In-Funktion-Sein“.³⁴ Die relativ zu verstehende körperliche Unversehrtheit ist nicht nur bloßer Besitzstand, sondern als Teil des Persönlichkeitsrechtes³⁵ notwendige Handlungsgrundlage des Menschen.

Diese knappe Skizze mag dem gegenwärtigen Zweck genügen. Projiziert man sie auf die Delikte zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit, dann wird für die Rechtsgutsdiskussion das personale Element deutlich. Für den Einbezug der Verfügungsfreiheit³⁶ sprechen gute Gründe.

Der Körper des Menschen steht für konkrete Personalität, „verkörpert“ eine sich ständig weiterentwickelnde Biographie. Die konkrete Lebensführung vermittelt den abstrakten Rechtsgütern Inhalt und Konturen. Der lebende Mensch als intakter Gesamtorganismus erhält seinen strafrechtlichen Schutz aufgrund der untrennbaren Einheit von Körper, Seele und Geist.³⁷ Es ist offensichtlich, dass der Mensch im Normalfall faktisch

³² Zur Ableitung des Rechtsgutsbegriffs aus der Verfassung vgl. ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 Rn. 86 ff. m.w.N.

³³ BVerfGE 74, 129, 152.

³⁴ WELZEL, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 490 ff., 515; vgl. ferner RUDOLPHI, in: Festschrift Honig, 151, 163.

³⁵ Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. So ist die Freiheit zur Krankheit, BVerfG NJW 1998, S. 1774 f.; BVerfGE 58, S. 208, 226 ff.; BGHZ 90, S. 103, 105 f., die Organspende, vgl. BT-Drs. 13/4355, S. 14, sowie das Recht auf den eigenen Tod, BGHSt 37, S. 376, 378, näher TAUPITZ, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, Leipzig 2000, A 32 ff., 105 ff. [Bestandteil der persönlichen Freiheit.]

³⁶ Für das Zivilrecht BGHZ 124, 52.

³⁷ ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, 3. Aufl., 1997, § 13 Rn. 14: „[...] der Körper ist Schutzobjekt nicht als Anhäufung von Fleisch und Knochen, sondern nur in Verbindung mit dem Geist, der in ihm wohnt und ihn beherrscht.“

und rechtlich in der Lage ist, sein persönliches Interesse an seiner körperlichen Unversehrtheit umzusetzen und damit auch über den Schutzzumfang zu disponieren. Eine Aufspaltung von Körper einerseits und Autonomie andererseits wäre unnatürlich und würde zu einer nicht hinnehmbaren Versachlichung des Menschen führen.

Diese Akzentuierung personaler Freiheit und Selbstbestimmung geht freilich nicht so weit, den Zusammenhang zwischen objektivem Gut und Autonomie zu lösen und nur noch letztere als schützenswert zu betrachten.³⁸ Die für manche als provokant, für andere als selbstverständlich empfundene Aussage: „der Mensch gehört sich selbst“, bedeutet nicht, dass er über sich wie über eine Sache verfügt. Das Schutzgut der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit beschränkt sich nicht auf eine bloße Herrschaft über Körper und Gesundheit.

Vielmehr ist das Verhältnis des lebenden Menschen zu seinen biologischen Grundlagen im Sinne einer personenrechtlichen Wechselwirkung und Abhängigkeit zu verstehen.³⁹

Der Mensch hat nicht nur einen Körper, er ist auch Körper,⁴⁰ er hat nicht nur seine Gesundheit, er ist gesund.⁴¹ Das „Gesund-Sein“ illustriert das personale Element der körperlichen Unversehrtheit.

5. Tabugrenzen

Die im Strafrecht anzutreffenden Beschränkungen der Verfügung über den Körper bestätigen den dargelegten Grundsatz, untergraben ihn aber nicht.

Das Verbot der Fremdtötung auf Verlangen, § 216 StGB, oder auch die trotz Einwilligung des Opfers sittenwidrige Körperverletzung, § 228 StGB, zeigen, dass die Herrschaftsmacht über Körper und Gesundheit hinter dem objektiven Teil des Rechtsguts zurückbleiben kann. Menschen mit irreversiblen apallischen Syndroms oder auch der Anenzepha-

³⁸ Vgl. z.B. STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), 41, 43.

³⁹ JAUERNIG, in: DERS. (Hrsg.), BGB, 11. Aufl. 2004, § 90 Rn. 9.

⁴⁰ MERLEAU-PONTY, in: Das Auge und sein Geist. Philosophische Essays, hrsg. von Arndt, Philosophische Bibliothek, 1984, Band 357, 45 ff.

⁴¹ Für eine ontologische Interdependenz höchstpersönlicher Rechtsgüter wie Leben, Körperintegrität, Freiheit und Ehre spricht sich HILLENKAMP, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 113, aus.

lus machen sichtbar, dass die Fähigkeit zur aktuellen Selbstbestimmung bereits zu Lebzeiten entfallen kann.

Trotzdem führen diese Sondersituationen nicht zu dem Schluss, die körperliche Unversehrtheit beziehe sich nur auf die biologische Daseinsform. So unmittelbar einleuchtend die Unterscheidung zwischen biologischem Leben, subjektivem Erleben und Person-Sein in diesen Fällen ist: Sie impliziert Unterscheidungen, die dem Stellenwert des Menschen in der Rechtsordnung nicht entspricht. Solange der Mensch lebt⁴², ist seine Autonomie geschützt – selbst bei Wegfall jeder Empfindungsfähigkeit. Dem personalen Wesen, d.h. dem Wesen mit „Ich-Bewußtsein“ wird kein größerer Strafrechtsschutz eingeräumt als dem „nur“ menschlichen Wesen.⁴³ Und die auf den Ausnahmefall reduzierte Beschränkung in der Herrschaftsmacht erklärt sich aus der Einbindung des Einzelnen in die Gemeinschaft. Die soziale Individualität ist dann an Grenzen gebunden, wenn das autonome Handeln mit den in der pluralistischen Gesellschaft herrschenden fundamentalen Werten nicht zu vereinbaren ist – und damit von ihr nicht hingenommen werden kann.

Zwar stehen die angesprochenen Grenzen dem Wandel der Anschauung in der Gesellschaft offen – was sich eindrücklich an der Diskussion um die aktive Sterbehilfe zeigt. Die in § 216 StGB, der Tötung auf Verlangen, zum Ausdruck kommende fehlende Einwilligungsbefugnis beruht auf der Tabuisierung fremden⁴⁴ Lebens sowie dem sich hierin manifestierenden hohen Stellenwert des menschlichen Lebens. Das Strafrecht aber darf neue gesellschaftliche Diskussionen, wie z.B. über die Zulässigkeit von Sterbehilfe, nicht ungefiltert übernehmen und damit zur blossen Plattform und Informationsquelle über anderswo stattfindende

⁴² Im Tod gilt bis zum Verblenden der Persönlichkeit das sogenannte postmortale Persönlichkeitsrecht.

⁴³ A.A. z.B. HOERSTER, Abtreibung im säkularen Staat, 2. Aufl. 1996, 12; DERS., in: Bonfranchi, R. (Hrsg.), Zwischen allen Stühlen. Die Kontroverse um Ethik und Behinderung, 1997, 43 ff.

⁴⁴ Bereits ENGISCH, Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, in: Festschrift Mayer, 1966, 412, 415 spricht von „der Unantastbarkeit fremden Menschenlebens“; HIRSCH, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift Welzel, 1974, 775, 789 f.; SCHREIBER, Wann darf ein Organ entnommen werden, in: Festschrift Steffen, 1995, 451 f.; STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, 117 f.; zur Funktion der Menschenwürdeverbürgung als Tabugrenze vgl. PIEROTH/ SCHLINK, Grundrechte, Staatsrecht II, 21. Aufl. 2005, Rn. 358. Kritisch SCHROEDER, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, ZStW 106 (1994), 565, 567.

Debatten degradiert werden. Sonst besteht die Gefahr, dass sich gesellschaftspolitische Veränderungen zur eigenen Strafrechtsquelle entwickeln. Unter solchen Vorgaben büßen Strafgesetze ihre Funktion als ethisches Minimum einer Gesellschaft ein, Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gehen verloren.

6. Zwischenfazit

Therapieentscheidungen sind nicht allein ärztliche Angelegenheit, sondern im Idealfall das einvernehmliche Ergebnis einer konstruktiven partnerschaftlichen Kommunikation zwischen Arzt und Patient.⁴⁵ Der Patient bedarf des fachlichen Rats, um sich mit dem Krankheitsbild, den Therapiemöglichkeiten und deren Folgen vertraut zu machen.⁴⁶ Da er diese Konsequenzen selbst trägt und im Regelfall nur er allein seine persönlichen Prioritäten und Wertvorstellungen kennt, kommt grundsätzlich ihm die Letztentscheidungskompetenz über die Behandlung zu. Diese Selbstbestimmung konkretisiert das Werteverhältnis und somit gerade auch sein Verfügungsinteresse am eigenen Körper wie an der Gesundheit und damit – neben dem Vorgehen *lege artis* – die Angemessenheit der medizinischen Behandlung.⁴⁷ Das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 GG, das hiermit eng verflochtene allgemeine Persönlichkeitsrecht und die in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Menschenwürde⁴⁸ berechtigen den Patienten, selbst über seinen Körper und seine Gesundheit zu entscheiden. Die wirksame Einwilligung in eine *lege artis* durchgeführte medizinische Behandlung lässt den Handlungs- und Erfolgsunwert des Tatbestandes der Körperverletzung entfallen.⁴⁹

⁴⁵ DEUTSCH/SPICKHOFF, *Medizinrecht*, 5. Aufl. 2003, Rn. 187 ff.; Sachverständigenrat für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen im Jahresgutachten 1992, Rn. 392.

⁴⁶ Zum Recht auf Kenntnis vgl. LAUFS, *Arzt und Recht – Fortschritte und Aufgaben*, NJW 1998, 1750, 1756.

⁴⁷ BOTTKÉ, *Suizid und Strafrecht*, 1982, 145 ff., 151; KRAUB, *Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung*, in: *Festschrift Bockelmann*, 1979, 557, 572; SCHWALM, *Zu Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers*, in: *Festschrift Bockelmann*, 1979, 539; für das zivilrechtliche Schrifttum vgl. u.a. DEUTSCH, *Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht*, NJW 1965, 1989.

⁴⁸ DÜRIG, in: *Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.)*, *Grundgesetz*, Band 1, Art. 1 Rn. 17 ff. m.w.N.

⁴⁹ TAG, *Der Körperverletzungstatbestand*, § 4 II, § 14; KÜHNE, *JZ* 1979, 241 ff.; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1970, 129 f.; DERS., *Die durch*

7. Die strafrechtliche Einwilligung

Die Einwilligung ermächtigt den Arzt, zur Vornahme tatsächlicher Handlungen,⁵⁰ die in den körper- und gesundheitsbezogenen Rechtskreis des Patienten eingreifen. Sie ist daher keine Willenserklärungen im rechtsgeschäftlichen Sinne,⁵¹ sondern eine sonstige, zivilrechtlichen Regelungen nicht unterliegende Rechtshandlung.⁵² Sie gibt kund, ob und inwieweit der Patient das ärztliche Handeln und seine Zwischen- und Enderfolge legitimiert.⁵³ Die Einwilligung ist widerruflich⁵⁴ und muss vor⁵⁵ der Behandlung ausdrücklich oder konkludent erklärt werden, um rechtswirksam zu sein. Die nachträgliche Genehmigung kann im Hinblick darauf, dass das Strafrecht grundsätzlich der Disposition von Täter und Opfer entzogen ist, den bereits entstandenen staatlichen Strafanspruch nicht rückwirkend beseitigen.⁵⁶ Eine nachträgliche Billigung kann sich aber darin niederschlagen, dass bei der einfachen Körperverletzung von der Stellung des Strafantrags⁵⁷ abgesehen oder die Einstellung nach §§ 153 ff. StPO ausgesprochen wird.

Um wirksam in die ärztliche Behandlung einzuwilligen, muss der Patient einsichts- und einwilligungsfähig⁵⁸ sein.⁵⁹ Die Frage der Einwilli-

Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift Noll, 1984, 275 f. A.A. AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, 26 f.; NEYEN, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 1991, 2 f. Zur Wirkung der Einwilligung im Zivilrecht ausführlich DEUTSCH/SPICKHOFF, Medizinrecht, Rn. 187 ff.

⁵⁰ Auf dem Boden der Rechtfertigungslösung so bereits RGSt 41, 392, 395 für das Strafrecht; für das Zivilrecht BGH NJW 1959, 811; BGH NJW 1988, 2946 ff.

⁵¹ AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1997, 14.

⁵² Ausführlich AMELUNG, aaO, 13 ff. (Einwilligung jedoch als Rechtfertigungsgrund).

⁵³ ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 49.

⁵⁴ TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 53. Aufl., 2006, § 228 Rn. 18.

⁵⁵ BGHSt 17, 359; ULSENHEIMER, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 117; für das Transfusionswesen vgl. § 6 Abs. 1 TFG, BR-Drs. 851/97, 6.

⁵⁶ So bereits HEIMBERGER, Strafrecht und Medizin, 1899, 14.

⁵⁷ Vgl. auch ULSENHEIMER, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 241a.

⁵⁸ Instruktiv AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992), 525, 543, wonach die Anforderungen an eine vernünftige Entscheidung davon abhängen, dass die Entscheidung a) den subjektiven Wertmaßstäben des Rechtsgutsträgers entspricht und auf den Erwerb eines Vorteils, die Vermeidung eines Nachteils oder die Preisgabe eines dem Inhaber unwichtigen Rechtsgutes zielt, b) auf einer zutreffenden Würdigung der bewertungsrelevanten, objektiven Tatsachen und Kausalverläufe beruht und c) im Falle des Konflikts zwischen mehreren Rechtsgütern nach der subjektiven Bewertung des Patienten zur Konfliktlösung erforderlich ist.

gungsfähigkeit betrifft das Spannungsverhältnis zwischen Autonomie einerseits und Fürsorge andererseits.⁶⁰ Die Einwilligungsfähigkeit im Hinblick auf medizinische Eingriffe ist weder im StGB noch im BGB geregelt. Die Rechtspraxis⁶¹ orientiert sich danach, ob der Patient die tatsächliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, die ihn dazu befähigt, „Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermes-sen“⁶² und damit seine Einwilligung auf der Grundlage der freien Entfal-tung seiner Persönlichkeit zu treffen.

Entscheidend für die Bewertung der Einsichts- und Willensfähig-keit ist die Sachlage im Einzelfall,⁶³ nicht aber die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit⁶⁴ oder die strafrechtliche Schuldfähigkeit.⁶⁵ Dies wirft insbesondere bei der Behandlung von Minderjährigen in der Praxis große Fragen auf. Wenngleich eine unflexible Altersgrenze ein höheres Maß an Rechtssicherheit bieten würde, steht sie der wachsenden Eigenständigkeit Jugendlicher entgegen.⁶⁶ Maßgebend müssen daher die individuellen Fähigkeiten des Betroffenen und der konkrete Eingriff sein.⁶⁷ Im Einzel-fall kann es durchaus sachgerecht sein, einem unter 14-Jährigen nach seinem Entwicklungsstand und Reifeprozess die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Hinblick auf die Bedeutung und Tragweite einer ge-ringfügigen ärztlichen Behandlung in ihrem Für und Wider zuzubilligen,⁶⁸ während mittlere bis schwere Eingriffe der Einwilligung der Perso-

⁵⁹ Zur Fremdbestimmung bei ärztlichen Eingriffen, KERN, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753 ff.

⁶⁰ TAUPITZ, Gutachten A, 63. DJT 2000, A 52.

⁶¹ Näher AMELUNG, ZStW 104 (1992), 522, 541 ff. m.w.N.

⁶² BGH NJW 1959, 811; aufschlussreich AMELUNG, ZStW 94 (1992), 525, 557 f.; DERS., Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Interventionen, 1995.

⁶³ NEYEN, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 44 ff.

⁶⁴ BGHZ 29, 33, 36; BGH JZ 1989, 93 f. mit Anm. GIESEN.

⁶⁵ Vgl. insoweit § 19 StGB: Schuldunfähig ist, wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist.

⁶⁶ TROCKEL, Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht, NJW 1972, 1493, 1495.

⁶⁷ Zur rechtfertigenden Einwilligung LENCKNER, in: Schönke/Schröder, StGB, 2. Aufl. 2001, vor § 32 Rn. 39 ff.

⁶⁸ Der wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer, DÄBl 1994, C 2031, spricht sich im Ausnahmefall dafür aus, bei etwas jüngeren als 14-jährigen Patienten die Einsichtsfähigkeit anzunehmen. Für die starre 14-Jahresuntergrenze KERN, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753, 755; ULSENHEIMER, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 109b.

nensorgeberechtigten bedürfen. Ausnahmen von diesem fließenden Übergang gelten jedoch in den Bereichen, in denen die Einsichtsfähigkeit kraft Gesetzes an bestimmte Altergrenzen gebunden ist.⁶⁹

Volljährige Personen sind grundsätzlich einwilligungsfähig, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte für psychische Defekte, Bewusstseinsstörungen etc. vorliegen. Allein die Verweigerung einer ärztlichen Behandlung oder das Beharren auf einer unvernünftigen Entscheidung zugunsten einer ärztlichen Behandlung⁷⁰ bietet keinen zureichenden Grund, auf die fehlende Einsichtsfähigkeit zu schließen. Denn auch eine im Widerspruch zu objektiv vernünftigen Erwägungen getroffene Entscheidung kann durchaus im selbstbestimmten Eigeninteresse liegen.

Fehlt dem Patienten die erforderliche Einsichts- und Willensfähigkeit und damit die Entscheidungskompetenz, entsteht kein rechtliches Vakuum. Die Entscheidung ist vielmehr von den hierzu Berufenen – unter weitmöglicher Beachtung des Patientenwillens – zu treffen.⁷¹ Daher ist die Einwilligung grundsätzlich desjenigen einzuholen, der an Stelle des Patienten – nach entsprechender Aufklärung⁷² – zu entscheiden hat. Dies sind bei noch nicht einsichtsfähigen⁷³ Minderjährigen regelmäßig die miteinander verheirateten Eltern.⁷⁴ Bei Erwachsenen bedarf es der Bestellung eines Betreuers, vgl. §§ 1896, 1901, 1904 BGB.

Die wirksame Einwilligung im Sinne des „informed consent“ setzt die Aufklärung des Patienten voraus. Die Anforderungen an die anzuwendende Sorgfalt und an die Risikoaufklärung sind besonders hoch, wenn die ärztliche Maßnahme nicht indiziert ist, d.h. z.B. als reine

⁶⁹ So kann in Anlehnung an die Testierfähigkeit, § 2229 Abs. 1 BGB, mit Vollendung des 16. Lebensjahres in die Organspende eingewilligt, in Anlehnung an die Religionsmündigkeit mit Vollendung des 14. Lebensjahres der Organspende widersprochen werden, § 3 Abs. 1 TPG.

⁷⁰ Z.B. die Extraktion sämtlicher Zähne, obgleich medizinisch keinerlei Anhaltspunkte dafür bestanden, dass damit die heftigen migräneartigen Kopfschmerzen beseitigt werden können; ROXIN, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 48 m.w.N.; a. A. BGH NJW 1978, 1206.

⁷¹ So auch Begründung zum Referentenentwurf 1996, 137.

⁷² LAUFS, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 66 Rn. 7.

⁷³ Zu den Kriterien der Selbstbestimmungsfähigkeit Minderjähriger, vgl. VOLL, Die Einwilligung im Arztrecht, 1996, 67.

⁷⁴ AMELUNG, Vetorechte, 12.

Schönheitsoperation erfolgt.⁷⁵ Dies ist einleuchtend und zugleich schwierig. Denn um juristischen Auseinandersetzungen aus dem Wege zu gehen, werden Patienten zunehmend zu allen nur denkbaren Aspekten ihrer Heilbehandlung auch per Formularaufklärung informiert. Ob sie diese Wissensflut auch nur annähernd verarbeiten und deren Bedeutung für ihr persönliches Schicksal im Sinne des „informed consent“ erfassen können, ist oft fraglich. Zudem ist die Diskussion über Inhalt und Ausmaß dessen, was der Arzt dem Patienten spontan, also ungefragt, rechtzeitig vor und bei Diagnose und Therapie mitzuteilen habe, im Fluss. Und zur personalen Autonomie gehört ebenfalls das Recht auf Nichtwissen.

Ein spezieller Problemkreis ergibt sich mit Blick auf die anlässlich von medizinischer Behandlung gewonnenen Gewebestücke und Daten von Patienten und Probanden. Sie werden i.d.R. in Biobanken und Datensammlungen aufbewahrt und vernetzt. Die gewonnenen Daten werden erst durch Interpretation zu Information und Wissen.⁷⁶ Dies bedeutet aber zugleich eine Sensibilität und Fehleranfälligkeit, die im Bereich der Medizin gravierende Bedeutung erlangen können. In diesem Gesamtkontext gilt es zu beachten: Die Nutzung der Gewebe und Daten, schließt die untersuchte Person mit ein. Falls Forschung betrieben wird, werden nicht nur die medizinisch untersuchten Patienten zu Probanden im weiteren Sinne. Die gewonnenen Daten der untersuchten Person bilden deren Gesundheitszustand, möglicherweise aber auch deren genetisches Profil ab. Damit besteht die Möglichkeit, über die Daten einer untersuchten Person diese selbst zu erforschen. Die Erforschung der Daten statt der untersuchten Person verringert für diese nur die Fühlbarkeit der unmittelbaren Betroffenheit. Die untersuchte Person wird vor allem als Trägerin von Merkmalen oder als Teil einer Untersuchungsgruppe wichtig. Und häufig kann der individuelle Merkmalsträger ohne großen Aufwand identifiziert werden. Die Vision des „gläsernen Menschen“ hat gerade im Bereich von

⁷⁵ Bezirksgericht Zürich SGW 1987 N. 51; BGE 108 II 59; für die deutsche Praxis vgl. BGH NJW 1994, 801; 1998, 1784.

⁷⁶ Ausführlich Directive of the European Parliament and of the Council on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, storage, and distribution of human tissues and cells (2004/23/EC); Gutachten ENQUETE-KOMMISSION ETHIK UND RECHT der modernen Medizin des Deutschen Bundestages vom 3.11.2004; NATIONALER ETHIKRAT, Stellungnahme, Biobanken für die Forschung, 2004; ZENTRALE ETHIKKOMMISSION bei der Bundesärztekammer Stellungnahme vom 17. März.

Biobanken eine neue Dimension erreicht. Dieser Umstand hat für viele Betroffenen eine verunsichernde oder gar bedrohliche Wirkung.

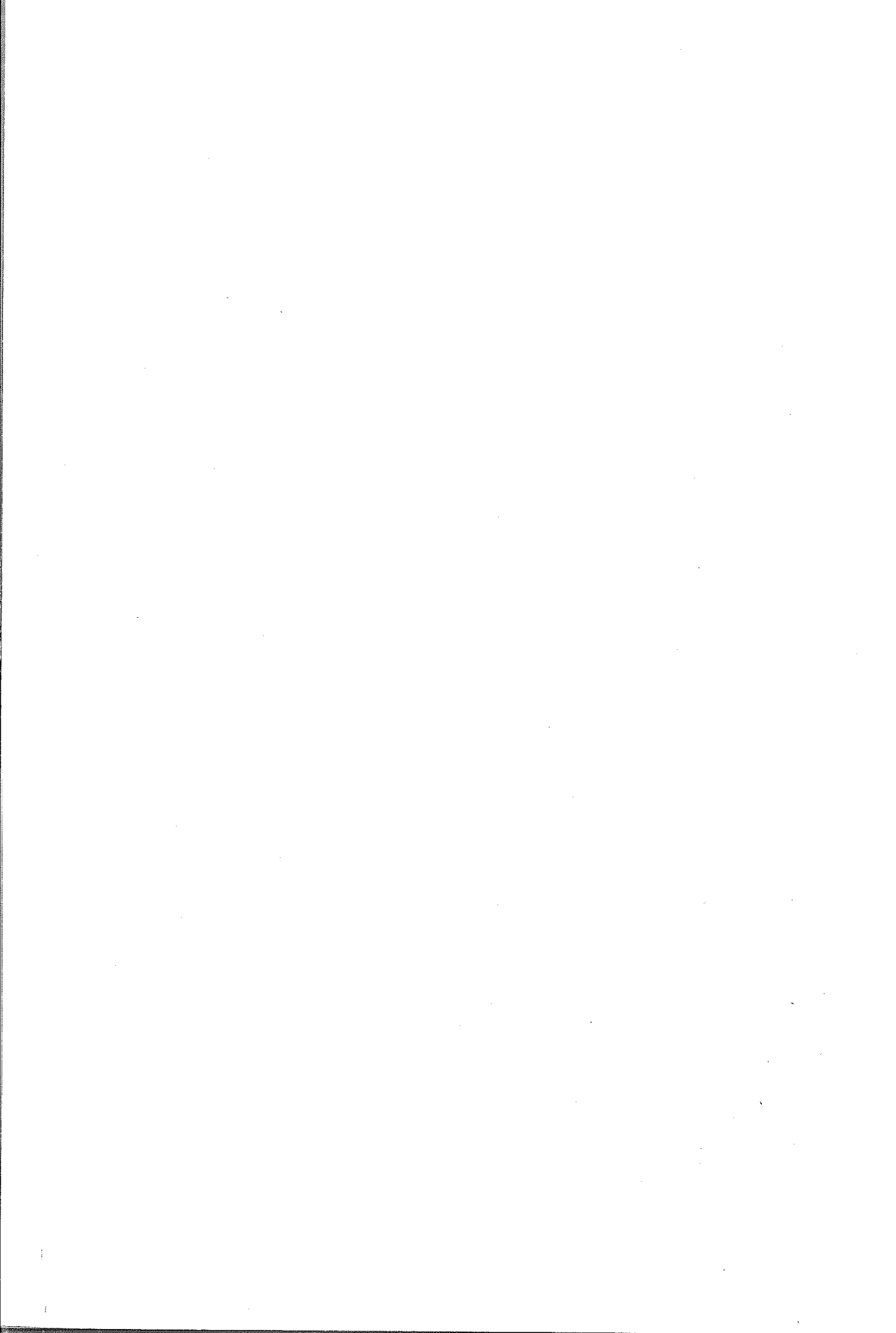
Zugleich ist daran zu erinnern, dass aus dem Gedanken des verfassungsrechtlich verankerten Persönlichkeitsrechts die Befugnis des Einzelnen folgt, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Das durch das deutsche „Volkszählungsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts⁷⁷ geschaffene Recht auf informationelle Selbstbestimmung bekommt hier auf individueller und überindividueller Ebene neue Relevanz. Die erhöhte Sensibilität der Speicherung von Daten in Biobanken erfordert als ein Zulässigkeitskriterium die Einwilligung der untersuchten Person.

8. Ende

Damit ist der Bogen über Autonomie, Einwilligung und Ethik im Medizinstrafrecht weit gespannt. Die involvierten Parteien sind bemüht, im Dialog die im Spannungsverhältnis stehenden Patienten- und Ärzteinteressen in einen Wertegleichklang zu bringen. Sie sind auch dazu aufgerufen, den positiven sozialen Wert ärztlicher Tätigkeit zu bestätigen. Neben der Würdigung dieser verantwortungsvollen Aufgabe, gilt es aber auch, die Patienteninteressen vor unsorgfältigen Behandlungen zu schützen und seine Selbstbestimmung zu wahren. Hierbei ist das rechte Maß zu wahren.

Denn letztlich bleibt es bei der von KARL JASPERS vortrefflich formulierten Feststellung: „Das Verhältnis von Arzt und Patient ist in der Idee der Umgang zweier vernünftiger Menschen, in dem der wissenschaftlich Sachkundige dem Kranken hilft.“

⁷⁷ BVerfG 65, 1 ff.



TÜRK TIP HUKUKUNDA RIZA

Doç. Dr. Yener ÜNVER^(*)

Bu sınırlı zamanda sunulması gerekli tebliğde, konuya ilişkin temel hususlara ilişkin görüşlerimi açıklayabilmek için, önce konuya ilişkin görüşlerimi kısa ve genel bir biçimde ortaya koyduktan sonra, pozitif düzenlemelerimiz ve uygulamamıza ilişkin birkaç temel noktaya değinmeye çalışacağım. Bu kısa sürede rıza ile ilgili tüm konuların irdelenip bilgi aktarımı olanaksız olduğu ve esasen yabancı meslektaşlarımız da çoğu hukukumuz açısından da geçerli veya genel kabul gören kural ve görüşlere değindikleri için, ben burada esasen ülkemiz açısından bu konuda en çok tartışılan konu ve bazı görüşlerle pozitif hükümlerden önemlilerine değinerek, uygulamaya ilişkin kısa açıklama yapmakla yetineceğim.

I – GENEL OLARAK RIZA

İlgilinin rızası Türk Hukukunda ve TCK'nda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. (Bio-Tıp Sözleşmesi m. 5 vd.; AY. m. 17; TCK. m. 26/2). **İlgilinin rızasının suçun hukuka aykırılık unsurunu mu yoksa eylemin tipikliğini mi kaldırdığı, sanırım, kabul edilecek hareket teorisine göre farklı cevaplandırılacak bir sorudur.** Eğer gai (=amaç) hareket teorisi kabul edilerek 'fiile egemen olma' ölçütü ile birlikte 'amaç' gibi sübjektif unsurlar da hareketin yapılışı anı açısından aranırsa, ilgilinin rızasının diğer kişinin yaptığı eylemin kanuni tipe uygunluğunu etkilediği söylenebilir; buna karşılık bu teori kabul edilmez ve sübjektif unsurların kusurlulukla ilgili kabul edilip, kusur türünün saptanması yanında sorumluluk değerlendirmesinde ele alınması durumunda ilgilinin rızasının eylemin hukuka aykırılığını kaldırdığı veya eylemin baştan itibaren hukuka uygun doğduğu kabul edilebilir. Kişisel

^(*)İstanbul ve Yeditepe Üniversiteleri Hukuk Fakülteleri Ceza Hukuku Öğretim Üyesi.

olarak, doğal hareket/eylem teorisini benimsediğim için, rızanın eylemin hukuka aykırılık niteliğinin oluşumunu engellediği düşüncesindeyim.

Gereçeler ve uygulanma alanını ilişkin görüşler tamamen görüş birliği içinde olmasa dahi, **Türk doktrinindeki egemen görüş ve Yargı uygulaması da, rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir.**

Mağdurun/ilgilinin rızası Avrupa Bio-Tıp Sözleşmesi'nin 5., 6., 7., 8., 9., 17. ve 20. maddelerinde ilgili konuya göre farklı içerik ve koşullarla düzenlenmiştir. Burada, çeşitli alanlara göre rızanın şekli ve tamamlayıcı unsurları değişiktir; ilgili mevzuata da öyle yansıtılmalıdır¹. Birkaç örnek verilecek olursa, bazen yazılı rıza aramak zorunlu, bazen ise bu şart değil. Örneğin Sözleşme m. 9: yazılı rıza zorunlu değil, bazen zımni rıza da yeterli: örneğin m. 5-9, 17², 20'de yazılılık koşulu aranmıyor. İspat güçlüğüne aşmak için bu önemlidir. Ancak ceza muhakemesinde genel ilkelerden ayrılmamalı ve bu husus, tek ve kesin ispat gücünü haiz bir delil etkisiyle donatılmamalıdır. Bazen yazılı rızayı aramak hastanın da aleyhine olabilir. Çocuklar üzerindeki müdahalelerde yazılı rıza ve bazı diğer ilgili kimselerin muvafakatı ile bazı ek koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. (Bkz. Sözleşme m. 17/3-4). Keza bazen yazılı veya resmi olması gereklidir (Sözleşme m. 19/2). Nihayet bazen de verilen rızanın sadece yazılı olması aranmaktadır (Sözleşme m. 20). Şüphesiz burada rızanın önceden aydınlatılmış yeterli bir bilgiye dayalı olarak özgür irade ile açıklanmış ve üzerinde hukuken tasarrufta bulunabilecek kadar veya hukuken tasarrufta bulunabilecek sınırı aşmayan bir rıza olduğu üzerinde ayrıca durulması, bu tebliğde, gerekmemektedir³.

¹ Alman Hukuku açısından aynı yöndeki öneriler için bkz. **KÖNIG-BEER-BUSCH-MÜLLER**, Juli 2003, sh: 4.

² Özellikle bkz. **NEUER-MIEBACH**, Gesellschaftliche Implikationen der Bio-Medizin-Konvention des Europarates, sh: 8-9. Sözleşme'nin 17. maddesi açısından ayrıca bkz. **DAUM**, Die „Bioethik-Konvention“ der EU – Ein Dokument zum Schutz der rechte behinderter Menschen?, sh: 6.

³ Yabancı tıp hukuku literatüründe aydınlatılmış, ilgiye dayalı rızanın üç esasa dayandığı ifade edilmektedir: 1) iyi hekim ilkesi, 2) tıbbi kolaylıkların adaletli dağıtımı ve 3) hasta özerkliği (Bilgi için bkz. **TRICOT**, Jochen. Aydınlatılmış Onam: Tarihteki Gelişimi; Bugüne ve Geleceğe Ait görüşler., Uluslararası Katılımlı I. Tıp etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Tkitabı, İstanbul 2005, sh: 37. İlgilinin/mağdurun rızasına ilişkin olarak Sözleşme'deki düzenleme için genel olarak bkz. **DAUM**, Die „Bioethik-Konvention“ der EU – Ein Dokument zum Schutz der rechte behinderter Menschen?, sh: 9.

Burada önemli olan bireyin özgür tercihidir. Bir yazarın ifadesiyle, tıp/sağlık hukuku ‘yaşamın kutsallığı’ndan, ‘yaşamın kaliteliliği’ noktasına ve ‘hastanın yararı/iyiliği’ noktasından ‘bireyin özgür tercihi’nin belirleyiciliği noktasına gelmiştir. İnsanın devlete, topluma veya ailesine karşı ödevleri olduğu gerekçesi öne çıkarılırsa, bu takdirde Sözleşme’nin asli ilkeleri zayıflar ve Sözleşme’nin özünü ortadan kaldıran istisnaların sayısı tahammül edilemez derecede artar⁴. Yasal olarak bazı tıbbi müdahalelere izin verilmiş olması (felsefi gerekçelendirme açısından) tek başına yeterli olmayıp, tıp/sağlık alanında bireyin hukuksal açıdan geçerli rızasının bu düzenleme ile çatışki halinde olmaması gerekmektedir. Bireyin önceki tercihleri veya zımni davranışları ile çeliştiği halde, bizim o bireyin yerine geçerek, ‘umulan’ veya ‘varsayılan’ rıza adı altında onun tercihlerine aykırı müdahalelere onay vermemiz ve buna olumlu bir hukuksal sonuç bağlanması artık günümüzde kabul edilemez.

İlgilinin rızası, tıp hukukunda, eylemin hukuka uygunluğunu sağlamak açısından çok önemli ve gerekli olmakla birlikte, her zaman tek başına yeterli değildir; bazen tek başına yetmekte, bazen hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni ile birlikte yeterli olmakta ve izin verilen risk kuramı ile birlikte uygulanması gerekmekte ve nihayet bazen ise hem rıza hem hakkın icrası hem de yetkili bir makamın belirli hukuksal koşullara dayalı kararı gerekmektedir. Çok ama çok genel biçimde ifade edecek olursak; aydınlatma sonrası verilmiş rızanın varlığı ve yetkili bir hekimin/tıp mensubunun hakkın icrası koşulları içinde davranması zorunludur.

Bu nedenle, doktrinde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu yalnızca hastanın rızasına bağlı açıklayan ve bilgilendirilmiş onamı herhangi bir tıbbi girişimin ön koşulu sayan görüş⁵, biraz yanıltıcıdır. Tıbbi müdahaleler açısından da, rızanın alınamayacağı bir hal olmakla birlikte müdahalenin hukuka uygun sayıldığı (5237 sayılı TCK’nun gerekçesine göre kusur bulunmadığı için cezasızlığa yol açan bir durum olarak) zorda kalış durumu söz konusu olabileceği gibi, tek başına hastanın rızası (tıpçıların

⁴ Bkz. NEUER-MIEBACH, Gesellschaftliche Implikationen der Bio-Medizin-Konvention des Europarates, sh: 22 ve 24..

⁵ YILDIZ, Eyüp. Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi-İÜ. Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Enstitüsü) (Danışman: Füsün Sokullu-Akmacı), İstanbul 2006, sh: 10.

kullandığı ifade biçimiyle bilgilendirilmiş onam), çoğu kez tek başına tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaya yetmeyecektir. Örneğin bazı müdahalelerin hukuka uygunluğu için ayrıca hakkın icrası, müdahaleyi gerçekleştirenin uzmanlık ve yetkililiği, ayrıca varlığı gerekli bir kamusal izin, özel olarak aranan kanuni diğer koşullar gibi koşulların da gerçekleşmesi gereklidir.

Yalnızca kişinin kendi bedeni üzerinde etkili olmayıp, rıza ile yapılabilecek müdahalenin sonradan başkalarının değişik hukuksal değerlerini doğrudan veya dolaylı ihlal edeceği veya etme tehlikesi göstereceği durumlarda, kanun koyucu ya rızayı ehliyet, konu, araç veya metod olarak hukuken geçersiz saymakta veya diğer bazı kanuni ek koşulları da rıza yanında ayrıca zorunlu şart olarak düzenlemektedir. Örneğin bu nedenledir ki, sporda doping (araç ve metod olarak) yasaklanmış, hatta kimi ülkelerde hem disiplin hem de suç olarak düzenlenmiş bir husustur ve ilgilinin rızası kurumu burada hukuken geçersizdir.⁶

Pozitif hukuk kurallarının hukuka uygun olup olmadıkları tartışılabilir ve değil iseler değiştirilmeleri gerektiği savunulabilir; hatta savunmanın ötesinde, bu yönde çaba sarf edilmelidir. Bu çaba tıp mensupları tarafından olduğu kadar ve hatta hukukçularca sarf edilmelidir. Ancak tıp mensuplarının etik kuralları ile hukuk kuralları çatıştığında, etik kuralları bahane ederek suç da dahil haksız fiilleri gerçekleştirmelerini, hukuk kurallarına uymayı reddetmelerini önerilmekte ve bu görüşü desteklemek için bazen hekimlerin iç vicdani kararlarına bazen de (sanki hukuk her zaman hasta kişiler aleyhine durumları düzenliyormuş ve hekimlerin her hareketi hasta yararınaymış gibi) ‘hasta yararı’ bahane edilmektedir.⁷ Bu görüşü savunanların özenle kaçındıkları bir cevap ise, hekim yararı veya hekimin vicdani kararı ile hasta yararı çatıştığında nasıl davranılması gerektiğidir. Hekimlik sıfatını haksız fiil veya suç işlemek için imtiyaz statüsü haline getiren, etik kural ile hukuk kuralı çatıştığında hukuku ihlal edin, uluslar arası belgeler de bunu sizden bekliyor diye hekimleri hukuk kurallarına ihlale davet ve bu gibi durumlarda da hekimlerin ceza dahil hiçbir hukuk sorumluluğunun bulunmadığını iddia etmek bilimsel olma-

⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Spore ve Ceza Hukuku.**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 204, cilt: 1’de yayınlanan makalelere.

⁷ Örnek olarak bkz. **FİNCANCI**, Şebnem Korur. **Beden Muayenesi, Açlık Grevleri ve Hekim Sorumluluğu.**, Güncel Hukuk, İstanbul 2006, sy: 3, sh: 23.

dığı gibi hiçbir hukuksal yönü de yoktur. Şüphesiz hukuk sadece yazılı (pozitif) düzenlemelerden ibaret değildir. Kanun hükmüne rağmen, hukuk kuralına uygun müdahale (eylem hukuka uygun olduğu, örneğin tedaviyi red hakkı nedeniyle) sorumluluk doğurmayacaktır. Ancak bunu nedeni etik kurala uygunluk değil, hukuk kuralının bunu gerektirmesidir. Bu görüşün ülkemizde genç hukukçular arasında da yaygınlaşmasını, meslek etik kuralını hukuk kuralından üstün görüp, bahane edilen uluslar arası belgeler ve tüm çağdaş hukuk düzenlerinin reddettiği, mantık ve hukukla bağdaşmayacak bir hukuk-dışı keyfi görüş taraftarlığı ile meslek etik kuralının hukuk kuralının ihlaline karşın ihlal edeni koruyacağı ve hekimlerin hukuka değil ne olduğu çoğu kez belli olmayan ve her tür suiistimal için bahane olarak kullanılabilir olacak sağlık/tıp hukukunun ortak zeminini hukuk alanından çıkarıp soyut söylemler alanına çekecek bu eğilimi oldukça hatalı görmekteyiz. Şüphesiz etik kurallar önemlidir. Hatta etik kurallardan hareketle başta meslek disiplin kuraları olmak üzere ceza hukuku da dahil hukuk normları üretiminde yaralanılabilir ve böylece etik kuraları çok daha gerçekçi ve (hekimlerin hukuk karşısında güç durumda kalmalarını önleyici bir filtrasyon işlevi görerek) daha işlevsel bir biçimde hayata geçirilebilir; bu yapılmalıdır. Ancak, buluşulacak ortak zemin etik değil, hukuksal alandır. Hukuk ile kanunu birbirine karıştırmamak gerekir. Etik kurallar hukuku ihlal için bahane edilmemeli, etik kurallar hukukla birlikte, hukuka aykırı kanuni düzenlemelerin hukukumuzdan temizlenmesi, uygulamadaki hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılması, hukuka aykırı müdahale, delil ve ispat yasaklarının anlamlandırılmasında birlikte hareket edecek yapıya kavuşturulmalıdır.

Bu nedenle sağlık/tıp etik komisyonları soyut etik kurallarından veya hekimin sübjektif vicdani kararından ziyade, hasta haklarını dikkate alan, hasta ile birlikte temel insan ve sınık haklarını gözetken ve çağdaş bir tıbbın uygulamasına zemin hazırlayan ve insan haklarını koruyan; ancak bunu yaparken de hukukçular da dahil her meslek mensubu gibi hekimler dahil suç işleyen tüm tıp mensuplarının sorumluluğuna gitmek gereklidir. Etik kurallar hekimliğe kutsallık atfederek haksız fiil işleyen hekimlere dokunulmazlık zırhı oluşturamayacağı gibi, etik kurallar sırf hekimin vicdanına hitap eden soyut söylemler de değildir. Etik kurallar sorumluluk normları olmak ve çağdaş hukuk normları ile birlikte insan hakları ve hukuksal değerlerin hukuka aykırı ihlalinin önlemek ve ihlal

edenlere de yaptırım uygulamayı sağlayan, kolaylaştıran ve özellikle de mümkünse bu tür ihlalleri önleyici müdahaleleri gerektirmelidir. Esasen bir yaptırımı ve denetim önermesini hedeflemeyen ve hukuka aykırı davranmayı normalleştirmeyi amaçlayan bir önermenin etik kuralı olarak kabul edilebilmesi de mümkün değildir. Bu tür soyut söylemler, suiistimallere açık ve suiistimalleri teşvik edici olduğu gibi, etik kuralını da bunun ihlalinin tespitini de hekim çevresine havale eden ve biz doktoruz, iyi niyetliyiz, yaptığımız iş önemli, biz ancak doktorların etik kuralları ile bağlıyız ve hukuk bizim için işlemez mantığını uygulamaya sokmaya neden olur. Bu ise, tüm modern toplum düzenleri, tüm hukuk ve etik kuralları ve halen çağdaş hukuk düzenlerinin tümündeki gerçek fiili duruma, toplumsal yaşama aykırıdır. Hiçbir meslek kutsal değildir; hukuk kutsallık tanımaz, hukuk kuralları tabular/dogmalar değildir değişebilirler değiştirilmesi istenebilir; ancak herkes hukuka uygun davranmak zorundadır: Hekim olmak hukuku kuralını ihlal etmek ve sorumluluktan kurtulmak imtiyazını tanımaz, tanıyamaz.

Burada yeri gelmişken, bazı diğer hukukçuların benzer tutumlarına da kısaca değinmekte yarar vardır. Hekimlerin şüphesiz eylemlerinin hukuka uygun olması için meslek ve sanat kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bunun anlamı, ilgili müdahale açısından diğer tüm hukuksal gerekliliklerin bulunması ve bunun yanında da ayrıca meslek ve sanat kurallarının gerektirdiği biçimde davranmak, tıbbi müdahaleyi ilgili alanda kabul gören (vatandaşlık kazanmış) ve ilgili alanın gerektirdiği biçimde müdahalesini gerçekleştirmek, kedisinin öğrenim zamanına veya gördüğü eğitim kalitesine atıfta bulunmadan hekimin kendisini geliştirmesi, gelişmeleri takip etmesi ve o müdahale, teşhis veya tedavi açısından müdahalenin yapıldığı zamanda beklenen (doğal olarak somut koşullar da dikkate alınarak) biçimde davranmasıdır. Bazı hukukçuların⁸ meslek/sanat kuralları (lege artis) bilmeden veya bilinen hukuk dışı amaçlarla kelime oyunlarına girişerek, bu sanat ve meslek kurallarını bu doğal ve gerçek anlamından saptırarak bunu belirsiz etik kuralları gibi anlaşılması için zorla yaptıkları hatalı ve yorum kurallarına ters maksatlı yönlendirmelerde bu kavrama, gerektiğinde hukukla çelişebilen, belirsiz soyut ve genelde bir hukuk belgesini etkileyerek metnine dahil girişimin-

⁸ ERMAN, Barış. Türk Ceza Kanunu'nda Tıbbi Müdahalelere İlişkin Hükümler., Güncel Hukuk, İstanbul 2006, sy: 3, sh: 26-27.

den öteye gitmeyen ve daha çok hukuk dışı farklı amaçlarla bir gurubun taraftar olduğu görüşü ifade etmekten öteye gitmeyen etik kuralları olarak yorumlamak ve dayatmak eğilimi eleştirilmelidir. Bu anlam saptırması dikkate alınmamalı ve meslek ve sanat kurallarını o mesleğin icrasında dikkate alınacak teknik normlar olarak algılamak, yoksa her hekimin vicdanına göre değişkenlik gösterecek, hukuk kuralını ihlal edenlerin sığınacağı sun'i bir liman yaratma çabasına destek sağlamak için, kavrama amacı dışında anlam yüklemek ve bizatihi hukukun atıf yaptığı ve uyulmasını emrettiği/aradığı bir meslek kuralının hukukla çelişebileceğini ve hukukun kendi normu ile kişilere kendi kuralını ihlal açık çeki vereceğini ifade etmek mantık ve hukuksal yorum kurallarına aykırıdır. Kastetikleri 'hukuka uygunluk nedeni' veya suçun 'manevi/sübjektif unsuru' veya sorumluluk değerlendirmesindeki kusur değerlendirmesine atıf olmadığı için, anlaşılabilir değildir; çünkü bu belirtilenler hukuksaldır ve belirtilen alanda etikle zaten çelişmez. Meslek dışı davranışı bu şekilde yanlış yorumlamak ve bu farazi-sakıncalı yaklaşımdan hareketle (irdelenen somut açlık grevi sorunundan bağımsız) belirli hukuk normlarının muhatabının hekimler olmadığı varsayımını ileri sürmek, normun açıkça ve pozitif olarak tıp mensubuna yönelik olması fiili gerçeğine karşılık, tüm hukuksal yorum ilkelerini bir tarafa bırakarak, davranış meslek etik kuralına aykırı ise o norm artık hekimi muhatap kabul etmiyor hatalı hipotezini ileri sürerek, yukarıda değinilen benzer anlayışı sürdürüp desteklemek, içerdiği yanlışlıklar yanında tehlikesi nedeniyle de eleştirilmelidir.

Aktif ötanaziye etik kurallarına atıfla karşı çıkmak aynı nedenlerle çok eleştirir götürür bir yaklaşım olduğu gibi, hem etik kuralı nedeniyle bunu red edip hem de aktif ötanaziye adam öldürme suçunda cezayı hafifletici neden saymak veya cezasızlık hali olarak önermek⁹ ise ayrı bir çelişkiyi göstermektedir. Sanırım sorun, hukuk kuralından vazgeçerek etik kurallarına sarılmanın her zaman çözüm olmadığına kısmen görülmesi sancısından kaynaklanmaktadır: Sonuç, ise hem öneri hem gerekçe hem de nedenin hukuksal niteliği açısından büyük bir belirsizlik.

Bu bağlamda değinilecek diğer bir husus da, günümüzde çok sık atıf yapılan ve gerçekten kendisinin yaşayıp yaşamadığı gibi bu tür bir

⁹ Örneğin bkz. ERMAN, Ceza Hukukunda Hukuki Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, sh: 237.

etik normunun yazılı metin haline getirilip getirilmediği dahi tartışmalı olan ve fakat genel kabul gören ‘*Hipokrat Yemini*’ndeki kurallar listesi de etik kurallarının hukuk kurallarından üstün ve ilahi dogmalarmış gibi öncelikle riayet edilmesi gereken kurallar olduğunu iddia edenlerin çok sık sığındıkları bir liman olarak görülmesidir. Bugün tıpçılarca da uygulanmasında çok sakınca görülmeyen çocuk düştürmenin (ve özellikle kürtajın) sorusuz benimsenip uygulanması, hastanın istemesi halinde zorla veya ikna edilerek tedavi edilmesinin kabul edilmemesi v.s. dikkate alınırca, bu tür limanların artık sığınılacak limanlar olmadığı, hukuk kurarı karşısında bir öneminin bulunmadığı ve hatta bunların çoğunun (etik kuralların da hukuk kuraları gibi ve hatta hukuk kuralları dolayısıyla değişebilmelerinin bir örneği olarak) artık etik kurallardan birisi dahi sayılamayacakları gerçeği görülmelidir.

Günümüzde, **rıza, her ne kadar Türk doktrininde bazı yazarlarca hak sahibinin sahibi olduğu hukuki değerden vazgeçmesi şeklinde tanımlanmakta ve rıza gösteren hak sahibinin o değeri ceza normunun korumasından çıkarmakta olduğu ifade edilmekte**¹⁰ ise de, bu yaklaşım hatalıdır ve eleştirilmelidir. Öncelikle, rıza yalnızca hak sahibi tarafından gösterilmez, belirli koşullarda ilgili kimsenin kanuni veya iradi temsilcisi tarafından gösterilir. Kaldı ki, rızanın varlığı, ilgili hukuksal değerden vazgeçilmesi anlamına gelmeyip, rıza gösterilen kimsenin yalnızca rızanın kapsamında olan eylemine, konu-zaman-araç-yöntem-ilişkin olduğu alan-eylemi gerçekleştirecek kimse-eylemin gerçekleştiriliş biçim ve koşulları v.s. birçok açıdan sınırlandırılmış ve belirli bir davranışın icrasıyla o hukuksal değeri (tamamen vazgeçme biçiminde değil) belirli bir süre etki gösterecek bir biçimde ihlaline muvafakat etmektir. Hukuksal değer ihlalle ortadan kalkmadığı gibi, sürekli bir vazgeçiş veya tüketimi söz konusu değildir.

Rıza hukuksal değeri ceza normunun korumasından çıkarmamaktadır. İlgili hüküm gerek somut kişi ve hukuksal değeri gerek diğer belirsiz tüm kişiler açısından ceza normlarının korunmaya devam etmektedir. Hatta taraflar değişmese dahi, yapılan müdahale araç-biçimi-yöntemi-

¹⁰ Örnek olarak bkz. **KOPARAN**, M. Reşat. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler (24.-34. Maddeler), **TERAZİ** Aylık Hukuk Dergisi, Ankara 2006, sy: 2, sh: 25.; **TOZKOPARAN**, M. Reşat. TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler., **TBB Dergisi**, Ankara 2006, sy: 64, sh: 347.

alanı v.s. değiştiğinde aynı ceza normu ilgili eylemi gerçekleştirenin ceza yaptırımı ile cezalandırılmasını sağlayarak korumaya devam ettiği gibi, ilgili kimse belirli bir süreçte rızayı geri aldığına mevcut ve fakat hukuksal yaptırım sonucu askıda olan norm o andan itibaren aynı güç ve ağırlıkta korumasını sürdürmektedir. Ceza normları hukuksal değerleri korumayı amaçlarlar ; ancak hukuksal değerler ihlallerle tüketilen maddi konular olmayıp, ihlal süresince ve sonrasında da varlıklarını sürdürürler. Hukuksal değer ile maddi konuyu birbirine karıştırmamak gerekli olduğu gibi, hukuksal değer yalnızca bir kişi tarafından gerçekleştirilecek ihlale karşı sınırlı ve zamanla tükenen bir koruma getirdiğini düşünmek ve fakat aynı anda veya öncesi veya sonrasında o ihlal eden kimse dışındakilerce de ihlal edilebilecekleri göz ardı edilmemelidir.

Yine kabul edilemeyecek bu yaklaşımın önemli bir hatası, bir değer için ceza normunun koruma alanı ile norma ilişkin hükmün ratio legis'ini ve hukuksal değeri birbirine karıştırmaması ve bu mantığı sürdürerek daha önemli bir hataya, bir hukuksal değer için belirli ihlal modelinin ceza normuyla önlenmesi için ceza normunun alanına sokulması ve bu alandan çıkarılmasını hak sahibinin iradesine tabi kılmasıdır. Bu görev, yetki ve iktidarın yalnızca kanun koyucunun takdirinde olduğu ayrıca bir açıklamayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Keza, hukuksal değer ile hakkı da birbirine karıştırmamak ve hak ile hukuksal değer ve koruma normlarının oluşumunu, hukuksal değer sahibi ile hukuksal değer taşıyıcısını da birbirine karıştırarak aynı kişi gibi algulamak yanılmalı olmuştur. Nihayet bu hatalı görüş, 'ceza normu' ifadesiyle tek ve tüm suç tiplerini içeren bir normun varlığı varsayımından hareket etmiştir ki, önemli bir hatadır ve hukukçuları hatalı düşünmeye sevk eder. Hem ceza normlarının sayısı sayılamayacak kadar çoktur, hem ceza normları sadece hukuksal değeri korumaya yönelik suç ve ceza dışındaki konularla ilgili alanı da düzenler hem ceza normunun ihlaline izin vermek açısından kanuni ve iradi temsilci ile kanunen yetkili kılınan kişilerin tasarruf alanı ve yetkinin varlığını sürdürme koşulları farklıdır ve hem de (özellikle Tıp/Sağlık hukuku alanında) rıza sihirli bir formül olmayıp çoğu kez tek başına değil, başta hakkın icrası olmak üzere diğer hukuka uygunluk nedeni, kusurluluğu etkileyen veya kaldıran neden veya bu alan dışındaki bazı koşullar ve

kanuni gerekliliklerin varlığı ile ancak sınırlı bir cezasızlık hukuki sonucuna neden olabilir.¹¹

Doktrinde tıbbi müdahaleyle işlenen suç tipine ilişkin genel unsurlar ve bu bağlamda rıza hukuka uygunluk nedeni ile suçun özel kanuni unsurları arasındaki fark arasındaki ayırım gözden kaçırılarak ve keza failin kastı ve amacı ile suçun özel koşulu birbirine karıştırılmaktadır. Bu anlayıştaki yazarlar, kürtaj örneğini vererek bir taraftan suçun kanuni şartlarının bulunmaması durumunda mağdurun rızasına karşılık failin cezalandırılacağını belirtmekte ve bunu nedeni olarak da failin yaptığı kürtajın tedavi amacı taşımaması olarak açıklamaktadırlar¹².

Öncelikle belirtelim ki, **rıza her zaman eylemi tek başına hukuka uygun hale getirmez ve sağlık/tıp hukuku alanında bu özellikle böyledir.** Diğer yandan suçun genel unsurları yanında özel koşulları da olabilir ve bunlardan birisinin eksikliği eylemi tipik hale sokar. Tipik bir eylemin ceza sorumluluğunun gerektiresi kadar doğal ve beklenen bir hukuksal sonuç da olamaz. Keza failin ne amaç güttüğü ile ceza sorumluluğu veya suç arasında her zaman doğrudan bir ilinti bulunmaz. Eğer hukuka uygunluk nedeni ve özel koşulların tümü gerçekleşmiş bulunsaydı, failin amacı tedavi olmasa dahi, eylemi hukuka uygunluk alanında ve tıbbın gereklerine uygun ise suç oluşmaz ve ceza sorumluluğundan söz edilemez. Kaldı ki, kürtaj eylemi her zaman cezalandırılan bir eylem olmayıp, çocuk düşürme ve düşürtmenin bir biçimi olan kürtaj bazı kanuni koşullarla hukuka uygundur ve suç teşkil etmez (Bkz. TCK. m. 99 ve 100).

Kaldı ki, TCK, 99/6. maddesiyle 20 güne kadar bazı eylemlere meşruiyet tanıyarak bu alanı daha da genişletmiştir. Diğer taraftan kürtaj eyleminde failin cezalandırılmasının nedeni belirtildiği gibi, failin tedavi amacının bulunması olmayıp, suçun tüm unsurlarının gerçekleştiği hallerde ancak kürtajın cezalandırılabilmesidir. Her kürtaj eylemi cezalandırılmadığı ve hatta hukuka uygun kürtaj eylemlerine failin amacının tedavi dışında bir amaç olması halinde dahi kürtaj eylemlerinin cezalandırılmadığı gerçeği bir yana, failinin tedavi amacı bulunan kürtaj eylemleri de bulunabilir ve bu amaç failin suçun tüm unsurları gerçekleştiği için suçun

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer., Ankara 2003.

¹² YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 18.

oluşumunu ve ceza sorumluluğunun doğmasını engellemez. Nihayet amaç özel kast türlerinden birisi olup, genellikle ceza hukukunda önemli değildir; özel kast ancak özel olarak kanunen düzenlendiği hallerde ceza hukukunca önemlidir ve ancak bu hallerde suç-ceza sorumluluğu değerlendirilmesinde dikkate alınabilir.

Anayasa'nın 17. maddesi kişinin dokunulmazlığı-maddi ve manevi varlığı açısından devlete görevler yüklediği gibi, başkalarının müdahaleleri açısından bireyi koruyucu hükümler getirmiştir. Ancak bu hüküm kendi içinde bazı hukuksal **istisnaları** da içermektedir. Aslında bu istisnalar, 17. maddedeki kural ile çatışkı halinde olmayıp, farklı açılardan hakların korunmasına ve bireyin yaşam, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme yanında birey olarak bazı tercih haklarını kullanmak ve yaşama geçirmek olanaklarını güvenceye alan hükümlerdir.

Birkaç özel suç tipleri açısından **rıza öncesi aydınlatmaya** atıf yapmakla birlikte (TCK. m. 90/4), rızanın hukuka uygunluk etkisinin tanındığı çoğu suç tipine ilişkin hükümle, rızaya ilişkin genel hüküm olan TCK. m.26/2'da rıza öncesi yeterli bir aydınlatmanın yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemeye yer verilmemesi önemli bir eksiklik olup eleştirilmesi gereken bir durumdur; buna rağmen, ilgilinin rızası kavramından ceza hukukunda rıza beyanı öncesi yeterli aydınlatmanın yapıldığı (kanuni dayanağı bulunan istisnai durumlar hariç) rızayı anlamak gereklidir.

Rızanın sınırları, rızaya dayalı tıbbi müdahaleyi yapan tıp mensubu tarafından **aşırsa**, bu kimsenin ceza sorumluluğu açısından hakkında TCK.m.27/1 uyarınca işlem yapılacak olmakla birlikte, bu sınırın kasten aşılması durumunda ilgili tıp mensubu (önceki rızaya rağmen) rıza hukuka uygunluk nedeninden kısmen dahi yararlanamayacaktır. İşlenen eylem (diğer unsurları da varsa) kasten işlenen bir suç kabul edilecektir.

Kendisine yeterli bir aydınlatmanın yapılması ve sonrasında da bu çerçevede özgür tercihe dayalı rızasının alınması gerekli **kişinin sırf hastaneye gelmesi, teşhis, tedavi veya hastalık hakkında bili almak için ilgili tıp mensubuna başvurmasını 'hukuken gerekli ve geçerli rıza' olarak anlayan** ve bu görüşü savunan tıp mensupları bulunmaktadır. **Bu görüş son derece hatalı olup, burada hukuki anlamda bir rıza yoktur** ve bu anlayışa dayalı olarak bu çerçevede yapılacak bir müdahale ilgili

kimsenin rızası olmadan yapıldığı için hukuka aykırı ve müdahalenin niteliğine göre suç teşkil edecektir.

Hukuken gerekli **aydınlatma sonrasına alınması gerekli rızanın bu nitelikleri hakkında hataya düşülmesi** durumunda, sorumluluk değerlendirilmesinde ilgili (hukuk ve/veya) ceza normu yanında (ceza hukuku alanı açısından) TCK. m. 30/3 ve TCK. m. 26/2 nazarında bir hata değerlendirmesi yapılması ve sonucuna göre bir uygulamaya gidilmesi gereklidir. Bu konuda eleştirilmesi ve kanun koyucunun bir an önce gidermesi gerekli bir eksiklik, TCK. m. 30/3 açısından düşülen hata açısından kaçınılabılır/kaçınılamaz ve/veya esaslı/esassız hata ayırımının yapılmaması, yalnızca kaçınılamaz hataya hukuksal bir sonucun bağlanmasıdır. Düşülen hatanın kaçınılabılır olması durumunda kanuni bir ceza indiriminin öngörülmemesi yönündeki eksikliğin (yapılacak kanun değişikliği ile) giderilmesi gerektiridir.

Rızanın geçerliliği açısından her tıbbi olaya uygulanacak genel geçerli bir şablon bulunmamaktadır. Müdahalenin tür, biçim ve konusu kadar ilgilinin somut durumu, müdahaleyi yapanın yetki ve hak açısından konumu ve kanuni düzenlemelere göre, bu koşullar artmakta veya azalmaktadır. Ancak her halükarda dikkate alınması gerekli husus, (ıztırar =zorda kalış hali hariç), diğer ek koşullar aransın aranmasın, ilgilinin rızasının varlığı mutlaka aranacaktır. Günümüzde ilgilinin iradesi, tıp hukukunda en önemli koşul olup, hakkın icrası, hastanın iyilmeşmesi, hastanın hayatı-sağlığı-vücut bütünlüğü v.b. kurum ve değerlerin önündedir. Bu gelişim 'hipokrat yemini' ni her açıdan olmasa bile, birçok noktada sarsmış ve geçersiz kılmıştır. Örneğin, çocuk düşürme-düşürtme, kısırlaştırma eylemlerinin hukuksal olarak düzenlenmesi veya hastayı tedaviyi kabule ikna yerine rızası/iradesine göre harekete geçme zorunluluğunun kabul edilmesi gibi. Bu rızanın geçerliliği için, **hukuken geçerli rıza** niteliğinde olması aranmalı ve öncelikle aydınlatılmış/öğretilmiş bir bilgilendirmeye dayalı alınmış rıza, rıza beyanı açısından açık-kapalı (=zımni) rıza yanında, varsayılan veya umulan rıza saptamasında ilgilinin önceki iradesi ve davranışlarının göz önünde tutulması, hukuki düzenlemeler, rıza ehliyetinin varlığı-yokluğu veya tamamlayıcı olarak hukukun aradığı diğer kişi veya kurumların rızasının aranması birlikte değerlendirilmeli ve keza hakkın icrasının koşulları arandıktan sonra müdahalenin tıbbın aradığı nitelik ve bi-

çimde/gereklilikte yapılıp yapılmadığı aranmalıdır. Hastanın kendi yaşam ve sağlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, özerkliği, tercih hakkı hepsinin üstündedir.

Hukuken geçerli rızadan kasıt, yapılacak müdahaleye ilişkin kanuni düzenlemelerin ve koşulların elverdiği ölçüde müdahalenin niteliği, araç ve metodlar, yan tesirleri, olası riskleri, sonuçları, süresi, kimin tarafından, nerede, nasıl yapılacağı v.s. hususunda yeterince yerine getirilmiş **aydınlatma yükümlülüğü** sonrası özgür irade ile açıklanan rızadır. Bu nedenle, öncesi yapılması gerekli aydınlatmayı bazen rızanın bazen tıbbi müdahalenin veya başka bir unsurun geçerlilik koşulu saymak¹³, yanıltıcıdır. Önceden yapılması gerekli aydınlatma¹⁴, hukuken geçerli bir rızanın (her zaman) ayrılmaz bir parçası olup, yokluğu rızanın da yokluğu anlamına gelir. Bilinmeden yapılan tercih, sağlıklı bir tercih değildir ve hukuken geçerli rıza hukuksal kurumunun sonuçlarını doğurmayacak bir tercihtir. Bu nedenle, tıp mensuplarının aydınlatma yükümlülüğünü eksik yerine getirmesi, peşinen rızanın yok sayılmasına neden olmayacak olmakla birlikte, aydınlatma sonrası rızanın içeriği, konusu, kapsamı açısından (çoğu kez müdahale sonrası adli mercilerce saptanacak) rızanın hukuka uygunluk nedeni etkisini bazen tamamen, bazen de kısmen geçersiz kabul edileceği anlamına gelmektedir. Hasta yabancı veya engelli ise, aydınlatma anlayacağı biçimde ve yeterince (ama mutlaka) yapılmalıdır.

Bazı hukukçularca kullanılan “**aydınlatılmış rıza**”¹⁵ terimi kadar genelde tıpçılar tarafından kullanılan “**aydınlatılmış onam**” terimi hatalı olup, tıp mensubunun rıza öncesi aydınlatma yükümlülüğünü vurgulaması açısından kulağa hoş gelmekle birlikte, hukukta hukuken geçerli rıza terimiyle zaten aynı şeyin ifade edildiği dikkate alındığında kavram karmaşasından farklı bir şey olmadığı ve çoğu kişinin rıza ile bu aydınlatma kavramlarının iki kavram mı tek bütünün iki parçası biçiminde kavramlar mı olduğu ve birbirleri karşısındaki konumunun ne olduğu

¹³ Bkz. YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 11.

¹⁴ Bkz. ÇELİK, Faik. Aydınlatılmış Onam. Konya 2006.; KARLIKAYA, Esin. Aydınlatılmış Onam., Sağlık Hakkı, Ankara 2006, sy: 1, sh: 13-18.; TRICOT, Jean-Pierre. Aydınlatılmış Onam: Tarihteki Gelişimi; Bugüne ve Geleceğe Ait Görüşler., Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, sh: 37 vd.

¹⁵ YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 25.

hususunda tereddüt uyandırmaktadır. Tıp mensuplarının¹⁶ genelde rızayı ifade etmek için kullandıkları terminoloji hatalıdır. Bu bağlamda başkasının yaptığı işlem veya eylemi uygun bulma anlamında ve özellikle de tercihte bulunanın hak sahibi değil üçüncü kişi olduğu hak sahibinin sadece onaylayıp onaylamama anlamını içermesi nedeniyle, rıza yerine kullanılan onama terimi hatalı olduğu gibi, onay¹⁷ terimi de hatalıdır: onay rıza değildir.

Rızanın aydınlatılmış aydınlatılmamış diye türlere ayrılması mümkün olmadığı gibi, aydınlatılan da rıza değil aydınlatma sonrası yapılan bir tercihe ilişkin beyandır. Aydınlatılmış onam terimi de, onam, başkasının tercih ve işlemini/eylemini onama anlamını verdiği için anlam kaymasına neden olmaktadır. Ayrıca, tıpkı rızada olduğu gibi, aydınlatılan şeyin onam değil, aydınlatma sonrası özgür seçime ilişkin beyan olduğu için, Türkçe olarak da hatalı bir terimdir.

Dikkat edilmesi gereken husus, **rıza hastadan alınır**, rıza alınmadan önce **hasta aydınlatılır**: ebeveyni veya akrabası veyahut temsilcisinden değil. Bunun istisnaları bulunmakla birlikte, bu istisnai hallerde dahi hastanın iradesine önem verilmeli, hasta dinlenilmelidir (Bio-Tıp Sözleşmesi m. 9).

Aydınlatma hastayı ikna etmek değildir; ona rıza beyanı ile açıkladığı özgür tercihini sağlıklı yapabilmesi için sunulması gerekli yardımdır.¹⁸ **Aydınlatma her olayda yalnızca bir kez yapılması gerekli bir husus değildir.** Somut koşullar veya müdahalenin seyri veyahut komplikasyonlar **daha sonra yapılması yine gerekli olan yeni aydınlatma yükümlüklerine kaynaklık edebilir.**

Hastanın yalnız müdahalenin tür, biçim, yöntem ve araçları konusunda değil, **müdahaleyi yapacak doktor konusunda da tercih hakkı vardır.** Şüphesiz ekonomik imkanı kısıtlı, sosyal yardım alan ve kamu hastanesinde tedavi görececek bir kimsenin, sırf ekonomik nedenlerle bu

¹⁶ Örneğin bkz. ÖZASLAN, Aydınlatılmış Onam., sh: 43-49.

¹⁷ Bkz. ÖNCEL, Öztan. Eski ve Yeni Türk Ceza Yasalarına, Diğer İlgili Yasalara Göre Organ Aktarmalarının Deontolojik Açından İrdelenmesi., İleri teknoloji Tıbbi ve Hekim Hasta İlişkisi, İstanbul 2006, sh: 166.

¹⁸ Bkz. YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 29 ve orada zikredilen literatür.

yöndeki tercihini kullanması fiilen kısıtlı veya olanaksızdır. Ancak, verilecek aydınlatılmış rızanın doktora ilişkin de olması, hastanın doktor hakkında yeterli bilgiye sahip olması ve hangi doktora rıza göstermişse, ancak onun müdahalede bulunabilmesi mümkündür ve rızasının ilişkin olduğu doktor dışında bir kimsenin kendisinin açık veya zımni olmaksızın yaptığı tıbbi müdahalesi (zorda kalış/ıztırar halleri hariç) hukuka aykırı olacaktır.

Doktrinde bazı yazarlarca gerçekleşmesi ihtimali son derece az olan tehlikelerin bildirilmesinin zorunlu olmadığı belirtilmektedir¹⁹ ki, bu görüş hukuksal temelden yoksun olup, doğacak ceza sorumluluğunu bertaraf etmediği gibi, bu çerçevede açıklanan rıza amaçlanan hukuken geçerli rıza değildir. Aydınlatmanın tam, anlaşılır ve zamanında yapılması gereklidir.

Hasta aydınlatılmak istemez ise, iradesinin sağlıklı ve kendisinin reşit olması koşuluyla, kanuni bir özel zorunluluk bulunmadıkça, hastanın aydınlatılmadan feragati bu yükümlülüğü ortadan kaldırır. Ancak ilk teşhis hatalı ve buna ilişkin ilk açıklama nedeniyle feragat yapılmışsa, bu feragat tıp mensubunun ileriye dönük tüm müdahaleler açısından bu yükümlülükten kurtarmaz. Sonradan çıkan yeni durum-teşhis hakkında bilgilendirilen hastanın bu yeni aydınlatmanın konusu ve nedeni hakkındaki ön bilgilendirmeye karşın yeni bir feragati olmaz ise, ilk teşhisle ortak noktaları bulunsa dahi ortaya çıkan yeni durum hakkında aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden alınan rıza hukuken geçerli bir rıza değildir.

Doktrinde bazı yazarlarca belirtilenin aksine, hastanın daha önce başka bir doktor tarafından aydınlatılmış olması veya kendisinin mesleğinin doktor veya hemşire olması durumunda dahi aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir. Kişi tıp mesleğinde bulunsa ve hatta o ilgili hastalık konusunda uzmanlığı bulunsa dahi her hastanın ve hastalığın etki ve seyri farklı olduğundan ve o an için vücudun diğer organları ve durumu ile birlikte yapılacak değerlendirmeler açısından sağlıklı bir tercih için gerekli bilginin kendisine verilmesi gerektiği gibi, aydınlatmanın genel olarak hastalığa ve hastanın o anki durumuna ilişkin olmayıp yapı-

¹⁹ Bkz. YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 26 ve orada zikredilen literatür.

lacak müdahaleye ilişkin olması nedeniyle her müdahale açısından ayrı ve yeterli bir aydınlatmanın yapılması gereklidir.

Bu konuda **hiçbir şekilde benimsenmesi ve hukuksal bir gerekçesinin olabilmesi mümkün olmayan bir görüş ise, üçüncü şahısların zarar görmesini önlemek için yükümlü kişinin aydınlatma yükümlülüğünü ihmal edebileceği ve bu durumda iken alınan rızanın geçerliliğini savunan görüştür**²⁰. Burada aydınlatmanın yapılacağı hastanın kalp hastası annesinin yanında yapılacak açık-anlaşılır, içeriği oldukça tehlikeli bilgilerin aktarımı olan ve tam bir aydınlatmanın yapılmasını herhalde kimse önermez. Ancak o kişi ile ilgili tehlikeyi öneyecek önlemler alındıktan (örneğin kalp krizini önleyici ilaç verildikten) sonra, ilgili hastaya ve hatta kendisi açısından ölümcül biçimde etkilemeyecek veya tedavisini olumsuz etkilemeyecek bir bilgilendirme olduğunda o kişinin kendisi dahi hasta olsa kendi geleceğini belirleme ve vereceği rızayı sağlıklı ve bilgiyle yüklü bir tercihe dayandırması için kendisi bilgilendirmelidir. Üçüncü kişileri korumak bahanesi altında hastanın rızasını almadan veya aydınlatılma olmadan alınan ve hukuken geçerli olmayan /hukuka aykırı rızaya hukuksal bir nitelik kazandırma çabaları hem hukuka aykırı ve kastedilen anlamda bir rızanın varlığını sağlamaz hem de hukuka aykırılıklara zemin hazırlayarak bu alandaki suiistimalleri örtüp gizlemek için gayrimeşru olanaklara zemin hazırlamak anlamına gelir. Burada aydınlatılan hastanın tedaviden vazgeçmesi veya başka doktora gitmesi veya aydınlatan hekimin kendi sübjektif (veya hatta tıbben doğru) değerlendirmesiyle daha tehlikeli veya yetersiz bir tedaviyi seçiyor olması da, aydınlatmamak veya yeterince aydınlatmamak için bahane olmamalıdır²¹.

Aydınlatmanın amacı hastayı ikna etmek değildir. Tercih hastanınıdır. Aydınlatma sonrası hastanın tedaviden veya o doktora tedavi olmaktan vazgeçmesi amaca aykırı değildir. Bu aydınlatmadan beklenen iki etkiden birisidir, doğaldır ve hukuk da hastaya bu özgür tercihin sağlanmasını istemektedir. Şüphesiz hastalığın tedavisini kesin olarak olumsuz

²⁰ Bkz. YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 30 ve orada zikredilen literatür.

²¹ Karş. Aydınlatılmış Onam ve Tıbbın İktidarı. (Açık Tartışma), Güncel Hukuk, İstanbul 2006, sy: 3, sh: 28-32.

etkileyecek bir ek aydınlatma açısından istisnalar mevcuttur²² ve uluslar arası belgelerde zaten bu düzenlenmektedir. Ancak, sağlık/tıp hukukunda geçerli olan kural, hastanın kendi geleceğini belirleme ve tedavi özgürlüğüdür. Hasta, yaşamını tehlikeye sokacak olsa dahi tedaviyi reddedebilir. Sadece sağlık, tedavi hakkı örneğinde tutulmamalı veya bu haklar bireyin kendi geleceğini belirleme hakkından üstün önemdeki haklar olarak görülmemelidir²³, bireyin kendi geleceğini belirleme ve onurunun korunması hakkının, daha önce belirtilen diğer iki haktan daha üstün olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca, aydınlatmanın ailede büyük üzüntülere neden olması durumunda doktorun aydınlatma yükümlüğünü yerine getiremeyebileceğini ve hatta getirmemesi gerektiğini önermeyi²⁴ ise, çok vahim, tehlikeli, bizatihi suiistimal niteliğinde, oldukça hatalı ve hukuka aykırı bir yaklaşım olarak görmekteyim. Burada ne hukuksal bir gerekçe bu görüşü haklı kılmaktadır ne de hastanın burada korunmak istenen hukuksal değer aile mensuplarının üzüntüsü veya üçüncü kişinin olası zararından daha önemsiz bir değer değildir. Bu sun'i ve ihmal edilmiş görevlere ve hukuka aykırılıklara zemin ve kılıf hazırlayıcı yaklaşımlardan kaçınmak ve rızanın hukuken geçerli niteliğinden vazgeçmemek gerekir. Kişi ve hastalığa göre değişkenlik gösteren subjektif bu argümanları, tıp alanında dahi olsa, sağlık/tıp "hukuku" alanına ilişkin olduğu ve genellikle özellikle de kanuni ve hukuksal yükümlülük yükleyen normların arkasına dolanmak için ileri sürüleceği gerçeğini öngörmek ve ve bu hatalı ve sakıncalı görüşlerin uygulamada benimsenmesi tarzında yankı bulmasını kabul etmemek gerekir.

Belirtmek gerekir ki, doktrinde **suçun mağdurunun gerçek kişi olmayıp kamu olduğu hallerde** rızanın varlığının suçun oluşmasını etkilemeyeceği²⁵ ifade edilmektedir ki, bu görüş yanlıcı olup, özellikle

²² Bkz. ÖZASLAN, Abdi. Aydınlatılmış Onam., Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi., İstanbul 2006, sh: 46.

²³ HAKERİ, Hakan-ZEYTİN, Zafer. Bitkisel Hayata Girmeden Önce Tedaviye Son Verilmesine İlişkin İrade Açıklaması Geçerli Olur Mu?., Güncel Hukuk, İstanbul 2006, sy: 25, sh: 56.

²⁴ Bkz. YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 30 ve orada zikredilen literatür.

²⁵ Bkz. KOPARAN, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, sh: 25.; TOZKOPARAN, M. Reşat. TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler., TBB Dergisi, Ankara 2006, sy: 64, sh: 347.; MAHMUTOĞLU, Fatih

kullanılan mutlak ifadeler nedeniyle eleştirilmelidir. Öncelikle belirtelim ki, yazarın hukuksal değer ile hakkı aynı anlamda kullanması nedeniyle, gerçek birey dışında ayrıca kamu veya diğer hukuksal kişiliklere de hukuksal değer sahipliğinin izafe edilmesi hatalıdır: tüm hukuksal değer sahipleri ancak gerçek bireyler olabilirler. Kamusal makamlar hak veya hukuksal değer sahipliğine sahi olamayıp, yalnızca hukuksal değer taşıyıcısı sıfatını haiz olabilirler. Bu nedenle de onların genelde hak ve yetkileri olmadığı içindir ki, bireye/bireylere ait hukuksal değerlerin ihlaline rıza gösteremeyecekleri kabul edilir.

Diğer yandan burada hem rıza sonrasında gerçekleştirilen eylemin hukuka uygun olduğunu kabul etmek hem de ‘mağdur’dan söz etmek hatalı olmuştur. Kaldı ki, bu tutum, aynı mantıkla gerçekleştirilen 5237 sayılı TCK’da tercih edilen ‘ilgili’ terimiyle örtüşmemektedir. Kamunun mağdur ve dolayısıyla hukuksal değer/hak sahibi olmasını kabul etmek yanlış olduğu kadar, burada hukuksal anlamda bir ‘rıza’dan söz etmek de hukuka aykırıdır. Genele hukukta özelde ceza hukukunda rızadan kasıt, hukuken geçerli rızadır. Rıza gösterilemeyecek veya daha iyi bir ifadeyle rızanın hukuken geçersiz olduğu durumlarda bir kabulleniş-onaydan söz edilebilir olmakla birlikte, bu hukuken geçersiz, yok hükmünde ve hukuksal etkisi olmayan bir irade beyanı olduğu için kastettiğimiz hukuksal anlamda bir ‘rıza’ değildir. Kaldı ki, doktrinde ‘hukuka özel aykırılık’ olarak isimlendirilen hallerde, hukuksal değer taşıyıcısının ‘rıza gösteremeyeceği’ görüşü doğru da değildir. Kanun’un ‘yetkili merciin izni olmaksızın’, ‘hükümetten izin almadan’, ‘yetkisizce’, ‘ruhsat almadan’ ‘resmi mercülerin muvafakatı olmaksızın’, ‘ilgili resmi kurumun izni olmadan’ v.s. şeklinde madde metninde belirtilen durumlar, özel kast ve hukuka aykırılık bilinci, hukuksal hata v.s. konuları ile ilgili olmakla birlikte, çoğu kez hukuksal değer taşıyıcısının resmi/kamusal organların olduğu bazı durumlarda, belirli hukuksal yükümlülüklerin yerine getirildiği veya koşulların varlığı halinde ve resmi mercülerin muvafakatı/izni/ruhsatı/bilgisi dahilinde v.s. ile gerçekleştirilen eylemlerin, hukuksal değer sahibi ilgilinin yerine hukukun izin verdiği konu, alan ve sınırlamalarla hukuksal değer taşıyıcısının bir ‘rıza’sının varlığı ve bu

rızanın (bazen ek koşullarla birlikte) eylemi hukuka uygun hale getirdiğini kabul etmek gereklidir. Bunu artık, özel rıza veya rızanın hukuksal değer taşıyıcısı eliyle ve daha dar hukuksal ve kanuni sınırlamalarla kullanıldığı bir durum olarak kabul etmek gereklidir.

Şüphesiz bu kabul, hukuksal değer sahipliğini yalnızca birey veya bireyler olarak ve hukuksal değer sahipliği yanında devletin sübjektif hak sahibi ve hukuksal değer sahibi bireyden ayrı tüzel kişiliği olmayıp bireyler açısından sun'i oluşturulmuş bir hizmet aracı olarak görülmesi ve bu bağlamda bir hukuksal değer taşıyıcısı hukuksal kavramını kabul etmek önkoşulunu benimsemekle mümkün ve anlaşılırdır²⁶. Bununla birlikte bu kabul, hem hukuksal değer kavramının hem de özel hukuka aykırılık halleri olarak adlandırılan koşulların arandığı suç tipleri açısından rıza türündeki belirtilen nitelikli özel koşulların varlığı halinde (kastın kapsamı-özel kast-hukuka aykırılık bilinci ve hukuksal hata konularına ilişkin etki dışında) eylemin hukuka uygun hale gelmesinin çelişkisiz izahını sağlamaktadır.

Diğer taraftan bu gibi hallerde, bireyin rızasının tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmediğini ifade etmek²⁷, her zaman doğru bir tespit değildir. Çünkü yukarıda belirtilen ve hukuka özel aykırılığın suç tipi içinde düzenlendiği bu gibi hallerde bazen, kamusal izin veya onay da tek başına yetmemekte, ayrıca ilgili kişinin de özgürce verdiği rızanın varlığı aranmaktadır.

Rızanın verilmesi anı çok önemlidir. Hukuksal açıdan rızadan söz edebilmek için müdahale öncesinde verilmiş olması gereklidir. Hatta önemli tıbbi müdahalelerde rızanın birkaç gün önce verilmesi hastanın sağlıklı değerlendirilmesi ve rızasını geri alacaksa düşünmesi için çok daha yararlıdır. Rızanın müdahale anında verilip verilmeyeceği konusu dikkatli yaklaşılması ve ince ayırımların yapılması açısından önemli bir andır. Eğer hastanın bilinci yerinde ise bu mümkündür. Hastanın bilinci yerinde değilse, zımnî rızayı haklı gösterir bulgular da yoksa, bu takdirde rızanın yokluğunu kabul etmek ve o (rızaya yeniden ihtiyaç duyulan) müdahaleyi yapmamak gereklidir.

²⁶ Bu kavramlar için bkz. ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, sh: 480 vd, 567 vd, ve 472 vd.

²⁷ Bkz. YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 11.

Önemli olan hastanın iradesidir. Ancak, müdahaleyi yarıda kesmek veya o anda yeni ortaya çıkan veya öğrenilen bir duruma müdahale etmemek, hastanın yaşamı veya vücudu açısından önemli tehlike veya zararı sonuçlayacaksa, bu durumda müdahaleyi yarıda kesmemek müdahaleyi yapmak gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde bu durumu izah için her ne kadar çoğu kez varsayılan=umulan rıza kuramına dayanılıyorsa da, burada üçüncü kişi lehine ıztırar hali kurumundan (hukuka uygunluk nedeni olarak) ve/veya izin verilen risk kurumundan yararlanmak ve bu gerekçeyle izah etmek sanırım daha yerinde olacaktır. Rıza her zaman geri alınabilir. hastanın bilinci yerinde ise, müdahale anında dahi rıza geri alınabilir. Müdahale bittikten sonra rızanın geri alınması önemsiz olduğu gibi, müdahale sonrası rıza göstermek de hukuksal olarak rızanın varlığını göstermez; bu icazettir ve ilgili makamlar önünde ve gerekli şekilde yapılmış ve eylem de şikayete bağlı bir suçta tekabül ediyorsa şikayetten feragat veya kovuşturma sırasında müdahale talebinden feragat olarak yorumlanabilir.

Doktrinimizde **bazı yazarlar²⁸, eylemin işlenmesinden sonra gösterilen rızanın da, rızanın mutlak surette tasarruf edilecek haklar üzerinde yapılması halinde geçerli olacağını belirtmektedirler.** Bu yazarlar görüşlerine örnek olarak hakaret eylemini vermekte ve hakaretin yapılmasından sonra gösterilen rızanın eylemi hukuka uygun hale getireceğini savunmaktadırlar. **Bu görüş kesinlikle kabul edilemez.** Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için eylemden önce veya eylem esnasında gösterilmesi gerekmektedir. Eyleme rıza vermektan söz edilip, eylem sonrası ceza soruşturma veya kovuşturma organlarının devreye sokulması yönünde tanınan bir hakkın kullanılmasından söz etmediğimize göre, rıza olmadan gerçekleştirilen ve bur hukuksal değeri ve/veya hakkı ihlal eden eylem bitirilmekle birlikte, hukuka aykırı (diğer unsurları da varsa suç da) oluşmuştur. Sonradan gösterilen rıza, hukuken eylemin hukuka uygun doğmasını sağlayan veya (eylem esnasında gösterildiğinde) eylemi hukuka uygun hale getiren bir rızadan söz edilemez. Yazarların eylemin 'mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hak üzerinde gerçekleştirildiği' yönündeki gerekçesi yerinde ve kanuna/hukuka uygun değildir.

²⁸ DONAY, Süheyl-KAŞIKÇI, Mahmut. Türk Ceza Kanunu., İstanbul (Kasım) 2005, sh: 41.

Esasen TCK. m. 26/2 metnine dikkatli bakıldığında, hukukumuz açısından rızanın bir eylemin suç oluşturmasını engellemesi için zaten ancak “mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hak üzerinde rıza gösterilmesinin şart olduğu” açıkça görülür; bu türde bir hakka rıza, ceza hukukumuz açısından (özel bir hükmün daha sınırlı düzenlemesi ayrık olmak kaydıyla) hukuka uygunluk etkisi gösteren hukuken geçerli bir rıza sayılamaz. Hakaret eyleminin tamamlanması halinde eylem hukuka aykırı doğar, rızanın hukukun (ceza hukuku dahil) hiçbir değildir; dalında, eylem sonrası gösterilen rızanın zaman itibarıyla çok önceki bir zaman dilimindeki bir eylemi gerisin geriye etkileyerek hukuka uygun kılması mümkün değildir; kabul edilemez, edilmemektedir. Hakaret suçu işlendikten sonra veya hakaretimiz eylem suçun bir koşulun bulunmaması dolayısıyla suç olarak değil ve fakat yalnızca hukuka aykırı eylem olarak doğduktan sonra ceza hukuku açısından şikayet edilmemesi, şikayetin geri alınması veyahut özel hukuk açısından tazminat davası konusu yapılmaması ya da davanın geri alınması, eylemin hukuka uygun olduğu anlamına gelmeyip, hukuka aykırılığı hususunda hiçbir kuşku bulunmayan bir eylem hakkında sadece ilgili hukuk dalına göre bir hakkın kullanılmasından feragat veya vazgeçmeyi iade eder. Kaldı ki, bu yazarların görüşleri, verdikleri örneğe konusu suçun rızanın konusu olamayacak²⁹, insan onuru konusunda bireyin mutlak surette tasarruf edebilme yetkisinin bulunmadığı noktasında da hatalı bir görüştür.

Rıza ehliyeti konusundaki hukuksal kurallar en az rızanın yönü, beyanı veya içeriği kadar önemlidir. Küçükler, sağlıklı tercihte

²⁹ “...A... isimli kişinin yaşam öyküsünün anlatıldığı biyografik romanda yer alan sözler, davacının kimliği açıklanarak, doğrudan hedef alınarak, aşağılayıcı bir üslupla kullanılmıştır. Her ne kadar bir tanik davacının konuşmasının yer aldığı ses bandını dinlediğini, söylediklerinin yayınlanmasına rıza (muvafakat) gösterdiğini ifade etmişse de davalılar tarafından ses bantları ibraz edilmemiştir. Tanığın açıklamaları rızasının kapsamını ve amacını açıklayacak nitelikte olmayıp, davacının hormonal tedavi gördüğünü bildiklerinden ibarettir. Anılan değerlendirmelerdeki sözcüklerin davacının özel yaşamı onun sır alanı ile yakından ilgili olduğu kuşkusuzdur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının bu alanla ilgili olarak yazılanlara geçerli bir rızasının (muvafakatının) bulunduğunu söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda ayrıntılı şekilde anlatıldığı gibi kendisine karşı bile mutlak korunması gereken kişinin onuru, kişiliği, sır alanına giren gizli yaşamının onun rızası ile hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını ve tecavüze haklılık kazandırdığını ileri sürmenin yasanın amacına açıkça aykırı olduğu aşikardır. Davacının özel yaşamı bu kadar açık bir şekilde topluma sunulamayacağından kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu kabul edilmiştir. O halde direnme kararı yukarıda yazılı gerekçeyle yerindedir...” (Yargıtay HGK 26.3.2003 E. 2003/4-161 K. 2003/201).

bulunamayacak derecede hasta olanlar ve acil müdahale gerektiren (=tıbbi zorunluluk) hallerde rıza konusu farklı-ek koşuller gerektirmektedir. Hem müdahalenin türüne hem de çocuğun veya rahatsızlığın veyahut acil müdahalenin bağlı bu durumlarda, genelde sıkı şekil koşulu (rızanın yazılılığı) ve/veya kanuni veya iradi temsilcinin ilave rızası/görüşü ve bazı müdahaleler için bir tıbbi-hukuki-etik komisyonun kararı v.s. aranmaktadır. Bu konuda biyo-hukuk avrupa sözleşmesinde ayrıntılı hükümler vardır ve duruma göre kısmi değişkenlik göstermektedir ki, bu düzenlemelerin mutlaka kanunlarımıza ve alt pozitif hükümlerimize yansıtılması gerekmektedir.

Nitekim bu konuda Organ ve Doku nakillerine ilişkin Kanun, 1219 sayılı Tababat ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde özel hükümler vardır. Bu hükümlerin bir kısmı tek ve biyo-tıp avrupa sözleşmesi ile örtüşmemekte ve daha az güvenceli bir düzenlemeyi içermektedirler.

Bu bağlamda, öğretilerde belirtildiğinin aksine³⁰, rızaya ehliyet açısından yalnızca ilgili kişinin akıl ve ruh sağlığı değil, bazen yaşı, içinde bulunduğu somut koşul ve hatta fiziki bir rahatsızlığı-engeli de önemlidir ve hukuken geçerli bir rızaya ehliyetin varlığı açısından her somut durumda irdelenmelidir.

Doktrinde rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmesi için, ayrıca tıbbi müdahalenin de "resmi" ehliyetli kişilerce gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Öğretilerdeki bazı görüşler ile bazı münferid kanuni düzenlemelerde kullanılan kanuni terimlere izafeten ileri sürülen ve doktrinde de genelde benimsenen bu söylem, bazen tıbbi müdahaleyi gerçekleştirenin 'resmi' sıfatını vurgulamakta, bazen ise bu sıfatı 'tıp mesleğini uygulamaya yetkili kimse' olarak algılayarak kavram karmaşasına da neden olmaktadır. Bu iki kavramın aynı anlamının bulunmadığı izahıtan varestedir. Tıp mesleğini icraya yetkili her kişinin mutlaka resmi bir statüde olması gerekli değildir. Hatta aynı yazarlar, giderek bazen 'kanunen tıp mesleğini yapabilme ya da tıbbi müdahalede bulunabilme yetkisine sahip olabilen kişi olmayı yeterli kabul ederek, aynı eser

³⁰ Örneğin bkz. KOPARAN, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, sh: 25.; TOZKOPARAN, M. Reşat. TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler., TBB Dergisi, Ankara 2006, sy: 64, sh: 347.

ve aynı eserin sahifesinde verdikleri örneklerle kendi görüşlerini çürütmektedirler.

Aynı yazarların aynı eserin aynı sahifesinde bu 'resmi' ehliyetli kişi statüsünde bulunan kişilerin mevzuatta sınırlı sayıda sayılarak düzenlendiğini belirtmek³¹ işi daha da çelişkili ve yanıltıcı hale getirmektedir. Bu terim ve kavramların ifade ettikleri içerikler aynı şey olmayıp, bunların aynı şeyin birden farklı terimle ifade edilmesi gibi kullanılması hatalıdır. Öncelikle burada önemli olan bazı müdahalelerde kanunen yetkili kişilerin açıkça düzenlenmesi, bazı müdahalelerde tıp mensubu olmayı olmazsa olmaz kural olarak düzenlemek ve bazen de aynı müdahalenin farklı kişiler üzerinde yapılmasında (kısırlaştırma ameliyesi gibi) eylemi yapan kişi açısından mevzuatta kısmi farklılığın düzenleniş olmasını gözden kaçırmamaktır.

Bunun dışında, tıbbi müdahaleyi yapanın eylemini hukuka uygunluk sınırları içinde yapması, ilgilinin rızasının ve hakkın icrası veya zorda kalış gibi nedenlerin varolması ve tıbbi müdahalenin de gerçekleştiriliş biçimi itibariyle hukuka uygun ve kusursuz olmasının gerektiğidir. Bunu yapanın özel statüde çalışan bir kimse olmasıyla kamu sektöründe çalışan ve resmi sıfatı olan bir kimse olmasının hiçbir önemi yoktur.

Nitekim tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılması ve rızanın bu yönde bir etki doğurabilmesi için, tıbbi müdahalenin 'kişinin yaşamını, sağlığını tehdit eden fiziksel veya ruhsal anomalilerin teşhis ve tedavisine yönelik' olması gerektiği görüşünün savunulması yerinde değildir. Öncelikle belirtelim ki, bu yaklaşım özünde içerdiği hatalar bir yana, rızayı tıbbi müdahaleyi hukuk uygun hale getirmek için tek başına yeterli gören hatalı bir anlayışın ürünüdür. Diğer taraftan, tıbbi müdahalenin neye yönelik olması gerektiği, müdahaleyi gerçekleştirenin amacına yönelik olup, müdahalenin hukuka uygun icrası, yani eylemin sağlık/tıp hukuku kuralları çerçevesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği değerlendirmesinde, *ilgilinin* rızası dışındaki bir unsur, *failin* eylemi unsuruyla ilişkili bir husustur. Bunu rızanın bir koşulu olarak sunup, rıza kurumu üzerinden hukuka uygunluk/aykırılık değerlendirmesinde ele

³¹ Bkz. YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 15 ve orada zikredilen literatür.

almak yanıltıcıdır. Kaldı ki, bu anlayış içerik ve sonuçta önerilen önerme açısından da hatalıdır.

Tüm tıbbi müdahaleleri yalnızca kişinin yaşam ve sağlığını tehdit eden fiziki veya ruhsal anomalilere yönelik eylem sayıp, bu amaca yönelik olmayan eylemleri tıbbi müdahale saymamak birçok açıdan mantık, tıp ve hukuka aykırıdır.

Bunlardan sadece ikisine değinecek olursak: *birincisi*, tıbbi müdahalenin tıbbi nitelikte olup olmamasını müdahaleyi geçirenin amacı değil, müdahalenin doğal niteliği belirler. Failin amacı bu açıdan önemsiz olup, yalnızca tıbbi müdahale bahane edilerek veya tıbbi müdahale nedeniyle/aracıyla suç işlendiğinde kast veya taksirin tespiti açısından önem taşıyacaktır. Failin fiziki veya ruhsal yönden iyileştirme amacı gütmeyip, (aşırı bir yaklaşımla vurgulayacak olursak) öldürme, yaralama, kazanç emde etme v.s. amacıyla hareket etmesi halinde dahi, müdahale tıp biliminin gereklerine uygun ise, müdahale yine tıbbidir ve diğer kanuni koşulların da varlığı ile (bu husustan bağımsız olarak kattığı hukuka uygunluk katkısıyla) rıza eylemi hukuka uygun hale getirir. *İkinci olarak*, sadece fiziki veya ruhsal anomaliiyi teşhis veya tedavi amacına odaklanılırsa, bu tür bir anomalinin objektif olarak bulunmadığı veya bu tür bir anomaliiyi teşhis veya tedavi amacı bulunmayan ve herkesçe de bunun bulunmadığının bilindiği estetik operasyonların tıbbi müdahale sayılmaması ve rızanın a bunları hukuka uygun hale getirmemesi gerektiği gibi, mantığa, tıbbi ve hukuka aykırı sonuçlara ulaşılacaktır ki, bu kabul edilemez. Yapılması gereken, (aydınlatma yükümlülüğünün tamamıyla yerine getirilmesinden sonra özgürce verilmiş dahi olsa) rızayı her zaman hukuka uygunluk etkisi sağlayan sihirli bir formül olarak görmemek, rıza ile hakkın icrasını ve bunların gereklerini birbirine karıştırmamak ve rıza ve/veya hakkın icrası ile ilgili ceza normunun olumlu veya olumsuz biçimde metinde ifade ederek ayrıca aradığı ilave koşulları da birbirine ne nitelik, ne unsur ne de sonuçları açısından birbirine karıştırmamaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/T'de rızanın aranmayacağı hallerden birisi olarak rıza beyanında bulunamayacağı istisnai durum, "**hastanın ifade gücünün bulunmaması**" olarak ifade edilmiştir ve bu ifade biçimi yerinde değildir. Bunun yerine hastanın beyanda bulunma imkanı-

nın bulunmadığı bütün mücbir sebep hallerini kasteden bir ifade kullanılmalıdır.

Hastanın durumu müdahaleyi zorunlu kılıyor ve hastanın kanuni temsilcisi muvafakat etmiyorsa, bu durumda TMK hükümleri uyarınca hakimin müdahalesi talep edilecek ve rızanın hakim kararıyla verilmesi mümkün olacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği de bu yönde hüküm içermektedir.

Varsayılan/farazi/umulan rıza konusu: Anestezi altındaki hastadaki hastada öngörülemeyen bir müdahale ortaya çıkmışsa, **farazi rıza çözümü** önerilmektedir. Hastanın rızasının/iradesinin yönü araştırılacak, bunu açıklığa kavuşturur bir emare yoksa bu takdirde ‘orta düzeyde makul bir kimsenin göstereceği tavır’ bir ölçüt olarak kabul edilebilecektir.

Rıza verme yeteneği bulunmayan hastalar açısından **varsayılan rıza kuramı** çok eleştiriye açık olup³², Rıza kuramı ile bir ilgisi bulunmayan ve bu kurma dayalı olarak açıklanması olanaksız bir biçimde üçüncü kişilerin yaptığı değerlendirmeye bir müdahalenin yapılması durumudur. Somut eylem açısından zorda kalış (ıztırar) halinin bulunması (üçüncü kişi lehine hukuka uygunluk nedeni) durumu halinde eylem hukuka uygun olacak, kaçınılamaz hata hallerinde eylem açısından kusuru (TCK’ya göre kastı) kaldırdığı için sorumluk doğmayacak ve fakat diğer hallerde ise eylem hum hukuka aykırı ve hem de sorumluluk doğuran nitelikte bir eylem olacaktır. Belirtelim ki, doktrinde, vrsayılan rızaya taraftar olup, gerekçe göstermeden bunun yaşam hakkına ilişkin olacağını iddia edenler vardır.³³

Bu bağlamda, Hasta Hakları Yönetmeliği’nde (m. 24/1) rızanın aranmayacağı istisnai durumları belirtmek için kullanılan “**hastanın ifade gücünün bulunması**” ifadesi yanlış ve yanıltıcıdır. Burada amaçlanan şey ifade gücü değil, somut koşullar itibarıyla içinde bulunulan zorda kalış (ıztırar) hali nedeniyle rıza ehliyetinin ortadan kalktığı haller-

³² BOCKENEIMER-LUCIUS, Gisela. Onam Verme Yetisi Olmayan Hasta: Geleceği Belirleyen Onama Ait Etik Sorunlar, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, sh: 31-32.

³³ Bkz. MAHMUTOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu, sh: 211.

dir. Bu ifade biçimi amaca uygun değiştirilmelidir. (Karş. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 3). Burada şüphesiz Anayasa'da tıbbi müdahaleler açısından önemle ve özellikle vurgulanarak işaret edilen "*tıbbi zorunluluklar*" koşulu dikkate alınmalıdır (AY. m. 17/II).

Rıza beyanı açık olabileceği gibi, zımni de (=üstü örtülü=kapalı) olabilir. Ancak öğretide hatalı, oldukça vahim ve yanıltıcı biçimde yapıldığı gibi, zımni rıza ile varsayılan rıza konusunun birbirine karıştırılmaması gerektiği gibi, zımni rıza ile rızanın konusu olabilecek hukuksal değerler veya ihlal müdahalesi biçimleri de birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin öğretilerde zımni rıza kavramını açıklamak için ilgili suçun malvarlığına yönelik olması, özel hayata veya konut dokunulmazlığına karşı fiil olması veyahut takibi şikayete bağlı suçlardan olması birer örnek olarak belirtilmiştir ki, son derece yanlış ve uygulamayı yanlış yönlendirebilecek hukuka aykırı bir yaklaşımdır. Belirtilen bu suçların tümünde rıza hukuksal değeri ihlal eden eylemi her zaman ve her ihlal modeli açısından sınırsızca hukuka uygun hale getirmez. Kaldı ki, bu sayılan suçlardan bazılarında rıza geçersiz olduğu gibi, her şikayete bağlı suçta rızayı zımnen var kabul etmek de hem mantığa hem de hukuka aykırıdır.

Bu tür bir tebliğde açıklanması traji-komik olmakla birlikte, rıza ile şikayet kurumlarının birbirinden çok farklı kurumlar olduğu ve kural olarak bir ilişkilerinin bulunmadığı, şikayet in eylem sonrasında kullanılacak bir hak ve bir muhakeme koşulu olmasına karşılık, rızanın suçun unsurlarıyla ilgili, bir hukuka uygunluk nedeni, ilgili açıklasa dahi kanun koyucu tarafından sınırlandırılmış alan-konu-eylem v.s.'lerde geçerli ve ancak eylem öncesi veya sırasında kullanılacak bir hak olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir. Her iki kurumun koşul, nitelik, kullanılış bizim ve zamanı, etki alan, koşul ve hukuksal etkileri birbirinden farklıdır. Kaldı ki, mantık kuralları da, eylem sonrası şikayetin yapılmayışını rıza göstermek olarak algılanmasını temelden reddetmektedir: Rıza ile şikayetten feragat veya şikayetin geri alınması birbiriyle temelde ilgisiz ve farklı kurum ve kavramlardır, bunlar birbiriyle kesinlikle karıştırılmamalıdır. Yine, yukarıda belirtilen suçların hukuksal konu veya maddi konularının aynılığını rızanın zımnen açıklanması biçiminde yorumlayıp, uygulamacıları bu yönde kabul ve uygulamaya davetin ifade edilmesini da birbiriyle ilgisiz kelime veya terim veyahut kavramların, ilgi çekmek veya süslü-çekici-cezbedici ifade şekli dışında ne mantık ne

de hukuksal bir anlam, doğruluk, haklılık veya en küçük bir bağlantısı bulunmamaktadır.

Bir hukuksal değer veya maddi konunun kanun koyucu tarafından rıza gösterilebilecek bir konuyla, sırf konu ve alan aynıyeti açısından benzer veya ortak alana sahip olması farklı bir şey, bir kimsenin rıza niteliğindeki irade beyanının zımnen ifade etmesi çok farklı bir şeydir. Uygulamacılar kadar, bu tür hatalı açıklamaları ilginç ve kolay bulan hukukçuların, konuyla uzaktan-yakından ilgisi olmayan mantık kuralları kadar hukuk kural, ilke, düzenleme ve normlarına da aykırı bu tür açıklamaları kabul etmeyip, uygulamaya yansıtılmaları uyarısında bulunmak burada karşımıza ödev olarak çıkmaktadır.

Rıza her zaman geri alınabilir. Rıza geri alındığı andan itibaren (hayati tehlike hali hariç) müdahaleye hemen son verilmelidir. Hekim bu kararın doğruluğunu tartışamaz, bu karar aykırı davranamaz. Örneğin yehova şahitlere-dini bir tarikat mensubu kan nakli veya ameliyatı reddedebilir. Hekim hastanın rızasına aykırı olarak müdahalede bulunamaz. Bunu önkoşulu, 'tıbbi yönden sakınca bulunmaması' koşuludur. Buna uzman hekim karar verecektir.

Doktrinde **geri alma halinde, geri almayla birlikte tıbbi müdahalenin yeniden hukuka aykırı hale geleceği** belirtilmektedir³⁴. Oysa bu görüş yerinde değildir ve eleştirilmelidir. Bu eleştiri yapılırken, konunun iyi anlaşılması için, sıklıkla karşılaşılabilecek bazı olasılıklar dikkate alınarak kısa bir açıklama yapılmalıdır. Eğer diğer koşulları yoksa veya rızanın koşullarından birisinin bulunmaması nedeniyle eylem hukuka aykırı ise, bu olasılıkta zaten rızanın geri alınıp alınmamasının bir önemi bulunmayıp, eylem baştan beri hukuka aykırıdır. Burada sonradan eylem sayısında meydana gelen artış, diğer hukuka aykırı etkilemeyip, yeni hukuka aykırılıkların varlığını gösterecektir. Buna karşılık hukuken geçerli ve etkili bir rıza var ve bu sonradan geri alınmışsa, bunun eylemi yeniden hukuka aykırı hale getirdiğini söylemek hem zaman, hem mantık hem de hukuk kuralları gereğince mümkün değildir.

³⁴ Bkz. YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 14 ve orada zikredilen literatür.

Rıza var ise, geri alınmadığı sürece baştan rızaya dayalı eylemi yapıldığı ilk andan itibaren hukuka uygun hale getirmiş, ya da farklı ifadeyle eylem hukuka uygun doğmuştur. Eylem açısından baştan rıza yoksa, sonradan verilen rıza önceki eylem/eylemleri veya eylemin önceki kısmını (şikayet etmemek v.s. haklarından bağımsız olarak) hukuka uygun hale getirmez. Eylem baştan rıza nedeniyle hukuka uygun doğmuş ve fakat devam ederken geri alınmışsa, bu takdirde, rıza geri alınmadan önceki kısım hukuka uygunluğunu korur: bu olasılıkta rızanın geri alındığı andan itibaren yapılmaya devam edilen (ve yalnızca bu) kısmı ve eğer varsa bu kısmı ilave olarak geri alınma anıyla eşzamanlı veya bir süre sonra yapılan ilave eylemler hukuka aykırıdır.

Rızanın geri alınmasıyla eylemin yeniden hukuka aykırı hale geleceğini söylemek, rızaya mutlak ve ilerisi için sürekli bir hukuka uygunluk etkisi tanıyan bir neden olarak değil, sanki geri alınmaz veya alınırsa önceki etkilerini tamamen yitiren ve hukuka aykırılığı geçici olarak askıya alan ve ancak eylem sonuçlanıncaya kadar mutlak bir etkisi bulunmayıp rıza geri alınmadan eylemin tamamlanması şartıyla geçmişe dönük hukuka uygunluk etkisi yaratacak bir husus gibi değerlendirmeyi gerekli kılan bu anlayış hatalıdır.

Bazen eylem gerçekleştirilirken asıl ihlal ettiği biçimi itibariyle ilişkili olduğu hukuksal değer dışında aynı hukuksal değer başka ihlal biçimlerinin veya ilave olarak başka hukuksal değer ihlallerinin de gerçekleştirilmesi mümkündür ve bu gibi olaylarda, rızanın geri alınmadığı süre içindeki bu ihlallerin hukuka uygunluk alanında gerçekleştirildiğinin ve bir sorumluluk gerektirmeyeceğinin kabulü gerekmektedir.

Rızanın konusunu **kişilik haklarından vazgeçilemezlik ilkesi** sınırlamaktadır. Doktrinimizde bu husus genellikle tıbbi müdahalenin konusunun **genel ahlak, adab** ve kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği ifade edilmekte ve BK. m. 19/2, 20 ve MK. m. 23'e atıfta bulunmaktadır³⁵. **Bu şekildeki genel söylemi yerinde ve hukuka uygun görmüyoruz; en azından ceza hukuku açısından bu yaklaşım doğru ve hukuka**

³⁵ Bkz. YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 13 ve orada zikredilen literatür. Aynı yönde: MAHMUTOĞLU, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu, sh: 207 ve 211.

uygun değildir. Ceza hukuku açısından ne rızanın ne de müdahalenin ahlak veya adaba aykırılığı rızanın hukuken geçerliliği ve hukuksal etkileri açısından sınırlayıcı veya engelleyici bir etkiye sahip değildir.

Aksine, tıpkı TCK'nun müsadereye ilişkin hükmü gibi, 'iyi niyet' veya 'ahlaka aykırı eşya' veyahut bir maddenin gerekçesinde olduğu gibi 'ahlaki temizlik' gibi belirsiz, hukuken tehlikeli ve suiistimal kapılarını aralayarak adeta ceza hukukunun ahlak veya moral veyahut dinsel kural veya dinsel tarikatvari yorumlarının bekçisi durumuna indirgenmesi modern bir hukukta kabul edilebilecek söylemler ve argümanlar ve hatta benimsenmese dahi tolere edilebilecek yaklaşımlar dahi değildir. Kaldı ki bu görüş kabul edildiği takdirde, hem iyileştirmek amacıyla yapılan ve iyileştirici nitelikteki ahlaka ve/veya adaba aykırı sayılan tıbbi müdahaleleri hukuka aykırı saymak gerekecektir ki, bu hem uygulama ve tıbbın gelişimi hem de yazılı olan ve olmayan hukuk kuralları karşısında ceza hukuku açısından hukuksal bir değeri olmayan bir anlayıştır.

Estetik operasyonlar, cinsiyet değişiklikleri, kızkılık zarı dikilmesi, vücudun çeşitli yerlerine piercing takılması, silikon takmak v.b. müdahaleleri sırf ahlaka ve/veya adaba aykırı saymak kabul edemeyeceğimiz bir husustur ve hukuk alanındaki bir kurumdan söz ettiğimiz için, bu anlayışın doğruluğuna kısmen dahi işaret edecek hukuksal bir gerekçe bulunmadığı kanısındayım. Rızanın geçerliliği konusundaki ölçüt, ahlak, etik ve adap gibi muğlak, hukuk dışı, suiistimale elverişli, tıbbi gelişimi ve özellikle de bu nitelikte olsalar bile iyileştirici nitelikteki müdahaleleri engelleyici bu argümanlar hukuksal değildir ve sağlık/tıp hukukunda mutlak surette dikkate alınmamalıdır. Bunlardan yalnızca etik kuralları, sağlık/tıp hukukunun gelişimine ve şekillenmesine anlayış oluşturulması ve disiplin normlarını pozitif hüküm haline getirecek kurumlara ve pozitif kanuni düzenlemeleri yapan kanun koyucuyu düzenlemelerinde etkilemek açısından (ve yalnızca o kadar) dolaylı bir etkiye sahip varsayılabilir.

Ahlak-din-adap gibi soyut, muğlak, kişi, toplum ve yöreye göre değişkenlik gösteren ve kendisine ne tespit ne de yorumda en küçük bir etki tanınması kabul edilemeyecek kavramlar, hukuksal bir kurumun kanunilik veya meşruluk ölçüt veya önkoşulu hiçbir surette olamaz. Yukarıda değindiğimiz ve özel hukuk doktrininde çoğu kez de tıbbi müdahaleleri bir sözleşme olarak kabul ederek borçlar hukuku ilkeleri uyarınca

tekrarlanan bu genel söylemler, sağlık/tıp ceza hukuku alanı açısından hiçbir anlamı olmayan ve pozitif normların uygulanmasında dikkate alınmaması gerekli ve hatta bu alanla ilgili kişilerin ceza hukukunun niteliklerini gözardı ederek özel hukuk alanından (mezardan mezara kemik nakli yapar gibi) ceza hukuku alanına ithal ettikleri bu terim-kavram-anlayış-argüman artık kesin olarak terk edilmelidir: tek ölçüt hukuk normları olmalıdır. Kaldı ki, ahlaka-dine-geleneğe-adaba aykırılık sanıldığıının aksine özel hukukta da hukuka uygunluk veya aykırılığın bir ölçütü değildir. Sözleşme hukuku açısından sözleşmenin geçerliliğine ilişkin genel veya özel bir pozitif hüküm dolayısıyla belki sözleşmesinin olumsuz bir unsuru veya kanuni bir düzenlemeye aykırılıkla ilgili bir husus olabilir, ancak hukuka uygunluk/aykırılık ölçütü değildir.

Bazı özel hukukçular ile özel hukuktan bu kavramı ceza hukukuna (hatalı olarak) ithal edenler, bu hususun sözleşmenin bir unsuru veya kanuni genel veya özel bir koşulu olması nedeniyle doktrinde sözleşmenin geçerliliği/geçersizliği konusunda yapılan açıklamalarda ya özensiz ifade biçiminin kullanılması veya kullanılan ifadedeki hukuksal vurgunun neye ilişkin olduğunu gözden kaçırarak, bunu sanki özel hukukta bir eylem veya sözleşmenin veyahut borca aykırılığın hukuka aykırılık unsuru ile ilişkiliymiş gibi algılamaktadırlar. Bu yanılgılı algılayış oldukça içerik ve anlam değişikliğine uğratarak yanıltıcı nitelikte ceza hukukuna aktarılmaktadır ki; bu tehlikeli ve hukuksal zeminden yoksundur. Hukuk dışı bir kavram, hukukun hiçbir dalında hukuka uygunluk veya aykırılığın ölçütü olamaz.

Bu kavramların, ceza hukuku dışındaki hukuk alanlarında bazı hukuksal değerlendirmelerde (kanun hükmü gereğince) dikkate alınmaları, onları hukuksal kavramlar haline getirmediği gibi, bu münferid sınırlı atıflar bahane edilerek bu kavramların ceza hukukuna da taşınması açısından ne bir olanak sunarlar ne de kabul edilebilir bir vesiledirler. Sanırım bu hususa sağlık/tıp hukuku ile uğraşan ve hukukun dalları arasındaki nitelik-yapı-ilke farklılıkları olduğunu bilmeden sağlık/tıp ceza hukuku alanına ilişkin söylemlerde bulunan hukukçu olmayan bili adamları kadar, konuyla ilgili hukukçu meslektaşlarımızın da azami özeni göstermesi ve uygulamamızı da yanlış yönlendiren yanıltıcı ve yanlış bu genel söylemlerden kaçınmaları gerekmektedir.

Kasten müessir fiiller için bazı kanun koyucuların mağdurun rızası bağlamında kanuni tip içinde yer verdiği ve ilgili ülke doktrin ve uygulamasında da sınırları ve anlamı netlik kazanmamış (genel ahlak/adap karşılığı kullanılan ve almanca ifade biçimiyle) “*guten Sitte*” gibi yalnızca belirli bir suç tipindeki eylemin cezalandırılabilirlik alanının sınırlarını belirlemede kullanılan kavramlara suç tipleri içinde yer vermememiz gerektiği gibi bunu amaç ve içeriği açısından olduğundan geniş yorumlayarak ve adeta içeriğini değiştirip çok genel ve farklı anlamlar yükleyerek genel hukuka aykırılık/uygunluk unsuruyla doğrudan ilişkili ve belirleyici bir kavrammış sanısına kapılmamalıyız. Burada, ahlak kurallarının bekçiliği için dar da olsa kabul edilebilecek bir cüz’i (ve özellikle de dinsel ilkelerle örtüşen ve kimsenin genelde alenen itiraz etmeyi denemediği bir) alan yaratmak için yapılan otonom-heterenom ahlak ayırımını³⁶ sun’i, belirsiz, suiistimale elverişli ölçüt olarak gördüğümüz gibi, kişinin kendi beden bütünlüğü üzerindeki bir müdahaleye rızasını toplum ahlakına aykırı düşüyor diye geçersiz kılmak konusunda tutarlı, makul ve hukuk ilkeleriyle uyumlu tek bir gerekçe gösterilememektedir.

Rızaya konu olabileceğini ifade ettiğimiz ve genelde kabul edilen bir hakkın kullanımına bu gerekçeyle engel olunması ve toplum ahlakı bekçiliği için ceza hukukunu asıl işlevinden çıkarıp ahlak bekçiliği göreviyle donatmak bizatihi hukuka ve daha çok da ceza hukukuna aykırıdır. Bu gibi tıbbi müdahalelerin tümünün iyileştirme niteliğini ve amacını taşımasının zorunlu olmadığı ve bu türdeki müdahalelerin tıbbi niteliğinde en küçük bir azalmanın bulunmadığı ve nihayet bu normların yalnızca o dar çevrede yaşayan ve belirli ahlak normlarını benimsemiş veya toplum nedeniyle kabullenmez zorunda kalan kişilere hitap etmediğini, ülkenin her yerinde hukukun aynı uygulanması gerektiğini, ahlak kavramının bu uygulamaya nitelik gereği elverişsiz olduğu, yabancı kimselerin sürekli veya geçici olarak o yerde bulduklarında da bu ahlaki normlara uymaya zorlamak için bu ceza normlarının devreye sokulacağı yargısına ulaşmanın, hem olanaksız ve mantığa aykırı hem de ahlak kuralını hukuk kuralı ile karıştırmak anlamına geldiğini gösterir.

³⁶ **ERMAN**, Barış. Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, sh: 238 ve 240.

Rızanın konusunun ahlaka adaba aykırı olmaması gerektiğini savunan yazarlar, özel hukuktan transfer edilen ve hatta MK hükümlerine atıfla açıkladıkları bu kavramdan ölçüt olarak vazgeçmemekle birlikte, kavramın içeriğinden ne anlaşılması gerektiğinin sınırlarını belirlemenin olanaksız olduğunu kabul etmekle birlikte, her somut olayda ahlaka aykırılığın var olup olmadığının saptanmasını önermektedirler. Alman hukukunda müdahalenin ahlaka aykırı olması halinde, ilgili rıza gösterse dahi, eylemin hukuka aykırı kabul edildiğini belirtilerek, gerçekte bu görüşün kabulünün pratik sonucunun, hukuka uygunluk/aykırılığın ölçütünün bu alanda ahlaka aykırılık/uygunluk tespitine indirildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu yazarlar da, gerek hukukumuz gerek Federal Almanya doktrin ve uygulamasında ‘ahlaka aykırılık’ kavramı üzerinde görüş birliği bulunmadığını doktrin ve yargı kararlarına atıfla kabul etmektedirler.³⁷

Alternatif tıp yöntemine rıza için bazı önkoşullar gereklidir: klasik tedavi yöntemlerinin faydalı olmayacağını saptanması, daha önce hayvanlar üzerinde yeterince denenmiş olması, hastanın rızasının bulunması, birlikte uygulamak mümkün ise birlikte ve bu değilse klasik yöntemin yerine alternatif yöntem uygulanacaktır. Yine de alternatif tıp yöntemlerinin hastaya zarar vermemesi ve hastayı kurtaracağını (Deryal’dan farklı olarak==mutlak/kesin olması değil), kuvvetle muhtemel olması gerekmektedir.

Konu ve diğer hususlar yasal açıdan müsait olsa dahi, tek başına rıza, müdahale aracını ve yöntemini meşru kılmaz. Aynı şekilde ilgilinin gönüllü olarak rıza göstermesi, bu müdahaleyi yapan sağlık personelinin sorumluluktan kurtarmaz. Örneğin Sağlık Bakanlığı’nın belirledikleri dışında kalan ilaç ve araçların aile planlaması hizmetlerinde kullanılması mümkün değildir. (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 32-36).

Bu bağlamda, erkek çocukların (sanki İslam dininin gerektirdiği bir hususmuş gibi, aslında Yahudilikten kopya edilerek müslümanlarca devam ettirilen bir gelenek altında) sünnet edilmesi eylemi üzerinde durulmalıdır. Çocukların rızası alınmamakta ve hatta bazen cebir-şiddet kullanılarak bu eylem icra edilmektedir. Eylemi yapan tıp mensupları, nedense diğer konularda yükselttikleri aydınlatılmış onam ve daha çok da

³⁷ Bkz. YENERER ÇAKMUT, Özlem. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi., İstanbul 2002, sh: 218-221.

etik mülahazalarını nedense burada unutarak, bu eylemlerde ebeveynlerin isteğini yeterli görerek gerçekleştirmektedirler. Tıbbi zorunluluğun gerektirdiği istisnai durumlar hariç, eylem çocuğun iradesi alınmadan gerçekleştirildiğinden hukuka aykırıdır. Benzer bazı tıbbi müdahaleler açısından da aynı tutum izlenmektedir. Burada sünnet açısından çocuk açısından tıbbi zorunluluk halleri hariç, müdahale kendisi reşit olmadığı ve kanuni olarak belirli bir yaşta bu müdahaleye rıza gösterebileceği düzenlenmediği için 18 yaşını doldurması beklenmeli ve kendisinin aydınlatılmış özgür tercih ve talebi bulunmadıkça yapılmamalıdır.

Diğer bazı küçük tıbbi müdahaleler açısından ise rızaya ehliyet açısından kanuni bir yaş dilimi benimsenmeli ve çocuk 18 yaşını dolduruncaya kadar yalnızca ebeveyninin rızası hukukten geçerli rıza kabul edilmemelidir. Tereddüt edilen haller veya yaşa rağmen bedensel veya psikolojik/ruhsal engellerin bulunması durumunda, çocuğun tercihi ve hatta ebeveyninin/akrabasının/temsilcisinin görüşü sorulmakla birlikte bir hakimin bu konuda tıbbi müdahaleye muvafakat etmesi koşulu getirilmelidir. Belirtilen müdahale çok küçük ve önemsiz de olsa, bu gibi durumlarda hakim de karar verecek olsa dahi mutlaka çocuğun fikri öğrenilmelidir.

Gereçleri yukarıda açıklandığı üzere, Doping eylemleri rızaya konusu açısından rıza göstermeye elverişsiz olup, gösterilen rızanın rıza hukuka uygunluk etkisi bulunmamaktadır.

Kişi müdahale, araç veya yöntem rıza gösterme yanında, belirli bir doktora rıza göstermişse o doktor dışındaki doktorların eylemleri hukuka aykırı olur; müdahalenin başarılı geçip geçmemesi önemsizdir.

İlgilinin rızasının iradeyi sakatlayan, hile ve tehdit gibi nedenlerden birisiyle sakatlanmamış olması gereklidir. İradeyi sakatlayan bir nedenin varlığı, rızayı hukukten geçersiz kılar.

AY. m. 17/II bazı hallerde rızanın aranmayacağına işaret etmektedir: bu Anayasa'da "kanunda yazılı haller dışında" ifadesiyle belirtilmiştir. Örneğin müdahale edilmez ise hastanın ölmesi veya sağlık yönünden ağır bir zarara uğraması söz konusu ise bu halde rıza aranmadan müdahale yapılabilir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 3, acil vakalarda tıbbi müdahaleyi yapılması gerekli bir zorunluluk olarak düzenlemektedir. Örneğin hasta kalp krizi geçirmişse...

Hasta kanserli **dahi olsa hasta yeterince aydınlatılmadan rızası** alınsa ve fakat buna dayalı müdahale yapılırsa ne olacak? Örneğin tüm detayın anlatılmasının müdahaleyi ölüm sonucu ile karşı karşıya getirmesi veya ölüm riskini çok artırması halleri böyledir.

Rızanın açıklanması, öğretilde söylendiğinin aksine³⁸, yalnızca ilgili hak/hukuksal değer sahibi ilgili veya vekili tarafından değil, kanuni veya iradi temsilcisi ve hatta kanunda açıkça düzenlenen hallerde bunlar dışındaki bir kimse (örneği eşi veya bir akrabası) tarafından da gerçekleştirilebilir.

TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ BAZI ÖNEMLİ HÜKÜMLER

TCK. m. 57/7'deki düzenleme açısından rıza kurumu düzenlenmediği gibi, bu durumun bazı hallerde kabul edilebilir bir durum olmasını gerekli kılan hukuksal ilişki, yani işlenen suç ile akıl hastalığı arasında bir nedensellik bağı aranmadan ve rızası bulunmadan herhangi bir suç işleyen kimsenin zorla tedavisine imkan veren hüküm hukuka uygun değildir.

76/1-b, c, d, e'de düzenlenen soykırımı (jenosit) suçuna ilişkin madde metninde yazılmaması önemli bir eksiklik olmakla birlikte, bu suç tipiyle korunması amaçlanan hukuksal değer rızaya konu olabilecek bir hukuksal değer değildir: bu suça ilişkin rıza geçersiz kabul edilmelidir. Aynı yaklaşımın TCK. m. 77/1-e, g'deki gerek tıbbi eylemler gerek diğer eylemler için de kabul edilmesi gereklidir. Keza TCK. m. 80/1 ve özellikle 80/2, 3'de rıza geçerli kabul edilmemeli ve bu maddenin 2. fıkrasındaki rızanın geçersizliğine ilişkin vurgu gözden kaçırılmamalıdır.

Ötanazi konusunda bireyin kendi kaderini/geleceğini belirleme, insan onuru, hastanın özerkliği kavramlarının gerekliliklerinden ayrı bir değerlendirme, mutlak biçimde hatalı bir tespiti sonuçlayacaktır. Hasta olsun olmasın, her yönüyle bireyin korunması, özellikle tıbbi müdahaleler açısından bireysel iradesinin/tercihinin diğer değerler veya buradaki durumu ilgili kimselerin kastettikleri anlamıyla daha doğru, açık ve amaca uygun ifadeyle yararlılardan daha üstüdür. Daha üstün kamusal yararlar mülahazasıyla, bu değerler ihlal edilemezler, reddedilemezler ve sınırlanamazlar.

³⁸ Bkz. KOPARAN, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, sh: 25.

Bu kavramların içeriği ile anlatılmak istenenler, taraftar olunan din, toplumsal düzen, rejim veya hukuksal görüşlere göre önemi artan veya azalan bir yapıya sahip olmayıp, tüm anlayışlarca üstün, çok önemli, çağdaş toplumsal yaşamın ve hukukun bir gereği ve Toplum-Devlet-Birey-Norm ilişkisinin doğal sonucudur. Ne belirli bir ülkeye, ne bir ulusa/ırka ne bir devletler grubuna ne bir dine ne de kültüre bağımlı açıklanmayacak biçimde tarihsel gelişimini ilerletmiş ve olgunlaşmış birey kavramı, artık hukuk kuralları nazarında olmak kaydı ile yukarıda belirtilenler başta olmak üzere her farklı öge açısından genel geçerli özüllük konusudur.

Burada **ÖTANAZİ**ye taraftar olmakla birlikte, yargı kararıyla dahi olsa **ölümün bir CEZA olarak uygulanmasına** karşıyım; artık hukuksal açıdan bu tür bir cezanın varlığı anlayışı meşru değildir kanısındayım. Ölüm cezasına karşı olmamın tek gerekçesi, rızanın yokluğu değil, bunun bir ceza olamayacağı, ceza hukukuna yabancı bir şey, (Fremdkörper) ceza hukukunda yeri olmayan ve cezaların hümanist ve insan onuruna uygun olması ve cezanın amaçlarına hizmet etmesi gerekliliklerinden hiçbirisine sahip olmadığı içindir.

Pasif ötanazi olarak adlandırılan ve esasta hastanın tedaviyi red hakkının kullanılmasını ifade eden eylemlerin, 5237 sayılı TCK'nun 26. maddesinde kanuni düzenlemesi bulunan hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde izah edilebileceği düşüncesindeyiz. **Tedaviyi red** hasta açısından bir haktır: Yeter ki, bu hak kullanılırken doktorlar veya tıp mensuplarından bir hareketle öldürme eylemi gerçekleştirilmesinin talep edileceği iddia edilmesin. Kişinin isteğine rağmen kendisi tedavi edilemeyeceği için, hasta istemediği için tedavi etmeyen doktor, kendi hareketinden kaynaklanan bir hukuksal yükümlülük bulunmak koşuluyla ve hastanın bizzat hastaneyi/muayenehaneyi/ameliyathaneyi v.s. terk etmesi, ilacı kesmesi durumlarında tıp mensubunun bir ceza sorumluluğu olamaz. Diğer taraftan herkesin kendi hayatı üzerinde mutlak tasarrufta bulunma hakkı da burada görüşümüzü destekleyen ikincil/tali bir argümandır.

Ancak görüş ve özellikle de gerekçelerine katılmadığımız, bazı yazarların³⁹ hatalı olarak ifade ettikleri gibi aktif ötanazide tek başına dayanılacak bir gerekçe olmadığı gibi, pasif ötanazi açısından tedaviyi red yanında ikincil bir gerekçe olabilir. Eğer tıp mensubu ile ilişkili olmayıp bir kimsenin intiharı veya intihara teşebbüsü söz konusu olursa, burada bu gerekçe ve kurumlara ihtiyaç olmadan, bir kimsenin hem fail hem de mağdur olamayacağı gerekçesiyle ve intihara yardım ve kolaylaştırma suç tipi (TCK. m. 84) kapsamında sorun çözülebilir. Belirtelim ki, pasif ötanazide tedaviyi red gerekçesi önplanda iken, aktif ötanazide yaşam üzerinde mutlak tasarruf gerekçesi önplana çıkmaktadır: bununla birlikte, yaşam üzerinde mutlak tasarruf edebilme hakkı bu konudaki sorun, yukarıda değindiğimiz intihar suçuyla ilgili çözüm hariç, ölmek hali diye ifade edilebilecek yaşam üzerinde tasarruf hakkı ile çöme suç tipi belirttiğimiz yazarların çözümlenemez: çünkü araya üçüncü kişinin eylemi girmektedir ve Al. CK'ndaki gibi 'talep üzerine adam öldürme' (prg.216(suç tipi de olmadığı için, kasten adam öldürme suç tipi sorunun bu kurum üzerinden çözümüne engeldir. Aktif ötanazi ve belirttiğimiz yazarların anladığı anlamda pasif ötanazi için açık kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Ötanazinin her iki türü açısından da bu tür bir düzenleme bulunmadıkça, gerçekleştirilen eylem neticenin doğup doğmamasına göre, kasten adam öldürme, adam öldürmeye teşebbüs veya (eğer koşulları varsa) gönüllü vazgeçme nedeniyle kasten müessir fiil suçundan ceza sorumluluğunu doğuracaktır.

Diğer taraftan bu yazarlar, pasif ötanazinin cezalandırılmayacağı yönündeki görüşlerini açıklamak için (yukarıda değinildiği üzere) TCK.nun 26. maddesindeki hakkın icrası kurumuna dayanmakta ve ilginin yaşam hakkı üzerinde mutlak tasarrufta bulabileceği için kanuni olarak düzenlenerek izin verildiğini ileri sürmektedirler⁴⁰. Ancak burada bu sorumsuzluğu TCK.nun 26. maddesindeki hakkın icrası hukuka uygunluk nedenine dayandırmak, sanki doktorun da bu yöndeki talepleri yerine getirme görevi veya hakkı olduğunu kabul etmek izlenimi vermektedir. Eğer hasta (veya hasta olmayan bir kimse) tedaviye rıza göstermiyor, tedaviyi reddediyor ve doktor dahil kimseden de bir harekette

³⁹ Örnek olarak bkz. ÖZTÜRK, Bahri. Genel ilkeler., Yeni Türk Ceza Kanununun Getirdikleri., İstanbul 2005 (Milliyet Gazetesi Eki), sh: 7-8.

⁴⁰ Bkz. ÖZTÜRK, Genel ilkeler, sh: 7-8.

bulunmasını istemiyorsa ve kendisi ölümü sonuçlayacak bir süreci başlatıyorsa, doktorun bu durumda hareket etmek ve zorla tedavi etmek hak veya görevi bulunmadığı için konu bu belirtilen kurum değil, tedaviyi red hakkı çerçevesinde çözülmelidir. Aksi görüşün kabulü talep üzerine öldürücü hareketi yapan tıp mensubunun eyleminin suç teşkil etmeyeceği sonucunun çıkmasını gerektirmektedir ki, bu kabul edilemez. Nitekim bu görüşteki yazarlar, AİHS. m. 2, AY. m. 17 ve TCK. m. 26'yı bu görüşlerine kanuni gerekçe olarak ileri sürmektedirler. Kişisel olarak gerek aktif gerek pasif ötanaziye taraftar olmak ve aktif ötanazi için kanunlarımızda değişiklik yapılması gerektiğini, pasif ötanazi kavramının doktrinde hatalı tanımlandığını ve esasta tedaviyi red eylemi olarak algılanması ve bunun için kanuni bir düzenlemeye gerek olmadığı düşüncesinde olmakla birlikte, mevzuatımızın aktif ötanaziye izin vermediği ve pasif ötanazi için ise ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenine dayanılamayacağı düşüncesindeyiz. Bu yazarlar ilgilinin tedaviyi red hakkına da dayanmamaktadırlar. Oysa pasif ötanazide üçüncü kişinin herhangi türde bir hareketi bulunmamaktadır. Her ne kadar tıp mensubunun ihmali/pasif bir hareketinden (genel ifade biçimiyle) söylenebilirse de, bu ceza hukuku anlamında bir hareket değildir. İlgilinin rızası bulunmadıkça ve ilgili tedaviyi reddetmiş doktorun harekette bulunmak hukuksal yükümlülüğü oluşmadığı için, bu tutum hareket sayılamaz. O nedenle, pasif ötanazinin ilgilinin rızası kurumu ile açıklanması hiçbir şekilde yerinde değildir. Bu ancak hakkın icrası kurumu ile açıklanabilir.

Aktif ötanazi açısından bu tür bir argümanın ileri sürülmesinin engeli, ilgili tıp mensubundan hareket etmeyi talep edebilme ve hareket ettiği için ceza sorumluluğunun bulunmadığını gösterir bir kanuni düzenlemenin bulunmamasıdır. Yukarıda eleştirdiğimiz görüş kabul edilirse, dayandıkları pozitif normlar da ileri sürdükleri gerekçeler de pasif ötanazi kadar aktif ötanazi için de ileri sürülebilir ki, yazarlar bundan bilinçli olarak sakınmaktadırlar ve görüşlerini sadece pasif ötanazi için ileri sürmektedirler. Bu da kendi içinde bir çelişki ve bu görüşün yerinde olmadığını göstermektedir. Diğer taraftan bu yazarlar, pasif ötanazi kapsamında bir hekimin yardımı ile gerçekleştirilen intihar eyleminin

TCK.nun 84. maddesindeki açık düzenleme karşısında suç olmadığı nasıl savunulabileceğini izah edememektedirler.⁴¹

TCK. m. 90 (deney-deneme suçları açısından) rızanın tek başına yeterli olmadığı ve yalnızca sınırlı bazı haller için ve ek kanuni koşullarla (müdahaleye tabi olanların çocuk olmaları halinde bu koşullar daha da ağırlaştırılarak) bazı müdahaleler hukuka uygun kabul edilmiştir. Ancak bu kanuni düzenleme diğer açılardan birçok hatalı hükmü içermektedir. Örneğin, deney ve deneme ayırımı muğlak olduğundan, bu madde hükmündeki olasılıkların tümünde suiistimal edilecektir. Diğer yandan, yeterli aydınlatma sonrası alınmış rızaya ve kanuni koşullara rağmen, sağlıklı çocuklar üzerinde deneye izin verilmesi, tıpkı maddenin ilk metninde olduğu gibi tüm çocuklar üzerindeki tüm deneylerin yasaklanması gibi oldukça sakıncalıdır.

Suç tipinin hukuka aykırılık unsuru ile suçun özel bir unsurunu da birbirine karıştırmamak ve doktrinde bazen yapıldığı gibi bu özel unsuru rızanın bir geçerlilik koşulu olarak algılamak hatasına düşülmemelidir. Bu hataya düşen yazarlar, organ ticareti suçunda ekonomik çıkarla organ satılmamaması koşulunu rızanın bir geçerlilik koşulu olarak algılamaktadırlar⁴² ki, yanılgı içindedirler. Bu suç tipinde rıza hukuka uygunluk ve aykırılık unsuru ile ilgili ve suçun özel unsurlarından farklı ve bağımsız olduğu gibi, TCK. m. 91'deki suç tipi açısından (TCK. m. 92) rızanın bir geçerlilik koşulu değildir ve kanun koyucumuz da bunu böyle düzenlememiştir. Bu kavram, rızanın bazen tek başına hukuka uygunluk etkisini gösteremediği hallerden birisini oluşturmakta olup, bu özel unsur rızanın varlık veya yokluğu veya geçerliliği ile ilgili olmadığı gibi rıza ile birlikte, öncesinde ve eşzamanlı olması gerektiği gibi rıza gibi kişinin özgür tercihi ile yaptığı belirlenmeden bağımsız daha çok hayat koşulları,

⁴¹ Konu AİHM içtihatları açısından da oldukça tartışmalı olup, gerekçelerde ve kanuni koşullarda farklılık olsa dahi, pasif ötanazinin yabancı ülkelerde yaygın biçimde düzenlendiği, intihara yardım eyleminin her ülkede suç olarak düzenlenmediği ve aktif ötanazinin de kanuni düzenlemeyle suç olmaktan çıkarılabileceği ve bunun AİHS'ne aykırı olmayacağı yönünde görüşler mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, Sibel. Ötanazi ve Hukuk: dünyadaki Son Gelişmeler., İleri teknoloji Tıbbi ve Hekim Hasta İlişkisi, İstanbul 2006, sh: 227-240.; İNCEOĞLU, Sibel. Ölme Hakkı Üzerine., Güncel Hukuk, İstanbul 2006, sy: 3,sh: 24-25.

⁴² Bkz. YILDIZ, Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı, sh: 13.

zorunluluk hali niteliğine kavuşmamakla birlikte bizim kanun koyucumuzun bu suç tipi açısından ceza vermemek için suç ve ceza politikası uyarınca (ve kanımızca çok hatalı, eşitlik ilkesine aykırı ve keyfiliğe yol açacak biçimde) benimsediği bir cezasızlık formülü ölçütüdür. Yoksa burada rıza ile ilgili bir husus olmayıp, rızaya karşın, kanuni tipin aradığı ilave bir olumsuz unsur dolayısıyla kişiye ceza verildiği, yani rıza ve kanuni tipteki diğer birçok özel koşul yanında ceza vermek için olmaması gereken fiili bir duruma ilişkin pozitif ve kanun koyucunun takdiren benimsediği bir ölçüttür. Sanıldığının aksine, bu olumsuz kanuni koşul ne rızanın 'konusu'na ilişkin bir sınırlama getirmektedir ne de varlığı veya yokluğu eylemin hukuka aykırılığı veya uygunluğunu etkilemektedir. Bu belirtilen husus, rızanın konusuyla ilişkisiz olduğu gibi suçun hukuka aykırılık unsuruyla da ilişkisizdir. Burada, tamamen bir suç politikası gereğince kanun koyucunun ceza vermemek için (failin statüsüne ilişkin=('satan') olarak) aradığı koşula ek diğer bir cezasızlık formülü koşuludur. **Kaldı ki bu düzenleme içerik, nitelik ve düzenleniş biçimi açısından da hukuka aykırıdır ve madde metninden çıkarılmamalıdır.**

TCK. m. 91/1'de (organ ticareti açısından) bizim de savunduğumuz ve diğer özellikleri yanında bu terimin aydınlatmayı da içerdiği gibi anlaşılması gerektiğini belirttiğimiz bir kavrama, yani hukuken geçerli rıza terimine yer verilmesi olumlu olmuştur. Ancak hemen takip eden ve oldukça belirsiz, suiistimale elverişli, gereksiz ve sakıncalı biçimde düzenlenen TCK. m. 92 ve 93. maddeler esasen bu suçu anlamsız kıldığı için bu olumlu adımın bir önemi kalmamaktadır.

18 yaşından küçüklerden organ ve doku alınması 2238 sayılı Organ ve Doku Ticareti Kanunu' m. 6 ve 5'e göre, **18 yaşından küçüklerden organ ve doku alınmasını yasaklamaktadır.** Buna karşılık TCK. m. 91'de bu konuda bir hüküm yoktur ve bu da yeni düzenlemelerle mevzuatımızın çelişkili ve giderek daha hatalı hükümleri düzenlediğini göstermektedir. İlgili somut eylemin bu iki kanundan hangisinin alamna girmesine göre bu yasak işleyecek veya işlemeyecektir ki, bunun sakıncaları yanında, bu tür bir yasak hükmünün öncelikle TCK açısından düzenlenmesi gerekirdi. Önerimiz (TCK. m. 5'den kaynaklanan sorun giderilerek ve bu hükümlere ilişkin ek düzenlemeyle mümkün kılınmak suretiyle) TCK ve 2238 arasındaki çelişkiler de giderilerek bu iki kanun hükümleri

birlikte uygulanmalı ve 18 yaşından küçükler açısından rızanın önemsiz kılınmasıdır.

Günümüzde hukukçu olmayan ve fakat sağlık/tıp hukukuyla ilgilenen, daha çok da tıp etiği ile ilgilenen ve fakat ceza hukuku ile uzaktan yakından ilgili olmayanların ceza hukukuna ilişkin keskin-aşırı ve oldukça da hatalı görüşler⁴³ ileri sürmesini uygulamamız açısından oldukça hatalı buluyorum. Örneğin yapılan sun'i bir ayırımla vücuttan bir organın çıkarılmasını bu 'kürativ bir cerrahi operasyon değil daha ziyade bir fizik lezyondur' gerekçesiyle bu eylemin hukuken geçerli bir rıza nedeniyle hukuka uygun sayılamayacağını öne süren görüşler hukuka aykırı ve sağlık-tıp hukuku ile ilgilenenleri yanıltıcı olduğu gibi, vericinin iyileşmesinin medikal bir amaç olmadığı gibi mantıken de tıbben de psikolojik olarak da kabul edilmesi mümkün değildir. Bu yazarların bir organın çıkarılmasının yalnızca alıcı için bir avantaj taşıdığını iddia etmesi de hatalıdır.

Esasen bu görüş ileri sürülürken bizzat bu yazar tarafından irdelenen TCK.nun 91. maddesi hükmüne bakıldığında, ekonomik çıkar sağlamak amacı olmaksızın organ verilmesinin ve keza organ ve doku nakline ilişkin Kanun'un bizzat tıbbi/medikal bir operasyon olarak bu eylemlerin hukuka uygun gerçekleştirilmesini düzenlediği ve bunun en temel koşulunun ise ilgilinin rızası olduğu; yani rızanın eylemi hukuka uygun hale getirdiği, 'kürativ cerrahi operasyon' ve 'fiziki lezyon' gibi hukuksal açıdan sun'i ve gerçekte hukuksal olmayan ayırımların belirtilen mevzuat karşısında hiçbir öneminin bulunmadığı ve kanuni diğer özel koşullarla rızanın bu eylemler açısından bir hukuka uygunluk nedeni olduğu izaha gerek görülmeyecek derecede aşıkardır.

2238 sayılı Kanun m. 7/d, organ veya doku vericisinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin verici olduğundan haberdar edilmesi koşulunu aramakta ve bunun bir tutanakla tespiti yükümlülüğünü getirmektedir. Eşin rızası gerekli değildir; ancak eş haberdar edilmeden ve eş bilgi verildiği yazılı bir tutanakla tespit edilmeden organ ve doku alınması işlemine başlanamayacaktır. Burada eşin bilgilendirmesi konusu

⁴³ Örnek olarak bkz. ÖNCEL, Öztan. Eski ve Yeni Türk Ceza Yasalarına, Diğer İlgili Yasalara Göre Organ Aktarmalarının Deontolojik Açıdan İrdelenmesi., İleri teknoloji Tıbbi ve Hekim Hasta İlişkisi, İstanbul 2006, sh: 169.

bulunmamaktadır. Evli kimseler açısından bu tür bir düzenlemeye yer verilmelidir.

Buna karşılık, Organ ve doku nakillerine ilişkin olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 7/d maddesi, organ veya dokuyu veren kimsenin evli olması halinde eşinin organ veya doku verileceğinden haberdar olup olmadığı araştırılmasını ve eşinin haberdar edilmesi yükümlülüğünü düzenlemektedir. Görüldüğü üzere, burada rızanın hukuksal sonuçlarının doğması için eşin bundan 'haberdar olması' aranmakta (çünkü eşi ile konuşabilir, birlikte değerlendirebilirler v.s.) ANCAK, burada ilgilinin rızasının geçerliliği için eşinin de rıza göstermesi gerekmekte; sadece eşinin müdahale öncesinde müdahalenin niteliği ve kendi eşinin buna rıza gösterdiğinden haberdar olması gerekmektedir.

Ayrıca, organ naklinde verici yanında iki şahidin bulunması ve ayrıca bu rızanın hekim tarafından onaylanması da gerekmektedir.

Doktrinde, genellikle evli bir kimseden bir yabancıya sperm, yumurta hücresi veya embriyo naklinde evli tarafın eşinin muvafakatı zorunlu değil, ancak kişilik haklarının bir gereği olarak aranması gerektiği söylenmektedir. Ancak TCK'nda bu konuda bir hüküm bulunmadığı gibi, 2238 sayılı Kanun'da da bir hüküm bulunmamaktadır. Halen mevcut düzenlemeye göre yapılan yorum hatalı olup, eşin rızası burada karşımıza bir önkoşul olarak çıkmamaktadır.

“..Çocuk düşürtme suçu açısından: Birinci fıkradaki suçun oluşumu için, kadının rızasının olmaması gerekmektedir. Rızanın olmaması, eylemin icrası öncesi veya sırasında alenen veya zımnen açıklamanın bulunmaması halini içerdiği gibi, kadının rızasının olmadığını açıklaması, rıza beyanına ehil olmama, rızanın iradeyi sakatlayan hallerin varlığı nedeniyle (cebir, şiddet, tehdit, müdahalenin niteliği ve sonuçları konusunda yanılma, akli veya bedeni bir rahatsızlığın etkisi v.b.) rızanın hukuken geçersiz olduğu halleri de içermektedir. Belirtelim ki, doktrinde bazı yazarların⁴⁴ çocuğun hastanede bir uzman tarafından alınması ve rıza dışında alındığına ilişkin kadın üzerinde bir belirtinin bulunmamasının çocuğun rıza ile düşürtüldüğünün kanıtı olarak kabul edilebileceğine

⁴⁴ Bkz. MERAN, Necati. Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, sh: 230.

ilişkin açıklamaları hukuken hatalı ve ceza muhakemesi açısından da sakıncalı görmekteyiz. Belirtilen açıklama, esasen madde metni okunduğunda, yetkili olmayan (=doğru ifadeyle çocuk düşürtme konusunda uzman ve icra açısından yetkili kılınmamış) kişi tarafından yapılan çocuk düşürtme eyleminin her halükarda suç olduğu görülecektir.

Varlığı suçun oluşumu için gerekli bir unsurun veya olgunun ispatının suçun ispatı ile özdeşleştirilmesi hukuken de mantıken de hatalıdır. Diğer yandan ceza muhakemesi hukukundaki vicdani delil ve serbest ispat kuramına ve buna ilişkin pozitif hükümlere aykırı olarak, bir varsayımdan hareketle kanuni delil ve ispat sistemi oluşturmak oldukça sakıncalı ve CMK'na aykırıdır. Çocuğu düşürtenin uzmanlığı farklı bir şey annenin bu eyleme özgür iradesiyle rıza gösterip göstermediği ayrı şeylerdir ve somut olayda her ikisinin de birbirinden bağımsız olarak ispatlanması gerekmektedir. Diğer taraftan anne üzerinde çocuk düşürtmenin rıza dışı yapıldığını gösteren belirtilerin bulunmamasını, eylemin rıza ile yapıldığının kanıtı olarak sunmakta o kadar sakıncalı ve yanlıştır.

Ceza muhakemesinde delilin özelliklerini taşımak ve hukuka uygun olmak kaydı ile delil ve emarelerden yararlanılır ve bunlar duruşmadaki kollektif irad ve ikameden sonra yargı organınca vicdanen değerlendirilir. Çocuk düşürtme, bazı nitelikli cinsel saldırı gibi bazı cinsel suçlar veya müessir fiil icrası gibi icra edilmediği için, rızanın ispatı için annenin vücudunda emare(=belirti) aramak ve bu yoksa rıza vardır sonucuna ulaşmak kabul edilebilir hukuksal açıklamalar değildir. Bu tür bir müdahalenin çoğu kez genel veya lokal anestezi vasıtasıyla yapıldığı dikkate alınırsa veya tıbbi müdahale önce verilen ilaçların annenin direncini ve çoğu kez de annenin bilincini (geçici olarak) ortadan kaldırdığı dikkate alınırsa, önerilen ve kanımızca hem hatalı hem de mevzuatımıza aykırı görüş dikkate alındığında, annenin üzerinde bir boğuşma, zorlama v.s. izi bulunmayan tüm olaylar peşinen rıza ile icra edilmiş varsayılacaktır ki, hatalıdır. Yazarın belirtmemesine karşın, burada delil ve ispat yöntem ve ilkelerinden saparak, şüpheli veya sanık lehine sonuç doğurur diye, şüpheden sanık yararlanır ilkesine sarılmak da aynı derecede tehlikeli ve sakıncalı olacaktır. Hukukumuzda ve CMK'nda olmadığı halde, kabul edilemez bir varsayımdan hareketle kanuni delil ve ispat yöntem ve aracı yaratmak hem bu suçların niteliği ve kanuni düzenlemesine hem de ceza muhakemesi hukukumuzda tamamen ters, aykırı ve hukuken hatalıdır.

Rızanın varlığı veya yokluğu bir maddi ispat konusu olup, CMK'nda var olan tüm deli, emare ve ispat kurallarına göre ispat edilebilir ve edilmek gerekir. Bu yönde önerilen ve varsayıma dayalı suni delil ve ispat kolaylığı yaratma çabalarının, uygulamada pratik ve çabukluğu sağlasa dahi, hukuki, adil ve kanuna uygun olduğu söylenemez. Kadının rızası burada bir hukuka uygunluk nedeni olmakla birlikte, bu rızanın özgür irade ile verilmiş, hukuken geçerli bir rıza ve en önemlisi de önceden amaca uygun biçimde yapılmış bir aydınlatılma sonrasında beyan edilmiş bir rıza olması ve keza eylemin de gerek genel olarak gerek müdahalenin biçimi, araç ve yöntemler v.s. açılarından bu rıza kapsamında icra edilmiş olması zorunludur.

TCK.nun 99. maddesinin 2. fıkrasında eyleme rıza gösteren kadın ile 100. maddede çocuğunu bizzat düşüren kadına verilen cezalar arasında ölçüsüzlük ve çelişki bulunmaktadır. Çünkü 99/2. maddede kadın daha sağlıklı ve (madde metninde böyle bir zorunlu koşul bulunmamakla birlikte, olağan yaşamda) müdahaleyi yapanın çoğu kez tıbbi bilgisi bulunan bir kimse tarafından yapılacak olması nedeniyle annenin sağlık ve yaşamı açısından daha az riskli, sağlık koşullarına daha uygun ve işi bilen birisinin çocuğu düşürtmesi halinde verilen ceza çok daha fazla miktarda düzenlenmişken, hiçbir tıbbi bilgisi olmayan bir annenin bu eylemi yapması bariz miktarda az bir cezayla karşılanmaktadır. Ayrıca 99/2. maddede anne doğrudan bir müdahalede bulunmamakta ve eyleme rıza göstermek dışında bir şey yapmazken, 100. maddede eylemi bizzat gerçekleştirmektedir. Annenin eyleminin bu şekilde mükerrer, çelişkili ve yanlış biçimde düzenlenmesi yerine, hakkında suç ortaklığı (iştirak) hükümlerinin uygulanmasıyla yetinilseydi bu tür sorunlu bir düzenlemeye gidilmemiş olunacaktı.TCK. m. 99/2 diğer bir hükümlerle, yani TCK. m. 100 ile çelişmektedir. Asıl failin yer değiştirmesine göre ceza değişmektedir”⁴⁵

TCK. m. 99'd çocuk düşürtme suçu açısından ek kanuni koşullarla (örneğin 10 haftaya kadar gebe olma) rızaya hukuka uygunluk etkisi tanınmıştır. Bazı hallerde (10 haftadan fazla gebelik olmakla birlikte tıbbi bir zorunluluğun bulunması hali) rızaya gerek olmaksızın eylem hukuka

⁴⁵ ÜNVER, Yener. Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, Uluslar arası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı., İstanbul 2005, sh: 105-106'dan naklen.

uygun sayılırken, bazen de (10 haftadan az gebelik ve rıza olsa dahi yetkisiz kimsenin yapması halinde) eylem suç sayılmaktadır. Bu hüküm açısından TCK. m. 99/6 oldukça hatalı olup, rıza kurumuna hukuka aykırı işlevlerin yüklenmesine yol açabilecek derecede suiistimale açık ve hatalı bir düzenleme yapılmıştır. Halen Bio-Tıp Sözleşmesi karşısında embriyonun korunması ve araştırma amaçlı klonlamanın yasaklanması için yeni hükme ihtiyaç duyulurken, bu fıkra cezalandırılmayan gebelik halini hiçbir güvence, denetim ve ölçüte bağlı olmadan 20 haftaya çıkarmıştır.⁴⁶

⁴⁶ "...TCK. m. 99/6'da Suç nedeniyle hamile kalan hallerde çocuk düşürme veya düşürme müdahalesi için 20 haftaya kadar bir süre tanınmış ve bu süre zarfında yapılan kürtaj eyleminin ceza sorumluluğunun gerektirmeyeceği düzenlenmiştir. TCK. m. 102'de düzenlenen suç, zorla cinsel ilişki suretiyle olabileceği gibi, vücuda şırınga, cisim, vs. sokularak da işlenebilecektir. Bu hüküm bazı açılardan hatalı düzenlenmiştir. 99. maddenin 6. fıkrasındaki koşullar eksik ve muğlak biçimde düzenlenmiştir ve fıkra bu haliyle suiistimallere açık kapı bırakmaktadır. Çünkü, TCK. m. 99/6 hatalı bir düzenlemedir. Kadının rızası yok, akrabası dahi olmaksızın bir kimsenin zorla kürtaj yaptırması cezalandırılmıyor. Bu ise maddeyi, anlaşılmasız ve kabul edilemez bir hüküm haline getirmektedir

Diğer yandan, bu suçun evlilik içinde eş tarafından da gerçekleştirilebileceği dikkate alınmalıdır. Şüphesiz hamile kalma ve cenini doğurma açısından annenin iradesi ön plandadır. Ancak özellikle kürtajın yaptırılacağı süre açısından evlilik içindeki eş açısından süre fazladır. Burada mağdur ister eş olsun ister başka birisi, önemli olan 20 haftalık süre içerisinde mağdurun bu müdahaleyi yaptırmasının çeşitli nedenlerle olanaksız olmasıdır. Diğer mağdurlar açısından bu süre bir ölçüde psikolojik travmayı atlama, düşünme ve olanak arama açısından makul sayılabilir. Ancak eş açısından bu kadarlık bir sürenin tanınması gereksiz fazlalıkta ve abartılı olmuştur. Bu süreyi de kesin olarak 20 haftayla sınırlandırmak her zaman çözüm değildir. Daha önce kürtaj yapılmasının nedeni araştırılmalıdır. Sürenin fazlalığı hem fail eşin işlediği suç yanında baskıyla şikayeti önlemesine hem de her iki eş açısından bu eylemi bahane ederek kürtaj konusunda gayrimeşru pazarlıklara zorlama konusunda bir önemli koz oluşturacaktır. Müdahaleyi yapacak doktor için de 20 haftalık bir cenini almak yerine getirilmesi çok zor bir görev olacaktır. TCK.nun 99/6. maddesi metni kürtaj eylemini hep üçüncü kişi yapacakmış gibi kaleme alınmıştır. Oysa aynı durumdaki mağdur kadının çocuğunu bizatihi kendisi dahi düşürse, eylemin ceza gerektirmediği kabul edilmelidir. Bu nedenle, maddenin müdahaleyi mutlaka bir hekimin yapmasını zorunlu kılması, annenin bizzat yaptığı eylemler dışındaki olasılıklar açısından düzenlenmeliydi. Kaldı ki, diğer kişiler açısından dahi bu müdahalenin cezayı gerektirmemesi için mutlaka uzman hekimin aranması bazen maddenin amacına ve ilgili mağdur kadının yararlarına ters sonuçlar doğuracaktır. Çünkü özellikle bu tür bir müdahale, çoğu kez olanaksızlıklar içinde ve acilen yapılması gereken müdahale olup, zorunluluk bulunan hallerde müdahalenin bir tıp mensubu tarafından, örneğin bir ebe tarafından yapılması kabul edilmeliydi. Sadece annenin girdiği riskin sonuçlarını ortadan kaldırmak veya azaltmak düşüncesi, bu gibi zorunluluk bulunan acil hallerde sakıncalı olabilecektir. Bu gibi durumlarda aranması gerekli önemli ve fakat madde metninde aranmayan bir unsur, tıbbi müdahalenin koşulların elverdiği oranda tıbben aranan derecede steril bir ortamda ve gerekli tıbbi araçların, personelin ilaç vs.nin varolduğu bir ortamda yapılması zorunluluğudur. Bu koşul aransaydı, madde metninde aranan 'hastane ortamı' ölçütünden daha yerinde bir ölçüt aranmış olurdu. Madde metni hamileliğe yol açan eylemin ispatı açısından veya tıbbi müdahalenin öngörülen süre içerisinde yapılabilmesi için bir ön

denetim, karar/izin veya ispat mekanizması öngörmemiştir. Bu hem suiistimal edilerek bir yandan ilgili kişilerin hükmün amacının arkasına dolanmalarına hem de ilgili tip mensubunun bu surette haksız kazanç elde etmesine olanak sağlayabilecektir. Bu hususta sorunlar çıktığında, kadının veya kürtaj yapan veyahut yaptırmanın yalın-soyut beyanının doğru kabul edilmesi, bu yalın uygulama vasıtasıyla, belirtilen hükmün tüm yasadışı kürtaj eylemlerine 'kanuni haksızlık' aracı olarak hizmet edecek ve konuluş amacının tam tersi bir fonksiyon icra edecek bir hükmü dönüştürülmüş olur. Burada en azından ya ispat kolaylığı sağlayacak ya da müdahale öncesi bir denetim getirerek suiistimalleri önemli ölçüde azaltarak tip mensuplarının da görevlerini sonradan yapılabilecek ve maddi menfaate ilişkin bazı pazarlıklara dayalı art niyetli suçlamalar açısından azaltacak bir mekanizma kurulmalıdır. Örneğin, bu tür bir müdahale talebi halinde C. Savcılığı veya Sulh Ceza Hakiminin kontrolünde konudan anlayan bir bilirkişi heyetine çok seri ve bir iki günü geçmeyecek kadar kısa sürede sonuçlanacak bir inceleme yaptırılmalıdır (Sorum ve öneriler için ayrıca bkz. ÜNVER, Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yakın Tarihteki Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, sh: 105-106). Madde metninin düzeltilmesi kadar önemli diğer bir husus, bu hükmün uygulanmasının çok büyük titizlikle kontrol edilmesi ve durumun bir resmi kararla tespiti gereği düzenlenebilir. Çünkü, bu 20 haftalık süre suiistimal edilmeye de müsaittir. Mağdurun gerçekten bir suç sonucu hamile kaldığı ve kadının özgür tercihi ile bu müdahaleyi istediği saptanmalıdır. Aynı denetimin, 10 haftalık sürenin aranmadığı diğer kürtaj eylemleri açısından gerekçe gösterilen annenin sağlığı açısından tehlike doğduğu vs. gerekçeleri açısından da yapılması gerekmektedir. Çünkü, herhangi bir suç sonucu hamile kalmayan ve 10 haftalık süreyi geçiren annenin, doktorla işbirliği yaparak verilen bazı ilaçlarla kanamayı başlatıp 'annenin yaşamı açısından bir tehlikenin varlığı' bahanesinin suni olarak yaratıldığı, uygulamada yaygın bir kanıdır. Keza, mağdurun küçük olması halinde her zaman ebeveynin rızası koşulunu aramak amaca ve hukuka uygun olmayabilecektir. TCK.nun 99/6. maddesi metnine özellikle tek başına veya herhangi bir şeriklik sıfatıyla ebeveynden birisinin bu suça katılması halinde, çocuğun iradesi göz önünde tutulmakla birlikte, bir ceza hakiminin müdahalenin yapılmasına (rıza açısından) karar vermesi zorunluluğu getirilmelidir (Ayrıca bkz. ÜNVER, Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yakın Tarihteki Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, sh: 105-106). Nitekim Avrupa Bio-Hukuk Sözleşmesi de küçüğün hukuken geçerli bir rıza verebilecek bir durumda olmadığı haller açısından diğer hallerden farklı koşullar aramaktadır ve bu koşullar kürtaj eylemleri açısından da aranmalıdır. Diğer yandan, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin 25. maddesi hükmüne uygun olarak, TCK. m. 99 ve 100. maddeler arasındaki ceza yaptırımını çelişkisi giderilmelidir..." (ÜNVER, Yener. Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri., I. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi) 11-12 Kasım 2005, Selçuk-KONYA'da sunulan tebliğden naklen).

Nitekim bu kaygı iledir ki, doktrinimizde bir yazarın, çocuğu bu fıkra uyarınca düşürtecek olan uzman hekimin uygulamada bir ceza yaptırımı/sorumluluğu ile karşılaşabileceği tehlikesini sezerek, iyiniyetli olarak, uygulamaya ilişkin ve fakat kanuni zemini ve işlerliği olmayan bir çözüm teklif ettiği gözlemlenmiştir. Bu yazara göre, bu hekim müdahale öncesinde, gebeliğin bir suç sonucu gerçekleşip gerçekleşmediğini adli makamlardan sorması ve gebelik süresi ile rızanın alınmasına ilişkin Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve ilgili Tüzük'teki koşullara uygun davranmasını önermektedir (Bkz. MERAN, Necati. Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, sh: 233). Ancak bu öneri, yukarıda yaptığımız açıklama ve gerekçeler karşısında, tehlikeye işaret etmesi açısından haklı ve fakat önerinin içeriği açısından ise hatalı ve Kanuni dayanaktan yoksundur, belirttiğimiz tüm sakıncaları giderebilecek türde bir öneri de değildir. Bütün belirttiğimiz gerekçeler yanında, bu öneri, ceza davalarının sonuçlanma ve verilen kararın kanunyolları aşamasından geçerek kesinleşmesi süreci dikkate alındığında, bu müdahale için aranan 20 haftayı geçmemiş gebeliğin nedenin çoğu kez öğrenilmesi

En büyük sakınca ise, Ülkemiz açısından, bu hüküm suiistimal edilerek doğacak çocuğun cinsiyeti öğrenildikten sonra genelde istenilmeyen kız çocuklarının doğmasını önlemek için bu hüküm suiistimal edilerek uygulama yapılması tehlikesidir. Doktrinde farklı bir görüşü savunun bir yazar, bu fıkrada eylemin suç olmaktan çıkarılmadığını ve sadece bir suç sonucu gebe kalan kadının durumu dikkate alınarak ceza verilmeyeceğinin düzenlediği iddia edilmekte ve hatta (kimden söz edildiği açıklıkla ifade edilmemekle birlikte) bu gibi bir olasılıkta ilgili hakkında meydana gelen ölüm veya ağı yaralanmalar nedeniyle TCK.nun 23. maddesi uyarınca ceza verileceği belirtilmektedir⁴⁷. Bu görüşe katılabilmek mümkün değildir. Buradaki hüküm, sadece bir suça maruz kaldığı için gebe kalan kadının ceza sorumluluğunu kaldırmak için değil, bu müdahaleyi yapacak, çocuğun düşürtülmesine katılacak herkes açısından ceza verilmesi önlenmek istenmiştir. Nitekim bu nedenledir ki, kadının rızası yanında, ilgili kimse ve müdahalenin yapılacağı ortam açısından da ek koşullar aranmıştır. Sadece fıkra metninde 'ceza verilmez' ifadesinden hareketle yazarın bu sonuca ulaşması yanıltıcıdır. Çünkü bizatihi TCK.nun hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen hükümlerinin tümünde ne madde kenar başlıkları ne de madde içeriğinde bunların açıkça birer hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmemiş, yazarı nakzeder biçimde bütün hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen hükümlerde

veya suç iddiasının ispatı mümkün olmayacaktır. Ya başka bir çözüm getirilmeli ya da yukarıda önerdiğimiz biçimde güvenceli bir düzenleme getirilmelidir; aksi tutum birçok soruna yol açacak ve bu sorunlar yanında da hem Tıp hem Hukuk kurallarının suiistimalini sonuçlayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, konuyla ilgili olarak Nüfus Planlaması Kanunu'nun. ...maddesinin atfıyla Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzük'ün 6. maddesi, o haftayı geçen hamilelik hallerinde çocuğun düşürtülmesi ameliyesinin resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılacağını düzenlemektedir. Belirtmek gerekir ki, TCK.nun 99/6. maddesi karşısında, (bu hükümlerin TCK ile zımnen ilga ve değiştirilmesi nedeniyle) bu resmi yataklı tedavi kurumlarının 'mutlaka' hastane ortamı'na sahip olmaları gerekmektedir. Bu tedavi kurumları hastane ortamına sahip olmaz iseler, Nüfus Kanunu ve bunun atf yaptığı belirttiğimiz Tüzük hükümlerine rağmen, TCK.nun 99/6. maddesinin aradığı koşullar bulunmadığı için, yapılan müdahale suç teşkil edecektir.

TCK.nun 99/6. maddesi kapsamında kalan eylemlere ceza verilmeyeceği öngörülmekle birlikte, bu hükümdeki koşullara aykırı davranılması halinde aynı maddede çeşitli fıkralarda düzenlenen suçlardan birisi söz konusu olabileceği gibi, çocuğu düşürtenin/düşürtenlerin taksirli eylemlerinin meydana getirdikleri sonuca göre taksirle adam öldürme, yaralama v.b. suçların işlenmesi de söz konusu olacaktır. Bu bağlamda yapılacak uygulamada, TCK.nun 23. maddesinin de göz önünde tutulması gereklidir.

⁴⁷ Bkz. MERAN, age, sh: 234.

“ceza verilmez” ifadesiyle yetinilmiştir (Bkz. TCK. m. 24-27). Esasen, 6. fıkranın koşulları dahilinde kalındığı sürece, bir suç sonucu gebe kalan ve çocuğu düşürülen kadın dışında hiç kimsenin ceza sorumluluğunun kabul edilmemesi de, bu hükmün bu suça özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu koşulların varlığının somut olayda ispatlanması gereklidir. Uygulamada özellikle gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç nedeniyle oluşup oluşmadığının saptanmasında sorun yaşanacak ve maddenin hatalı düzenlenmesi nedeniyle de bu hüküm oldukça suiistimal edilecektir.

TCK. m. 99 açısından, gebeliği sona erdirilen **kadının rızası** burada eylemi tek başına hukuka uygun hale getirmeyip, diğer koşullarla birlikte aranması gereken bir koşuldur. Diğer koşullar varsa, gebe kadının çocuğunun düşürülmesinin hukuka uygunluğu için ayrıca gebe kadının özgür ve hukuken kabul edilen bir biçim ve durumda rıza beyanının açıklanmış olması gereklidir. Kanun koyucu burada kadının evli olması durumunda eşinin de rızasını aramamakta ve kadının bu konudaki iradesinin gerekli ve yeterli olduğunu kabul etmiştir: bu özellikle herhangi bir nedenle eşin rıza vermemesi veya evlilik içi nitelikli cinsel saldırı hallerinde kadının tek başına tasarrufta bulunmak ve iradesine eylemi hukuka uygun hale getirmek amacıyla kabul edilmiş bir düzenlemedir.

TCK m. 101/2’de (kısırlaştırma suçu açısından) yaş koşulu ve rızaya rağmen eylemin suç olarak düzenlendiği gözden kaçırılmamalıdır. Diğer yandan, kısırlaştırma eylemi açısından hangi yaş diliminin esas alınacağı kanunda düzenlenmeliydi. Bu gibi tıbbi müdahaleler açısından 18 yaş altında bir yaş dilimi önerilebilir ise de, getirilecek hükmün (ek koşullarla birlikte) TCK. m. 102-105’deki suçlara ilişkin yaş dilimleri ve suçların kanuni unsurları göz önünde tutularak yapılmalıdır.

TCK. m. 100 Kadının hem rıza gösterir hem de kendisi de yardım ederse, hangi hüküm gereğince cezalandırılacağına ilişkin özel bir içtima hükmü sevk edilmemiştir. TCK.nun gerek 99/2. maddesindeki suçta kadının başkasının eylemine rıza göstermesi ve gerek 100. maddesindeki suçta ise kadının bu eylemi gerçekleştirmesi cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla, ceza miktar ve türü kadın maddedeki soyut ceza açısından fark etmemekle birlikte, diğer kimse açısından hangi maddenin uygulanacağı önemlidir. Burada her iki suç açısından asıl fail olarak kanun koyucunun

öngördüğü kişi dikkate alınarak, düşürme veya düşürtme eylemini kimin gerçekleştirdiği ve kimin yardım ettiği ölçü alınarak, ilgili kimsenin hangi madde gereğince cezalandırılacağı saptanmalıdır. Eğer eylemi kadın gerçekleştiriyor ve diğeri yardım ediyorsa, iştirak hükümleri gereğince her ikisi hakkında da TCK. m. 100 uygulanmalı; buna karşılık, eylemi üçüncü kişi gerçekleştiriyor ve aynı zamanda rıza gösteren kadın yardım ediyorsa bu takdirde her ikisi hakkında TCK.nun 99. maddesi uygulanmalıdır. Kadının hiç katkısının bulunmaması ve keza rızasının da olmadığı veya rızasının hukuken geçersiz sayıldığı durumlarda ise, kadın suç işlemiş olmayacak ve diğerkimse hakkında duruma göre TCK.nun 99/1 veya 2. maddesi ve bazen de bu madde(ler) ile birlikte 99. maddenin 2. veya 3. fıkrası hükmü uygulanacaktır. Son bir olasılık olarak ise şuna dikkat edilmelidir: Eğer kadın ve eylemi asıl olarak gerçekleştiren kimse hakkında TCK.nun 99/2. maddesi uygulanırsa, bu durumda her ne kadar kadın hakkında tıpkı 100. maddede de aynı tür ve miktarla düzenlenen soyut ceza hükmü uygulanacak ise de, 100. maddeden farklı olarak, 99/2. maddenin kadın hakkında uygulandığı durumlarda, kadının hem rıza gösteren hem de yardım eden durumunda olması esas (olay) mahkemesince TCK.nun 61. maddesinin uygulanarak cezanın tespit ve tayininde dikkate alınmalıdır.

M. 101: suçun işlenebilmesi için kısırlaştırmanın **kısırlaştırılan kişinin rızası** olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Madde metninde kısırlaştırılan kimsenin rızasından söz edilmiş ve gerekçede de bundan farklı bir açıklamaya yer verilmemiştir. Buna karşılık, kısırlaştırılan kişinin evli olup olmamasına göre bir ayırım yapılarak, evli kimsele rin kısırlaştırılmaları halinde ayrıca eşin de rızasının aranıp aranmayacağı hususunda bir açıklık yoktur. Madde metni dikkate alındığında, suçun oluşumu için ayrıca kısırlaştırılan kimsenin eşinin de rızasının bulunmaması veya başka bir ifadeyle eylemin hukuka uygun sayılması için kısırlaştırılan kimse ile birlikte eşinin de rızasının aranması gerekli değildir. Kanun koyucu nasıl çocuk düşürtme ve düşürmeye belirli koşul ve belirli sürenin altında yalnızca gebe kadının rızasına hukuksal etki bağlamıştır, burada da kısırlaştırılan kadın veya erkek arasında bir ayırım yapmadan ve yalnızca kısırlaştırılan kimsenin rızasını aramıştır. Esasen suçun kişiye karşı suçlar arasında düzenlenmesi ve mağdurun birey anlamında kişi olarak öngörülmesi de, bu yorumumuzu haklı kılmaktadır. Doğal olarak,

gösterilen bu rızanın özgür iradeyle, beyan edilmiş ve hukuken geçerli kabul edilen biçimde (küçük, akıl hastası veya kısıtlı kimselere ilişkin hükümler mahfuz olmak kaydıyla) bir rıza açıklaması olması gereklidir. Buna karşılık, doktrinde evli kimselerden birisinin (kadın veya erkeğin) kısırlaştırılması halinde, eylemin hukuka uygunluğu için, eşinin de rızasının varlığı gerektiği görülmektedir.

Uygulamada da çoğunlukla itibar edilen bu görüş, esasen madde metninde olmayan bir biçimde kıyas yapılmak suretiyle hukuka uygunluk nedeninin alanını sınırlamaktadır ki, ceza hukuku ilkelerine aykırı görmekteyiz. Bu tür bir koşulun varlığı gerekli ve önemli ise, bunun Kanun değişikliği ile madde metnine konulması gerekmektedir; madde metninde olmayan “evli ve kısırlaştırılan kimsenin eşinin de rıza göstermesi” koşulunu aramak hatalıdır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu’na göre, kısırlaştırma ameliyesi, sterilizasyon ameliyesi suretiyle yapılırsa, tıbbi sakıncanın bulunmadığı hallerde ilgili kimsenin rızasıyla yapılır. Tıbbi sakınca bulunan hallerde kişinin rızası aranmaz (Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 4/1-2). Bu noktada TCK.nun 101. maddesi ile Nüfus Planlaması Hakkında Kanun arasında, eşin izin vermesinin gerekli olup olmaması açısından çelişki mevcuttur. TCK.nun 101. maddesi, eylemin hukuka uygunluğu için ilgili kimsenin rızasını yeterli görmektedir. Şüphesiz buradaki rızayı hukuken geçerli rıza olarak anlamak ve uygulamak ve küçükler, rızanın hukuka aykırı yollardan elde edildiği durumlar ile fiziki veya ruhsal rahatsızlıklar nedeniyle rızanın geçersiz olduğu durumlarda, eylemin hukuka uygunluğu için gerekli rıza koşulunun gerçekleşmediğini kabul etmek gerekir. Kabul edilmesi gerekli yorum ve uygulama, herhangi bir ihtirazi kayıt veya başka bir mevzuata atıfta bulunmayan sonraki Kanun ve suç tipine ilişkin özel düzenleme sıfatıyla, en azından (sterilizasyon ameliyesinin icrası biçiminden bağımsız olarak) suçun oluşup oluşup oluşmadığı açısından, evli kimsenin sterilizasyon ameliyesine tabi tutulmasında, eylemin hukuka uygunluğu için yalnızca kendisinin rızasının bulunmasının yeterli olduğu kabul edilmelidir: eşin rızasının yokluğu eylemi gerçekleştirenin eylemini suç haline getirmez. Burada ilgili kimsenin rızası, ancak usulüne uygun ve yeterli bir aydınlatılma üzerine alınan ve özgür iradeyle dayalı hukuka uygun bir rızadır.

TCK. m. 101: Esasen maddenin 2. fıkrası kötü bir Türkçe ile ifade edilmiş ve bazı haller açısından 1. fıkraya sorunu çıkarabilecek

bir düzenlemedir. Aslında ikinci fıkrada düzenlenmek istenen şey, kısırlaştırılan kimsenin rızası ile bu eylemin gerçekleştirilmesi halinde bunu yetkili kimse yapmış ise suçun oluşmadığını ve fakat bu eylemi yetkili olmayan bir kimsenin yapması durumunda onu suç haline getirmektir. Madde bu şekilde anlaşılmalıdır. Maddenin 2. fıkrasına 'rızaya dayalı olsa bile' ifadesi, sanki rıza olmasa ve yetkili kimse kısırlaştırmayı yaparsa 2. fıkraya göre ceza verilecekmiş gibi bir anlama gelecek ifade konulmuştur; oysa, eğer rıza olmadan yetkili kimse de yapsa yetkili kimse de yapsa, durumun özelliğine göre ilk veya son cümlesi uygulanmak üzere yalnızca 1. fıkradaki suç oluşacaktır. Madde metninde 2. fıkradaki durumun gerçekleşmesi halinde, kısırlaştırmaya rıza gösteren kimseye de ceza verilip verilmeyeceği ayrıca düzenlenmemiştir.

Burada hakkın icrası hukuka uygunluk nedenine dayanılarak (TCK. m. 26/1) bir sonuca ulaşmak mümkün değildir; çünkü bu rızaya rağmen kısırlaştırmayı yetkisiz birisi yaptığı için kanun koyucu fiili suç saymaktadır. Buna karşılık faillik ve mağdurluğun aynı kişide birleşmeyeceği kuralı ve bu suçun kişiye karşı, yani kısırlaştırılan kişiye karşı işlenen bir suç olmasından hareketle, yetkili olmayan kimsenin 2. fıkradaki suçu işlemiş olması nedeniyle cezalandırılmasına gidilirken, kısırlaştırılan kimse (rıza göstermiş olsa dahi) suçun mağduru kabul edilerek suç işlemediği, aksine (rıza gösterenin) kendisine karşı bir suç işlendiği kabul edilmelidir.

TCK.nun 172/3. maddesi (**radyasyon yayma suçu**) hükmü rıza konusu açısından belirsizdir. Suç tipinin özel kastla işlenmesi durumu daha da belirsiz hale getirmektedir. Bu özel kast dışındaki bir kastın varlığı ve rıza birleştiğinde ne gibi bir sonuca ulaşmalıyız. Konunun rızaya konu ve ehliyet açısından mutlaka açıklığa kavuşturulması gereklidir. Eylemin etkilerinin rıza gösteren dışındakileri de etkilemesi halinde (en azından rıza göstermeyenleri) veya belirsiz kişilere zarar vermesi veya zarar tehlikesini yaratması halinde herhangi bir veya birkaç kişinin rızasını geçersiz saymak gerekli olmakla birlikte, diğer olasılıklar açısından rıza konusu belirtilen açılardan açıklığa kavuşturulmalıdır.

TCK. m. 227/8 **fuhşa aracılık suçundaki** mağdurun rızasını aramadan ve kendisinin fail olmayıp mağdur olduğunu göz ardı ederek, daha da önemlisi kamunun sağlığı gibi bir ölçüt de kabul etmeden o kimsenin

zorla (rıza aranmadan) tedavisini düzenlemektedir ki; gerek hukuk gerek tıp hukuku ilkelerine aykırıdır. Maddenin mutlaka değiştirilmesi gerekmektedir. Madde metnine göre, fuhuş suçunun mağduru, fuhuşa sürüklenen kimse, kendi iradesine rağmen ve şüpheli/sanık/fail olmadığı halde, bir suçun mağduru olarak ve gerekirse özgürlüğü kısıtlanarak bir kurumda zorla tedaviye tabi tutulmaktadır. Şüpheli, sanık veya fail statüsünde olmayan, buna karşılık işlenen suçun mağduru olup gerek bedensel gerek ruhsal saldırıya maruz kalan bir mağdur birey, kendi iradesi aranmaksızın zorla bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılmaktadır. TCK.nun 227. maddesinin 8. fıkrası hatalı ve gerek Anayasa (m. 38) gerek AİHS'nde (m. 6) düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği, objektif ve üçüncü kişinin eyleminde sorumluluğun yasak olması ve masumiyet karnesi ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Madde bu haliyle uygulanırsa, bizatihi bir haksızlığa yol açacaktır. Çünkü burada fuhuşa sürüklenen kimse fail olmayıp, mağdurdur. Hakkında dava açılmayan ve eylemi suç teşkil etmeyen kişiye rızasını dahi aramaksızın zorla tedavi ve terapi uygulaması kabul edilemez. Adeta mağduru cezalandırır gibi, mağdurun rızasına aykırı olarak kendisini tedaviye tabi tutmak hukuk aykırı olduğu gibi tıp hukuku ilkelerine de aykırıdır. Bu madde kendisi bir haksızlık kaynağı olmak yanında, tıp/sağlık mensuplarını da hastanın rızasını aramadan zorla kendisini (bir suç mağduru olsa dahi) tedavi etmeye zorlayarak onların da bu haksızlıklara araç olması yolunu açmakta ve görevini tıp ve hukuk kurallarına göre yapmak isteyen hekimlere/sağlık mensuplarına karşı da haksız bir eyleme imkan vermektedir. Kaldı ki, (hukuken böyle bir şey mümkün olmamakla birlikte) bu tedbirin bir ceza veya cezanın hukuksal sonucu gibi algılanması dahi, ceza muhakemesindeki en temel ilkeye, davasız yargılama olmaz ilkesine aykırı olacaktır. Burada bir suç nedeniyle yapılan müdahale ile kamu sağlığı için ve başka bir mevzuata dayalı olarak gerçekleştirilen müdahaleler birbirine karıştırılmıştır.

Bu hatalı hükmün uygulamasında Tıp mensupları da bu haksızlığa (kanuni haksızlıklara) alet edileceklerdir. Yargı kararı bu maddenin 8. fıkrasına dayansa bile, bu fıkranın uygulanması bizzat suç teşkil etmektedir, hukuka aykırıdır, doktorlar suç işlemeğe yargı kararıyla zorlanacaklardır ve en kötüsü hekimler hastanın rızasını dikkate almadan zorla onların özgürlüklerine ve vücut bütünlüklerine müdahale edeceklerdir ki, etmezlerse de bu kez görev suçlarından kamu görevlisi gibi ceza-

landırılmak tehdidiyle karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Bu fıkranın hemen madde metninden çıkarılması gerekmektedir. Bu kişilerin tedavisi, mevzuatın olanak vermesi koşuluyla, kamu sağlığına ve kolluğa ilişkin diğer hükümler aracılığıyla yapılmalıdır ve zaten bu hükümler uygulanabilir ve yeterli olduğu halde TCK'na bu hükmün konulması hatalı, çelişkili ve haksızlığa olanak sağlamıştır. İlgili kimsenin/hastanın rızasını hiçbir şekilde dikkate almayan, mağduru terapiye zorlamak gibi otoriter bir ülkede bulunabilecek hükmü kabul etmek, resmi kurumda çalışan tıp mensubunu bu tür hukuka aykırı bir müdahaleye (hem de bir kanun hükmüyle) zorlamak, herhalde 2005 yılında yapılan bir ceza kanununda bulunması ne akla ne hukuka ne de Bio-Hukuk Sözleşmesi'ne uygun değildir. Ceza hukuku anlayışındaki kabul edilemez bir mantık yanında, ceza hukukunu ahlak veya dinsel kuralların bekçisi veya bu yöndeki amaçların toplum hayatını belirlemesini sağlama amacı da güden bir yaklaşımın ürünü bu hüküm TCK'ndan çıkarılmalıdır. Çağdaş bir Devlet suç mağduru olsun olmasın, cinsel bir hastalık olsun olmasın, tedavi olmak isteyen kimselere bu yönde sağlık hizmetini sunmalıdır. Konunun toplum sağlığını ilgilendirmesi halinde, zaten toplum sağlığı ile ilgili özel kanunlar bu tür tedavi olanağını düzenlemektedir. Ceza Kanununu bir cebri tedavi aracı veya adeta bir hıfzısıhha kanunu niteliğinde kabul etmek, hiçbir gerekçeyle kabul edilebilir bir anlayış değildir.

CEZA MUHALEMESİ KANUNU'NDAKİ İLGİLİ HÜKÜMLER

CMK açısından bazı hükümlere kısaca değinecek olursak: CMK. m. 46/1-b açısından doktorun ilgilinin rızasının varlığı halinde, ilgili doktor tanıklıktan çekinememekte ve tanıklığı söz konusu olmaktadır.

CMK. m. 76 mağdurun rızası var ise, hakim kararı olmaksızın da beden muayenesi ve vücuttan örnek alma eylemi gerçekleştirilebilecektir ve bu hukuka uygun olacaktır.

Ülkemizde **adli tıpcılar** CMK. m. 76 kapsamında yapılacak muayeneler açısından **sanık olsun mağdur olsun** bir ayırım yapmaksızın eylemin yapılabilmesi için **hakim kararının yeterli olmadığını**, ayrıca **mutlaka ilgilinin rızasının da alınması gerektiğini belirtmektedirler**. Bunun gerekçesi olarak, aksi uygulamanın etik kurallarına aykırı olduğu

ve kişinin sağlığını tehlikeye düşürecek bir uygulama olduğunu ve bunun kanun hükmü ile yasaklandığını belirtmektedirler⁴⁸.

CMK. m. 76/1'de düzenlenen kişinin sağlığını düşürme gerekçesini kabul etmekle birlikte iki hususu yerinde bulmuyoruz. Öncelikle rızaya rağmen yapılan her tehlike kişinin sağlığını tehlikeye düşürmez. Burada müdahalenin zorla yapılması hallerinden tümün sağlığı tehlikeye düşürme olarak algılanırsa, bu hem tıbbi verilere aykırı olacak ve fiiliyatla bağdaşmayacak hem de sanığın istemediği hiçbir delilin beden üzerinden toplanamayacağı sonucun bizi götürecektir ki, bu ulusal ve uluslar arası ceza hukuku normlarına aykırıdır. Diğer yandan hukuk kuralı ile etik kuralın çelişip çatışması durumunda etik kuralını esas alarak müdahalenin hukuken yapılacağını ve aksi halde hukuka aykırı olacağını söylemek birçok açıdan hatalıdır. Hukuka uygunluğun ölçütü etik olmaz, etik kuralı hukuk kuralından üstün ve önemli değildir, hukukun kamu görevlisi tıp mensuplarına yükümlülük yüklediği ve suç tipleri ile karşıladığı haller göz ardı edilmektedir ve nihayet ceza muhakemesi kuralları bazen kişinin (genelde bu kişinin şüpheli veya sanık olması halinde) rızasına rağmen üzerinde tıbbi müdahaleyi gerektirmekte ve ilgili normun muhatabı olan tıp mensubuna emretmektedir.

Nitekim ilgili madde dikkatli incelenirse burada rızanın, kişi açısından mağdur ile şüpheli/sanık arasında ayırım yapılarak koşulların farklı düzenlendiği görülecektir. Aksine bir uygulama, salt olarak soyut etik kurallarına atıf, bazen etik kuralları ile genel meslek kurallarıyla ve hatta sanat ve meslek kurallarıyla birbirine karıştırmak, sağlık/tıp hukuku uygulamalarını somut duruma göre sanık/şüphelinin rızasına veya ilgili hekimin günümüzde geçerliliği dahi kalmamış meslek içi bir normu hukukun üzerinde bir konuma yüceltip mutlak olarak biat edilecek bir ilahiliğe yüceltmesi gibi hukukun kesin olarak reddedeceği bir uygulamaya dönüşecektir ki, sanırım bu tür bir yaklaşım birkaç radikal etikçi tıp mensubu dışında dünyada yalnızca ülkemizde dayatılan halı bir görüş ve uygulama niteliğini kazanacaktır. Kaldı ki, 'etik' diye genel olarak ifade edilen şeyden de ne anlaşıldığı belirsiz ve kişiye göre değişmektedir.

⁴⁸ Örnek olarak bkz. BİRGEN, Nur. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Adli Tıp Uygulamalarına Yansıması., HPD, İstanbul 2006, sy: 8, sh: 27.

Kimse bir etik listesinden söz edemediği gibi, sürekli değişkenlik gösterse bile günümüzdeki ilkeler nedir belli değildir.

Bununla her meslek kuruluşunun ne anladığı mı önemli, yabancı etikçilerin itibar ettikleri veya ulusal üstü dernek veya organizasyonların tavsiyeleri mi, bazı uluslararası belge tasarıları mı, konferanslarda dile getirilen temenniler veya tavsiyeler mi, Hipokrat yemini mi v.s. Bunlar nasıl saptanacaktır? Bu belirsiz, soyut, elastiki, keyfiliğe ardına kadar kapı aralayan ve hukuk normlarının uygulama normları gibi algılanması için ısrarla diretilen ve esasta bir imtiyazlı sorumsuzluk alanı yaratmayı hedefleyen hukuk dışı alan üzerine ceza hukuk kurumlarının inşası, kabul edilmesi bir tarafa, düşünülmesi olanaksız tıp mensuplarından itibar görmeye yönelik, ilginç kılan, cezp edici ama içi boş yanıltıcı moda bir yönelimdir. Hukuk kuralı haline gelmemiş etik bir kuralı, yalnızca kanuni düzenlemelerin bir müdahale için kanunen kurulmuş bir etik komisyonun iznini aradığı durumlarda bu komisyonun izin değerlendirmelerinde ve disiplin yargısının çerçevesini çizen yönetmelikte boşluk bulunan durumlarda yönetmelikte yazılı bir hukuk veya etik kuralından hareketle kıyas yapılmasında etkili olabilir.

Özellikle CMK. m. 80 konusunda CMK. m. 76/2 açısından bir belirsizliğin varolduğu aşikardır. Bu iki hükmün birlikte uygulanması gereklidir. Kişisel Verilerin korunması Kanunu yapılar ve bu konuyu farklı düzenlemezse, yani halen mevcut düzenleme karşısında, TCK. m. 132-140 bunu gerektirdiği için, rıza halinde kişisel verilerin başka amaçlı kullanılabilmesi mümkündür ve hukuka aykırı olmayacaktır. Konunun suiistimallerini engellemek için mutlaka hem kişisel verilerin korunması hem de adli veri bankasını oluşturulabilmesi için gerekli kanuni değişikliklerin zaman geçirilmeden yapılması gereklidir.

CMK. m. 109/3-e (rızanın bir an için tutuklanmama korkusundan kaynaklanmayıp özgürce verildiğini düşünsek dahi) suçsuzluk karinesine aykırı olup, AİHS ve AY ile çelişkili bu hükmün derhal kaldırılması gereklidir. Esasen bu maddede düzenlenen yükümlülük, madde başlığına rağmen, ne tutuklama ne adli kontrolün niteliği ile bağdaşmayıp gerçekte bir adli kontrol mekanizmasına dahil edilecek bir husus değildir. CMK.nun 109/3-e maddesi hem hukuka hem de Avrupa Bio-Hukuk Sözleşmesi'nin temel ilkelerine aykırıdır. Burada şüphe altındaki bir

kimse, tutuklama önleminin uygulanması yerine daha lehe olan adli kontrol kurumunun hakkında uygulanması için hakim/mahkeme aracılığıyla zorlanmakta ve suçlu olup olmadığı henüz belli olmadığı halde zorla tedavi tedbirine tabi tutulmaktadır. Bu şekilde ilgili kimse, kendisi hakkında alkol veya uyuşturucu madde tedavisi uygulanmakta, gerekirse kapalı bir kuruma yatırılmaktadır.

Oysa bu hükümle, suçsuzluk ve şüpheden şüpheli/sanık yararlanır ilkesi ihlal edildiği, birey/hasta iradesi olmadığı halde zorla tedaviye zorlandığı, adli kontrol koruma tedbirinin düzenleniş amacına ters olduğu, bazen işlenen suç dolayısıyla cezasının belirli bir süreyi geçtiği hallerde adli kontrolün uygulanamaması nedeniyle şüpheliler arasında eşitliğe aykırı muameleye yol açtığı, tıp mensuplarını hastanın aksi yöndeki iradesine rağmen zorla tedavi etmeye zorlayarak temel tıp hukuku ilkeleri çiğnendiği, bu hükmün uygulanmasını şüpheli kimsenin kabul etmemesi durumunda kendisinin tutuklanacağı tehdidini içinde barındırdığı, ceza hukukunun ahlak, din veya yaygın bir halk anlayışının bekçisi olmadığı v.s. nedenleriyle hukuka aykırıdır. yapılacak kanun değişikliği ile madde metninden çıkarılmalıdır.

RIZANIN İSPATI açısından özel hukuk kaynaklı görüş ve eserlerden esinlenilerek farklı ispat modelleri önerilmekte ve hatta yazılı rızanın herkesi kesin olarak bağlayıcı biçimde rızanın varlığını ve öncesinde aydınlatmanın yapılmış olduğunu ispatlayacağı (biraz da temenniye dayalı kolaycı bir varsayımla) öneriler yapılmakta ise de, bu anlayış ceza muhakemesi hukuku açısından geçerli olmayan bir husustur. Klasik ceza muhakemesi ilkelerinden ve vicdani/serbest ispat aracı ve ispat sisteminin ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmadığı gibi, bu sistemden ayrılmamanın giderilemeyecek biçimde sisteme zarar vereceği ve ceza muhakemesi sistemimizi önemli ölçüde çökerteceği açıktır. Rıza alınmadan yeterli aydınlatılmanın yapıp yapılmadığı nasıl ispatlanacak. İspat yükü (şüpheli veya sanık durumundaki) doktorun üzerinde mi yoksa diğer kişilerin üzerinde midir? Koma halindeki hastanın rıza vermeye ehil olduğu, aydınlatılmanın yapıp yapılmadığı veya yapılmışsa yeterli gerekli biçimde yapıp yapılmadığı hususlarında, rızanın yazılı olarak alınması, sadece şekil açısından kolaylık sağlamak ve fakat kesin bir ispat aracı olarak kabul edilemez. Bu sadece bir delil veya emare olmakla birlikte, aksi her tür delille çürütülebilir. Şüphesiz burada rızayı alıp almadığı,

aydınlatmayı yapıp yapmadığı v.s. konularında suçlanan şüpheli veya sanığın lehine ispat ilkeleri de (örneğin şüpheden sanık yararlanır, şüphelinin/sanığın ispat yükümlülüğünün bulunmadığı gibi) bu ilgili tıp men-subu lehine olarak uygulanma alanı bulacaktır. Burada kesin olan bir şey, bu tür bir yazılı belgenin iddia konusu olguyu kesin olarak ispatlayan bir gücünün varlığının soyut olarak önceden peşinen kabul edilemeyeceği hususudur.

CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZÇI HAKKINDA KANUN'NDAKİ İLGİLİ HÜKÜMLER

Burada temel olarak değinilecek husus, ülkemizde ölüm orucu olarak adlandırılan ve daha çok da siyasal amaçlarla gösterilen bir tepki ve daha çok da bazı isteklerin ifadesi biçiminde hükümlülere beslenmeyi red eylemleridir. Sorun bu kimselerin iradelerine aykırı biçimde zorla beslenip beslenemeyecekleridir? Bu konu CVGTİHK'nda (m. 82) şöyle düzenlenmiştir.

“ (1) Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

(2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

(3) Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

(4) *Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayatı tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.*

(5) *Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.”*

Maddenin özellikle 2. 3. ve 4. fıkraları, hükümlü-hastanın rızasını hiç dikkate almadan müdahaleyi olanaklı kıldığı ve bu müdahaleyi yapmak için ise tıp/sağlık mensuplarının zorunlu kılınması açısından genel hukuka ilkelerine olduğu kadar tıp hukuku ilkelerine de aykırıdır.

İnsanların tedaviyi red hakları vardır. Dolayısıyla açlık grevinde bulunan bir kimsenin zorla tedavi edilmesi kabul edilemez. Aksine bu durumda müdahalede bulunan sorumlu olur. Ancak açlık grevinde bulunan kimsenin artık irade beyan edemeyecek bir aşamaya gelmesi halinde, tedaviye alınması mümkündür.

Zorla beslemede hayati tehlike değil, bilincin yitirilip yitirilmediği ve hastanın isteği önemlidir⁴⁹. Hasta-hükümlü bilincini yitirmemiş ve kendi isteği ile bunu reddediyorsa, rızasına rağmen bu müdahaleye başvurmak tıp ve hukuk ilkelerine aykırı olacaktır. Bilincini yitirip yitirme-

⁴⁹ Ancak belirtmemiz gerekir ki, bu kanunda yer almamakla birlikte, bu kanunun uygulanmasında birlikte dikkate alınacak olan 5237 sayılı TCK.nun intihar'a ilişkin 84. maddesinin gerekçesinde ilgili kimsenin iradesi ile ilgili olarak yer verilen gerekçeler hatalı olup, 5275 sayılı bu Kanun'un 82. maddesinin uygulanmasında esas alınmamalıdır. Aksi halde çok önemli sakıncalar doğacaktır. Nitekim bu belirttiğimiz gerekçe, tıp mensuplarınca da şiddetle eleştirilmektedir: “Maddenin gerekçesinde “...yakalandığı hastaluktan kaynaklanan acı ve ızdırabın etkisiyle kişiyi hayatı sona erdirmeye yönelik bir eğilim ortaya çıkması ve bunu bir irade açıklamasıyla ortaya koyabilir. Belirtmek gerekir ki, kişinin bu şartlar altında hayatını sona erdirmeye yönündeki iradesinin hukuki geçerliliği söz konusu değildir.” ifadesi kullanılmıştır. Bu açıklama, Türk Medeni Kanunu'na aykırılığın yanı sıra, adli psikiyatri uygulamaları ve bilimsel yönden de hatalıdır. Kişinin hukuki ehliyetini ortadan kaldıran durumlar Türk Medeni Kanunu'nun 404-408. maddelerinde; küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza ve istek üzerine” şeklinde belirlenmiş olup, 409. maddede gerekçe de açıklanan durumun ancak resmi sağlık kurulu raporuyla belirlenebileceği açıklanmıştır. Kişinin tıbbi değerlendirmesi olmaksızın iradesinin hukuki geçerliliği olmadığını ileri sürmek, kanser gibi kronik hastalığı olan kişilerin tüm hukuki işlemlerini yok saymak gibi bir sonuç doğurabilecektir...” (Bkz. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin İvedilikle Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Türk Tabipler Birliği'nin Görüş ve Önerileri., <http://www.ttb.org.tr> (Siteye giriş: 06/06/2005, Saat: 20.35).

diği, yani müdahaleyi red etmesinin sağlıklı bir irade ile olup olmadığını tespit için müdahale edilebilir ise de, kişinin iradesinin sağlıklı olduğu, önceki kararından dönmediği ve kendi özgür iradesiyle bunu reddettiğinin, herhangi bir baskı sonucu bunu yapmadığının saptanması durumunda, “bu kişinin” istek ve iradesine saygı gösterilmeli ve yasanın ilgili metni de bu yönde değiştirilmelidir.

Diğer önemli bir husus ise, aynı eylemlere yakalanan, gözaltına alınmış veya tutuklanmış (ve hatta belirli bir kurumda tedavi edilen adli kontrol altındaki) şüpheli veya sanıklarca da başvurulabilmesi halidir. **Bu olasılığa ilişkin olarak CMK’nda bir hükme yer verilmemesi önemli bir eksiklik** ve vakit geçirilmeden düzenlenmeli ve düzenleme yapılncaya kadar yukarıda açıkladığımız anlayış çerçevesinde bir uygulama yapılmalıdır.

YARGI UYGULAMAMIZ:

1) Yargıtay HGK, kanımızca hukuka aykırı delil kuramıyla çelişen, hukuka aykırı delil ve yasak ağacın meyvesi kuramlarının uygulanma alanını hatalı ve hukuka aykırı olarak kısıtlayan bir kararında, kararın konumuzla ilgili kısmı itibariyle, rıza beyanının açık, anlaşılır, tereddüte mahal bırakmayan biçimde olması gerekliliğine değinmiştir. **Rızanın varlığının ispatı açısından (medeni hukuk alanında) hukuka aykırı yöntemlere hukuka aykırı delil, hukuka aykırı ispat araçlarıyla ispat yasağı ve keza yasak ağacın meyvesi kuramına ilişkin bir hükmün HUMK’nda düzenlenmeyişi sun’i gerekçesini ileri sürerek ve doktrinde büyük ölçüde hatalı bulduğumuz görüşlere atıfla ulusal üstü normları gözardı eden ve hukuka aykırılık kavramını kanuna aykırılıkla eşdeğer görerek bizatihi hukuka aykırılıklara kapı araladığı için hatalı bulduğumuz bu kararı, ayrıca rıza beyanının içeriğinin ilgililerce anlaşılır, tereddüt uyandırmayan, belirgin olması gerektiğinin vurgulanmaması dolayısıyla da olumsuz karşılıyoruz. Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay bu kararında, “davacı vekili tarafından dosyaya tek kanıt olarak ibraz edilen video kaset, yukarıda belirtilen anlamda, hukuka aykırı delil olmamakla birlikte, murisin ses ve görüntüsünün kaydedildiği ortam, murisin ses ve görüntüsünün alındığı tarih itibariyle yaşlı, hastalıklar içinde kıvranan, hastaneden çıkmak için yardım bekleyen, her türlü etkiye açık bir kişi olması nedeniyle bu delilin başlı başına**

muvazaaya kanıt olamayacağı” sonucuna ulaşmıştır. Bu kararda varılan ölçütün, bu kararda özel hukuka ilişkin olarak izahı açısından ileri sürülen özel hukuk mülahazaları dolayısıyla değil, suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkeleri dolayısıyla, yani ceza hukukuna ilişkin ispat aracı ve ispat yöntemindeki farklılıklar dolayısıyla ceza hukukunda da benimsenmesi gereklidir.⁵⁰

Yargıtay, özel hukuk davasına ilişkin verdiği bir kararda, aydınlatma yapılmadan alınan rızaya dayalı yapılan tıbbi müdahalenin hekimin sorumluluğunu gerektirdiğine karar vermiştir.⁵¹

Tıp hukuku ile ilgili olmamakla birlikte, Yargıtay benzer bir mantıkla verdiği kararda, elektrik sayacındaki Bakanlık mührünün kırık olmasının tek başına kaçak elektrik kullanıldığının kanıtı olamayacağına karar vermiştir.⁵²

Umarım Yargıtay, özgürlüğün kısıtlanması suçuyla ilgili kararlarında olduğu gibi⁵³ hatalı bir biçimde yargı kararı ile kanun hükmünü değiştirmeye kalkmaz ve kanunen düzenlenmediği için halen 18 yaş diliminin kabul edilmesi gerekli olan rıza konusunda çok daha alt yaşlardaki kişilerin ‘mutlak surette tasarruf edebileceği hakkının varlığı’ndan söz ederek bu kimselerin verdikleri rızayla yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu genel ve peşin olarak içtihat etmez. Yargıtay bu gibi kararlarında hem suç tipine ilişkin kanuni tipindeki kanuni unsurlarla çelişkili karar ya vermekte hem kanunda öngörülmeleyen bir yaş dilimini yargı kararıyla (ve madde gerekçelerindeki genel ve kısmen de afaki bazı açıklamalara atıfla kanun hükmü imiş gibi) oluşturarak kıyas yapmakta

⁵⁰ Yargıtay HGK., 28. 05. 2003, E. 2003/1-374, K. 2003/370. Belirtelim ki, somut karara konu delilin elde ediliş biçimine ilişkin kısmı hariç, diğer tüm gerekçelerini hatalı bulduğumuz ve gerek hukuka aykırı delil gerek yasak ağacın meyvesi ve hatta hukuka aykırı delilin özel hukuk alanında belirli hallerde ispatta kullanılabilirliğine imkan sağlayan ölçüt ve gerekçeleri içeren, başka bir ifadeyle hukuka aykırılık kavram ve sonuçlarını özel hukuk alanında çok cüz’i ölçütte kabul edilebilir bulan sakıncalı bir karar için bkz. Yargıtay HGK., 25. 09. 2002, E. 2002/2-617, K. 2002/648.

⁵¹ Yargıtay 4. HD., 07. 03. 1977, E. 6297, K. 2541. Karş. BGH I StR 319/03 – Urteil vom 20 Januar 2004 (LG Freiburg).

⁵² Yargıtay 10. CD. 20. 12. 2005., E. 2004/26157, K. 2005/19404 (Yargı Dünyası, 2006, sy: 126, sh: 152-153).

⁵³ Örnek olarak bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 22. 11. 2005., E. 2004/8765, K. 2005/22305 (Yargı Dünyası, 2006, sy: 124, sh: 127-128); Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 28. 02. 2006., E. 2004/3100, K. 2006/1217 (Yargı Dünyası, 2006, sy: 127, sh: 111-112).

ve hem de rıza gösterilen konu ile rıza ehliyetini birbirine karıştırmaktadır. Hakkın mutlak surete tasarrufa konu olabilecek bir hak olması gösterilen rızaya hukuken geçerli ve hukuka uygunluk nedeni rıza niteliğini tek başına kazandıramamakta, ayrıca (rıza beyanında bulunma ve) rızaya ehliyet koşulunun da gerçekleşmiş bulunmasını zorunlu olarak gerektirmektedir. Gerek belirttiğimiz içtihatlarla konu suçlar gerek bu ve benzer eylemlerin tıbbi müdahalelerin konusunu oluşturması veya tıbbi müdahalelerle birlikte söz konusu olmaları durumunda, rıza konusu hakkın mutlak surette tasarruf edilebilir hak üzerinde rıza gösterilmesi yaşı koşulu yanında, rıza hukuka uygunluk nedeninin, rıza ehliyetinin bulunması koşulu başta olmak üzere rızanın diğer koşullarının da aranması suretiyle tespit ve uygulama yapılması gerekir. Rızanın konusu ile rızaya ehliyeti birbirine karıştırmak veya rızaya konu hakkın mutlak surete tasarrufa tabi veya kişiye özgü hak (suçun kişilere kaşı suç olmasının) olmasının rızanın diğer koşullarının aranmayacağı anlamına gelmeyeceği göz ardı edilmemelidir.

Yargıtay kan kardeş olmak isteyen arkadaşının istek ve rızası ile onun parmağını kesen kimsenin eylemini hem hatalı olarak kasten müessir fiil değil, taksirle müessir fiil olarak kabul etmiş, hem de burada verilen rızayı hukuka uygunluk nedeni saymayarak suçun oluştuğunu kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki, çoğunlukla verilen bu Yargıtay kararında gerek karar gerek gerekçe ve en önemlisi de Yargıtay C. Başsavcılığı ve CGK'nun azınlık üyeleri en az CGK kadar birden fazla hukuka aykırı açıklama, gerekçe ve bilgiye yer vererek uygulamamızı oldukça hatalı ve yanlış biçimde yönlendirmişlerdir. Bu kararda kasten müessir fiil açısından sadece yaralama derecesindeki bir eyleme rızanın hukuka uygunluk nedeni etkisi gösterdiği gerçeğinin göz ardı edilmesinin görülmemesi bir yana, kasten yapılan bir eylemin taksirle yapılmış sayılması, (Y. C. Başsavcılığınca) yalnızca sportif faaliyetler ve tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluk nedeni sayılması, 18 yaşından büyük kimsenin rızası ile sünnet olması, estetik operasyonlar, sanki kuaförün birisini traş etmesi, manikür-pedikür yapmak, da suçmuş gibi) kasten müessir fiile rıza gösterilemeyeceği (azınlık üyelerince) rıza ile şikayet kurumlarının birbirine karıştırılması, verilen rızayı koşullarıyla değerlendirme yerine örf ve adet kuralıymış gibi değerlendirilip burur ceza hukukunda kaynak olamayacağı ve bu kan kardeşlik olgusunun (Türkiye' gerçeği ile tamamen ters

biçimde) çok dar bir çevrede yapıldığı ve bu nedenle örf ve adet sayılamayacağı, sorumlukla eylemi dahi birbirine karıştıran ve gelecek uygulamamız açısından ümitlerimizi oldukça kıran, en temel kavram ve terimlerle suça ilişkin klasik ve basit unsur değerlendirmesi bilinmiyormuş gibi yazılan karar, gerekçe ve savlar hukuka aykırı ve yanlış olup, bir an önce bu içtihatın değiştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca Y. Başsavcılığınca, kişinin toplumsal ödevlerini yerine getirmesini engelleyici müdahalelere rızanın hukuken geçersiz olduğunun açıklanarak, rızanın hukuka uygunluğu için çok geniş ve suiistimale açık ve belirsiz bir ölçüt ileri sürülmüştür. Kaldı ki bu kararda, aynı eylemin bir tıp mensubu tarafından yapılması durumunda da eylemin aynı şekilde mi yoksa hukuka uygun mu kabul edileceği ve bunun gerekçesinin belirtilmemesi, en azından tıp hukuku açısından konuyu açıklığa kavuşturmak için önemli bir fırsatın kaçırlmasına neden olmuştur.⁵⁴

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi verdiği bir kararında, sağlık ve yaşama ilişkin haklar konusunda rızanın sınırının bulunduğu, ancak tedavi olmak veya bir hastalığı önlemek için rıza verilebileceği ve tıbbi müdahaleler açısından da bu kuralın geçeli olduğu belirtilerek, kişinin mutlak tasarruf hakkının bulunduğu müdahalelere rıza gösteremeyeceğinin belirtilmesi karşısında (her estetik operasyon yaptıranın ruh sağlığının bozuk olduğu söylenemeyeceği için) estetik operasyonların nasıl hukuka aykırı sayıldığı gözler önüne serildi gibi, ötanaziye taraftar görüşe itibar edilmediği vurgulanmıştır. Bu kararda rıza ehliyeti açısından istisnalara yer vermeden rızanın sadece ilgili hak sahibinin verebileceğini belirtmesi eksik ve hatalı olduğu gibi, rızayı alan hekimin bundan sonra hastanın gösterdiği rızanın kapsamı ile bağlı olmadığını ve hekimin istediği gibi müdahalede bulunabileceğinin ifade edilmesi de gerek ceza hukuku ve sağlık/tıp hukuku ilkelerine gerek rızanın nitelik ve sonuçları ile kapsamını ilgilin belirlemesi sonucuna gerek rızanın yalnız eyleme değil, doktor, araç, tedavi ve teşhis yöntem ve biçimine, yerine, zamanına v.s. de ilişkin sınırlayıcı hukuksal etkisinin olduğu gerçeğine aykırıdır. Rıza sonrası hekim istediği gibi hareke edemez ve hekimin sadece tıp bilimi sırları içinde kalması tek başına eylemi hukuka uygun kılamaz. Ümidimiz bu hatalı içtihattan derhal dönülmesidir. Bu içtihatın tek olumlu yönü, genelde

⁵⁴ Bkz. Yargıtay CGK, 01. 02. 2005., E. 2004/213, K. 2005/3 (=İntegra Yazılım).

yargı kararlarında rastlanılmayan bir hususa, rıza yanında ayrı bir terimle ifade ederek hekimin aydınlatma yükümlülüğünün önemine de işaret etmiş olmasıdır. Şüphesiz bu kararın bir özel hukuk davasına ilişkin olduğu göz ardı edilmemeli ve burada hekime yüklenen ispat yükümlülüğünün ceza davaları açısından geçerli olmadığı unutulmamalıdır. Ancak kararda, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması rıza ile ve rızanın hukuken geçersiz olması ile ilişkilendirilmeyip, bunu taksir kavramı alanına çekerek bu nedenle mesleki ihmalden söz edilmesi de, bir önceki karar gibi, kast-taksir-aydınlatma-rıza ve ihmal kavramlarının anlamının tam anlaşılmadığını-bilinmediğini ve somut olaya da hatalı uygulandığını göstermektedir. Kararın, aydınlatmanın gerekliliğine işaret eden kısmı hariç, diğer hiçbir yönünün uygulamada takip edilmemesini ümit ediyorum.⁵⁵

Buna karşılık, ilgili davanın özel hukuk davası olduğu ve ispat yükümlülüğüne ilişkin açıklamaların özel hukuk açısından geçerli olmakla birlikte ceza davalarında dikkate alınmaması koşuluyla, olumlu bulduğumuz bir karar ise, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından verilmiştir. Bu kararın en önemli iki yönü estetik operasyonlara ilişkin olup aydınlatmaya dayalı alman rıza ve bu rıza çerçevesinde tıp biliminin verilerine uygun müdahaleleri hukuka uygun sayarak, yukarıda eleştirdiğimiz kararlardaki hata ve eksiklikleri kısmen gidermesi, ikinci husus ise rıza ve müdahalenin tıbbi verilere uygun icrası gerekleri yanında aydınlatma kavramına gerekli önemi açıkça vermesi ve aydınlatmanın kapsamına ilişkin ümit edici unsurlara kısmen de olsa değinmesidir. Kararı her iki açıdan da (geç kalınmış, ancak) olumlu bir adım olarak görmekteyim.⁵⁶

⁵⁵ Yargıtay 4. HD. 07. 03. 1977., E. 1976/6297, K. 1977/2541 ((=İntegra Yazılım).

⁵⁶ Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 05. 04. 1993., E. 1993/131, K. 1993/2741 ((=İntegra Yazılım).

İNSAN HAKLARI BAKIMINDAN ÖTANAZİ

Doç. Dr. Sibel İNCEOĞLU^(*)

Giriş

Yaşam ve ölüme bakış, her tarihsel dönem ve toplumda farklıdır. Bu durum o toplumun, o zamanın değerleri ve yaşam biçimindeki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Örneğin tek tanrılı dinlerin hakim olduğu toplumlar, ölümün tanrısal kararlarla tanımlandığı toplumlar olmuşlardır. Tek tanrılı dinler açısından yaşam Tanrı tarafından bahşedildiği için, “kutsaldır” ve ancak Tanrı tarafından sonlandırılabilir, dolayısıyla öldürmek ve hatta iradi bir seçimle ölmek de yasaktır. Kilise Hukukunda altıncı yüzyıldan itibaren, daha sonra da teokratik temelli sivil hukukta, intihar edenler, cesedine zarar verilerek, mallarına el koyularak, cenaze töreni yapılmayarak cezalandırılmışlardır, intihara teşebbüs edenler için de hapis cezaları öngörülmüştür¹.

18. yy sonlarından itibaren yukarıda belirtilen cezalar hafifletilmiş ya da uygulanmamış² ve daha sonra da kaldırılmış olsa da, “yaşamın kutsallığı” tezi, laik söylem altında dünyevileşerek, “yaşamın dokunulmazlığı” kavramı içinde devam etmektedir. Yaşamın dokunulmaz olduğunu kabul eden laik hukuk düzenleri intiharı suç saymasalar da intihara yardımı ve ötanaziyi yasaklamakta, suç saymaktadırlar. Yaşamın dokunulmazlığı anlayışı yaşam ve beden üzerinde kişinin kendi iradesi ile tasarruf edemeyeceği yönündeki teokratik temelli anlayışın uzantısıdır. Yaşamdan vazgeçme hakkı kabul edilmemektedir³.

^(*)Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Detaylı bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, *Ölme Hakkı*, Ayrıntı yay., İstanbul 1999, s. 36-56.

² Henry Romilly Fedden, *Suicide, A Social and Historical Study*, Benjamin Blom INC Publ., New York 1072, s. 262-263.

³ Bilgi için bkz. S. İnceoğlu, s. 57-82.

Diğer yandan 20. yy.'ın ikinci yarısından itibaren başka bir bakış açısı gelişmeye başlamıştır. Bu bakış açısı, bireyseliğin gelişimi ile birlikte güçlenen “kişi özerkliği” kavramına odaklanmaktadır. Tedavisi mümkün olmayan, acı çeken hastaların ötanazi taleplerini “kişi özerkliği” çerçevesinde değerlendirenler istemli ötanazi⁴ uygulamasının suç olmaktan çıkarılmasını savunmaktadırlar. Kişi özerkliğine dayalı bakış açısı kişinin kendi yaşamı bedeni ve ölümü gibi en önemli konularda karar verme hakkının kısıtlanamayacağı üzerinde durmaktadır⁵. Önemli olan ciddi ve tedavisi mümkün olmayan bir hastalığın bulunması ve hafifletilmesi mümkün olmayan sürekli ve dayanılmaz acı içinde olması ve hastanın kendisinin ötanaziye karar vermesidir. İrade üzerindeki kuşku- ları bertaraf edecek güvence sistemlerinin (hastanın yeterince aydınlatılması, tanıklar huzurunda belli aralıklarla ötanazi talebini tekrar etmesi, ikinci bir hekimin onayı gibi) kurulması şartıyla kişinin kendi iradesi ile yaşamından vazgeçmesi, diğer bir deyişle istemli ötanazi, kişi özerkliğinin bir parçasıdır. Hasta yakınlarının bu konuda karar vermesi ise kuşku- lu durumlar yaratabilecektir. Hastanın zihninin açık olmadığı durumlarda da yakınlarının talebi ile ötanazi uygulanabilmesi, diğer bir deyişle istem- dışi ötanazi de savunulmaktaysa da, hastanın önceden verilmiş bir direktifi olmadığı müddetçe, bu tür bir ötanazinin gerçekten hastanın isteği olup olmadığı hiçbir zaman tam olarak bilinemeyeceği için kişi özerkliği bağlamında savunulması oldukça güçtür.

Ölüme ve yaşama bakıştaki değişim devletlerin koyduğu hukuk ku- rallarına yansımaktadır. Özellikle tedavinin sona erdirilerek ölümün hız- landırılmasına, diğer bir deyişle pasif ötanaziye hoşgörü artmakta, hatta daha da ileri gidilerek öldürücü nitelikte tıbbi bileşim enjekte ederek aktif ötanazi uygulaması yasal bir eylem haline getirilebilmektedir. Örneğin ABD’de pasif ötanazi Yüksek Mahkeme kararları ile, Anayasanın ek 14. md’si kapsamında görülen özel yaşam (mahremiyet) hakkının bir parçası olarak görülmektedir⁶. Alman Anayasasının 2. md’sinde kendi kaderini tayin hakkı tanınmaktadır. Bu çerçevede Almanya’da her tıbbi müdahale

⁴ Bu yazıda ötanazi kişisel özerklik ekseninde ele alındığı ve savunulduğu için, sadece istemli ötanaziden söz edilmektedir. Dolayısıyla “istemli” kavramı her defasında kullanılmasa da ötanazi kavramı kullanıldığında kastedilen istemli, diğer bir deyişle sadece hastanın isteği ile yapılan ötanazidir.

⁵ Ronald Dworkin, *Life’ Dominion*, Alfred A. Knopf pres, New York 1993, s. 238-239

⁶ Bu konudaki yargısal gelişmeler için bakınız S. İnceoğlu, s. 112-130.

ancak hastanın rızası ile gerçekleştirilebilir. Tıbbi tedavi yaşamsal da olsa hastanın reddetme hakkı vardır⁷. Almanya'da 13 Eylül 1994 tarihli Alman Yüksek Mahkemesinin (BGH) kararı ile, "hastanın beyan ettiği veya varsayılan menfaati içinde ise yaşam destekleyici araçların sonlandırılmasının meşru olduğu" kabul edilmiştir⁸.

Hollanda'da ötanaziye ilişkin gelişme 1973 yılından itibaren ilk önce mahkeme kararları ile başlamıştır. 1984 tarihli Yüksek Mahkeme kararı ile belli koşullar altında ötanazi uygulayan hekimin cezalandırılmayacağı açıklığa kavuşmuştur. Aynı yıl Hollanda Tabipler Birliğinin bildirisinde yargı kararlarında yer alan ötanaziye ilişkin koşulların fomüle edilmesi ve 1994'te de bu koşullara bir yasal düzenlemede yer verilerek, bu koşullara uygun hareket edilmesi halinde dava açılmayacağının öngörülmesi ile ötanaziye ilişkin gelişme devam etmiştir. Ötanazi belli koşullara uyularak gerçekleştirildiği takdirde, 1984'den itibaren Ceza Yasasının 40. Md'sinde yer alan zorunluluk haline dayandırılarak cezalandırılmamış, 1994'ten itibaren de dava açılmamıştır⁹. 2001 tarihinde kabul edilen "Talep Üzerine Yaşamı Sonlandırma ve İntihara Yardım" yasası ise esasında pratikte çok ciddi bir değişiklik getirmemektedir, daha çok sembolik bir anlama sahiptir¹⁰.

Belçika'da 23 Eylül 2002'de Ötanaziye İlişkin Yasa yürürlüğe girmiş ve ötanazi yasal bir eylem haline getirilmiştir. Böylece 1999'da başlayan yasama süreci sona ermiştir. Belçika'da bu kanun çıkarılmadan önce, Hollanda'dan farklı olarak ötanazi ve hekim yardımlı intihara ilişkin bir içtihat hukuku gelişmemiştir. Ayrıca Belçika Ceza Yasası talep üzerine öldürmeye ilişkin ayrı bir suç da tanımlamamaktaydı. Dolayısıyla

⁷ Hans-Georg Koch, Ervin Bernard, Alan Meisel, "Self-Determination, Privacy and right to Die. A Comparative Law Analysis", *European Journal of Health Law* 4, 1997, s. 10, 12.

⁸ Christian Ravenstein, "Discontinuation of Life Supporting Measures in Germany", *European Journal of Health Law* 9, 2002, s. 321, 324-326; Ayrıca kararın detayları için bkz. Koch, Bernard, Meisel, s. 13-16.

⁹ Hollanda'daki yargısal gelişmeler ve 1994 tarihli yasayla ilgili detaylı bilgi için bkz. S. İnceoğlu, s. 194-205. Yargısal gelişmeler için ayrıca bkz. H.J.J. Leenen, "The Development of Euthanasia in the Netherlands", *European Journal of Health Law* 8, 2001, s. 125-127. Jurriaan De Haan, "The New Dutch Law on Euthanasia", *Medical Law Review* 10, 2002, s. 59-60.

¹⁰ De Haan, s. 59.

ötanazi uygulayan hekim genel hükümler çerçevesinde adam öldürme veya zehirlemeye ilişkin hükümlere göre cezalandırılabilir¹¹.

Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde ise ötanazinin bir hak olarak görülebilip görülemeyeceği konusunda bir açıklık yoktur. Bu nedenle bu çalışmada İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ve Komisyonunun kararları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

1) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Ötanazi

Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi aktif ötanazinin yasaklanmasını tavsiye etmektedir¹². Fakat, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) 2. md'sinde yaşama hakkını, 3. md'sinde işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı ceza ve muamele yasağını, 8. md'sinde özel yaşam hakkını, 9. md'sinde düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü düzenlemektedir. Bu belirtilen maddeler çerçevesinde tedavisi mümkün olmayan ölümcül bir hastalığa yakalanan ve acı çekmekte olan hastaların ötanazi veya intihara yardım taleplerinin savunulması mümkünse de, bu aşamada İHAS hükümlerini yorumlayan ve bu hükümlerin içeriğini belirleyen Komisyon ve Mahkeme'nin tavrı önem kazanmaktadır.

Ötanazi "ölümcül ve iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığı olan ve acı çeken hastanın kendi talebi üzerine hekimin bir eylemi veya hareketsiz kalması ile hastanın ölmesine yardım etmesidir" biçiminde tarif edilecek olursa, şimdiye kadar İHAK ve İHAM önünde doğrudan ötanazi talebine ilişkin esastan karara bağlanmış dava bulunmamaktadır. Bu ko-

¹¹ Bert Broeckaert, "Belgium: Towards a Legal Recognition of Euthanasia", *European Journal of Health Law* 8, 2001, s. 95.

¹² Avrupa Konseyi Parlamenterler Asemblisi 1418 (1999) sayılı Tavsiye kararı:

"...Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyine taraf Devletlerin ölümcül hastaların ve ölmekte olan kişilerin her açıdan korunması ve saygı göstermelerini destekler:

...

- c. ölmekte olan kişilerin veya ölümcül hastaların kasten yaşamlarının sona erdirilmesini:
- i. özellikle ölümcül hasta veya ölmekte olan kişiler bakımından, üye devletlerin İHAS 2. md'de belirtilen "hiç kimse kasti olarak yaşamından mahrum bırakılamaz" hükmüne uygun olarak güvence altına aldıkları yaşama hakkını tanıyarak,
 - ii. ölümcül hasta veya ölmekte olan insanların ölme isteğinin hiçbir biçimde başkaların eliyle ölmeye yönelik yasal bir talep oluşturmayacağını tanıyarak,
 - iii. ölümcül hasta veya ölmekte olan insanların ölme isteğinin, kendi başına, ölümü amaçlayan hareketleri yapmaya yasal bir haklılık oluşturmayacağını tanıyarak, yasaklamayı uygun bulur".

nuda bir başvuru yapılmıştır. Fakat başvuran kişinin 34. md. gereği “zarar gören kişi” olmaması nedeniyle başvuru kabul edilemez bulunmuştur. *Sanles – İspanya* isimli bu davada bir kaza sonucu tamamen paralize olan Sampedro iç hukukta hekiminin intihara yardım edebilmesi için mahkemededen karar almak için dava açmış fakat bu talebi reddedilmiştir. Amparo yöntemi ile Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Sampedro bu dava sonuçlanmadan önce kimliği belirsiz kişilerin yardımı ile intihar etmiştir. Sampedro öldükten sonra yengesi davaya devam etmek istemiş, fakat Anayasa Mahkemesi bu hakkın “tamamen kişisel” olduğu, aile ve akrabalarını etkileyebilecek nitelikte bir hak söz konusu olmadığı gerekçesiyle davaya devam talebini reddetmiştir.

Başvurucu yenge, İHAS’ın 2., 3., 8., 14. md’leri ile dava süreciyle ilgili olarak 6. md.’si ihlali iddialarında bulunmuştur. İHAM’a göre, md 34 “actio popularis”i engeller. Şikayet, Sözleşmenin bir veya birkaç maddesinin ihlalinin dolaylı mağdur olanlar veya onların adına açılabilir. Mağdur kavramı özerk olarak yorumlanır. Mağdur olduğunu başvurusunun iddia edebilmesi için, bir tedbirden doğrudan etkilendiğini gösterebilmesi gerekir, zarar oluşması şart değildir. Mahkemeye göre md 2,3,5,8,9, transfer edilemez haklardandır, başvuru, Sanpedro adına bu haklara dayanamaz. İspanyol yetkilileri ötanaziyi hukukileştiren bir yasayı çıkarma sözde yükümlülüğüne uymadıkları için sorumlu tutulamaz. Sanpedro ölmüştür, başvuru onun onurlu ölme hakkı iddiası bakımından onun yerine geçemez, böyle bir hak iç hukukta tanınabileceği kabul edilse bile, tamamıyla kişisel ve transfer edilemez bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle başvuru ratione personae bakımından (kişi yönünden) kabul edilemez bulunmuştur¹³.

Doğrudan ötanazi talebi ile ilgili olmamakla birlikte açlık grevi ve ölümcül bir hastanın üçüncü bir kişi tarafından intiharına yardım talebini içeren sonuçlanmış davalar vardır. Bu davalar İHAK ve İHAM’ın kişinin kendi bedeni ve yaşamı üzerindeki haklarına ilişkin bakış açısını ortaya çıkarmakta ve dolayısıyla ötanaziye ilişkin yaklaşımını belirlemek bakımından önemli bir veri oluşturmaktadırlar.

¹³ *Sanles v. Spain*, 26.10.2000.

2) İHAK ve İHAM'ın Açlık Grevine İlişkin Yaklaşımı

Bu konudaki ilk davalardan biri *X-Almanya* davasıdır. Başvurucu işlediği iddia edilen bir suçtan dolayı tutuklanmış ve tutuklamayı protesto için açlık grevine girmiştir. 13 gün sonra hastaneye nakledilmiştir. Başvurucunun direnci nedeniyle muayenesi mümkün olmamıştır. Başka bir hapisaneye gönderilen başvurucu hakkında hapisane hekimi zorla besleme kararı almıştır. Başvurucu günde iki kere zorla beslenmiştir. Bir sandalyeye bağlanarak, önce yemek yiyip yemeyeceği sorulduktan sonra, plasterle sarılmış bir metal spatula ile çenesine bastırılarak ağzı açılmış, dişlerinin arasına ağzı aralık tutmak için pens konulmuştur. Hekim, ağzından mideye kadar plastik bir tüp yerleştirmiş ve sıvı yiyecek akıtılmıştır. Mahkeme kararı alındıktan sonra bu usul yedi kere daha uygulanmıştır. Daha sonra serbest bırakılma kararı yargıç tarafından verilmiştir. Başvurucu md 3'ün ihlal edildiği iddiasındadır.

İHAK'a göre zorla besleme aşağılayıcı unsurları içermektedir. Fakat Sözleşmeye taraf olan devletler herkesin 2. md'deki yaşama hakkını da korumak zorundadır. Bu hüküm, özellikle kişi devletin gözetimi altında bulunmakta ise, aynı zamanda Devletin olumlu edimde bulunmasını da gerektirir. Bu davada kişinin fiziksel bütünlüğü ile Devletin 2. md yükümlülüğü çatışmaktadır. Alman hukuku bu çatışmayı, açlık grevine giren gözetim altındaki kişiyi zorla besleme ile çözmüştür. Komisyona göre, zorla besleme yaralanmalar yaratsa dahi kişinin yaşamına yönelik bir tehlike varsa zorunludur. Alman hukukunda bu koşulları hekim değerlendirir, fakat zorla besleme konusundaki nihai karar yargı tarafından izin alındıktan sonra verilir. Komisyon, yetkililerin sadece başvurucunun yüksek çıkarları çerçevesinde hareket ettiklerine ikna olmuştur. Çünkü başvurucu beslenmeyi reddetmektedir ve bu durum kalıcı hasarlar ve hatta ölüme neden olabilecektir, yetkililer bu risk ile başvurucunun insan onuruna zarar verecek olan zorla besleme eylemini yapma arasında seçim yapmışlardır. Komisyon kullanılan yöntemin de amaca ulaşmak için gerekenden daha fazla sınırlayıcı olmadığı düşüncesindedir. 3. Md ihlal edilmemiştir¹⁴.

¹⁴ *X v. Germany*, appl. no. 10565/83, 7 EHRR 152-154.

Herczegfalvy – Avusturya davası da açlık grevine giren bir hükümlü ile ilgilidir. Hükümlü cezasını çekmekte iken, hakkında paranoia querulans teşhisi konulmuştur. Bu akıl hastalığı eylemlerinden dolayı sorumlu tutulamayacak nitelikte görülen bir hastalıktır. Başvurucu bir müddet psikiyatri hastanesinde kaldıktan sonra hapis haneye dönmüştür. Dosyası verilmediği ve serbest bırakılmadığı için 2 Ağustos 1979'da açlık grevine girmiş, ardından 28 Ağustos'ta bir kliniğe 10 Eylül'de de tekrar psikiyatri hastanesine gönderilmiştir. 1984 tarihinde tahliye edilene kadar burada kalmıştır. Hastanede çok zayıf düştüğü için zorla besleme kararı alınmıştır. Bir yatağa bağlanmış ve zorla beslenmiş ve kendisine yatıştırıcı verilmiştir. Başvurucu yemeyi reddetmeyi bıraktıktan sonra 27 Eylülde tek kişilik odaya alınmıştır. 26 Kasım ve 13 Aralık tarihlerinde tekrar açlık grevi yapmıştır, günde bir kere tüp vasıtası ile beslenmeyi kabul ettiği iddia edilmektedir. Kendisi rızasının alınmadığını iddia etmektedir. Fiziksel ve mental durumu ağırlaştığı için 15 Ocak 1980'de zorla 90 mg Taractan verilmiştir. Kendisi şiddetle karşı çıktığı için, güvenlik görevlileri aşırı güç kullanmışlardır.

Başvurucu İHAK'a başvurmuş ve kendisine zorla yemek verildiğini, yatağa bağlı izole olarak haftalarca tutulduğunu iddia etmiş ve Sözleşmenin 3. ve 8. md'lerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon kullanılan araçların şiddet içerdiğini, fazla uzun sürdüğünü, dolayısıyla insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olduğunu belirtmiştir.

İHAM ise Komisyonla aynı görüşte olmamıştır. Mahkemeye göre, kendileri için karar verme gücüne tamamıyla sahip olamayacak ve bu nedenle yetkililerin onlardan sorumlu oldukları hastaların fiziksel ve zihinsel sağlığını korumak için, gerektiğinde zor kullanarak, tıp biliminin kabul edilmiş kuralları temelinde, tedavi edici yöntemlerin kullanılmasına, tıbbi otoriteler yetkilidir. Tıbbın yerleşik kuralları, bu tür olaylarda ilke olarak belirleyicidir, tedavinin gereği olan bir tedbir insanlık dışı veya aşağılayıcı görülemez. Mahkeme bu olayda tıbbi gerekliliğin mevcudiyetinin gösterildiğini belirtmektedir. Başvurucunun uzun süre elleri bağlı olarak yatakta bağlı tutulması endişe verici bulunmakla birlikte, Mahkemenin önündeki deliller, o dönemdeki genel olarak kabul edilmiş psikiyatri ilkelerine göre, tıbbi gerekliliğin bu muameleyi haklı kıldığını göstermektedir. Bu nedenle md 3 ihlali bulunmamaktadır. Bu şikayetle

ilgili olarak aynı gerekçeye dayanılarak md 8 bakımından da ihlal bulunmamıştır¹⁵.

Mahkemenin daha yeni bir kararı olan *Nevmerzhitsky – Ukrayna*¹⁶ davasında ise olayın farklılıkları göz önüne alınarak 3. md bakımından ihlal yönünde karar verilmiştir. Hakkında cezai soruşturma ve kovuşturma yapılan başvuru tutulduğu süre içinde çeşitli tarihlerde açlık grevi yapmıştır. Başvurucu milli yetkililer tarafından gösterilen herhangi bir tıbbi gereklilik olmamasına rağmen kendisinin zorla beslendiğini ve bunun kendisine zihinsel ve fiziksel acı verdiğinden şikayetçidir. Mahkeme daha önceki *X – Almanya* ve *Herczegfalvy – Avusturya* kararlarına gönderme yaparak değerlendirme yapmıştır. Mahkeme bu iki karardaki temel yaklaşımını değiştirmemektedir. Tıbbi gereklilik halinde zorla beslemenin mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte bu uygulamanın nasıl gerçekleştirildiğinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁷. Mahkeme, başvurusunun ölümcül sonuçların belirlenmesi halinde dahi yiyeceksiz veya ilaçsız bırakılması gerektiğini savunmadığını, sadece kendisini zorla beslemek için tıbbi gereklilik bulunmadığını iddia ettiğini dikkate almıştır. Ukrayna iç hukukunun gereği olan (4.3.1992 tarihli Kararname) “başvurucunun sağlık durumunda yaşamı tehlikeye sokan bir zayıflamanın varlığını ortaya koyan sağlık kurulu raporu”nun ve “cezaevi müdürünün kararı”nın Hükümet tarafından sunulamamış olması Mahkemenin kararında önemli rol oynamıştır. Mahkeme başvurusunun zorla beslenmesi için ulusal makamlar tarafından ortaya konmuş bir “tıbbi gereklilik” bulunduğunu Hükümetin gösteremediği sonucuna varmıştır. Bu durumda Mahkemeye göre zorla beslemenin keyfi olduğu varsayımı yapılabilir. Zorla besleme sırasında usuli güvencelere saygı gösterilmemiştir. Bu nedenlerle yetkili makamların zorla beslerken başvurusunun menfaatlerine uygun biçimde hareket ettikleri söylenemez¹⁸.

Bu kararlar çerçevesinde devletin kontrolü altında bulunan ve açlık grevine giren kişiler bakımından İHAK ve İHAM’ın yaklaşımının net

¹⁵ *Herczegfalvy v. Austria*, 24.09.1992, para. 82-83, 86.

¹⁶ *Nevmerzhitsky v. Ukraine*, 05.04.2005. Kararın özeti için bkz. Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasası*, Legal yay., İstanbul 2006, s. 94-96.

¹⁷ Para. 94.

¹⁸ Para. 96.

olduğu söylenebilir. Bedeni üzerinde kalıcı zararlar doğması veya yaşamının tehlikeye girmesi ihtimallerinin doğması halinde devletin kontrolü altında bulunan ve açlık grevine giren kişi zorla beslenebilir. Fakat, bu uygulama yapılırken kullanılan yöntemler önemlidir, gerekenden fazla güç kullanmayarak ve hekim kontrolünde bir uygulama yapılması gerekmektedir. Bu koşullara uyulması halinde İHAM kişinin iradesi hilafına zorla beslenmesini Sözleşmeye aykırı bulmamaktadır. Nitekim Bakanlar Komitesinin 8 Nisan 1998 tarihli Tavsiye kararı da bu yöndedir. Tavsiye kararına göre, açlık grevinde olan kişinin tedaviyi reddetmesi halinde buna saygı gösterilmesi ve açlık grevinin sonuçları hakkında aydınlatılması gerektiği belirtilmekle birlikte, açlık grevi yapanın durumu önemli ölçüde kötüleştiğinde hekimin durumu yetkili makama rapor etmesi ve profesyonel standartlar da dahil olmak üzere milli hukuka göre adım atması gerektiği belirtilmektedir.

3) İHAM'ın İntihara Yardıma İlişkin Yaklaşımı

Pretty – Birleşik Krallık davası¹⁹ ise hekim olmayan üçüncü bir kişinin hastanın ölümüne yardım etmesi talebi ile ilgilidir. Bu olayda başvuru Pretty 42 yaşındadır ve motor sinir hastalığından (motor neurone disease MND) muzdariptir. Bu hastalık ilerleyen bir kas zayıflığına neden olmaktadır. Hastalığın ilerlemesi sonucunda kollar ve bacaklarda ciddi güçsüzleşme söz konusu olmakta ve nefes almayı kontrol eden kaslar da etkilenmektedir. Ölüm genellikle nefes almayı sağlayan kasların güçsüzleşmesi neticesinde, konuşma ve yutmayı kontrol eden kasların güçsüzleşmesi ile birlikte akciğer iltihabına ve solunum yetmezliğine yol açmasıyla gerçekleşmektedir. Hiçbir tedavi hastalığın gelişimine engel olamamaktadır. Başvurucunun durumu, MND teşhisinden sonra hızla kötüleşmiştir. Başvurucu kararın verildiği tarihte hastalığın ileri bir safhasındadır. Boynundan aşağısı tutmaz durumdadır, anlaşılabilir bir biçimde konuşamamakta ve bir tüp vasıtasıyla beslenmektedir. Geriye kalan yaşam süresi oldukça azdır, sadece aylar veya haftalar olarak tahmin edilmektedir. Bununla birlikte zihni ve karar verme yeteneği zarar görmemiştir. Hastalığın son aşamaları aşırı ıstıraplı ve onur kırıcıdır, bu nedenle başvuru ne zaman ve nasıl öleceğini kontrol etmek ve böylece acı ve onursuzluktan kurtulmak istemektedir.

¹⁹ *Pretty v. United Kingdom*, 29.04.2002.

İngiliz hukukunda intihar suç değildir, fakat başvuru hastalığı nedeniyle yardım almaksızın bunu kendi başına yapacak durumda değildir. İngiliz hukukuna göre intihara yardım suçtur²⁰. Başvurucunun avukatı, başvuru kocasının intihara yardım edebilmesi için, Başsavcıya bir dilekçe ile başvurarak, başvuru eşi intihara yardım ettiği takdirde soruşturma açmayacağına dair taahhüt vermesini istemiştir. Savcı, hangi istisnai koşullar olursa olsun savcıların ileride işlenecek bir suç için dokunulmazlık veremeyecekleri gerekçesiyle, bu tür bir taahhüt vermeyi reddetmiştir. Başvuru Başsavcılığın kararına karşı yargı yoluna gitmiş, fakat mahkeme başvuruyu reddetmiştir. Karara karşı kanun yoluna başvurulmuş fakat sonuç alınamamıştır. Pretty İHAS md 2, 3, 8, 9, ve 14'ün ihlal edildiği iddiası ile İHAM'a başvurmuştur.

a) Yaşama hakkı bakımından değerlendirme

Başvuru kendisinin intiharına yardım edilmesinin yaşama hakkını düzenleyen 2. md ile çelişmediğini, aksi halde intihara yardımı hukuka aykırı kabul etmeyen ülkelerin bu md'yi ihlal etmiş olacaklarını belirtmiştir. Ayrıca, md 2'nin sadece yaşama hakkını değil, aynı zamanda yaşama devam edip etmemeyi de içerdiğini belirtmiştir. Başvurucuya göre, yaşamdan yoksun bırakmaya ilişkin hüküm bireyleri üçüncü kişilere karşı, yani Devlet ve kamu otoritelerine karşı korumaktadır, kendilerine karşı değil. Bu nedenle md 2, bireyin yaşama devam etmek veya etmemek konusundaki seçimini onaylamakta ve yaşama hakkının sonucu olarak onursuzluktan ve önlenemez acılardan kaçınmak için ölme hakkını korumaktadır.

Mahkeme ise 2. md'de güvence altına alınan "yaşama" hakkının negatif yönünü de içeren bir biçimde yorumlanabileceğine ikna olmamıştır. Mahkeme bir özgürlük tasarımının o özgürlüğün uygulanmasına ilişkin olarak bazı seçimleri de içerdiğini gözlemlemekte, örneğin md 11 çerçevesinde örgütlenme özgürlüğünün sadece bir örgüte katılmayı içermeyip aynı zamanda bir örgüte katılmaya zorlanmamayı da içerdiğini

²⁰ 1961 Suicide Act md 2 fkr 1: "Bir kişinin intihar etmesine veya intihara teşebbüs etmesine yardım eden, cesaret veren, öğüt veren, teşvik eden (sebebiyet veren) 14 yılı geçmemek üzere hapis cezası ile cezalandırılır." 4. fkr: "bu madde çerçevesinde soruşturma ancak Başsavcılık (director of Public Prosecutions) tarafından başlatılabilir".

kabul etmekle birlikte²¹, Sözleşmenin 2. md'sinin farklı terimlerle kaleme alındığını belirtmektedir. Mahkemeye göre 2. md yaşamın niteliği veya kişinin yaşamı ile ilgili olarak neyi seçtiğine ilişkin konularla ilgili değildir. Md 2, dili çarpıtılmadığı müddetçe, ölme hakkı olarak isimlendirilen tamamen zıttı bir hakkı içeriyormuş gibi yorumlanamaz; bir kişiye yaşam yerine ölümü seçme hakkı veriyormuş anlamında self-determinasyon hakkı yaratmaz²². Ayrıca Mahkeme Sözleşmeye taraf başka devletlerde intihara yardımın suç olmamasını bu davada değerlendiremeyeceğini belirtmekte ve intihara yardıma izin veren bir ülkede hakim olan koşullar md 2'yi ihlal etmese dahi, bu durum farklı bir önermeyi –Birleşik Krallık'ın intihara yardıma izin vermediği için md 2'deki yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucunu- doğurmaz demektedir²³

b) İşkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağı bakımından değerlendirme

Başvurucu yaşadığı acıların Sözleşme md 3 anlamında aşağılayıcı muamele olduğunu öne sürmektedir. Hükümet bu durumdan doğrudan sorumlu olmamakla birlikte, md 3 çerçevesindeki içtihatlar göre Devlet, sadece bu tür durumları yaratmama anlamında negatif yükümlülük altında değildir, aynı zamanda insanları bu anlamda korumak pozitif yükümlülüğündedir. Bu olayda Devlet, katlanmak zorunda olduğu acıdan başvurucuyu korumak için adımlar atmak yükümlülüğündedir.

Mahkemeye göre ise, 3. md'ye ilişkin içtihatlar daha çok kendi egemenliği altındaki kişilere ciddi zararlar vermekten kaçınmaya yönelik Devletlere negatif yükümlülük yüklemektedir. Bununla beraber, md 3'ün temel önemi ışığında, başka tür durumlara da cevap verebilmek amacıyla Mahkeme kendisine bir esneklik alanı yarattığını da belirtmektedir²⁴.

²¹ *Yong, James and Webster v. U.K* 13 08, 1981, para. 52; *Sigurd A. Sigurjonsson v. Iceland*, 30.6.1993, para. 35

²² *Pretty v. United Kingdom*, para. 39.

²³ Para. 41.

²⁴ *D v. U.K.*, 2.5.1997, para. 49. Bu davada bir AIDS hastası, Birleşik Krallık'dan hastalığı için etkili bir tıbbi ve palyatif tedavi olmayan St Kitts adasına nakledilmekteydi ve bu durum son derece ıstırap verici koşullarda ölme riskini ortaya çıkarabilirdi. Devletin sorumluluğu başvurucuyu bu şartlar altında nakil fiilinden ("muamele") doğmaktaydı. Mahkemeye göre *Pretty* olayı *D. v. U.K.* kararından farklıdır, çünkü *Pretty* Devletin tıbbi yetkilileri tarafından uygun bakım alamadığından şikayetçi değildir, bu nedenle Birleşik Krallık'ın kıyaslanabilecek herhangi bir "muamele"si yoktur. *Pretty v. U.K.*, para. 53.

Mahkemeye göre, bu olayda ilgili Devlet kendisi her hangi bir kötü muamelede bulunmamıştır. Mahkeme başvurusunun kendi yaşamını sonlandırma imkanına sahip olmadığından ıstıraplı bir ölümle karşılaşacağını ve bedensel yetersizliği nedeniyle kendi başına intihar etmesinin mümkün olmadığını, hukuki durumun da kocasının yardım etmesine izin vermediğini kabul etmektedir. Fakat bu olayda Devletin pozitif yükümlülüğü kamu organlarının veya özel kişilerin kötü muamelesini önleme veya daha iyi koşullar veya bakım sunma gibi yollarla zararı ortadan kaldırma ya da hafifletmeyi içermediği için ve Sözleşmenin 3. md'sinden Devletin yaşamı sonlandırmaya yönelik fiilleri onaylaması yükümlülüğü çıkarılmayacağı için 3. md ihlali de bulunmamıştır²⁵.

c) Özel yaşam hakkı bakımından değerlendirme

Başvurucu Self determinasyon (kendi kaderini belirleme) hakkının kişinin kendi bedeni hakkında ve bedenine ne olacağı ile ilgili karar verme hakkını da içerdiğini savunmaktadır. Başvurucu, bunun ne zaman ve nasıl öleceğini seçmeyi de içerdiğini ve ölümünün zamanı ve ölüm şeklinden başka hiçbir şeyin kişinin yaşamını sürdürme şekliyle daha yakından bağlantılı olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle başvuru taahhütname vermemesinin ve Devletin intihara yardıma mutlak bir yasa getirilmesinin md 8'deki hakkını ihlal ettiğini belirtmektedir.

Mahkeme öncelikle kendi bedeni ve ölümü hakkında karar verme hakkının özel yaşam hakkına ilişkin md'nin koruma alanı içinde olup olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, daha önceki kararlarına atıf yaparak²⁶ "özel yaşam"ın geniş bir terim olduğunu, tüketici bir şekilde tanımlamanın uygun olmadığını, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de kapsadığını belirtmiştir. Örneğin, cinsiyet kimliği, ismi, cinsel yönelimi ve cinsel yaşamı gibi unsurlar, md 8 tarafından korunan kişisel alan içindedir. Mahkemeye göre, md 8 aynı zamanda kişisel gelişme hakkı ve diğer insanlarla ve dünyayla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da korur. Her ne kadar daha önce bu tür bir self-determinasyon hakkını md 8 kapsamında ele alan davalar oluşmamışsa da, Mahkeme kişisel

²⁵ Para. 55-56.

²⁶ *X and Y v. Netherlands*, 26.3.1985, para.22; *Mikulic v. Croatia*, 2002, para. 53

özerklik kavramının, maddenin güvencelerinin yorumunun temelini teşkil eden önemli bir ilke olduğunu dikkate almıştır²⁷.

Mahkeme, bir kişinin kendi yaşamını kendi seçimleri doğrultusunda sürdürme imkanının aynı zamanda ilgili kişi için fiziksel veya ahlaki olarak tehlikeli veya zarar verici faaliyetlerde bulunma imkanını da içerdiğini gözlemlemektedir. Bu nedenle Mahkemeye göre, kişinin hareketi sağlık açısından tehlike oluştursa veya yaşamı tehdit edici olsa da Sözleşme organlarının içtihatları, Devletin zorlayıcı veya cezalandırıcı tedbirler uygulamasını md 8 anlamında özel yaşama müdahale edici görmekte ve 2. fkr anlamında haklılığını aramaktadır²⁸. Yukarıdaki durumlarda başvuruçuların davranışlarının sonuçta ölümü amaçlamamış olması Mahkemeye göre belirleyici bir unsur değildir. Tıbbi tedavi çerçevesinde belirli bir tedaviyi reddetmek kaçınılmaz olarak ölümcül bir sonuca götürebilir, bununla beraber, akli melekeleri yerinde yetişkin birinin rızası alınmaksızın, bir tedavinin uygulanması 8. md'nin koruduğu hakları ilgilendirebilecek bir şekilde kişinin fiziksel bütünlüğüne müdahale oluşturur. İç hukukta kabul edildiği gibi, bir kişi yaşamını uzatacak etkideki bir tedaviye rıza göstermeyerek ölme hakkını kullanmayı savunabilir²⁹. Mahkeme, Sözleşmede korunan yaşamın kutsallığı ilkesini inkar etmeden, md 8 çerçevesinde yaşamın niteliği kavramının anlam kazandığını dikkate aldığını belirtmektedir. Daha uzun yaşam beklentisine bağlı olarak tıbbi karmaşıklığın büyüdüğü bir dönemde, pek çok kişi kendi düşünceleri ve kişisel kimlikleri ile çelişen bir biçimde, yaşlılıklarında veya yaşlılıktan dolayı ilerlemiş fiziksel veya mental düşkünlük aşamalarında can çekişmeye zorlanmamaları gerektiğini düşünmektedir³⁰. Sonuç olarak Mahkeme kişinin kendi bedeni ve yaşamı üzerinde karar verme hakkının özel yaşam hakkının bir parçası olduğunu kabul ederek bu hakka yapılan müdahalenin 8. md'nin 2. fkr'sı gereklerine uygun olup olmadığını incelemiştir.

Md 8'deki bir hakkın kullanımına müdahale "hukuka uygun" olmadığı, fkr'daki meşru amaç veya amaçları gütmeyeceği veya "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı durumlarda md 8/2'ye uygun olmaz. İnti-

²⁷ *Pretty v. U.K.*, para. 61.

²⁸ Örn bkz. *Laskey, Jaggard and Brown v. U.K.*, 19.2.1997, 24 EHRR 39; tıbbi tarama ve testlerin reddi, *Acmanne and others v. Belgium*, no 10435/83, 10.12.1984, DR 40, p. 255

²⁹ *Pretty v. U.K.*, para. 63.

³⁰ Para. 65.

hara yardımının sınırlanması bu davada yasayla öngörülmüştür, meşru amaç yaşamın güvencelenmesi ve böylece başkalarının yaşamlarının korunmasıdır. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, demokratik bir toplumda gereklilik kavramı, müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap vermesi ve özellikle güdülen meşru amaçla orantılı olması biçiminde uygulanmaktadır; bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı belirlenirken, Mahkeme, kararları Sözleşmenin gereklerine uygunluk bakımından Mahkeme denetiminde bulunan milli yetkililer için ayrılan takdir alanını dikkate almaktadır. Yetkili milli makamlara tanınan takdir alanı, konunun niteliği ve tehlikede bulunan menfaatin önemine göre değişecektir³¹.

Tarafların savları başvurunun davasındaki müdahalenin orantılılığı üzerinde yoğunlaşmıştır. Başvurucu özellikle, kendi durumunu dikkate almaya olanak tanımayan intihara yardıma ilişkin yasağın mutlak niteliğini eleştirmiştir. Başvurucu kendi başına tamamen aydınlanmış ve istemli şekilde karar verebilecek bir yetişkin olduğunu, baskıdan uzak olduğunu ve bu nedenle koruma gerektiren ve zarar görebilecek bir durumda görülemeyeceğini belirtmiştir. Bu katılık, ona göre, büyük bir kişisel bedel ödeyerek ıstırap verici ve iyileşmesi mümkün olmayan hastalığının sonuçlarına katlanmasına zorlamak anlamına gelmektedir. Mahkemeye göre Devlet genel ceza hukuku aracılığı ile yaşama ve başkalarının güvenliğine zarar veren eylemleri düzenlemeye yetkilidir. Söz konusu olan 1961 Yasasının 2. md’si, zayıf ve zarar görebilecek olanları ve özellikle yaşamı sonlandırmayı veya yaşamın sonlandırmasına yardımcı amaçlayan fiillere karşı aydınlatılmış kararlar almaya uygun koşullarda olmayan kişileri koruyarak yaşamı güvence altına almak için düzenlenmiştir. İntihara yardıma ilişkin genel yasağın esnetilmesi veya istisnalar yaratılması halinde riskleri ve muhtemel kötüye kullanma olaylarını değerlendirmek öncelikle Devlettir. Güvence imkanları ve koruyucu usullere ilişkin savlara rağmen açık bir kötüye kullanma riski bulunmaktadır³².

Mahkeme bu nedenle intihara yardıma ilişkin yasağın mutlak niteliğini orantısız görmemektedir. Hükümet, bir suçlamanın yapılabilmesi için Başsavcılığın onayının gerektiğini ve azami ceza öngörülerek uygun

³¹ Para. 70-71.

³² Para. 74.

olduğu takdirde daha aşağı cezaların verilmesine olanak tanındığını belirterek her bireysel olay için esnekliğin olduğunu söylemektedir. Seçkin Komitenin raporuna göre, 1981 ve 1992 arasında yirmi iki “merhametli öldürmenin” söz konusu olduğu davada sadece bir cinayet hükmü verilerek ömür boyu hapis cezası verilmiştir, diğerlerinde daha hafif suçlamalar yapılmış ve çoğu kefaletle salıverilmiş veya cezalar ertelenmiştir. Mahkeme, her somut olayda bir dava açmanın kamu yararına olup olmadığına bakılmasını, adil ve doğru cezalandırma ve caydırma gereklerinin incelenmesini keyfi görmemektedir. Başsavcının başvurusunun kocasına yönelik olarak önceden soruşturma yapmayacağına dair taahhüt vermesi de orantısız değildir. Hukukun uygulanmasından kişilerin veya kişi gruplarının istisna tutulmasına yönelik yürütme tarafından bir beyanda bulunulmasına karşı hukuk devletine ilişkin güçlü argümanlar yöneltilebilir. Muafiyet talep edilen eylem o kadar ciddidir ki başsavcılığın bunu reddetme kararının makul olmadığı veya keyfi olduğu söylenemez³³. Mahkeme, davadaki müdahalenin başkalarının haklarının korunması bakımından “demokratik bir toplumda gerekli” olduğuna ve bu nedenle md 8’in ihlal edilmediğine karar vermiştir.

d) İnanç ve düşünce özgürlüğü bakımından değerlendirme

Başvurucu md 9’un veganizm veya pasifizm gibi inançlar da dahil olmak üzere düşünce özgürlüğünü koruduğunu belirtmektedir. Başvurucu kocasının intiharına yardımını isterken kendisi için intihara yardım kavramını desteklemekte ve inanmaktadır. Birleşik Krallık başvurusunun bireysel koşullarını dikkate almaksızın mutlak bir yasak getirerek, Başsavcılık da soruşturma açmayacağına ilişkin taahhüt vermeyi reddederek bu hakkına müdahale etmiştir. Mahkeme başvuru ile aynı görüşte değildir. Mahkeme her görüş veya kanaatin md 9/1 tarafından güvencelenen anlamda bir inanç oluşturmayacağını belirtmekte ve başvurusunun taleplerini 1. fkr’nın ikinci cümlesinde belirtilen ibadet, öğretim, uygulamalar ve gereklerine uyma yoluyla bir inanç veya dinin dışı vurumunu oluşturmayacağını saptamaktadır. Mahkemeye göre, başvurusunun görüşleri kişisel özerklik ilkesine bağlılığını yansıttığından iddiası Sözleşmenin 8.

³³ Para. 76-77.

md'si çerçevesindeki şikayetlerinin tekrarı niteliğindedir.³⁴ Bu nedenlerle Sözleşmenin 9. md'si ihlal edilmemiştir.

e) Ayrımcılık yasağı bakımından değerlendirme

Başvurucu, kendi durumundan oldukça farklı koşullarda olanlarla aynı muameleye maruz kaldığını ve bu nedenle kendisine ayrımcılık yapıldığı iddiasındadır. İntihara yardıma ilişkin mutlak yasak herkese eşit biçimde uygulansa da, yardım olmaksızın yaşamını sonlandıramayacak derecede sakat olan kendisine bunun uygulanması ayrımcı sonuç yaratmaktadır. İntihar etmesi hastalığı nedeniyle engellenmediği için yardım olmaksızın kendi yaşamlarını sona erdirebilen diğerlerinin kullanabildiği bu hakkı başvurusunun kullanması engellenmektedir. Mutlak yasak bakımından, Hükümet tarafından sunulan tek gerekçe zarar görebilecekleri korumaktır, başvuru zarar görebilecek veya korunmaya muhtaç olmadığına göre, bu farklı muameleyi haklı gösterebilecek nesnel veya makul bir gerekçe yoktur.

Mahkemeye göre, 14. md açısından, meşru bir amaç güdülmeyerek veya kullanılan araçlarla güdülen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunmayarak, makul ve nesnel bir haklılık gösterilemiyorsa, önemli ölçüde benzer veya kıyaslanabilir durumlarda olan kişilerin farklı muamele görmesi ayrımcılıktır³⁵. Ayrımcılık, nesnel ve makul haklılık olmaksızın, Devletin önemli ölçüde farklı durumlardaki kişilere farklı muamele etmemesi durumunda da ortaya çıkabilir³⁶. Fakat Mahkemeye göre, intihar etme imkanına sahip ve sahip olmayanlar arasında ayırım yapılmamasının nesnel ve makul haklılığı bulunmaktadır. Mahkeme Sözleşmenin 8. md'si çerçevesinde, hukukta zarar görmeyecek olanlar için ayrıcalıklar getirilmemesine gösterilen önemli nedenlerin 14. md açısından da geçerli olduğunu belirtmektedir. Bu iki kategori arasındaki sınır çoğunlukla çok incedir ve intihar edemeyecek kişiler olarak görülenler için hukukta ayırım yapılması 1961 Yasası ile güvencelenen yaşamın korunmasına ciddi bir biçimde zarar verir ve kötüye kullanma riskini önemli ölçüde artırır³⁷. Sonuç olarak, bu olayda Sözleşmenin 14. md'si ihlal edilmemiştir.

³⁴ Para. 82.

³⁵ *Camp and Bourini v. Netherlands*, no 28369/9 ECHR 2000-X, para 37.

³⁶ *Thlimmenos v. Greece*, no. 34369/97, ACHR 2000-IV, para. 44.

³⁷ *Pretty v. U.K.*, para. 89.

4) İHAK ve İHAM Kararları Karşısında Ötanazinin Yeri

İntihara yardıma ilişkin *Pretty* kararında İHAM kişi özerkliğini değil yaşamın kutsallığı/dokunulmazlığı tezini ön plana çıkarmaktadır. Açlık grevine ilişkin İHAK ve İHAM'ın kararlarında da benzer bir yaklaşım içinde olduğu söylenebilir. Bedeni üzerinde kalıcı zararlar doğması veya yaşamının tehlikeye girmesi ihtimallerinin doğması halinde devletin kontrolü altında bulunan ve açlık grevine giren kişi uygun yöntemler kullanılmak kaydıyla zorla beslenebilir. Dolayısıyla ötanazinin de İHAM tarafından Sözleşme çerçevesinde korunan bir hak olarak görülmeyeceği sonucuna varmak gerekir. İHAM kişinin bedeni ve yaşamı hakkında karar verme hakkını tartışırken geleneksel yaklaşımların ötesine geçememektedir. Sözleşmeyi kişi özerkliği ile değil yaşamın kutsallığı ile okumaktadır.

Fakat bu kararlardan ötanaziye veya hekim yardımlı intiharı hukukileştiren ülkelerin Sözleşmeyi ihlal ettikleri sonucu da çıkarılamaz. İHAM Sözleşmeye taraf başka devletlerde intihara yardımın suç olmamasını *Pretty* davasında değerlendirmemekle birlikte intihara yardıma izin veren bir ülkede hakim olan koşulların md 2'yi (yaşama hakkını) ihlal etmeyebileceğini de belirtmektedir.

Ayrıca İHAM 8. md bakımından değerlendirme yaparken “özel yaşam”ın geniş bir terim olduğunu, tüketici bir şekilde tanımlamanın uygun olmadığını, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de kapsadığını belirtmiştir. İHAM'a göre, tıbbi tedavi çerçevesinde belirli bir tedaviyi reddetmek kaçınılmaz olarak ölümcül bir sonuca götürebilir, bununla beraber, akli melekeleri yerinde yetişkin birinin rızası alınmaksızın, bir tedavinin uygulanması 8. md'nin koruduğu hakları ilgilendirebilecek bir şekilde kişinin fiziksel bütünlüğüne müdahale oluşturur. Bu nedenle Mahkeme kendi bedeni ve yaşamı hakkında karar verme hakkının özel yaşam hakkının bir parçası olduğunu kabul etmektedir. Fakat bu hakkın md 8/2'deki ölçütlere uygun olarak sınırlanabileceğini de öngörmektedir. Dolayısıyla kötüye kullanma risklerini dikkate alarak bir devletin ötanazi veya hekim yardımlı intiharı yasaklaması mümkündür. Fakat aynı zamanda bir devletin kötüye kullanma tehlikesini bertaraf edici önlemleri alarak ötanazi ve hekim yardımlı intiharı tanınması da mümkündür. Diğer bir deyişle İHAM devletlerin bu konudaki takdir haklarını ön plana çıkarmaktadır.

Nitekim ötanazi ve hekim yardımcı intihar konusunda Batı'da farklı yaklaşımları olan ülkeler bulunmaktadır. Belçika ve Hollanda hukukları belli koşullar çerçevesinde aktif ötanaziyi kabul etmektedirler. Estonya, İsviçre, Hollanda ve ABD'de Oregon Eyaleti hukukları intihara yardımcı benimsemektedirler. İsviçre, Danimarka, Norveç, Birleşik Krallık, Almanya ve ABD hukukları da pasif ötanaziye izin verebilmektedirler³⁸.

Sonuç

Kişinin bedeni ve yaşamı üzerinde karar verme hakkı tıp bilimindeki gelişmelere paralel olarak daha yoğun bir biçimde tartışılmaktadır. Yaşamın kutsallığı tezi, kişi özerkliği tezi ile çatışma halindedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde de konu gündeme gelmiştir. Doğrudan ötanaziye ilişkin olmamakla birlikte, açlık grevi ve intihara yardım konuları İHAS organları tarafından ele alınmıştır. İHAK ve İHAM'ın yaklaşımı zorla besleme ve intihara yardımcı yasaklamanın Sözleşmeyi ihlal etmediği yönündedir. İHAK ve İHAM kişi özerkliğini değil yaşamın kutsallığı tezini ön plana çıkarmaktadırlar. Dolayısıyla Sözleşme çerçevesinde ötanazinin de bir hak olarak görülmediği sonucuna varmak gerekir. Fakat bu kararlardan ötanaziyi veya hekim yardımcı intiharı kötüye kullanma risklerini bertaraf edici önlemleri olarak huku-kileştiren ülkelerin Sözleşmeyi ihlal ettikleri sonucu da çıkarılamaz. İHAM devletlerin bu konudaki takdir haklarını ön plana çıkarmaktadır.

³⁸ Bkz. http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Activities/Euthanasia

**HEKİMİN SORUMLULUĞU
DAVALARINDA DELİLLER
VE İSPAT**



YENİ CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NA GÖRE TIBBİ DELİLLER VE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Prof. Dr. Feridun YENİSEY^(*)

Giriş

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunumuz, “bilirkişi incelemesi” başlığı altında “bilirkişi” (CMK 62) ve “uzman” (CMK 67/6) adını verdiği taraf bilirkişinin hukuki konumunu yeniden düzenledi (CMK 62-73). Bu yazıda, Yeni Kanundaki düzenlemeleri, genel hatları ile açıklayacağız.

Hakim delilleri vicdani kanaatiyle serbestçe değerlendirir ve isbat konusunda hüküm verir (CMK 217/1). Hakimin teknik konularda bilgi almaya ihtiyacı vardır.

Hakim hüküm verirken, tasım yolu ile, küçük ve büyük önermeleri kullanır. Büyük önermeyi teşkil eden “tecrübe kaidesi”, bilimsel ve teknik bilgileri gerektirir. Küçük önermeyi teşkil eden “delil muhtevasının öğrenilmesi” de, özel ve teknik bilgiyi gerektirebilir¹. Bilirkişi bu konuda, “hakimin yardımcısıdır”².

Bilirkişi bazen hakime sadece “tecrübe kaidelerini” bildirmekle yetinir ve sonuç çıkarma yapmaz. Mesela, yabancı hukuk hakkında bilgi aktarması veya belli bir yöredeki ticari örf ve adeti açıklaması, muhasebede defter tutma yöntemlerini açıklaması, bu tür bir bilirkişiliktir.

Hâkimlerin teknik sahalarda uzman olmalarına imkân yoktur. Hâkim, teknik bilgiye sahip olsa da onu kullanmamalıdır. Buna “*hâkimin*

^(*)Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu (K/Y/N 2006), Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Arıkan, İstanbul Mart 2006, No. 42.5.

² BGHSt 9, 293; Wolfgang Joecks, ‘Studienkommentar StPO’, Beck, München 2006, 137.

teknik konudaki şahsî bilgisini kullanamaması prensibi" denilir. Hakim hüküm vereceği konudaki teknik ayrıntıları bilse bile, bu bilgiyi tartışma imkânı olmadığı için, teknik bilgisini kullanamaz ve bir bilirkişi görüşü alır. Bilirkişinin raporu duruşmada ortaya konacak ve taraflarca tartışılacaktır. Bu nedenle, bilirkişiden sadece hâkim değil, kollektif hükme katılan her süje yararlanmalıdır. Uzman göreşe alınması, bunun için kabul edilmiştir.

1) Bilirkişi incelemesinin hukuki nitelikleri.

Teknik sahada bilgi alma, *bilirkişi* veya *uzmana* başvurarak gerçekleştirilir.

Bilirkişi – uzman farkı. "Bilirkişi" mahkeme, hakim veya C. savcısı tarafından re'sen veya tarafların istemi üzerine tâyin edilir (CMK 63).

Yeni Kanunun "uzman" adını verdiği (CMK 67/6). tarafların seçtikleri bilirkişi ise, bir tür "teknik müşavirdir". Kanunumuza göre bunlar da bilirkişilerdir. Fakat hâkimin tâyin ettiği bilirkişiden farklı tarafları vardır. Kovuşturma evresinde taraflar uzman statüsündeki teknik müşvirlerini "*doğrudan doğruya davet*" ettirebilirler (CMK 68/3). Sanık duruşma devresinde, uzmanını, davet için müracaat etmeden de *getirebilir* (CMK 178). Uzmanların isimleri ile adresleri karşı tarafa münasip bir zaman önce bildirilmelidir (CMK 179). Bundan maksat, karşı tarafın bu kimseler hakkında bilgi edinebilmesidir.

Bilirkişi mütalaası delil değildir. Bilirkişi raporu delilleri değerlendirme aracıdır ve günümüz ceza muhakemesinde görülen davaların konularının karmaşık bir hal alması nedeniyle önemi giderek artmıştır. Bilirkişi müstakil davranarak ve sadece bilirkişilerin bağlı buldukları inceleme kuralları çerçevesinde araştırmalar yaparak, elde ettiği bilgileri mahkemeye vermek mecburiyetindedir³.

Bilirkişi mütalâası, bir delil değil, delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. İsbat vasıtası olan delil, parmak izi veya belge gibi, muhtevasının öğrenilmesi küçük önermeyi teşkil eden şeydir. İsbat konusunda hüküm verebilmek için, hem delil muhtevasının öğrenilmesi, hem de büyük önermeyi teşkil edecek tecrübe kaidelerinin bilinmesi gerekebilir.

³ Dettler NSTZ 1998, 61.

Hakim bilirkişi mütalaası ile bağlı değildir. Bilirkişi, hüküm verenin müşaviri olduğundan, istişarenin mahiyeti icabı olarak, hüküm verenler, özellikle hâkimler, bilirkişinin mütalâaları ile, Adî Tıp Genelkurulunun teknik ihtisas alanındaki kararları istisnası dışında, bağlı tutulamazlar⁴.

Bilirkişinin de yanılması mümkündür. Böyle bir şüpheye düşen hâkim, bir başka bilirkişiye inceleme yaptırmalıdır. Hâkim, bilirkişinin mütalâasını kabule mecbur olmamakla beraber, niçin kabul etmediğini bilimsel olarak izah etmeğe mecburdur.

Bilirkişiye başvurulabilen haller. Bilirkişiye hangi hallerde başvurulacağını kanunumuz göstermiştir: "çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin rey ve mütalâasının alınmasına karar verilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı olan konularda *bilirkişi* dinlenemez" (CMK 63/1).

Hakim, belli bir bilim ve tekniğe ilişkin özel bilgiyi gerektiren her halde, o konuda bilgili olsa dahi, bilirkişiye başvurmalıdır. 2004 kanun koyucusu mülga CMUK 66/1'deki "bilirkişiye başvurma mecburiyetini", yerinde bir şekilde, terketmiş ve görevlendirilmesini takdire bırakmıştır.

Ancak, 63'ncü madde dışında, belli bazı konularda bilirkişiye başvurma mecburiyetini ayrıca düzenlemiştir: 1) Gözlem altına alınma (CMK 74), 2) Beden muayenesi (CMK 75), 3) Moleküler genetik incelemeler (CMK 78), 4) Ölünün adli muayenesi (CMK 86), 5) Otopsi (CMK 87) ve 6) Zehirlenme şüphesi üzerine inceleme (30) (CMK 89) konularında bilirkişi görüşü alınması mecburidir.

Bilirkişi görevlendirme kararı. Bilirkişiye başvurma yetkisi, kaide olarak, mahkeme ve hâkimlik makamlarına verilmiştir (CMK 63/2). Bu makamlar hazırlık soruşturmasında sulh hâkimliği, duruşmada hazırlığında mahkeme başkanlığı ve duruşma mahkemedir.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu "soruşturma evresinde C. Savcısının bilirkişi atamasını düzenlenmiştir (CMK 63/3). Bu istisna, inceleme resmî bilirkişilerde yapıldığında sakıncalı değildir. Gerçekten, hâkim de yaptırsa, aynı resmî bilirkişiye başvuracaktır. Keza, yemin söz konusu

⁴ K/Y/N 2006, 42.5, dn. 23.

olmadığında da sakınca yoktur. Savcının taraf olarak bilirkişi incelemesi yaptırması, hattâ o kişiyi duruşmaya getirebilmesi mümkündür. Bu uzmana, savcı yemin verdirememelidir. Netekim sanık da taraf olarak seçtiği bilirkişisine yemin verdiremez⁵.

Makamınca görevlendirme kararı (CMK 63) verilmemişse, teknik konuyu derinlemesine bilen kişi, "bilirkişi" sıfatını kazansınmaz. Bilirkişi incelemesi yaptırılması kararı, tarafların isteği üzerine verilebileceği gibi re'sen de verilebilir.

İncelemeyi yapacak bilirkişilerin sayısının ve şahsının tâyini, kaide olarak, bu kararı verme yetkisi olan makama aittir. 1985 den beri bilirkişi sayısı 3 ile sınırlanmıştı (CMUK "85-3206" 66/1) (34). Yeni Kanun bu sınırlamayı kaldırmıştır. Ancak, bilirkişinin sayısını istisna olarak Kanunun tâyin ettiği vardır. Meselâ otopsi bir hekim tarafından yapılır (CMK 86/3).

Bilirkişinin vasıfları. Bilirkişinin belli vasıfları olmalıdır. Bunların başında aranılan sahada ihtisas gelir. Kanun bunu sağlamak amacıyla, uzman bilirkişilerin listelerinin oluşmasını öngörmüştür. Her yıl adli yargı adalet komisyonları tarafından bir liste düzenlenecek ve bilirkişi listedekilerden seçilecektir. Diğer illerde oluşturulmuş listelerden de yararlanma kabul edilmiştir (CMK 64/1).

Diğer taraftan, bilirkişi, hâkimin yardımcıısı sıfatıyla, onun gibi, objektif de olmalıdır. Bu vasfı sağlamak için, bilirkişinin, hâkim gibi, aynı sebeplerle reddi ve çekinmesi kabul edilmiştir (CMK 69, 70). Reddi kabul edilen bilirkişi mütalâa bildirmiyecek, bildirmişse nazara alınmayacaktır⁶.

Kamu hizmetlerinden yasaklılık veya belli bir meslek ve sanatı icranın tatili cezasına mahkûm olanlar, bu süre içinde bilirkişilik edemezler. Keza tanık olmağa mâni hal de bulunmamalıdır (CMK 45, 46, 48).

⁵ K/Y/N 2006, No. 42.5.

⁶ CMUK 76/2. maddede bu hususta açık bir hüküm mevcut iken, yeni Kanunda yoktur. Ancak, tanıklık hâkimliğe mâni olduğu halde, bilirkişiliğe kaide olarak mâni olmaz. Sadece, tanıklık ile bilirkişilik aynı hususa taallük ediyorsa, tanıklık tercih edilir (CMUK 68/3).

Bilirkişilik yapan kişi veya kurumlar. Bilirkişi daima uzmanlığı belgelenmiş gerçek bir şahıs olmalıdır. Bilirkişinin şahsının istisna olarak kanunlarla belirtildiği vardır. Belli hususlarda mütalâa beyanı ile kanun tarafından görevlendirilmiş olanlara *resmî bilirkişi* denilmektedir. Resmî bilirkişilik görevi içinde görev yapan gerçek kişi, bilirkişidir. Mahkemede raporu sunacak olan da odur. Hükmi şahıs adına gayrimuayyen bir kişi değil.

Resmî bilirkişi kabul edilmişse, görevini yapmasını engelliyen özel sebepler olmadıkça, bu “öncelikle” atanır, yerine başkası tâyin edilemez (CMK 64/3). Resmî bilirkişilerin görevlerini yapmasını engelliyen özel sebepler varsa, yerlerine başkaları seçilebilir (CMK 64/3).

Yüksek Sağlık Şurası (YSS), Türk Sağlık Hukukunda bilirkişilik yapma konusunda yetkilendirilmiş resmi bir kuruluştur. Yüksek Sağlık Şurası Sağlık Bakanlığının sürekli bir kuruluşu olup, 1219 sayılı Kanun 1593 numaralı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevlerine Dair Kanun hükümlerine göre bilirkişilik görevi yapmaktadır⁷.

Yüksek Sağlık Şurası, sağlık mensuplarının kusur oranlarını tespit etmektedir. Şura üyeleri bilim adamları arasından seçilen üyelerle, sağlık Bakanlığı müsteşarı danışma ve inceleme kurulu başkanı, temel sağlık ve yataklı tedavi genel müdürlerinden oluşmaktadır. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının Kuruluşu Hakkındaki KHK'nın 31 inci maddesine göre, 11 üyeli yüksek sağlık şurası önemli sağlık ve sosyal yardım konuları hakkında görüş bildirmek ve tebabet şubeleri sanatlarını ifadan doğan adli konularda görüş vermek görevine sahiptir.

Yukarıda belirtildiği gibi, Yüksek Sağlık Şurası doktorların kusur durumlarını tayine yetkilidir. Buna karşılık, mağdurdaki arazın niteliğini tayin etme yetkisi, Adli Tıp Kurumuna verilmiştir. Yüksek Sağlık Şurası tedavi ile ilgili genel ilkeler de belirlemektedir⁸.

⁷ Hamit Hancı, Malpraktis, Seçkin Ankara 2002, 20..

⁸ Mesela: Hastalığın çok anormal bir döneminde hekime getirilen hastanın ölmesinden hekim sorumlu tutulamaz (YSS 24.11.1969 K. 62,61 ve 12.1.69 K. 6239; Hancı 2002, 21). Bir haftadan beri gelip geçen şiddetli göğüs ağrısı bulunan hastaya “kalp nevrozu” teşhisini koyamayan doktor sorumlu kabul edilmiştir (YSS 22.1.1967) Uzman cerrah tarafından gerekli ameliyat yapılmaması hekimin vazifede ihmal ve tedbirsizliği olarak kabul edilmiştir (YSS 25.11.1968, K. 62,15). Yaptığı müdahaleden sonra kanamalı hastayı uzun süre muayenehanesinde tutarak hastaneye sevketmemek suretiyle görevde

Mahkemeler tıp mesleklerinin uygulanmasından doğan suçlarda bilirkişiye başvurmada serbest bulunmakla birlikte, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 75 nci maddesine göre, raporlarıyla bağlı olmamak⁹ koşulu ile, Yüksek Sağlık Şurasının görüşünün alınması mecburi tutulmuştur.

Bu yasanın düzenlemesi sadece ceza mahkemelerinden bahsettiği için diğer mahkemelerin ve adli makamların yüksek sağlık şurasından bilirkişi görüşü almak mecburiyetleri olmadığı kabul edilmektedir.

Yüksek Sağlık Şurası yılda bir kez toplanır bunun adaletin gecikmesine neden olduğu iddia edilmektedir. İş yükünün çok olduğu ve dosya üzerinden inceleme yapıldığı ve bu nedenle de ilgililerin muayenesi ve dinlemesinin yapılmadığı bilinmektedir¹⁰.

Bilirkişinin ödev ve yetkileri. Bilirkişilerin mecburiyetleri¹¹ ile yetkileri şöylece sınırlanabilir:

Bilirkişiler için *kabul mecburiyeti* kaide olarak yoktur. İstisna olarak, şu kimseler kabule mecburdurlar (CMK 65): Resmî bilirkişiler, incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatla iştigali meslek edinenler veya meslek edinmeğe mezun olanlar, incelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar.

Belli bilirkişiler için *çekinme mecburiyeti* vardır: Kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar (CMK 64/3), Meslek sırrı gerektirdikçe müdafiler, hekimler, diş hekimleri ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler (CMK 46), hapis cezasının alt sınırı beş

ihmal gösteren doktorun hastanın ölümünden 4/8 oranında kusurlu olduğu kabul edilmiştir (YSS 20.2.1980 K. 7142).

⁹ 1. CD. 12.12.1967; Hancı 2002, 22. Yargıtay, Yüksek Sağlık Şurasının görüşü alınmadan esas mahkemesinin hüküm vermesini bozma sebebi yapmaktadır (2 CD. 8.3.1989, E. 1262, K. 1559; 9 CD. 2.3.1977 E. 506, K. 336). Aynı husus hukuk mahkemeleri için geçerli değildir. Hukuk davaları açısından Yüksek Sağlık Şurasının bilirkişinin olarak görevlendirilmesi, Yargıtayca sorunlu görülmemektedir (4 HD. 13.3.1973, 1973/2684-2978; 4 HD 15.1.1976 E. 1975/6495, K. 1976/344; Hancı 2002, 25). Yüksek Sağlık Şurasında alınan kararlar ve buradaki olgulara ilişkin açıklamalar hakkında bakınız, Hancı 2002, 29-50.

¹⁰ Hancı 2002, 23.

¹¹ KYN 2006, No. 42.6.

yıldan daha az olan suçlarla ilgili olarak, belli koşullarda devlet sırları gerektirdikçe, Devlet memurları (CMK 47).

Bilirkişi soruşturma veya kovuşturma evresinde adli bir işlem yapmakla görevlendirildiği için, incelemesi yaparken öğrendiklerini gizli tutmak zorundadır, yani *sır saklama mecburiyeti vardır*.

Bilirkişi kabul ettiği görevi *dürüstlük*¹² yapmak mecburiyetindedir. Kasden hakikat hilâfına mütalâa beyan etmek suçtur (YTCK 276).

Gelmek mecburiyeti. "Mütalâa beyanı ile mükellef olan" (CMK 71), yani görevi isteyerek veya mecburiyet dolayısı ile kabul eden bilirkişi için kabulden sonra usulü dairesinde davet edilince *gelmek mecburiyeti* vardır. Gelmezse, tanıklar gibi zorla getirilir¹³.

Mütalâa beyanı ile mükellef olan bilirkişi için, gelince, mütalâasını söylemeden veya raporunu vermeden önce, *yemin etmek mecburiyeti* vardır (CMK 64/5). Savcıların bilirkişi tâyin yetkisinin istisna olarak kabul edildiği hallerde de bu mecburiyet vardır. Yemin, bilirkişilerin taraf tutmadan, tamamen ilim ve tekniğe uygun olarak mütalâa beyan etmeleri için kabul edilmiş bir tedbirdir. O neviden mütalâa beyan etmek üzere evvelce genel olarak yemin etmiş kimselere yeniden yemin verilmeyip bunlar eski yeminlerine göre mütalâa beyan ederler (CMK 64/5).

Mütalâa beyanı mecburiyeti. Bilirkişiliği kabul eden bilirkişi, çekinmesi kabul edilmedikçe, *mütalâa beyanı mecburiyetindedir* (CMK 71). Aksi takdirde bu hareketinin sebebiyet verdiği masrafları ödemekle beraber disiplin hapsine çarptırılır (CMK 71, 60/1).

Bilirkişiliği kabul eden bilirkişi, çekinmesi kabul edilmedikçe, tâyin edilen *süre içinde yazılı mütalâasını bildirmeğe mecburdur*. Süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi hakkında 66/2. madde uygulanır ve 64. maddede öngörülen listelerden çıkarılabilir, gecikme dolayısıyla uğranılan zararların ödetilmesine karar verilebilir.

¹² Mülga CMUK döneminde mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli olmak ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, 1990.3628 numaralı Kanun uyarınca işlem yapılırdı (CMUK "2003.5020" 76/4). Bu hüküm yeni Kanuna alınmamıştır.

¹³ Gelmek mecburiyetinden kurtulmak için asılsız sebep ileri sürmek mülga TCK'nun 282. maddesinde ayrıca suç olarak düzenlenmişken, Yeni TCK da bağımsız suç olarak düzenlenmemiştir.

Bilirkişinin yetkileri. Bilirkişinin yetkileri¹⁴ şunlardır: *Çekinme yetkisi.* Bilirkişinin *çekinme yetkisi* vardır. Bilirkişi tanıkların çekinme sebeplerine, veya makbul diğer sebeplere dayanarak mütalâa beyanından çekinebilir (CMK 70). Sebebin makbul olup olmadığını hâkim takdir edecektir.

Sanığa soru sormak. Bilirkişi, lüzum görürse ve bu da kabul edilirse, şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin bilgisine başvurmak, *tanıkları dinlemek ve sanığı (mahkeme başkanı hakim veya Cumhuriyet Savcısı aracılığı ile) sorguya çekmek yetkisi*'ni de haizdir (CMK 66/4).

Dosyayı inceleme. Bilirkişi, lüzum görürse ve bu da kabul edilirse, *dosyayı tetkik etme*, tanıkların dinlenmesinde ve sanığın sorguya çekilmesinde hazır bulunma ve bunlara *sual sorma yetkileri*'ne maliktir (CMK 66/6). Başkan, hakim veya C. Savcısı bilirkişinin doğrudan soru sormasına da izin verebilir (CMK 66/6). Muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi ise, zorunlu saydığı soruları izin almadan doğrudan sorabilir.

Tazminat. Bilirkişi, kaybettiği vakit için bir "*tazminat*" ile *inceleme ve seyahat masraflarını* ve çalışması ile uygun bir "*ücret alma hakkı*"nu haizdir (CMK 72).

2) Bilirkişi incelemesinin yapılması.

"Bilirkişi incelemesi" şu safhalardan geçerek yapılır¹⁵:

Bilirkişinin davet edilmesi. Bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verildikten sonra, bilirkişiye davetiye çıkarılır (CMK 62), davet üzerine gelmemenin kanunî sonuçlarının bu davetiyede gösterilmesi gerekir (CMK 43).

Hakimin bilirkişiye konuyu açıklaması. Gelen bilirkişi, inceleme konusu hakkında aydınlatılır, inceleme yapıp mütalâasını rapor halinde bildirmesi için süre tâyin edilir. Bu süre, duruma göre değişir fakat üç ayı geçemez (CMK 66/1).

Bilirkişi incelemesinin yapılması. Kanunun 66/3. fıkrasında, bilirkişinin görevini, kendisini atamış olan merci ile ilişki içinde yerine geti-

¹⁴ KYN 2006, No. 42.7.

¹⁵ KYN 2006, No. 42.8.

receği, gerekirse gelişmeler hakkında bilgi vereceği hüküm altına alınmıştır. İnceleme sırasında hâkimin huzuru şart değildir.

Bilirkişi görevini yerine getirirken, tıbbi operasyonlar yapabilir, mesela, bedenden kan örneği almak gibi tıbbi müdahalelerde (Verrichtungen) bulunur. Bilirkişi tecrübe kaidesinin içeriği konusunda ve yaptığı araştırmaların neticeleri hakkında hakime uzmanlık bilgisini verir. Bilirkişi mesela, ölen kişinin vücudunda zehir bulunup bulunmadığı gibi konularda, bulgu tespiti yapar. Bilirkişi sahip bulunduğu uzmanlık bilgisi sayesinde, belli olguları tespit eder, yani olgu değerlendirmesi yapar. Bilirkişinin en çok uyguladığı yöntem budur. Yabancı hukuk kuralları hakkında bilgi vermek. Bilirkişi istisnai olarak ve büyük ölçüde yabancı hukukla sınırlı olmak üzere, hakime hukuki bilgi verir.

Değerlendirilecek olgular. Bilirkişinin inceleme konusunu oluşturmuş olgular (Anknüpfungstatsachen), kendisine kural olarak mahkeme tarafından bildirilir¹⁶. Bilirkişi incelemesi sırasında “olgu” tespit edebilir. Bilirkişinin yaptığı inceleme sırasında, kendi uzmanlık bilgisine dayanarak tespit ettiği olgular (Befundstatsachen), bilirkişi raporu içeriği sayesinde duruşmada delil olarak kullanılırlar¹⁷.

Bilirkişi incelemesini yaparken, daha evvel yaptığı incelemelerden veya özel bir hekim olarak yaptığı tedavilerden öğrenmiş bulunduğu olguları da raporunda zikrederse, duruşmada bu olgular da ikame edilebilir.

Ek olgular: Ceza koşturmasını yapan organların kendiliklerinden ve özel bir uzmanlık bilgisine sahip olmadan belirleyebilecekleri olgulara ise, ek olgular (Zusatzstatsachen) adı verilir. Bu tür ek olgular, bilirkişinin tanık sıfatıyla dinlenmesi yolu ile duruşmada ikame edilirler.

Bilirkişinin inceleme sırasında algıladığı hususlar. Bilirkişi kendi algılamalarını da değerlendirebilir. Zira bilirkişi raporunu hazırlamak için yaptığı inceleme sırasında bazı kokular duyabilir. Bazı şeyler hissedebilir. Bilirkişinin bilirkişiye başvurması. Bilirkişi yaptığı inceleme sırasında başka uzmanların bilgisini sorup bunları da kullanabilir¹⁸.

¹⁶ KK – Senge vor § 72 Rn. 3.

¹⁷ BGH 18, 108 = NJW 1963, 401.

¹⁸ BGH 22, 269 = NJW 1969, 196.

Mütalaanın bildirilmesi. Bilirkişi yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklayan raporu ilgili mercie verir (CMK 67/1). Kovuşturma evresinin duruşma aşamasında, sözlülük kaide olduğundan, rapor vermiş olan bilirkişinin dinlenmesi de kaideyi oluşturur. Ancak, dinlemeğe ihtiyaç yoksa, raporun okunması ile yetinilebilir.

Bilirkişi raporunun mahkeme tarafından değerlendirilmesi. Mahkeme bilirkişi tarafından hazırlanan raporu kendisi de denetlemek zorundadır. Hiç bir denetim yapmadan bilirkişi görüşleri hükme yansıtılamaz. Mahkeme bilirkişinin vardığı hükmün doğruluğuna kanaat getirmeli ve bu kanaatinin gerekçesini de yazarak hükme öyle yansıtmalıdır¹⁹.

Hâkim, mütalâayı kanaat husulü ile yeter görmezse, başka inceleme yaptırabilir. Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulları ve İhtisas Daireleri mütalâaları kanaat verici görülmezse, Adli Tıp Genelkurulunun mütalâası da istenebilir.

Hakim bilirkişinin raporunda ileri sürdüğü görüşleri kabul etmediği takdirde Bunun da gerekçesini yazmak mecburiyetindedir²⁰. Hakimin bilirkişi görüşünü kabul etmediği konusunda gerekçe göstermesi, Yargıtay denetiminin sağlanması açısından zorunludur. Bu nedenle, bilirkişinin raporunu düzenlerken, mahkemenin bunu tek başına değerlendirebileceği şekilde, bir hukukçu için anlaşılabilir kelimelerle ifade etmesi yerinde olur²¹. Bilirkişi tanık değildir. Zira yerine bir başkası ikame edilebilir. Bir kişinin tanık mı yoksa bilirkişi mi olduğu şekli olarak kendisine gönderilen çağrı kağıdına göre değil, sonuç olarak mahkemede verdiği bilginin içeriğine dayanılarak tespit edilir²².

Raporun verilmesinden sonra yapılan işlemler. Rapor üzerine bazı noktalarda izahat alınmağa lüzum görülürse, bilirkişilerin sözlü veya yazılı olarak bu noktalar hakkında mütalâaları alınır. Yeni Kanununun 68. maddesinde, mahkemenin her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği, ilgililerden birinin istemesi halinde de bilirkişinin duruşmaya çağrılabilceği hüküm altına alınmıştır.

¹⁹ BGH 12, 314 = NJW 1959, 780.

²⁰ BGH NSTZ 1963, 327.

²¹ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 1508.

²² BGHNstZ 1985, 182.

Dinlenme suretiyle sözlü olarak mütalâanın bildirilmesinden sonra taraflar bu mütalâaya karşı diyeceklerini diyebilirler ve bilirkişiye sual sorabilirler (CMK 215). Bilirkişi mütalâalarının tartışılması, hâkimin bir kanâata varması hususunda çok faydalıdır.

3) Bilirkişinin cezai ve hukuki sorumluluğu:

Hekim olan bilirkişinin sorumluluğu, hizmet kusuru, görev kusuru, kişisel sorumluluk olmak üzere, üç şekilde kendisini gösterebilir.

Hizmet kusuru Anayasa'nın 56 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasındaki "Devletin hayat beden ve ruh sağlığını korumak ve geliştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlaması yükümüne" dayanır.

Anayasa Devlete kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarını denetleme görevi vermiştir. Devlet denetleme görevini yerine getirmek veya kusurlu bir şekilde yerine getirirse, hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu doğabilir²³.

Görev kusuru: Resmi görevli hekimlerin Anayasa'nın 40 ncı maddesinde yer alan "kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın devletçe tazmin edilmesi ve görevliye rücu ile ilgili düzenlemesiyle, Anayasamızın 129/5 maddesindeki memurların görev kusurlarından doğan tazminat davalarının idare aleyhine açılması kuralı gereği memurların görev kusurlarından sorumlulukları doğar²⁴.

Hizmet dışı işlenen kişisel kusur: Sağlık personeli hizmet dışında ve hizmetle ilişkisi bulunmayan bir fiili nedeniyle zarar doğmasına neden olmuşsa bundan dolayı açılacak davalara adli yargıda bakılması kabul

²³ Oğuz Polat, Tıbbi Uygulama Hataları, Seçkin Ankara 2005, sh. 268. Bu konudaki ilk dava Sağlık Bakanlığı aleyhine açılmış ve İstanbul 3. İdare Mahkemesinde görülmüştür. Mahkeme sağlık bakanlığını hastaneyi zamanında denetlemediği ve caydırıcı müeyyide uygulamadığı gerekçeleriyle mahkum etmiştir. Bu konudaki bazı örneklere göre; sol kalçası yerine sağ kalçası ameliyat edilen, parmağındaki siğilin tedavisi için başvuran kişiye, hemşire tarafından doktor tarafından yazılan ilaç yerine başka bir ilaç enjekte edilmesi üzerine kangren olan parmağın kesilmesi, ameliyat sonrası şişen bacağın nöbetçi doktora haber verilmesine rağmen nöbetçi doktorun durumu ameliyatı yapan doktora bildirmemesi üzerine kangren olan bacağın kesilmesi gibi olaylarda Danıştay ameliyat sonrası bakımın aksaması, gerekli tedavinin yapılmaması gibi nedenlerle idarenin hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varmıştır.

²⁴ 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesi de rücu hakkı saklı kalmak üzere, davanın ilgilinin çalıştığı kurum aleyhine açılması öngörülmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi hizmet kusuru ile kişisel kusurun birleştiği hallerde, davanın idareye karşı ve idari yargı da açılması gerektiğine karar vermektedir.

edilmiştir²⁵. Hekimlere karşı açılabilir olan davalar, hangi yargı merciinde açılırsa açılınsın, hatalı bir tıbbi uygulama sonucu zarar görme iddiasına dayandığı için, tıbbi uygulamanın hatalı olduğu ve bundan bir zarar doğduğunun belli olması gerekir. Bu durum tespiti ise, bilirkişi incelemesini beraberinde getirir.

Hekimler ile ilgili olarak taksirli suç dışında; hastayı hastaneye kabul etmemek, acil tedavi yapmamak, meslek sırrını ifşa hak sağlığı için bulaşıcı hastalıkları duyurmama gibi suçlar²⁶ ortaya çıkabilir. Ancak en genel suç, tıbbi uygulama hatası ile ilgili iddialardır. Bu konuda Oğuz Polat ile Erhan Büken tarafından yapılan bir araştırmada²⁷ Adli Tıp Kurumunda yapılan olgu incelemelerinde en çok kadın hastalıkları ve doğum (% 16, 82), genel cerrahi (%10, 69) nöroloji (%10,53) ve anestezi (%9,43) alanlarında tıbbi uygulama hatası yapıldığı tespiti yapılmıştır.

4) Güvenlik Tedbiri Muhakemesinde bilirkişilik .

Fiili işlediği sırada yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı nedeniyle ceza sorumluluğu olmayan kişiye, ceza verilemez, güvenlik tedbiri uygulanır. Güvenlik tedbiri de bir yaptırımdır. Bu yaptırımın kişiye uygulanabilmesi için, bir muhakeme yapılması gerekir. Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi (YTCK 57) veya 12 yaşını doldurmamış olan çocuklarla (YTCK 31/1), 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış olanların "işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olan çocuklar (YTCK 31/2) hakkında hükmedilecek güvenlik tedbirinden önce, failin gerçekten bu durumda olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu husustaki

²⁵ Polat 2005, 272.

²⁶ Sağlık personeli tarafından yapılan hatalı uygulamanın suç oluşturabilmesi için, fiilin kanunla suç olarak düzenlenmiş olması ve genellikle de taksiri bulunması gerekir. Yeni Türk Ceza Kanununun 21, 22, 23 (netice sebebiyle ağırlaşmış suç) 24, 30, 50, 53, 73, 83 (kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi, 85 taksirle öldürme, 86 kasten yaralama, 87, 88, 89, 90, 91, 98, 99, 101, 102, 122, 136 (kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, 137, 186 (bozulmuş ilaçların ticareti), 187 hayatı tehlikeye sokacak şekilde ilaç yapma 188 uyuşturucu ticareti 190, 204 (resmi belgede sahtecilik) 205, 210, 211 (çocuğun soybağını değiştirme), 257 (görevi kötüye kullanma) 276 (gerçeğe aykırı bilirkişilik) 278 (suçu bildirmeme) 279 (kamu görevlisinin suçu bildirmemesi) 280 (sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi ve 287 nci maddesindeki genital muayene suçları sağlık personelinin ceza sorumluluğunu ilgilendiren maddeler olarak düzenlenmiştir.

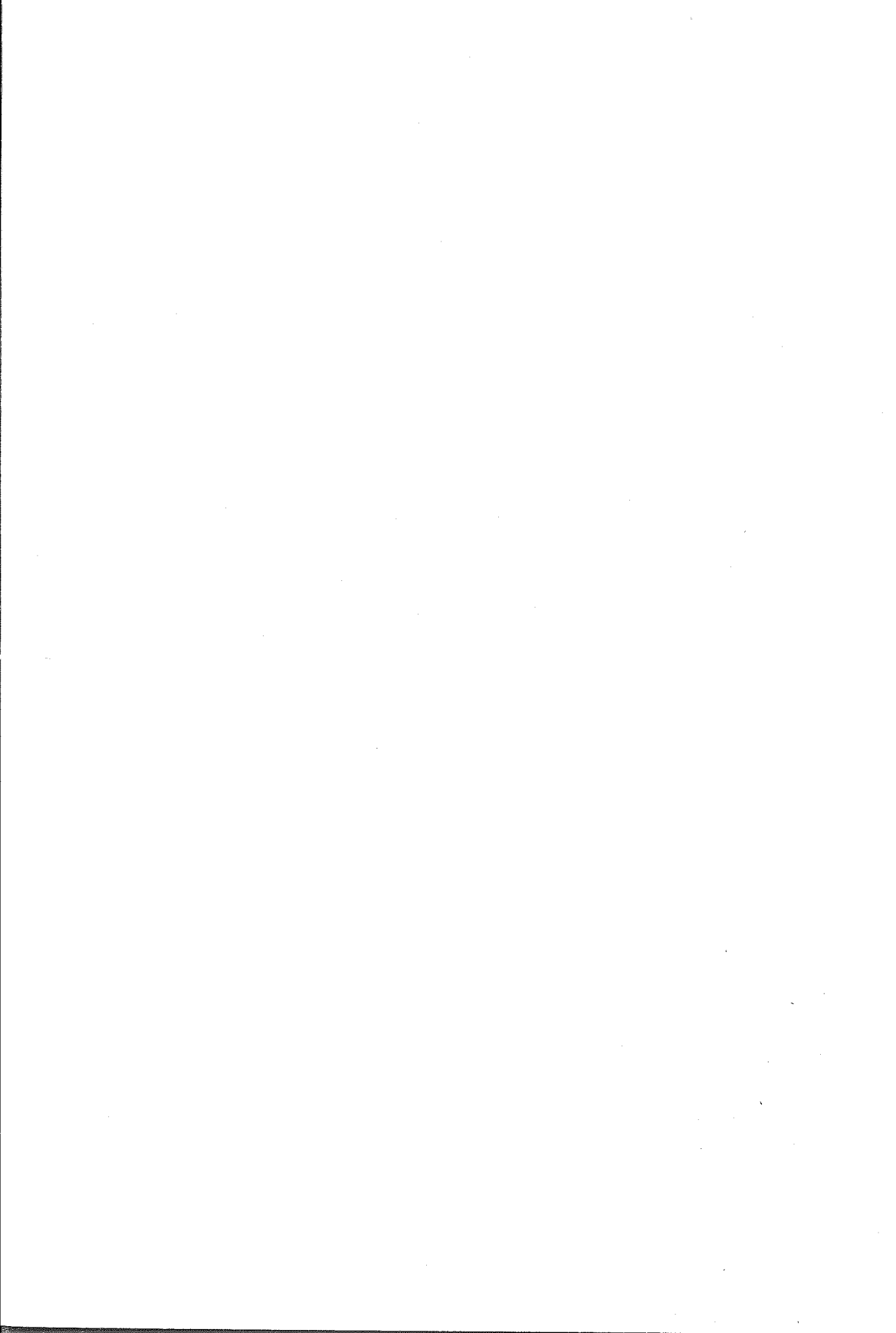
²⁷ Polat 2005, 299.

tespit, bilirkişi incelemesini gerektirir (CMK 74). Akıl hastalığının kişinin davranışları üzerindeki etkisinin saptanması için, resmi bir sağlık kurumunda üç haftayı geçmemek üzere, “gözlem” altına alınmasına karar verilebilir.

Sonuç :

Bilirkişi incelemesi, teknik konuda uzman olmayan hakim için, bazı hallerde maddi gerçeği ortaya çıkarmada önemli bir vasıta, bazı hallerde ise, büyük bir hata kaynağıdır. Hakiminin hüküm verirken bilirkişinin yönlendirmelerinden kurtulabilmek ve “silahlarda eşitliği sağlamak” üzere, taraf bilirkişisi olan uzman görüşüne de itibar etmesi yerinde olur.

Ancak, bilirkişinin bilirkişisi hakimin kendisidir. Hakim davada konu olan teknik hususu bilemez. Ancak, dava sırasında, bu konuyu, bilirkişi ve uzmanın görüşleri doğrultusunda derinlemesine araştırarak “öğrenmek”, hakimin görevidir. Ceza muhakemesinde maddi gerçeği ortaya çıkarmak zorunda olan hakim, dava konusu teknik konunun bütün ayrıntılı teknik tartışmalarını da araştırırsa, bilirkişi raporunda ileri sürülen görüşleri daha iyi değerlendirir.



BEDEN MUAYENESİ

Doç. Dr. Ayşe NUHOĞLU^(*)

Genel Olarak

Delil elde etmek amacıyla kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının sınırlandırılabilceği hemen bütün ülkelerde kabul edilmiştir. Bazı ülkelerde bu konuda ceza muhakemesi kanununda hüküm bulunurken bazı ülkelerde konu özel kanunlarla düzenlenmiş, diğer bazı ülkelerde ise aramaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Örneğin Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 81a vd. paragraflarında konu düzenlenmişken, Fransız hukukunda konu özel kanunlarda düzenlenmiştir. Sürücülerin alkol kontrolü için veya kişinin vücudunda taşıyarak uyuşturucu madde ticareti yaptığı şüphesi varsa gümrük hukuku uyarınca beden muayenesi yapılabilecektir¹. İtalyan Hukukunda ise aramaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir².

Hukukumuzda Ceza Muhakemesi Kanunundaki beden muayenesine ilişkin düzenlemeler Anayasa'nın 17. maddesindeki kişinin dokunulmazlığı hükmünün istisnasını oluşturmaktadır. Gerçekten Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, "tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan tıbbi ve bilimsel deneylere tabi tutulamaz". Anayasa'nın 17. maddesinde sözü edilen "kanunda yazılı haller" in bir kısmının Ceza Muhakemesi Kanununun 75 vd. maddeleri oluşturmaktadır.

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ KÜHNE, Hans-Heiner; Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2003, s. 610.

² KÜHNE, s. 628.

Adli amaçlı beden muayenesine ilişkin hükümler CMK 75, 76 ve 77. maddeler ile Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelikte³ düzenlenmiştir. Bu hükümlere aykırı beden muayenesinin yaptırımları ise kısmen TCK'nun 287. maddesinde düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesinde Kanununda beden muayenesine ilişkin düzenleme, şüpheli veya sanığın beden muayenesi (m. 75) ve diğer kişilerin beden muayenesi (m. 76) olarak ikiye ayrılmıştır. Yine beden muayenesi iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. Ancak dış beden muayenesine ilişkin düzenleme Ceza Muhakemesi Kanununda bulunmayıp, sadece Yönetmelikte bulunmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda “muayene” ve “müdahale” ayrımı yapılmamıştır. Oysa her iki kavram farklı şeylerdir. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 81a maddesinde bu ayrım yapılmaktadır. Muayene, tıp kurallarına göre bazı sonuçlar elde etmek için vücuda dokunularak yapılan birtakım tespitlerdir. Müdahale ise, vücuda operasyonel bir giriş söz konusudur⁴.

KAPSAM

Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca beden muayenesi **sadece delil etmek amacıyla** yapılabilir. Örneğin şüphelinin teşhisi amacıyla saç, sakalı kesilebilir veya boyanabileceği, bunun insan onuruna aykırı olmadığı kabul edilmektedir⁵. Buna karşılık şüphelinin kusturularak midesindeki uyuşturucunun çıkarılması amacıyla birtakım ilaçların verilmesinin insan onuruna aykırı olduğu belirtilmektedir⁶. Tedavi amaçlı veya diğer amaçlı muayeneler, örneğin bekaret kontrolleri Kanun ve Yönetmelik kapsamında olmadığı gibi, bu hallerde TCK'nun 287. maddesinin de uygulanması düşünülemez⁷. Zira adli amaçlı olmayan beden muayenele-

³ RG. 01.06.2005/25832

⁴ YENİSEY, Feridun; Beden Muayenesi ve Örnek Alma, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 71.

⁵ GRÜNWARD, JZ 1981, s. 423. KÜHNE, s. 247.

⁶ OLG Frankfurt StV 1996, s. 651. Buna karşılık şüpheli kusturulmadığı takdirde uyuşturucunun midesinde çözülme tehlikesi varsa müdahale edilebilecektir (KÜHNE, s. 247).

⁷ Zira TCK'nun genital muayene başlıklı 287. maddesi Kanunun Millete ve Devlete Karşı Suçlar kısmının, Adliyyeye Karşı Suçlar başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Suçlar

rinde hakim veya savcı kararı aranmayacağı için 287. maddenin unsurlarının oluşması da söz konusu olmaz.

Bunun yanında gözaltına alınan şüphelinin sağlık kontrolünde de, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin⁸ sağlık kontrolü başlıklı 9. maddesi uygulanır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 75/son⁹ ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 5/son fıkrası uyarınca, “Özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır”.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 23. maddesi uyarınca kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinde **başkasına ait** olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, şüphelinin vücut yüzeyinden kendisine ait biyolojik örnek alınmasında madde uygulanamaz. Madde uyarınca biyolojik örnek alınması ancak bunların üçüncü kişilere ait olması halinde mümkündür.

Beden muayenesi ile arama da farklılaştırılmıştır. Üst araması kişinin bedenine bakmayı da kapsar¹⁰. Vücudun aranması ve dış beden muayenesi birbirine oldukça yakın kavramlardır. Ceza Muhakemesi Kanununda sanık veya şüphelinin dış beden muayenesine ilişkin hüküm bulunmaması nedeninin kanunkoyucunun iradesinin bu konuda aramaya ilişkin hükümlerin uygulanması yönünde olduğunu da gösterebilir. Bir kişinin ağzındaki bir şeyin çıkarılması¹¹, koltuk altındaki bir eşyanın alınmasında dış beden muayenesine ilişkin hükümler değil, aramaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ağız, koltuk altı gibi diğer beden boşluklarında yapılan muayenelerde de -4. fıkarda belirtilen bölgeler hariç- arama hükümleri uygulanacaktır. Bunun yanında elden swap alınmasının beden

korunan hukuki yarar adliye olduğundan, ancak adli amaçlı, delil elde edilmesi amacıyla yapılacak genital muayenelerde hüküm uygulama alanı bulacaktır.

⁸ RG. 01.06.2005/25832

⁹ Fıkra maddeye 2005/5353 sayılı Kanunun 2. maddesi ile eklenmiştir.

¹⁰ YENİSEY, Beden Muayenesi, s. 70.

¹¹ Bir görüşe göre, ağız boşluğuna bakılması dış beden muayenesidir (ÖZTÜRK, Bahri; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. baskı Ankara 2006, s. 677

muayenesi olduğu belirtilmektedir¹². Ancak bu konuda Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 23. maddesinde açık hüküm bulunmaktadır.

Vücut boşluklarında yapılan işlemlerde üst aramasına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bunun üst araması sayılabilmesi için, beden yüzeyinde herhangi bir araç kullanılmaksızın yapıyor olması gerekir. Beden boşluklarında yapılan işlemde tıbbi araç kullanılmakta veya tıbbi müdahale yapılması söz konusu ise artık üst araması değil, beden muayenesi söz konusu olacaktır. Benzer şekilde bir kişinin enjeksiyon yapıp yapmadığı konusunda gömleğinin kaldırılması ve koluna bakılması üst aramasıdır¹³. Bunun arama olarak kabul edilebilmesi için sırf bakma şeklinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Beden muayenesi hükümlerinin uygulanması için, muayeneye konusunun canlı olması gerekir. Ölü üzerinden yapılacak örnek alma ve **muayene keşif veya otopsi** konusu olabilir.

Çocuğun soybağının tespiti amacıyla yapılacak DNA testleri de CMK'nun 78 ve 76. maddelerinde düzenlenen koşulların gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur. Gerçekten 76/3. fıkra, "çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir" hükmünü havidir. Çocuğun soybağının araştırılmasına bir suç sebebiyle gerek duyulabileceği gibi, suç olmaksızın da soybağının araştırılması gerekebilir. Her iki halde de 76/3. madde uyarınca soybağının araştırılması yapılabilecek midir? İkinci halin madde kapsamında olmadığı, medeni usul hukuku kuralları gereğince bu araştırmanın yapılması gerektiği kabul edilmelidir. Diğer bir ifade ile, çocuğun soybağının tespiti bir suçu aydınlatmak amacıyla gerçekleştiriliyorsa CMK'nun 76/3. fıkrası uygulanmalıdır. Zira kural olarak Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri ceza muhakemesinde ve ceza mahkemeleri tarafından uygulanır. Herhangi bir suçun aydınlatılması, failin tespiti amacı bulunmaksızın soybağının araştırılmasına gerek duyuluyorsa, ceza muhakemesi söz konusu değilse CMK'nun 76. maddesinin uygulanmaması gerekir. Bu konu Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının "soybağının tespiti için inceleme" başlıklı 296. madde-

¹² KIZILARSLAN, Hakan; Beden Muayenesi ve Örnek Alma, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 56.

¹³ YENİSEY, Beden Muayenesi, s. 70.

sinde düzenlenmiştir. Sözkonusu maddeye göre¹⁴, “Uyuşmazlığın çözümlü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hakim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir”. 2. fıkra uyarınca, “üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğünden kaçınmaz”.

CMK’nun 76/3. fıkrasının sadece suç ve suçluyu ortaya çıkarmak amacıyla, ceza muhakemesinde uygulanacağı kabul edildiğinde, aslında kanunda bu şekilde ayrı bir fıkra ile düzenleme yapmanın gereksiz olduğu sonucu da ortaya çıkacaktır. Çünkü ceza muhakemesinde soybağının tespiti amacıyla vücuttan örnek alma, mağdur, diğer kişiler, şüpheli veya sanık hakkında söz konusu olabilir. Bu kişilerden örnek almaya ilişkin genel koşullar, CMK’nun 75 ve 76. maddeleri zaten uygulanacaktır. Bu halde “soybağının tespitine ilişkin” ayrı bir fıkra ihdas etmek anlamsız olmuştur.

Şayet 76/3. fıkrası, medeni muhakemede de, örneğin herhangi bir suç sözkonusu olmaksızın sadece babalığın tespiti amacıyla uygulanabilir şeklinde bir yorumun doğru olmadığını kabul etmek gerekir. Zira, hukuk usulü kanunu varken, hukuk usulüne ilişkin bir kuralın ceza muhakemesi kanunda neden düzenlendiğinin izahı yoktur.

CMK’nun 76/3. fıkrasının kanun yapma tekniği ve sistematik bakımından yerinde bir düzenleme olmadığını belirtmek gerekir¹⁵.

¹⁴ Tasarı metni için bkz. www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/hmk.htm (26.06.2006)

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hırvatistan’a karşı Mikulic davasında, evlilik dışı doğan bir çocuğun açtığı babalık davasında, baba olduğu iddia edilen kişinin altı kez başvurulmasına rağmen DNA testi yaptırmayı reddetmesi imkanı veren düzenlemeyi İHAS’a aykırı bulmuştur. Mahkemeye, baba adayının DNA testi yaptırmama hakkı ile çocuğun soybağının tespit hakkı arasındaki çatışmayı değerlendirerek çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiği sonuca varmıştır. Hırvat kanunlarına göre babalığına hükmedilecek kişinin teste zorlanamayacağı hükmü nedeniyle DNA testi yaptırmayan Hırvat yetkililerin Sözleşmeden doğan pozitif yükümlülüğü yerine getirmediğine ve çocuğun özel yaşam hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir (Karar için bkz. UZELTÜRK, Sultan; Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004, s. 162).

DELİL YASAKLARI BAĞLAMINDA BEDEN MUAYENESİ

Beden muayenesine ilişkin hükümlerin, şüpheli veya sanık açısından aleyhe delil verme yasağı ve/veya susma hakkı ile bağdaşır bağdaşmadığı sorununun da irdelenmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Beden muayenesine ilişkin hükümlerin susma hakkının ihlali olmayacağı açıktır. Zira susma hakkı, şüpheli veya sanığın beyanda bulunma yükümlülüğüne ilişkindir. Muayenede ise bir beyan söz konusu değildir.

Aleyhe delil verme yasağının kapsamı sanık veya şüphelinin delilin elde edilmesinde aktif bir katılımının bulunup bulunmamasına bağlıdır¹⁶. Şayet delilin elde edilmesi için ilgilinin aktif bir katılımı gerekmekte ise ancak bu takdirde aleyhe delil verme yasağı söz konusu olabilecektir. Beden muayenesinde ise şüphelinin aktif bir katılımı bulunmamaktadır.¹⁷ Şüpheli veya sanığın muayeneye aktif bir katkıda bulunma yükümlülüğü bulunmasa da, muayene olmak için soyunmak zorundadır. Fakat bizzat kendisi, örneğin bağırsaklarında kontrast yaratsın diye bir şey içmeye zorlanamaz¹⁸.

Bu nedenlerle Avusturya gibi ülkelerde şüpheli veya diğer kişilerin aktif katılımını gerektiren beden muayenesinin rıza hilafına yetkili merciin emri ile yapılamayacağı kabul edilmektedir¹⁹.

BEDEN MUAYENESİ ÇEŞİTLERİ

Ceza Muhakemesi hukuku mevzuatımızda beden muayenesi, iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılarak düzenlenmiş, vücuttan örnek alınması iç beden muayenesi koşullarına paralel bir şekilde düzenlenmiş-

¹⁶ DÖNMEZER, Sulhi; Örgütlü Suçluluk Ve Hukuka Aykırı Deliller, Sempozyum Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1996, s.131.

¹⁷ Beden muayenesinde aleyhe delil verme yasağının sadece tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden de kaçınılabileceği yönündeki hükümlerle açıklamak kanımca yetersiz bir açıklamadır. Tanıklıktan çekinme hakkının özünde sadece aleyhe delil verme yasağı bulunmamak gerektir. Tanık objektif, tarafsız olmalıdır, tanıklıktan çekinme hakkının özünde bu tarafsızlık objektiflik bulunmaktadır.

¹⁸ YENİSEY, Beden Muayenesi, s. 72.

¹⁹ KÜHNE, s. 640.

tir. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de dış beden muayenesi ile paralel bir şekilde düzenlenmiştir.

İÇ BEDEN MUAYENESİ

Ceza Muhakemesi Kanununda da iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alma koşulları tek hükümde düzenlenerek adeta vücuttan örnek alma iç beden muayenesi sayılmıştır. Oysa Beden Muayenesi Yönetmeliğinde iç ve dış beden muayenesi farklı hükümlerde düzenlenmiştir.

İç beden muayenesi: Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesidir. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 4. maddesinin 3. fıkrasında cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayenede iç beden muayenesi sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Vücuttan örnek alınması, kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınmasıdır.

İç beden muayenesinde amaç, suça ve suçluya ilişkin delil elde etmek iken, vücuttan örnek alma da amaç, olay yerinde veya mağdur üzerinde bulunan suçluya ilişkin delillerle karşılaştırma yapmaktır.

İç beden muayenesinin koşulları

Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin/vücuttan örnek almanın koşulları CMK'nun 75. maddesi ile Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 4 ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Beden muayenesinde temel hakların kısıtlanması söz konusu olduğundan kıyasen genişletilmesi mümkün değildir²⁰. Koşullar;

Karar verme yetkisi; re'sen veya savcı veya mağdurun istemi üzerine hakim veya mahkemeye ait olup²¹, gecikmede sakınca varsa C. Savcısının emri ile de yapılabilir. Savcının emir verdiği hallerde bu emir 24 saat içinde hakim veya mahkeme onayına sunulur. Hakim veya mahkeme 24 saat içinde kararını açıklar. Sanık veya şüpheliye ilişkin iç beden

²⁰ Bilindiği üzere kıyas yasağı maddi ceza hukuku alanında sözkonusu olup, ceza muhakemesi hukukunda kıyas mümkündür. Ancak ceza muhakemesinde hukukunda da kanunda açıklık olmayan hallerde temel hakların kıyasen kısıtlanamayacağı kabul edilmektedir (KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2006, k.no: 47.2).

²¹ Soruşturma aşamasında iç beden muayenesi yapılıyorsa soruşturmanın yapıldığı yer sulh hakimi, kovuşturma aşamasında yapılıyorsa davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkeme ya da hakim karar verir.

muayenesi ilgilinin rızası ile yapılamaz. CMK'nun 75. maddesinde değişiklik yapan 5353 sayılı Kanunun gerekçesinde, müdafii huzurunda rıza göstermesi halinde, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi yapılabilmesi, vücudundan örnek alınabilmesi için karar alınmasına gerek bulunmadığı belirtilmekte ise de, bu gerekçe 75. maddenin metnine aykırıdır²².

İç beden muayenesi/örnek alınması yapılabilmesi bu müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmamasına bağlıdır. Beden muayenesi Yönetmeliği bunu “açıkça ve öngörülebilir bir zarar olmamasına” bağlıdır şeklinde belirtmiştir. Burada akla şu sorular gelmektedir: Uyuşturucu tacirinin midesindeki uyuşturucuyu çıkarmak mümkün olabilecek midir? Veya casusun yuttuğu bir kağıt, doğal yoldan vücuttan atılması beklenmeksizin cerrahi müdahale ile mideden alınabilecek midir?

Bu ihtimallerde midedeki uyuşturucu maddenin veya kağıdın cerrahi müdahale ile çıkarılabilmesi gerekmektedir. Zira Kanunun 76. ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7. maddesinde diğer kişilerin beden muayenesinde “**cerrahi bir müdahalede bulunmamak**” koşulu belirtilmişken, sanık veya şüphelinin beden muayenesine ilişkin 75. madde ile Yönetmeliğin 4. maddesinde böyle bir koşul öngörülmemiştir. Bu açıdan sanık veya şüpheli üzerinde cerrahi müdahale niteliğinde muayene yapılabilecektir²³. Ancak bu tür müdahalelerde özellikle orantılılık ilkesine ve suçun ağırlığına özellikle dikkat edilmek gerekir. Verilen örneklerden yutulan ve delil niteliğinde olan kağıdın doğal yoldan vücuttan atılması beklenirse, bu kağıt bozulacağından delil olma niteliği de kalmayacaktır.

Burada cerrahi müdahalenin sağlık açısından açıkça ve öngörülebilir bir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekmektedir. Cerrahi bir müdahalenin sağlığa verme tehlikesinin bulunmaması hali imkan dahilinde görünmemektedir.

²² Gerekçe ile metin arasındaki bu çelişkinin, teklif metni Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda değiştirildiği halde, gerekçenin değiştirilmemesinden kaynaklandığı belirtilmektedir (KINACI, Ali; Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 63).

²³ Nitekim maddenin Hükümet Tasarısının 3. fıkrasında “cerrahi müdahalede bulunmamak” koşulu bulunmasına rağmen, bu husus Kanuna alınmamıştır. Dolayısıyla cerrahi niteliğinde işlemler yapılabilecektir. Bkz. KIZILARSLAN, s. 54.

Beden muayenesi Yönetmeliğinin 3. maddesinde “cerrahi müdahale”, tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar” şeklinde tanımlanmıştır. Midedeki kağıt parçasının alınması veya uyuşturucu maddenin çıkarılmasında tanı veya tedavi amacı bulunmayacağı açıktır.

CMK'nun 75. maddesinde iç beden muayenesinin tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından yapılabileceği belirtilmişken, Yönetmeliğin 4/2. fıkrasında iç beden muayenesinin sadece tabip tarafından yapılacağı, vücuttan örnek alınmasının tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabileceği 6. maddede belirtilmiştir.

Sağlık mesleği mensubunun tanımı, Ceza Kanununun 280. maddesinde yapılmıştır. Bu maddeye göre sağlık mesleği mensubu, tabib, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerdir.

Üst sınırı 2 yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda iç beden muayenesi/vücuttan örnek alma işlemi yapılamaz. Bu halde, Ceza Kanununun 191. maddesinde öngörülen yaptırım göz önüne alındığında, uyuşturucu madde kullanma suçundan dolayı iç beden muayenesi yapılamayacak, vücuttan örnek almamayacaktır. Oysa belirtilen suç şekli vücuttan örnek alma yoluyla kolaylıkla ispat edilebilir.

Diğer kişilerin iç/dış beden muayenesinin koşulları

Kanunun 76. maddesine göre diğer kişilerden kasıt mağdurdur. Maddede sadece mağdurdan sözedilmektedir. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7. maddesine göre ise diğer kişilerden kasıt, mağdur ve diğer kişilerdir. Mağdurun tanımı Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3. maddesinde yapılmıştır. Bu tanıma göre mağdur, “suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişidir”. Tanımdan mağdur ile suçtan zarar görenin aynı kavramlar olduğu sonucu çıkmaktadır ki bu doğru değildir.

Öte yandan, tecavüz fiili sonucu halime kalmış bir kadının doğan çocuğu üzerinde beden muayenesi yapmak veya vücudundan örnek almak gerekebilir. Bu halde çocuk ancak diğer kişi olarak kabul edildiğinde bu işlem yapılabilecektir. Zira doğan çocuk mağdur değildir.

Karar verme yetkisi; re'sen veya savcı veya mağdurun istemi üzerine hakim veya mahkemeye ait olup, gecikmede sakınca varsa C. Savcısının emri ile de yapılabilir. Savcının emir verdiği hallerde bu emir 24

saat içinde hakim veya mahkeme onayına sunulur. Hakim veya mahkeme 24 saat içinde kararını açıklar²⁴.

Mağdurun rızasının varlığı halinde karar aranmaz. Ceza Muhakemesi Kanununun 76/2. fıkrasında mağdurun rızası açıkça belirtilmesin rağmen, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. maddenin 2 ve 3. fıkraları çelişkili düzenleme içermektedir. Gerçekten 2. fıkra uyarınca, “mağdurun rızasının varlığı halinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin 7 ve 8. maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek yoktur”. Yönetmeliğin 7 ve 8. maddelerinde düzenlenen husus, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması halidir. Oysa 3. fıkra uyarınca, şüpheli, sanık ve **diğer kişilerin** kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri halinde soruşturma evresinde savcı istemi ve kovuşturma aşamasında hakim veya mahkeme kararı ile yapılacağı belirtilmektedir.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 10. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme sebepleri ile beden muayenesinden de çekinebilir. Çocuk veya akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastası tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda ise onun görüşü de alınır.

Çocuk 18 yaşını doldurmamış olanlardır. Hüküm uyarınca 18 yaşını doldurmamış olanların beden muayenesinde çekinmeleri konusunda, çocuğun görüşünün de alınması koşuluyla kanuni temsilci yetkili kılınmıştır. Oysa vücut dokunulmazlığı sıkı surette kişiye bağlı haklardandır. 15 yaşını doldurmuş, akli melekeleri yerinde olan bir çocuğun bu hakkı tek başına kullanamaması Kanun ve Yargıtay’ın bugüne kadar olan uygulaması ile tutarlı değildir. Zira Yargıtay, sıkı surette kişiye bağlı hak olduğu gerekçesi ile, 15 yaşını dolduran çocukların şikayet hakkını tek başına kullanabileceklerini kabul etmektedir. Kanuni temsilcinin rızası aranırsa, adeta şikayet hakkı da sadece kanuni temsilciye tanınmış olacaktır. Çünkü kanuni temsilci muayeneye rıza göstermezse, çocuk şikayetçi olsa dahi delil bulunmadığından beraat kararı verilmesi gerekecektir.

²⁴ Alman Hukukunda tanıkların iç beden muayenelerinin yapılabilmesi için –istisnalar dışında- rızasının bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Dış beden muayenesi ise zorla yapılabilecektir (KÜHNE, s. 254).

Ancak kanuni temsilci şüpheli veya sanık ise bu konuda hakim karar verir. Davanın ileri aşamalarında kanuni temsilci şüpheli veya sanık olmaz ise, bu deliller kanuni temsilcinin izni olmaksızın kullanılamaz.

Bu düzenleme eleştiriye açıktır. Aile içinde işlenen suçlarda ve özellikle cinsel suçlarda, sonradan şüpheli olmaktan çıkan kanuni temsilci, delilin kullanılmasına izin vermeyebilir, bu suretle adaleti yanıltabilir veya baba şüpheli ise anneye baskı yaparak delilin kullanılmasını engelleyebilir veya erkek kardeş şüpheli ise onun mahkum edileceğini düşünen anne-baba delilin kullanılmasını engelleyebilir veya çocuğa tanıklıktan çekinme hakkını kullanır. Kısaca özellikle aile içinde işlenen cinsel suçlarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından sakıncalı bir hükümdür. Burada yetkinin, 15 yaşını doldurmamış ve/veya 15 yaşını doldurmuş olmakla temyiz kudreti bulunmayan küçüklerde, sadece hakim veya mahkemede olması daha yerinde bir düzenleme olacaktır²⁵.

Mağdur ve diğer kişilerin iç beden muayenesi yapılabilmesi bu müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmamasına ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluna bağlıdır.

Dış/iç beden muayenesi ancak bir tabip tarafından yapılır. Vücuttan örnek alınması söz konusu ise tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından yapılır.

Dış Beden muayenesi: Beden Muayenesi Yönetmeliğine göre, dış beden muayenesi vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle veya elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesidir. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri, (röntgen emar) dış muayene sayılır.

Sanık veya şüphelinin dış beden muayenesi, bu konuda Ceza Muhakemesi Kanununda hüküm bulunmayıp²⁶, sadece Beden Muayenesi Yönetmeliğinde²⁷ düzenlenmiştir. Koşulları;

²⁵ Aynı düzenleme Alman Ceza Muhakemesi Kanununda da bulunmaktadır. Ancak hüküm Alman Kanunundan alınırken Türk ve Alman toplumlarında aile yapılarındaki ve aile bağlarındaki farklılıklar göz ardı edilmiştir.

²⁶ ÖZTÜRK'e göre (ÖZTÜRK, s. 578), bu düzenlemenin sebebi, 5353 sayılı Kanunu hazırlayan Revizyon Komisyonunun, TBMM Adalet Alt Komisyonu Şüpheli veya sanığın beden muayenesinin düzenlendiği CMK'nun 75. maddesinde dış beden muayenesine yer vermeyerek, bu muayeneyi aramaya ilişkin kurallara tabi tutma isteğidir. Bu muayene aramaya ilişkin hükümlere tabi tutulunca, savcıya ulaşılamayan ve gecikmede sakınca bulunan hallerde adli kolluk amirinin emri ile de yapılabilecektir.

Dış beden muayenesi savcı veya kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebi ile yapılır.

Sadece bir tabip tarafından yapılır. Görüntüleme söz konusu ise, tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından yapılır.

Dış beden muayenesi yapılabilmesi bu müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmamasına bağlıdır.

Sanık, şüpheli veya diğer kişiler iç/dış beden muayenesi hepsinde kadının muayenesi istemi halinde olanaklar elverdiğince bir kadın tabip tarafından yapılır. Kadın tabip yoksa, bir başka kadın sağlık mesleği mensubu muayene esnasında bulundurulur.

KANUNYOLU

İç/dış beden muayenesi kararlarına karşı itiraz kanunyolu tanınmıştır. İç beden muayenesine hakim veya mahkeme karar verebileceğine göre, mahkeme kararına karşı da itiraz kanunyolu tanınmış olmaktadır.

KARARIN İNFAZI

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18. madde uyarınca, muayeneye veya örnek alınmasına ilgili rıza göstermezse, kararın infazı için ilgili C. Savcılığınca gerekli önlemler alınır. Bu önlemlerden neyin kastedildiği anlaşılammaktadır, örneğin kişinin eli kolu tutularak veya narkoz etkisi altında iken genital muayene yapılabilecek midir?

Bu konuda Alman CMK sadece hakimi yetkili kılmıştır. Alman CMK'nun 81c maddesi uyarınca, ilgilinin işlemi reddetmesi halinde, doğrudan zor kullanma sadece hakim tarafından bu konuda özel olarak verilecek bir emir üzerine mümkündür. Bu emrin verilebilmesi için ilgilinin, hakkında uygulanan disiplin para cezası yaptırımına rağmen ısrarlı bir şekilde işlemin yapılmasını reddetmesi veya gecikmede tehlike bulunması gerekir. Alman Hukukunda, şüphelinin beden muayenesi bakı-

²⁷ ÖZTÜRK'e göre (ÖZTÜRK, s. 579), Yönetmelikteki dış beden muayenesine ilişkin düzenlemenin uzaktan yakından CMK ile ilgisi yoktur. YENİSEY, (YENİSEY, Beden Muayenesi, s. 71), Kanunda düzenlenmeyen bir konunun Yönetmelikte düzenlenmesinin tartışmaya açık olduğunu belirtmektedir.

mundan kendisinden beklenemeyecek kadar ağır bir şey ise bu muayeneden kaçınabileceği kabul edilmektedir²⁸.

Kişinin hakim kararı veya savcı emrine rağmen, ilgiliye muayeneden kaçınmak imkanının tanınması özellikle cinsel suçlarda, genital muayenelerde söz konusu olmalıdır. Genital muayenelerde rıza dışı muayenenin teknik olarak mümkün olmadığı, ancak anestezi yardımı ile uyutarak veya başka bir şekilde uyutarak yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu muayene şayet zorulanlar olarak kişinin eli kolu bağlanarak, tutularak yapılırsa %95 hatalı sonuçların çıkacağı belirtilmektedir²⁹.

ELDE EDİLEN VERİLERİN YOKEDİLMESİ

Ceza Muhakemesi Kanununun 80.maddesi uyarınca, beden muayenesi ve genetik incelemeler sonucu alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, “bu bilgiler” kovuşturmaya yer olmadığı kararma itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir.

Belirtilen şekilde yok edilmemesi halinde Ceza Kanununun 136 ve 138. maddelerinde düzenlenen suçlar oluşur.

Ancak CMK'nun 80. maddesinin 2. fıkrasındaki “bu bilgiler” ibaresi ile kastedilenin ne olduğu konusunda değişik yorumlar vardır. Kanımca CMK'nun 80/2. fıkrası, 1. fıkra gibi 75, 76 ve 78. madde uyarınca elde edilen bilgileri kapsamaktadır. Bu açıdan 80/2. fıkrada öngörülen bilgilerin yok edilmesi zorunluluğu sadece genetik incelemeden elde edilen bilgileri değil, aynı zamanda sanık, şüpheli ve diğer kişilerin beden muayenesi suretiyle elde edilen bilgileri de kapsamaktadır³⁰.

Bu hükümlerin Avrupa Bio-Tıp Sözleşmesine uygunluğu tartışmalıdır.

²⁸ YENİSEY, *Beden Muayenesi*, s. 79.

²⁹ ÇETİN, Gürsel; *Beden Muayenesi ve Örnek Alma*, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 58.

³⁰ Nitekim madde üzerinde 25.11.1004 tarihinde Adalet Komisyonundaki görüşme tutanaklarından da bu sonuç çıkarılabilmektedir (Bkz. Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, s. 1046).

TESADÜFEN ELDE EDİLEN VERİLERİN KULLANILMASI

Ceza Muhakemesi Kanununun 138. maddesi uyarınca hukuka uygun bir şekilde yapılan arama sonucu, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir. Yapılan aramada saç, tırnak gibi birtakım örnekler bulunursa delil olarak kullanılabilir.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiltere'ye karşı 17.12.1996 tarihli Saunders kararında, kendine karşı tanıklık etmeme hakkının öncelikle samğın sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesiyle ilgili olduğunu belirterek, devletlerin hukuki sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere, bu hak ceza yargılamalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan, arama emri sonucu bulunan tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılmasının mümkün olduğunu vurgulamıştır³¹.

³¹ İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, Açıklamalar ve Yorumlarla Ceza Muhakemesi Kanunu Ankara 2005 s.222.

TÜRK MEDENİ USUL HUKUKUNDA TIBBİ DELİLLER

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK^(*)

I. Giriş

Adli tıp ve tıbbi delillerden söz açıldığında akla ilk önce ceza hukuku ve ceza yargılaması hukuku gelir. Gerçekten adli tıp incelemeleri ve diğer tıbbi deliller özellikle kişilere karşı suçlar hakkındaki ceza yargılamalarında önemli ispat değeri taşır. Ceza yargılamasında sıklıkla ortaya çıkan sanığın ceza ehliyetinin veya mağdurun ölüm sebebinin tespiti örneklerindeki gibi pek çok konuda adli tıptan yararlanılır.

Ne var ki, adli tıp ve tıbbi deliller, ceza ve ceza muhakemesi hukuku dalında karşılaşılan ölçüde olmasa da, medeni hukuk ve medeni usul hukuku bakımından da önem taşımaktadır. Vesayet davalarındaki tıbbi muayeneler, babalık davalarındaki genetik incelemeleri ve hekimin sorumluluğu ile ilgili davalardaki bilirkişilik, özel hukuk konularındaki tıbbi deliller bakımından hemen akla gelen önemli örneklerden birkaç tanesidir.

Bazı hallerde de aynı hukuka aykırılık iddiası hem ceza mahkemesinde hem de hukuk mahkemesinde dava konusu yapılabilir. Bu durum en fazla suç mağduru olduğunu iddia eden kişinin açmış olduğu tazminat davalarında karşımıza çıkar.

Ceza yargılaması mevzuatında tıbbi delillerin toplanması ve değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı hükümler vardır. CMK'nun "Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi" başlıklı 74 ila 89. maddeleri ve CMK m. 82'ye göre çıkartılmış olan "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında

^(*)Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Yönetmelik”¹ tıbbi deliller konusunu düzenlemektedir. Buna karşılık, hukuk usulünde tıbbi delillerin nasıl toplanacağı ve değerlendirileceği hakkında özel hükümler yok denecek kadar azdır. Bu konuda tespit edebildiğim tek kanun hükmü Medeni Kanun’un soybağının tespiti ile ilgili davalar hakkındaki 284. maddesidir.

Bu durum karşısında, hukuk davalarında tıbbi delillerin nasıl toplanacağı ve değerlendirileceği üzerinde durmak yararlı olur.

II. Medeni Usul Hukukunda Beden Muayenesine ve Örnek Alınmasına Katlanma Yükümlüğü

Anayasa’nın 17. maddesine göre “tıbbi zorunluluklar ve *kanunda yazılı haller dışında*, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; (kişi) rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”.

Ceza yargılaması hukukunda beden muayenesi ve bedenden örnek alınmasına ilişkin kanun hükümleri vardır². Bu nedenle ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın ve mağdurun (ve hatta üçüncü kişilerin³), belirli şartlar altında beden muayenesine ve bedenlerinden kan, saç ve tırnak gibi örnekler alınmasına katlanma yükümlülüğünde olduğu prensip olarak kabul edilmekte; tartışmalar, beden muayenesi ve örnek alınmasının tâbi tutulacağı şartlarla ilgili bulunmaktadır.

Hukuk usulünde ise, beden muayenesi ve bedenden örnek alınmasına cevaz veren genel kanun hükümleri bulunmadığı için, beden muayenesine ve bedenden örnek alınmasına katlanma yükümlüğü bulunup bulunmadığı tartışmalıdır.⁴

¹ RG 1.6.2005, sayı 25832. (Aşağıda “Yönetmelik” olarak anılmıştır.)

² CMK m. 75-80.

³ Bkz. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 8.

⁴ Ezcümle bkz. Halûk Konuralp, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları* (Ankara: Ankara Üniversitesi, 1999), s. 102-107; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 3, 6. Bası (İstanbul: Demir 2001), s. 2872-2877; Recep Akcan, “Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişiden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medeni Kanun madde 284 Üzerine İnceleme)”, *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan* (Ankara: Turhan 2003), s. 887-934; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000), s. 763.

Medeni Kanunun soybağının kurulması ile ilgili davalar hakkındaki 284. maddesine göre:

Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.

İlmi içtihatlarda genellikle soybağının kurulması ile ilgili davalar hakkındaki bu kanun hükmüne de dayanılarak kabul edilen hâkim görüş, tarafların beden muayenesine ve bedenden örnek alınmasına katlanma yükümlüğü bulunmadığı; ancak, hâkimin ihtilafı vakıyı beden muayenesine ve bedenden örnek alınmasına izin vermeyen tarafın aleyhine olacak şekilde tespit edilmiş sayabileceği şeklindedir.⁵

Kuru ise, HUMK'nun özel hüküm sebeplerine ilişkin 367. maddesinde yer alan ve hâkimin kanunda gösterilmemiş olan delillere de başvuru- rabileceği ve bu husus hakkında iki tarafı dinledikten sonra "gereken tedbirleri" alabileceği kuralının ve Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 23. maddesinin (C) bendinin ikinci paragrafında yer alan "Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas Kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayene ve bunları usulüne göre dinleyebilir. Her türlü tetkikatı yapar ve yaptırabilir" hükmünün, tarafların beden muayenesi ve örnek alınması için zorla Adli Tıp Kurumu'na gönderilmesine olanak verdiği görüşündedir.⁶

Akcan da "bir kimsenin üst soyunu bilmesi ve genetik-biyolojik kökenini öğrenmesi"nin Anayasa'nın 17. maddesindeki "kişinin maddi ve manevi varlığını koruma geliştirme hakkı"nın kapsamına dahil olduğu gerekçesini ekleyerek, Kuru'nun görüşüne katılmaktadır. Akcan'm, kanunca haklı olarak, belirttiği üzere soybağının tespiti için yapılacak tıbbi muayeneye katlanma yükümlülüğü Anayasa'nın 17. maddesindeki kişi

⁵ H. Yavuz Alangoya / M. Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 5. Bası (İstanbul: Alkim, 2005), s. 392-393; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 3. Bası (Ankara: Yetkin, 2004), s. 380.

⁶ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 3, s. 2876; (ancak, "bir kişinin vücudu zorla muayene edilemez ve kendisinden zorla kan alınamaz" şeklindeki görüş benimsenirse, ilgili kişinin durumu hâkim tarafından o kişinin aleyhine değerlendirilmelidir: age.s. 2877). Akcan, "Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişiden Zorla Kan Alınması", s. 912.

dokunulmazlığım ihlal etmez. Çünkü, Anayasa'nın 17. ve Medeni Kanun'un 24. maddesinin ikinci fıkralarına göre, üstün nitelikteki bir özel yarar ya da kamu yararını koruyan kanun hükümleri, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı kuralının istisnasını oluşturmaktadır.⁷ Gerçekten soybağı ile ilgili yargılamada, çocuğun üst soyunun hakikate uygun şekilde tespiti konusundaki yararın, ilgilinin bedeninden örnek alınmasına izin vermemek şeklindeki yararından üstün tutulması gerektiğine kuşku etmemek gerekir.

Adalet Bakanlığınca görüşe gönderilen Medeni Muhakeme Kanunu Tasarısının "Soybağı tespiti için inceleme" başlıklı 296. maddesi de bu son görüş doğrultusunda düzenlenmiş olup, soybağı tespiti için yapılacak tahkikatta örnek alınması ve beden muayenesine katlanma yükümlülüğünü öngörmektedir. Bu tasarı hükmüne göre

(1) Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.

(2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğünden kaçmaz.

Soybağının tespiti dışındaki hukuk davaları bakımından ise, kanımca, beden muayenesi ve bedenden örnek alınmasına katlanma yükümlülüğü bakımından hukuk usulü ile ceza usulü arasında farklılık kabul etmenin de haklı bir nedeni yoktur. Beden muayenesi ve bedenden örnek alınmasına katlanma yükümlülüğü ile ilgili olarak CMK'nda yer alan ayrıntılı hükümler, anayasa hukuku bakımından, "muhakeme hukukunun diğer bir dalı" olan hukuk usulü için de geçerli sayılmalıdır. Buna göre, CMK ve Yönetmelikteki kural ve sınırlamalar (örneğin beden muayenesinin ancak bir hekim tarafından yapılabileceği ve kadının muayenesinde ilgilinin talebi halinde olanak ölçüsünde kadın hekim görevlendirilmesi kuralı) kıyasen hukuk davaları ile ilgili beden muayenelerinde de uygulanmalıdır.

⁷ Akcan, "Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişiden Zorla Kan Alınması", s. 912, 914, 918.

Bu konudaki önemli bir sınırlama CMK m. 75 hükmünde yer almaktadır. Bu hükme göre “iç beden muayenesi”⁸ ve bedenden örnek alınması ancak üst sınırı iki yıl ve iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar için kabul edilmiştir. Bu nedenle, hukuk davalarındaki beden muayenesi (MK m. 284’deki özel hükme tabi olan soybağı davaları ile ilgili araştırma ve incelemeler istisna olmak üzere) “dış beden muayenesi”⁹ ile sınırlı olarak yapılabilir. İç beden muayenesine gerek duyulan hallerde, hâkim görüşün kabul ettiği gibi, MK m. 284 hükmünü kıyasen uygulamak ve hâkimin ihtilafı vakıyı beden muayenesine ve bedenden örnek alınmasına izin vermeyen tarafın aleyhine olacak şekilde tespit edilmiş sayabileceğini kabul etmek uygun olur.

III. Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Konularda Bilirkişiyeye Başvurulması¹⁰

A. Adli Tıp Kurumu ve Diğer Adli Ekspertiz Kurumları

Hukuk usulünde bilirkişiler tarafların ittifakıyla veya iki taraf anlaşamazlarsa, hâkim tarafından tayin edilir (HUMK m. 276 I).¹¹ Fakat, “mesaili mahsusada rey ve mütalâalarını beyan etmek için Hükûmet tarafından müntahap ehli-vukuf varsa ehli-vukufun bunlar arasından intihabı lazımdır” (HUMK m. 276 II).

Adli Tıp Kurumu Kanunu’na göre, Adalet Bakanlığı’na bağlı Adli Tıp Kurumu’nun kuruluş amaçları arasında ilk sırada “adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak” bulunmaktadır ve bu Kurum “mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek”le görevlidir (Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 1 ve 2).¹²

⁸ “Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi” (Yönetmelik m. 3).

⁹ “Vücden dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesini” (Yönetmelik m. 3).

¹⁰ Tıbbi konulardaki bilirkişilik hakkında istatistiki bilgi için bkz. Oğuz Polat / Erhan Büken, “Türkiye’de Hekimin Tıbbi ve Hukuki Sorumlulukları”, Oğuz Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları* (Ankara: Seçkin, 2005), s. 298-316

¹¹ İstisnaen, hâkim tarafların üzerinde anlaştıkları kişinin HUMK m. 275 anlamında somut olay için gerekli özel ve teknik bilgiye sahip olmadığı kanaatinde ise: “Bir kişinin belirli bir konuda uzman olup olmadığını belirlemede son söz hâkimindir” (bkz. Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 3, s. 2662 ve s. 2707-2718 arasındaki Yargıtay kararları).

¹² RG 20.4.1982, sayı 17670. Adli Tıp Kurumu’nun ile Adalet Bakanlığı’na bağlı olması hakkında bkz. Adli Tıp Kurumu Kanunu m.1. Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri

Bu hükümlere göre, adli tıp konularındaki bilirkişilik için tarafların seçtikleri veya hâkimin gerekli teknik bilgiye sahip olduğunu tespit ettiği kişilere değil, kanunen yetkilendirilmiş olan Adli Tıp Kurumu'na başvurulması gerekir.¹³ Bu anlamda Adli Tıp Kurumu'nun "resmi bilirkişi" olduğu ifade edilmektedir.¹⁴

Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun (RG 7/4/1984, sayı 18365), m. 15 ve 26.

¹³ Örneğin: "Davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirebilme ve ayırt edebilme kudreti bulunmayan bir kimsenin, kendi iradesi ile hak kurabilme borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez. (...) Bu durumda, tarafların gösterecekleri tüm delillerin toplanılması, tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta müşahede kâğıtları, film grafilерinin eksiksiz getirilmesi zorunludur. Bunun yanında, her ne kadar HUMK'nun 286. maddesinde belirtildiği gibi, bilirkişinin "rey ve mütalaası" hakimi bağlamaz ise de; temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. / Hele temyiz kudretinin nisbi bir kavram olması kişiye eylem ve işleme göre değişmesi, bu yönde en yetkili sağlık kurulundan, özellikle Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen, Medeni Kanunun 359/2. maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür. / Hal böyle olunca, öncelikle temlik işleme ilişkin resmi sözleşmenin (akit tablosunun) getirilmesi veya yukarıda değinilen bilgi ve belgelerin toplanması ondan sonra dosyanın Adli Tıp Kurumu'na gönderilerek, miras bırakanın temlik işlemi yaptığı tarihte hukuki ehliyetinin bulunup bulunmadığı yönünde rapor alınması ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekir ..." 1. HD, 26 Eylül 1996, 10070/10532; Talih Uyar, *Türk Medeni Kanunu – Gereççeli – İctihatlı*, Cilt I (Ankara: Feryal, 2002), s. 90-91. / "Yargıtay 1.Hukuk Dairesinin 19.4.1995 gün ve 1995/5032-5899 sayılı [kararı]: (. ..Dava, ehliyetsizlik nedenine dayalı iptal isteğine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. / Bilindiği gibi ehliyetsizlik, irade bildirimini geçersiz kılar ve bu durumdaki kişinin yapmış olduğu tasarruflar hukuksal sonuç doğurmaz. Öte yandan, ehliyetsizliğin tespiti bir uzmanlık işi olup bu hususta yasa ile görevlendirilmiş kişi veya kurul yada Kurumdan alınacak raporla belgelendirilmesi zorunludur. Bu durumda, murisin hastanede yatıp yatmadığının araştırılması, yattığının anlaşılması durumunda hastahanedeki müşahede kayıtlarının, doktor raporlarının ve ilaç reçetelerinin getirilmesi, toplanan öteki delillerle birlikte dosyanın bir bütün olarak murisin temlik tarihinde ehliyetli olup olmadığının saptanması için Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda açıklanan biçimde araştırma ve incelemeyi içermeyen noksan tahkikata dayalı olarak hüküm kurulması isabetsizdir...) gereççesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; Mahkemece önceki kararda direnilmiştir. (...) Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." HGK 6 Mart 1996, 1-41/135, Uyar, *Türk Medeni Kanunu*, Cilt I, s. 91-92. / "Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 20.3.1995 gün ve 2735-3692 sayılı ilamı:(. ..Davacılar, murisleri Ahmet Küçükkurtun sağlığında oğullan olan davalılara yaptığı temlik ehliyetsizlik ve muvazaa nedeniyle illetli olduğundan bahisle iptal, tescil isteğinde bulunmuşlardır. / (...) Bu durumda, iddia ve savunmada sözü edilen hususların tümü itibarıyla tarafların delillerin sorulması, olayda önemine binaen hukuki ehliyetsizlik nedenine öncelik verilerek murisin tasarrufu yönünden temyiz kudretini

Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 31. maddesine göre, Adli Tıp Kurumu yanında "Yükseköğretim Kurumları veya birimleri (de), adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır". Tespit edebildiğim kadarı ile halen Ankara Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi ve Akdeniz Üniversitesi'nde Adli Tıp Enstitüleri bulunmaktadır.¹⁵ Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 31. maddesinin kenar başlığına göre bu kurumlara "diğer adli ekspertiz kurumları" adı verilmektedir.

Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 31. maddesi diğer adli ekspertiz kurumlarının sadece Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre resmi bilirkişi sayılacağını belirtmiş olmasına rağmen, kanımca, hukuk usulündeki bilirkişilik ihtiyacı ile ceza usulündeki bilirkişilik ihtiyacı birbirinden farklı görülemeyeceğinden, bu kanun hükmünün kıyasen hukuk davalarında da uygulanması gerekir. Hukuk davalarında da tıbbi bilirkişilik için Adli Tıp Kurumu yanında diğer adli ekspertiz kurumlarına da başvurulması mümkündür.

Adli Tıp Kurumu, bilirkişilik görevini hiyerarşi içinde "İhtisas Daireleri", "İhtisas Kurulları" ve "Adli Tıp Genel Kurulu" şeklinde örgütlenmiş olan üç farklı düzeydeki kurulları ile yerine getirmektedir.

Adli Tıp İhtisas Daireleri "morg", "gözlem", "kimya", "biyoloji", "fizik" ve "trafik" konularında uzmanlaşmış olup altı tanedir. Mahkemeler bilirkişilik için, görev alanları Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama

kaybetmiş olup, olmadığı usulüne uygun biçimde incelenmesi aslolan ehliyetsizliğin doktor raporu ile saptanması olduğundan varsa davacılar tarafından murisin hayatta iken aldığı doktor raporları, reçete protokol ve müşahede kâğıtları gibi, belgelerin istenmesi, akit tarihi itibarıyla murisin hukuki ehliyete sahip olup olmadığına belirlenmesi için Adli Tıp Kurumundan rapor alınması, ehliyetsizlik iddiasının kanıtlanamaması durumunda ise, muris mevzaası yönünden 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme kararı çerçevesinde soruşturma ve değerlendirme yapılması ve hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesi doğru değildir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. / (...) Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." HGK 20 Mart 1996, 1-51/178, Uyar, *Türk Medeni Kanunu*, Cilt I, s. 92-93.

¹⁴ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 3, s. 2664 vd.

¹⁵ İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü hakkında bkz. Hasan Köroğlu, *En Son Değişikliklerle Uygulamada ve İçtihatlarda - Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları* (Ankara: Seçkin, 2001), s. 188-191.

Yönetmeliği'nin¹⁶ 10. ila 15. maddelerinde belirlenmiş olan bu İhtisas Dairelerine başvurabilirler.

Buna karşılık, görev alanları Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 16. maddesinde belirlenen Adli Tıp İhtisas Kurullarının görevleri:

a) Bilirkişilerce,

b) Fizik ve Trafik İhtisas Dairelerinin tıpla ilgili olmayan raporları hariç olmak üzere adli tıp ihtisas dairelerince,

c) Adli tabip veya adli tıp uzmanlarınca,

verilip de mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar tarafından yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayan ve aralarında çelişki olduğu belirlenen raporları inceleyip bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmek şeklinde belirlenmiştir. Bu nedenle, mahkemeler Adli Tıp İhtisas Kurullarına doğrudan doğruya başvuramazlar; ancak yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayan ve aralarında çelişki olduğu belirlenen bilirkişi raporlarının incelenmesi için (ikinci bilirkişi raporu için) başvurabilirler.

Adli Tıp Genel Kurulu'nun görevleri ise, Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15. maddesinde

a) Adli tıp ihtisas kurulları ve ihtisas daireleri tarafından verilip de mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklarca kapsamı itibarıyla yeterince kanaat verici nitelikte bulunmadığı, sebebi de belirtilmek suretiyle bildirilen işleri,

b) Adli tıp ihtisas kurullarınca oybirliğiyle karara bağlanamamış olan işleri,

c) Adli tıp ihtisas kurullarının verdiği rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri,

d) Adli tıp ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri,

e) Adli tıp ihtisas kurulları ile adli tıp ihtisas dairelerinin ve adli tıp şube müdürlüklerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri,

¹⁶ RG 31.7.2007 sayı 25539.

f) Adli tıp ihtisas kurulları ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının verdikleri rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkilerikonu ile ilgili uzman üyelerin katılımıyla incele(mek) ve kesin karara bağla(mak)olarak belirlenmiş olup; mahkemeler Adli Tıp Genel Kurulu'na da ancak gerekçesini belirtmek suretiyle, kapsamı itibarıyla yeterince kanaat verici nitelikte bulunmadıkları İhtisas Dairesi veya İhtisas Kurulu raporları hakkında başvurabilirler. Bu nedenle, bilirkişi incelemesi için ilk olarak, doğrudan doğruya Adli Tıp Genel Kurulu veya İhtisas Kurullarından birine başvurmak kanuna uygun değildir.¹⁷

Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15. maddesinde Adli Tıp Genel Kurulu kararlarının kesin olduğundan bahsedilmekte, aynı kanunun 23. maddesinin (C) bendinde ise bu kararların "nihai" olmakla birlikte, "mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kısıtlama(dığı)" belirtilmektedir. Bu kanun hükümlerinin nasıl değerlendirileceği üzerinde durmak yararlı olur.

Kanımca, mahkemeler "yeterince kanaat verici nitelikte bulunmadıkları" İhtisas Dairesi veya İhtisas Kurulu raporlarından sonra, Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15. maddesine göre kendisine "nihai" Adli Tıp Kurumu görüşü için başvurdukları Adli Tıp Genel Kurulu raporunun içeriğini de tatmin edici bulmazlar ise, yeni bir bilirkişi incelemesi için Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 31. maddesinde sayılan "diğer adli ekspertiz kurumları"ndan birine başvurmalıdırlar. Yoksa, konu hakkında gerekli teknik bilgiye sahip olmayan mahkemenin Adli Tıp Genel Kurulu'nun yapmış olduğu vakta tespitlerinin gerçeğe uygun olmadığına doğrudan doğruya karar vermesi mümkün değildir. Yargıtay'ın hâkimin bilirkişi raporu ile bağlı olmadığı hakkındaki HUMK m. 286 ile ilgili içtihatları da bu yöndedir.¹⁸

¹⁷ Bkz. Mustafa Reşit Karahasan, *Tazminat Hukuku – Tazminat Davaları ve Yargılama Usulü* (İstanbul: Beta, 1996), s. 423-424.

¹⁸ Örneğin: "HUMK'nun 275. ve müteakip maddelerinde 'bilirkişilik' müessesesi düzenlenmiş olup, anılan 275 nci maddede, mahkemenin, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği düzenlendikten sonra 286. maddede de, bilirkişinin rey ve mütalaasının hakimi takyit etmeyeceği düzenlenmiş ise de, işin çözümünde teknik bilgi ve birikimin gerekliliğine inanılarak bilirkişi incelemesi yaptırıldığına göre, verilen rapor yetersiz, noksan ve müphem ise, mahkeme HUMK'nun 283. maddesi gereğince, bilirkişiden izahat ve açıklama yeni ek rapor isteyebileceği gibi, 284. madde gereğince de, yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak yeni bir rapor alınabilir. (...) Bu durumda mahkemece, başka bir

B. Yüksek Sağlık Şûrası

Adli Tıp Kurumu ve diğer adli ekspertiz kurumları adli tıp konularında bilirkişilik yapmak konusunda genel olarak görevlendirilmiştir. Umumi Hıfzısıhha Kanunu'na göre kurulan Yüksek Sağlık Şûrası ise, adli tıp konuları içinde sadece hekimlerin sorumluluğu ile ilgili olarak bilirkişilik yapar.¹⁹ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un konu ile ilgili 75. maddesine göre:

Tababet ve şuabatı sanatlarının icrasından mütevellit ceraimde [suçlarda] mahkemelerin muvafık görecekları muhtebirin [bilirkişilerin] rey ve mütalaasına müracaat hakkındaki serbestileri baki kalmak şartıyla meclisi ali-i sıhhinin [Yüksek Sağlık Şûrası'nın] mütalaası istifsar edilir [sorulur].

Bu kanun hükmü, Yargıtay içtihatlarında, hekimin sorumluluğu ile ilgili uyuşmazlıklarda Yüksek Sağlık Şûrası'ndan bilirkişi raporu alınmasının zorunlu olduğu şeklinde yorumlanmaktadır:

Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde doktor olan ve göz ihtisası yapmakta bulunan sanık Ahmet'in, diğer sanık ve ameliyathane sorumlusu Rüştü'nün görevlendirmesi üzerine, mağdure Fatma'nın ameliyatını yaptığı ancak sanık Ahmet'in, hastaya ait dosyayı incelemeyen sol gözde retinoplastom olduğu halde, yanlışlıkla sağ gözünü ameliyat suretiyle aldığı, daha sonra yanlış gözün alındığı anlaşılınca da diğer hasta gözün alındığı ve bu suretle mağdurenin tamamen kör olduğu ileri sürülmüş olup, bu şekilde gelişen olayda sanıkların kusurlu olup olmadıkları ve varsa oranlarının tesbiti, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konulardan bulunmadığı, 1219 sayılı Kanunun 75. maddesi de mahkemelerin uygun görecekları bilirkişilerin görüşlerine başvurma

bilirkişi kurulundan, her iki raporu değerlendiren, tartışan, çelişkiyi giderici ve denetime elverişli yeni bir rapor alınması, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, anılan her iki rapor arasındaki çelişkiyi gidermeksizin eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır." 11. HD, 12 Aralık 2005, 2004-14554/2005/12196, www.kazanci.com.tr.

¹⁹ 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu m 10: "Sihhat ve içtimai Muavenet Vekaletince tevdi edilecek yüksek sıhhi ve içtimai meseleler hakkında rey ve mütalaasını beyan ve sıhhi ve içtimai hizmet ve muavenetlere ait kanun, nizamname ve talimatnameleri birinci derecede tetkik eylemek ve tababet ve şubeleri sanatlarını ifadan mütevellit adli meselelerde ihtibar [bilirkişilik] vazifeleriyle mükellef olmak üzere bir Yüksek Sihhat Şûrası teşkil olunmuştur."

imkânı saklı kalmak üzere doktorların mesleklerinin icrasından doğan suçlardan dolayı Yüksek Sağlık Şûrası'ndan düşünce sorulmasını zorunlu kıldığı gözetilerek, sanıkların sıfatları, durumları ve yetki dereceleri oluş içinde değerlendirilmek suretiyle kusurlu olup olmadıkları ve varsa derecesinin öncelikle Yüksek Sağlık Şûrası'ndan rapor alınması suretiyle belirlenmesi ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi (bozmayı gerektirir).²⁰

Yüksek Sağlık Şûrası yerine Adli Tıp Kurumundan alınan bir karar yeterli görülmemektedir:

Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 2 Nisan 2003 tarihli raporuna göre ölümle trafik kazası arasında illiyet bağı bulunduğunun belirtilmiş olması karşısında; 1219 sayılı Yasanın 75. maddesi uyarınca Doktor olan sanığın olayda mesleki kusuru bulunup bulunmadığının Yüksek Sağlık Şûrası'ndan sorularak sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde beraat hükmü tesisi, kanuna aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına (karar verildi).²¹

Bazı Yargıtay kararları ise daha ileri giderek, hekimin sorumluluğu ile ilgili olarak Yüksek Sağlık Şûrası tarafından düzenlenen bilirkişi raporlarının, ceza yargılaması bakımından hâkimi bağlayıcı, kesin delil olduğunu kabul etmektedir:

Hükme esas alman Yüksek Sağlık Şûrası rapor ve ek raporunda ibraz edilen deliller tek tek ele alınıp irdelenmemiş, davacıya 25.3.1998 gününde davalı hastanede yapılan anjiyografi sırasında davacının hastane mikrobu kapıp kapmadığı ve bunun sonucunda ayağının kesilip kesilmediği, yapılan anjiyografi eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı açıkça ortaya konulup tartışılmamıştır. Rapor gerekçesiz olup, hükme elverişli değildir. Öte yandan Yüksek Sağlık Şûrası raporları ceza mahkemeleri yönünden bağlayıcı olup, hukuk hâkimini bağlayıcı olacağına ilişkin bir yasal düzenleme de yoktur. Öyleyse mahkemece, davacının rapora itirazları da gözönün de bulundurularak

²⁰ 4. CD 24.4.1996, 4493/4482, www.leges.com.tr.

²¹ 9. CD 1.7.2005, 1832/5611, www.kazanci.com.tr.

dosyanın yeniden konusunda uzman bilirkişi kuruluna veya Adli Tıp Kurumu'na gönderilerek taraf ve Yargıtay denetimine elverişli gerekçeli rapor alınmalı sonucuna göre karar verilmelidir. Bu hususun göz ardı edilerek yetersiz ve gerekçesiz Yüksek Sağlık Şûrası raporu esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.²²

“Davalı Özel K... Hastanesi A.Ş. nin diğer temyiz itirazları ile diğer davalının temyiz itirazlarına gelince; Davacının gözüne, davalı doktor tarafından, diğer davalı özel hastaneye ait ameliyathanede cerrahi müdahalede bulunduğu uyuşmazlık konusu değildir. Davacı, doktor hatası nedeniyle, ameliyattan sonra gözünde kalıcı arazlar oluştuğunu ve çirkinleştiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davadan önce delil tesbiti yoluyla Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Plastik Cerrahi Anabilim Dalı'ndan alınan 6.9.1996 günlü raporda, sonuç olarak davacının her iki gözkapagındaki görünüm kalıcı iatrojenik ektropion olarak değerlendirildiği belirtilmiş; yargılama sırasında alınan Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu'nun 2.11.1998 günlü raporunda ise, her iki alt göz kapagında ameliyat öncesinde mevcut torbalanmaların ameliyat sonrasında düzeltilmiş olduğu, alın ve üst kapaktaki ameliyat öncesi durumun ameliyattan sonra eski travmalı halinden daha kötü olmadığı, o nedenle ameliyatı yapan hekime atfı kabil bir kusurun bulunmadığı açıklanmış; itiraz üzerine Yüksek Sağlık Şûrası tarafından düzenlenen 6.4.1999 günlü raporda da, ise, ameliyatı yapan davalı doktorun ameliyat öncesinde ve sonrasında tıbbın kural ve gereklerine uygun davranmadığı hastasına gereken özeni göstermediği ve böylece sözkonusu zararlı sonuca yol açtığı gerekçesiyle, 6/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, yargılama sırasında alınan raporlar arasında, değerlendirmeler ve varılan sonuçlar açısından tam bir çelişki bulunmaktadır. Bilirkişi raporları arasındaki çelişkiler giderilmeden, bunlardan birine itibar edilerek hüküm kurulamaz. Bu noktada hemen vurgulanmalıdır ki, Yüksek Sağlık Şûrası, 11.4.1928 gün ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesindeki açık hüküm nedeniyle, CMUK'nun 66/3. maddesi anlamında kendisine başvurulması zorunlu oları bir bilirkişi durumundaysa da, hukuk davalarında, HUMK 276/2.

²² 13. HD 9.4.2002, 1376/3840, www.kazanci.com.tr.

maddesinde öngörülen nitelikte, resmi bilirkişi değildir. / Mahkeme, Yüksek Sağlık Şûrası'na başvurup başvurmamakta serbesttir ve herhangi bir bilirkişi raporuyla bağlı olmadığı gibi, onun raporuyla da bağlı değildir. (HUMK. madde 286) Bu durumda, somut olayda, raporlar arasındaki değinilen çelişkinin giderilmesine hukuken bir engel; eş söyleyişle Yüksek Sağlık Şûrası raporuna mutlak surette itibar etme zorunluluğu yoktur. Öte yandan, anılan Şûra raporunda, davalı doktorun 6/8 oranında kusurlu bulunduğu yolundaki sonucun hangi maddi verilere dayandırıldığı; hangi kusurlu davranışı, ihmali ya da mesleki hatası nedeniyle davacının zarar görmesine neden olduğu somut ve denetime elverişli bir biçimde ortaya da konulmamış, soyut bir değerlendirme yapılmakla yetinilmiştir. Bu haliyle de, raporun hükme esas alınmasına olanak yoktur. Hal böyle olunca, mahkemece yapılması gereken iş, uygulanan cerrahi müdahalenin göze ilişkin olması ve estetik yönünün de bulunması nedeniyle, üniversitelerin bu ana bilim dallarında görevli, konusunda uzmanlık sahibi başka bilirkişilerden oluşturulacak bir kurula inceleme yaptırılarak, cerrahi müdahaleden önce, müdahale sırasında ve sonrasında, böyle bir müdahale yönünden alınması gereken önlemler, hazırlıklar, yapılacak işlemler, müdahale sırasında ve sonrasında uyulması ve uygulanması gereken tıbbi kural ve ilkeler çerçevesinde, olması gerekenler ile davalı hekimin yaptıkları arasında bir farklılık bulunup bulunmadığının, varsa bunların nelerden ibaret olduğunun, davalının eylemiyle doğan zararlı sonuç arasında bilimsel bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığının, davalının kusuru varsa bunun oranının somut, dayanakları gösterilmiş ve denetime de elverişli bir şekilde saptanması, sonuçta ortaya çıkacak uygun duruma göre bir karar verilmesidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usule ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.²³

Kanımcıca, Yargıtay'ın Yüksek Sağlık Şûrası raporlarının hukuk davaları bakımından bağlayıcı olmadığı şeklindeki görüşü²⁴ yerinde ise de,

²³ 13. HD 9.5.2000, 1146/4438, www.kazanci.com.tr; aynı yönde bkz. 13. HD 4 Mart 1994, 8557/2134, Mehmet Akif Tutumlu, *Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında – Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi* (Ankara: Seçkin: 2002), s. 329-333; 4. HD 13 Mart 1973, 2684/2978, 4. HD 15 Ocak 1976, 1975-10495/343; 4. HD 11 Şubat 1976, 1975-4250/1393; 4 HD 10 Mart 1972, 1971-14538/2058, İ. Hamit Hancı, *Malpraktis – Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin, 2006), s. 42-44.

²⁴ Doktrinde aynı yönde bkz. Hancı, *Malpraktis*, s. 39-40; Hayrünnisa Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin, 2004), s. 168-169.

vicdani delil sisteminin uygulandığı ceza davaları bakımından da evleviyetle aynı sonuca ulaşmak gerekir. Bu nedenle, kanımca, Yüksek Sağlık Şûrası raporları ceza usulü bakımından da hâkimi bağlayıcı delil sayılmamalıdır.

IV. Hekimin Hukuki Sorumluluğu Hakkındaki Davalarda İspat Yükü

Türk hukukunda ispat yükü kuralları maddi hukuk kuralları olarak nitelendirilmektedir. Medeni Kanun'un ispat yükü konusundaki genel hükmüne göre "kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." (MK m. 6).

Türk hukukunda da kabul gören "norm teorisi"ne göre davacı kendi iddiasını dayandırdığı (hakka vücut veren) vakıaları (örneğin sözleşmeyi veya haksız fiili), davalı ise hakkı ortadan kaldıran veya borcu yerine getirmekten kaçınma hakkı veren vakıaları (örneğin ifayı veya zamanaşımını) ispat yükü altındadır.²⁵

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki çoğunlukla ya vekâlet sözleşmesi (BK m. 386)²⁶ ya da vekâletsiz iş görme ilişkisidir (BK. m. 410). Buna göre, hekimin sorumluluğu ile ilgili davalardaki ispat yükü konusunda sözleşmeye aykırılık ve vekâletsiz iş görenin sorumluluğuna ilişkin kanun hükümleri uygulanacaktır.²⁷

Örneğin, bilinçsiz şekilde hastanenin acil servisine gelen bir hastaya yapılan cerrahi müdahalede, hasta ile hekim veya sağlık kuruluşu arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş sayılamayacağı için, bu cerrahi müdahale sırasında ortaya çıkan bir hekim hatası, vekâletsiz iş görenin

²⁵ Ezcümle bkz. Bilge Umar / Ejder Yılmaz, *İspat Yükü*, 2. Bası (İstanbul: Kazancı, 1980), s. 49-54, 87-88; Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2001), s. 110-112.

²⁶ Ezcümle bkz. Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2, 3. Bası (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1987), s. 415-422.

²⁷ Karş. Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, s. 71: Özdemir, hekim ya da sağlık kuruluşu ile hasta arasındaki sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olduğu kanısındadır. Mamafih bu görüş uygulamaya etkili olmaktan çok teorik bir değer taşımaktadır. Çünkü, gerek teşhis ve tedavi işinin mahiyeti gerekse kanunda özel olarak düzenlenmemiş olan hallerde diğer iş görme sözleşmelerine de vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını öngören BK m. 386, fıkra II hükmü dikkate alındığında, teşhis ve tedavi işi ile ilgili sözleşmelere kural olarak vekâlet hükümleri uygulanacaktır; bkz. Özdemir age, s. 81 ve 88.

sorumluluğuna ilişkin hükümlere (BK m. 411) tabidir.²⁸ Buna karşılık, bir hekim muayenehanesine gelen bir hastaya hatalı ilaçlar verir ve bundan bir zarar doğarsa, bu hastanın hekime karşı açacağı tazminat davası sözleşmeye aykırılık hukuki sebebine (BK m. 96 ve 389-391) dayanacaktır.

Doktrinde “hekimle hasta arasında daha önceden sarih veya zımni olarak kurulmuş bir akit bulunmadığı takdirde, sorumluluğun kaynağını kural olarak haksız fiil teşkil eder” görüşü ileri sürülmüş ve bu görüşten hareketle, hekimin sorumluluğunun kapsamı ve ispat yüküne ilişkin sonuçlar çıkarılmıştır.²⁹ Oysa, hekimle hasta arasındaki sözleşmenin “önceden” yapılması gerekmeyp; bu sözleşme ilişkisi, hasta tarafından, tedavi başladıktan veya gerçekleşikten sonra yapılan bir irade (tensip) beyanı ile de kurulabilir.³⁰ Ayrıca, hasta ile arasında sözleşme bulunmayan bir hekimin tıbbi müdahalede bulunduğu haller, hekimin yaptığı müdahalenin suç teşkil ettiği durumlar dışında, haksız fiil teşkil etmeyip, ancak BK m. 410’daki (gerçek) vekâletsiz iş görmenin tanımını kapsamına girebilir.³¹

Gerek vekâlet sözleşmesinin mevcut olduğu birinci halde gerekse vekâletsiz iş görme halinde, hekime karşı açılan sorumluluk davasında sözleşme veya vekâletsiz iş görme ilişkisinin, hekimin mesleki hatasının,

²⁸ Filiz Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), s. 127-128.

²⁹ Bkz. Cemal Öztürkler, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları* (Ankara: Seçkin, 2006), s. 46 – 54.

³⁰ Bkz. Hatemi, Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku – Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz 1992), s. 492-493.

³¹ Hekimin hastasına karşı olan borcu, *kural olarak*, belirli bir “sonucun” (iyileşmenin) mutlaka sağlanmasını kapsamamaktadır. Hastayı tedavi eden hekim, meslek kurallarının gerektirdiği işleri özen ve sadakat yükümlülüğüne uygun şekilde görmekle, vekâlet sözleşmesinden (veya vekâletsiz iş görme ilişkisinden) doğan borcunu ifa etmiş olur. Bu nedenle, tedavinin istenilen sonucu vermemesi, hatta tıp biliminin kabul edilebilir gördüğü ve hastanın da bilgi sahibi olduktan sonra rıza gösterdiği bir riskin gerçekleşmesi dolayısıyla olumsuz bir sonuca yol açması, tek başına hekimi sorumluluğunu doğurmaz; bkz. ezcümle Hatemi, *Borçlar Hukuku – Özel Bölüm*, s. 388. Başka bir deyişle, tıpkı bir avukata vekâlet görevi veren müvekkilin durumunda olduğu gibi, hekimin gerekli özeni yerine getirmiş olmasına rağmen, tedavinin başarısız kalmasının rizikosu hastaya aittir; bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2, s. 377. Ancak, tıp bilimindeki gelişmeler nedeniyle başarı şansı yüksek olan (protez uygulanması gibi) operasyonlar veya sağlıklı kişilere yapılan (estetik amaçlı ameliyatlar gibi) tıbbi müdahaleler bakımından, hekimin hastasına belirli bir sonucu taahhüt etmesi mümkündür ki, bu son durumda hekimle hasta arasındaki sözleşme bir eser sözleşmesi niteliğinde olacaktır; bkz. Merter Özay, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin, 2006), s. 47-49 ve karşı. Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, s. 83.

hastanın zararının ve mesleki hata ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatı davacıya (hastaya) düşer.

Kusur unsuru bakımından ise, vekâlet sözleşmesinin varlığı halinde, örneğin hasta, hekimin muayenehanesinde yazılan hatalı reçete dolayısıyla zarar görmüş ise hekimin kusursuz olduğuna ilişkin savunmanın hekim tarafından ispatı gerekecek; yargılamada bu konudaki belirsizliğin giderilememesi halinde sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiğine ve hekimin hastaya tazminat ödemesine karar verilecektir (BK m. 96).³²

Kanımcı, vekâletsiz iş görme varsayımında da, “edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi” dolayısıyla,³³ aynı sonuca varmak gerekir; yani hastanenin acil servisinde yapılan hatalı cerrahi müdahale örneğinde de, hekimin kusuru konusundaki ispat yükü hastaya değil hekime düşecek, sorumluluğun diğer unsurlarına ilişkin vakıalar ispat edilmesine rağmen hekimin kusurlu olduğu konusundaki belirsizliğin giderilememesi halinde dahi hekimin tazminat ödemesine karar verilecektir.

Açıklanan sözleşme ve vekâletsiz iş görme ilişkilerinden tamamen farklı bir nitelikte olmak üzere, bazı hallerde hekimin meslek kurallarına aykırı davranışı, haksız fiil şeklinde de ortaya çıkabilir. Hekimin hastaya olan kişisel düşmanlığı yüzünden kasten zarar vererek yaralama (TCK m. 86-89) ya da ihtiyaç halindeki hastaya yardım etmeyerek “yardım ve bildirim yükümlüğünü yerine getirmeme” (TCK m. 98) suçlarını işlemesi veya insan üzerinde deney (TCK m. 90), organ veya doku ticareti (TCK m. 91), çocuk düşürtme (TCK m. 99) ya da kısırlaştırma (TCK m. 101) suçlarından birini işlemesi örneklerinde durum böyledir. Bu son durumda, haksız fiil sorumluluğu hakkındaki ispat yükü geçerli olacak; kural olarak, kusur dahil, haksız fiilin tüm unsurlarının davacı tarafından ispatı gerekecektir.

Belirtelim ki, kusurun ispatı konusundaki ispat yükü bakımından -deyim yerinde ise- “haksız fiil hukuki sebebi lehine” mevcut olan bu farklılığa rağmen, maddi hukuk bakımından, hekimin gerek vekâlet sözleşmesi gerekse vekâletsiz iş görme halindeki sorumluluğu, haksız fiil

³² Tandoğan, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2, s. 419; Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, s. 168.

³³ Bkz. Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku – Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz 1992), s. 493-494.

halindeki sorumluluğundan daha hafif takdir edilecektir (bkz. BK m. 98 ve m. 411 fıkra II).³⁴

Norm teorisinin hekimin sorumluluğu davalarına uygulanması ile varılan yukarıdaki sonuçlar, hastanın hekimin kusurunu ispat etmesindeki pratik güçlükler sebebiyle, bazı ilmi ve kazai içtihatlarda yetersiz bulunmuş ve bu tür davalardaki ispat yükünü daha adil dağıtılması için farklı ölçütler ileri sürülmüştür. Özellikle sosyal adalet ve hakkaniyet düşüncelerine dayanan “tehlike alanı teorisi”ne göre,³⁵ tazminat davalarında kusur hakkındaki ispat yükünü, tehlikeli bir faaliyet yürüten ve zarara sebep olan olayın delilleri kendi hakimiyet alanında bulunan davalıya yüklemek gerekir ki, bu teori taraftarları, hekimin sorumluluğu hakkındaki davaları, teorilerini destekleyen bir örnek olarak görmekte-dirler. Bu görüşe göre, hekim aleyhine açılan sorumluluk davalarında, hekim, teşhis ve tedavi ile ilgili belge ve bilgilerin büyük bölümünü kendi hakimiyetinde bulundurduğu için, hem delillere daha kolay ulaşabilir hem de -kötü niyetli ise delilleri karartmak imkânına sahiptir.³⁶ Bu nedenle, hekimin sorumluluğu davalarında ispat yükü yer değiştirmelidir.

Hekimin sorumluluğu ile ilgili davalarda ispat yükünün yer değiştirmesi (hekime yüklenmesi) hakkındaki bu görüş, Almanya’da, yumuşatılmış bir şekli ile kabul edilmektedir. Buna göre, davacının zararını ve hekimin ağır bir mesleki kusurunun mevcut olduğunu ispat edildiği hal-

³⁴ Öte yandan, doktrinde ileri sürülmüş olduğunun aksine, kanımca, BK m. 411 fıkra II’de yer alan, iş sahibinin maruz bulunduğu zararı bertaraf etmek için harekete geçen vekâletsiz iş görenin “mesuliyetinin tahfif olunacağı” (Almanca: “Haftpflicht ... milder zu beurteilen”) ifadesini, sorumluluğun kasıt ve ağır ihmal halleriyle sınırlı olacağı şeklinde anlamak, doğru değildir. BK m. 411 fıkra II’de kastedilen hâkimin serbest takdirine göre tazminat talebinin reddi veya tazminat miktarının azaltılmasıdır ki (ezcümle bkz. Herman Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi* – çev: A. Suat Dura, Ankara: Yargıtay Yayınları 1993, m. 420 Kenar no. 4), hekimlik mesleğinin gereği olan yüksek derecede özen gösterme yükümlülüğü dikkate alındığında, bu kanun hükmünün hekimin hafif ihmalinden sorumluluğunu kategorik olarak ortadan kaldırmayacağı tabiidir. Bkz. ve karşı İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, s. 127-128.

³⁵ Bkz. Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, s.112-113; Othmar Jauernig, *Zivilprozeßrecht*, 28. Bası (Müniç: C. H. Beck, 2003), s. 212-213.

³⁶ Hukukumuzda Tekinay’a göre de “Yargıç bir iddiayı veya savunmayı taraflardan hangisinin ispat etmesi gerektiği sorunu çözerken ‘delillere iktidar’ prensibini de göz önünde tutmalıdır. ‘Delillere iktidar’dan amaç şudur: Bir olayın varlığı veya yokluğu tartışılırken, bu hususta hangi tarafın delillere hakim olduğu ve onları yargıca daha kolaylıkla getirebileceği belirlenmeli ve ispat külfeti ona yüklenmelidir.” Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz, 1993), s. v189

lerde, *illiyet bağı* hakkındaki ispat ölçüsünün düşürülmesi gerekir ve hatta, mahkemenin takdirine göre, kusur ile zarar arasındaki illiyet bağı ayrıca ispat etmesi aranmayabilir. Başka bir ifadeyle, Alman hukukunda hâkim olan bu görüşe göre, hekimin ağır kusuru ile hastanın gördüğü zarar arasındaki illiyet bağının ispat edilemediği hallerde dahi, mahkemenin takdirine göre, hekimin tazminat ödemesine hükmedilebilecek; sorumluluktan kurtulmak isteyen hekimin, hastanın uğradığı zararın kendi kusurlu davranışı sonucunda meydana gelmediğini ispat etmesi lazım gelecektir. Bu bağlamda, ağır (mesleki) kusur, “hekimlik mesleğinin bilinen kurallarına açıkça aykırı davranmak” şeklinde tanımlanmakta; mesleğin bilinen kurallarına aykırılık da, objektif olarak, benzer bir vaka ile karşılaşan bir hekimin, olayın bütün özellikleri dikkate alındığında ne şekilde davranması gerektiği dikkate alınarak tespit edilmektedir.

Aynı kural hastanın aydınlatılması borcunun yerine getirilip getirilmediği konusunda da uygulanmaktadır.³⁷ Hastanın uğradığı zararın “aydınlatma yükümlülüğü”nün ihlali sebebiyle ortaya çıkıp çıkmadığı (aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile zarar arasındaki illiyet bağı) hakkındaki ispat yükü kural olarak hastadadır. Ancak, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, “gebe kadına yapılan teşhis amaçlı bir müdahalenin çocuğun sakat doğumuna yol açmak ihtimalinin hekim tarafından açıklanmamış olması” örneğinde olduğu gibi, ağır meslek kusuru teşkil ediyorsa, illiyet bağı konusundaki ispat yükü hekime aittir. Başka bir ifadeyle, aydınlatma görevinin gereği gibi yerine getirilmemesinin ağır meslek kusuru teşkil etmesi halinde, aksi hekim tarafından ispat edilmedikçe, hastanın tıbbi müdahalenin riskleri kendisine açıklansa idi tıbbi müdahaleye rıza göstermeyecek olduğu varsayılır.

Nihayet, Alman hukukunda, hekimin tıbbi müdahale ile ilgili belge ve bilgileri gereği gibi muhafaza etmemiş veya mahkemeye sunmamış olması durumunda, mahkeme kusurluluk hakkındaki ispat yükünü de hekime yükleyebilmektedir. Bu içtihadı göre hâkim, kusurun gerçekleştiğini ispat edilmiş sayabilmekte ve hekime bir karşı ispat

³⁷ Hekimin aydınlatma yükümlülüğü hakkında ezcümle bkz. İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, s. 76-90.

yapması (kusursuzluğunu ispat etmesi) için delil sunma yükünü yüklemiş olmaktadır.^{38,39}

Türk hukukunda, sırf ispat güçlüğüne gerekçe gösterilerek ispat yüküne yer değiştirmek ve norm teorisine göre hasta üzerinde olan belirsizlik rizikosunu hekime yüklemek mümkün değildir.⁴⁰ Ancak, hekimin sorumluluğu hakkındaki davalarda takdir yetkisini kullanan hâkimin, hekimin teşhis ve tedavi ile ilgili belge ve bilgilerin büyük bölümünü kendi hakimiyetinde bulundurduğunu ve hastanın dava temelini oluşturan vakıalar hakkında teknik bilgiye sahip olmadığını dikkate alarak, sorumluluğun dayandırıldığı maddi hukuk hükmünün unsurlarının ispatında ispat gücü daha düşük delillerle yetinmesi mümkündür.

Doktrinde, taraflardan birinin elindeki delilleri ortadan kaldırması veya mahkemeye sunmaması halinde, norm teorisine göre tespit edilen ispat yükünün yer değiştireceği genel olarak kabul edilmektedir.⁴¹ Teorik bakımından, bu durumda ispat yükünün yer değiştirmesi mi, yoksa ispat ölçüsünün, hasmın dürüstlük kuralına aykırı davranışı ile ispat güçlüğü içine sokulan taraf lehine düşürülmesinin mi söz konusu olduğu tartışılabilir.⁴² Uygulama bakımından ise Usul Kanunumuz sorunu çözmeye yardımcı olabilecek pozitif bir düzenleme içermektedir. Buna göre, hekimin kendi elindeki delilleri, örneğin hasta dosyasındaki belgeleri, röntgen vs. bulgu kayıtlarını, “hastanın bedeninde unutulduktan sonar ikinci bir ameliyatla çıkartılan bir tamponu” yok etmesi veya mahkemeye sunmaktan kaçınması halinde, davaya bakan Türk hâkiminin senetlerin ibrazı

³⁸ Ezcümle bkz. Gottfried Baumgärtel, *Beweislastpraxis im Privatrecht: Die Schwierigkeiten der Beweislastverteilung und die Möglichkeiten ihrer Überwindung* (Köln: Carl Heymanns, 1996), s. 272 – 288; İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, s. 141-142; Heinz Thomas / Hans Putzo, *ZPO-Kommentar*, 25. Bası (Müni: C. H. Beck, 2003), Vorbemerkung § 284, kenar no. 30-34; Rosenberg, Leo / Karl Heinz Schwab / Peter Gottwald, *Zivilprozeßrecht*, 15. Bası (Müni: C.H.Beck, 1993), s. 674; Stein/ Jonas *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 21. Bası, Cilt 3 (Tübingen: J.C.B.Mohr, 1997), § 284, kenar no.126-130.

³⁹ Hocam Prof. Dr. Bilge Umar’ın işaret ettiği üzere, esasen bu son durumda “hekimin kusuru ispat edilmiş sayıldığına göre ortada gerçek anlamda bir ‘ispat yükü’ kalmamaktadır; çünkü gerçek anlamda ispat yükü ispatsızlığın riskinden ibarettir.”

⁴⁰ İspat güçlüğüne ispat yükünün yer değiştirmesini haklı göstermeyeceği hakkında ezcümle bkz. Umar/Yılmaz, *İspat Yükü*, s. 67.

⁴¹ Bkz. Umar/Yılmaz, *İspat Yükü*, s. 60-64; Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Ankara: “S” Yayınları, 1989), s. 89-92.

⁴² İspat yükünün ispat ölçüsü ile ilişkisi hakkında bkz. Mehmet Kâmil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi* (İstanbul: Kazancı 1990), s. 77-81.

mecburiyetinin müeyyidesini gösteren HUMK m. 332 hükmünü kıyasen uygulayarak, hekimin sorumluluğuna yol açan ihtilafı vakıanın ispat edilmiş sayması mümkündür.⁴³

⁴³ Bkz. Umar/Yılmaz, *İspat Yüğü*, s. 64.

TIBBİ DELİLLER VE YENİ CEZA MUHAKEMESİ KANUNU

Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK^(*)

I- TIBBİ DELİL KAVRAMI

A. İspat ve delil

Tıbbi delil kavramının ne olduğu sorununa geçmeden önce ceza muhakemesi hukukunda ispat ve delil kavramının kısaca incelenmesi yerinde olacaktır.

Ceza muhakemesinde, esas olarak, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin işine *ispat* denir. İspata yarayan ve hukuk düzeninin kabul ettiği vasıtalara ise *delil* adı verilir¹. Somut olay muhakemeden önceki bir tarihte gerçekleşmiş olduğundan, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bu olayın muhakeme aşamasında tekrar canlandırılması gerekmektedir. Somut olay bir bütün olmakla birlikte esasen pek çok küçük parçadan yani küçük olaylardan meydana gelir. Mevcut deliller, çok defa olayın bütünü değil, bu parçaların bir veya bir kaçını temsil eder. İşte hakim olayın akışını belirlerken bu delillere dayanacak yani onları vasıta olarak kullanacaktır².

Ceza yargılamasında, hukuk yargılamasında olduğu şekliyle bir *ispat külfeti* bulunmamaktadır³. Bunun bir sonucu olarak, sanık suçlu olmadığını ispatla mükellef değildir. Mahkeme re'sen de yapabileceği araştırma

^(*)Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹Öztürk Bahri, "CMUK Reformu ve Uygulama", Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Y.2, S.10, Temmuz-Ağustos 1996, 598; Yurtcan, CMUK Şerhi, 521; Kunter/Yenisey, Öğrenme Kitabı I, 530-531.

²Kunter/Yenisey, Öğrenme Kitabı I, no.42.2

³Yurtcan, CMUK Şerhi, 533; Centel/Zafer, 535; Erem, 347.

neticesinde, yargılamaya getirilen delillerin tartışılması ile sanığın suçlu veya suçsuz olduğu ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hususlarında bir karara varacaktır. Savcılık makamı da sanığın hem lehine hem de aleyhindeki delilleri bulmalıdır⁴. Yargılama sonucunda sanığın suç işlediği tam olarak ortaya çıkmadıkça, *şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği*, suçsuz kabul edilecektir.

Ceza muhakemesinde her şey delildir. Ancak bir şeyin delil olarak sunulması, delil olarak kabul edilmesi anlamına gelmez. Hakim sunulan delilleri serbestçe değerlendirir.

Apaçık olan bir hususun ispatlanması gerekmez. Gerçekten maddi gerçeğin araştırılması, delil serbestliği ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkeleri, ceza yargılamasında her olgunun mutlaka ispatlanması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Asıl olan uyumsuzluğun aydınlanması için önemli bulunan olguların ispatlanmasıdır. Bu şekilde fiilin fail tarafından işlendiği açığa çıkarıldıktan sonra gerçekleştirilen fiilin suç teşkil edip etmediği, ediyorsa hangi suçun meydana geldiğinin belirlenmesi gerekir. Tüm bu faaliyetler delillerin varlığına bağlı olup, var olan delillere göre şekillenir.

Ceza muhakemesinde deliller dört aşama geçirmiştir⁵: - akıl dışı delil; -dini delil; - kanuni delil ve - vicdani delil. Bugün bu aşamalara bilimsel delil aşaması da eklenmelidir. İşte tıbbi delilleri de bu aşamanın bir sonucu olarak görmek yanlış olmaz. Ancak bilimsel ve bunun bir alt unsuru olan tıbbi deliller bakımından dikkat çeken husus, bu delillerin en güvenilir ve objektif olduğu yönündeki yanılgıdır. Zira tıbbi deliller hemen her zaman bir bilirkişi incelemesini zorunlu kıldıklarından sübjektif bir niteliğe sahip oldukları da unutulmamalıdır. Elde etme ya da inceleme sırasındaki karışma olasılığı ve yine bilirkişinin tarafsız olmayabilmesi bu delillerin ispat gücüne ilişkin tehlikeyi ifade eder.

⁴ Yurtcan, CMUK Şerhi, 533.

⁵ K/Y/N, no.41.3

B. Delil çeşitleri

Öğretilerde delillerin değişik şekillerde sınıflandırıldığı görülmektedir.

KUNTER/YENİSEY'e göre deliller 1) Beyan, 2) Belge, 3) Belirti şeklinde üçe ayrılır⁶.

ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK'e göre; 1) Sanık açıklamaları ve ikrar, 2) Tanık açıklamaları, 3) Sanık ve tanıktan başka kişilerin açıklamaları, 4) Yazılı açıklamalar (belgeler), 5) Görüntü ve (veya) ses kaydeden araçlarla açıklama, 6) Belirtiler şeklinde bir sınıflandırma yapılabilir⁷.

TOSUN ise 1) Yasal deliller, 2) Vicdani deliller ve 3) Bilimsel deliller şeklinde bir ayrım yapmaktadır⁸.

EREM ise 1) İtiraf (İkrar), 2) Şahadet (Tanık açıklamaları), 3) Bilirkişilik, 4) Keşif, 5) Maddi deliller şeklinde bir sınıflandırma yapmaktadır⁹.

CENTEL/ZAFER delilleri 1) Sanık beyanı, 2) Tanık beyanı, 3) Belge delilleri, 4) Belirti delilleri ve bilimsel deliller, 5) Bilirkişi mütalası ve 6) Keşif olarak sınıflandırmaktadır¹⁰.

Hangi sınıflandırma esas alınır alınmaz, delil serbestisinin geçerli olduğu ceza muhakemesinde, her şey delil olup tüm delilleri hakim serbestçe takdir edeceği unutulmamalıdır. Öte yandan beyan ve belge delillerin bir olguyu doğrudan, belirtinin ise dolaylı olarak ispatladığı söylenebilir.

C. Tıbbi delil

Tıbbi delil dendiğinde akla gelen tıp biliminin kullanılması suretiyle elde edilen delil olabilir. Bu ise bir muayene ya da inceleme ile gerçekleşir. O halde tıbbi delil tıbbi bir muayene ya da inceleme ile elde edilen delildir.

Tıp biliminin ve teknolojinin gelişimi öteden beri ceza muhakemesi için büyük önem taşıyan tıbbi delilin önemini bir kat daha artırmış-

⁶*Kunter/Yenisey*, no.43.1; Bunu Tosun, "suçla ilgililik" olarak incelemiş ve bunun doğrudan ve dolaylı ilgililik şeklinde olabileceğini belirtmiştir (*Tosun*, 586-587).

⁷*Öztürk/Erdem/Özbek*, 412 vd.

⁸*Tosun*, 590 vd.

⁹*Erem*, 361 vd.

¹⁰*Centel/Zafer*, 171 vd.

tır. Özellikle diğer delil türleri olan tanık açıklaması ve ses ve görüntü araçlarıyla yapılan açıklamaların yanlış, yanıltıcı ya da yalan olma ihtimali tıbbi delillerin önem ve değerini daha da artırmaktadır. Tıbbi delil sadece şüpheli ya da sanığın aleyhine olan değil, lehine olan durumların ispatına da yardımcı olur. Bu çerçevede kolluğun ve savcının ve yine mahkemenin şüpheli/sanığın hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlü olduğu hatırlatılmalıdır. Bu anlamda örneğin, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağırılık-dilsizlik, alkol bağımlılığı ya da geçici sebebin bulunup bulunmadığı hep tıbbi bir muayeneyi gerektirir.

Tıbbi delillerin elde edilmesi adli bilimler sayesinde. Adli bilimler, doğa bilimlerinin hukuka uygulanmasıdır. Adli bilimler geçmişte meydana gelmiş bir olayı bilimsel metodlarla canlandırarak hukuk açısından değerlendirilmesine yardımcı olur. Adli tıp ve kriminalistik (iz bilim) adli bilimler içinde konumuz bakımından en önemli olanlardır.

II- CMK'DA TIBBİ DELİL ELDE ETME VE DEĞERLENDİRME YÖNTEMLERİ

A. Karma nitelikli koruma tedbirleri

1-) Kavram

CMK'da koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmemiş olmakla birlikte koruma tedbirlerinin özelliklerini taşıyan başka tedbirlerin de bulunduğu söylenmelidir. Bunlar daha çok keşif ya da bilirkişi incelemesi niteliği taşıyor olsa da özellikle temel haklara müdahale niteliği taşıyor olmaları koruma tedbirleri başlığı altında incelenmelerini zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte söz konusu tedbirlerin "*Gözlem altına alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi*" başlığı altında CMK m.74 vd. da düzenlendiği söylenmelidir.

2-) Çeşitleri

a-) Gözlem altına alınma (m.74)

aa. Terim-kavram-hukuki nitelik

Gözlem altına alınma terimi uygulamada sık sık gözaltına alma terimi ile karıştırılmaktadır. Gözaltına alma yakalama koruma tedbirinin bir uzantısıdır (CMK m.91). Gözlem altına alma ise şüpheli veya sanığın suçunun tetkikine yönelik bir bilirkişi incelemesidir.

Gözlem altına almaya bilirkişi incelemesi yapılmak üzere başvurulmakla birlikte, bir temel hak ve özgürlüğe yönelik olduğu için işlemin koruma tedbiri boyutu bulunduğu da söylenmelidir.

bb. Kapsam

Gözlem altına alma tedbirine, şüpheli ya da sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için başvurulabilmektedir. Kanımızca CMK m.74/1'in ifadesi eksiktir. Halbuki bu tedbire akıl hastalığı boyutuna ulaşmayan örneğin geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı (m.34), çocuğun temyiz kudretinin belirlenmesi (m.31) bakımından da başvurulabilir. Tedbir temel hak ve özgürlüklere özellikle kişi dokunulmazlığına (AY m.17) müdahale niteliği taşıdığı için kapsamının daraltılmasının yerinde olduğu söylenebilir de bu defa da söz konusu hallerin belirlenmesinde nasıl hareket edileceği bakımından zorluklar ortaya çıkacağı açıktır. Kaldı ki, tedbirin yasada ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmasının buna maruz kalacak kişiler bakımından aynı zamanda bir güvence oluşturduğu da söylenmelidir.

Öte yandan burada akıl hastalığının tespitinden çok, bunun fiilin işlenmesi sırasında kişinin şuur ve hareket serbestisini etkileyip etkilemediğinin ve ne ölçüde etkilediğinin önemli olduğu ifade edilmelidir.

cc. Koşulları

aaa-) Şüpheli Derecesi Bakımından

Gözlem altına alma kararının verilmesi için şüpheli veya sanığın fiili işlediği yolunda "kuvvetli şüpheli"ler bulunmalıdır. Böylece kişi özgürlüğüne ve dokunulmazlığına ağır bir müdahale oluşturan tedbirin uygulanmasının sıkı bir koşula bağlandığı söylenmelidir. Bu aynı zamanda oranlılık ilkesinin de bir gereğidir.

bbb-) Karar Verecek Makam Bakımından

Şüpheli veya sanığın uzman hekimin önerisi üzerine, resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir. Ancak kararın verilebilmesi için Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesi gerekir. O halde bir duruşma yapılması gerekmektedir.

Bu nedenledir ki, şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafî görevlendirilir. Bu bakımdan gözlem altına alınma MECBURİ MÜDAFİLİĞİN kabul edildiği hallerden biridir.

ccc-) Süre Bakımından

Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmî sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir; ancak, sürelerin toplamı üç ayı geçemez.

dd. Denetimi (Kanun Yolu)

Gözlem altına alınma kararma karşı itiraz yoluna gidilebilir. Bu durumda ilgili yedi gün içinde CMK m.268'de belirtilen mercilere itiraz edebilir.

İtiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur.

ee. Durma kararının varlığı halinde gözlem altına alma

Maddenin son fıkrası “Bu madde hükmü, 223'üncü maddenin sekizinci fıkrası gereğince yargılamanın durması kararı verilmesi gereken hâllerde de uygulanır” düzenlemesini getirmektedir.

Bu düzenlemenin anlamı nedir? Fiili işlediği sırada tam akıl hastası olan kişi hakkında dava açılır, ancak yargılama yapılamaz. Fiilin işlendiği sıradaki tam akıl hastalığı bir yargılama engelidir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir (CMK m.223/8). O halde durma kararı verilmiş olsa da durma kararının varlığı gözlem altına alma tedbirine başvurulmasını engellemez.

b-) Şüpheli veya sanığın beden muayenesi

aa. Beden muayenesi terimi, kavram ve konusu

Henüz yasal bir düzenlemeye kavuşmadan önce öğretilerde tedbiri ifade etmek bakımından vücudun muayenesi terimi kullanılmaktaydı¹¹. Yasa ko-

¹¹Centel/Zafer, 285. Bununla birlikte Cihan/Yenisey “vücudun incelenmesi” terimini kullanmaktadır.(Cihan/Yenisey, 280). Biz tedbiri daha iyi anlattığı için “muayenesi” terimini

yucu beden muayenesi terimini uygun bulmuştur. 2004 CMUK Tasarısında da aynı terim kullanılmaktaydı. Bununla birlikte muayene için “*beden*”, örnek alınması için ise “*vücut*” terimlerinin kullanılmasının yerinde olmadığını belirtmek gerekir. Bu durum “*beden*” ve “*vücut*” terimlerinin rastgele seçildiği izlenimini doğurmaktadır.

Maddede açıkça belirtilmiş olmasa da kaleme alınış şekliinden beden muayenesinin dış beden muayenesi ve iç beden muayenesi olmak üzere ikiye ayrıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim aşağıda görüleceği üzere Yönetmelik açıkça iç ve dış beden muayenesi ayrımını yapmış bulunmaktadır.

Bununla birlikte maddede iç beden muayenesinden bahsedilmekle birlikte dış beden muayenesinden söz edilmemektedir. Hükümde vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi ve cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene iç beden muayenesi gibi kabul edilmiştir. O halde iç organlarda yapılan muayene ile vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi ve cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene iç beden muayenesi, bunun dışında kalan vücudun dış yüzeyinde yapılan muayene ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi dış beden muayenesidir.

Öte yandan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin ise *dış beden muayenesini* “*vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi*”; *iç beden muayenesini* ise “*kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*” şeklinde tanımladığı görülmektedir¹². Yine Yönetmeliğe göre *girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri* de bedenın dış muayenesi sayılır (Yönetmelik m.5/son). Öncelikle

uygun bulmaktayız. Zira tedbir incelemeden ziyade tıbbî yöntem ve usuller kullanıldığı için bir muayene şekline bürünmektedir.

¹²Yine Yönetmeliğin CMK’da yer almamasına rağmen bedenın tıbbî muayenesi, müdahale ve cerrahi müdahale kavramlarını da tanımladığını görmekteyiz.

Buna göre *Bedenin tıbbî muayenesi*, tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeleri; *Müdahale*, tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemleri ve *Cerrahi müdahale*, Tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları ifade etmektedir (Yönetmelik m.3).

Yönetmeliğin konuya ilişkin hükümleri özellikle m.6 birlikte değerlendirildiğinde müdahalenin vücuttan örnek alınması içinde gelişen bir durum olduğu, örnek almanın müdahaleyi gerektirdiği ve örnek alma içinde ve birlikte değerlendirilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yönteminin ne olduğu tanımlanmış değildir. Midede herhangi bir şey bulunup bulunmadığının belirlenmesi için mide filminin çekilmesi tıbbi görüntüleme yöntemine örnek olarak verilebilir. Görüldüğü üzere dış beden muayenesi konusundaki yasal boşluk Yönetmelik hükümleri ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Buradaki asıl sorun dış beden muayenesi kararını hangi makamın vereceğidir. Konuya aşağıda dönülecektir.

Vücudun muayenesi kişinin tükürük, idrar, mide içeriği veya kanının incelenmesine olanak vermekle birlikte, mesela midesinde bulunan delil niteliğindeki bir şeyin ameliyat yoluyla çıkarılmasına izin vermesi tartışmalıdır. CMK m.75/2 hükmü konuya açıklık getirmek istemektedir: İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Ancak sorunun asıl yanıtı CMK m.76/1 de yer alır. Buna göre üçüncü kişilerde yapılacak muayenede cerrahi müdahalede bulunmak yasaktır. CMK m.75'de açık bir yasak olmadığına ve fakat m.76/1'de söz konusu düzenleme bulunduğu göre her iki düzenlemeyi şu şekilde yorumlamak mümkündür: şüpheli ve sanıkta yapılacak muayenede cerrahi müdahale mümkün olup, bu müdahale kişinin sağlığına zarar vermemelidir.

bb. Çeşitleri

Madde başlığı incelendiğinde aslında iki ayrı tedbirin düzenlenmiş olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır: Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması. Ancak vücuttan örnek alma aslında bir muayeneyi gerektirdiğinden örnek almanın da muayene içinde değerlendirilebileceği düşünülebilir.

Bununla birlikte Yönetmeliğin tedbiri beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması olarak ikiye ayırdığını ve beden muayenesini de iç ve dış beden muayenesi olarak iki şekilde düzenlediğini görmekteyiz (Yönetmelik m.4 vd.).

Yönetmelik hükümleri de göz önünde bulundurulduğunda iç beden muayenesi ile dış beden muayenesi arasındaki farklar şunlardır:

- İç beden muayenesine hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir iken, dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.

• Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz iken dış beden muayenesi bakımından herhangi bir sınır bulunmaz. O halde her suç bakımından dış beden muayenesi tedbirine başvurulabilmesi mümkündür.

Bununla birlikte;

• Şüpheli veya sanığın gerek iç beden muayenesi ve gerekse dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.

• Gerek iç beden ve gerekse dış beden muayenesinin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Buradaki “açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesi” bu tedbiri uygulayan kişinin daha sonra bir zarar doğması durumunda bu zararlı netice bakımından taksir düzeyinde dahi kusurunun bulunmaması anlamına gelir. Aksi halde tedbire başvuran taksirli hareketinin meydana getirdiği neticeden sorumlu olacaktır.

Vücuttan örnek alınması tedbirinin kapsamına ise şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak, gibi örnekler alınması girmektedir. Bununla birlikte özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır. O halde KTK gereğince yapılacak alkol muayenesi bakımından söz konusu kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Yönetmelik m.23'e göre “Kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir”. O halde yönetmeliğe göre bu haller beden muayenesi ve örnek alınması tedbiri kapsamına girmemektedir. Yasa ile düzenlenmeyen bir hususun Yönetmelikte düzenlenmesi yerinde değildir.

cc. Amacı

Beden muayenesi ve bunun sonucu olarak vücuttan örnek alınmasının amacı delil elde etmektir. Nitekim bu maddede “Bir suça ilişkin delil elde etmek için” şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin, yutulan delilin elde edilmesi ya da kan örneği alınmak suretiyle olay yerinden elde edilen kan, kıl vb. ile DNA analizi yapılabilmesi gibi.

dd. Niteliği

Beden muayenesi karma bir hukuki niteliğe sahiptir; hem bilirkişi incelemesi hem de keşif olarak nitelenebilir. Hatta muayenenin hekim veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılmasının zorunlu olduğu hallerde her iki nitelik aynı anda kendini gösterir. Nihayet temel hak ve özgürlüklere özellikle kişi dokunulmazlığına müdahale özelliği taşıdığından beden muayenesinin bir koruma tedbiri niteliğinin bulunduğu da söylenmelidir. Nitekim yasa koyucu tedbirin uygulanmasını çok sıkı koşullara bağlamak suretiyle esasen bu niteliği ortaya koymuştur. Öte yandan tedbirin koruma tedbirlerinin ortak özelliklerini¹³ de büyük ölçüde taşıdığı söylenmelidir.

CMK içindeki düzenleniş yerine bakıldığında gözlem altında alma, keşif ve otopsi ile birlikte düzenlenmiş ise de beden muayenesinin daha çok koruma tedbiri niteliğinin ağır bastığı söylenmelidir.

ee. Kararı Veren Makam

Gerek iç beden muayenesi yapılması ve gerekse vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine kural olarak hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Hemen tüm koruma tedbirleri bakımından kabul edilmiş olan bu formül beden muayenesi için de kullanılmıştır. Bu kararı hakim kendiliğinden verebileceği gibi C.savcısının veya mağdurun istemiyle de verebilir.

Gecikmede tehlike bulunması durumunda savcı tarafından verilmiş olan karar, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Gecikmede sakınca ne zaman bulunur? “*Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlin*”de gecikmede sakınca bulunur (Yönetmelik m.3).

Maddenin 5353 s.K.la değişmeden önceki ilk halinde *eğer tıbbi muayene ya da vücuttan kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınması söz*

¹³Çalışma da “Koruma Tedbirleri” başlığı altındaki açıklamalara bakılmalıdır.

konusu ise, tedbire ancak hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebiliyor iken vücuttan saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınabilmesine hakim yanında Cumhuriyet savcısı da karar verebiliyor idi.

Görüldüğü üzere dış beden muayenesine kimin karar vereceği konusunda yasada herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasada bulunmayan düzenlemeye Yönetmelikte rastlıyoruz. Yönetmelik m.5/1'e göre "Bir suçla ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir" düzenlemesi getirilmek suretiyle CMK'daki formülden ayrıldığı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Öncelikle söz konusu düzenlemeye rağmen dış beden muayenesine kimin karar vereceği konusunun hala belirsiz olduğu söylenmelidir. Zira Yönetmelik hükmünde "talebiyle yapılabilir" demek, bu konuda karara yetkili makam gösterilmemektedir. Eğer bu düzenleme ile söz konusu tedbire C.savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının da karar verebileceği amaçlanıyor ise Yönetmeliğin kanuna aykırı olamayacağı belirtilmelidir. Kanunda bu konuda açık bir düzenleme olmasa dahi iç

beden muayenesine ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanabileceği söylenmelidir. Kaldı ki, koruma tedbiri niteliği ağır basan beden muayenesi tedbiri bakımından her koruma tedbirinde olduğu gibi tedbire karar verecek makamın yasada açıkça düzenlenmesi zorunludur. Aksi durumda yapılacak uygulamalar nedeniyle ülkemizin AİHM tarafından tazminata mahkum edilmesi kaçınılmaz olacaktır. Sonra, şayet Yönetmelik hükmü kolluğun da muayene talebinde bulunmasını sağlamayı amaçlıyor ise yasada bu açıkça zikredilmiş olmasa dahi savcılık makamını kullanmak suretiyle kolluğun bu yöndeki talebinin sonuçlanması mümkündür.

Nihayet Yönetmelik hükmünden mağdurun dış beden muayenesi talebinde bulunamayacağı şeklinde bir sonuca da ulaşmamak gerekir. Zira yasa ile verilmiş olan bir hakkın Yönetmelik ile alınması mümkün olamaz.

ff. Kararın Uygulanması

İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir (CMK m.75/2). O halde dış beden muayenesi kolluk tarafından yapılabilirliği söylenebilir ise de Yönetmeliğe göre şüpheli veya sanığın iç ve dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır

(Yönetmelik m.4/2, m.5/2). Bu yönüyle Yönetmelik hükmünün yasal düzenlemeden daha ileride olduğu söylenebilir.

Buna karşılık girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de beden dış muayenesi sayılır ve bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir (Yönetmelik m.5/son).

gg. Tedbire Maruz Kalan Kişi/Kişiler

Beden muayenesi tedbirine şüpheli ve sanık hakkında başvurulabilir. Şüpheli ve sanık tanımı hakkında CMK m.2'ye bakılmalıdır.

hh. Oranlılık İlkesi

Hakim kararını verirken oranlılık ve ikincillik ilkeleri ile bağlıdır: *Tıbbî muayenenin yapılabilmesi veya vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.* O halde hakim ya da gecikmede sakınca bulunması durumunda savcı beden muayenesi ve/veya örnek alınması ile elde edilecek yarar ve verilmesi imkan dahilinde bulunan zarar arasında oran bulunup bulunmadığına bakacak, tedbire ancak yararın daha fazla olması durumunda başvurabilecektir. Bununla birlikte kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi var ise her durumda artık tedbire başvurmayacaktır.

“*Kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi*” hukuki bir kavram olmadığı için kanımızca hukuki bir değerlendirmeye tabi tutulamaz. Bu durumda hakim ya da savcının hekim ya da sağlık personelinin görüşüne başvurması kaçınılmazdır.

Nihayet her tedbir gibi beden muayenesi ve örnek alınması, özellikle de beden muayenesi ikincil bir nitelik taşımaktadır. Diğer bir deyişle başka tedbirler ile aynı sonuca ulaşabilmek mümkün ise bu tedbire başvurulmamalıdır.

Bununla birlikte iz bilim de denin kriminalistik biliminin gelişmesi özellikle şüpheli, sanık hatta mağdur üzerinden elde edilecek izlerin maddi gerçeğe üstelik insan haklarına en az müdahale ile ulaşılabilmesine olanak sağladığı ve bunun için de söz konusu tedbire başvurmanın kaçınılmaz olduğu unutulmamalıdır.

Bu noktada ceza muhakemesinin insan haklarını her zaman çatışma içinde bulunan sanık ve mağdur hakları denklemini gerçekleştirmek suretiyle sağlamak sanatı olduğu vurgulanmalıdır.

ii. Kapsamı (Kararın Konusu)

Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz. Örneğin hırsızlık, terk, çocuk düşürme, tehdit, hakaret, trafik güvenliğini tehlikeye sokma gibi suçlarda söz konusu tedbire başvurulamaz. O halde her suç için dış beden muayenesi yapılabilir.

Tedbirin konusunu oluşturan suçlara ilişkin bu sınırlama tedbirin sıklıkla uygulanmasını gerektiren suçlarda sorun çıkaracak görünmektedir. Bu özellikle TCK m. 179/3'te düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bakımından karşımıza çıkar. Ancak 5353 s.K.la yapılan değişiklikle "*özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı*" olduğuna ilişkin düzenleme (CMK m.75/7) bu tür sorunları ortadan kaldırmaya yöneliktir. O halde söz konusu hususlar bakımından KTK'ya göre alkol muayenesi yapılabilmesi ve kan örneği alınabilmesi mümkündür.

Bununla birlikte sınırlama sadece iç beden muayenesi için kabul edildiğine göre dış beden muayenesine her suç bakımından başvurmak mümkün görünmektedir.

jj. Denetimi (Kanun yolu)

Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

İtiraz kanun yolu bakımından m.267 vd.daki açıklamalara bakılmalıdır.

Öte yandan tedbire gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmiş olması durumunda Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Her ne kadar elde edilen deliller kullanılamaz ise de kullanılan delilin akıbeti yani bu delillerin yok edilip edilmeyeceği konusunda bir düzen-

leme bulunmamaktadır. Kanımızca buna ilişkin bir denetim mekanizmasının oluşturulması şarttır.

kk. Hukuka aykırı muayene-Örnek alma

Hukuka aykırı olarak yapılacak beden muayenesi ve yine örnek alınması sonucu elde edilen deliller kullanılamaz. Nitekim yüklenen suç ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille ispatlanabilir (CMK m.217/1).

Bu tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmuş olması durumunda CMK m.141 vd. da öngörülen hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Zira tedbir söz konusu hükümlerin kapsamı dışında kalmaktadır. O halde genel hükümler çerçevesinde tazminat talep etmek mümkün olabilecektir.

c-) Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması

aa. Genel olarak

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine şüpheli ve sanık hakkında başvurulabileceği gibi diğer kişiler bakımından da başvurulabilmesi mümkün, hatta zorunludur. Zira söz konusu tedbirler mağdur üzerinde bulunan olası izlerden yola çıkarak fail/failere ulaştırılabilmesine olanak sağlamaktadır. Özellikle iz bilim bakımından böyle bir tedbire başvurmak kaçınılmazdır. Zira makro izlerden ziyade mikro izler gözle görülmez ve ancak böyle bir muayene ile ortaya çıkarılıp soruşturmanın hızla ilerlemesine katkıda bulunurlar.

bb. Amaç

Bir suçla ilişkin delil elde etmek ve çocuğun soy bağının araştırılmasıdır.

cc. Konusu

Mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi oluşturur.

dd. Oranlılık ilkesi

Oranlılık ilkesi ceza muhakemesi hukukunda hemen her işlem ve tedbir için geçerli bir ilke ise de maddede üçüncü kişilerde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine ilişkin olarak oranlılık ilkesini ifade eden açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, böyle bir tedbire *üçüncü kişilerin sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla* başvurulabilir (m.76/1).

Görüldüğü üzere üçüncü kişilerde söz konusu tedbire başvurmak cerrahi bir müdahale niteliğini taşımamalıdır. Cerrahi müdahale tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları ifade eder (Yönetmelik m.3). Tedbire şüpheli veya sanık bakımından başvurulması durumunda böyle bir sınırlamanın bulunmadığı söylenmelidir.

ee. Kararı Veren Makam

Mağdurun ve diğer kişilerin vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, *gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde* Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Sağlık mevzuatı ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler uyarınca tabip tarafından yapılması gereken tedavi amaçlı tıbbî muayene ve müdahaleler için Cumhuriyet savcısı ya da hâkim kararı aranmaz (Yönetmelik m.19).

ff. Tedbire Maruz Kalan Kişiler

Madde metnine bakıldığında başlıkta “diğer kişiler” terimine yer verilmiş iken, metin içinde “mağdur” terimine yer verildiği görülmektedir. Eğer diğer kişiler terimi esas alınacak olursa “diğer kişiler” mağduru da içine alan şüpheli ve sanık dışındaki herkes anlamına gelir. Nitekim

tedbire ilişkin olarak çıkarılan Yönetmelik de mağdur ve diğer kişiler terimlerini kullanmaktadır.

Öte yandan, mağdurun yaşayan bir kişi olması gerekir. Eğer mağdur ölü ise bu durumda m.76 değil, m.86 ve 87 hükümlerine göre hareket edilmelidir. Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek olmadığı yönündeki düzenleme (m.76/2) de bunu ortaya koymaktadır. Zira ölü mağdurun izninin alınması düşünülemez.

Bununla birlikte tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya bedenden örnek alınmasından kaçınılabilir (m.76/4). Bunun sebebi kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması ilkesidir. Zira muayene veya örnek alınması ile elde edilecek delil kişi veya yakını bakımından aleyhe sonuç doğurabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

Tanıklıktan çekinme sebeplerinin belirlenmesi hususunda Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uygulanır (Yönetmelik m.10/2).

Nihayet tedbire maruz kalan mağdurun rızasının varlığı halinde artık hakim veya savcı kararına gerek bulunmaz (m.76/2). Diğer bir deyişle mağdur bedeni üzerinde muayene yapılmasına ya da vücudundan örnek alınmasına razı olursa artık hakim veya savcı kararı aranmaz.

Ancak bu sadece kararın alınması bakımındandır. Yoksa tedbirin uygulanma şekli konusundaki kayıtlamalar varlığını korumaya devam etmektedir. Yani bu halde savcı adına soruşturma işlemlerini yapan kolluk, Yönetmelik hükümleri gereği (m.7, 8) muayenenin mutlaka hekim tarafından, örnek alınması şeklindeki müdahalelerin ise yine hekim ya da onun gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılmasını sağlamak zorundadır.

Öte yandan bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâ-

linde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir (Yönetmelik m.18/son).

gg. Tedbirin Uygulanması

Tedbirin ne şekilde uygulanacağı konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Konuya Yönetmelikle açıklık getirilmiştir.

Buna göre mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır (Yönetmelik m.7/2). Vücuttan örnek alınması şeklindeki müdahaleler ise ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır (Yönetmelik m.8/2, 3).

Tabip raporları üç nüsha hâlinde düzenlenir. Raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca iki nüshası kapalı ve mühürlü zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, hâkimliğe veya mahkemeye en seri şekilde iletilir. Raporun bir nüshası raporu düzenleyen sağlık kuruluşunda kalır (Yönetmelik m.20).

hh. Denetimi (kanun yolu)

Mağdur ve diğer kişiler bakımından başvurulacak muayene ve örnek alınmasına ilişkin olarak alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir (m.76/son).

Eğer kararı C.savcısı vermiş ise Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Bu durumda elde edilen delillerin yok edilmesi gerekir. Yasada bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır.

ii. Hukuka aykırı muayene-örnek alma

Hukuka aykırı olarak yapılacak beden muayenesi ve yine örnek alınması sonucu elde edilen deliller kullanılamaz. Nitekim yüklenen suç ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille ispatlanabilir (CMK m.217/1).

Bu tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmuş olması durumunda CMK m.141 vd. da öngörülen hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Zira tedbir söz konusu hükümlerin kapsamı dışında kalmaktadır. O halde genel hükümler çerçevesinde tazminat talep etmek mümkün olabilecektir.

Nihayet YTCK m.287 yetkili hakim ve (kanımızca veya olmalı) savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan failin cezalandırılacağını öngörmektedir. Uygulamamızda sıklıkla yaşanan "kızlık muayenesi" yasa koyucuyu böyle bir düzenlemeye itmiştir. Suç mağduru üzerinde gerçekleşen söz konusu muayene m.76 hükümlerine tabidir. Dolayısıyla ancak hakim kararı ve gecikmeden sakınca var ise savcı kararı ile mümkündür. Ancak mağdurun rızası böyle bir karar alınması zorunluluğunu ortadan kaldırır (CMK m.76/2). Ancak bu durumda rızanın varlığı belgelenmelidir. Özellikle kolluğun son derece dikkatli hareket etmesi gerekir. Aksi halde m.287'nin uygulanması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Aynı tehlike muayeneyi gerçekleştirecek doktor bakımından da geçerlidir.

kk. Soybağı araştırması

Soybağı (nesep) bir kimsenin üst soyu dar anlamı ile ana-babası ile olan kan bağıını ifade eder¹⁴. Bu bağı doğal ve/veya hukuki bir bağıdır.

İşte çocuğun soy bağıının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için ilgilinin sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkemece, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir (m.76/3).

d-) Kadınların muayenesi

Beden muayenesi ar ve haya duygularını rencide etmemelidir. Bu özellikle tedbire maruz kalan bir kadın ise daha fazla önem taşımaktadır. Bunu göz önünde bulunduran yasa koyucu kadının muayenesinin kadın hekim tarafından yapılacağını öngörmektedir. Ancak bu mutlak bir zorunluluk değildir. Bunun için;

¹⁴ Acabey, 5.

- Kadının istemi olmalı ve
- Olanaklar elverişli bulunmalıdır.

O halde kadın istese dahi eğer kadın hekime ulaşmak mümkün olamıyorsa artık kadının muayenesi de bir erkek hekim tarafından yapılabilir.

Uygulamamızda kadının isteminin bulunup bulunmadığının her durumda belgelenmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Bu, özellikle yukarıda bahsedilen “genital muayene” bakımından önem kazanmaktadır.

Öte yandan muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın hekimin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir (Yönetmelik m.11/2). Bu şekilde bulundurulan kadın sağlık mesleği personeli işlem tanığı niteliğine sahip olacaktır. Ancak özen gösterilir dendiğine göre bunun bir zorunluluk olarak anlaşılması gerekir. Bununla birlikte tutanakta kadın personelin neden bulundurulmadığının açıkça belirtilmesi yararlı olacaktır.

e-) Moleküler genetik incelemeler

aa. Kavram

CMK moleküler genetik incelemeyi tanımlamamıştır. Bununla birlikte Yönetmelik moleküler genetik incelemeyi şu şekilde tanımlamaktadır: *Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasıdır* (Yönetmelik m.3).

bb. Hukuki nitelik

Moleküler genetik incelemeler aslında bağımsız bir tedbir değildir; bir yönüyle vücudun muayenesi koruma tedbirinin bir parçası, diğer bir yönüyle keşif veya olay yeri incelemesinin bir uzantısıdır.

Tedbirin başarısı bir önceki tedbire yani beden muayenesi, örnek alınması tedbirlerinin başarısına bağlıdır. Gerçekten şüpheli ya da sanıktan ve yine mağdur üzerinde veri elde edilebilse ki, bu veri olay yerinden elde edilen verilerle karşılaştırılabilir. Burada ön koşulun DNA bankasının varlığı olduğu unutulmamalıdır. Böyle bir banka kurulmadığı sürece zorluklar yaşanacaktır.

cc. Tedbirin amacı

CMK'nın 78 ve 79'uncu maddelerinde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alman örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.

İnceleme sadece şüpheli-sanık ya da mağdurdan alınan örneklerde değil, kime ait olduğu bilinmeyen örnekler üzerinde de yapılabilir. Nitekim m.78/2'ye göre yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu hâlde de uygulanır.

dd. Koşulları

aaa-) Şüphe-Oranlılık ve İkincillik İlkeleri

Moleküler genetik incelemeler, temel haklara müdahaleyi gerektiren bir tedbir niteliği taşır. Böyle olunca incelemeye başvurulabilmesi için hangi şüphe derecesinin aranacağı tartışılmalıdır. Konuyu düzenleyen CMK m.79'da şüphenin yoğunluğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Moleküler genetik incelemeler CMK m.75 ve 76'da öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde yapılabilir. Moleküler genetik inceleme beden muayenesi ve örnek alınması tedbirinin devamı niteliğinde olduğundan söz konusu düzenlemenin bu tedbirlere ilişkin koşullara ek bir koşul getirdiği söylenmelidir. Aslında bu oranlılık ilkesinin zorunluluk, gereklilik ve amaca uygunluk şeklindeki üç alt ilkesini ifade etmektedir.

O halde moleküler genetik incelemeler için üç kriter getirildiği söylenebilir:

1. Moleküler genetik incelemeye ancak suçun delil, iz, eser ve emarelerinin saptanması amacıyla başvurulabilir.

2. İncelemeye başvurmak kendisinden materyal alınan kişinin sağlığını tehlikeye düşürmemelidir.

3. İncelemeye ancak zorunlu ve başka türlü delil elde etme olasılığı bulunmayan durumlarda karar verilebilir¹⁵. Yani oranlılık ilkesinin bir sonucu olarak moleküler genetik incelemeye başvurmak gerekli olmalıdır; başka bir olanak varsa veya yöntem daha önce kullanılmışsa artık gerekli değildir. Bu durumda yasanın oranlılık ve ikincillik ilkelerini açıkça kabul etmiş olduğu söylenmelidir. Bunun sebebinin insan hakları bakımından daha güvenceli olma isteği olduğu söylenebilir.

bbb. Kararı Verecek Makam

Moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir.

Görüldüğü üzere, “*gecikmede tehlike bulunması halinde savcı ve/veya polisin*” bu tedbire başvurabilmesi olanağı tanınmış değildir. Gerçekten analiz için savcı veya polise böyle bir yetki vermek gerekli de değildir. Zira elde edilmiş olan materyalin 2 yıla kadar genetik incelemeye tabi tutulabilmesi mümkündür¹⁶.

ccc. İncelemeyi Yapacak Bilirkişi

Bilirkişi gerçek ya da tüzel kişi olabilir (Yönetmelik m.13/2).

Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Teşkilât yapısı itibarıyla üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu objektif olarak ayrı birimler sayılırlar (Yönetmelik m.13/son). Bu

¹⁵Al.CMUK § 81 e DNA-Analizine başvurulabilmesi için, *bulunan materyal izin sanık ya da mağdura ait olup olmadığını tespit bakımından vakta ya da ırsiyetin tespiti için gerekli olması* kriterini getirmiştir. O halde DNA-Analizi sadece belirli vakıaların tespiti amacıyla mümkün olabilir. Bununla birlikte, ilgilinin rızasını açıklaması durumunda bu kriterin dışına çıkılabilemesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir (Kleinknecht/Meyer-Gossner, § 81 e 4).

¹⁶Eisenberg, no.1687i; Kleinknecht/Meyer-Gossner, 81f, no.1; BT-Dr 13/3116, 8. Bununla birlikte, Alman doktrininde sanığın özgür iradesinin hakim kararını gereksiz kıldığı söylenmekte, yasanın pratik olma özelliğini önemli ölçüde ortadan kaldırdığı ve muhakemeyi geciktirdiği vurgulanmaktadır (Sprenger/Fischer, 1830 vd., 1834). Bu nedenle sanığın izninin bulunduğu durumlarda artık hakim kararına gerek olmadığı, savcının ilgili hükme kıyasen DNA analizine başvurabileceği söylenmektedir (Rogall SK StPO, 81f, no.6; Volk, 169; Graalman-Scheerer, 453).

kişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir.

Bilirkişiye gönderilen örneklerle ilgili olarak; hâkimlikler, mahkemeler ve Cumhuriyet başsavcılıkları gizliliği sağlamak ve karışıklığa yer vermemek için gerekli her türlü tedbiri alırlar. Bu amaçla güvenli ve gizli bir kayıt sistemi belirlenir. Bu kayıt sisteminde bedeninden örnek alınan kişinin adı, soyadı, adresi ve doğum tarihine karşılık gelmek üzere bir kod sistemi uygulanır (Yönetmelik m.13/4).

Kişinin genetik kimliğinin deşifre edilmesi sonucuna yol açan ve gen teknolojisinin bugün ulaştığı seviye karşısında kötüye kullanma olasılığının arttığı için DNA analizinde gizlilik esastır.

Gizliliğin ihlali durumunda YTCK m.285 düşünülebilir.

ee. Elde Edilen Verilerin Değerlendirilmesi ve Akıbeti

75, 76 ve 78'inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez (CMK m.80/1; Yönetmelik m.14/1).

Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir. Maddede verilerin ne şekil ve usulde yok edileceği belirtilmemiştir. Yönetmeliğe göre veriler Cumhuriyet savcısının uygun göreceği usullerle yok edilir (m.14/2). Olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin hükümler saklıdır (Yönetmelik m.14/2). Bu durumda mahkumiyet kararı verilmesi halinde inceleme sonuçlarının yok edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

5353 s.K.la değiştirilmeden önce inceleme sonuçlarının “*en geç on gün içinde*” yok edileceğinden söz edilmekteyse de hükmün son halinde bu sürenin kaldırıldığı görülmektedir.

Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir. Moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermemesine, bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilir (Yönetmelik m.14).

ff. Kanun Yolu

Maddede moleküler genetik incelemeler için itiraz kanun yolu öngörülmüş değildir. Beden muayenesi ve örnek alınması için kabul edilen bu kanun yolunun genetik inceleme için kabul edilmemiş olması anlaşılır değildir.

Bu durumda bu karara karşı hükümle birlikte istinaf/temyiz kanun yoluna başvurulacaktır.

gg. Hukuka aykırı inceleme

Hukuka aykırı olarak yapılacak inceleme sonucu elde edilen deliller kullanılamaz. CMK m.217/2'ye göre yüklenen suç ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delille ispatlanabilir. Burada aslında hukuka aykırı olanın inceleme değil, inceleme yapmayı olanaklı kılan muayene ve örnek alma olduğu ve her iki tedbirin bir arada düşünülmesi gerektiği söylenmelidir.

Bu tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmuş olması durumunda CMK m.141 vd. da öngörülen hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Zira tedbir söz konusu hükümlerin kapsamı dışında kalmaktadır. O halde genel hükümler çerçevesinde tazminat talep etmek mümkün olabilecektir.

hh. Genetik kimliğin saklanması ve gelecekteki bir ceza muhakemesinde kullanılması

CMK m.80/1'e göre "Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir". Madde bilgilerin hangi hallerde yok edilceğini sınırlı bir şekilde saymıştır:

- kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması,
- itirazın reddi,
- beraat veya
- ceza verilmesine yer olmadığı kararı.

O halde özellikle mahkumiyet kararı verildiğinde söz konusu bilgilerin yok edilmesi zorunluluğunun bulunmadığı söylenmelidir. Eğer bu düşünülüyor ise konunun yasada açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim yerindeliği tartışılmakla birlikte Yönetmelik hükümlerine göre fizik kimliğin tespiti çerçevesinde elde edilen bilgiler mahkumiyet kararının varlığı halinde arşivlenir. Benzer hususa CMK'da genetik incelemeler için de yer verilmesi yerinde olurdu.

g- Fizik kimliğin tespiti

aa. Genel olarak

Bu tedbir aslında mevcut ceza muhakemesi içinde görünse bile gelecekteki bir ceza muhakemesine yönelik olarak kullanılacaktır. Aslında bu işlemin yukarıda anlatılmaya çalışılan DNA bankasından çok önemli farkı bulunmamaktadır.

Öte yandan tedbirin PVSK'da yer alan parmak izi, fotoğraf alma gibi bazı tedbirler ile benzeştiği görülmektedir. Onlardan farklı olarak bu tedbire ancak bir ceza muhakemesinde başvurulabilir. Kanımızca konuya ilişkin PVSK hükmü CMK'ya uygun hale getirilmelidir.

bb. Konusu

Tedbirin konusunu şüpheli veya sanığın fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve ayak izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntülerinin kayda alınması oluşturmaktadır.

cc. Koşulları

• İşlenmiş olan fiil üst sınırı 2 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olmalıdır. Bu sınırın daha az olması gerektiği söyleniyor ise de PVSK m.5, CMK m.81 ile paralel olarak düzenlendiğinde polisin önleme amaçlı olarak da fizik kimliğin tespiti tedbirine başvurabileceği öngörüldüğünde sakıncanın büyük ölçüde azalacağı kanısındayız.

• Tedbire ancak şüpheli veya sanık hakkında başvurulabilir.

• Şüpheli veya sanığın kimliğinin teşhisi için gerekli olmalıdır. Böylece oranlılık ilkesi içinde değerlendirilen *gereklilik* kriterine yer verilmiş olmaktadır. Gerekliliğin bulunup bulunmadığını emri vermeye yetkili C.Savcısı takdir edecektir. Bu durumda diğer tüm koşullar mevcut olsa dahi C.Savcısı "gerekli" görmediği sürece söz konusu verilerin kaydedilmesi ve depolanması mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, CMK verilerin "*kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konula*"cağından söz etmektedir. Böylece CMK, verilerin şüphelinin gözetilmesine alınmasıyla otomatik olarak elde edilmesi ve arşivlenmesinin önüne geçmek istemiş görünmektedir. Ancak bu, suçla mücadelede önemli bir zafiyete yol açacak niteliktedir. Bununla birlikte herhangi bir kurala dayanmayan arşivlemenin özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olacağını düşünmekteyiz.

• Tedbire ancak Cumhuriyet savcısının emriyle başvurulabilir. 5353 s.K.la değiştirilmeden önce tedbire ancak Cumhuriyet savcısı veya hâkim kararıyla başvurulması öngörülmekteydi. Bununla birlikte soruşturma veya kovuşturma aşamasında da hâkim veya mahkeme kararıyla fizik kimliğinin tespitine ilişkin işlemler yaptırılabilir (Yönetmelik m.15/son).

dd. Uygulanması

Emri C.savcısı vereceğine göre tedbiri kim ve nasıl uygulayacaktır? Konuya ilişkin Yönetmelik hükmüne göre "*Fizik kimliğin tespitinde, öncelikli olarak elin iç yüzeyindeki derinin özel kıvrımlı şekilleri olan parmak ve avuç içi izleri, fotoğrafı ve eşkâl bilgileri kullanılır. Bu işlemler olay yeri inceleme ve kimlik tespit konusunda özel eğitim almış uzman kolluk mensubu tarafından yapılır. Fizik kimliğin tespiti açısından, kişinin ağzındaki dişlerin incelenmesi ve diş izlerinin alınması diş tabibi tarafından yapılır*" (Yönetmelik m.15).

ee. Kaydedilen verilerin akıbeti-yok edilmesi

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip, kesinleşmesi hâllerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda

derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir (CMK m.81/2; Yönetmelik m.16). Burada verilerin gerçekten yok edilip edilmediği önem taşır.

Kanımızca söz konusu verilerin yasal bir düzenleme ile belirlenecek çerçevede bankada (arşivde) toplanması ileride yapılacak ceza muhakemesi için son derece yararlı olacaktır. Nitekim Yönetmelik m.17'ye göre *"Mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde bu Yönetmeliğin 15'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca elde edilen veriler kolluk tarafından, üçüncü fıkrasında belirtilen dış izleri ise bu işlemi yapan sağlık kuruluşu tarafından arşivlenir"*. Söz konusu düzenlemenin Yönetmelik yerine Yasada düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Öte yandan başta parmak izi olmak üzere fizik kimliğe ilişkin diğer hususların kaydının mahkûmiyet kararının verilmesine bağlanması yargılamanın uzun sürmesi ve ilgilinin tutuksuz yargılanması durumunda başka suçlar işlemesi halinde söz konusu bilgilerden yararlanılamamasına yol açacaktır.

Nihayet bugüne kadar kaydedilmiş olan parmak izi vb. verilere ilişkin arşivin silinmesi zorunlu değildir ve olmamalıdır.

3-) Hukuka aykırı müdahale: Tazminat

CMK daha önce 466 sayılı Kanunla düzenlenen haksız yakalanan ve tutuklanana tazminat verilmesi konusunu yeniden ve fakat diğer koruma tedbirlerini kapsayacak şekilde düzenlemiştir¹⁷. Öncelikle sadece yakalama ve tutuklama ile sınırlı olmaksızın diğer koruma tedbirlerini de içine alacak şekilde yapılan bu düzenlemenin son derece yerinde olduğunu belirtmek isteriz. Gerçekten bu suretle örneğin haksız arama ya da elkoyma koruma tedbirine maruz kalan kişiler de artık zararlarını bu hükümler çerçevesinde tazmin ettirme olanağına kavuşmuş olacaklardır.

Bununla birlikte söz konusu kanun hükümleri 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulama olanağı bulacaktır. Bu tarihten önceki işlemler hakkında ise, 7.5.1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi

¹⁷466 s. Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun 23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.18 ile 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam olunur (5320 Sayılı Yürürlük Kanunu m.6).

Bundan böyle

- Yakalama
- Gözaltı
- Tutuklama
- Arama
- Elkoyma

koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanmış olmasından doğabilecek maddi ve manevi tüm zararlar devlet tarafından tazmin edilecektir.

Görüldüğü üzere söz konusu düzenleme yeterli değildir. Çünkü sadece klasik koruma tedbirlerini kapsamakta ve fakat uzakla haberleşmenin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme gibi gizli soruşturma tedbirleri ile karma nitelik gösteren ve bu yönüyle aynı zamanda koruma tedbiri olarak nitelendirdiğimiz beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, moleküler genetik incelemeler ile fizik kimliğin tespiti tedbirlerine hukuka aykırı bir şekilde başvurulması halinde tazminat yükümlülüğü öngörmemektedir. Dileğimiz yasadaki bu eksikliğin bir an önce giderilmesidir.

Bu durumda CMK'da düzenlenmiş bulunmayan hallerde, Anayasal düzenlemenin de bir sonucu olarak, ortaya çıkabilecek zararlar hukukun genel ilkelerine göre tazmin edilecektir.

Hatırlatalım ki, gerek CMK kapsamında yer alan haksız koruma tedbirlerine maruz kalan kişiler ve gerekse yasanın kapsamı dışında kalan tedbirlere haksız bir şekilde maruz kalan kişiler meydana gelen zararlarının tazmini amacıyla iç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'ne başvurabilir. Gerçekten AİHS m.41'e göre "*Mahkeme Sözleşme veya Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Taraf Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette zarar gören tarafın tatminine hükmeder*".

B. Bilirkişi raporu-keşif-olay yeri inceleme

1-) Bilirkişi

a-) Tanım

Çözümü uzmanlığı veya özel ya da teknik bilgiyi gerektiren hususlarda görüşüne başvurulmak üzere hakim veya savcı tarafından görevlendirilen tarafsız kişilere *bilirkişi* denir¹⁸. O halde bilirkişinin üç temel özelliği bulunur:

- Başvurulacak konuda uzman veya özel ya da teknik bilgiye sahip olmalıdır.
- Bilirkişi ancak hakim ya da savcı tarafından görevlendirilebilir.
- Bilirkişi tarafsız olmalıdır. Nitekim bilirkişi göreve başlamadan önce “*Görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim*” şeklinde yemin eder.

Başvurulacak konuda uzman, özel ya da teknik bilgiye sahip olması zorunluluğu bilirkişiyi özellikle tanıktan ayırır. Tanıklık ve bilirkişilik aynı kişide birleşir ise tanıklık üstün tutulmalıdır. Zira başka tanık bulunmayabilir.

b-) Bilirkişiye başvurulabilecek haller

Bilirkişiye ancak “*çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde*” başvurulabilir. Bu formülün önceki yasada yer alan “*çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren haller*” formülünden çok farklı olmadığı söylenmelidir. Tek fark “uzmanlığı” kelimesinin eklenmesi olmuştur. Bu terimin kendinden sonra gelen terimlerin anlamını güçlendirmekten daha fazla bir anlam ifade ettiği söylenmelidir. Gerçek-

¹⁸Ancak şöyle de tanımlanabilir: *Ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililerin sahip oldukları farz edilen hayat tecrübeleri, maddî uyuşmazlığın çözülmesinde, kavranması gereken konuları kavramaya yetmediği zaman, hayat tecrübeleri bakımından duyulan noksanlığı tamamlamak amacı ile yardımına müracaat edilen, belirli bir konuya ilişkin yeterli hayat tecrübesi, yani bilgi ve ihtisası bulunan kimseye bilirkişi denilmektedir (Öztürk/Erdem, 428). Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik ise bilirkişiyi şu şekilde tanımlamaktadır: Çözümü; uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü ya da yazılı olarak vermesi için başvuru olan gerçek veya tüzel kişi (m.3). Ayrıca Centel/Zafer, 190.*

ten artık bilirkişiye başvurmak için sadece çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren halin varlığı gerekmez. Çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektirmese dahi uzmanlığı gerektiriyor olması da bilirkişiye başvurma sonucunu doğurabilir. Bu anlamda artık hukuk alanında da uzmanlaşmanın gittikçe daha fazla önem kazandığı günümüzde hukuk bilimiyle ilgili ve fakat *hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi olanaklı bulunmayan* çözümü uzmanlığı gerektiren bir konuda da bilirkişiye başvurulabilecektir¹⁹.

Bilirkişiye başvurulabilecek haller aynı zamanda bilirkişiye başvurma amacını da ortaya koymaktadır: *Bilirkişiye başvurma amacı çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasıdır.*

Bununla birlikte bir sorunun ne zaman uzmanlığı ya da özel veya teknik bir bilgiyi gerektirip gerektirmediğine bilirkişiyi tayinine yetkili olanlar yani hakim ya da savcı karar verir. Hakim bu gerekliliğe kendiliğinden karar verebileceği gibi Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine de karar verebilir. Bilirkişiye başvurulması istemi üzerine yetkili makam bu konuda hukuka uygun olmayan bir değerlendirme yapacak olursa denetlenebilmelidir. Bu anlamda özel veya teknik bilginin mutlaka Tıp veya Fizik gibi bir bilim dalına ait olması gerekmez, bir zanaatkârın bilgisi de özel veya teknik olabilir²⁰.

Yasal düzenlemenin ifadesinden hakimin çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren her durumda bilirkişiye başvurmak zorunda olmadığı sonucu çıkmaktadır. Gerçekten “karar verilir” ifadesinin yer aldığı CMUK’dan farklı olarak CMK “karar verilebilir” ifadesine yer vermiştir. O halde bilirkişiye başvurma bakımından hakimin tam bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak, kanımızca çözümü uzmanlığı, özel ya da teknik bilgiyi gerektiren hallerde artık hakim uzmanın yerine geçerek karar verememelidir. Örneğin, motor meslek lisesinden mezun olan hakimin çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir

¹⁹ Aynı sonuca CMUK zamanında da ulaşabilmek mümkündür. Zira yasa çözümü “özel bilgiyi gerektiren” dediğine göre bazen çözümü gereken sorun hukuki olmakla birlikte özel bir bilgiyi gerektirebilir.

²⁰ Öztürk/Erdem/Özbek, no.548.

durumda motor işlerinden anladığından bahisle bilirkişiyeye başvurmaması yerinde değildir.

c-) Bilirkişiyeye başvurmanın zorunlu olduğu haller

- Sahte para ve değerler (CMK m.73)
- Şüpheli ya da sanığın akıl hastası olup olmadığının belirlenmesi (CMK m.74)
- Yeni doğmuş çocuğun ölüsü üzerinde inceleme (CMK m.88)
- Ölü muayenesi ve otopsi (CMK m.86, 87)
- Zehirlenme şüphesi (CMK m.89)

bakımından bilirkişiyeye başvurma zorunluluğunun bulunduğu ifade edilmelidir.

Öte yandan bilirkişiyeye başvurulmasının gerekli olduğu konuların gittikçe genişlemekte olduğu söylenmelidir: Psikiyatri ve adli tıp bilgileri, ceset üzerinde incelemeler, parmak izleri ve benzeri metotlar, toksikoloji, bilimsel polis, silâhlar, daktilolar, biyoloji, kimya, muhasebe, mimarî, mekanik, trafik, arkeoloji, yabancı dil, Türkiye’de eski harfler gibi.

d-) Bilirkişiyeye başvurma yasağı

“...hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez.”

Bu yasağın getirilmesiyle bilirkişilik kurumunun kötüye kullanılması önlenmeye çalışılmakta ise de eski yasada da var olan söz konusu düzenlemenin tabir yerindeyse “*kimsenin kale almadığı*” bir yasak olarak işe yaramadığı ortadadır.

e-) Bilirkişiyeye başvurabilecek kişiler-bilirkişinin seçimi

Bilirkişiyeye hakim kendiliğinden (re’sen) başvurabileceği gibi bu konuda Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine de karar verilebilir.

Bu aynı zamanda bilirkişinin seçimi bakımından da geçerlidir. Bu anlamda bilirkişiyi seçme yetkisinin özellikle sanığa ve müdafine de tanınması son derece önemlidir.

f-) Bilirkişiyi atayacak makam

Soruşturma ve kovuşturma evresinde bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması, *hâkim veya mahkemeye* aittir. Buradaki hakim soruşturma evresinde sulh ceza hakimini, mahkeme ise kovuşturma evresinde davaya bakan mahkemeyi ifade eder. Birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin istemler reddedildiğinde de aynı biçimde karar verilir (f.2).

Bununla birlikte soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da bu maddede gösterilen yetkileri kullanabilir (f.3). Yeni düzenlemeye göre savcının bilirkişi ataması bakımından CMUK'da olduğu gibi "*gecikmede sakınca bulunan hallerin*" varlığı aranmamaktadır. Bu da savcının ceza muhakemesindeki yetkilerinin ve etkinliğinin artırılması yönündeki çabının bir sonucudur. Bu husus "*1412 s. Kanununun 66'ncı maddesine göre Cumhuriyet savcısının bilirkişi atama yetkisinin, hâkim ile aynı düzeye getirilmesinin nedeni, soruşturmanın noksansız yapılmasını sağlamaktır.*" şeklinde açıklanmaktadır²¹.

g-) Bilirkişi sayısı

CMUK da bu sayı en fazla üç idi. CMK "*Bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması, hâkim veya mahkemeye aittir. Birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin istemler reddedildiğinde de aynı biçimde karar verilir*" demek suretiyle herhangi bir sayı bir üst sınır öngörmemiştir. Ancak mümkün olduğunca birden fazla bilirkişiye başvurulmamalıdır. Çünkü sayı arttıkça kurumun amacına ulaşmasından uzaklaşmaktadır.

h-) Bilirkişi olarak atanabilecekler

Bilirkişiler İl Adli Yargı Adalet Komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilirler²².

²¹2004 CMUK Tasarısı madde gerekçesi.

²² Listeye kayıt olabilmek için (Yönetmelik m.6):

1. Gerçek kişilerin;
 - a. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması,
 - b. Başvuru tarihinde yirmibeş yaşından küçük olmaması,
 - c. Bilirkişilik yapacağı alanda en az üç yıllık meslekî deneyime sahip olması,
 - d. Affa uğramış ya da ertelenmiş olsalar bile Devlete karşı işlenen suçlar ile basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye

Burada iki husus dikkat çekmektedir: *Birincisi*, bilirkişiler her yıl düzenlenen bir listeden seçilirler. *İkincisi*, tüzel kişiler de bilirkişi olabilir. Listelerin ne şekilde tanzim edileceği Yönetmelikte düzenlenmiştir (Yönetmelik m.4, 5).

Neden bu şekilde bir liste usulüne yer verildiği şu şekilde açıklanmaktadır²³: “*Aslında bilirkişi bir sanat adamı, bir uzmandır. ... Bilirkişi özel bir bilgiye veya teknik bilgiye sahip bulunan bir kişi ve genellikle bir teknisyendir. Ancak teknisyen olmak bilirkişinin tanımı için yeterli değildir. Zira bilirkişi yalnız bir saptama değil aynı zamanda bir takdirde bulunacak, bir değerlendirme de yapacaktır. Bu itibarla bilirkişinin bilgi ve teknik alanında belirli bir deneyim sahibi olmuş kişilerden seçilmesi ve bu bakımdan adli otoritenin, bir tür tasvibini elde etmiş bulunması gerekir. İşte bu nedenle madde birinci fıkrasında her yıl il adli yargı adalet komisyonlarınca bir liste hazırlanmasını ve yukarıda belirtilen niteliklere sahip bilirkişilere bu listede yer verilmesini uygun görmüştür... Böylece çok yerinde olarak bilirkişilerin, önceden bir elemeyden geçirilerek atanmalarına olanak sağlamış bulunmaktadır; bu suretle bilirkişilik kurumuna disiplin sağlanması ile kalınmayacak ayrıca bilirkişinin hâkim gibi görev yapması da önlenmiş olacaktır”.*

Buna göre her ilde bir liste düzenlenecek ve bilirkişiler kural olarak bu listelerden seçilecektir. Ancak bilirkişi, bir başka ile ait listeden de seçilebilir. Bunun sağlanabilmesi için otomasyona gidilmesi uygun olacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken listenin tarafsız bir şekilde teşkilidir.

Ancak bilirkişinin bu listelerden seçilmesi mutlak bir kural değildir. Atama kararında, gerekçesi de gösterilmek suretiyle, birinci fıkrada

kullanma, hileli iflâs gibi bir suçtan veya kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık suçlarından biriyle hükümlü bulunmaması,

e. Disiplin yönünden meslekten ya da memuriyetten çıkarılmamış veya sanat icrasından geçici olarak yasaklanmamış olması,

f. Komisyonun bağlı bulunduğu il çevresinde oturması veya meslekî faaliyeti icra etmesi,

g. Başka bir komisyonun listesinde kayıtlı olmaması,

2. Tüzel kişilerin;

a. Hâlen faaliyetine devam ediyor olması,

b. Listeye kabul edilen tüzel kişiler adına incelemeyi yapacak olan gerçek kişi ya da kişilerin de listeye kabul şartlarını taşımaları gerekir.

²³CMUK 2004 Tasarısı madde gerekçesi.

belirtilen listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilir (m.64/2). Öte yandan Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmî bilirkişiler öncelikle atanırlar. Ancak kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar (m.64/3).

Getirilen bir başka yenilik yemin usulüne ilişkindir. Bundan böyle bilirkişiler her dosya için ayrı ayrı değil, İl Adlî Yargı Adalet Komisyonu tarafından düzenlenen listede yer almalarıyla birlikte bilirkişi olarak görevlendirildiklerinde yemin edeceklerdir. Buna göre, listelere kaydedilen bilirkişiler, İl Adlî Yargı Adalet Komisyonu huzurunda "*Görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.*" sözlerini tekrarlayarak yemin ederler. Bu bilirkişilere görevlendirildikleri her işte yeniden yemin verilmez (m.64/5)²⁴.

Listelerde yer almamış bilirkişiler, görevlendirildiklerinde kendilerini atamış olan merci huzurunda yukarıdaki biçimde yemin ederler. Yeminin yapıldığına ilişkin tutanak hâkim veya Cumhuriyet savcısı, zabıt kâtabi ve bilirkişi tarafından imzalanır (m.64/6)²⁵.

Engel bulunan hâllerde yemin yazılı olarak verilebilir ve metni dosyaya konulur. Ancak bu hâle ilişkin gerekçenin kararda gösterilmesi zorunludur (m.64/7).

Yemin etme, bilirkişi için bir ödevdir.

i-) Bilirkişiliği kabul yükümlülüğü (m.65)

Kural olarak bilirkişiliği kabul zorunlu değildir. Ancak bazı hallerde bilirkişiliği kabul zorunludur. Buna göre;

a. Resmî bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar ve 64'üncü maddede belirtilen listelerde yer almış bulunanlar;

b. İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler;

²⁴Yönetmelik m.10'a göre de "Listeye kabul edilenlere, komisyonca daha önce belirlenen ve ilân edilen gün veya günlerde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 64'üncü maddesinin beşinci fıkrası uyarınca yemin ettirilir".

²⁵CMUK zamanında bilirkişinin savcı tarafından görevlendirilmesi durumunda savcının bu bilirkişilere yemin önermemesi gerektiği yönündeki düşüncenin (Centel/Zafer, 196), yeni düzenleme karşısında geçerliliği kalmamıştır.

c. İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar bilirkişiliği kabul ile yükümlüdür.

j-) Atama kararı ve incelemelerin yürütülmesi

aa. Atama kararının içeriği

Bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin kararda, cevaplandırılması uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorularla inceleme konusu ve görevin yerine getirileceği süre belirtilir. Uygulamada bu hususa çok riayet edilmemekte özellikle hangi konuda bilirkişiye başvurulduğu hususu genel ifadelerle belirtilmektedir.

bb. Görevin yerine getirileceği süre ve süresi içinde yerine getirilmemesinin sonuçları

Görevin yerine getirileceği süre, işin niteliğine göre üç ayı geçmez. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre, bilirkişinin istemi üzerine, kendisini atayan merciin gerekçeli kararıyla en çok üç ay daha uzatılabilir. O halde bilirkişilik görevinin yerine getirileceği süre en fazla toplam altı aydır. CMUK'da bu süre iki ay olup, kesindi.

Belirlenen süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi hemen değiştirilebilir. Bu durumda bilirkişi, o ana kadar yaptığı işlemleri açıklayan bir rapor sunar ve görevi sebebiyle kendisine teslim edilmiş olan eşya ve belgeleri hemen geri verir. Bu bilirkişi, 64'üncü maddede öngörülen listelerden çıkarılabileceği gibi; gecikme dolayısıyla uğranılmış zararları ödemesine de karar verilebilir²⁶.

Bu düzenleme yenidir ve keyfiliği önlemesi bakımından çok yerindedir. Zira uygulamada dosya aylarca bilirkişinin elinde kalmakta bu da

²⁶Öte yandan 5387 s. Bankacılık Kanunu m.165 konuya ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir: "Bu Kanunun uygulaması ile ilgili olarak, bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen suçlardan dolayı açılan ceza davalarında bilirkişi, raporunu dosyanın kendisine verildiği tarihten başlayarak üç ay içinde mahkemeye verir. Bu süre hâkim tarafından iki aya kadar uzatılabilir. Bu süre içerisinde de rapor mahkemeye verilmediği takdirde görev, ücret ödenmeksizin bilirkişiden alınır ve yeni bilirkişi atanır. Bilirkişilik görevi bu şekilde kendisinden alınan kişiler, bir yıl süreyle bu Kanun kapsamında hiçbir davada bilirkişi olarak atanamazlar. Bu kişiler, raporların süresinde verilmemesinin sebep olduğu masrafları ödemeye ve ayrıca beşyüz güne kadar adli para cezasına mahkûm edilirler. Dosyanın bilirkişiye tevdi tarihinde dava zamanasımı süresi durur. Bilirkişinin raporunu mahkemeye verdiği tarihten itibaren bu süre kaldığı yerden işlemeye devam eder".

muhakemenin uzamasına neden olmaktadır. Eğer tek duruşma esası benimsenecek olursa iddianamenin kabulünden hemen sonra duruşma gününe yetişmek kaydıyla dosya bilirkişiye makul bir süre verilerek gönderilmelidir. Öte yandan burada getirilen en önemli yeniliğin süresi içinde raporunu vermeyen bilirkişinin mutlaka o ana kadar yaptığı işlemleri açıklayan bir rapor sunması zorunluluğu olduğu söylenmelidir.

Bilirkişinin süresi içinde raporunu vermemesinin iki yaptırımı bulunur:

- Listeden çıkarılma.
- Gecikme dolayısıyla uğranılmış zararların ödenmesi.

Ancak bu yaptırımlara hükmedilmesi zorunlu değildir. Bilirkişiyi atayan yetkili makamın takdirine bağlıdır. Özellikle süresi içinde raporunu vermeyen bilirkişinin o ana kadar yaptığı işlemleri açıklayan raporunun içeriği bu yaptırımlara hükmedilip hükmedilmemesi bakımından gerekçe oluşturacaktır.

cc. Görevin yerine getirilmesi

Bilirkişi, görevini, kendisini atanmış olan merci ile ilişki içinde yerine getirir, gerektiğinde bu mercie incelemelerindeki gelişmeler hakkında bilgi verir, yararlı görülecek tedbirlerin alınmasını isteyebilir (CMK m.66/3). Örneğin, incelenecek eşyaya elkonulması gerekiyorsa elkoyma talebinde bulunabilir.

Bilirkişi, görevini yerine getirmek amacıyla bilgi edinmek için şüpheli veya sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilir. Bilirkişi, uzmanlık alanına girmeyen bir sorun bakımından aydınlatılmasını isteyecek olursa; hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı, nitelikli ve konusunda bilgisiyle tanınmış kişilerle bir araya gelmesine izin verebilir. Bu şekilde çağrılan kişiler yemin eder ve verecekleri raporlar, bilirkişi raporunun tamamlayıcı bir bölümü olarak dosyaya konulur (CMK m.66/4). Kanımızca bu durumda uzmanlığına gerek bulunan kişinin de dahil olduğu bilirkişi kurulunun oluşturulması daha yerinde olacaktır.

İlgililer de merciinden, incelemeler yapılırken bilirkişiye teknik nitelikte bilgiler verebilecek olan ve ismen belirleyecekleri kişileri dinle-

meleri veya bazı araştırmaların yapılması hususlarında karar verilmesini isteyebilir (CMK m.66/5).

Gerekli olması halinde, bilirkişi, mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hâkim veya cumhuriyet savcısı aracılığı ile soru sorabilir. Ancak, mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısı, bilirkişinin doğrudan soru sormasına da izin verebilir. Muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi, görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve müdafii bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan doğruya yöneltebilir (CMK m.66/6).

Bilirkişiye inceleyeceği şeyler mühür altında verilmeden önce bunların listesi ve sayımı yapılır. Bu hususlar bir tutanakla belirlenir. Bilirkişi, mühürlerin açılmasını ve yeniden konulmasını yine tutanakla belirtmek ve bir liste düzenlemekle yükümlüdür (CMK m.66/7).

k-) Bilirkişi raporu, uzman mütalaası

aa. Bilirkişi raporu

Bilirkişi raporunu *yazılı olarak* hazırlar. Bununla birlikte bilirkişinin dinlenmesinden de söz edilmektedir (CMK m.63/1, 68). Hatta bilirkişinin dinlenmesi ve doğrudan soru sorma ve/veya çapraz sorguya tabi tutulması maddi gerçeğe ulaşılması bakımından son derece önemlidir. Nitekim m.68 bunu sağlamaya yönelik bir düzenleme getirmektedir. Konuya aşağıda dönülecektir.

Raporun kaleme alınış şekli önemli değildir. Ancak raporda, yapılan işlemler ve varılan sonuçların açıklanması ile bilirkişinin imzası mutlaka bulunmalıdır²⁷. Öte yandan bu raporda bilirkişi kendisinden istenen incelemeleri yaptığını ayrıca belirtmek zorundadır. Bu ibare yenidir. Böylece yasa koyucu *bilirkişinin inceleme sonuçlarını bildirme ödevini*²⁸

²⁷ Kanımızca bilirkişinin mesleğinin de raporda mutlaka belirtilmesi özellikle ilgililerin raporu değerlendirmesi bakımından önemlidir. Uygulamamızda bilirkişi raporlarının kim tarafından kaleme alındığı konusunda sadece ad ve imzanın varlığı ile yetinilmektedir. Halbuki örneğin, trafik kazası ile ilgili bir raporda özellikle raporu kaleme alanın bu konuda ehil olup olmadığı ancak mesleği ile irdelenmekle ortaya konulabilecek bir husustur. Her ne kadar bundan böyle bilirkişi listelerinin bulunacağı ve bu listelerde yapılacak eleme ile ancak uzman kişilerin yer alabileceği düşünülebilirse de yine de belirtilen husus gözden uzak tutulmamalıdır.

²⁸ Centel/Zafer, 197.

ifade etmek istemiştir. Yine mühür altındaki şeyler de ilgili mercie verilir veya gönderilir ve bu husus bir tutanağa bağlanır.

Birden çok atanmış bilirkişiler değişik görüşleri yansıtmışlarsa veya bunların ortak sonuçlar üzerinde ayrık görüşleri varsa, bu durumu gerekçeleri ile birlikte rapora yazarlar (CMK m.67/2). Gerçekten bilirkişilerin görüşleri arasında çelişki var ise bilirkişi raporunda karşı oy yazısına da yer verilmelidir.

Bilirkişi raporunda en çok dikkat edilmesi gereken husus bilirkişinin hakim yerine geçerek tüm dosya hakkında görüş ileri sürmemesidir²⁹. Hukuki nitelendirmeyi hakim yapacaktır. Nitekim yasa bunu “*bilirkişi raporunda, hâkim tarafından yapılması gereken hukukî değerlendirmelerde bulunulamaz*” şeklinde ifade etmiştir (CMK m.67/3). Bilirkişi, örneğin bu fiil suçtur ya da değildir şeklinde bir değerlendirme yapamaz. Halbuki uygulamamızda hakim ya da savcının bir suçun oluşup oluşmadığı hususunda bilirkişiden görüş alması sık karşılaşılan bir durumdur. Yine özellikle ölüm ya da yaralanmayla sonuçlanan trafik kazalarında hakimin yetkisine giriyor olmakla birlikte kusurun sekiz üzerinden bilirkişi tarafından paylaşılmasına hala dur denilememektedir.

Nihayet hakimin de bilirkişi raporunu “*delil gibi değerlendirip*” hükme aynen esas almaktan kaçınması gerekir.

bb. Bilirkişi raporunun hukuki niteliği

CMK bilirkişilik kurumunu birinci kitabın üçüncü kısmında tanıklık ve keşif ile birlikte “*bilirkişi incelemesi*” başlığı altında düzenlemiştir. Tanıklık ile birlikte düzenlenmesi bilirkişi raporunun delil olup olmadığı sorusunu akla getirebilir ise de³⁰ kanımızca bilirkişi hakimin yardımcısı olup, raporu bir delil değerlendirme aracıdır; yoksa delil değildir³¹. Delil bilirkişinin incelediği şey olabilir.

Ancak bilirkişi raporunun bazen delil işlevine sahip olduğu da söylenmelidir³². Örneğin, olay yerinde ya da ceset üzerinde yapılan incelemede elde edilen iz, eser gibi. Bu anlamda sanıktan alınan örnek

²⁹Konuyla ilgili olarak bkz. Centel/Zafer, 191.

³⁰Nitekim Taner, 171.

³¹Erem, 6. baskı, 404; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, no.42.5.

³²Gürelli, 18.

ile olay yerinden elde edilen iz üzerinde yapılan incelemede DNA'ların uyduğu yönündeki rapor artık delildir. Ancak bilirkişinin yaptığı incelemede örneğin ölümün kesikten değil, havasızlıktan olduğu yönündeki beyanı ise delil değerlendirme aracıdır.

cc. Raporun muhakemeye katılanlara iletilmesi

Bilirkişi tarafından düzenlenen rapor örnekleri, duruşma sırasında Cumhuriyet savcısına, katılana, vekiline, şüpheliye veya sanığa, müdafine veya kanunî temsilciye doğrudan verilebileceği gibi; kendilerine iadeli taahhütlü mektupla da gönderilebilir (CMK m.67/4). Böylece muhakemeye katılanların bilirkişi raporundan haberdar olması ve bu konudaki görüşlerini ifade etmesi sağlanmak istenmektedir.

Eğer tek celse esası düşünülüyorsa bilirkişi raporu duruşma sırasında verilmemelidir. Zira büyük ihtimalle rapora karşı diyebileceklerini söylemek üzere ilgiliye/ilgililere süre verilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkacak bu da davanın tek duruşmada sona ermesine engel olacaktır.

Bilirkişi incelemeleri tamamlandığında, yeni bilirkişi incelemesi yapılması veya itirazların bildirilmesi için istemde bulunabilmelerini sağlamak üzere Cumhuriyet savcısına, katılana, vekiline, şüpheliye veya sanığa, müdafine veya kanunî temsilciye süre verilir. Bu kişilerin istemleri reddedildiğinde, üç gün içinde bu hususta gerekçeli bir karar verilir (f.5).

1-) Bilimsel mütalaa

Hükümde daha önce taraf bilirkişiliği ya da savunma bilirkişiliği olarak kabul edilen kuruma da yer verilmiştir³³. Kurumun yasal dayanağını CMUK m.212, 213 oluşturmaktaydı.

Buna göre cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez (CMK m.67/6).

Ancak bilirkişi raporu hakkında da bu yola başvurulabilmesi, “*bilirkişinin bilirkişisi*” gibi bir duruma yol açabileceği için eleştirilmelidir.

³³Centel/Zafer, bu kişiye teknik müşavir demektedir (Centel/Zafer, 200).

Nitekim hakime bu konuda bir yetki verilmemesi bunu (kısmen de olsa) önlemeye yöneliktir.

m-) Yeni bir bilirkişi atanması

Hükümde CMUK m.76'daki "*Hâkim, verilen raporu kâfi görmediği takdirde aynı bilirkişi yahut tâyin edeceği diğer bilirkişi tarafından yeni bir rapor tanzim edilmesini emredebilir*" düzenlemesine yer verilmiş olmasa da f.5'te yer alan "*Bilirkişi incelemeleri tamamlandığında, yeni bilirkişi incelemesi yapılması veya itirazların bildirilmesi için istemde bulunabilmelerini sağlamak üzere Cumhuriyet savcısına, katılana, vekiline, şüpheliye veya sanığa, müdafisine veya kanunî temsilciye süre verilir.*" şeklindeki düzenlemeden bu sonuca ulaşılmaktadır.

Hakim bilirkişi raporu ile bağılı değildir. Bu nedenle verilmiş olan raporu eksik bulduğu için reddedebileceği gibi, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilin, şüpheli veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin itirazı üzerine de reddedebilir. Nihayet birden fazla bilirkişiye başvurulmuş olması durumunda raporlar arasında çelişkinin varlığı halinde yeni bir bilirkişiye başvurulması zorunludur.

Öte yandan hakim bilirkişi raporu ile bağılı olmadığından verilmiş olan bilirkişi raporunun aksine de hüküm kurabilir. Ancak bu durumda nedenini gerekçelendirmelidir.

n-) Bilirkişinin ve mütalaa hazırlayanın duruşmada dinlenmesi

Uygulamada en çok eleştirilen hususlardan biri de bilirkişi raporunun yazılı olarak verilmesi ve fakat duruşmada dinlenmemesi idi. Gerçekten bilirkişi raporu bazen bir delili ortaya koyduğuna, bazen de bir delil değerlendirme aracı olduğuna ve muhakemede son derece önemli bir rol oynayabildiğine göre maddi geçeğe ulaşılabilmesi için bilirkişinin dinlenmesi ve en önemlisi kendisine soru yöneltilebilmesi gerekir. Bu ise ancak bilirkişinin duruşmada varlığını sağlamakla mümkün olabilir. Böylece *kovuşturmanın sözlülüğü ilkesi* de hayata geçirilebilecektir. Benzer husus *muhakemeye yön verebilme ilkesi* bakımından da geçerlidir.

İşte CMK'da bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verilebileceği gibi, ilgililerden birinin istemesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağırabileceğinden söz edilmektedir (f.1). CMUK bu olanağı, değişik ve dağınık hükümleri ile düzenlemekteydi. Örneğin,

m.249/2, 250. Öte yandan “doğrudan soru yöneltme” başlığını taşıyan m.201 doğrudan soru yöneltilebilecek kişiler arasında bilirkişiyi de saymak suretiyle m.68 ile bütünlüğü sağlamış olmaktadır. Nihayet “bilirkişinin dinlenmesinden sonra buna karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline, C.savcısına, sanığa ve müdafine sorulur” düzenlemesinde yer veren m.215/1 hatırlatılmalıdır.

Tüm bu hususlar kendisinden bilimsel mütalaa alınan uzman bakımından da geçerlidir (m.68/3).

Yaptıkları açıklamalardan sonra mahkeme başkanı veya hâkim, çekilmelerine izin vermedikçe, bilirkişiler duruşma salonunda kalırlar; ancak salona teker teker alınıp birbirinden ayrı olarak dinlenmeleri zorunlu değildir (CMK m.68/2).

o-) Bilirkişinin reddi

aa. Red sebepleri

Buna göre bilirkişi;

- a. Suçtan kendisi zarar görmüşse,
- b. Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa,
- c. Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,
- d. Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa,
- e. Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa,
- f. Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa,
- g. Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,
- h. Aynı davada tanık sıfatıyla dinlenmişse ve nihayet
- ı. Aynı davada hakimlik görevi yapıyorsa

bilirkişilik görevini yapamaz.

Yukarıda sayılan bilirkişinin reddi sebepleri CMK m.23'de sayılan hakimin reddi sebepleri ile biri hariç tümüyle aynıdır. Ancak ondan farklı olarak bir başka red sebebi bilirkişinin aynı davada hakimlik görevini yapıyor olması da bir başka red sebebi olarak kabul edilmelidir.

bb. Red hakkına sahip olanlar

Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, ret hakkını kullanabilirler. Hâkim veya mahkeme tarafından atanan bilirkişinin adı ve soyadı, engel sebepler olmadıkça ret hakkına sahip olanlara bildirilir (m.69/2).

cc. Red muhakemesi

Ret istemini davayı görmekte olan hâkim veya mahkeme inceler. Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısınca kabul edilmeyen ret istemi sulh ceza hâkimince incelenir. Reddi isteyen kişi, bunun nedenini, dayandığı olguları göstererek açıklamakla yükümlüdür (m.69/3).

Eski düzenlemeden farklı olarak hakimin reddinde olduğu gibi ceza muhakemesinde her şey delildir ilkesinden hareketle yeminin delil olmaya ilişkin hüküm yeni düzenlemede bulunmamaktadır.

Yine red bir hak olduğuna göre eski düzenlemedeki *reddi isteyen taraf ret sebebini ispat ile mükelleştir* şeklindeki keskin ifade yerine "*Reddi isteyen kişi, bunun nedenini, dayandığı olguları göstererek açıklamakla yükümlüdür*" ifadesine yer verilmiştir. İfadenin yumuşatılmış olması red talebinde bulunanın iddiasını ispatlaması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

p-) Bilirkişilikten çekinme, bilirkişi olarak dinlenemeyecek kişiler

Bilirkişilikten çekinme aslında bir haktır.

Tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepler bilirkişiler hakkında da geçerli olduğuna göre aşağıdaki kimseler bilirkişilikten çekinebilir:

- a. Şüpheli veya sanığın nişanlısı.
- b. Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.

c. Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu.

d. Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.

e. Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.

Meslek ve sürekli uğraşı sebebiyle de bilirkişilikten çekinmek mümkündür. Ancak CMUK'a göre bu kişilerin önemli oranda genişlediği söylenmelidir. Buna göre,

a. Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle,

b. Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında,

c. Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler

sebebiyle bilirkişilikten çekinebilirler.

Ancak buradaki sayımın sınırlı olmadığı söylenmelidir. Bilirkişi geçerli diğer sebeplerle de görüş bildirmekten çekinebilir. Örneğin, siyasi görüş farklılığı ya da çekinme sebepleri içinde yer alamayan akrabalık derecesi gibi.

Burada dikkat çekici olan husus “*Bilirkişi sıfatıyla dinlenmeleri mensup oldukları dairece memuriyetin menfaat ve icaplarına halel vereceği beyan edilen Devlet memurları bilirkişi olarak dinlenemez.*” düzenlemesini getiren eski CMK m.69/2, ye yer verilmemiş olmasıdır. Zira, CMK'da devlet sırrı kavramı artık mutlak anlaşılmamaktadır. CMK m.47 (2) de yer alan “*Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbit kâ-tibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir*” hükmü kıyasen bilirkişi bakımından da uygulanmalıdır.

r-) Görevini yapmayan bilirkişi hakkındaki işlem

Buna göre, yasal bir sebep olmaksızın bilirkişilikten veya yemin-den çekinen bilirkişi hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yeminin veya bilirkişiliğin gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, bilirkişiliğe ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır.

Burada dikkat çeken husus m.60 hükmünün tümüyle uygulanmıyor olmasıdır. Kanımızca bu yerinde olmamıştır. Zira özellikle m.60/son'da yer alan söz konusu *disiplin kararına itiraz edilebileceğine* ilişkin düzenlemenin bilirkişi bakımından kabul edilmemiş olması, böyle bir karara maruz kalan bilirkişinin kanun yoluna başvurmasını kapatmış olması nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırıdır. Kaldı ki, aynı olanak kendisine tanınmış olan tanık ile bilirkişi arasında neden böyle bir fark yaratıldığı anlaşılammaktadır.

s-) Bilirkişi ücret ve gideri

Yukarıda yer geldiğince bilirkişinin hazır bulunma, bilirkişilik yapma, yemin etme ve bilirkişinin inceleme sonuçlarını bildirme ödevlerinden söz edilmiştir. Burada ise bilirkişinin ücret alma hakkı düzenlenmiştir.

Bilirkişinin *ücret hakkının kapsamı*, inceleme ve seyahat giderleri ile bilirkişini çalışmasından oluşur.

Ancak uygulamamızda bilirkişi için yapmış olduğu işe uygun ücrete hükmedilmemektedir.

2-Keşif

a-) Tanım-Kavram

Kural olarak hakimin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının muhakeme konusu olayla ilgili hususları beş duyusu aracılığı ile incelemesine keşif denir³⁴.

Keşfin konusu her şey olabilir. Canlı ya da cansız her şey beş duyu vasıtasıyla incelenir. Önemli olan keşif konusunun olayla ilgili olmasıdır.

³⁴Öztürk/Erdem/Özbek, 7. bastı, no.509; Kunter/Yenisey, no. 340; Tosun, c. 1, s. 780 vd.

Olayda kullanılan, bıçak, ölünün üzerinden çıkarılan mermi deliklerinin bulunduğu elbise, trafik kazasının meydana geldiği kavşak, silahlı saldırı çekiminin yer aldığı CD kaydı gibi. Hakim tüm bu hususları durumun özelliğine göre görerek, duyarak, tadarak, koklayarak ya da dokunarak inceleyecektir. Bu anlamda keşfe muhakemenin her evresinde başvurulabileceği gibi, keşfin duruşma salonunda ya da dışında yapılabilmesi mümkündür.

b-) Yapacak makam

Keşif, kural olarak hakim tarafından yapılan bir ceza muhakemesi işlemidir. C.savcısı ise ancak gecikmede tehlike bulunması durumunda³⁵ keşif yapabilir. Görüldüğü üzere kolluk keşif yapamaz. Uygulamada kolluğun sık sık başvurduğu *yer gösterme* de bir tür keşiftir. Ancak kolluk tarafından yapıldığı için keşif olarak adlandırılmamaktaydı³⁶. Yeni CMK yer göstermeyi de keşif gibi kabul etmiş ve kolluğun yetkisinden almıştır. Ancak 5353 s.K.la “250'nci maddenin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar söz konusu olduğunda, adli kolluk amiri de yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkilidir” düzenlemesi getirilmek suretiyle kolluğa yer gösterme yetkisinin bu defa yasal olarak verildiği görülmektedir.

c-) Keşfin icrası

Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilirler. Keşif sırasında hazır bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler. Şüpheli veya sanık tutuklu ise, hâkim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hâllerde keşifte hazır bulundurulmasına karar verilebilir.

Öte yandan tanık veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle bulunmasının güç olduğu anlaşılırsa, bu tanık veya bilirkişinin dinlenmesi sırasında da şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilirler.

³⁵Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlinde gecikmede tehlike bulunur.

³⁶Yenisey'e göre burada sadece kolluk araştırmalarının ilerlemesine hizmet eden bir işlem söz konusudur (Yenisev. Fair Trial, no. 179).

Bilirkişi ya da tanığın dinlenmesi sırasında hazır bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler.

Mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabileceyse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir. Ancak bu durumda işleme ilişkin tutanaktan şüpheli veya sanığın ya da müdafinin haberdar edilmesi gerekir.

Keşif bir tutanakla belirlenir. Keşif tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılır (CMK m.83/2).

Keşif tutanakları duruşmada okunur. Gerçekten “Duruşmada okunması zorunlu belge ve tutanaklar” başlığını taşıyan CMK m.209/1’e göre “... keşif tutanakları gibi delil olarak kullanılacak belgeler ... duruşmada okunur.” Bu düzenlemeden çıkan diğer bir sonuç keşif tutanaklarının delil olarak kullanılacak belge kabul edilmesidir. Kanımızca delil keşif tutanağının konusunu oluşturur. Delil, keşif işlemi ile incelemeye tabi tutulacağından bu inceleme sonucunu gösteren tutanağına yasa koyucu delil niteliği vermiş görünmektedir.

d-) Keşif türleri

Yer gösterme

5353 s.K.la değiştirilmeden önce hüküm keşfe ilişkin maddelere atıf yapmakta ve yer gösterme bakımından da söz konusu maddelerin uygulanacağını öngörmekteydi. Yeni düzenlemenin yer gösterme işlemine apayrı bir nitelik verdiği görülmektedir. Bununla birlikte keşiften hemen sonra düzenlenmiş olması yer göstermenin de bir tür keşif olarak kabul edildiği izlenimi vermektedir.

Yeni düzenlemeye göre yer gösterme işlemine C.savcısı karar verir. Halbuki önceki düzenlemede bir tür keşif olarak kabul edildiğinden yer gösterme işlemine kural olarak hakim gecikmede sakınca bulunması durumunda C.savcısı karar verebilmekteydi. C.savcısının yer gösterme kararı verebilmesi için şüphelinin kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olması gerekir. O halde böyle bir açıklamada bulunmamış örneğin, susma hakkını kullanmış ise artık yer gösterme işlemine başvurulamaması gerekir.

Yer gösterme işlemine başvurulabilmesi bakımından suç açısından herhangi bir özellik öngörülmemiştir. Bu durumda her suç bakımından yer gösterme işlemine başvurulabileceği sonucu çıkıyor ise de kanımızca bu işlem bakımından oranlılık ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Bu anlamda yapılacak bir değerlendirmede yer gösterme işleminin fiilin ispatı bakımından faydalı, gerekli ve zorunlu olması gerekir.

Bununla birlikte yine 5353 s.K.la 250'nci maddenin birinci fıkrası kapsamına giren suçlar söz konusu olduğunda, adli kolluk amirinin de yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkili olduğu kabul edilmiştir. Buna göre örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçların (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332'nci maddeler hariç) varlığı halinde kolluk da yer gösterme işlemine başvurabilir. Bu öteden beri icra şeklini eleştirdiğimiz kolluğun yer gösterme faaliyetinin yasallaştırılması olmuştur ki kabul edilemez. Zira uygulamada kolluğun yer gösterme faaliyeti bazen bir "şova"dönüşmektedir. Bu özellikle masumiyet karinesi bakımından önemli sakıncalar ortaya çıkarmaktadır. Kolluğun yer gösterme işlemine başvurması bakımından da şüphelinin kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olması gerekir.

İster savcı isterse kolluk başvursun sadece şüpheliden söz edildiğine göre sanık hakkında yer gösterme işlemine başvurulamaz. Diğer bir deyişle yer gösterme işlemi bir soruşturma (hazırlık soruşturması) faaliyetidir. Görülmekte olan bir dava sırasında bu işleme başvurulamaz.

Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, müdafî de yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilir (CMK m.85/2). Böylece şüpheli için bir teminat öngörülmüştür. Ancak "gecikmede sakınca" kavramının dürüst işlem ilkesine uygun olarak değerlendirilmesi gerekir.

Nihayet her soruşturma işlemi bir tanığa bağlanacağından (CMK m.169/1), yer gösterme işlemi de bir tutanağa bağlanmalıdır. Buna göre yer gösterme işlemi yapan Cumhuriyet savcısı yanında bir zabıt kâtabi bulunur. Acele hâllerde, yemin vermek koşuluyla, başka bir kimse, yazman olarak görevlendirilebilir. Tutanak, adlî kolluk görevlisi/görevlileri ve/veya Cumhuriyet savcısı hazır bulunan zabıt kâtabi tarafından imza

edilir. Müdafî hazır bulunduysa onun da isim ve imzasına da yer verilir. Tutanak, işlemin yapıldığı yeri, zamanı ve işleme katılan veya ilgisi bulunan kimselerin isimlerini içerir.

bb. Ölü muayenesi ve otopsi

aaa-) Ölü muayenesi

a1-) Terim-Tamm

CMK ölü muayenesi terimi yerine adli muayene terimini kullanılmaktadır. Yeni kanun CMUK m.79 ve 80'de yer alan hükümleri "ölünün kimliğini belirleme ve adli muayene" başlığı altında tek bir maddede düzenlemiştir.

Öte yandan adli muayeneye ve otopsiye geçilmeden önce "TEŞHİS" olarak niteleyebileceğimiz bir başka kuruma daha yer vermiştir. Buna göre "Engelleyici sebepler olmadıkça ölü muayenesinden veya otopside önce ölünün kimliği her suretle ve özellikle kendisini tanıyanlara gösterilerek belirlenir ve elde edilmiş bir şüpheli veya sanık varsa, teşhis edilmek üzere ölü ona da gösterilebilir". Buna ölünün kimliğini belirleme denir.

Adli muayene ya da eski deyişle ölü muayenesi şüpheli bir ölümden olayın meydana geliş şeklini ve faile ait izleri bulabilmek için savcı huzurunda hekim tarafından ölüde yapılan dış incelemedir³⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, CMK muayenesinin hekim huzurunda yapılması ilkesinden ayrılmış eskisinden farklı olarak C. Savcısının huzurunda ve bir hekim görevlendirilerek yapılması esasını getirmiştir.

a2-) Adli muayenesinin amacı

Ölünün adli muayenesinde tıbbî belirtiler, ölüm zamanı ve ölüm nedenini belirlemek için tüm bulgular saptanır. Bu anlamda özellikle faile ilişkin ölü üzerindeki iz ve emareler belirlenmeye çalışılır. Bu yönüyle de yukarıda açıklanmaya çalışılan mağdurun beden muayenesine benzetilmektedir. Ancak burada muayene edilen beden ölüdür.

Görüldüğü üzere muayene dıştan yapılır. Bu yönüyle otopside ayrıdır.

³⁷Öztürk/Erdem/Özbek, no.517.

Muayene ile ölünün dış görünüşünün fotoğraf gibi tanımlanması ile bir tür tıbbi kimliği çıkarılmış olur³⁸.

Öte yandan gömülmüş bulunan bir ceset de incelenmesi için mezardan çıkarılabilir. Bu husustaki karar, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir. Mezardan çıkarma kararı, araştırmanın amacını tehlikeye düşürmeyecekse ve ulaşılması da zor değilse ölünün bir yakınma derhâl bildirilir (CMK m.87/4). Bununla birlikte böyle bir incelemeyi ölünün yakınımın da talep edebileceği şüphesizdir.

bbb-) Otopsi

a1-) Tanım

Ölüm sebebinin belirlenmesi amacıyla, ölünün içinin açılıp organlarının incelenmesine *otopsi* denir.

a2-) İcrası

Cumhuriyet savcısının huzurunda biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır. Bununla birlikte *müdafî veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilir*. Öte yandan zorunluluk bulunduğu otopsi işlemi bir hekim tarafından da yapılabilir; bu durum otopsi raporunda açıkça belirtilir.

Bununla birlikte CMUK otopside kural olarak hakimin huzurunu aramaktaydı. C.Savcısı ancak gecikmede sakınca bulunması durumunda otopside bulunabilmekteydi Ancak uygulamada istisnânın kural haline gelmesi ve teminatsız bir durum da yaratmaması nedeniyle CMK'nın sadece savcı huzurunu yeterli görmesi sakıncalı değildir. Kaldı ki, bu CMK'nın savcının etkinliğini artırmak istemesi ile de uyumludur.

CMK otopsiyi yapacak hekim bakımından da farklılık getirmektedir.

Otopsi, cesedin durumu olanak verdiği takdirde, mutlaka baş, göğüs ve karnın açılmasını gerektirir (CMK m.87/2)

Ölümünden hemen önceki hastalığında öleni tedavi etmiş olan tabibe, otopsi yapma görevi verilemez. Ancak, bu tabibin otopsi sırasında

³⁸Öztürk/Erdem/Özbek, no.520.

hazır bulunması ve hastalığın seyri hakkında bilgi vermesi istenebilir (CMK m.87/3).

Gömülmüş ceset mezardan çıkarılabilir mi? Gömülmüş bulunan bir ceset, otopsi yapılması için mezardan çıkarılabilir. Bu husustaki karar, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir. Mezardan çıkarma kararı, araştırmanın amacını tehlikeye düşürmeyecekse ve ulaşılması da zor değilse ölünün bir yakınma derhâl bildirilir (CMK m.87/4).

Otopsinin kayda alınması: CMK cesedin görüntüleri kayda alınmasından söz etmektedir. Bunun için yeterli teknik araç ve gereç bulunmalıdır

ccc-) Yeni doğanın cesedinin adli muayenesi veya otopsi

Özelliği sebebiyle CMK CMUK gibi yeni doğanın cesedinin adli muayenesi veya otopsisini ayrıca düzenlemiştir.

Bu da bir keşif ve otopsi şeklindedir. Buna göre yeni doğanın cesedi üzerinde adli muayene veya otopside,

- doğum sırasında veya doğumdan sonra yaşam bulgularının varlığı ve
- olağan süresinde doğup doğmadığı ve
- biyolojik olarak yaşamını rahim dışında sürdürebilecek kadar olgunlaşmış olup olmadığı veya yaşama yeteneği bulunup bulunmadığı saptanır.

Burada aklımıza şu soru gelmektedir: Yeni doğmuş çocuğu öldürme ayrı bir suç olarak düzenlenmediğine göre hala böyle bir düzenleme yapmaya gerek bulunmakta mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilmelidir. Her ne kadar yeni doğmuş çocuğu öldürme suçuna 5237 s. TCK'da yer verilmemiş olsa da tam ve sağ doğumun belirlenmesi öldürme suçunun oluşup oluşmadığı ve erken doğum veya düşük olayının gerçekleşip gerçekleşmediği nitelikli yaralama suçunun belirlenmesi bakımından önem arz eder.

ddd-) Zehirlenme şüphesi üzerine yapılacak işlem

Bu da bir tür otopsi ve yeniden doğan çocuğun ölümünde olduğu gibi ayrı bir özellik gösterdiği için müstakil olarak düzenlenmiştir.

Buna göre zehirlenme şüphesi olan hâllerde organlardan parça alınırken, görünen şekli ile organın tahribatı tanımlanır. Ölüde veya başka yerlerde bulunmuş şüpheli maddeler, görevlendirilen uzman tarafından incelenerek tahlil edilir. Cumhuriyet savcısı veya mahkeme, bu incelemenin, hekimin katılmasıyla veya onun yönetiminde yapılmasına karar verebilir.

3- Olay yeri inceleme

Suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el konulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemlerine *olay yeri inceleme* denir. Olay yeri inceleme kolluk tarafından başvuru olan bir delil elde etme yöntemidir.

Olay yerinin herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda bulunması durumunda olay yeri inceleme yapılması için bir emir veya karar gerekmez. Belirtilen bu yerler dışındaki olay yeri inceleme işlemleri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışındaki yerlerde kolluk âmirinin yazılı emri üzerine gerçekleştirilir. (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.9/1).

TRAFİK SUÇLARI BAĞLAMINDA BİLİMSEL DELİLLERİN İSPAT FONKSİYONU

Yard. Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ^(*)

I. Giriş

Ceza muhakemesi hukukumuzda “vicdani ispat sistemi” geçerlidir. Bu sistemin esas olarak iki sonucu ya da unsuru bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, ceza muhakemesinde kural olarak her şeyin delil olabilmesi¹, daha doğrusu kanuni ispat ve delil sisteminin bulunmaması; ikin-

^(*)İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Bu ifade yanıltıcı olmamalıdır. Ceza muhakemesi hukukunda her şeyin delil olabilmesi, delillerin hiçbir kurala bağlı olmaması, kendilerinde hiçbir özellik aranmaması ya da bir delil ceza muhakemesine dahil edilirken hiçbir kurala bağlı olmaması anlamını taşımamaktadır. Bu ifadenin anlattığı şey, kural olarak ceza muhakemesinde belirli olay ya da olguların belirli delillerle ispat edilebilmesine ilişkin sınırlayıcı kurallar yani kanuni ispat sistemi ve kanuni delil sisteminin bulunmamasıdır. Buna karşı ceza muhakemesinde de delillerin belirli özelliklere sahip olması ya da olmaması –*gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici, ispat bakımından önemli, müşterek olması ve hukuka aykırı olmaması* gibi- aranmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Kunter**, Nurullah / **Yenisey**, Feridun / **Nuhoğlu**, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2006, s. 594 vd.; **Tosun**, Öztekin; Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1984, s. 538). Nitekim CMK’da *kanuna aykırı elde edilmiş, karara etkisi yoksa, sadece davayı uzatmak için ortaya konulmak isteniyorsa* delilin ortaya konulmasının reddolunacağını hükmüne yer verilmiştir (CMK m. 206/2). Diğer taraftan delillerin ortaya konulması açısından da “sıkı ispat sistemi”, yani delillerin ceza muhakemesine, daha doğru duruşmaya belirli usullere göre dahil edilmesi ve ancak bu usullere (örneğin, tanık beyanının kural olarak sözlü olarak alınması ve daha önce alınmış tanık ifadesinin duruşmada okunulmasıyla yetinilmemesi gibi –CMK m. 210/1-) göre duruşmaya dahil edilen ve duruşmada tartışılan delillerin hükme esas oluşturabilmesi kabul edilmiştir (Sıkı ispat sistemi konusunda ayrıntı için bkz.: **Roxin**, Claus; Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, München 1999, § 24, no. 2 vd.; karşı; **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 547-548). Dolayısıyla “her şeyin delil olabilmesi” deyimini daha ziyade, kural olarak ceza muhakemesinde belirli olayların belirli delillerle ispatına ilişkin “kanuni ispat kuralları”nın bulunmamasını ifade eder. Buna karşı herhangi bir olay ya da olgunun ceza muhakemesine dahil edilmesinde bir yasak bulunmuyorsa da ancak belirli özelliklere sahip olması ve kanunda öngörülen yöntemlere göre duruşmaya dahil edilmesi durumunda hükme esas olabilmesi mümkündür.

cisi ise hakimın vicdani kanaatini duruşmada ortaya konulmuş olan delillerin serbestçe değerdendirilmesi sonucunda oluşturmasıdır. Ceza muhakemesinde hakim, duruşmanın bütününden (tamamından) elde edeceği kanaatine göre, duruşmada ortaya konulmuş olan delilleri serbestçe takdir edecektir². Bu durum Ceza Muhakemesi Kanunumuzda (CMK), “hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakimın vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir” (m. 217/1) biçiminde ifade edilmiştir.

Buna göre hakim, yargılamada ispatı gereken olayları belirli delillerle ispat etmek zorunda olmadığı gibi; duruşmada ortaya konulan delilleri değerdendirmek bakımından da kural olarak kanuni kurallarla bağlı değildir. Ancak bu durum hakimın hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın keyfi kararlar verebilmesi anlamını taşımamaktadır. Hakimın vereceği karar, duruşmanın bütününden elde edilmiş olması gerektiği gibi; mantık kurallarına, tecrübe kurallarına ve gerçekliği kontrol edilmiş (sağlam) bilimsel veri ve delillere aykırı olamamalı ve yine hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillere de dayanmamalıdır³.

Hakimin delilleri değerdendirmesinin bir diğer sınırını mantık kuralları, tecrübe kuralları ve bilimsel veriler oluşturur⁴. İnceleme konumuzu “bilimsel deliller” oluşturduğundan burada sadece bilimsel deliller üzerinde durulacaktır.

Bilimsel deliller, belirttiğimiz anlamda hakimın delilleri serbestçe değerdendirebilmesinin sınırlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. **Bilimsel delilden maksat**, o konuyla ilgili bilim dalının kural ve verilerine göre ve doğru yöntemler uygulanarak yapılan inceleme sonunda elde edilen verilerdir. Örneğin kişinin kan grubunun belirlenmesi.

² Yıldız, Ali Kemal; Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerdendirilmesi (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2002, s. 139.; Öztürk. Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan. Uygulamalı Ceza Muhkamesi Hukuku., 9. Baskı, Ankara 2006, sh: 345 vd.

³ Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerdendirilmesi, s. 140.; ayrıca bkz.: Öztürk / Erdem, Uygulamalı Ceza Muhkamesi Hukuku, sh: 436 vd.; Özbek, Veli Özer; CMK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara 2005, s. 845; Soyaslan, Doğan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 392.

⁴ Eisenberg, Ulrich: Beweisrecht der StPO – Spezialkommentar, 4. Auflage, München 1996, s: 102 vd.; Hanns, Engelhardt, Freie Richterliche Beweiswürdigung (§ 261), in: Karlsruher Kommentar, 4. Auflage, München 1999, s: 1362 vd.; Gollwitzer, Walter; § 261, in: Löwe – Rosenberg, Großkommentar, 25. Auflage, Berlin – New York 2001 (14. Lieferung - §§ 247 – 261), s: 332 vd.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi açısından bir sınır oluşturan sağlam bilimsel verilerin varlığı durumunda hakim kişisel olarak bunları doğru kabul etmese dahi, bu tür bilgileri dikkate almak zorundadır⁵. Ancak bir bilimsel delilin de sağlam ve güvenilir olup olmadığı konusunda hakim kendisi karar vermelidir. Zira, bilimsel delillerin büyük çoğunluğu belirli bir kimsenin analizi sonucunda ortaya koyduğu bilimsel görüşü niteliğindedir ve bu nedenle de sübjektif niteliktedir. Analizi yapan kişinin uyguladığı yönteme, yöntemin güvenilirliğine, kişinin bu yöntemi doğru uygulayıp uygulamadığına göre farklı sonuçlar ortaya çıkması ve buradan hareketle ortaya konulan bilimsel görüşün de farklı ve hatalı olması mümkündür. Bu nedenle de hakimin hiçbir denetim yapmaksızın her bilimsel delili kabul etmek ve bunu hükmünde kullanmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşı tamamen objektif olan bir bilimsel delilin bulunması durumunda hakimin bunu kabul etmemek gibi yetkisinin de bulunmadığı şüphesizdir⁶. Mahkemeler bilimsel delillerin güvenilirliğinin saptanmasında da yine çok defa bilirkişinin yardımına ihtiyaç duymaktadır⁷.

Hakim (ya da mahkeme) bilimsel delillerin güvenilirliğini kontrol etmek ve bunların güvenilirliği konusunda bir şüphe bulunuyorsa bu delili kabul etmemek yetkisine de sahiptir. Anca bir bilimsel deli kabul etmediğinde bunun gerekçelerini de doyurucu bir biçimde ortaya koyması gerekmektedir.

Bu bağlamda duruşmada ortaya konulan bir bilimsel delille karşılaşan hakimin iki konuda değerlendirme yapması gereklidir.

İlk olarak bilimsel delilin ortaya çıkarılması için kullanılan yöntemin güvenilir olup olmadığı; eğer güvenilirse, bu yöntemi uygulayan kimsenin bu konudaki yeterliliği ve yöntemin olaya tam olarak doğru uygulanıp uygulanmadığının saptanması gerekir⁸. Bu konuda bilimsel

⁵ Eisenberg, Beweisrecht der StPO – Spezialkommentar, s: 103.

⁶ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 544; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 598.

⁷ Eisenberg, Beweisrecht der StPO – Spezialkommentar, s: 103.

⁸ Read, Tom; Bilimsel Delillerin Kabul Edilebilirliği Konusuna Mukayeseli Bir Bakış, in: Ceza Hukuku Reformu – Sempozyum (20-23 Ekim 1999), İstanbul 2001, s. 175; Ayrıca bkz.: Kolusayın, Özdemir; Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu, in: Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul 1996, s. 282.

delili ortaya çıkaran yöntemin emsalleriyle karşılaştırılması; kullanılan yöntemi kontrol eden standartların bulunup bulunmadığı ve bu standartlara somut olayda uyulup uyulmadığı; kullanılan yöntemin bilinen ya da olası hata oranı; bu yöntemin genel olarak kabul edilebilir olup olmadığı kriterlerinin kullanılması mümkündür⁹. Bir delilin belirli yöntemlere göre elde edilmesinin kabul edilmiş olması da, -örneğin konumuz açısından kişinin sahip olduğu alkol oranının alkol ölçen bir cihazla saptanması, yine radarla ya da takometre denilen cihazla araçların hız kontrolünün yapılması- bu delilin mutlak olarak güvenilir olacağını ve bu delilin herhangi bir denetime tabi tutulmaksızın kullanılması gerektiğini göstermektedir¹⁰.

Bu anlamda özellikle gözden kaçırılması gerekmektedir, belirli kurumların, laboratuvarların ya da benzeri kurumların bilimsel çalışmalar, deneyler, testler yapıyor olmaları, bunların kamusal ya da özel nitelikli olmaları oradan gelen raporların mutlak olarak doğruluğunu, güvenilirliğinin gerekçesi olarak kabul edilemeyeceğidir. Adli Tıp Kurumu, polis ya da jandarma kriminal laboratuvarları gibi kurumlara çeşitli mevzuatla resmi bilirkişilik görevinin yüklenmesi, bu kurumların adeta son karar mercii biçiminde algılanmasına neden olmamalıdır. Bunun aksi yönde olarak da her özel kuruluştan ya da bireysel olarak çalışan bilim adamlarından gelen raporun da güvenilirmez olduğu varsayımından hareket edilmemelidir. Önemli olan resmi veya gayri resmi, kanunla kendisine belirli yetkiler veya görevler tanınmış ya da tanınmamış olan kişi ve kurumlardan gelen bilimsel nitelikli delillerin de denetime tabi tutulabilmesi ve bunların güvenilirliklerinin ve olayı ispat niteliklerinin değerlendirilmesidir. Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri'nde Tabip Odaları Birliği'nin bütün hekimlerin mahkemelere erdiği bilirkişi raporlarını yeniden gözden geçirmek üzere eksper komiteleri kurdukları; benzer çalışmaların ülkemizde de gerçekleşmesi; bilirkişi listeleri hazırlanırken meslek odaları ile birlikte çalışılması gerektiği; laboratuvarların ülke dışı kalite kontrolünün yapılması (bundan maksadın bir bağımsız ortamdan uzmana gönderilerek yapılması istenen analizlerde hata yapılması durumunda bir daha o uzmanın

⁹ Read, Bilimsel Delillerin Kabul Edilebilirliği Konusuna Mukayeseli Bir Bakış, s. 175.

¹⁰ Kolusayın, Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu, s. 283.

kullanılamaması olduğu belirtilmektedir) gerektiği; yine uluslararası akreditasyon organlarına üyeliğin gerekli olduğu önerileri yapılmaktadır¹¹.

İkinci olarak da hakim güvenilir olarak kabul ettiği delilin tam olarak davaya konu olayın ispatıyla ilgili olup olmadığı; daha doğru söz konusu bilimsel delilin ispat ettiği konunun ne olduğu konusunda bir denetleme yapılmalıdır¹². Bilimsel delillerin her bakımdan güvenilirliği kabul edilmiş olsa bile, bunlar ancak ilgili oldukları konu bakımından mutlak bir ispat gücüne sahip olup, yargılamanın konusu açısından kesin bir ispat gücüne sahip değildir. Sözelimi bir kişinin elbisesinde, ölen kişiye ait kan saptanması durumunda ya da onun kanının olay yerinde bulunduğu saptanması durumunda; bu bilimsel delillerin kesin olarak ispat ettiği konu o kişinin bir biçimde ölen kişiyle temas ettiği ya da olay yerinde bulunduğudur. Buna karşı bu delil (genel olarak öğretilerdeki ifadeyle belirti=emare) tek başına, ölen kişiye yönelik eylemi gerçekleştirenin mutlak olarak bu kişi olduğu göstermemektedir.

Buna göre hakim (mahkeme) bilimsel yöntemlerle elde edilen bir delili, belirli bir bilim dalı tarafından kabul edilen yöntemlere göre ve net bir biçimde ortaya konulmuş olması ve bunun kendisi açısından şüphesiz olması durumunda hükmüne esas kabul edebilir¹³. Buna karşı kullanılan yöntemin güvenilir olmaması, yöntemin olaya doğru uygulanmaması durumlarında hakim bilimsel yöntemlerle elde edilen sonucu kabul etmemelidir. Örneğin, kişinin kan grubunun incelenmesinde, kişinin kanındaki alkol oranının belirlenmesinde kullanılan yöntemin kendisi ya da olaya uygulanışıyla ilgili şüpheler bu delilin kullanılmasına engel olacaktır.

II. Trafik Suçlarında Bilimsel Delillerin Özellikleri

Trafik suçu kavramı bu çalışma açısından esas olarak karayolu trafiğinin düzenlenmesi için belirlenmiş kurallara uyulmaması nedeniyle meydana gelen suçları ifade etmek üzere kullanıldığı gibi, trafik kurallarına uymamak dolayısıyla meydana getirilen (örneğin taksirle ölüme ya

¹¹ Atasoy, Sevil; Bilimsel Deliller, in: Ceza Hukuku Reformu – Sempozyum (20-23 Ekim 1999), İstanbul 2001, s. 180-181; aynı yönde Atasoy, Sevil; Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu, in: Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul 1996, s. 302-303; Atasoy, Sevil; Bilimsel Deliller, in: Yargı Reformu 2000 Sempozyumu (İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan İzmir), s. 516 vd.

¹² Read, Bilimsel Delillerin Kabul Edilebilirliği Konusuna Mukayeseli Bir Bakış, s. 175.

¹³ Roxin, Claus; Strafverfahrensrecht, s. 102; no. 22.

da yaralanmaya neden olma) gibi suçları da kapsayacak biçimde geniş anlamda kullanılmaktadır¹⁴.

Esas olarak trafik suçlarının muhakemesinde de kural olarak ispata ilişkin genel prensipler uygulanacaktır. Dolayısıyla bilimsel delillerin ispat fonksiyonu açısından ortaya koyduğumuz genel bilgiler trafik suçları açısından da geçerli olacaktır. Bu nedenle burada trafik suçlarında bilimsel deliller ve bu delillerle ilgili ortaya çıkabilecek özelliklerle ilgili bilgi verilmekle ve konuya ilişkin mevzuatımızdaki durum ele alınmakla yetinilecektir.

1. Alkol ve Uyuşturucu Maddelerin Saptanması İçin Yapılacak İşlemler

5271 sayılı CMK esas itibarıyla şüpheli veya sanığın (m. 75) ve diğer kişilerin (m. 76) beden muayenesi ile vücuttan örnek alınmasını düzenlemiştir. Ancak 75. maddenin 6. fıkrası, “*özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle trafik suçları açısından Karayolları Trafik Kanunu’nun (KyTK) alkol muayenesine ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Bu açıdan alkol muayenesi bununla ilgili ispata ilişkin ortaya çıkabilecek özellikler üzerinde durulmalıdır.

KyTK’nın 48. maddesi, *alkollü içki, uyuşturucu veya keyif verici maddeleri kullanmış olmaları nedeniyle “güvenli sürüş yeteneklerini kaybetmiş kişilerin” karayolunda araç kullanmalarını yasaklamıştır*¹⁵.

Yine aynı maddede *uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılacağı; tespit usulleri*

¹⁴ Trafik suçları kavramı ve bu suçlarla ilgili ayrıntılı bilgi bkz.: **Yarsuvat**, Duygun; Trafik Suçları, İstanbul 1972, s. 30 vd.; ayrıca bkz.: **Yarsuvat**, Duygun; Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılama Usulüne İlişkin Yeni Gelişmeler, in: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler IV. Sempozyumu (Ankara, 7-8 Mart 1980) İstanbul 1982, s. 76 vd.; **Tosun**, Öztekin; Suçlara Ait Problemler, in: Türkiye’de Trafik Problemleri Semineri (20-24 Şubat 1967), İstanbul 1967, s. 273 vd.; **Kocasakal**, Ümit; Trafik Suçları ve Cezalar, in: Karayollarında Denetimin Caydırıcılığı – Trafik Sempozyumu (Ocak 1996), İstanbul 1996, s. 87 vd.

¹⁵ Hükme ilişkin değerlendirme için bkz.: **Bayraktar**, Karayolları Trafik Kanunu’nda Değişiklik Yapılması Yönündeki Son Çalışmalar, in: Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C. I, İstanbul 2001, s. 142 vd.

ve muayene şartlarının, Sağlık Bakanlığı'nın görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenleneceği belirtilmiştir.

Kara Yolları Trafik Yönetmeliği ise 97. maddesine göre ise,

– Uyusturucu ve keyif verici madde kullananların aldığı maddenin cins, miktar ve etki derecelerine bakılmaksızın araç kullanmaktan men edilirler ve Uyusturucu veya keyif verici madde kullandığından şüphelenilen sürücü durumları tıbbi yönden incelenmek, kan veya idrar analizleri yapılmak üzere, adli tıp kuruluşuna, yoksa, sağlık bakanlığına bağlı tahlili yapabilecek teknik ve tıbbi imkanlara sahip sağlık kuruluşuna sevk edilir. Kan veya idrar tahlili bu yerlerde yapılamıyorsa, sürücünün yetkili sağlık kuruluşunda usulüne uygun olarak aldırılacak kan veya idrarı tahlil edebilecek teknik ve tıbbi imkanlara sahip en yakın resmi sağlık kuruluşu veya polis kriminal laboratuarına gönderilerek durumu tespit ettirilir hükmüne yer verilmiştir.

– Alkol açısından ise, taksi, dolmuş otomobil, minibüs, otobüs, kamyon, çekici gibi araçlarla kamu hizmeti, yük ve yolcu taşımacılığı yapan sürücüler ile resmi araç sürücüleri, alkollü iken bu araçları kullanamayacakları; bunun dışındaki sürücülerin ise, 0,50 promilin üstünde araç kullanamayacakları kabul edilmiştir.

Alkol muayenesinin ise, Alkollü olarak araç kullanıldığından şüphe edilen ve yalnızca hasarla sonuçlanan trafik kazalarında, sürücülerin alkol durumları kaza tespit tutanağını tanzim eden elemanlarca olay yerinde teknik cihazlarla tespit edileceği ve hasarlı kazaya karışanların alkol durumlarının tespiti için ayrıca adli tabibe veya resmi sağlık kuruluşlarına sevk yapılacağı;

Cihazla yapılan tespite sürücünün itiraz etmesi halinde, kanındaki alkol miktarının belirlenmesi için, bu konuda eğitilmiş ve kan almaya yetkili kılınmış personel tarafından kanı alınarak, tahlil için polis kriminal laboratuarına gönderileceği;

Polis kriminal laboratuarlarında tahlilin mümkün olmaması halinde, sürücü kanındaki alkol miktarının tespiti için adli tıp merkezlerine ve Sağlık Bakanlığına bağlı tahlil yapabilecek teknik ve tıbbi imkanlara sahip olan en yakın sağlık kuruluşlarına gönderileceği;

Sürücülerin alkollü içki alıp almadığının tespitinin cihazlarla yapılması mümkün olmaması halinde “psiko-teknik değerlendirme” olarak belirtilen ve psikiyatri uzmanı tarafından yapılan ve sürücünün dikkat, anlama ve değerlendirme yeteneğini, hız ve mesafe algılamasını, geniş görüş alanındaki uyararı fark etme, şekilleri algılamasındaki görsel süreklilik, tepki hızı, koordinasyon düzeyini saptamaya yönelik bir test uygulanacağı ve bu test sonucunda yine alkol aldığına kanaat getirilen sürücü 0,50 promil üzerinde içki aldığı beyan ederse hakkında yine kanuni işlem yapılabileceği¹⁶; buna karşı sürücünün bu teste itiraz etmesi durumunda yine kan incelemesi yapılabileceği

Kandaki alkol miktarının teknik cihazlarla ve kan alınarak laboratuvarında tespit imkanlarının bulunmadığı hallerde, alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücülerin en yakın resmi sağlık kuruluşuna sevk edilerek, bu kurum hekimi tarafından rutin alkol muayenesinden geçirilecekleri kabul edilmiştir.

Nefes yoluyla alkol ölçümü, test edilen kişinin kan-alkol konsantrasyonunun belirlenmesine imkan vermektedir¹⁷. Tüm dünyada yaygın olarak kullandığı bir yöntemdir. Ancak sürücü alkol aldıktan hemen sonra

¹⁶ “... Trafik ekiplerine alkollü olduğunu beyan eden ancak miktarının tespiti için ekipte bulunan test cihazını işlemeyen, götürüldüğü devlet hastanesindeki muayene sırasında da cihazı işlemeyen, kontrol eden hekim tarafından alkollü oldu yönünde kesin rapor düzenlenen davacı hakkında alkollü araç kullandığı gerekçesiyle işlem yapılarak sürücü belgesinin 3 ay süreyle geri alınmasında hukuka aykırılık yoktur” (Danıştay, 8. Daire, 19.1.2004, E. 2003/1817, K. 2004/172 – Karar için bkz.: Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası - <http://www.kazanci.com.tr/> - 10.10.2006); Buna karşı Yargıtay sürücünün ağzının alkol kokması nedeniyle kendisine yaptırım uygulanmasını kanuna aykırı bulmuştur: “2918 sayılı kanun uyarınca düzenlenen Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97/b-2. maddesinde ‘taksi, dolmuş, otomobil, minibüs, otobüs, kamyon, çekici gibi araçlarla kamu hizmetleri yük ve yolcu taşımacılığı yapan sürücüler ile resmi araç sürücüsü dışındaki diğer araçları alkollü içki almış olarak kullandığı tespit edilen sürücülerin kanlarındaki alkol miktarının % 50 promilin üstünde olması’ şartı getirilmiş olup, hususi aracı alkollü içki almış olarak kullanan sanığın 30.1.1999 günlü Adli Rapor Formun içeriğine nazaran ağzının koktuğu, hastanede alkolmetre bulunmadığı için miktarın ölçülemeyeceği şeklinde belirtildiğinden 2918 sayılı Kanununun 48/5. maddesindeki suçun unsurları gerçekleşmediği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır” (Y. 7. CD, 5.7.1999, 7223/8291 – Karar için bkz.: **Gökcan**, Hasan Tahsin / **Kaymaz**, Seydi; Uygulamada Trafik Suçları ve Trafik Mevzuatı, Ankara 2000, s. 144).

¹⁷ Karş.: **Yenisey**, Feridun; Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, in: Trafik ve Ceza Hukuku, Ankara 2006, s. 19 vd.; **Gökcan/Kaymaz**, Uygulamada Trafik Suçları ve Trafik Mevzuatı, s. 142 vd.; **Özen**, Cahit; Trafik Suçları ve Adli Tıp Meseleleri, in: Türkiye’de Trafik Problemleri Semineri (20-24 Şubat 1967), İstanbul 1967, s. 66; **Öztürk**, Cemal; Ceza Muhakemesinde İz Bilimi, Ankara 2006, s. 189; **Yarsuvat**, Trafik Suçları, s. 80.

alkol testine tabi tutulur ise, sonuç yüksek bir değer çıkabilmektedir. Bunun nedeni, cihaza nefes üflenirken, ağız içerisinde (dişlerde, damakta, dilde) bulunan alkolün de gönderilmesidir. Bu değere ağız alkolü denilmektedir¹⁸. Halbuki alkolmetre olarak adlandırılan cihazla akciğerlerdeki nefesin aracılığıyla kandaki alkolün konsantrasyonunun saptanması söz konusudur. Bu ölçümlerdeki yanlışlıkların önüne geçilmesi açısından İçişleri Bakanlığı tarafından yayınlanan “Trafik Kontrolleri ve Şerit Daraltma Yöntemlerine ilişkin Yönerge”nin 15 vd. maddelerinde, sürücülerin kanlarındaki konsantrasyonunun belirlenmesi için, kişinin alkolü almasından sonra en azından 20 dakika geçmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁹. Yine cihazdaki bozukluklarla hatalar, üflemek için kullanılan ağızlıkların değiştirilmemesi nedeniyle hatalar mümkün.

Eğer teknik cihazla ölçülenle, kandan ölçülen alkolün konsantrasyonu farklı ise, kandaki alkol ölçüm sonuçlarına değer tanınması kabul edilmektedir²⁰; Danıştay da 2005 yılında verdiği kararında benzer bir durumu kabul etmiştir. Karara konu olayda, Saat 2.³⁰,da alkolmetre ile yapılan ölçümde sürücünün 2,30 promil alkol saptanmış. Sürücünün bu sonuca itiraz etmesi üzerine, Adli Tıp Kurumunda saat 4.⁰⁰ de alınan kanında yapılan incelemede 0.25 promil alkollü olduğu yönünde rapor düzenlenmiştir. İdare Mahkemesi, ölçüm cihazındaki sonucu dikkate almış ve saat 2.³⁰-04.⁰⁰ arasında bilimsel olarak kandaki alkol oranının azalması dikkate alındığında (ki bu oran saatte 10-22 mg olarak kabul ediliyor) bu kadar düşmeyeceği ancak 0,58 promile düşebileceği gerekçeyle bu konudaki başvuruyu reddetmiştir.

Danıştay ise, tam tersine kanunen kandan alınan örneğin ölçümüne önem verildiğini kabul etmiş ve kan ölçümünde 0.25 promil çıktığına göre 1,5 saat önce 2,30 promil olması mümkün olmadığından yapılan işlemin hukuka uygun olmadığını kabul etmiştir.

¹⁸ Karş.: Yenisey; Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, s. 19.

¹⁹ Karş.: Yenisey; Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, s. 19.

²⁰ Karşılaştırmalı Hukuktaki durum açısından bkz.; Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi, s. 21.

2. Hız Kontrolü

KyTK (m. 50) motorlu araçların hız sınırlarını göstermiş ve (m. 51) bu sınırlara uymamanın yaptırımını da göstermiştir.

Hız kontrolü esas olarak iki şekilde yapılmaktadır:

a) Araca takılan ve hız ölçüm cihazı (takoğraf): Bu cihazın şehirlerarası yük veya yolcu nakliyatı yapan otobüs kamyon ve çekicilerde kullanılması zorunludur (KyTK m. 31; Yönetmelik m. 99).

b) Radarla hız ölçümü: Yönetmelik (m. 101) aracın sürüş sırasındaki hızının radar ve benzeri teknik cihazlarla ölçülebileceği gibi kronometre veya değişik usullerle de ölçülerek tespit edilebilir.

Araçların hızlarının kontrolleri radar cihazlarıyla yapılmakta ve takoğraf kullanan araçların hız ölçümleri konusunda doğrudan ya da radardaki ölçümle karşılaştırmak açısından takoğraf cihazındaki bilgiler kullanılabilir. Ancak takoğraf cihazında aracın kendisinden kaynaklanan ya da kişiler tarafından meydana getirilen arızalar söz konusu olabilir. Radarla yapılan ölçümlerde de cihazın yetersizliği nedeniyle Örneğin gece görüş fonksiyonu yoksa radarla yapılan ölçümler doğru olmayabilir. Yine aracın kendisinden kaynaklanan yanlış ölçümler söz konusu olabilir. Bu nedenle "Trafik Kontrolleri ve Şerit Daraltma Yöntemlerine İlişkin Yönerge"nin 20. maddesinde radar cihazının kalibrasyonunun yapılmasının zamanlaması ve yöntemi gösterilmiştir.

Yine Yönergede, radarla yapılan hız kontrolü sırasında yapılan hız limit aşımına ilişkin yazılı çıktı alınması ve bunların bir nüshasının ceza makbuzunun dip koçanına, diğer nüshasının ise, gerektiğinde mahkemeye delil olarak sunulmak üzere arşivlenmesi gerektiği öngörülmüştür (Yönerge m. 19).

3. Olay Yerinde Keşif Yapılması

Ceza muhakemesine konu olayla ilgili olarak delil elde edilebilmesi amacıyla olay yerinde keşif faaliyeti yürütülür. Keşif kural olarak hakim veya mahkeme veya naip ya da istinabe olunan hakim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır (CMK m. 83). Bilimsel delillerin pek çoğu belirli analizlere ve saptamalara dayandığından, olay yerindeki keşif faaliyeti çok

önemlidir. Konumuz açısından özellikle trafik kazalarında olay yerindeki izlerin ve araçların durumlarının saptanması çok önemlidir. Zira olay yerindeki izlere dayanılarak daha sonra aracın fren yapıp yapmadığı, yaptıysa fren mesafesinin ne olduğu, fren mesafesinin uzunluğu, zeminin durumu (ıslaklık, kullanılan malzeme gibi) gibi kriterlere dayanılarak daha sonra aracın olay sırasındaki hızı ve diğer bazı hesaplamalar yapılabilecektir²¹. Dolayısıyla olay yeri keşfinin çok hassas bir biçimde yapılması²² olay yerindeki delillerin toplanması konusunda mutlaka uzmanlardan yardım alınması ve daha doğrusu bu konuda mümkün olduğunca çok uzman yetiştirilmesi ve bu uzmanların doğru çalışmaları yapabilmeleri için de gerekli donanımın sağlanması gerekmektedir.

4. Beden Muayenesi, Vücuttan örnek Alınması ve Moleküler Genetik İncelemeler

Yukarıda da açıklandığı üzere, esas itibarıyla konuyu düzenleyen 75. maddenin 7. fıkrası özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümleri saklı tutmakla birlikte, alkol muayenesi dışında delil elde etmek amacıyla kişinin bedeninin muayenesi söz konusu olabilir ki, bu durumda 75 vd. madde hükümlerine göre bu muayene gerçekleştirilecektir.

Kanunun 75. maddesi şüphelinin iç beden muayenesi ile vücudundan örnek alınmasını düzenlemiştir. İç beden muayenesi, “Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”in 3. maddesinde “*İç beden muayenesi: Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini ifade eder*” biçiminde tanımlanmıştır. CMK’nın 75/4. maddesi “*cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır*” hükmüne yer vermiştir. Buna göre kafa, göğüs ve karın boşlukları dışında cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılacak muayenelerde CMK’nın 75. maddesi hükmü uygulanacaktır.

CMK, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesini düzenlemişken, dış beden muayenesinin nasıl yapılacağı konusunu açık bırakmıştır. Buna karşı “Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönet-

²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Günay, Erhan; Uygulamada Trafik kazalarında Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara 2000, s. 26 vd.

²² Bu konuda bkz. Öztürk / Erdem, Uygulamalı Ceza Muhkemesi Hukuku, sh: 385 vd.

melik”in 3. maddesinde dış beden muayenesi, “*Dış beden muayenesi: Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini ifade eder*” biçiminde tanımlandığı gibi; dış beden muayenesinin yapılmasına ilişkin de kurallar getirmiştir. Halbuki dış beden muayenesinin yönetmelikle düzenlenmesi yerine açık bir biçimde kanunla düzenlenmesi gerekirdi.

CMK’nın 76. maddesi de mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin kuralları belirlemiş, burada şüpheli veya sanıktan farklı olarak iç ve dış beden muayenesinin nasıl yapılabileceği belirlenmiştir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile ilgili olarak asıl çalışma konumuzu ilgilendiren husus, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması durumunda bunların incelenmesi ve bir sonuç çıkarılması ve çıkarılan sonuçların ceza muhakemesindeki ispat fonksiyonudur. Gerçekten de belirli durumlarda olay yerinden alınan bulgularla şüpheli ya da sanıktan alınan örneklerin karşılaştırılması ve aynı kişiye ait olup olmadığının saptanması gerekecektir. Böyle durumlarda şüpheli veya sanığın vücudundan alınan örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanık ya da mağdura ait olup olmadığının saptanması için moleküler genetik inceleme yapılabilecektir (CMK m. 78). Bu inceleme ancak hakim kararı ile yapılabilecek ve hakim tarafından verilen kararda bilirkişi de gösterilecektir. Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilat yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birime mensup olan görevlilerin bilirkişi olarak görevlendirilebilecekleri de kabul edilmiştir (CMK. m. 79).

Madde bu haliyle konumuz bağlamında ele alındığında daha ziyade güvenlik endişesi ile hazırlanmış görüntüsü vermektedir. Buna karşı, bilimsel delillere ilişkin özellikleri açıklarken belirtildiği üzere, burada bilirkişinin yaptığı incelemeye ilişkin yetkinliği, incelemesinde kullandığı bilimsel yöntemin güvenilirliği ve olaya doğru uygulanıp uygulanmadığı konuları ispat muhakemesi açısından çok önemli olup; somut olaylarda hakimler bu hususlara dikkat etmek suretiyle bilirkişiyi belirlemek ve bu

yöndeki bilirkişi raporlarını da bu açıdan denetlemek veya gerektiğinde başka bilirkişiler aracılığıyla denetletmelidir.

5. Fizik Kimliğin Saptanması

CMK, *üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulacağı* hükmüne yer vermiştir (m. 81)

Burada da şüpheli veya sanığın kimliğinin ispatı açısından kabul edilmiş deliller söz konusudur. Elbette ki burada söz konusu deliller objektif olarak kişiye ilişkin bilgileri yansıtması nedeniyle dikkate alınacak ve kullanılacak olmakla birlikte, bunlarda da bir bozulma ya da yanlışlık olduğunun iddia edilmesi durumunda hakim bunların güvenilirliğini, doğru olup olmadığını araştırarak ve ancak bu araştırma sonucuna göre kullanacaktır.

6. Sesli ve Görüntülü Bant Kayıtları

Trafik suçlarında görüntülerin ya da seslerin kayda alınması mümkün olabilir. Örneğin araçların hızlarının kontrolü sırasında radarla görüntülerinin kaydedilmesi mümkün olabileceği gibi, kırmızı ışıkta geçen araçların da hareketli görüntülerinin kaydedilmesi ya da fotoğraflarının çekilmesi mümkün olabilir. Bu görüntü ve ses kayıtlarının da ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması mümkündür.

Ancak ceza muhakemesinde ses ve görüntü kayıtlarının kullanılması konusunda bunların suiistimale açık olmaları nedeniyle her zaman bir tereddüt bulunmaktadır²³. Anayasa Mahkemesi de 19.08.1971 tarih ve 1971/41-67 (RG. 15.1.1972) sayılı kararında *bant kayıtlarının kime ait olduğunun kesin olarak belirlenememesi ve yine bu konudaki tahrifat ve eklemeler kesin olarak belirlenemeyeceğinden, başka inandırıcı ve pekiştirici kanıtlar bulunmadıkça ses bantlarına dayanılarak belirli hükümler*

²³ Coşkun, Enis; Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu, Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu, in: Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul 1996, s. 294 vd.; Yurtcan, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2005, s. 297 vd.

oluşturulamayacağına karar vermiştir. Yargıtay da (9. CD, 05.10.1984, 18535/2346) *teyp bantlarının tek başına delil vasfını taşımayacağı gerekçesiyle başka delil bulunmadığı sadece bant kaydına dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağını* belirtmiştir. Öğretide de bu yönde bir eğilim bulunmaktadır.

Çalışma konusunun dışına çıkmadan çok özet olarak belirtmek gerekirse, hukuka uygun elde edilmiş olmak, herhangi bir bozulma şüphesinin bulunmaması ve konuyla ilgili olması durumunda hareketli ve hareketsiz ses ve görüntü kayıtlarının ceza muhakemesinde kullanılmaması için bir sebep bulunmamaktadır ve hatta bunlar kullanılmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu kendisi de pek çok konuda (tanıkların dinlenmesinde, otopside, iletişimin saptanmasında, teknik araçlarla ses ve görüntü kaydı, duruşmanın teknik araçlarla kaydı gibi) ses ve görüntü kaydını öngörmektedir. Ses ve görüntü kayıtları açısından önemli olan bunların hukuka uygun elde edilmiş olup olmaması ile somut olayda herhangi bir bozmanın söz konusu olup olmamasıdır. Ancak burada önemli olan bunların teorik olarak üzerinde oynanmaya müsait olup olmaması değil, somut olayda böyle bir oynamanın bulunup bulunmayacağıdır. Zira böyle bir mantıktan hareketle tanık delilinin dahi kullanılmaması gerekir ki, onların da yalan söyleme olasılığı teorik olarak her zaman mümkündür.

Diğer taraftan söz konusu kayıtların tek başına kullanılamayacağı düşünülmesine katılmak mümkün değildir. Hukuka uygun, bozulmamış ve davaya konu olayla ilgili bir ses ve görüntü kaydı ise bunun tek başına delil olamayacağı gibi bin mantık yürütmek mümkün değildir.

7. TCK'nın Taksir, Yaş Küçüklüğü ve Akıl Hastalığı Konularına İlişkin Düzenlemesi

765 sayılı TCK'nın 455 ve 459. maddelerinde *"yukarıdaki fıkralarda beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir"* şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı. Mahkemeler de bu hükmü istinaden taksirle işlenmiş suçlara ilişkin dosyaları bilirkişiye göndermek suretiyle bilirkişinin somut olayda kişilerin kusur oranını belirlemesini istemekteydi. Bu hüküm, kusurun matematiksel bir değerlendirmeye ve bölünmeye tabi tutulamayacağı ve kusurun belirlenmesinin hakime ait görev olduğu, dolayısıyla bilirkişiye bırakılamayacağı yönlerinden öğretide haklı olarak eleştirilmekteydi ve değiştirilmesi istenmekteydi.

5237 sayılı TCK'nın taksiri düzenleyen 22. maddesinin 4. fıkrasında yerinde olarak, 8/8'lik orantıyı esas alan bu paylaşım sistemine yer verilmeksizin bir düzenleme yapılmış ve "taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek ceza failin kusuruna göre belirlenir" hükmüne yer vermiştir. Burada failin somut olay açısından kusurlu olup olmadığını belirleyecek olan, olay hakkında hüküm verecek olan hakim olup, bu konunun bilirkişiye bırakılması mümkün değildir. Eğer somut olayda failin dikkat ve özen yükümüne aykırı davranmış olup olmaması açısından bir değerlendirme yapılması gerekiyorsa, bu konuda bilirkişi incelemesine başvurulabilecek olmakla birlikte, meydana gelen sonuç itibarıyla failin kusurlu kabul edilip edilemeyeceği konusuna hakimın kendisinin karar vermesi gereklidir.

5237 Sayılı TCK'nın yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemesine göre, oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış çocukların işledikleri eylemin anlam ve sonuçlarını algılayamaması ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması durumunda ceza sorumluluklarının olmadığı ve haklarında çocuklara özgü güvenlik önlemlerine hükmedileceği; buna karşı gerçekleştirdiği eylemin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılayabilen ve davranışlarını yönlendirme yeteneği var olan çocuklarının maddede belirtildiği biçimde indirilmiş cezalarla cezalandırılacağı kabul edilmiştir.

ÇKK, çocuğun gerçekleştirdiği eylemin hukuksal sonuçlarını algılayama ve bu eylemle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde, sosyal çalışma görevlilerine yaptırılacak ve çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren incelemenin göz önünde bulundurulacağını kabul etmiştir (ÇKK m. 35). Buna göre, mahkeme çocuğun eylemin hukuksal sonuçlarını algılayama ve bu eylemle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini kendisi takdir edecek; ancak bunun takdirinde sosyal çalışma görevlisinin hazırladığı raporu göz önünde bulunduracaktır. TCK'nın 31. maddesinin gerekçesinde de bu husus vurgulanmış olup, oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların ceza sorumluluklarının bulunup bulunmadığının çocuk hakimi tarafından saptanacağı; bu saptamadan önce, bu yaş grubundaki çocuğun içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanmasının isteneceği; bu raporların ceza sorumluluğunun belirlen-

mesiyle ilgili olarak yapılacak değerlendirmede dikkate alınacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla konuyla ilgili görevlendirilen bilirkişi sadece çocuğun bireysel özellikleri ve sosyal çevresini açıklayan bir rapor düzenleyecek olup, çocuğun eylemin hukuksal sonuçlarını algılama ve bu eylemle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin, kısaca ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapamaz. Bu değerlendirme bizzat hükmü verecek mahkeme tarafından yapılacaktır.

Bir kişinin akıl hastası olup olmadığının belirlenmesi de tıbbi bir incelemeyi gerektirip, bu incelemenin konunun uzmanı hekimlerce yapılması gereklidir. Bu incelemede kişinin akıl hastası olup olmadığı ve eylemin gerçekleştirildiği sırada bu akıl hastalığının var olup olmadığına, bu akıl hastalığının genel anlamda davranışlar üzerinde nasıl bir etkisinin olabileceğinin bu tıbbi incelemede belirlenmesi gereklidir. Ancak eylemin gerçekleştirilmesi sırasında var olan bu akıl hastalığının somut olayda kişinin eyleminin sonuçlarını anlama ve eylemini yönlendirme yeteneğini etkileyip etkilemediğini belirlemek yetkisi esas olarak hakime ait olup; hakim bu belirlemeyi uzman hekimlerce kişinin akıl hastalığının niteliğine ilişkin raporunu da göz önünde bulundurmak suretiyle kendisi yapacaktır. Zira akıl hastalığının somut olayda kişinin eyleminin sonuçlarını algılayıp algılayamadığı ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olup olmadığı, dolayısıyla da bu durumun ceza sorumluluğuna olan etkisi, ispatla ilgili bir konu olup ispat konusunda karar verme yetkisi de mutlak olarak hükmü verecek olan hakime (yada mahkemeye) ait olduğundan, hakime ait olan bu yetkinin bilirkişiye bırakılması mümkün değildir.

8. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Bilirkişilikle İlgili Düzenlemesi

Konunun bilimsel deliller olması nedeniyle I. Başlık altında yapılan açıklamalar bağlamında, kısaca CMK'nın bilirkişilikle ilgili düzenlemesi hakkında da bilgi vermek yararlı olacaktır. Zira bilimsel delillerden söz edildiğinde bunların büyük bir kısmı genellikle konunun uzmanlarının yaptıkları analizler sonucunda ortaya çıkan veriler niteliğindedir.

Bilirkişilikle ilgili olarak ilk belirtilmesi gereken nokta, bilirkişinin, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda hakimi aydınlatmak niteliğindedir. Bunun dışında bilirkişinin yargılamanın sonucuna ilişkin sonuçlar çıkarması, adeta hakim gibi karar vermesi kabul edilemeyeceği gibi; hakim de bilirkişiden bu yönde talepte bulunmaması ge-

reklidir. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi konularda da belirtildiği üzere, kişinin akıl hastalığı ve bu akıl hastalığının hareket yeteneğine olan etkisi üzerinde saptama yapacak bilirkişi ayrıca kişinin davaya konu eylemden sorumlu olmayacağı ya da hakkında hangi maddenin uygulanacağı gibi belirlemek yetkisine sahip değildir. CMK'nın 67. maddesi de bu hususu vurgulamış ve *bilirkişi raporunda hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunulamayacağı* belirtilmiştir.

Hakimin bilirkişi raporuna uymak zorunluluğu yoktur. Hakim gerekçesini göstermek suretiyle bilirkişi raporunu kabul etmeyip, yeni bilirkişiye başvurabilir. Hatta resmi bilirkişilik olarak tanımlanan, belirli kurumların belirli konularda inceleme yetkisi söz konusu olsa dahi, raporda ulaşılan sonuçlar hakimi tatmin etmediği durumlarda bu raporu uymak ve bu raporu kabul etmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin, Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 15. maddesi Adli Tıp Genel Kurulu'nun, ihtisas kurul veya dairelerince verilip de mahkemelerce tatmin edici bulunmaması, kurulların raporları arasında çelişki bulunması, kurullarda oybirliği sağlanamaması gibi durumlarda konuyu kesin olarak karara bağlayacağı öngörülmüştür. Bu durumda dahi, mahkemenin Adli Tıp Genel Kurulunun kararına uymak zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak böyle durumlarda mahkemenin bilirkişi raporuna niçin uymadığının makul ve tatmin edici gerekçelerini de kararında belirtmek durumundadır.

5237 sayılı CMK, bilirkişi atanması konusunda yeni bir sistem getirmiştir. Buna göre bilirkişilik yapacak kişi ve kurumlara ilişkin İl Adli Yargı Komisyonları her yıl bir liste hazırlanacak ve bilirkişiler bu listede yer alan kişi veya tüzel kişiler arasından seçilecektir. Ancak Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmi bilirkişiler söz konusu ise, öncelikle onlar atanacakları gibi, atama kararında gerekçesi de gösterilmek suretiyle listeye girmeyen kişiler arasından da bilirkişi atanabilecektir (CMK m. 64).

Bu sistem, bilirkişilerin önceden belirlenmiş olması, kendilerine kolay ulaşılabilmesi gibi bazı avantajları birlikte getiriyorsa da burada dikkat edilmesi gereken nokta bilirkişisini kendisinden istenen değerlendirmeyi yapacak yetkinliğe sahip olması gereğidir. Dolayısıyla bilirkişi seçiminde listede olmaktan ziyade bilirkişilik yapılacak konudaki uzmanlık kriterine dikkat edilmelidir.

Bilirkişilikle ilgili belirtilmesi gereken bir hüküm de CMK'nın bilirkişinin duruşmada dinlenilmesine ilişkin 68. maddesidir. Buna göre, mahkeme bu konuda kendisi karar alabileceği gibi, ilgililerden birisinin istemesi halinde de bilirkişi açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağırılabilir ve sonuç olarak kendisine doğrudan soru yöneltilebilir, çapraz sorguya tabi tutulabilir. Kanımca bu hüküm, yerinde bir düzenleme olup, mahkemelerin bilimsel deliller konusunda da gerektiği durumlarda bilirkişiyi duruşmada dinlemek suretiyle, yapılan analizde kullanılan yöntem, bu yöntemin nasıl uygulandığı, yöntemin güvenilirliği konularında sorular yöneltmeleri ve yöneltmesini sağlamaları olumlu bir gelişmedir.

III. Sonuç

Sonuç olarak, gerek dayandığı teorik temelle, gerekse kullanılan yöntem, yöntemi uygulayanın yeterliliği konularında herhangi bir şüphe bulunmayan objektif nitelikteki bilimsel deliller ispat açısından çok önemli olacakları gibi, bunlar delillerin serbestçe değerlendirilmesinin sınırlarından birisini oluşturup, ispat konusunda karar verecek hakim açısından da bağlayıcı olacaklardır. Ancak bunun için bilimsel delilin her bakımdan güvenilirliği konusunda bir şüphe bulunmaması gereklidir. Hakim somut olayda bilimsel delilleri, bu delillerin ortaya çıkarılmasında kullanılan bilimsel çalışmanın güvenilirliği, bu çalışmadaki hata olasılığı, bu çalışma güvenilir olsa bile, olaya doğru uygulanıp uygulanmadığı, uygulayan kişinin bu konudaki yeterliliği gibi konuları dikkate almak suretiyle denetlemek ve bütün bu bakımlardan güvenilir olmaları durumunda hükmünde kullanmak zorundadır.

SUÇLARIN AYDINLATILMASINDA PARMAK İZİ

İsmail GÜNEŞ^(*)

Giriş

Gelişen bilim ve teknoloji ile birlikte suç ve suçuların profili de değişmektedir. Suç ve suçlularla mücadele eden polis de bu profile paralel olarak suçlulardan bir adım daha önde olmak zorundadır.

Bilimin ana hedefi gerçeği aramaktır. Yüzyıllardır polis ve adli merciler de bilimi; suçları önlemek, olayları aydınlatmak ve hukuki problemlerin çözümünde kullanmaktadırlar.

Kriminolojinin temel amaçlarından biri suçu, gerçek suçluyu tespit ederek aydınlatmaktır. Mahkumiyet kararlarının artması, gerçek suçluların yakalanması, hakimlerin karar verme sürelerinin kısılması ve karar vermede vicdani rahatlık gibi hususlar yargılama sürecine delil unsurunun daha fazla girmesi ile ilgili bir durumdur.

İnsan hakları yönünde ve özellikle AB'ne uyum yasaları sürecinde yapılan düzenlemeler, mesleki alanlarda Adli personelin almış olduğu eğitimler, 2005 yılı, Haziran ayı itibari ile yürürlüğe giren TCK ve CMK, adli yargılama sürecini *sanıktan-delile* yerine, *delilden-samğa* dönüştüren ve değiştiren önemli katalizörlerdir. Bu süreç hakimlerin karar vermesinde, delili isnat duvarı konumuna getirmiştir.

Yukarıda bilimin ana hedefinin gerçeği aramak olduğu ifade edilmekle birlikte hakikate ulaşılması da ceza yargılamasının önemli bir amacıdır; ancak 'hakikat' her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gereken bir amaç değildir. Hakikate ulaşmak için mümkün olan her yolun denen-

^(*)Başkomiser, Bursa İli Emniyet Müdürlüğü.

mesi meşru bir yöntem olmayıp, hakikate hukukun sınırları içinde kalınarak ulaşılmaya çalışılmalıdır.

Süreçte en önemli husus hukuka uygunluk ilkesidir. Hukuka uygun yollardan elde edilen delilerin hükme esas alınmasıyla devletin kendi, hukuka uygun bir davranışla halkın adalete saygısını artırarak menfaat elde etmiş olur ki, bu da yadsınamayacak bir kazançtır.

Bilimin gelişmesi ile birlikte Kriminal problemlerin çözümünde kullanılacak delillere yenileri eklenmiştir. Suç mahallinden toplanan ve kişiyi şüpheli olmaktan çıkarabilen ya da kanıt oluşturarak bir şüpheli ile bağlantı kurabilen parmak izleri kıyaslama yöntemi ile kullanılarak değerlendirilen delillerin başında gelmektedir. Aynı zamanda farklı suç mahalleri ile bağlantı kurulmasını da sağlayabilmektedir.

Kimlik Tespiti

İnsanın tanınması bir çok bilim dalının önemli araştırma konularındandır. Buna en iyi örnek olarak suçluların bulunmasında kullanılan kriminal tanıma yöntemleri gösterilebilir. İnsan tanınmasına yönelik olarak yüz, parmak izi, retina..vb özellikleri bahsedilebilir.

Kişilerin kimlik tespitinde Daktiloskopi'nin önemi büyüktür. Daktiloskopi; bireylerin parmaklarındaki izlerin morfoloji özelliklerine göre tanınmasıyla uğraşan bilim dalıdır. Kimlik tespitindeki araştırmalar, çoğunlukla parmak izlerinin tanınması üzerinde yoğunlaşmıştır.

Parmak İzi ve Tarihi

İnsanların; parmak izi, yüz şekli, imza, avuç içi vs. gibi fiziksel özelliklerini kullanarak tanımlama uzun yıllardır kullanılmaktadır. Bu yöntemlerin en yaygın kullanılanı parmak izi'dir.

Parmak izleri eski çağlardan beri insanların dikkatini çekmiştir. M.Ö. 5000 yıllarından kalan çini levhalar üzerinde de parmak izleri görülmüştür.

M.S 1.yüzyılda Romalı avukat Quintilian kanlı parmak izlerinden bir cinayeti çözmüştür.

M.S. 600 yıllarında parmak izinin Çin ve Japonya'da imza yerine ve suçluların belirlenmesinde kullanıldığı saptanmıştır.

Bireylerin tanımlanması amaçlı parmak izleri ilk defa Hindistan'ın Bengal eyaletinde İngiliz devlet memurlarından Sir William Herschel tarafından kullanılmıştır. (1858)

1880'de Henry Faulds, Nature dergisinin Ekim sayısında parmak izlerinin hayat boyu değişmediğini ve suçluların cam şişeler üzerindeki parmak izlerini kullanarak yakalandığını açıklamıştır.

Galton, kimlik tanımlaması için parmak izi kullanılmasını önermiştir.

1890'lı yıllarda Hindistan'da görev yapan ve 'Parmak İzi Kullanımı ve Kaydı' adlı bir kitap yazan İngiliz polis şefi Sir Edward Henry, 1901 yılında İngiliz polis teşkilatı Scotland Yard'da parmak izi kayıt bürosu kurmuştur.

Kriminalistik alanında adı geçen diğer bir ünlü kişi de Alphonse Bertillon'dur. (1853-1914) Bertillon, Antropometri denen basit ama kullanışlı ölçüm sistemini kurmuştur. Bertillon'un ölçüm sistemi, kişilerin fiziksel olgunluğa ulaştıktan sonra fiziksel ölçülerinin sabit kalacağı gerçeği üzerine kurulmuştur.

Parmak izi ilk defa 1899 yılında BERTILLON tekniği ile Osmanlı'da Polis Teşkilatında kullanılmıştır.

Halen ülkemizde kullanılmakta olan Henry-Galton sistemi 1910 yılında Macar asıllı Yusuf Cemil Bey tarafından ülkemize getirilmiş ve yeni bir Parmak izi Dairesi kurularak çalışmalara başlanmıştır.

Parmak İzi Nedir?

Parmağın parmak ucundan ilk boğuma kadar olan bölgede bulunan *papillerin* dokunulan yerlere *por deliklerinden* çıkan sıvı sayesinde cisimler üzerinde bırakmış olduğu izlere '*parmak izi*' denir.

Parmak uçları por deliklerinden salgılanan sıvı maddeler nedeniyle devamlı nemli bulunmaktadır. Çeşitli yüzeyler üzerinde kalan parmak izleri, özel mürekkepler veya kimyasal maddeler kullanılarak kolayca görünür hale getirilir.

Por deliklerinin vücudun soğumasında önemli bir rol oynadıkları yani bir nevi vücudu havalandırma görevi yaptığı kabul edilmektedir.

Vücudumuzu kaplayan deri, bilhassa el ve ayak parmaklarının iç yüzeylerinde bir kısım çizgiler meydana getirir. Muntazam aralıklarla dizilmiş olan bu çizgiler sıra ile bir alçak bir yüksek olmak üzere sıralanırlar. Kabartma bir çizgi şeklinde olan bu hatlara papil hatları denir.

Papil hatları alt deri tabakalarında sıralanmış olan sinir ucu yumakları ve ter bezlerinin üst deriye kadar çıkmış olan ter çıkış deliklerinin (porların) yan yana bir yükseklik halinde dizilmelerinden ibarettir.

Parmak İzi Sıvısı

Parmak izi sıvısı insan vücudunda ektrin, epokrin ve sebakus bezlerinin salgıladığı kimyasal maddelerin karışımından oluşur. Bu karışımın yaklaşık %98,5 - 99,5 ini su, kalan diğer %0,5 -1,5 lik kısmını ise diğer organik ve inorganik maddeler oluşturur (Lee ve Gaenslen, 1991).

Bu sıvı parmakların ilk boğumlarından tırnak diplerine kadar olan bölgedeki deri üzerinde bulunan papil hatları üzerinde sıralanan 'por' lardan çıkar ve bu hatlar üzerinde birikir. Parmakların herhangi bir yere teması ile papil hatlarından temas edilen yüzeye aktarılan bu salgı, temas neticesinde latent parmak izlerinin (Görünmeyen parmak izleri) cisimler üzerinde kalmasına neden olur.

Vücut Sıvısını Salgılayan Bezler ve Vücutta Buldukları Bölgeler

Parmak izi sıvısı Ektrin Bezleri tarafından salgılanmaktadır. Vücut sıvısını salgılayan bezler ve vücutta buldukları bölgeler aşağıdaki tabloda gösterilmektedir.

VÜCUT SIVISINI SALGILAYAN BEZLER	VÜCUTTA BULUNDUKLARI BÖLGELER
EKRİN BEZLERİ	Eller, ayaklar ve vücudun kılsız bölgelerinde bulunur.
APOKRİN BEZLERİ	Kasıklarda, koltuk altlarında ve perinal bölgelerde bulunur. (Genellikle kıl köklerinin bulunduğu yerlerde.)
SEBAKUS BEZLERİ	Göğüste, sırtta, alında, cinsel organlarda ve memelerde bulunur.

Latent parmak izlerinin cisimler üzerinde görünür hale getirilebilmesi için gerek olay yerinde gerekse de parmak izi laboratuvarlarında uygulanmakta olan yaklaşık yirmiye (20) yakın fiziksel ve kimyasal parmak izi geliştirme yöntemi vardır.

Parmak izi geliştirme yöntemleri yüzey değişikliklerine göre değişkenlik arz etmektedir. Bütün yöntemlerde temel mantık aşağıdaki tablolarda gösterilen parmak izi sıvısı içerisindeki maddelerin boyanması ya da bu maddelere tutunabilecek tozların geliştirilmesinden ibarettir.

PARMAK İZİ SIVISI İÇERİSİNDEKİ MADDELER		
KAYNAK	İÇERİKLER	
	İnorganik	Organik
EKRİN BEZLERİ	Sodyum klorür	Amino Asitler
	Metal İyonlar	Üre
	(Na-K-Ca)	Ürik Asit
	Sülfatlar	Laktik Asit
	Fosfatlar	Şekerler
	Amonyak	Keratin
	Su %98	Kolin
	APOKRİN BEZLERİ	Demir
Su		Karbonhidratlar
		Steroller
SEBAKUS BEZLERİ		Yağ asitleri
		Gliseritler
		Hidro Karbonlar
		Alkoller

Parmak İzi Tespiti

Parmak izinin tespitini etkileyen hususlar çok yönlü olarak değerlendirilmelidir. Bir adli vaka ile ilgili olarak parmak izi tespit çalışmaları neticesinde belirleme çalışmasını yapan uzmanın parmak izi tespit edemeyişi, olay yerindeki mağdurları veya diğer adli personeli hayrete düşürebilmekte, yanlış değerlendirmeleri yanında getirmektedir. Aşağıdaki hususlar çerçevesinde tespit çalışmalarının değerlendirilmesinin objektif olacağı düşünülmelidir.

Parmak İzinin Tespitini Etkileyen Unsurlar

İklim ve Çevrenin Etkisi

Zamanın Etkisi

Kontaminasyonun Etkisi

Mesleğin Etkisi

Hastalıkların Etkisi

Olay Anında Suçlunun Psikolojisi

Yaş

Cinsiyet Farkı

Exper (Uzman) Hataları

Yüzeyin ve Yüzeyle Temasın Etkisi

Suçlunun Almış Olduğu Tedbirler

Parmak İzinin Özellikleri

Parmak izlerinin değişmezlik, herkes için farklı olan benzemezlik ve tasnif edilebilirlik özellikleri, onları kimlik tespiti konusunda çok kullanılan bir delil haline getirmiştir. Parmak izini Adli yargılama sürecinde vazgeçilmez yapan husus özelliklerinden dolayı güvenilir oluşudur.

Değişmezlik

Parmaklarımızı dikkatlice bakarsak, parmak izlerinin bir çok hattın farklı biçimlerde bir araya gelmesiyle oluştuğunu görürüz. Derin kesik ve yaralar olmadığı sürece parmak izlerindeki hatlar insan yaşamı boyunca

değişmezler. Bir insanın parmak izi yaşamının tüm evrelerinde aynı özellikleri taşır.

Benzemezlilik

DNA profili aynı olan iki kişinin bulunması olanaksızdır. (Tek yumurta ikizleri hariç). Parmak izlerinde bu durum tek yumurta ikizleri için de geçerlidir. Yani tek yumurta ikizleri de dahi olmak üzere yeryüzünde birbirinin aynı olan parmak izi bulunmamaktadır. Bu durum şahısların kendilerine ait diğer parmak izleri için de geçerlidir.

Ellerimizdeki bütün parmak izlerini dikkatlice karşılaştırsak, ana yapı olarak birbirine benzeseler de karakteristik noktalar dikkate alındığında aslında çok farklı oldukları görülür. Bu farklılıklar öyle ayırt edicidir ki, yeryüzündeki iki farklı insanın aynı parmak izine sahip olma olasılığı 64 milyarda 1'dir.

Tasnif Edilebilirlik (Sınıflandırılabilir)

Parmak izlerini oluşturan karakteristik özellikler diğerlerinden ayırt edilebilmesini sağladığı gibi, formüllenebilmesi ve sınıflandırılabilmesi arandığı zaman kütüphane karteksi mantığında kolay bulunabilmesini sağlamaktadır.

Uygulamada, şahıslardan alınan parmak izlerinin karakteristik özelliklerine göre formülü çıkartılmakta ve kendine ait formül sırasında arşivlenmektedir.

Bir konu veya olay ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken kime ait olduğu belli olmayan parmak izleri, yukarıda anlatılan yöntem ile önce karakteristik özellikler yönü ile formüllenebilmekte ve kime ait olduğu belli olan arşiv parmak izleri ile karşılaştırılmaktadır.

AFIS

AFIS terimi, İngilizce'de Automated Fingerprint Identification System kelimelerinin baş harflerinin birleştirilmesinden oluşmakta ve Otomatik *Parmak İzi Teşhis Sistemi* anlamına gelmektedir.

AFIS parmak izlerinin bilgisayar ortamına girilmesi, işlenmesi, sorgulanması, karşılaştırılması, doğrulanması, depolanması için kullanılan bir sistemdir.

Bu sistemde parmak izleri bilgisayara bağlı tarayıcılar veya CCD kamera ile bilgisayar ortamına aktarılır. Parmak izleri işlenerek tam düzeltme işlemleri otomatik olarak veya parmak izi uzmanınca yapıldıktan sonra yine otomatik olarak karşılaştırma yapacak seviyeye gelmektedir.

Emniyet Genel Müdürlüğü, parmak izi arşivinde merkezi bir rol üstlenmiştir. Bu arşiv genel olarak şu konulara hizmet etmektedir;

Kimliği belirsiz cesetlerin kimliklerinin tespitine,

Bağlantılı olayların tespitine,

Kişilerin tespitine ve

Polis ve adli merciler için ekspertiz raporu oluşturmaya.

Hukuki Dayanaklar

Parmak izi almaya yetki veren yasal dayanaklar Polis Vazife Ve Salahiyetleri Kanunu (PVSK) Md. 5 ve Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) Madde 81 olarak ifade edilebilir.

Yeni Ceza Muhakemeleri Kanunu 2005 yılı haziran ayında yürürlüğe girmiş olup fizik kimliğini tespit kapsamında 81. maddede parmak izinin hangi şartlarda alınacağı ifade edilmektedir.

CMK Madde 81:

(1) Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet Savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.

(2) Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet Savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.

Yukarıda ifade edilen ve parmak izi alımında yasal dayanak olarak kullanılan PVSK. Md. 5'in CMK'nun yürürlüğe girdiği tarih itibari ile mülga olduğu, ortadan kalktığı şeklinde yorumlar hukukçular ve adli personel tarafından yapılmaktadır.

Uygulamada PVSK madde 5 idari ve adli konularda polise parmak izi alma yetkisi vermektedir. Polisin, adli işlem yapmış olduğu kişiler ile ilgili kayıtlarını tutması, suç ve suçlularla mücadelesi kapsamında yürütmüş olduğu bir işlem prosedürüdür. Polis şüphelilerin parmak izlerini kimlik tespiti ve faili meçhul olayların aydınlatılması kapsamında almakta ve arşivlemektedir.

CMK Madde 81 kapsamında şüpheli şahısların parmak izleri, kimliği tespiti için gerekli olması durumunda Cumhuriyet savcısının talimatı ile alınmakta ve Emniyette arşivlenmeden savcılık dosyasına konmaktadır.

Bu açıklamalardan aslında PVSK 5 ve CMK 81. maddelerinin birbirinden ayrı yetkiler olduğu görülmektedir. Uygulamada yaşanan farklılıklara ışık tutmak adına; Savcılık Makamının iddianameyi hazırlayabilmesi için şüphelilerin gerçek kimliğinin tespiti gerekmektedir. Savcı, şahsın gerçek kimliği ile ilgili bir şüphesi yok ise şüpheli şahsın parmak izlerini aldırılmayabilir. Ama bu durum şahsın PVSK madde 5 kapsamında parmak izlerinin alınmamasını gerektirmez. Bir başka örnekle savcı, şahsın gerçek kimliği ile ilgili bir şüphesi var ise şüphelinin parmak izlerini aldırıp iddianame dosyasına koydurur. Parmak izleri alınan şahsın PVSK madde 5 kapsamında parmak izleri yine ayrı bir işlemle alınarak polis arşivlerine konulmalıdır.



**YEDİTEPE
ÜNİVERSİTESİ**

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: law@yeditepe.edu.tr

www.yeditepe.edu.tr